

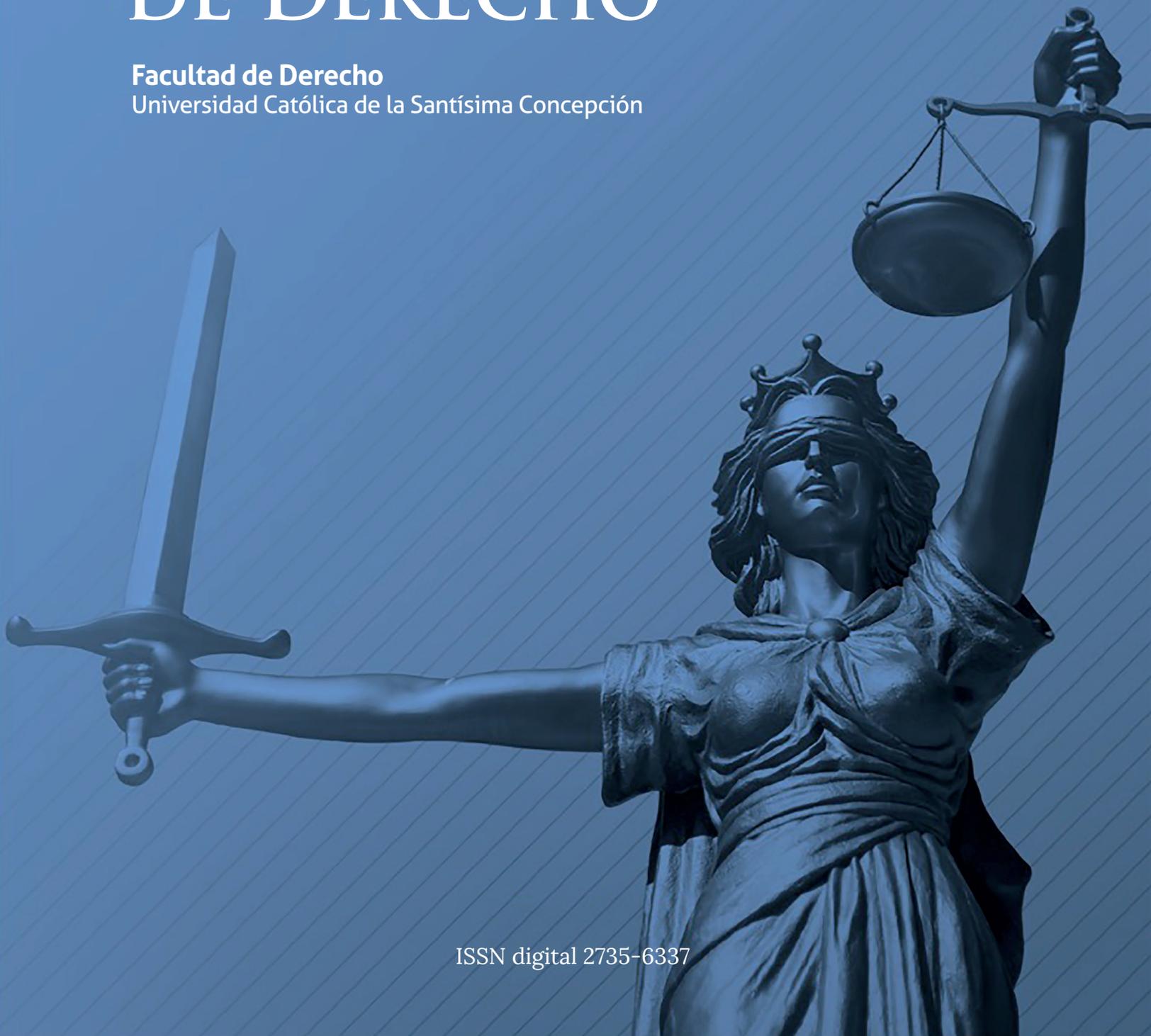


UCSC

EDICIÓN N° 38 | 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 Guiñez, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Claudio Fuentes Maureira, Universidad Diego Portales, Chile

Abelardo Levaggi, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Renzo Munita Marambio, Universidad del Desarrollo, Chile

Francisco Orrego Vicuña, Universidad de Chile

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

Sophía 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](mailto:revistadederecho@ucsc.cl) y [fmacalusso@ucsc.cl](mailto: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 38 de la Revista de Derecho de nuestra Facultad. Con ello, damos inicio a un nuevo período de la Revista, que ha ido adaptando sus criterios, con el propósito de alcanzar la indexación. En el Plan de Desarrollo Estratégico de la Facultad, uno de los principales objetivos, es conseguir que la revista alcance estándares de calidad científica que le permitan indexarse y pasar a constituir una revista de corriente principal en el concierto nacional. Este plan se adscribe en el contexto de un esfuerzo institucional por el mejoramiento sostenido de los estándares de calidad científica de todas las revistas UCSC.

El espacio de crecimiento de las revistas en Chile es exponencial, pero no es correlativo al crecimiento de la actividad académica profesional y al estándar de exigencia en materia de publicaciones. Hay aproximadamente 47 revistas de Derecho en el país, considerando la UCSC. De ellas, sólo 13 están indexadas. De las indexadas, 6 son generales. Las restantes 7 son especializadas: una de penal, una de Derecho privado estrictamente, una de enseñanza del Derecho, una de Constitucional, una referida a Historia del Derecho y Derecho romano, una al Derecho ambiental y una a la tecnología y Derecho.

En cuanto a las restantes 34 no indexadas, 14 revistas son especializadas, dedicadas a: i) tecnología e informática: 14; ii) Derecho público (internacional, económico, administrativo, entre otros): 4; iii) Derecho del Trabajo: 1; iv) Derecho penal o procesal penal: 1; v) Historia del Derecho: 1; vi) otras: 6. Veinte revistas son, por tanto, de carácter general.

Los datos objetivos muestran, por consiguiente, que hay un espacio importante para el crecimiento de las revistas en Chile. El porcentaje que alcanza estándares de indexación es menor. De las 47, el 27,6% está indexada. Si atendemos a las generales, de las 47 revistas en Chile, sólo un 12,7% lo están. Si comparamos ahora las revistas no indexadas generales, es decir, 26 en total, el 23% alcanza la indexación. Y, en el sur de Chile, hay solo 4 revistas indexadas, que representan, del número total, apenas el 8,5%.

Varias razones han contribuido para que el ámbito universitario chileno vaya imponiendo, paulatinamente, exigencias de investigación entre los profesores universitarios. La valoración en los organismos estatales por la investigación en revistas indexadas y las políticas universitarias correlativas son conocidas. Ponemos nota de dos ejemplos.

La CNA, en cuanto a la productividad de claustros de doctorado y/o magister, considera, para la publicación en revistas WOS o Scopus, un valor de 12 puntos, mientras que en Scielo (no Wos o Scopus), obtiene 9 puntos. Ello muy lejos de los 5 puntos que se entregan por publicaciones en revistas no indexadas con prestigio (sólo 4: Anuario de DDHH, Revista Chilena de Historia del Derecho, Revista de Derecho Público, de la U. de Chile; Revista de Ciencias Sociales, U. de Valparaíso); o, de los 3 puntos en otras revistas sin prestigio.

ANID, por su parte, hace evaluaciones de productividad para la presentación de proyectos de investigación. Tomaremos como base, sin perjuicio de la enorme discusión que ha generado, la medición de productividad de las Bases del proyecto fondecyt regular 2021. Veamos. Para artículos WOS o Scopus Q1, se otorga 1 punto, los que van bajando a 0,75, si estamos en presencia de Q2; 0,50, en caso de Q3; 0,30, si es Q4, o artículo Scielo o capítulo de libro. Capítulo de libro no incluido en el anterior, 0.20.

En otras palabras, tanto para la integración de claustros de programas de posgrado, como para medir la productividad en el caso de proyectos de investigación, se prefieren las publicaciones en revistas indexadas.

Por tanto, hay una importante cantidad de profesores que, dedicados a la actividad de investigación preferentemente, requerirán publicar en revistas indexadas. Estas son escasas como hemos visto y el número de profesores son amplios. Por ejemplo, tómesese nota del proceso de evaluación y adjudicación de los proyectos fondecyt regular 2019. Concuraron 112 proyectos, se evaluaron 95 y se aprobaron 28 (apenas el 25% del total). Eso quiere decir que, sólo en el caso del fondecyt regular, hay más de 100 académicos con grado de doctor postulando. Un número similar encontramos en el fondecyt de iniciación. Para 6 revistas indexadas de carácter general, alrededor de 200 académicos con grado de doctor, más aquellos que postulan artículos desde el extranjero, existe, reiteramos, un importante espacio para contribuir a la investigación en Chile.

A ello súmese los programas de doctorado. Actualmente en Chile, tienen programas de doctorado en Derecho, las Universidades Católica de Chile, Católica de Valparaíso, de Valparaíso, Austral de Chile, de Talca, Diego Portales, los Andes y Autónoma. En varios de estos programas, como en la Universidad de los Andes, Católica, Universidad de Chile, de Valparaíso, Católica de Valparaíso, los alumnos deben pasar por un proceso de habilitación que implique la publicación en una revista indexada. Ello abre un espacio importante para que la revista pueda generar un espacio de recepción de artículos de investigación relevante.

Junto al equipo editorial de la UCSC, emprendemos este desafío, que persigue un aporte relevante a la investigación en el ámbito de las Ciencias Jurídicas. Hemos implementado una nueva página web (revistaderechoucsc.cl), la revista ha pasado de formato papel al digital, los artículos cuentan con doble arbitraje ciego, se siguen las reglas COPE y, en general, se siguen las pautas de Scopus, en materia de funcionamiento de la revista. Estamos seguros que, el trabajo constante permitirá cumplir con el propósito trazado.

No quiero terminar esta editorial, sin antes agradecer, tanto al decano, por la confianza que ha depositado en nosotros, como al equipo que me acompaña. Ramón García, subdirector, Fabrizio Macalusso, secretario de redacción y los miembros del equipo, Camila Molina, Jorge Miranda y Sebastián González, son los responsables de la reingeniería y del lugar que, esperamos, pueda ir alcanzado la revista.

**CRISTIAN AEDO BARRENA**

*Director*

# El consumidor con vulnerabilidad agravada como categoría jurídica y su recepción en el ordenamiento jurídico Chileno

## *Vulnerable consumer as a legal concept and its reception in the Chilean legal system*

**Edison Calahorrano Latorre**

Universidad San Sebastián y Universidad Andrés Bello, Concepción, Chile.  
Correo electrónico: ecalahorrano@utalca.cl. <http://orcid.org/0000-0003-0408-5737>.

Recibido el 09/02/2021

Aceptado el 08/04/2021

Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-01>

**RESUMEN:** Se desarrolla la categoría de consumidor con vulnerabilidad agravada y su reconocimiento en Chile. Mediante un estudio dogmático y jurisprudencial se analiza el carácter tutelar del Derecho del Consumo; luego, la categoría de consumidor con vulnerabilidad agravada; se verifica su reconocimiento; y, finalmente se explican los mecanismos de protección reforzada.

**PALABRAS CLAVE:** Consumidor vulnerable, derecho del consumo, contrato de consumo.

**ABSTRACT:** The concept of vulnerable consumer and its recognition in Chile is developed. Through a doctrinal approach and the analysis of case-law, the protective nature of Consumer Law is examined; then the concept of vulnerable consumer and its recognition is verified; and, finally, consumer reinforced protection mechanisms are explained.

**KEY WORDS:** Vulnerable consumer, consumer protection law, consumer contract.

## I. INTRODUCCIÓN

El carácter tutelar del Derecho de Consumo aparece como parte de su naturaleza y ha consolidado su autonomía como disciplina jurídica al cimentar principios propios que configuran la protección del consumidor en el contexto de una relación asimétrica. El surgimiento mismo del Derecho de Consumo se produce ante la incapacidad del derecho común para hacerse cargo de la asimetría ne-gocial e informativa en una era digital y globalizada en la que el paradigma de la igualdad formal que consagra el derecho contractual decimonónico se desvanece cada vez más frente a la aparición de actores con suficiente entidad para la imposición de condiciones contractuales frente a contrapartes en desventaja.

El carácter conmutativo característico del derecho de contratos clásico ha perdido vigencia ante las relaciones de consumo, en las que el contrato de adhesión aparece frecuentemente y su contenido se convierte en cuestión de orden público que requiere de regulación específica destinada al con-trol de cláusulas abusivas,<sup>1</sup> proponiéndose soluciones como el contrato dirigido o la homologación contractual,<sup>2</sup> o reglas de interpretación y contenido.<sup>3</sup> A pesar de lo señalado, la relación de consumo sobrepasa el ámbito exclusivo de la relación contractual,<sup>4</sup> por lo que parte de la doctrina la ha funda-mentado en el acto mismo de consumo, razón por la que se explicaría que algunas normas extiendan sus efectos a otros actores de la cadena de consumo.<sup>5</sup>

La Ley 19.496 de protección al Consumidor en Chile no incluye un catálogo de principios de manera expresa; sin embargo, el artículo tres desarrolla los derechos de los consumidores y garantiza la libre elección, información, no discriminación, seguridad, reparación integral de los daños que puedan sufrir; y la educación en el consumo. La protección integral al consumidor como principio, según Baraona, incluiría la posibilidad de elevar a la justicia el reclamo ante la vulneración de estos derechos en sede judicial y administrativa.<sup>6</sup>

La naturaleza tutelar también aparece en el artículo cuatro de la Ley que establece la irrenuncia-bilidad de los derechos, conformándose esta norma como de orden público, con el fin de procurar remedios al consumidor que se encuentra en una posición de inferioridad en la relación asimétrica

---

<sup>1</sup> Se ha señalado por la doctrina como el peso del contenido del artículo 1545 del Código Civil que consagra la intangibilidad del contrato, bajo su clásica caracterización de ley para las partes, ha impedido un control judicial óptimo de las cláusulas abusivas, por cuanto la revisión judicial del contrato sigue siendo una figura ajena al derecho chileno; a pesar de ello, se pueden verificar casos en que los jueces chilenos han acudido a la revisión en materia de consumo ante desequilibrios o desproporción importante que contraría la buena fe; y, en casos menos frecuentes, ha operado verdaderamente la revisión frente al hallazgo de un desequilibrio en el carácter de las prestaciones que afecta al carácter conmutativo de las mismas MOMBORG (2013), pp. 10-19; se ha definido además que el control judicial represivo de las cláusulas abusivas es un ejemplo de postergación de los postulados clásicos de la contratación frente a la protección del consumidor MORALES (2018), pp. 63-64 y una muestra inequívoca del carácter tutelar del Derecho de Consumo.

<sup>2</sup> ELORRIAGA y LÓPEZ (2017), p. 30; PINOCHET (2019b), pp. 134-138; BARRIENTOS (2019).

<sup>3</sup> MORALES (2018), pp. 67-74.

<sup>4</sup> FUENZALIDA (2018), pp. 121-152; GONZÁLEZ (2019), pp. 3-6.

<sup>5</sup> BARRIENTOS, (2019).

<sup>6</sup> BARAONA (2019), p. 18-ss.

de consumo, lo que la doctrina ha señalado como principio *pro consumatore*.<sup>7</sup> La aparición de estos principios no ha impedido que algunos ordenamientos jurídicos hayan incorporado la regulación de las relaciones de consumo en el derecho común, como sucedió en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina o el BGB alemán, por cuanto el establecimiento de un estatuto protector de determinadas relaciones jurídicas no es incompatible con los principios generales del Derecho Privado al encontrar un punto común en la cláusula abierta de la buena fe y su función como creadora de reglas de concreción, suplemento y corrección.

Como se ha visto en la defensa del principio *pro consumatore*, existe un relativo acuerdo en Chile respecto de la necesidad de protección de los consumidores por su vulnerabilidad estructural,<sup>8</sup> como parte jurídicamente débil debido a su menor capacidad de negociación; asunto que no es novedoso puesto que responde al génesis mismo de la disciplina;<sup>9</sup> sin embargo, la doctrina no se ha pronunciado lo suficiente respecto de la confluencia de otras condiciones que colocan a ciertos grupos de consumidores en una situación de vulnerabilidad agravada por la confluencia de otros factores adicionales.

La consagración del derecho a la no discriminación a la luz de instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile ha permitido a la jurisprudencia una mayor protección de los consumidores con vulnerabilidad agravada; a ello contribuye la incorporación del criterio de vulneración a la dignidad, como agravante en la valoración del daño al consumidor.

Se pretende identificar elementos que se remitan a la categoría de consumidores con vulnerabilidad agravada en la jurisprudencia chilena de consumo para lo cual se ha utilizado bases de datos de jurisprudencia,<sup>10</sup> y estudios jurisprudenciales previos. Se ha procurado recabar fallos que, sin utilizar la denominación de consumidor con vulnerabilidad agravada, su comprensión coincida con las características que se ha desarrollado en la doctrina comparada.

Desde esta perspectiva, el objetivo de este trabajo será abordar el problema de la suficiencia del estatuto actual del consumidor en Chile respecto a la protección de consumidores con vulnerabilidad agravada, tema que ha tenido una discusión relevante en la doctrina comparada, especialmente en la

---

<sup>7</sup> MORALES (2018), p. 71; PINOCHET (2019b), p. 139-140; ISLER (2019), p. 244.

<sup>8</sup> En el derecho comparado se ha identificado, tempranamente, el carácter tutelar como el rasgo distintivo del derecho del consumo, pero además como un contenido que se encuentra en construcción que va acompañado de la consagración constitucional de los derechos del consumidor y la generación de institucionalidad especializada que resguarde su protección BOURGOIGNIE (1982), pp. XIII-XVIII.

<sup>9</sup> El derecho de consumo ha sido enmarcado en el llamado fenómeno de la descodificación del Derecho Civil [GUZMÁN (1993), pp. 39-62; FIGUEROA (2005), pp. 101-116; VARGAS (2011), pp. 9-26; ISLER (2019), pp. 463-64]. En este caso se ha extraído del Derecho Común un conjunto de relaciones jurídicas contractuales y extracontractuales que se asumen caracterizadas por una asimetría original o estructural entre el proveedor y el consumidor que le dota de principios específicos que buscan la protección del segundo, las cuales adquieren un amplísimo espectro si se incorporan los conceptos de consumidor material, consumidor potencial, aquellos determinables y las micro y pequeñas empresas según la Ley 20.416 cuyo artículo 9 establece condiciones específicas en que pueden asumir el rol de consumidoras, lo cual se ha reforzado con la promulgación de la reciente Ley 21.236 que reafirma este rol en el numeral 2 del artículo tercero. Por lo tanto, no tiene sentido hablar de derecho de consumo sin la asunción de una posición de vulnerabilidad del consumidor frente al proveedor y la necesidad de su protección mediante mecanismos específicos con los que el primero no cuenta.

<sup>10</sup> Se ha utilizado para este trabajo los motores de búsqueda de Legal Publishing, Vlex y Tirant LATAM.

región latinoamericana.<sup>11</sup> Para este propósito se partirá por analizar el carácter tutelar del Derecho del Consumo y sus fundamentos; en segundo lugar se determinará en qué consiste la categoría de consumidor con vulnerabilidad agravada y los argumentos que justifican su tratamiento específico y diferenciado; en tercer lugar se verificarán los mecanismos de protección del consumidor de vulnerabilidad agravada en el Derecho Comparado, con énfasis en el contexto latinoamericano; así como su anclaje con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; posteriormente se verificará si la normativa y jurisprudencia nacionales contienen mecanismos que se refieran a la categoría mencionada y permitan una protección reforzada; para, finalmente, concluir si conviene la adopción expresa de la vulnerabilidad agravada del consumidor como criterio de protección reforzada en el ordenamiento jurídico chileno.

Se plantea la hipótesis de que el ordenamiento jurídico en Chile se inclina por el reconocimiento del consumidor medio como eje de la protección, pero ha acogido progresivamente una diferenciación entre consumidores fundamentada en la vulnerabilidad;<sup>12</sup> por lo que se verificará si se puede vislumbrar la consideración del consumidor con vulnerabilidad agravada en el ordenamiento jurídico chileno y si el fundamento identificado en la dignidad justificaría la consideración de esta categoría. Se sostiene además que la consagración del derecho a la no discriminación a la luz de Convenciones de Derechos Humanos ratificadas por Chile han permitido a la jurisprudencia una mayor protección de los consumidores con vulnerabilidad agravada; a lo que contribuye la incorporación en la Ley de protección al Consumidor del criterio de vulneración a la dignidad como agravante en la valoración del daño.

## II. EL CARÁCTER TUTELAR DEL DERECHO DEL CONSUMO

El carácter tutelar del Derecho del Consumo constituye su elemento caracterizador y diferenciador del derecho común; provocó su independencia como disciplina autónoma y norma especial, ampliándose inclusive a través de normas subespecializadas que no han estado libres de conflicto.<sup>13</sup> A pesar

---

<sup>11</sup> BAROCELLI (2018), pp. 9-32; RODRÍGUEZ (2018), pp. 372-396; SOZZO (2012), pp. 139-166; URQUIO Y SAYAS (2016), pp. 1-20; FRUSTAGLI (2016); MIRAGEM (2016), pp. 127-141; MARQUES (2018), pp. 10-13; GONZÁLEZ VAQUÉ (2014), pp. 92-109.

<sup>12</sup> La introducción de normativa tutelar del consumidor financiero a través de la Ley 20.555 publicada el 5 de diciembre de 2011 permite identificar un indicio de este fenómeno, por cuanto se introduce reforzados y exhaustivos deberes de información al proveedor financiero en los contratos de adhesión, sin embargo, es necesario señalar que el detalle de información requerida parte de la premisa del consumidor con el conocimiento, el interés y predisposición de procesarla, por lo que, está pendiente incorporar en la comprensión de la Ley aquel subconsumidor que no está preparado para el ejercicio de sus derechos dentro de las reglas del mercado de consumo. El Estado, por lo tanto, puede tomar un papel más activo en materia de política pública y materializar modelos como el contenido en el artículo 12 de la Convención de los derechos de las Personas con Discapacidad en sus numerales 3, 4 y 5; o, el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los derechos Humanos de las Personas Mayores; en los que se verifica la necesidad de acciones afirmativas que deber ir más allá del reforzamiento de los deberes de información y también educar a los proveedores de servicios respecto a la identificación de las características específicas en las que deben operar dichas acciones. La doctrina se ha referido a esto en materia de personas mayores, sobre las cuales no existe mención específica en materia de consumo ISLER (2020), p. 144-146; por lo que, más lejano se ve el panorama en otros grupos de atención prioritaria sobre los que no ha habido desarrollo doctrinario en esta materia.

<sup>13</sup> DE LA MAZA (2020), pp. 83-116; CALAHORRANO (2020), pp. 163-173; ISLER (2019), pp. 54-ss. En este último la autora hace un recorrido de la noción de *Ius Commune*, su pérdida de eficacia con el advenimiento de la codificación que consolida el *Code* francés de 1804 construido bajo los principios del individualismo, la igualdad formal y consideración a la autonomía de la voluntad de los contratantes, lo que fue heredado a los Códigos decimonónicos; para finalmente encuadrar el derecho de Consumo en la crisis

de que el Derecho de Consumo ha desarrollado una creciente autonomía frente al derecho común, su regulación a través de una ley especial, como ha sido la tendencia en Latinoamérica, no es la única opción de vinculación entre ambos regímenes. Se observa, por ejemplo, que los Códigos Civiles alemán (BGB) y holandés (BW) han optado por la integración de las normas de consumo.<sup>14</sup> Por lo señalado, la armonización es viable y recomendable, por cuanto el Derecho de Consumo emerge como una versión actualizada y adaptada del derecho de contratos a los tiempos de globalización y masividad de las transacciones,<sup>15</sup> por ello se ha intensificado el análisis del derecho del Consumo desde la complejidad de los mercados integrados<sup>16</sup> que, de no existir una normativa adecuada y compatible, sería inviable la protección del consumidor, razón por la que la vulnerabilidad adquiere relevancia como principio.

La sociedad del consumo acompañada por la oferta masiva de productos y servicios cambia de manera radical las relaciones contractuales con respecto del paradigma de intercambio y rol de los pactos del siglo XIX, afectando el principio de igualdad de las partes contratantes, la base negocial por la cual el contrato se configura como un mecanismo de distribución de riesgos; e inclusive, la previsibilidad como elemento fundamental de la responsabilidad.<sup>17</sup>

El auge económico de los Estados Unidos de Norteamérica en la segunda posguerra permitió que las familias puedan destinar recursos adicionales a los que destinaban para la adquisición de bienes fundamentales en productos o servicios cuya oferta estaba disponible de manera masiva y permanente; la preocupación, por lo tanto, se centró en la flexibilidad del contrato como respuesta a la vorágine de transacciones;<sup>18</sup> la realidad de la relación contractual clásica, bilateral y cimentada en el pacto desaparece paulatinamente frente a figuras como el contrato de adhesión y posteriormente otras más complejas y automatizadas como el contrato electrónico hasta llegar al *smart contract*.<sup>19</sup>

---

del modelo moderno, a partir de la crítica del mismo en un contexto de desigualdad social en la postmodernidad. Es relevante para nuestro estudio rescatar que la autora sustenta la crisis del modelo decimonónico de Derecho de Contratos, a partir de la aparición del derecho Internacional de los Derechos Humanos desde la segunda posguerra.

<sup>14</sup> La doctrina nacional ha identificado dos grandes modelos de vinculación, en primer lugar, el de distinción, sea en una sola codificación para la materia o la disgregación en múltiples normas que pueden llegar a tener una compleja convivencia y armonización; y, por otro lado, la integración, que puede ser total, parcial o mediante la articulación de reglas de consumo en el Código Civil MOMBERG (2016), pp. 739-743. La integración no ha sido fácil en los ordenamientos que la han ensayado, es así como MICKLITZ (2013), p. 269 describe la dificultad de que normas flexibles y en constante evolución como las del Derecho de Consumo, comparables a pequeños botes, intenten compatibilizarse con un buque pesado de escasa movilidad como describe al BGB.

<sup>15</sup> MOMBERG (2016), p. 753.

<sup>16</sup> BOURGOIGNIE y ST. PIERRE (2009).

<sup>17</sup> Sobre el papel decreciente de la previsibilidad en el contrato de consumo como consecuencia de la asimetría negocial y ascendente importancia de la causalidad se puede revisar CONTARDO (2019), pp. 3-16.

<sup>18</sup> PINOCHET (2019b), pp. 134-136.

<sup>19</sup> La creciente deshumanización de la relación contractual iniciada por el contrato de adhesión como institución necesaria para el funcionamiento de la sociedad de consumo, posteriormente, el contrato electrónico que, a finales del siglo XX irrumpió con fuerza ante el uso del internet como medio para las transacciones; y, finalmente, culmina con la figura del *smart contract* o contrato inteligente que ha llamado la atención de la doctrina en los últimos cinco años; figura automatizada construida a partir de la tecnología de *blockchain* que permite la ejecución automatizada programada mediante un algoritmo de inteligencia artificial, razón por la cual se han distinguido una versión fuerte con altos costos de modificación o terminación por las implicaciones tecnológicas que ello requiere; y, una versión débil con mayor flexibilidad, desde esta perspectiva, el control judicial, por ejemplo, de los términos contractuales debe considerar un elemento adicional como son los costos señalados y la formación del consenso de manera descentralizada [RASKIN (2016), pp. 305-341; JACCARD (2018), pp. 1-25].

Lo señalado nos convoca a un panorama en que aumenta la brecha y propone los términos, y ahora, programa los algoritmos y dispone de mecanismos automáticos de ejecución y aquella que consume el bien o servicio para su uso final. Una parte mantiene una situación dominante frente a la otra, por lo que el Derecho del Consumo nace de la necesidad de protección de quien carga con el peso de la asimetría; su fundamento mismo, al contrario del derecho común, es la desigualdad.<sup>20</sup> El cuestionamiento de la igualdad de los contratantes,<sup>21</sup> la intangibilidad del contrato y la libertad de contratación regida por la autonomía de la voluntad ya ha sido cuestionada incluso frente al derecho común.<sup>22</sup>

Desde la aparición de la sociedad de consumo y su intensificación producida por la globalización económica en los últimos treinta años no hay ninguna duda en que el contrato de consumo no puede identificar su validez en la libertad contractual y la autonomía de la voluntad ejercida por individuos libres e iguales; el contrato debía ser intervenido, sea por vía administrativa o judicial, surgiendo los elementos fundamentales de la disciplina como son la seguridad, acceso a la información, posibilidad de elección y audiencia.<sup>23</sup>

El carácter tutelar del Derecho del Consumo es una respuesta al cuestionamiento original de los postulados tradicionales del Derecho de Contratos advertidos tras el surgimiento de la sociedad del consumo; pero, además, es una disciplina en constante evolución. En base a lo mencionado, se puede afirmar que la concentración en el acceso a la información, protección, reparación de daño, derecho de asociación de los consumidores y a la educación en el consumo, presentes, por ejemplo, en el mensaje del Presidente J.F. Kennedy al Congreso de Estados Unidos el 15 de marzo de 1962, la Carta Europea de Protección a los Consumidores del Consejo de Europa,<sup>24</sup> y el sistema de protección a los consumidores en Europa impulsado desde el propio Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y que contiene un profuso desarrollo de Directivas dirigidas a desarrollar la protección desde distintas aristas de la relación de consumo.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> ISLER (2019), pp. 65-67.

<sup>21</sup> En doctrina comparada se ha manifestado derechamente que el derecho de contratos en la actualidad no puede ser ajeno al interés público y regulación relacionada con finalidades de justicia distributiva, el Derecho de Consumo es un ejemplo en el que la bilateralidad aparece difuminada y la lógica relacional aparece como insuficiente. Véase HEVIA (2018), pp. 114-117; HEVIA (2015), p. 2526, lo cual se acentúa si asumimos la noción amplia antes planteada sobre el origen de la relación de consumo en fuentes que van más allá del contrato.

<sup>22</sup> ELORRIAGA y LÓPEZ (2017); CALAHORRANO (2020), pp. 163-173; PEREIRA (2018), pp. 161-164 este último bajo una visión novedosa que introduce la noción de altruismo en su versión débil frente al fundamento filosófico liberal-individualista que rige el derecho de contratos decimonónico. A pesar de introducirse el cuestionamiento a los elementos del derecho de contratos clásico, respondiendo a las marcadas diferencias entre la sociedad actual y aquella para la que esta normativa fue creada; existe un esfuerzo doctrinario en identificar instituciones en la normativa actual que ya apelan a la necesidad de procurar el equilibrio contractual y proteger a las partes que pueden situarse en una situación de mayor vulnerabilidad LÓPEZ (2015), pp. 133-164.

<sup>23</sup> PINOCHET (2019b), p. 138. Esta necesidad de intervención en el contrato desde el orden público fue señalada tempranamente por la doctrina comparada, con especial énfasis en la necesidad de control de cláusulas abusivas DOMONT-NAERT y FALLON (1982), pp. 85-126.

<sup>24</sup> Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, Resolución 543/73.

<sup>25</sup> Desde la inserción del capítulo de protección al consumidor en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, se ha expedido una serie de normativa como la Directiva 85/374/EEC referente a productos defectuosos, Directiva 85/577/EEC a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, Directiva 87/102/EEC sobre el crédito de consumo, Directiva 90/314/EEC sobre viajes combinados, Directiva 93/13/EEC sobre cláusulas abusivas en contratos de consumo, Directiva 94/47/EC sobre contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, Directiva 97/7/EC respecto a contratos a distancia entre proveedores y consumidores,

Como señala Claudia Lima Marques, las Directrices de Protección al consumidor aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de abril de 1985 y sus actualizaciones hasta la más reciente en el 2015 constituye la única norma de carácter universal respecto a la materia.<sup>26</sup>

Estas directrices introducen la noción de consumidor con vulnerabilidad agravada, lo cual se configura como una transformación importante en la comprensión del Derecho del Consumo, al dejar de lado la presunción, a nuestro criterio errada, de considerar que todos los consumidores son iguales y que la protección puede ser estandarizada bajo la noción de un consumidor medio o razonable.<sup>27</sup>

La doctrina comparada se ha referido también al término de consumidor hipervulnerable, con el fin de resaltar que existen parámetros adicionales a la situación intrínsecamente asimétrica de la relación jurídica de consumo. La doctrina latinoamericana ha decidido utilizar la calificación de hipervulnerables,<sup>28</sup> por cuanto, según Barocelli, permite abarcar la pluralidad de situaciones y criterios en que la vulnerabilidad estructural del consumidor se ve profundizada y particularizada, requiriéndose medidas concretas destinadas a dirigir y devolver cierto grado de simetría a la relación.<sup>29</sup> A pesar de lo señalado, y de la impactante denominación, por cuanto se acude al calificativo hiper, entendido como exceso o más allá de lo normal por el diccionario de la Real Academia de la Lengua;<sup>30</sup> las Directrices de Naciones Unidas para la Protección de los Consumidores, que se constituye como el fundamento de construcción conceptual de esta categoría, se refiere en todo momento a los consumidores en situación vulnerable y desventaja;<sup>31</sup> por lo que se puede interpretar que aquello que es caracterizado y diferenciado es una situación específica del consumidor que le coloca en una situación en la que la asimetría se incrementa más allá de aquello que puede concebirse como racional dentro de las prácticas comunes en el mercado. Desde este punto de vista, considerar la calificación de consumidor con vulnerabilidad agravada puede ser más preciso respecto del contenido de la norma señalada; por otro lado, la ventaja de este término es que asume que la relación de consumo es originalmente asimétrica determinador factores pueden aumentar la brecha técnica, informativa, o de cualquier índole entre las partes; por lo que, la determinación se convierte en un asunto de gradación o ponderación que

---

Directiva 98/27/ EC acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, Directiva 99/44/EC sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, Directiva 2002/65/ EC relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros para consumidores Directiva 2005/29/EC relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; hasta la Directiva 2011/83/UE de 25 de noviembre de 2011 sobre los derechos de los consumidores.

<sup>26</sup> MARQUES (2018), p. 12

<sup>27</sup> En la doctrina nacional se ha considerado la categoría de un consumidor vulnerable en GOLDENBERG (2020) señalándose que puede ser abordada desde una visión intrínseca relacionada con circunstancias idiosincráticas del consumidor; y, una extrínseca referida a una especial situación en el ámbito de una particular decisión de consumo, a la que denomina vulnerabilidad situacional. También se ha referido con la calificación de especialmente vulnerable al consumidor transfronterizo, en el contexto del deber de advertencia establecido en la Ley 19.496 y que puede extenderse inclusive a otras relaciones contractuales del Derecho Común LÓPEZ (2019) Además se ha defendido la identificación de consumidores diferente, en este caso con expresa dedicación a las personas mayores, en PINOCHET (2019b).

<sup>28</sup> En Argentina BAROCELLI (2018); FRUSTAGLI (2016); SOZZO y BIANCHI (2019), pp. 291-345; 45-73; ZALAZAR y GARZINO (2018), pp. 49-87; en Brasil MARQUES (2005); GOIABEIRA et. al (2017); en Chile LÓPEZ (2019); ISLER (2019), ISLER (2020).

<sup>29</sup> BAROCELLI (2018), p. 17.

<sup>30</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/hiper->. Fecha de consulta: 17 de mayo de 2021.

<sup>31</sup> Apartados III.5. b); IV.11.a); V.F.37; 5.G.42; y, 5.K.77.

permite al juez u operador jurídico que tenga que aplicarla, valorar el contexto y circunstancias para determinar si es adecuada la implementación de una acción afirmativa y en qué medida. Considerar la calificación de la vulnerabilidad como una escala dinámica y no como un compartimento estanco permitiría no condicionar esta categoría a un solo criterio abstracto como el etario, las condiciones económicas, el nivel educativo, o el contexto específico; sino, valorarlas conjuntamente para determinar el grado de vulnerabilidad de la persona el momento en que sus derechos como consumidor fueron incumplidos.

En un análisis más amplio, el Derecho de Consumo surge de la necesidad de adecuar el derecho de contratos clásico a la sociedad de consumo iniciada en la segunda mitad del siglo XX y profundizada en los últimos treinta años como consecuencia de la globalización económica y la irrupción de la tecnología que masifica las transacciones y las despersonaliza a través del comercio electrónico y la implementación de algoritmos que permiten ejecución automatizada de contratos y descentralización del consentimiento. Los principios del Derecho de Contratos clásico son insuficientes para esta realidad, especialmente la autonomía de la voluntad y la noción de igualdad de las partes contratantes; por lo que la protección del consumidor se convierte en un asunto de orden público, al que promulgación de leyes especiales o la incorporación de normativa específica en los Códigos Civiles de algunos países permiten un control directo de cláusulas abusivas, vulneración a los deberes de información, educación en el consumo, seguridad y ejercicio del derecho de asociación de los consumidores. En materia interpretativa, la doctrina desarrolla el principio *pro consumatore* y una noción amplia de daño moral frente a la vulneración de los intereses del consumidor; a lo cual se suma una comprensión expansiva de la relación de consumo por fuera del contrato de consumo e incorporando las definiciones de consumidor material y determinable en el ámbito de protección.

A pesar de lo señalado, el desarrollo doctrinario reciente ha identificado que la protección sigue siendo insuficiente; y, en concordancia con las Directrices de Protección al Consumidor de Naciones Unidas en su última versión de 2015 se han multiplicado los esfuerzos por identificar al consumidor con vulnerabilidad agravada y la protección reforzada aplicable. Es interesante que este enfoque doctrinario es mayormente de origen latinoamericano, por cuanto el concepto a deconstruir es justamente el de consumidor medio que prima en la normativa europea de corte privatista.<sup>32</sup> Los fundamentos de la doctrina encargada de desarrollar la noción de consumidor vulnerable se remiten al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Constitucional, se nutre además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esto nos haremos cargo en los siguientes acápite.

### III. LA NOCIÓN DEL CONSUMIDOR CON VULNERABILIDAD AGRAVADA

La calificación de la relación de consumo da importancia al aspecto subjetivo o calidad de las perso-

---

<sup>32</sup> La progresiva desaparición del enfoque protector del Derecho del Consumo en Europa ha preocupado a estudiosos del tema, fenómeno que ha sido identificado en el proceso de integración en el BGB alemán y ha significado el paso de la protección del consumidor como parte débil en el mercado a un Derecho de Consumo con un eje central en el pequeño empresario. [MICKLITZ (2012), p. 285-295; MICKLITZ (2013), p. 272 y 290].

nas y no a los actos que celebra, razón por la cual, el elemento definidor de la calidad de consumidor es la de destinatario final del bien o servicio;<sup>33</sup> desde este punto de vista, identificar características específicas de ciertos consumidores es una posibilidad jurídicamente válida.

Las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor revisadas y aprobadas por la Asamblea General en Resolución 70/186 de 22 de diciembre de 2015 señalan dentro de los principios y como necesidad legítima a atender “la protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja”,<sup>34</sup> norma que se complementa con otra referencia específica a los consumidores de comercio electrónico. En la doctrina europea también se ha reconocido la existencia de un grupo de personas que no tienen acceso al consumo o no cumplen con las exigencias de la sociedad de consumo y corren peligro de aislamiento y grave detrimento en la obtención de bienes y servicios fundamentales para la dignidad de la persona.<sup>35</sup>

El reconocimiento expreso que hace las Directrices de Naciones Unidas sobre la Protección de los Consumidores permite señalar que no es un grupo homogéneo, por lo tanto, algunos requerirán mayor nivel de protección que otros; aunque la noción misma de vulnerabilidad en el ámbito del consumo se encuentra en pleno proceso de construcción, asignándose a esta categoría criterios tan disímiles como las personas con discapacidad hasta los pacientes o turistas; en la Unión Europea, la definición de consumidor vulnerable ligada a criterios estancos como la edad, credulidad o salud física ha sido criticada con paternalista, e inclusive, potencialmente discriminatoria, al no permitir indagar en los contextos específicos; por lo que la doctrina se ha mostrado partidaria por un enfoque multidisciplinario y flexible.<sup>36</sup> Por lo tanto, la vulnerabilidad en el consumo tiene un espectro amplio de origen, como la marginalización económica del consumidor causada, a su vez, por múltiples factores como el desempleo, la enfermedad, condición migratoria irregular, lo que se traduce en la posibilidad de que la misma aparezca por características propias del consumidor o la situación en que se encuentra para consumir.<sup>37</sup> Las primeras tendrán mayor vocación de permanencia que las segundas, por lo que una noción flexible sería la más adecuada para atribuir un abanico de medidas concretas a la identificación de la complejidad de cada caso.

Como señala Tomillo Urbina, las posiciones asimétricas y las situaciones de cometimiento empiezan a no ser toleradas socialmente, cuando no resultan llanamente rechazadas. Nos encontramos ante una sociedad cada vez más moderna y reivindicativa que reacciona y se rebela ante realidades que percibe como injustas por impositivas y discriminatorias, un cuerpo social que ya no se resigna a soportar la desigualdad como *fatuum* insalvable;<sup>38</sup> en efecto, la desnaturalización de la abrumante desigualdad entre proveedores de carácter transnacional con facultades logísticas y litigiosas muy superiores a

---

<sup>33</sup> BARRIENTOS (2019).

<sup>34</sup> CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (2016), pp. 6 y 7.

<sup>35</sup> MICKLITZ (2013), pp. 293-296.

<sup>36</sup> KAPROU (2021), pp. 51-67

<sup>37</sup> STANESCU y GIKAY (2021), pp. 28-29

<sup>38</sup> TOMILLO (2010), p. 56.

las de cualquier consumidor, no pueden sino conllevar una intensa regulación que permita reducir las diferencias y una humanización del mercado. Sin duda, el gran desafío del Derecho del Consumo hoy es la garantía del acceso al consumo de una gran parte de la población que se encuentra sin las posibilidades del ejercicio de este derecho mediante las garantías de acceso al consumo y la consideración del consumidor material, ambos temas que sí han sido profundizados en la doctrina nacional,<sup>39</sup> que permitirían abrir una puerta hacia formas de contratación asistida o con aval del estado respecto de la seguridad y confianza con la que estos tipos de consumidores puedan desenvolverse en la sociedad de consumo, al punto de incorporar herramientas directas de política pública como techo de precios, descuentos obligatorios o mayor flexibilidad respecto de cambios o adaptaciones para estos consumidores y su situación específica; es así que se ha pensado también como consumidores vulnerables a los pacientes, los turistas, los consumidores financieros o aquellos que consumen por medios electrónicos. Una búsqueda de herramientas concretas permitiría incluso llevar a construir una presunción en favor del consumidor en este tipo de contextos asimétricos; especialmente cuando el régimen de responsabilidad civil en materia de consumo requiere la prueba de la culpa, contrariamente a lo que sucede en el derecho comparado, como en el caso español, en el que el régimen de responsabilidad en materia de consumo es derechamente de carácter objetivo como se puede evidenciar en los artículos 128 y siguientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, especialmente el 139 que señala como requerimiento de prueba al deudor el daño y la relación de causalidad; y, el 148 y 149 que establece regímenes estricto respecto a ciertos servicios como los sanitarios o de construcción.<sup>40</sup>

Una vez que se ha sostenido anteriormente que, a nuestro entender, la calificación de consumidor con vulnerabilidad agravada resulta más precia respecto de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección de los Consumidores, es necesario señalar que para definir al consumidor con vulnerabilidad agravada es necesario partir primeramente por qué se entiende por tal vulnerabilidad y enmarcar este concepto en el ámbito jurídico. El artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que los estados parte deben garantizar el goce de los derechos a las personas sin discriminación y cita criterios que permiten identificar una diferenciación discriminatoria,<sup>41</sup> los cuales han sido desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana como criterios sospechosos de discriminación.<sup>42</sup>

Algunos de los criterios se manifiestan de manera homogénea en miembros de grupos determinados, produciendo discriminación estructural,<sup>43</sup> lo que ha llevado a considerarlos como grupos vulnerables

---

<sup>39</sup> ISLER (2020), pp. 148-159.

<sup>40</sup> SOLER y DEL OLMO (2019), pp. 475-486; 494-495; 522-525

<sup>41</sup> Organización de los Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de septiembre de 1969. Los criterios son: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>42</sup> *González Lluy con Ecuador* (2015).

<sup>43</sup> Se entiende por discriminación estructural aquella que permanece en el contexto de una valoración amplia del histórico, temporal y geográfico. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2019). Se puede apreciar referencias específicas, por ejemplo, en el informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas afrodescendientes en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011 en el que se señala que además de las evidencias históricas y estadísti-

a aquellos que “(...) requieren medidas particulares para poder garantizar en forma efectiva su derecho a la igualdad y no discriminación, tales como niños, niñas y adolescentes, personas inmigrantes, grupos indígenas, mujeres y personas en situación de discapacidad”.<sup>44</sup>

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a la categoría de vulnerabilidad en el caso *Furlán vs. Argentina* en el que se señala que “no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...)”;<sup>45</sup> apreciación similar usa en otros casos en que la afectación de derechos recae sobre un miembro de grupo vulnerable como *Ximenes Lopes vs. Brasil* respecto a personas con discapacidad;<sup>46</sup> *González Lluy vs. Ecuador* respecto a persona con VIH;<sup>47</sup> *Guzmán Albarracín vs. Ecuador* respecto a niñez y adolescencia;<sup>48</sup> *Poblete Vilches vs. Chile*<sup>49</sup> respecto a personas mayores; y, recientemente en *Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*,<sup>50</sup> respecto a pueblos y nacionalidades indígenas.

El concepto dinámico de vulnerabilidad adoptado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no solo implica que cada sociedad puede discriminar a grupos diferentes; además considera que individuos que no se encuentran en dicha situación pueden para a ser vulnerables y viceversa; así sucede por ejemplo con el turista;<sup>51</sup> o, aun palpable en el contexto de pandemia respecto de las personas contagiadas de COVID-19, los consumidores alimentarios o aquellos que consumen por medios electrónicos, por lo que no necesariamente la vulnerabilidad se refiere al aspecto socioeconómico.<sup>52</sup> Bajo este marco se ha señalado que los consumidores están en situación de hipervulnerabilidad: “cuando se constatan circunstancias fácticas que concurren a agudizar la vulnerabilidad del consumidor, la aplicación de los institutos tuitivos generales de manera indiferenciada puede conducir a una infraprotección (...) se tratará en definitiva acciones afirmativas”.<sup>53</sup>

La Directiva 2005/29/CE regula la vulnerabilidad en el artículo 5.3 como parámetro para la calificación de una práctica comercial como desleal, para lo cual se debe verificar la previsibilidad del comerciante respecto del efecto que la misma pueda producir a un miembro medio del grupo de consumidores especialmente vulnerables por la edad, dolencia física, trastorno mental o credulidad.

---

cas este tipo de discriminación aparece en el imaginario colectivo y continuidad de estereotipación.

<sup>44</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019), p. 93.

<sup>45</sup> *Furlán con Argentina* (2012).

<sup>46</sup> *Ximenes Lopes con Brasil* (2006).

<sup>47</sup> *Lluy con Ecuador* (2015).

<sup>48</sup> *Guzmán Albarracín con Ecuador* (2020).

<sup>49</sup> *Poblete Vilches con Chile* (2018).

<sup>50</sup> *Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (2020).

<sup>51</sup> KLEIN VIEIRA (2017).

<sup>52</sup> SAHIÁN (2020).

<sup>53</sup> FRUSTAGLI (2016).

Sobre esta norma se señala que la protección se complementa con la extensión de la protección a todos los consumidores del grupo, respecto a la práctica calificada como desleal para el consumidor medio del mismo. La Directiva 2005/29 del Parlamento Europeo y el Consejo que regula la materia bajo la figura abstracta del consumidor medio,<sup>54</sup> aunque menciona la vulnerabilidad al tratar las prácticas desleales.<sup>55</sup>

La Directiva 2009/72 se refiere también a los consumidores vulnerables en el plano energético y la Directiva 2011/83 también manda al comerciante a considerar la situación de los consumidores vulnerables por enfermedad, edad o credulidad, dentro de lo previsible por éste, aunque proscribire un nivel de protección diferenciado.<sup>56</sup>

En la doctrina se ha desarrollado una tesis que diferencia entre el consumidor responsable, que según lo que se ha dicho coincidiría con la figura del consumidor medio; y el consumidor vulnerable, con el fin de diferenciar la intensidad de la protección; en el primer caso, se garantiza el acceso al consumo, mientras que el segundo se consideraría que no cumple las condiciones de la sociedad de consumo por lo que sería sujeto de políticas de carácter distributivo.<sup>57</sup> Este razonamiento ha recibido críticas respecto a las condiciones bajo las que se consideraría que un consumidor se encuentra en una u otra categoría, cuya indefinición podría traer relaciones injustas en determinados casos,<sup>58</sup> por lo que, para la garantía de los más débiles en el acceso a los productos y servicios fundamentales se señala la necesidad de que el Derecho de Consumo se haga cargo directamente de incorporar herramientas de justicia distributiva.<sup>59</sup>

En este contexto, se han referido a la vulnerabilidad agravada del consumidor el *Code de la Consommation* francés en el artículo L121-1, siguiendo la Directiva Europea 2005/29, al señalar que “*el carácter desleal de una práctica comercial dirigida a una categoría particular de consumidores o un grupo de consumidores vulnerables por motivos de enfermedad mental o física, su edad o su credulidad se evalúa con respecto a la capacidad media de discernimiento de la categoría o grupo*”; la regulación se especifica en la práctica bajo la figura del abuso de la debilidad contenida en los artículos L121-8 a L121-10 que se refieren a la obtención de compromisos por parte del consumidor a partir de prácticas

---

<sup>54</sup> La noción del consumidor medio está presente en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 y se centra en la presunción de perspicacia, la atención y la búsqueda de la información, lo que se traduce en una pericia mínima que le permita aproximarse a la mejor opción en medio de la publicidad y otras estrategias de los proveedores para promover el acto de consumo. Su pericia no llega a superar el efecto dañoso de las malas prácticas, por lo que el modelo es de un consumidor razonable y diligente. HUALDE MANSO (2014), pp. 30-31; BAROCELLI (2018), p. 19-20. Se ha criticado la noción de consumidor confiable o medio como un concepto que ha debilitado progresivamente el carácter tutelar del consumidor en el Derecho de Consumo europeo y su enfoque economicista mediante el desinterés por el consumidor vulnerable para el mercado europeo MICKLITZ (2009), p. 11; MICKLITZ (2013), p. 271.

<sup>55</sup> HUALDE MANSO (2014), p. 33.

<sup>56</sup> Parlamento Europeo y Consejo, Directiva 2011/83/UE, 25 de octubre de 2011, c. 34.

<sup>57</sup> MICKLITZ (2013), p.363.

<sup>58</sup> HESSELINK (2014), p. 40-41.

<sup>59</sup> HESSELINK (2020), pp. 7-8. Una construcción filosófica sobre la necesaria consideración de elementos de justicia distributiva en el ámbito contractual y especialmente contraria a la noción relacional puramente bilateral se puede verificar en PAPAYANNIS (2016), pos. 4503-4531.

comerciales agresivas abusando de su debilidad.<sup>60</sup> En similar situación se coloca el artículo 4 del *Codice di Consumo* italiano al disponer la mayor intensidad en la educación del consumidor vulnerable; pero, especialmente en el artículo 20 al prescribir la prohibición de prácticas comerciales desleales que pueden ser dirigidas al consumidor promedio o distorsionar apreciablemente el comportamiento económico un grupo de consumidores particularmente vulnerables a la práctica o producto a que se refiere; en este caso, se enuncian expresamente los criterios de discapacidad mental, enfermedad o ingenuidad como productores de la vulnerabilidad y la distorsión puede ser provocada al consumidor promedio dentro de ese grupo determinado.<sup>61</sup> En la región latinoamericana, el artículo 4 del Código de Defensa del Consumidor brasileño,<sup>62</sup> reconoce expresamente la vulnerabilidad del consumidor y la defensa de su dignidad como objetivo, lo cual tendría un anclaje constitucional y permite potenciar una diferenciación entre consumidores en función de su mayor exposición al riesgo en las relaciones de consumo, alejándose de una noción estandarizada de consumidor;<sup>63</sup> el artículo 39 inciso cuarto de la norma destaca las condiciones de salud, ignorancia, edad o condición social como factores que pueden generar abuso. El Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú acoge el mismo reconocimiento de la vulnerabilidad que aparece en su par brasileño, pero además refuerza la protección “con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad, así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza”, se señalan categorías específicas de consumidores que requieren protección reforzada.<sup>64</sup>

La Ley 1480/2011 de Colombia<sup>65</sup> en su artículo 1 numeral 5 prescribe protección especial a los niños, niñas y adolescentes consumidores y en el artículo 28 señala disposiciones específicas respecto a la información.

Una definición más amplia se puede encontrar en la reciente Resolución 139/2020 del Ministerio de Desarrollo Productivo de la República Argentina emitida para el contexto de pandemia en la que: se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo.<sup>66</sup>

<sup>60</sup> *Code de la Consommation*, Ordenanza No. 2016-301 de 14 de marzo de 2016.

<sup>61</sup> *Codice Civile Italiano*, Decreto Legislativo No. 206 de septiembre de 2005.

<sup>62</sup> *Código de Defesa do Consumidor*, Lei No 8.078/1990, 11 de septiembre de 1990.

<sup>63</sup> GOIABEIRA et al (2017), pp. 545-547.

<sup>64</sup> Congreso del Perú, Ley 29.571 de 01 de septiembre de 2010, art. VI inciso 4.

<sup>65</sup> Estatuto del Consumidor, Ley 1480/2011, 12 de abril de 2012.

<sup>66</sup> Ministerio de Desarrollo Productivo de la República Argentina, Resolución 139/2020, 27 de mayo de 2020. El artículo 2 de la resolución incluye en la categoría a niñas, niños y adolescentes, colectivos LGBT+, personas mayores de 70 años, personas con discapacidad, migrantes o turistas, personas pertenecientes a pueblos originarios, ruralidad, residencia en barrios populares, situaciones de vulnerabilidad socioeconómica acreditada.

Esta definición se conecta con aquella transversal al proyecto de Código de Defensa del Consumidor que se encuentra en proceso de trámite y señala como consumidores hipervulnerables a “*aquellas personas humanas que, además de su vulnerabilidad estructural en el mercado, se encuentran también en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, salud, o por otras circunstancias sociales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores*”.<sup>67</sup> La inclusión de grupos en el espectro de protección de la norma y proyecto de norma señalados responde a un desarrollo jurisprudencial importante en el país trasandino.<sup>68</sup>

#### **IV. ¿SE PUEDE VISLUMBRAR LA CONSIDERACIÓN DEL CONSUMIDOR CON VULNERABILIDAD AGRAVADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO?**

En Chile no existe en la Ley 19.496 ninguna mención a la vulnerabilidad como criterio de protección reforzada de un grupo específico de consumidores. Se ha criticado a la norma de ser excesivamente reglamentaria y partir de una consideración negativa del proveedor y poco desarrollo de disposiciones que tiendan a una cultura positiva y armónica de consumo.<sup>69</sup>

La doctrina tampoco se ha encargado del tema en forma exhaustiva pero ha identificado la vulnerabilidad agravada de ciertos consumidores, salvo acercamientos indirectos<sup>70</sup> o refiriéndose a un grupo concreto, como en el caso de las personas mayores, en el contexto de la ratificación de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos de las Personas Mayores; se señala así que ésta prevalecería respecto de la Ley de Protección de los Consumidores al ser instrumento internacional de derechos humanos con rango constitucional y se plantea la necesidad de modular la noción respecto de la tercera edad en base a los criterios de ampliación de la comprensión de consumidor material, superación del consumo exclusivamente como acto oneroso y el derecho del consumidor a no discriminación.<sup>71</sup> El derecho del consumidor a no discriminación parece constituirse como una posible vía de reconocimiento de una categoría de consumidores con vulnerabilidad agravada en el

---

<sup>67</sup> Proyecto de Código de Defensa al Consumidor, Expediente 343-D-2020, 26 de junio de 2020.

<sup>68</sup> Corte Suprema de la Nación, Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/Provincia de Santa Fe s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, 27 de octubre de 2015 IJ-XCIII-987 que considera a los consumidores de tabaco como vulnerables; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín - Sala I, L., M. G. c/Inc SA - Supermercados Carrefour y Otro s/Daños y Perjuicios de 03 de septiembre de 2015 indemniza por daños a una persona con discapacidad sometida a protocolos de seguridad porque su prótesis activó la alarma de seguridad; Cámara en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza - Cámara Cuarta, Rodríguez Martínez, S. c/Salinas Zapata, Gonzalo J. p/Daños y Perjuicios de 11 de junio de 2019 establece la necesidad de incrementar el cuidado en el transporte escolar ante caída de un menor; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala E, Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (ACUUC) c/Despegar.com.ar SA s/Amparo de 26 de agosto de 2020 atiende un amparo colectivo frente a la negativa de reembolso de pasajes comprados por medios electrónicos, se ha criticado el fallo al definir erróneamente a los compradores como consumidores hipervulnerables por su calidad de “turistas”, sin embargo, el fundamento también se ha referido a la calidad de consumidores por medios electrónicos.

<sup>69</sup> RODRÍGUEZ (2015).

<sup>70</sup> GOLDENBERG (2020). El autor se refiere a la noción de vulnerabilidad en los siguientes términos: “(...) Ello implica que toda persona puede ser más o menos vulnerable en determinados ámbitos, siendo mucho más puntuales los casos en que el sujeto es vulnerable en todos los aspectos de su vida. De lo anterior también aparece que, al menos en términos abstractos, parece posible generar distintas capas de protección, especialmente cuando se constata la existencia de los denominados “consumidores hipervulnerables”. LÓPEZ (2019) hace una mención al referirse al consumidor transfronterizo.

<sup>71</sup> PINOCHET (2019) a.

ordenamiento jurídico chileno; sin embargo, su enunciación carente de mayor contenido en la Ley de Protección al Consumidor y ausencia de mecanismos diferenciados de protección lo convierten en poco útil, generando, mas bien, incerteza; situación que se supera cuando nos referimos a las personas mayores consumidoras, por cuanto este criterio se nutre de las precisiones de la Convención Interamericana para la protección de sus derechos<sup>72</sup>, criterio que compartimos y puede ser aplicado a otros grupos vulnerables recurriendo a las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 3 literal c) de la Ley 19.496 consagra el derecho de los consumidores a no ser discriminados por el proveedor; sin embargo, no se especifica si la discriminación puede producirse referente a grupos determinados o los criterios bajo los que puede producirse dicha discriminación.

El artículo 25 agrava la multa al proveedor por la suspensión de agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica, telecomunicaciones, teléfono o recolección de basura, residuos o elementos tóxicos, se prevé además que no se cobrará por el tiempo de servicio suspendido y se realizarán los reembolsos según corresponda. En este caso no se establece la tutela reforzada en base a los consumidores sino a la actividad.

Según Corral,<sup>73</sup> la industrialización de la economía, los avances tecnológicos y científicos; así como una mayor preocupación por la víctima y la necesidad de resarcimiento de su integralidad como persona ha traído algunas consecuencias en materia de responsabilidad civil, a través de la adopción de herramientas prácticas que tienden a reconocer la necesidad de protección en la desigualdad e instauran mecanismos de justicia distributiva y una creciente categorización de relaciones que ameritan la aplicación de un sistema de responsabilidad estricta.<sup>74</sup>

En esta tendencia, en materia de responsabilidad dentro de las relaciones de consumo, el artículo 50 literal H establece las reglas del proceso de la acción indemnizatoria individual en los juzgados de policía y faculta al tribunal a distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio. Esta norma también es genérica y constituye una manera de equilibrar la asimetría de la relación de consumo en general y enfatizarse en casos en que el consumidor tenga vulnerabilidad agravada. Una posición protectora más radical, a través de una presunción de la causalidad, aparece en los artículos 111E y 111J del Código Sanitario introducido por la Ley 20.850 que establece responsabilidad estricta por los daños producidos en el contexto de investigación médica en seres humanos, misma que recae en los titulares de las autorizaciones para uso provisional con fines de investigación, en el primer caso; y, se imputa como causa a la investigación cuando hay daños por productos defectuosos en ensayos clínicos.

En el contexto de pandemia se puede observar una remisión clara a la vulnerabilidad en el contexto

---

<sup>72</sup> PINOCHET (2019a).

<sup>73</sup> CORRAL (2013), pp. 82-84; JOURDAIN (2014), pp. 630-694.

<sup>74</sup> BARROS (2020), pp. 63-66; VINEY (2007), pp. 463-505; LE TORNEAU (2008), pp. 39-43.

de las relaciones del consumo en la Ley 21.249 que dispone, de manera excepcional, medidas en favor de los usuarios finales de servicios sanitarios, electricidad y gas de red,<sup>75</sup> en cuyo artículo 3 establece en los requisitos para el acceso encontrarse en el 60 por ciento de hogares más vulnerables de Chile, estar recibiendo prestaciones del seguro de desempleo, ser adulto mayor, ser trabajador independiente y encontrarse afectado económicamente.

La reforma a la Ley 19.496 incorporada en la Ley 21.081 de 13 de septiembre de 2018 señala como situación agravante de la responsabilidad infraccional a la vulneración de la dignidad del consumidor, según lo señalado en el literal c) del artículo 24, lo que nos puede acercar a la consideración de la vulnerabilidad agravada para comprender la noción de dignidad. En esta misma norma inciso séptimo se señalan los criterios para el establecimiento de la multa, entre los que resaltan algunos que parecen tener en consideración la vulnerabilidad del consumidor, como la referente al grado de asimetría existente entre el infractor y la víctima, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; y, la capacidad económica del deudor. Con esta norma parece dibujarse tímidamente una intención del legislador de rechazar los abusos que puedan producirse a consumidores especialmente vulnerables.

El artículo 51 numeral 2 inciso segundo también introducido por la Ley 21.081 se refiere nuevamente a la afectación a la dignidad como requisito para extender las indemnizaciones al daño moral en los procesos de protección del interés colectivo y difuso de los consumidores; adicionalmente, el literal c) del artículo 53 C de la ley incorpora la posibilidad de aumentar el monto de la indemnización a los consumidores por daño moral colectivo en un 25% si concurre alguna de las agravantes contenidas en el artículo 24 inciso quinto, entre ellas, la vulneración a la dignidad del consumidor. Esta norma ha sido señalada por la doctrina como relacionada con la noción de daño punitivo.<sup>76</sup>

En la jurisprudencia nacional existe una remisión al término “consumidores vulnerables” en el fallo Rol 5.213-2015 de 19 de julio de 2016 referente a una demanda promovida por SERNAC por el interés colectivo de los consumidores frente a la publicación de deudores de cuentas de servicios básicos.<sup>77</sup> Un primer grupo que ha tenido mención especial en la jurisprudencia de consumo respecto a la vulnerabilidad es el de la niñez; así, en el fallo Rol 727-2013 se concede indemnización por daño moral ante la responsabilidad infraccional por incumplimiento de lo establecido en los artículos 12 y 23 de la Ley 19.496 ante la negligencia de la demandada al permitir que se cambie un medidor de luz cuando en la casa se encontraba sola una niña de 12 años.<sup>78</sup> En el fallo Rol 61-2014 de 08 de julio de 2014 se considera como consumidor a un niño de 8 años que, esperando a sus familiares que compraban en un supermercado, le cae encima la reja de cierre perimetral causándole lesiones, aplicándose la

---

<sup>75</sup> Congreso de Chile, Ley 21.249, 08 de agosto de 2020.

<sup>76</sup> MENDOZA (2019), pp. 74-77.

<sup>77</sup> Servicio Nacional del Consumidor con Cámara de Comercio de Santiago (2016). El fallo señala que la Ley Nº 19.628, sobre protección de la vida privada, pretende resguardar a la parte más débil de la relación de consumo, el público y mercado cautivo de estas empresas de servicios, que ofrecen distintos productos y servicios a consumidores vulnerables y de escasos recursos. Sostiene que ninguna de las modificaciones a esta ley ha reformado el contenido del precepto en comento, por lo que no cabe restringirlo a las deudas por consumo de servicios básicos, sobre todo porque esa interpretación contraría el principio pro consumidor.

<sup>78</sup> Chilectra S.A. con Cañas Benitez Julieta (2014).

noción más amplia de consumidor y tomando en cuenta la condición vulnerable del menor para la valoración del daño moral.<sup>79</sup>

Respecto a una aproximación del turista como consumidor vulnerable se verifica el daño grave proporcionado por sucesos como fallas en la entrega de equipaje o retrasos importantes en los vuelos.<sup>80</sup> En el primer caso se indemniza por el daño moral provocado tras fallar en la entrega de una encomienda para tratamiento dermatológico de una persona en el exterior; mientras que en el segundo se reconocen como parámetros para la indemnización por daño moral las dificultades adicionales de encontrarse en la condición de turista, por cuanto la cancelación de un vuelo obligó a una familia a posponer actividades, perder su equipaje y dormir en la recepción de un hotel. Finalmente, en el tercer y cuarto caso la consideración de turista influye en la calificación del daño moral ante el retraso en la entrega del equipaje.

De la misma manera, en el fallo rol 72-2018 se toma en cuenta la condición de discapacidad del hijo de la demandante para evaluar el daño moral indemnizable provocado por las complicaciones producidas por reprogramaciones de viajes de la aerolínea que la obligaron a viajar 21 horas en bus para acudir a una hora médica.<sup>81</sup> En fallo Rol 19-2010 de 28 de mayo de 2010 se interpreta por la Corte de Apelaciones de Arica que la falta de adaptación del local respecto al acceso de personas con silla de ruedas incurre en incumplimiento del artículo 24 de la Ley 19.496 equivalente a la negación injustificada de la venta de bienes o prestación de servicios a un consumidor, el fallo además es relevante porque recurre a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para dar contenido al derecho de no discriminación de la consumidora en tal condición.<sup>82</sup> Respecto a la condición de migrante como criterio para reforzar la exigencia de los deberes de información al proveedor en un contrato educativo en el que no se expresan claramente los requisitos y privan al consumidor, de nacionalidad haitiana, de acceder a servicios educacionales.<sup>83</sup>

La protección de los consumidores por medios electrónicos también es apreciable en la jurisprudencia nacional.<sup>84</sup> Este conjunto de fallos demuestra la absoluta vulnerabilidad del consumidor frente a las operaciones a distancia y por medios electrónicos de proveedores de servicios financieros.

En el contexto de pandemia ha emergido con intensidad la consideración de la vulnerabilidad en el Derecho Privado, lo cual ha desencadenado una serie de normativa de emergencia que ha influido en los contratos y su cumplimiento.<sup>85</sup> En materia de consumo han tenido relevancia la Circular Inter-

<sup>79</sup> *Llancaleo con Supermercado 10 S.A.* (2014).

<sup>80</sup> Se pueden citar los fallos Rol 94-2014 de la Corte de Apelaciones de Temuco; rol 20-2015 de la Corte de Apelaciones de Rancagua; 62-2017 y 130-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago

<sup>81</sup> *Burgos con Latam Airlines Group S.A.* (2019)

<sup>82</sup> *Servicio Nacional del Consumidor con Sociedad Kamel Ltda.* (2010)

<sup>83</sup> *Prismack con Instituto Centro de Formación Técnica Magnos* (2015).

<sup>84</sup> Como se puede apreciar en el fallo *Zalazar con Banco Santander Chile S.A.* (2015); *Lucero con Ticketek S.P.A.* (2015); *SERNAC y otro con Promotora CMR Falabella* (2014); *Pezo con Empresa Car S.A.* (2014); y, *Actor con Sociedad Cobranza Payback S.A.* (2010).

<sup>85</sup> Han sido varias las referencias al cumplimiento de los contratos de arrendamiento, contrato de educación, contratos de ser-

pretativa del SERNAC que establece precisiones respecto a la contratación a distancia y refuerza la protección de los consumidores a través de medios electrónicos, especialmente en materia informativa convocando al proveedor a “adoptar las medidas necesarias para cautelar que el consumidor tenga un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales de la respectiva contratación y la posibilidad de almacenar o imprimir una copia de ellas(...)”,<sup>86</sup> a nuestro criterio, la preocupación en un grupo específico de consumidores puede demostrar un especial interés de protección debido a la vulnerabilidad en que se encuentran frente al medio por el que se produce la relación de consumo, lo que se menciona expresamente en la Circular respecto a la susceptibilidad de fraude digital.<sup>87</sup> En la Resolución Exenta No. 371 sobre medidas de resguardo de la salud en las relaciones de consumo se señala “(...) los proveedores deberán adoptar cualquier otra medida de protección de los consumidores, en especial, respecto de aquellos en situación de riesgo frente a esta enfermedad”, lo que permite deducir una intención de protección reforzada a una categoría de consumidores vulnerables emergente como sucede con aquellas personas susceptibles de contagio o que han contraído la enfermedad y se resalta la importancia de la continuidad de los servicios básicos.<sup>88</sup> La Resolución Exenta No. 360 sobre buenas prácticas de los proveedores ante el COVID 19 reconoce, de manera transversal, el establecimiento de medidas de protección a los consumidores que se encuentren en grupos de riesgo de contagio.<sup>89</sup>

Las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, en su párrafo 5, centra el enfoque para evitar las prácticas comerciales abusivas en caso de consumidores vulnerables; recomiendan además la implementación de mecanismos legales o administrativos eficaces para que los consumidores vulnerables obtengan compensación por daños (párrafo 37). Se prevé también la protección reforzada en educación e información (párrafo 42), en acceso y continuidad de los servicios públicos, así como mecanismos de solución ante el no pago y solución de controversias (párrafo 77).

## V. MECANISMOS DE PROTECCIÓN REFORZADA AL CONSUMIDOR CON VULNERABILIDAD AGRAVADA

Finalmente queda revisar qué medidas específicas se desarrollan para la protección reforzada de aquellos grupos de consumidores que se han identificado tienen una vulnerabilidad agravada. La Resolución 139/2020 del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación Argentina, que es la norma más reciente sobre este reconocimiento, establece medidas de simplificación de trámites, asistencia, mitigación de obstáculos de acceso a la justicia, implementar ajustes razonables para el ejercicio de derechos, intensificar las labores de educación en el consumo, promoción de buenas prácticas a

---

vicios básicos, entre otros DE LA MAZA Y VIDAL (2020), pp. 135-148; MOMBERG Y PINO (2020), pp. 2-5.

<sup>86</sup> Servicio Nacional del Consumidor, Resolución Exenta No. 0326 de 06 de abril de 2020, párrafo 4.3.

<sup>87</sup> Servicio Nacional del Consumidor, Resolución Exenta No. 0326 de 06 de abril de 2020, párrafo 6.3.

<sup>88</sup> Servicio Nacional del Consumidor, Resolución Exenta No. 0371 de 23 de abril de 2020, título 3ª, párrafo v).

<sup>89</sup> Servicio Nacional del Consumidor, Resolución Exenta No. 0360 de 20 de abril de 2020.

comerciales proveedores y el requerimiento de actuación con un lenguaje accesible y un deber reforzado de colaboración.

El Proyecto de Código de Defensa del Consumidor argentino, además de establecer expresamente la categoría de consumidor vulnerable en el artículo 3, en su artículo 5.6. eleva a principio general el reforzamiento de protección de consumidores hipervulnerables. En cuanto a medidas transversales, la mayoría son programáticas y están dirigidas a reforzar el deber de información y el deber del proveedor de prever la situación de hipervulnerabilidad estableciendo responsabilidad es objetiva en la materia. Adicionalmente se incorpora el criterio de hipervulnerabilidad en la noción de trato digno y la atención prioritaria (artículos 23 y 24). El artículo 37 incorpora el criterio en la ponderación del juez respecto de contratos de consumo, el 47 lo hace en el control de contenido de manera expresa y los artículos 80 y 82 se refieren a la protección del consumidor financiero, especialmente el sobreendeudado. En materia procesal resalta el principio de flexibilización de la congruencia en las sentencias (artículo 170).

El Código peruano que consagra ciertos grupos de consumidores vulnerables, en el artículo IV referente a políticas públicas, no establece medidas específicas en el resto del articulado; sin embargo, establece la carga de la prueba de la información en el proveedor (artículo 4.2 inciso segundo), de la justificación del trato desigual (artículo 39 y el anunciante en caso de control del contenido de la publicidad (artículo 14.4). El Código francés e italiano, siguiendo la normativa europea, consideran esta categoría para efecto de calificar prácticas comerciales como abusivas.

Por lo señalado, se observa un catálogo de medidas relacionadas con políticas públicas, instituciones procesales, generación de determinadas conductas, especialmente de los actores públicos o la utilización de la categoría como criterio de interpretación para determinar prácticas ilegítimas.

## VI. CONCLUSIONES

En virtud de lo señalado pueden alcanzarse algunas conclusiones:

El concepto de consumidor con vulnerabilidad agravada parte de la consideración del mismo como sujeto de vulnerabilidad estructural, al cual se suman otros criterios que lo ponen en adicional desventaja o debilidad en la relación de consumo. El establecimiento de la categoría además se ve reforzado con la concepción dinámica de la vulnerabilidad<sup>90</sup> no restringida a las características socioeconómicas; y, especialmente, a la necesidad de establecer medidas de acción positiva.<sup>91</sup> La adopción de un concepto flexible ha sido identificada como necesidad desde la doctrina latinoamericana como europea, por cuanto la consideración de los criterios de vulnerabilidad como conceptos estancos no ha permitido la claridad de esta categoría ni la apertura que requiere para abarcar un amplio espectro

---

<sup>90</sup> BAROCELLI (2018), p. 26.

<sup>91</sup> FRUSTAGLI (2016); MARQUES (2005), p. 245.

de casos concretos. Se ha optado por el término consumidor de vulnerabilidad agravada, por sobre el de hipervulnerabilidad, por su mayor precisión respecto al carácter gradual de su identificación y la ventaja de demostrar inmediatamente que se refiere a un incremento de la vulnerabilidad estructural propia del consumidor. La amplitud de la noción de consumidor, finalmente, es una decisión de política legislativa que permite la extensión del estatuto protectorio a un mayor número de destinatarios.<sup>92</sup> La categoría se justifica, por cuanto, la protección regulada bajo la noción de consumidor medio no alcanza a comprender la realidad de la vulnerabilidad agravada y parte de un modelo ideal, poco frecuente, del consumidor informado y perspicaz que busca elegir racionalmente sus actos de consumo; lo cual, como señala doctrina comparada europea, ha provocado una pérdida creciente del sentido tutelar del derecho del Consumidor y economización del sistema por lo que se recomienda la aplicación de criterios de justicia distributiva para evitar el aislamiento de las personas que no pueden cumplir con los requerimientos de la sociedad de consumo.

En el derecho comparado se identifica una versión menos intensa en el reconocimiento de la vulnerabilidad como característica del grupo de consumidores en general, como sucede en Brasil; una intermedia que distingue a los consumidores de vulnerabilidad agravada respecto del género, con el fin de brindar protección adicional frente a prácticas abusivas y calificarlas, como en Francia e Italia; y, finalmente, otros ordenamientos generan una nueva categoría y caracterizan los grupos protegidos como sucede en Perú y la Resolución 139/2020 del Ministerio de Desarrollo de la República Argentina y el proyecto de Código de Defensa del Consumidor del mismo país.

La doctrina chilena ha hecho recientemente referencias a la consideración de una categoría de consumidores con vulnerabilidad agravada que requerirían protección reforzada, aunque no se ha profundizado directamente sobre la conveniencia o requisitos de asumir esta categoría. La Ley 19.496 no se refiere en su texto a la vulnerabilidad ni identifica grupos de consumidores que requieran protección diferenciada; sin embargo, la incorporación de normas tutelares específicas respecto del consumidor financiero en la Ley 20.555 que reforma la 19.496 permite identificar una sensibilidad del legislador nacional respecto a la posibilidad de desarrollar criterios para no homogeneizar el concepto de consumidor y asumir una protección diferenciada. La incorporación de la dignidad del consumidor y el nivel de asimetría como factores para evaluar el daño; así como, el reconocimiento del derecho a la no discriminación, han permitido generar jurisprudencia que se ha referido a ciertos consumidores que requiere protección reforzada como niños, personas con discapacidad, migrantes, consumidores por medios electrónicos o turistas; la doctrina también se ha remitido a esta necesidad de diferenciación con fundamento en el derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que es posible alcanzar la protección reforzada en sede judicial, aunque no se haya reconocido expresamente una categoría diferenciada de consumidores.

La Directrices de Naciones Unidas y la regulación específica que se encuentra en el derecho argentino y peruano se refieren a elementos de política pública y programáticos como mecanismos de protección específica a consumidores de vulnerabilidad agravada; en el contexto europeo, las normas francesa e italiana utilizan el criterio de vulnerabilidad para la calificación de prácticas abusivas.

---

<sup>92</sup> WAINTRAUB (2019).

En el presente trabajo se ha tratado de identificar algunas figuras que pueden ser utilizadas para la protección reforzada de los consumidores con vulnerabilidad agravada como el trato prioritario, la facilidad probatoria para distribuir la carga de la prueba, la mayor intensidad en el cumplimiento de los deberes de información del proveedor, flexibilización del hecho de la víctima como eximente de responsabilidad del proveedor, flexibilización de la congruencia en la sentencia, presunción de causalidad y establecimiento de responsabilidad objetiva para aquellos casos de mayor afectación. En el ordenamiento chileno se encuentran casos de estas figuras que, materialmente, protegen consumidores considerados como vulnerables, aunque no se establezca expresamente dicha categoría; un ejemplo se encuentra en Ley 21.249 sobre provisión de servicios públicos debido a la pandemia.

La adopción expresa de la categoría de consumidores de vulnerabilidad agravada permitiría una regulación ordenada y unívoca que configure este estatuto de protección, sin embargo, se debe extremar cuidados en la determinación del contenido y requisitos que permitan identificarla claramente; así como, mecanismos de protección adecuados cuya aplicación no derive en situaciones injustas. El análisis de la vulnerabilidad en la relación de consumo no puede ser ajeno al de la justicia contractual y la reconstrucción de los fundamentos del derecho de contratos mediante la incorporación de criterios de justicia distributiva.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- BARAONA, Jorge (2019): “Concepto, autonomía y principios del Derecho de Consumo”, en: Morales, María (Directora), *Derecho del Consumo: ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial DER), pp. 1-23.
- BAROCELLI, Sebastián (2018): “Hacia la construcción de la categoría de los consumidores hipervulnerables”, en: Barocelli, Sebastián (Director), *Consumidores Hipervulnerables* (Buenos Aires, Editorial El Derecho), pp. 9-32.
- BARRIENTOS, Francisca (2019): *Lecciones de Derecho de Consumo* (Santiago, Legal Publishing, versión Thomson Proview).
- BARROS, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BOURGOIGNIE, Thierry (1982): “Introduction”, en: Bourgoignie, Thierry y Gillardin, Jean (Directores), *Droit des Consommateurs*, (Bruselas, Presses de l'Université Saint-Louis).
- BOURGOIGNIE, Thierry y ST. PIERRE, Julie (2009): *Integración regional y la protección del consumidor en las Américas y en Europa*. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/XXXV\\_curso\\_Integraci%F3n\\_regional\\_y\\_la\\_protecci%F3n\\_del\\_consumidor\\_en\\_las\\_Am%E9ricas\\_y\\_en\\_Europa\\_Thierry\\_Bourgoignie.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/XXXV_curso_Integraci%F3n_regional_y_la_protecci%F3n_del_consumidor_en_las_Am%E9ricas_y_en_Europa_Thierry_Bourgoignie.pdf). Fecha de Consulta: 1 de diciembre de 2020.
- CALAHORRANO, Edison (2020): “Derecho de contratos y excepcionalidad: reaparición de instituciones y retorno a los principios en contexto de Covid-19”, en: *Ius Humani* (vol. 9, núm 2)
- CARVAJAL, Patricio (2002): “Sugerencias para un derecho de consumo unitario”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol 29, núm. 1).

- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (2015): *Directrices para la Protección del Consumidor*, Resolución 70/186 Asamblea General de Naciones Unidas, 22 de diciembre de 2015.
- CORRAL, Hernán (2013): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, (Santiago, Thomson Reuters).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019), Cuadernillo 14: Igualdad y no Discriminación, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>.
- DE LA MAZA, Íñigo (2020): “Lex Specialis: sobre el artículo 2 de la ley 19.496” en: *Revista de Derecho (Concepción)* (vol. 88, núm. 247).
- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro (2020): “El impacto del COVID 19 en los contratos. El caso chileno: Medidas excepcionales y Derecho común”, en: *Revista de Derecho Civil. Notarios y registradores*. (Número Especial normativa internacional contratos civiles y COVID-19).
- DOMONT-NAERT, Françoise y FALLON, Marc (1982): “Le droit de la consommation et le droit des contrats”, en: Bourgoignie, Thierry y Gillardin, Jean (Directores), *Droit des Consommateurs* (Bruselas: Presses de l’Université Saint-Louis).
- ELORRIAGA, Fabián y LÓPEZ, Jorge (2017): *Los Contratos* (Santiago, Thomson Reuters. Versión Proview).
- FIGUEROA, Gonzalo (2005): “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil”, en: *Cuadernos de Análisis* (vol. II).
- FRUSTAGLI, Sandra (2016): “La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino”, en: *Revista de Derecho del Consumidor* (IJ-CCLI-396. Base de Datos Lejister).
- FUENZALIDA, Eduardo (2018): “El acto de consumo como hecho y la responsabilidad civil”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (vol. 5, núm.1).
- GOIABEIRA, LUIZ et. al. (2017): “O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna”, en: *Revista Jurídica da Presidência* (vol.18, núm. 116).
- GOLDENBERG, Juan Luis (2020): “El crédito de consumo ofrecido al consumidor vulnerable: el deber de adecuación como parte de un modelo de corresponsabilidad del proveedor”, en: ELORRIAGA, Fabián (coordinador), *Estudios de Derecho Civil XV XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Viña del Mar Universidad Adolfo Ibañez* (Santiago, Thomson Reuters. Versión Proview).
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis (2004): “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en: *Revista de derecho Comunitario Europeo* (vol. 8, núm. 17).
- GONZÁLEZ, Fabián (2019): *Daño moral en el Derecho del Consumidor* (Santiago, Editorial DER).
- GUZMÁN, Alejandro (1993): “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (vol. 90, núm. 2).
- HESSELINK, Martijn (2014): “Post Private Law”, en: Purnhagen, K.P. & Rott, P. (editores), *Varieties of European Economic Law and Regulation, Liber Amicorum for Hans Micklitz* (Amsterdam, Editorial Springer).
- HESSELINK, Martijn (2020): *Towards a critical theory of justice in European Private Law*, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3752748>
- HEVIA, Martín (2015): “Kant y la Filosofía del Derecho Contractual: las teorías basadas en la autonomía”, en: Fabra, Jorge y Spector, Ezequiel (coordinadores), *Enciclopedia de filosofía y Teoría del Derecho* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México), Vol. 3.
- HEVIA, Martín (2018): “Los límites del consentimiento en el derecho contractual”, en: Papayannis, Diego y Pereira, Esteban (editores), *Filosofía del derecho Privado* (Madrid, Marcial Pons).

- HUALDE MANSO, Teresa (2014): *Del consumidor informado al consumidor real* (Madrid, Dykinson).
- ISLER, Érika (2019): *Derecho de Consumo. Nociones Fundamentales* (Santiago, Tirant lo Blanch).
- ISLER, Érika (2020): “La situación de las personas mayores en el Derecho de Consumo”, en: Riveros, Carolina (editora), *Protección Jurídica de las Personas Mayores en Chile* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- JACCARD, Gabriel (2018): *Smart contracts and the role of law*, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3099885> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3099885>; fecha de consulta: 3 de enero de 2021.
- JOURDAIN, Patrice (2014): *Les principes de la responsabilité civile* (Paris, Editorial Dalloz).
- KLEIN VIEIRA, Luciane (2017): El consumidor especialmente hipervulnerable y el Derecho Internacional Privado, disponible en: [https://unctad.org/system/files/non-official-document/cicplp2nd\\_c\\_brasilcon\\_vul\\_esp.pdf](https://unctad.org/system/files/non-official-document/cicplp2nd_c_brasilcon_vul_esp.pdf)
- LE TORNEAU, Philippe (2008): *La responsabilidad civil* (Traducc. de Javier Tamayo, Bogotá, Legis).
- LÓPEZ, Patricia (2019): “¿Es la obligación del deber de advertencia una categoría exclusiva de la Ley 19.496?: hacia una justificación dogmática y propuesta de construcción en el Código Civil Chileno”, en: Gómez De La Torre, Maricruz et.al (editores), *Estudios de Derecho Civil XIV XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo* (Santiago, Thomson Reuters. Versión Preview).
- LÓPEZ, Patricia (2015): “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 15).
- MARQUES, Claudia Lima (2003): “Diálogo Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil – Do “Diálogo das Fontes” no Combate Às Cláusulas Abusivas”, en: *Revista de direito do Consumidor* (vol. 45).
- MARQUES, Claudia Lima (2005): “Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de “acciones afirmativas” en contratos de planes de salud y planes funerarios frente al consumidor anciano”, en: Lorenzetti, Ricardo y Marques, Claudia, *Contratos de servicios a los consumidores* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni).
- MARQUES, Claudia Lima (2014): “Protección al consumidor en las normas del derecho internacional privado: la necesidad de una Convención Interamericana sobre la ley aplicable a algunos contratos y transacciones de consumo (CIDIP)”, en: *Cuadernos del Programa de Posgrado en Derecho - PPG-Dir./UFRGS*, Porto Alegre, (n. 5, fuera. 2014) Disponible en: < <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/51111/31768> >. Consultado en: 13 enero 2021. doi: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.51111> .
- MARQUES, Claudia Lima (2018): “25 Anos de Código de Defesa do Consumidor e as Sugestões Traçadas pela Revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de Proteção dos Consumidores para a Atualização”, en: *Revista de Direito do Consumidor* (vol. 103/2016).
- MENDOZA, Pamela (2019): “Introducción al Estatuto de la Responsabilidad del Proveedor” en: María Elisa Morales (Directora), *Derecho del Consumo Ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial DER).
- MICKLITZ, Hans (2009): “The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation”, en: *Yearbook of the European* (vol. 28).
- MICKLITZ, Hans (2012): “The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bittersweet Polemic”, en: *Journal of Consumer Policy*, (vol 35, núm. 3).

- MICKLITZ, Hans (2013): “Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought Provoking Impulse” en: *Yearbook of European Law*, (vol. 38, núm. 1).
- MIRAGEM, Bruno (2016): *Curso de Direito do Consumidor*, sexta edición (Sao Paulo, Editorial Revista Dos Tribunais)
- MOMBERG, Rodrigo (2013): “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, en: *Revista derecho Valdivia* (vol.26, núm.1).
- MOMBERG, Rodrigo (2016): “Análisis de los Modelos de Vinculación del Código Civil y la legislación de Protección al Consumidor: hacia un Principio General De Protección de la parte débil en el Derecho Privado”, en: *Revista chilena de derecho* (vol. 43. núm. 2).
- MOMBERG, Rodrigo y PINO, Alberto (2020): “The impact of COVID-19 in chilean contract law”, en: *Opinio Juris in Comparatione* (vol. especial COVID-2019).
- MORALES, María Elisa (2018): *Control preventivo de cláusulas abusivas* (Santiago, Editorial DER).
- MORALES, María Elisa y VELOSO, Franco (2019): “Cláusulas abusivas en la Ley 19.496. Ley, Doctrina y Jurisprudencia”, en: Morales, María Elisa (Directora), *Derecho del Consumo: ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial DER).
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2019): *Igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos* (Washington, CIDH).
- OVALLE, José (2000): *Derechos del Consumidor* (México D.F., Universidad nacional Autónoma de México).
- PAPAYANNIS, Diego (2016): *El derecho privado como cuestión pública* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- KAPROU Eleni (2021): “The legal definition of vulnerable consumers in UCPD”, en: Riefa, Christine y Saintier, Séverine (editors), *Vulnerable Consumers and the Law. Consumer Protection and Access to Justice* (London, Editorial Routledge).
- STANESCU, Catalin Gabriel y GIKAY, Asress Adimi (2021): “Introduction”, en: *Discrimination, vulnerable consumers and financial inclusion. Fair access to financial services and the Law* (London, Routledge).
- PEREIRA, Esteban (2018): “Altruismo y Derecho Contractual”, en: Papayannis, Diego y Pereira, Esteban (editores), *Filosofía del derecho Privado* (Madrid, Marcial Pons).
- PINOCHET, Ruperto (2007): “¿Integra el derecho de Consumo el Derecho Civil, el Derecho Mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma?”, en: *Estudios de derecho Civil III* (Valparaíso, Legal Publishing).
- PINOCHET, Ruperto (2019a): “El consumidor y la tercera edad. ¿una tutela diferente?”, en: Ferrante, Alfredo (Director), *Venta y Protección del Consumidor. Una visión a través el caleidoscopio latinoamericano* (Santiago, Thomson Reuters versión Proview).
- PINOCHET, Ruperto (2019b): “El contrato de consumo, consideraciones preliminares”, en: María Elisa Morales (Directora), *Derecho del Consumo: ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial DER).
- RASKIN, Max (2016): “The Law and Legality of Smart Contracts”, en: *Georgetown Law Technology Review*, (Vol. 304, 2017).
- SOLER, Ana y DEL OLMO, Pedro (2019): *Practicum Daños* (Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi).
- RODRIGUEZ, Juan Francisco (2018): “La protección del consumidor hipervulnerable en el ámbito de la Unión Europea”, en: Barocelli, Sebastián (Director): *Consumidores Hipervulnerables* (Buenos Aires, Editorial El Derecho).

- RODRIGUEZ, Pablo (2015): *Derecho del Consumidor. Estudio Crítico* (Santiago, Thomson Reuters versión Proview).
- SAHIÁN, José (2020): “El impacto de la emergencia por pandemia en las relaciones de consumo”, en: Alferillo, Pascual (Director), *La Crisis del Coronavirus y el Derecho Argentino* (Buenos Aires, IJ Editores).
- SOZZO, Gonzalo (2015): “Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del Derecho del Consumidor”, en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (núm. 1994-2015).
- SOZZO, Gonzalo y BIANCHI, Lorena (2019): “El consumidor de agua potable: las nuevas vulnerabilidades y acceso en la agenda del Derecho del Consumidor”, en: *Revista de Direito do Consumidor* (núm. 125, Año 28).
- ZALAZAR, Claudia y GARZINO, Constanza (2018): “El paciente como consumidor hipervulnerable”, en: *Revista do Direito do Consumidor* (núm. 119, Año 27).
- KLEIN, Luciane y BAROCELLI, Sebastián (2020): “El reciente reconocimiento de la categoría de consumidor hipervulnerable en la Argentina y en el MERCOSUR”, en: *Revista de Direito do Consumidor* (núm. 127, Año 29).
- URQUIJO Ivette, SAYAS, Rafaela (2016): “El consumidor alimentario vulnerable en Colombia: Un análisis desde la normativa europea”, en: *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes Bogotá* (núm. 56).
- VARGAS, Macarena (2011): “Reflexiones en torno al alcance del fenómeno descodificador en el proceso civil”, en: *Revista Chilena de derecho Privado* (Vol. 17).
- VINEY, Geneviève (2007): *Tratado de derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad* (Traducc. de Fernando Montoya Mateus, Bogotá, Universidad Externado de Colombia)
- TOMILLO URBINA, Jorge (2010): “La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor”, en: Tomillo Urbina, Jorge y Cayón De Las Cuevas, Joaquín (Directores), *La protección jurídica del paciente como consumidor* (Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi).
- WAJNTRAUB, Javier (2019): “El concepto de consumidor en el Derecho Argentino”, en: Ferrante, Alfredo (Director), *Venta y Protección del Consumidor. Una Visión a Través del Caleidoscopio Latinoamericano* (Santiago, Thomson Reuters. Versión Thomson Proview).

### **Normativa citada**

- Organización de los Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de septiembre de 1969
- Código de Defesa do Consumidor*, Lei No 8.078/1990, 11 de septiembre de 1990.
- Codice Civile Italiano*, Decreto Legislativo No. 206 de septiembre de 2005.
- Congreso del Perú, Ley 29.571 de 01 de septiembre de 2010.
- Estatuto del Consumidor de Colombia, Ley 1480/2011, 12 de abril de 2012.
- Code de la Consommation*, Ordenanza No. 2016-301 de 14 de marzo de 2016.
- Cámara del Senado del Congreso de la Nación, Proyecto de Código de Defensa al Consumidor de Argentina, Expediente 343-D-2020, 26 de junio de 2020.
- Ministerio de Desarrollo Productivo de la República Argentina, Resolución 139/2020, 27 de mayo de 2020.

Congreso de Chile, Ley 21.249 prohíbe cortes de servicios básicos y el acceso a pago en cuotas, 08 de agosto de 2020.

Servicio Nacional del Consumidor, Resolución Exenta No. 0326 de 06 de abril de 2020.

Servicio Nacional del Consumidor, Resolución Exenta No. 0371 de 23 de abril de 2020, título 3ª, párrafo v).

Servicio Nacional del Consumidor, Resolución Exenta No. 0360 de 20 de abril de 2020.

Ley Nº 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de marzo de 1997

Ley 21.081, modifica Ley Nº 19.496, sobre protección de derecho de los consumidores, 13 de septiembre de 2018

### **Jurisprudencia citada**

Ximenes Lopes con Brasil (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 04 de julio de 2006, Serie C-149.

Alberto Albala Weissmann con American Airlines Inc. (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de mayo de 2009, Rol 130-2007.

Servicio Nacional del Consumidor contra Sociedad Kamel Ltda. (2010): Corte de Apelaciones de Arica, de 28 de mayo de 2010, Rol 19-2010.

Actor con Sociedad Cobranza Payback S.A. (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, de 22 de junio de 2010, Rol 1.223-2010.

Furlán con Argentina (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 31 de agosto de 2012, Serie C-246.

SERNAC y otro con Promotora CMR Falabella (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, de 7 de mayo de 2014, Rol 406-2013.

Chilectra S.A. con Cañas Benitez Julieta (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, de 09 de mayo de 2014, Rol 727-2013.

Marcos Llancaleo Llancaleo con Supermercado 10 S.A. (2014): Corte de Apelaciones de Temuco, de 08 de julio de 2014, Rol 61-2014.

Eric Arnoldo Pezo Alarcón con Empresa Car S.A. (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, de 17 de julio de 2014, Rol 228-2013.

Susana Lee Adams Rosa con Empresa de Correos de Chile (2014): Corte de Apelaciones de Temuco, de 14 de agosto de 2014, Rol 94-2014.

Jean Philippe Prismack con Instituto Centro de Formación Técnica Magnos (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de marzo de 2015, Rol 1.535-2014.

Cristian Reyes Cabello con Latam Airlines Group S.A. (2015): Corte de Apelaciones de Rancagua, de 17 de junio de 2015, Rol 20-2015.

Zalazar con Banco Santander Chile S.A. (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1.739-2015.

Lucero con Ticketek S.P.A. (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 588-2015.

González Lluy con Ecuador (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 01 de septiembre de 2015, Serie C-298.

L., M. G. con Inc SA - Supermercados Carrefour y Otro s/Daños y Perjuicios (2015): Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín - Sala I Argentina, de 03 de septiembre de 2015.

- Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. con Provincia de Santa Fe s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (2015): Corte Suprema de la Nación, de 27 de octubre de 2015, IJ-XCIII-987.
- Servicio Nacional del Consumidor con Cámara de Comercio de Santiago (2016): Corte Suprema, de 19 de julio de 2016, Rol 5.213-2015.
- Karen Córdova Boric con Aerovías del Continente Americano S.A. (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, de 03 de marzo de 2017, Rol 62-2017.
- Poblete Vilches con Chile (2018): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 08 de marzo de 2018, Serie C-349.
- Mónica Adelaida Burgos Cerda con Latam Airlines Group S.A. (2019): Corte de Apelaciones de Arica, de 20 de marzo de 2019, Rol 72-2018.
- Rodríguez Martínez, S. con Salinas Zapata, Gonzalo J. p/Daños y Perjuicios (2019): Cámara en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza - Cámara Cuarta Argentina, de 11 de junio de 2019.
- Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina (2020): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 06 de febrero de 2020, Serie C-400.
- Guzmán Albarracín con Ecuador (2020): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de junio de 2020, Serie C-405.
- Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (ACUUC) con Despegar.com.ar SA s/Amparo (2020): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala E Argentina, de 26 de agosto de 2020.

# El derecho al recurso como Derecho Fundamental en los procesos civiles Chilenos, a la luz de la jurisprudencia

## *The right to appeal as a Fundamental Right in Chilean Civil Processes, in the light of case-law*

**Evelyn Vieyra Luna**

Universidad de Atacama, Copiapó, Chile.

Correo electrónico: evelin.vieyra@uda.cl. <https://orcid.org/0009-0005-8040-376X>

Recibido el 09/04/2021

Aceptado el 08/06/2021

Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-02>

**RESUMEN:** El objetivo principal de este artículo es examinar si el derecho a recurso constituye un derecho fundamental en los procesos civiles. El método empleado ha sido verificar la normativa vigente; recoger los argumentos de las posiciones doctrinales al respecto y analizarlos a la luz de la Jurisprudencia, principalmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. Para estos efectos, se recogieron 14 sentencias de la CIDH, en las cuales los juristas reposan sus argumentos. Asimismo, se realizó un barrido de las sentencias dictadas por el TC, desde el año 2003 a julio del 2019, ascendiendo la revisión en un total de 5963 sentencias, de las cuales 71 de ellas, se relacionaron con el “derecho

**ABSTRACT:** *The main objective of this article is to examine whether the right to appeal constitutes a fundamental right in civil proceedings. The method used was to verify current regulations; collecting arguments of doctrinal positions in this regard and analysing them in the light of case-law, mainly of the Inter-American Court of Human Rights and the Constitutional Court. For these purposes, 14 court rulings of the IACHR were collected, on which jurists rest their arguments. Likewise, a sweep of court rulings issued by the TC, from the year 2003 to July 2019, was carried out, increasing the review to a total of 5,963 judgments, out of which, 71 of them were related to the “right to appeal” specifically. The result*

a recurso”, de forma específica. El resultado ha sido la constatación de que, en el derecho chileno, el derecho a recurrir no constituye un derecho fundamental en los procesos civiles.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho al recurso, derecho fundamental, debido proceso, procesos civiles.

*has been that, in Chilean law, the right to appeal is not a fundamental right in civil proceedings.*

**KEY WORDS:** *Right to appeal, fundamental right, due process of law, civil processes.*

## I. INTRODUCCIÓN

El establecimiento del derecho a recurrir, como garantía procesal, surge a partir de la idea de que cualquier sistema procesal debiese ofrecer mecanismos adecuados para permitir subsanar los errores que se puedan suscitar en la dictación de una sentencia,<sup>1</sup> ya sea por descuido (negligencia) o bien, por mero arbitrio del juzgador, por lo que- para algunos- el sólo reconocimiento de los “recursos” constituiría un escenario más que suficiente (y eficiente) para que el sentenciador evite la dictación de una sentencia defectuosa.<sup>2</sup>

En base a esta idea, algunos han entendido a los recursos como antídoto a los desaciertos, equivocaciones, incorrecciones y errores<sup>3</sup> en que pueden incurrir los órganos jurisdiccionales, tanto a nivel formal (aplicación e interpretación de normas jurídicas vinculadas con la dirección del proceso y validez de sus actos) como de fondo (vigencia, aplicabilidad e interpretación de las normas que rigen la decisión del objeto del proceso),<sup>4</sup> resultando entonces, imprescindible la previsión de estos mecanismos rectificativos, en aras de garantizar los derechos de los justiciables, a efectos de impedir que se les ocasione algún perjuicio.<sup>5</sup>

Así las cosas, el derecho a recurso, se asoma, como “(...) una garantía procesal, y, al tiempo, regla o garantía epistemológica, esto es, un mecanismo a disposición de las partes para impugnar las resoluciones que le perjudican y, de otra parte, un medio procesal para maximizar las probabilidades de acierto judicial y de decisiones justas”.<sup>6</sup>

Bajo esta lógica, Del Río Ferreti,<sup>7</sup> explica que el hecho de que uno de los fundamentos de la interposición del recurso sea la insatisfacción subjetiva de un legitimado<sup>8</sup> (fundamento subjetivo), da fe de

---

<sup>1</sup> CARNELUTTI (1999), p.174.

<sup>2</sup> GARBERÍ (2004), p.9.

<sup>3</sup> MOSQUERA y MATORANA (2010), p. 18.

<sup>4</sup> ORTELLS (2008), pp.418 y 434.

<sup>5</sup> CORTEZ MATCOVICH et al (2016), p.5.

<sup>6</sup> CALAMANDREI (1945), p.199.

<sup>7</sup> DEL RÍO FERRETTI (2012), pp.250-254.

<sup>8</sup> TAVOLARI (1994), p. 38.

su condición de garantía procesal, sin embargo, no hay que obviar que la pretensión impugnativa sólo prospera si efectivamente se comprueba un error de hecho, derecho o una infracción procesal (fundamento objetivo).<sup>9</sup>

Desde esta óptica, pareciera que, la sola posibilidad de que un tribunal superior, compuesto por jueces con mayor experiencia—que de aquellos que se desempeñan en primera instancia—repare los errores<sup>10</sup> y, por ende, las injusticias que se han cometido en la sentencia, constituiría *per se* un elemento que colabora con la certeza del fallo.<sup>11</sup> En este sentido, para algunos, la segunda instancia constituiría siempre una garantía para el justiciable,<sup>12</sup> a efectos de lograr una tutela judicial efectiva.<sup>13</sup>

La configuración de un régimen recursivo, se presenta así, como una de las preocupaciones de cualquier sistema procesal, independiente de la naturaleza del procedimiento, en el cual cobra vida. Dicha configuración, implica optar por un modelo de recursos; determinar las características concretas de la revisión y corrección; determinar las atribuciones del tribunal, a fin de verificar la clase de error o infracción procesal cometida y su posterior enmienda.<sup>14</sup>

En razón de lo expuesto, el sistema recursivo resulta ser una de las piezas del engranaje del sistema procesal civil, por lo cual, me despierta absoluto interés, examinar si el derecho a recurso constituye un derecho fundamental<sup>15</sup> en los procesos civiles chilenos, o bien se trataría de una regla técnica procesal, de la cual, es libre el legislador de utilizar. Las consecuencias jurídicas serían distintas en uno u otro caso.

La doctrina se encuentra dividida, por una vereda se encuentran aquellos que pregonan el derecho a recurso como derecho fundamental en los procesos civiles y por la otra, se encuentran aquellos que circunscriben el derecho a recurso como derecho fundamental, sólo respecto a los procesos penales.

A fin de dilucidar la nebulosa, resulta preliminar otorgar una noción de “debido proceso” y de “derecho a recurso”, para luego de identificar los argumentos normativos y doctrinales, analizarlos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) y del Tribunal Constitucional (en adelante “TC”), desde una perspectiva lógica jurídica a fin de resolver la premisa que nos agobia.

---

<sup>9</sup> Para estos efectos, NUZZO, pone de relieve la relación íntima de la función procesal y los medios de impugnación. NUZZO (2008), p. 3 y pp.38-39.

<sup>10</sup> Cuestión que por lo demás no se circunscribe al derecho moderno, a saber, ya en las siete partidas, específicamente en la Partida III, Ley Segunda, Título 23º, se expresaba: “*Et decimos que de todo juicio afinado se puede alzar qualquier que se toviere por agraviado del*”, dando a entender con ello, que, para recurrir, bastaba con sufrir algún agravio producto de la dictación de una sentencia.

<sup>11</sup> CONTRERAS (2016), p. 272.

<sup>12</sup> COUTURE (1958a), p.172.

<sup>13</sup> LORCA (2008), pp.597-599.

<sup>14</sup> CONTRERAS (2016), p. 271.

<sup>15</sup> Para una definición de derechos fundamentales véase NOGUEIRA (2005), pp.16-17; CEA EGAÑA (2002), p.221.

## II. DEBIDO PROCESO CIVIL

### A. Consideraciones previas

La tutela Judicial efectiva<sup>16</sup> y el *due process of law*, son las principales formulas a través de las cuales se expresan el conjunto de garantías procesales.<sup>17</sup>

Se distinguen por su nombre, a *priori*, a propósito del lugar donde guardan aplicación. Por un lado, el sistema continental europeo, lo configura como la tutela judicial efectiva;<sup>18</sup> por el otro, el sistema de derecho anglosajón, ocupa el concepto de *due process of law*.<sup>19</sup> La fórmula del “*due process of law*”, ha sido extendida a nuestro país como el “debido proceso”,<sup>20</sup> sin utilizar expresamente dicha conceptualización en nuestra Constitución Política de la República (en adelante “CPR”) -como veremos más próximamente-, por los inconvenientes interpretativos que ello genera.<sup>21</sup>

Sin perjuicio, de que pareciera que ambas formulas, se tratasen de una misma institución procesal, simplemente con denominaciones distintas,<sup>22</sup> lo cierto es que, gran parte de la doctrina cree, que su distinción no se agota en su denominación, sino además dice relación con su contenido.<sup>23</sup>

A juicio de García,<sup>24</sup> el debido proceso resulta ser una institución más ambiciosa, al ampliar el catálogo de derechos, a procesos no jurisdiccionales.

Por su parte, el Profesor Bordalí,<sup>25</sup> indica que el derecho a tutela judicial asegura a los individuos el acceso a los tribunales de justicia y a obtener de estos una sentencia, mientras que, el debido proceso cuida que la actividad que se desarrollará ante el tribunal sea llevada a cabo de una manera tal, que les

---

<sup>16</sup> La noción de “derecho a la tutela judicial” importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en 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. GARCÍA y CONTRERAS (2013), p. 244.

<sup>17</sup> Algunos también les llaman “presupuestos procesales”. No tienen una definición unívoca. No obstante, me parece adecuado para los efectos del presente trabajo indicar que, pueden ser definidas como “[las] circunstancias anteriores a la decisión del juez sin las cuales éste no puede acoger la demanda o la defensa”. COUTURE (1958a), pp.119-120; las cuales pueden estar intuitas en la Constitución. COUTURE (1958b), p.48. Otras definiciones, en TARUFFO (2008), pp.79-80; MONTERO (2006), p.111; NÚÑEZ *et al* (2010), p. 225 y pp.438-449.

<sup>18</sup> Nos limitaremos a llamarla “tutela judicial”, sin el adjetivo de “efectiva”, pues dicho concepto es propio de la Constitución Española y ha generado varios inconvenientes interpretativos, que resultan innecesarios de trasladar a nuestro derecho interno. BORDALÍ (2011), p.315.

<sup>19</sup> PALOMO (2002), pp.261-262.

<sup>20</sup> El Profesor BELLIDO, incluye dentro del contenido del debido proceso, al derecho de acceso a los recursos. BELLIDO (2006), pp.323-336.

<sup>21</sup> GARCÍA y CONTRERAS (2013), p.236.

<sup>22</sup> CHAMORRO (1994), pp.110-111; NOGUEIRA (2007), pp.26 y ss.

<sup>23</sup> BUSTAMANTE (2001), pp.184-190.

<sup>24</sup> GARCÍA y CONTRERAS (2013), pp.235-239.

<sup>25</sup> BORDALÍ (2011), pp.321-322.

permita a las partes ser oídas, a objeto de incidir sobre la decisión del tribunal.<sup>26</sup> Razonamiento que comparte nuestro TC.<sup>27</sup>

## B. Regulación del debido proceso en Chile, y sus alcances

El debido proceso,<sup>28</sup> en nuestro ordenamiento jurídico, se consagra en el artículo 19 n° 3 inciso 6° de la CPR.<sup>29</sup>

Desde una perspectiva formal, consiste en que toda decisión de un órgano jurisdiccional debe ser el resultado de un proceso previo, ante el tribunal competente, realizado conforme a un procedimiento que asegure el derecho a defensa. Por otra parte, desde una vertiente sustantiva, debido proceso significa que tal decisión jurisdiccional terminal debe ser racional y justa en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada en el derecho aplicable.<sup>30</sup>

El constituyente, estimó no establecer un catálogo o listado de garantías que desarrollen su contenido de forma precisa, pues otorgó dicha tarea, al legislador,<sup>31</sup> por el miedo de excluir alguno.

En razón de lo anterior, parte de la doctrina considera que constituiría una deficiencia en nuestro sistema normativo, pues los jueces deberían contar con catálogos o textos expresos que enumeren y especifiquen qué derechos o garantías poseen las personas,<sup>32</sup> a fin de no incurrir en equivocaciones.

Con todo, se dejó constancia<sup>33</sup> en la redacción de la Constitución, de que el debido proceso debía contemplar las siguientes garantías mínimas, a saber: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores. Lo cual es además corroborado y reiterado por nuestro TC.<sup>34</sup>

<sup>26</sup> “Se pretende así, con el debido proceso, legitimar de un mejor modo la justicia de la decisión judicial. Ya no es simplemente el derecho a obtener una decisión judicial, que se garantiza con la tutela judicial, sino que es el derecho a incidir en el contenido de esa decisión judicial”. BORDALÍ (2011), p. 322.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1535-2009-INA, de 28 de enero de 2010 (16°-32°).

<sup>28</sup> Se puede definir debido proceso, como aquel “derecho fundamental o principio constitucional que hace las veces de un contenedor de varias garantías procesales para los justiciables, en algunos casos expresamente señaladas por el constituyente en forma separada de la cláusula general, como ocurre con el derecho a defensa, el derecho a un natural, entre otras”. BORDALÍ (2011), p.321.

<sup>29</sup> “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

<sup>30</sup> CEA EGAÑA (1988), pp.305-316.

<sup>31</sup> PALOMO (2002), pp.263-265.

<sup>32</sup> PALOMO (2002), p.265.

<sup>33</sup> En las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (“CENC”), Sesión 101, de 09 de enero de 1975, se oyó al Prof. Bernales, y en la Sesión 103, de 16 de enero del mismo año.

<sup>34</sup> Girardi Lavín, Guido (2006), 14°; Errazuriz Inversiones (2016), 7° y 9°; Vásquez Muñoz, David (2008), 27°; Mazuela Montenegro, Leonardo (2010), 12°; Choque Siguarayo, Francisco y Otro (2010), 11°; Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria de Coquimbo

Por otra parte, en el plano internacional, se reconocería un catálogo de derechos que colmarían lo que nosotros conocemos como debido proceso, a saber: artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también llamado Pacto San José de Costa Rica (en adelante, “CADH”),<sup>35</sup> y artículo 14 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, “PIDCP”).<sup>36</sup>

En este orden de ideas, el catálogo de garantías procesales que sustentan el contenido del debido proceso en Chile, se encuentra disperso, y hay que traer las normas a colación, a fin de propender a su ordenación. La incertidumbre absoluta sobre este punto, se producía antes de la entrada en vigencia del artículo 5 inciso 2° de la CPR,<sup>37</sup> al menos, hoy en día, al sancionar explícitamente el carácter suprallegal de los tratados internacionales, se le otorga un contenido más preciso al debido proceso.<sup>38</sup>

Consecuentemente, el debido proceso en Chile, sería el resultado de una construcción dogmática y Jurisprudencial, a partir del artículo 19 n° 3 inc. 6 CPR, artículo 8 de la CADH y 14 del PIDCP, en relación con el artículo 5 inc. 2° CPR, más la interpretación que de esas normas hacen los tribunales internacionales de derechos humanos,<sup>39</sup> lo que se conoce como parte del bloque constitucional.<sup>40</sup>

### C. Debido proceso civil y derecho al recurso

Las garantías procesales que colman el debido proceso civil también son resultado de un razonamiento. Los juristas establecen que los elementos mínimos de un debido proceso civil son: el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho de defensa, el derecho a presentar pruebas, el derecho a una sentencia fundamentada y el derecho a una sentencia dentro de un plazo razonable. Otros agregan el derecho a un juicio oral y público y el derecho a los recursos legalmente previstos.<sup>41</sup>

---

(2010), 40°; *Isapre Cruz Blanca S.A* (2011), 25°; *Rentas Urbanas S.A* (2013), 8°; *Pirotecnia Igual Chile S.A* (2015), 8°; *Portiño Gómez, Arturo* (2016), 9°; *Saavedra, Pablo* (2015), 9°; *Valdivia Montecinos, Carlos* (2016), 8°; *Forestal Catango Limitada* (2016), 8°; *Ramírez Cardoen, Nicolas* (2018), 8°; *Cencosud Retail S.A* (2017), 8°; *Adem Tazbaz, Sandra* (2017), 8°; *Repsol Chile S.A* (2017), 8°; *Consortio CVV Ingetal S.A* (2017), 8°; *Feria Ganaderos Osorno S.A* (2017), 8°; *Acenor Aceros del Norte S.A* (2017), 8°; *Alprotec y Cía. Limitada* (2018), 26°; *Organización Europea para la Investigación Astronómica para el hemisferio austral* (2018), 4°.

<sup>35</sup> Ratificado por Chile, el día 8 de octubre de 1990.

<sup>36</sup> Ratificado por Chile, el día 10 de diciembre de 1948.

<sup>37</sup> Recordemos que el artículo 5 de la CPR en su génesis no contemplaba el inciso 2°, este último fue añadido a propósito de la reforma constitucional del año 2005.

<sup>38</sup> DEL RÍO FERRETTI (2012), p.255.

<sup>39</sup> Entre ellos, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Fue establecida en 1945 en la Haya, siendo la continuadora, a partir de 1946, de la Corte permanente de justicia y; la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es el órgano judicial que la Convención Americana de Derechos Humanos instrumentó para efectos de conocer de las violaciones de Derechos Humanos.

<sup>40</sup> El bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que se remiten al Derecho Internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana. NOGUEIRA (2015), p.312.

<sup>41</sup> BORDALI et al (2014), p.37.

Mientras que algunas garantías mínimas son indiscutidas, como el derecho a un órgano imparcial, no ocurre lo mismo tratándose del derecho a recurso.

Nuestra CPR no reconoce el derecho a recurso<sup>42</sup> en los procesos civiles, y parte de la doctrina<sup>43</sup> afirma que tampoco lo hacen los tratados internacionales referidos, en sus artículos 8.2 letra h) de la CADH<sup>44</sup> y 14.5 del PIDCP,<sup>45</sup> cuestión que profundizaremos más adelante.

### III. EL DERECHO A RECURSO Y SU CARÁCTER DE DERECHO FUNDAMENTAL EN LOS PROCESOS CIVILES

El derecho al recurso, “*puede ser definido como el reconocimiento a las partes e intervinientes de la titularidad de la facultad o poder para impugnar las sentencias de fondo (y resoluciones equivalentes) que le agravan, a través de un recurso que permita la revisión del enjuiciamiento de primer grado y asegure un conocimiento adecuado o correspondiente a su objeto*”.<sup>46</sup> Por su parte, recurso, puede ser definido como “*el acto jurídico procesal de parte o de quien tenga legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se la ha causado con su pronunciamiento*”.<sup>47</sup>

Ha generado basta discusión doctrinaria, si el derecho a recurrir como derecho fundamental, se hace extensible a los procedimientos civiles o en su defecto, sólo se circunscribe a los procesos penales (o de carácter sancionatorio).

A continuación, sintetizaremos los principales argumentos de cada una de las posturas doctrinarias.

#### A. Argumentos que defienden el derecho a recurso como derecho fundamental respecto de los procesos civiles

Los defensores de esta postura concluyen que el debido proceso es uno y, por tanto, sus garantías procesales-incluyendo el derecho a recurso- se debiesen aplicar a toda clase de procedimiento, independiente del objeto de este. Por lo cual el derecho a recurso, sería un derecho fundamental en los procesos civiles.

<sup>42</sup> A diferencia de lo que ocurre en otros países, a modo ejemplar, la Constitución Política de Colombia, en su artículo 29, establece el contenido del debido proceso, contemplando específicamente, el derecho de toda persona a impugnar una sentencia condenatoria. Asimismo, el artículo 31 de dicha carta fundamental, prevé que toda sentencia judicial será apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. BUSTAMANTE RÚA (2016), pp.315-320.

<sup>43</sup> A modo ejemplar CORTEZ MATCOVICH et al (2014), p.47.

<sup>44</sup> “Artículo 8. Garantías Judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h. Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

<sup>45</sup> “Artículo 14. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”

<sup>46</sup> DEL RÍO FERRETTI (2012), p.257.

<sup>47</sup> MOSQUERA y MATURANA (2010), p.20.

Lo anterior, mediante una interpretación armónica del texto constitucional (artículo 19 n° 3 inciso 6° CPR) con los principios *favor persona*<sup>48</sup> y de *progresividad*<sup>49</sup> en materia de interpretación de derechos normológicamente recogidos en tratados internacionales, vigentes y válidamente incorporados al derecho interno (artículo 8 de la CADH y artículo 14 del PIDCP), que vienen a limitar el ejercicio de la soberanía estatal, a través del artículo 5 inciso 2° de la CPR,<sup>50</sup> vale decir, el ejercicio del debido proceso en su integridad, en principio, no debería estar restringida a un tipo específico de proceso, sino que, por el contrario, debería alzarse como punto de partida de todo proceso,<sup>51</sup> por lo cual el contenido del debido proceso sería exigible de forma idéntica en los procesos civiles como en los penales.

En palabras de Valenzuela, “El debido proceso es uno y sus garantías se deben aplicar a todo proceso independiente del objeto del mismo, ya que las exigencias mínimas que reclama son de interés del justiciable y no del juez o tribunal, por ello en una interpretación armónica del texto constitucional y por imposición del postulado *favor persona*, su contenido es exigible en jurisdicciones extrapenales”,<sup>52</sup> como los procesos civiles chilenos.

Mosquera y Maturana,<sup>53</sup> hablan, en general, de la existencia en el proceso de un derecho a recurrir, cuya naturaleza es estrictamente procesal, y que se ha contemplado en los tratados de derechos humanos, como uno de los elementos que deben concurrir para que nos encontremos en presencia de un debido proceso.

Ésta es también la posición de Palomo y Lorca, quienes concluyen que la garantía del debido proceso se complementa con el catálogo de derechos que reconocen la CADH como el PIDCP, los cuales, consagran el derecho a recurrir, por lo que “*más allá de consideraciones técnica legislativa que permiten imponer procesos de única instancia, lo cierto es que la posibilidad de acceder a un tribunal superior que revise lo decidido por el inferior parece estar dentro de estas garantías mínimas [a que aludimos anteriormente] y que, sin duda, forman parte de un proceso debido*”.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> El Principio *favor persona* o *pro homine*, es aquel que lleva a aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma del Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno. Se consagra en el artículo 29 letra d) de la CADH. En materia procesal se expresa por el derecho a la tutela jurisdiccional, favoreciendo el acceso a la justicia, interpretando las normas que se optimice el mayor grado posible la efectividad del derecho a la jurisdicción. En materia procesal penal se concreta con el principio de inocencia y el principio *indubio pro reo*. NOGUEIRA (2008), pp.232-234.

<sup>49</sup> El Principio de progresividad o integridad maximizadora de los derechos, es aquel postulado determina que el juez debe aplicar siempre la norma más favorable a la persona, con independencia a su rango jurídico, lo que plantea en materia de derechos fundamentales no siempre rige la norma de mayor jerarquía normativa, sino que dicho principio se rompe debiendo aplicarse la norma que mejor protege los derechos de la persona. Se consagra en el artículo 29 letra b) de la CADH, artículo 52 del PIDCP, artículo 4° del Protocolo Adicional de la CADH en materia de derechos Económico, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, artículo 23° de la Convención sobre eliminación sobre las formas de discriminación contra la mujer y artículo 41 de la Convención sobre los derechos del niño, entre otras. NOGUEIRA (2008), pp.234-235.

<sup>50</sup> VALENZUELA (2013a), pp.724-725.

<sup>51</sup> PALOMO y LORCA (2016), p.46.

<sup>52</sup> VALENZUELA (2013a), p.728.

<sup>53</sup> MOSQUERA y MATURANA (2010), p.21.

<sup>54</sup> PALOMO y LORCA (2016), p.39.

En este orden de ideas, la profesora Astorga,<sup>55</sup> argumenta que la CADH y el PIDCP, al consagrar el derecho a recurrir dentro del catálogo de lo que se denomina tutela judicial, éste tendría significación de derecho fundamental, al ser uno de los componentes de la misma.

Bajo igual lógica, Ortells, razona que la implantación de los mecanismos de impugnación “no sólo obedece a razones de política legislativa, sino que, en cierta medida, responde a un imperativo constitucional, incluso es contenido de un derecho fundamental”.<sup>56</sup>

Ahora bien, la mayoría de los defensores de esta postura están contestes que dicha conclusión no la obtienen del tenor literal de las normas internacionales referidas,<sup>57</sup> toda vez que, al comenzar el artículo 8.2 letra h), diciendo “*toda persona inculpada de delito (...)*” y el artículo 14.5, al señalar “*toda persona declarada culpable (...)*”, ilustra una redacción, dirigida sólo a procesos penales y no de procesos civiles, o de procesos “en general”, más estiman, que dicha solución no sería la acertada, porque no existirían razones para discriminar entre las distintas materias que se ventilen en un proceso determinado.

Otros, más osados, aseguran que el derecho a recurrir del fallo, se puede obtener de una lectura literal de los preceptos internacionales,<sup>58</sup> haciendo una relectura del art. 8.2, en relación con el art. 8.1 de la CADH, o bien, descomponiendo el precepto 8.2, en dos oraciones, que a su parecer estarían bien determinadas y separadas por un punto.<sup>59</sup>

A mayor abundamiento, González,<sup>60</sup> agrega, si dichas garantías (8.2) fueran aplicables sólo a los procesos penales, no tendría razón de ser el haber distinguido en la misma norma tres numerales más que consagran principios propiamente penales, a saber, los artículos 8.3,<sup>61</sup> 8.4<sup>62</sup> y 8.5<sup>63</sup> de la CADH. Bajo dicho entendido el art. 8.2, es perfectamente aplicable a los procesos civiles.

Esta postura, además, encontraría asidero, en la opinión consultiva<sup>64</sup> OC 11/90, de 10 de agosto de

<sup>55</sup> ASTORGA (2016), pp.241-242.

<sup>56</sup> ORTELLS (2010), pp.31-86.

<sup>57</sup> CORTEZ MATCOVICH et al (2014), p.47; PALOMO y LORCA (2016), pp.46-48.

<sup>58</sup> “Convenimos con el autor [Palomo] que tanto la interpretación literal de dicha disposición como la aplicación jurisprudencial a través de los fallos de la Corte Interamericana, la norma citada [art. 8.2 h CADH] es claramente aplicable al proceso civil”. ASTORGA (2016), p.242.

<sup>59</sup> El art. 8.2 se descompondría en dos oraciones, la primera, sería cuando el precepto dice: “*toda persona inculpada por delito (...)*”, sin embargo, la segunda oración prescribe “*durante el proceso toda persona (...)*” desapareciendo la expresión “*inculpada por delito*”, reforzando que goza de estas garantías mínimas “*toda persona*”.

<sup>60</sup> GONZÁLEZ (2004), pp. 268 y ss.

<sup>61</sup> “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

<sup>62</sup> “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

<sup>63</sup> “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

<sup>64</sup> La CIDH, según los artículos 1 y 2 de su estatuto, ejerce una función jurisdiccional y consultiva. Las opiniones consultivas de la Corte, son aquellas decisiones que la Corte emite, con finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Se encuentra consagrada en el artículo 64 de la CADH y

1990 de la CIDH, la cual habría determinado que las garantías a que alude el artículo 8.2 no sólo serían exigibles en materia penal, sino también en las cuestiones civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter, en las que el individuo tendría derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal, por tanto, el propio órgano encargado de la interpretación y aplicación de la CADH, habría sido quien razono sobre la base que las garantías judiciales resultarían plenamente vigentes en otros órdenes jurisdiccionales.<sup>65</sup>

En virtud de ello, el profesor Tavolari,<sup>66</sup> citando la referida OC indica que si el imputado o condenado en un proceso penal, tiene siempre derecho al recurso, tal garantía-mínima-asiste, igualmente, al que intervenga en un proceso encaminado a “...la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”

A lo anterior, estos juristas citan como argumento a su posición una serie de fallos de la CIDH,<sup>67</sup> a saber: Sentencia de 30 de mayo de 1999, “Castillo Petruzzi y otros con Perú”; Sentencia de 24 de septiembre de 1999, “Tribunal Constitucional con Perú”; Sentencia de 02 de febrero de 2001, en el caso “Baena Ricardo y otros con Panamá”; Sentencia dictada el 02 de julio de 2004, en el caso “Herrera Ulloa con Costa Rica”; Sentencia de 23 de noviembre de 2012, en el caso, “Mohamed con Argentina” y Sentencia de 29 de mayo de 2014, en el caso de “Norín Catrimán y otros con Chile”.

A modo ejemplar, Palomo,<sup>68</sup> indica que la importancia del caso “Herrera Ulloa con Costa Rica”, radica en el hecho, de imponer un examen de la sentencia de primera instancia *in facto et in iure*, lo cual debería interpretarse como la garantía del derecho a la doble instancia, que se identifica con el “derecho a recurrir”, garantía que sería predicable -bajo dicho argumento-a los procesos civiles.

En razón de lo expuesto, los defensores de esta postura, concluyen que el derecho a recurso sería plenamente aplicable a materias civiles, por lo que si bien, el contenido y delimitación de dicho derecho ha sido desarrollado principalmente en sede penal, como una garantía que le asiste al imputado

---

artículos 70 y 75 del Reglamento de la Corte, idea reforzada con la Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana de derechos humanos (1982). Las Opiniones Consultivas de la Comisión Interamericana (1983), párr. 43; (1982), párr. 31 y (1985), párr. 21, aclaran que dicha competencia es permisiva y se consideraría inadmisibles cuando conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Además, es importante señalar, que, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce en materia contenciosa, en Comisión Interamericana de derechos humanos (1982), párr. 51. Véase: VENTURA y ZOVATTO (1989), pp.1-464; VENTURA y ZOVATTO (2007), pp.159 y ss.; NIKKEN (2018), pp. 160 y ss.

<sup>65</sup> PALOMO y LORCA (2016), pp.47-48.

<sup>66</sup> TAVOLARI (2015), pp.6-7.

<sup>67</sup> Nótese que entre los argumentos se distinguió, por una parte, la Opinión Consultiva de la CIDH y por la otra, fallos de la CIDH, a efectos de demostrar que las opiniones consultivas no constituyen precedentes, por lo cual carecen de efecto vinculante. En cambio, en la jurisdicción contenciosa, la Corte no sólo debe interpretar las normas aplicables, sino además debe establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismo pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, y si fuera el caso, disponer “que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados” (artículos 63.1 y 68.1 de la Convención). Lo anterior, se condice con la naturaleza que se les otorga a las resoluciones judiciales, entendidas éstas como normas jurídicas concretas y singulares producidas por los jueces por medio de sus fallos, en el pronunciamiento de un caso. SQUELLA (2014), pp.325-326.

<sup>68</sup> PALOMO (2010), pp.498-500.

en el marco del proceso punitivo, al constituir un elemento del debido proceso constitucional, recibiría plena aplicación en los procedimientos de naturaleza civil.<sup>69</sup>

### **B. Argumentos que descartan el derecho a recurso como derecho fundamental respecto a los procesos civiles**

Núñez, Bravo, Pérez Ragone y Yáñez,<sup>70</sup> adhieren a la tesis de que en el ámbito del derecho procesal civil no existe un derecho al recurso como ocurre en el proceso penal, pues aseguran, que quienes sostienen que el derecho a recurso procede en el ámbito civil, lo hacen basándose en los tratados internacionales (CADH y el PIDCP), los cuales no reconocen el derecho a recurrir en el proceso civil de acuerdo al tenor literal de los preceptos que lo recogen, cuestión que se vería refrendada con la ubicación sistemática de los preceptos en los instrumentos recién referidos.

Incluso para Lettelier,<sup>71</sup> defensor de esta postura, dado el tenor del art. 8.2 h) de la CADH, sostiene la exigibilidad del derecho a recurso como derecho fundamental sólo en asuntos penales en favor del condenado.

De igual forma, agregan que toda la jurisprudencia en que se apoyan los que defienden la postura contraria, guarda relación con causas de tipo sancionatorio o derechamente penal,<sup>72</sup> así las cosas, la CIDH nunca en su jurisprudencia se ha referido de forma específica a la extensión o aplicación del derecho a recurrir a juicios de carácter civil.<sup>73</sup>

Por ello, carecería de raigambre normativa y jurisprudencial tanto a nivel del derecho interno chileno como del derecho internacional ratificado por Chile, el derecho a recurso en el proceso civil chileno.<sup>74</sup>

En este sentido, Fuentes y Riego, señalan que “sostener que el derecho a recurrir del art. 8.2 se extiende a la justicia civil y que además esto ocurriría en los mismos términos que para el juicio criminal, es incorrecto. Dicha postura falla en reconocer la forma en cómo está consagrado y cómo opera el debido proceso en la Convención Americana y la Jurisprudencia de la propia Corte Interamericana”.<sup>75</sup>

Asimismo, agregan que, en ninguna de las tradiciones legales, la Europea Continental y la anglosajona, existiría como garantía constitucional absoluta de acceso a un recurso y menos en materia civil. En estas dos tradiciones se entiende que esta cuestión debe ser resuelta por el legislador.<sup>76</sup>

---

<sup>69</sup> VALENZUELA (2013a) p.728; vid. VALENZUELA (2013b), pp.47 y ss.

<sup>70</sup> NÚÑEZ y BRAVO (2016), p.99; NÚÑEZ y PÉREZ RAGONE (2015), p.16; NÚÑEZ (2008), pp.199-223; NÚÑEZ et al (2018), pp.214-217; YÁÑEZ (2001), *passim*.

<sup>71</sup> LETELIER (2013), pp. 152-163.

<sup>72</sup> FUENTES y RIEGO (2016a), p.310.

<sup>73</sup> NÚÑEZ et al (2015), *passim*.

<sup>74</sup> Vid. NÚÑEZ y BRAVO (2016), p.99; FUENTES y RIEGO (2016a), p.309; LETELIER (2016), p.46.

<sup>75</sup> FUENTES y RIEGO (2016a), p.309.

<sup>76</sup> FUENTES y RIEGO (2016a), p.299.

Sin perjuicio de lo expuesto, el constitucionalista Nogueira, expone que la forma en que se ha configurado el derecho al recurso en materia penal es relevante para las otras materias contenciosas en la medida que permiten, como parámetro analógico, constatar si los perfiles se han cumplido o no en materia civil, por ejemplo, aun cuando no sean exigibles de modo vinculante en esta otra sede.<sup>77</sup>

En esta línea de argumentos Couture, ha indicado que, “La privación de un recurso de apelación no pone en tela de juicio la efectividad de la tutela constitucional del proceso. Cuando todavía se discute el tema de la instancia única o múltiple, las razones que se hacen valer en favor de la instancia múltiple no hacen referencia a la Constitución, sino a la conveniencia o inconveniencia de una u otra solución. La Constitución no está seriamente en peligro, en términos generales, en el sistema de la única instancia”.<sup>78</sup> De allí que la garantía fundamental del *due process of law*, según la Suprema Corte de los Estados Unidos, sea la existencia de un tribunal “competente e imparcial”.<sup>79</sup>

Sin embargo, si el Estado decidiera contemplar recursos procesales para impugnar resoluciones judiciales en asuntos civiles, tales vías de impugnación harían de ser estructuradas como garantía para los justiciables.<sup>80</sup>

Son tajantes al señalar que la CIDH no siempre ha exigido la aplicación de todas las garantías del debido proceso a toda clase de procesos no penales, pues al parecer existirían garantías que concurren sólo en la dinámica de un proceso penal, como el principio de inocencia, o el derecho a guardar silencio, por parte del culpable, por lo que habría que reconocer que el debido proceso no opera igual en todas las materias,<sup>81</sup> lo cual encontraría sustento en la jurisprudencia de la CIDH, específicamente en la sentencia de 23 de noviembre de 2010 del caso “Vélez Loor con Panamá”, y la sentencia de 02 de febrero de 2001, en el caso “Baena Ricardo y otros con Panamá”.

Por último, esta posición estaría refrendada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Comunicación<sup>82</sup> N° 450/1991 contra Finlandia resuelta en 1993,<sup>83</sup> la cual determinó que el derecho a recurrir estaría circunscrito sólo a los procesos penales, lo cual se vería ratificado con

---

<sup>77</sup> NOGUEIRA (2008), pp. 368-375.

<sup>78</sup> COUTURE (1958a), p.158.

<sup>79</sup> COUTURE (1958a), p.161.

<sup>80</sup> “El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos)”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1987), párr. 25-26.

<sup>81</sup> FUENTES Y RIEGO (2016a), pp.304-306.

<sup>82</sup> Una comunicación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, es aquella decisión del órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por sus estados partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 y siguientes del PIDCP, artículo 2 y siguientes del Protocolo Facultativo y artículo 78 y siguientes del Reglamento del Comité.

<sup>83</sup> I.P con Finland (1993), párr. 6.2.

la Observación General<sup>84</sup> N° 32 del año 2007,<sup>85</sup> del mismo organismo, que explica los alcances del artículo 14.5 del PIDCP.<sup>86</sup>

#### IV. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS

##### A. ¿Es efectiva la falta de consagración normativa expresa del derecho a recurso como derecho fundamental en los procesos civiles?

Como advertimos del principio, efectivamente no existe consagración normativa expresa por parte de nuestra carta fundamental respecto al derecho a recurso, en los procesos civiles, atendido que el constituyente optó por no entregar un catálogo expreso de garantías mínimas que debiesen colmar dicha fórmula procesal, otorgando dicha tarea al legislador, de conformidad al artículo 19 n° 3 inc. 6, 2° parte CPR.<sup>87</sup> Lo anterior se condice con lo prescrito en el artículo 63.3<sup>88</sup> de la CPR.

El derecho a recurso sólo se incorporaría “constitucionalmente” de forma implícita mediante la suscripción de los tratados internacionales examinados, a partir del artículo 5 inciso 2 de la CPR.

De la revisión de las disposiciones de estos últimos (art. 8.2 letra h) CADH y 14.5 PIDCP), pudimos corroborar del tenor literal de ambos preceptos, su naturaleza y ámbito de aplicación particularmente penal, idea reforzada por su ubicación sistemática<sup>89</sup> dentro de cada uno de los instrumentos recién referidos,<sup>90</sup> sin hacer ninguna mención explícita a los procedimientos civiles en este punto.<sup>91</sup>

Dicho razonamiento, –en mi opinión– encuentra sustento, en palabras de la propia CIDH, al hacer extensible las garantías contenidas en art. 8.2 de la CADH, a ordenes de naturaleza distinta a la penal, a partir de un razonamiento jurídico, que la lleva a “interpretar” el alcance de la norma.<sup>92</sup>

<sup>84</sup> Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, son aquellos comentarios generales que el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estima oportunos, a los Estados partes, en la revisión y estudio de los informes que estos hayan presentado sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de estos derechos, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 40 del PIDCP, y el artículo 76 del Reglamento del Comité de Derechos Humanos, a efectos de estimular las actividades de los Estados y de las organizaciones internacionales en lo concerniente a la promoción y a la protección de los derechos humanos.

<sup>85</sup> *Observación General N° 32 (2007)*, párr.46.

<sup>86</sup> NÚÑEZ *et al* (2015), *passim*.

<sup>87</sup> “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

<sup>88</sup> “Sólo son materias de ley: 3) Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra”.

<sup>89</sup> DEL VECCHI (2013), p.337.

<sup>90</sup> NÚÑEZ Y BRAVO (2016), p.99.

<sup>91</sup> FUENTES Y RIEGO (2016a), p.298.

<sup>92</sup> “(...) la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecidos en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)” cfr. *Vélez Loor con Panamá* (2010), párr. 142; *Tribunal Constitucional con Perú* (1999), párr. 70; *Ivcher Bronstein con Perú* (2001), párr. 103; *Baena Ricardo y otros con Panamá* (2001), párr. 125.

A nivel nacional, el TC, ha arribado a la misma conclusión, tratándose del art. 14.5 PIDCP, al expresar: “Como se lee en el artículo 14.5 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], el derecho al recurso está enunciado explícitamente sólo en materia penal y nada más que cuando el fallo sea condenatorio por un delito, para ante un tribunal superior, pero de conformidad con la ley nacional, vale decir, sin tipificar internacionalmente la especie de recurso procesal (...)”.<sup>93</sup>

Luego, haciendo referencia al art. 8 n°2 letra h) de la CADH, opina de forma idéntica, al indicar: “Como se ve, la garantía explícita del derecho al recurso se asegura internacionalmente, por regla general, en materia penal, y respecto del inculcado en un proceso de esa naturaleza (...)”.<sup>94</sup>

A mi parecer, la relectura del art. 8.2 de la CADH, resulta forzada, más aún, cuando los propios partidarios del reconocimiento del derecho a recurso en los procesos civiles como derecho fundamental, coinciden y concuerdan-en su gran mayoría- que dicha conclusión no se obtiene, precisamente del tenor literal de los preceptos internacionales, sino más bien, por otras consideraciones o argumentos.

Concluiremos en este punto, que el derecho a recurso carece de reconocimiento normativo expreso en los procesos civiles tanto a nivel nacional como internacional, por lo cual, la idea del derecho a recurso como derecho fundamental en los procesos civiles, sólo se justificaría-por el momento- jurisprudencialmente, por ello a continuación procederemos a analizaremos la jurisprudencia atingente, a fin de poder arribar a nuestras conclusiones.

## **B. ¿Existe pronunciamiento jurisprudencial respecto al derecho a recurrir el fallo como derecho fundamental en los procesos civiles?**

### **1. Internacional**

#### **a) Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La CIDH en un gran número de fallos extiende las garantías contempladas en el art. 8.2 de la CADH, a procedimientos extrapenales, indicando para estos efectos que si bien el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.<sup>95</sup>

Atendido que el art. 8.2 letra h) consagra el derecho a recurrir el fallo en procesos penales, a propósito

---

<sup>93</sup> Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 17°.

<sup>94</sup> Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 18°.

<sup>95</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1987), párr. 27, 29; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1990), párr. 24, 28; Paniagua Morales y otros con Guatemala (1998), párr. 149; Tribunal Constitucional con Perú (1999), párr. 64 letra j) y 70; Baena Ricardo y otros con Panamá (2001), párr. 124 y 125; Ivcher Bronstein con Perú (2001), párr. 103; Herrera Ulloa con Costa Rica (2004), párr. 169; Almonacid Arellano y otros con Chile (2006), párr. 130; La Cantuna con Perú (2006), párr. 14; Yvon Neptune con Haití (2008), párr. 80; Vélez Loor con Panamá (2010), párr. 142; Mohamed con Argentina (2012), párr. 80.

de la extensión de las garantías mínimas contempladas en el n° 2 art.8 recién referido, se entendería que el derecho a recurrir, constituiría un derecho fundamental, tratándose incluso de los procesos civiles, he aquí donde encuentra su fundamento los partidarios de esta posición.

Sin embargo, la Corte es etérea al extender estas garantías, pues si nos esmeramos en conocer el real significado de su análisis, y constatamos las palabras que utiliza, cuando llega a dicha conclusión, advertiremos, que no lo hace en términos absolutos, sino más bien relativos. La Corte utiliza términos, como “en general”,<sup>96</sup> “en lo esencial”,<sup>97</sup> “en lo que corresponda”,<sup>98</sup> “en cuanto sea aplicable”,<sup>99</sup> “según el procedimiento de que se trate”,<sup>100</sup> o bien el imperativo “o cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.<sup>101</sup>

A mayor abundamiento, es dable indicar, que a fin de ampliar las garantías mínimas del art. 8.2 de la CADH, a toda clase de órdenes, la Corte, enfatiza: “toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete”.<sup>102</sup>

En mi opinión, conforme a lo expuesto, la Corte es clara, que cuando se está refiriendo a la “extensión” del art. 8.2, al proceso civil “en lo esencial”, es porque, reconoce que los procesos civiles, al menos deben garantizar el derecho a un “órgano imparcial”, como garantía mínima, convirtiéndose dicho derecho, en uno de aquellos que ascendería a la categoría de derecho fundamental en dicho procedimiento, no así respecto de las restantes garantías del art. 8.2.

A pesar de la ambigüedad sobre este punto, a mi parecer, la Corte resolvería que el resto de garantías mínimas del art. 8.2 dependerían de la técnica legislativa que se adopte en un Estado, al indicar que el

<sup>96</sup> “(...) en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”. Tribunal Constitucional con Perú (1999), párr. 70.

<sup>97</sup> El concepto de debido proceso legal recogido en el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana (...). Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1987), párr.29.

<sup>98</sup> “La Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda”. Vélez Loor con Panamá (2010), párr. 142.

<sup>99</sup> “(...) las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto [art.8] se aplican también a esos órdenes [civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter] y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo”. Ivcher Bronstein con Perú (2001), párr. 103.

<sup>100</sup> “(...) La referida disposición convencional [art. 8] contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. Mohamed con Argentina (2012), párr.80.

<sup>101</sup> “Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”. Baena Ricardo y otros con Panamá (2001), i.f. párr.127.

<sup>102</sup> Herrera Ulloa con Costa Rica (2004), párr.169; Almonacid Arellano y otros con Chile (2006), párr. 130; La Cantuna con Perú (2006), párr. 140; Mohamed con Argentina (2012), párr. 80.

órgano imparcial debe actuar “en los términos del procedimiento legalmente previsto”.

Bajo esta idea, en el proceso civil chileno, constituiría derecho fundamental la garantía mínima de que toda persona sujeta a un juicio civil deberá ser juzgada por un órgano imparcial, más no así, la del derecho a recurrir el fallo.

En los procedimientos civiles, el derecho a recurrir el fallo, sería más bien una técnica legislativa, que un derecho procesal constitucional.

La idea sugerida, puede robustecerse, a partir del análisis de las letras d) y e) del art. 8.2 CADH, referente al derecho a defensa, al indicar: “(...)en relación con procedimientos que no se refieren a la materia penal, el Tribunal ha señalado previamente que “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”.<sup>103</sup>

De ello resulta, que podemos estar frente a un debido proceso, sin que sea necesaria la representación legal de un sujeto, pues ello dependerá del procedimiento particular, cosa que ocurre, por ejemplo, en nuestro país tratándose de los procedimientos ante los juzgados de policía local, respecto a las infracciones de los derechos del consumidor o bien de las infracciones a la ley del tránsito, dependiendo de su cuantía, y nadie se atrevería a decir, que en dichos procesos, no se respeta el debido proceso.

Sin perjuicio de ello, evidentemente, existirían procedimientos en que la asistencia jurídica de un letrado constituiría un imperativo del interés de justicia,<sup>104</sup> por lo cual nadie dudaría que dicha garantía mínima, en dichos procedimientos vendría a colmar el contenido del debido proceso legal,<sup>105</sup> por lo que, en definitiva, hay que confrontar caso a caso.

Recordemos al respecto, que la Corte ha determinado que el derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho a defensa,<sup>106</sup> al igual que el derecho a contar con representación judicial.

Bajo este razonamiento, si es posible extraer este último de los componentes del debido proceso, sin que, por ello, se vulnere el mismo, perfectamente podríamos pensar, que ocurriría lo mismo, tratándose del derecho a recurrir el fallo.

En este orden de ideas, la Corte, en algunos fallos, citando a su vez, a la Corte Europea, cuando se pronuncia sobre el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, señala lo siguiente:

---

<sup>103</sup> Vélez Loor con Panamá (2010), párr. 145.

<sup>104</sup> Vélez Loor con Panamá (2010), párr. 146.

<sup>105</sup> Cfr. “La Corte concuerda con la Comisión que cuando se trata de la privación de la libertad, los intereses de la justicia en principio requieren de la asistencia letrada” y “En consideración de la severidad de la pena que podía imponerse al señor Benham y la complejidad del derecho aplicable, la Corte considera que los intereses de la justicia exigían que, para recibir una audiencia justa, el señor Benham debía haberse beneficiado de asistencia letrada gratuita durante el procedimiento ante los magistrados”. Benham con Reino Unido (1996), párr. 61 y 64.

<sup>106</sup> Vélez Loor con Panamá (2010), párr. 179.

“(…) los principios enunciados en el párrafo (art.6-2) y 3 (a saber los incisos a, b y d) [...de la Convención Europea de Derechos Humanos], se aplican *mutatis mutandis* a los procedimientos disciplinarios a los que se refiere el inciso 1 (art.6-1) de la misma forma en que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal”.

Del análisis de dichas líneas Fuentes y Riego<sup>107</sup> han deducido que el término “*mutatis mutandis*”, puede ser entendido como “cambiando lo que se debía cambiar” o “de manera análogo haciendo los cambios necesarios”.

Lo que se traduce en una aplicación similar, pero no idéntica, por lo que habría que estarse a la naturaleza del procedimiento a fin de verificar que garantías compondría en definitiva el debido proceso, en uno u otro caso.

Por otra parte, en la *praxis*, la Corte jamás ha extendido en términos concretos el art. 8.2 CADH, a un procedimiento civil, y las veces que lo ha hecho, podemos verificar, que se trata de procedimientos de carácter sancionatorios.

Luego, en las oportunidades que se ha pronunciado específicamente sobre el derecho a recurso, en un caso concreto, esto es, las veces que la Corte ha tenido que determinar si un Estado Parte violó el art. 8.2.h, lo ha hecho en materia penal o administrativa sancionatoria.

A saber, consultadas las sentencias de la CIDH citadas por los defensores del derecho a recurso como derecho fundamental en los procesos civiles, más otras tanto, de interés, verifique empíricamente que, los fallos de los casos: “*Paniagua Morales y otros con Guatemala (1998)*”;<sup>108</sup> “*Castillo Petruzzi y otros con Perú (1999)*”;<sup>109</sup> “*Herrera Ulloa con Costa Rica (2004)*”;<sup>110</sup> “*Almonacid Arellano y otros con Chile (2006)*”;<sup>111</sup> “*La Cantuna con Perú (2006)*”;<sup>112</sup> “*Yvon Neptune con Haití (2008)*”;<sup>113</sup> “*Vélez Loor con Panamá*

<sup>107</sup> FUENTES Y RIEGO (2016b), p.420.

<sup>108</sup> Se trata de un caso por violación a la Convención a propósito de actos de secuestro, detención arbitraria, trato inhumano, tortura y asesinato cometidos por agentes del estado de Guatemala contra once víctimas, durante 1987 y 1988.

<sup>109</sup> El caso trata de la detención a varias personas por el ilícito traición a la patria, en el operativo denominado alacrán, llevado a cabo por la DINCOTE los días 14 y 15 de octubre de 1993. Vulnerando sus derechos garantizados en la Constitución Peruana, como en la Convención.

<sup>110</sup> Los hechos guardan relación con un periodista que acusó a un funcionario público de actos de corrupción y que fue condenado en 1999 en un tribunal local como autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación.

<sup>111</sup> Dice relación con la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del Señor Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley Nº 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como la supuesta falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

<sup>112</sup> Se trata de la violación de DDHH del Profesor Hugo Muñoz Sánchez y de un grupo de estudiantes, así como de sus familiares, por secuestro de las presuntas víctimas, en la Universidad Nacional de Educación, La Cantuna, Lima, en la madrugada del 18 de julio de 1992, el cual había contado con la participación de efectivos del ejército peruano.

<sup>113</sup> Constituye un caso de detención arbitraria e ilegal, donde no se le respetaron los derechos y garantías de un debido proceso al Sr. Neptune ni tampoco su integridad física, mental y moral, ni su derecho a ser separado de los condenados, dadas las condiciones y el tratamiento a los cuales fue expuesto durante su detención.

(2010)”;<sup>114</sup> “Mohamed con Argentina (2012)”;<sup>115</sup> “Barreto Leiva con Venezuela (2009)”;<sup>116</sup> “Laikat ali Alibux con Surinam (2014)”;<sup>117</sup> y “Norín Catrimán y otros con Chile (2014)”;<sup>118</sup> son todos casos penales ante juez ordinario o especial, mientras que los fallos de los casos: “Tribunal Constitucional con Perú (1999)”;<sup>119</sup> “Baena Ricardo y otros con Panamá (2001)”<sup>120</sup> y “Ivcher Bronstein con Perú (2001)”;<sup>121</sup> son todos procesos administrativos de carácter sancionatorios.

En los casos, más relevantes en que la Corte se ha pronunciado de forma específica sobre el derecho a recurrir el fallo, como en el caso “Herrera Ulloa con Costa Rica”, lo que hace es indicar el carácter de garantía primordial<sup>122</sup> del derecho a recurso, en el marco del debido proceso legal,<sup>123</sup> describiéndolo y dotándolo de contenido, al señalar que la revisión de la sentencia debe ser por un juez o un tribunal distinto y de superior jerarquía,<sup>124</sup> y que debe tratarse de un recurso ordinario eficaz,<sup>125</sup> a fin de que el mismo sea accesible<sup>126</sup> y garantice un examen integral<sup>127</sup> de la decisión recurrida, pero, ninguna de las líneas de dicha sentencia marchan sobre el establecimiento o esclarecimiento del derecho a recurrir en los procesos civiles.

---

<sup>114</sup> Se trata de un ecuatoriano, y su procesamiento por delitos relacionados con su situación migratoria, sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa; desde el momento de su privación de libertad hasta su deportación a la República del Ecuador.

<sup>115</sup> Se refiere a un chofer de colectivo, quien, en un accidente de tránsito, atropelló a una señora en la ciudad de Buenos Aires, falleciendo con posterioridad en el Hospital. El imputado fue absuelto en la primera instancia, sin embargo, la Cámara de Apelaciones revocó el fallo, condenando al imputado como autor de homicidio culposo, a una pena de privación de libertad, sin que se le haya permitido ejercer su derecho a recurrir el fallo.

<sup>116</sup> La Corte Suprema de Justicia condenó a varias personas por hechos que constituían malversación genérica agravada de fondos públicos a distintas penas privativas de libertad, por la rectificación presupuestaria del Consejo de Ministros, sin respeto a las garantías judiciales en su juzgamiento.

<sup>117</sup> Se condenó al Sr. Alibux y otras tres personas, por la presunta comisión de dos delitos de falsificación: por la supuesta elaboración de una carta de propuesta del Consejo de Ministros en relación con la compra de un inmueble y de un acta del Consejo de Ministros. Vulnerando los principios de no retroactividad y legalidad, y demás garantías en su juzgamiento.

<sup>118</sup> Se condenó a ocho víctimas chilenas, miembros del Pueblo Indígena Mapuche, por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002, como autores de delitos calificados de terroristas en la aplicación de la Ley 18.314, sin respeto a las garantías de un debido proceso. En ninguno de los hechos por los cuales fueron juzgados resultó afectada la integridad física ni la vida de alguna persona.

<sup>119</sup> Se sancionó disciplinariamente mediante la destitución a tres magistrados del Tribunal Constitucional de Perú, por presuntas irregularidades en la tramitación de la aclaratoria de la sentencia que declaró la inaplicabilidad de la Ley N° 26.657, que permitía al presidente de dicha época postularse para un tercer periodo presidencial consecutivo, dichos magistrados (de 7 actuantes) sostuvieron la inconstitucionalidad de aquella “ley interpretativa”, por lo cual fueron destituidos.

<sup>120</sup> Se sancionó administrativamente mediante la destitución a 270 trabajadores estatales huelguistas, por considerar su acción atentatoria contra la democracia y el orden constitucional, en base a la ley 25, promulgada y publicada con posterioridad a los hechos.

<sup>121</sup> El Estado de Perú privó arbitrariamente del título de nacionalidad al señor Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, director y presidente del Directorio del Canal 2-Frecuencia Latina de la televisión peruana, con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicho canal y coartar su libertad de expresión, la cual se manifestaba a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción.

<sup>122</sup> *Herrera Ulloa con Costa Rica (2004)*, párr. 158.

<sup>123</sup> *PASTOR (2005)*, *passim*.

<sup>124</sup> *Herrera Ulloa con Costa Rica (2004)*, párr. 158.

<sup>125</sup> *Herrera Ulloa con Costa Rica (2004)*, párr. 161.

<sup>126</sup> *Herrera Ulloa con Costa Rica (2004)*, párr. 164.

<sup>127</sup> *Herrera Ulloa con Costa Rica (2004)*, párr. 165.

Lo mismo ocurre en el caso “Mohamed con Argentina”, en el cual la Corte reitera el alcance y el contenido del derecho a recurrir, en los mismos términos que en “Herrera Ulloa con Costa Rica”,<sup>128</sup> pero además aclara que el tribunal internacional no pretende *perse* un sistema de recursos de doble instancia, sino más bien que el recurso permita la posibilidad de exigir ante la primera condena criminal una revisión integral del fallo (*quaestio facti* y *quaestio iure*), con ello, destruye el supuesto básico del sistema tradicional,<sup>129</sup> según el cual es la jerarquía de los tribunales la que determina la mayor o menor exigencia de cuál sea la jerarquía del tribunal que emite el fallo,<sup>130</sup> ni cual sea la etapa procesal en que se dicte la condena, ella siempre deberá estar sujeta a la posibilidad de una impugnación.<sup>131</sup>

En esta misma línea, asienta la sentencia del caso “Norín Catrimán y otros con Chile”, en la cual enfatiza en la revisión integral del fallo, como dimensión del derecho a recurrir, criticando a la Corte de Apelaciones, por la revisión efectuada de la sentencia del tribunal de juicio oral en lo penal, a través del recurso de nulidad.<sup>132</sup>

Lo relevante de esta sentencia, no es el reconocimiento, alcance y contenido del derecho a recurrir la sentencia condenatoria en sede penal, pues, se reitera los criterios anteriores, lo interesante en este fallo, era la legitimidad del recurso de nulidad, como único recurso contra la sentencia penal, en nuestro sistema normativo, habida consideración, su carácter de recurso extraordinario y de derecho estricto, al menos entendido hasta entonces, por la doctrina y los tribunales de justicia de nuestro país-de ahí la posición de la Sala de la Corte de Apelaciones-.<sup>133</sup>

En lo que nos interesa, dicha sentencia, no se pronuncia sobre el derecho al recurso en materia civil, sino más bien en materia penal, por lo cual, malamente la podemos citar para justificar el reconocimiento del derecho a recurrir como derecho fundamental en un procedimiento civil, cuando la jurisprudencia allí generada, nace a propósito de un procedimiento de diversa naturaleza.

## **b) Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**

A diferencia de la CIDH, el comité se ha pronunciado derechamente y explícitamente por el derecho a recurrir en los procesos civiles, negando su carácter de garantía constitucional, en la Comunicación

<sup>128</sup> *Mohamed con Argentina* (2012), párr. 99-101.

<sup>129</sup> Se produce un cambio de paradigma, al dejar de identificar la noción de derecho a recurso y doble instancia, cuestión que se profundiza en *Norín Catrimán y otros con Chile* (2014).

<sup>130</sup> cfr. *Liakat ali Alibux con Suriname* (2014), párr. 100-106.

<sup>131</sup> FUENTES Y RIEGO RAMÍREZ (2016b), p. 412.

<sup>132</sup> *Norín Catrimán y otros con Chile* (2014), párr. 279-280.

<sup>133</sup> De forma irrefutable, atendida la parte dispositiva y resolutive del fallo de la CIDH “entendemos que en el caso *Norín Catrimán* supone una aceptación de la vigencia de regímenes recursivos restrictivos, bajo la condición de que en su diseño normativo admitan la posibilidad de una revisión efectiva no sólo de los aspectos puramente legales sino también del modo en que se ha fundamentado el fallo y valorado la prueba (...)”. FUENTE Y RIEGO RAMÍREZ (2016b), p. 420.

N° 450/1991<sup>134</sup> contra Finlandia, resuelta en 1993 y en la Observación General N° 32,<sup>135</sup> 2007.

## 2. Nacional

### a) Tribunal Constitucional

Es posible colegir de las sentencias dictadas por el TC en Chile, que el constituyente se abstuvo de enunciar las garantías de un “debido proceso”, limitándose a garantizar el derecho al racional y justo procedimiento e investigación,<sup>136</sup> mediante dos elementos configurativos del mismo, a saber: a) Que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y b) Que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo,<sup>137</sup> obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos, ordenando al legislador precisarlas en cada caso,<sup>138</sup> agregando además que serían los jueces por medio de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, quienes irán definiendo las garantías que integran el debido proceso.<sup>139</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, el TC como vimos reconoce una serie de garantías mínimas que formarían parte de un debido proceso, en las cuales se contempla la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores.

Ahora, si bien el TC entiende el derecho a recurso como un elemento integrante del denominado “debido proceso”, no obvia la circunstancia de la configuración de los recursos procesales,<sup>140</sup> es una opción política legislativa que corresponde al legislador decidir,<sup>141</sup> en el marco de las reservas legales específicas de las garantías de legalidad del proceso y del racional y justo procedimiento. En este sentido, el reconocimiento del derecho a recurso, como componente al debido proceso legal, no significa que se consagre el derecho a la doble instancia o el derecho a recursos específicos, como lo son el

---

<sup>134</sup> En lo medular, en lo que se refiere a la reclamación del autor de que se le había denegado la posibilidad de apelar, el Comité, indicó que aun cuando esos temas entraran *ratione materiae* dentro del alcance del artículo 14, el derecho de apelación se refiere a una acusación penal lo que no ocurre en la especie. De consiguiente, declara inadmisibles dicha parte de la comunicación con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

<sup>135</sup> “El párrafo 5 del artículo 14 no se aplica a los procedimientos para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil ni a ningún otro procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal, como los recursos de amparo constitucional”. Observación General N° 32 (2007), párr. 46.

<sup>136</sup> Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 8°-9°; Alprotec y Cía. Ltda. (2018), 16°.

<sup>137</sup> Alvarado Aravena, Manuel (2008), 8°; Vásquez Muñoz, Aarón (2008), 8°; Pirotecnia Igual Chile S.A (2015), 8°.

<sup>138</sup> Girardi Lavín, Guido (2006), 14°.

<sup>139</sup> Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 9°.

<sup>140</sup> Sociedad Clasificadora de Materiales de Minería Limitada y Sociedad Legal Minera Santa Laura Uno y Dos (2010), 17°; Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria Coquimbo (2010), 42°; ORPI S.A (2012), 14°; Portiño Gómez, Arturo (2016), 11° y 12°; Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 32°.

<sup>141</sup> Alvarado Aravena, Manuel (2008), 13°; Zegers Larraín, Eduardo (2014), 25°; Hinzpeter Kirberg, Rodrigo (2013), 32°; Rentas Urbanas S.A y Carmona Bravo, Dante (2013), Argumentos complementarios 20°; Ramírez Cardoen, Nicolás (2018), 10°; Caro Melián, Enrique y Otros (2018), 7°; Alprotec y Cía. Ltda. (2018), 16°.

recurso de apelación,<sup>142</sup> o el recurso de casación.<sup>143</sup>

Bajo esta premisa, establecida la posibilidad de revisión, el legislador es libre para determinar el modo y los procedimientos para lograrla.<sup>144</sup> Lo importante es que los justiciables gocen de garantías efectivas de un procedimiento racional y justo que aseguren que no quedarán en una situación de indefensión frente a una eventual arbitrariedad en que incurra el juzgador,<sup>145</sup> cuestión que ocurriría por ejemplo cuando sólo se le otorgará a uno de los agraviados la posibilidad de impugnar, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar.<sup>146</sup>

Tratándose de los procesos civiles, el TC adopta una postura insoslayablemente clara respecto al derecho a recurso, a partir de los argumentos complementarios,<sup>147</sup> de la sentencia dictada en *Rentas Urbanas S.A* (2013), los cuales se reproducen y reiteran en sentencias posteriores dictadas por el mismo órgano judicial.

Entre dichos argumentos destacan, que sin perjuicio que los componentes del debido proceso, pueden ser aplicables a todo posible contencioso judicial, se tiende a “exigir elementos mínimos, con variaciones de ciertos componentes según la naturaleza específica del proceso de que se trate”.<sup>148</sup> Así las cosas, el derecho al recurso, como componente del debido proceso “admite una serie de matices y precisiones”,<sup>149</sup> dependiendo de si el proceso que se trate es civil o penal.

Agrega que, “(...) Por lo mismo, a veces la ausencia de recursos puede ser constitucionalmente compen-

<sup>142</sup> Mazuela Montenegro, Leonardo (2010), 14°; Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria Coquimbo (2010), 41°; Zegers Larrain, Eduardo (2014), 23°; Hinzpeter Kirberg, Rodrigo (2013), 30°; Contreras Quispe, Carlos (2014), 21°, 23°- 25°; Rodríguez Sepúlveda, Leonardo (2014), 32°- 34°; Pirotecnica Igual Chile S.A (2015), 24°; Portiño Gómez, Arturo (2016), 10°; Motta Camp, Aldo (2014), 10°; Forestal Catango Limitada (2016), 10°; Benavides González, César y Cataldo Jiménez, Verónica (2019), 8°-9°; Obando Davidson, Gonzalo (2019), 8°-9°

<sup>143</sup> Petour Goycolea, Francisco (2007), 43°- 44°; Mazuela Montenegro, Leonardo (2010), 12° y 14°; Choque Sigüayro, Francisco y Contador Tapia, Felipe (2010), 13° y 17°; Universidad Alberto Hurtado (2011), 24°; Indumotora Automotriz S.A (2011), 51°; ORPI S.A (2012), 11°-12°; Zegers Larrain, Eduardo (2014), 23° y 25°; Contreras Quispe, Carlos (2014), 23° y 25°; Bravo Herrera, Julia (2013), 16°; Adem Tazbaz, Sandra (2017), 10°; Repsol Chile S.A (2017), 11°; Consorcio CVV Ingetal S.A (2017), 11°; Feria Ganaderos Osorno S.A (2017), 11°; Acenor Aceros del Norte S.A (2017), 11°.

<sup>144</sup> Cencosud Retail S.A (2017), 10°; Consorcio CVV Ingetal S.A (2017), 10°; Feria Ganaderos Osorno S.A (2017), 10°; Acenor Aceros del Norte S.A (2017), 10°; Sociedad PriceWaterhouseCoopers Consultores Auditores SpA y Joignant Pacheco, Luis (2019), 10°.

<sup>145</sup> Cencosud Retail S.A (2017), 11°; Adem Tazbaz, Sandra (2017), 11°; Repsol Chile S.A (2017), 11°; Consorcio CVV Ingetal S.A (2017), 11°; Feria Ganaderos Osorno S.A (2017), 11°; Acenor Aceros del Norte S.A (2017), 11°.

<sup>146</sup> Zamorano Pérez, María (2010), 13°; Mazuela Montenegro, Leonardo (2010), 19°; Choque Sigüayro, Francisco y Contador Tapia, Felipe (2010), 17°; Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak (2019), 10°.

<sup>147</sup> Los argumentos fueron proporcionados por los ministros Raúl Bertelsen Repetto, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Domingo Hernández Empanaza y la ministra Marisol Peña Torres, en sentencia de 06 de agosto de 2013, en orden a rechazar el requerimiento de inaplicabilidad del inciso 2° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en un juicio especial de arrendamiento de inmuebles urbanos, regido por la ley 18.101, modificada por la ley 19.866.

<sup>148</sup> Pirotecnica Igual Chile S.A (2015), 7°; Valdivia Montecinos, Carlos (2016), 8°; Forestal Catango Limitada (2016), 8°; Ramírez Cardoen, Carlos (2018), 8°; Cencosud Retail S.A (2017), 8°; Adem Tazbaz, Sandra (2017), 8°; Repsol Chile S.A (2017), 8°; Consorcio CVV Ingetal S.A (2017), 8°; Feria Ganaderos Osorno S.A (2017), 8°; Acenor Aceros del Norte S.A (2017), 8°.

<sup>149</sup> Firma Rentas Urbanas S.A (2013), Argumentos complementarios 2°; Pirotecnica Igual Chile S.A (2015), 10°; Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 15°; Valdivia Montecinos, Carlos (2016), 9°; Ramírez Cardoen, Nicolás (2018), 9°; Cencosud Retail S.A (2017), 9°; Adem Tazbaz, Sandra (2017), 9°; Repsol Chile S.A (2017), 9°; Consorcio CVV Ingetal S.A (2017), 9°; Feria Ganaderos Osorno S.A (2017), 9°; Acenor Aceros del Norte S.A (2017), 9°.

sada por la jerarquía, integración, composición e inmediatez del tribunal que conoce del asunto (...) Es decir, la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso, depende de múltiples circunstancias sistémicas y de contexto procesal y no configura un requisito de validez del juicio per se”.<sup>150</sup>

Aterrizando el análisis de la procedencia del derecho a recurso en materia procesal civil, el TC afirma que no existe garantía explícita del derecho al recurso internacionalmente en materia civil, pues en estos procedimientos, sólo rige el estatuto general a ser juzgado por un tribunal idóneo “con las debidas garantías”, de manera que la ausencia o falta de existencia o de acceso a un recurso existente puede ser compensada con la presencia o fortalecimiento de otras garantías.<sup>151</sup>

Añade que, a nivel comparado, no existe como garantía constitucional el derecho a recurso en los procesos civiles, sino que dicha garantía más bien se protege a través del debido proceso “(...) sobre la base fundamental de la interdicción de la arbitrariedad o desproporcionalidad conducente a indefensión, sin que se trate, por ende, de un derecho absoluto, sino sujeto a límites, restricciones o excepciones aceptables (...)”.<sup>152</sup>

Esto último, es perfectamente aplicable en Chile, pues en su defecto no se explicaría el conocimiento de algunos asuntos en única instancia por nuestros tribunales ordinarios, como especiales, como el propio tribunal constitucional, por lo cual, resultaría un absurdo pensar que la constitución infringiera por sí misma las garantías que ella establece.<sup>153</sup>

Finalmente, el TC de forma vigorosamente aclaratoria respecto a la procedencia del derecho a recurso en asuntos civiles, concluye y sintetiza sus análisis en que: “(...) la Constitución no asegura el derecho al recurso per se, remitiendo su regulación al legislador, quien, soberanamente, podrá establecerlos como ordinarios o extraordinarios, quedando sólo desde entonces integrados al debido proceso, con sus excepciones; mismas que sólo serán constitucionales cuando impidan o restrinjan el acceso al recurso legal en base a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, para perseguir un fin constitucionalmente legítimo (protección de otros derechos o valores), con mínima intervención o afectación del derecho a defensa (esto es, sin suprimir la defensa, sino compensándola con otros derechos, recursos o medidas o, incluso, con la sola jerarquía e integración del tribunal, dentro de un diseño procesal específico, concentrado e inmediato) (...)”.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> Rentas Urbanas S.A. y Carmona Bravo, Dante (2013), Argumentos complementarios, 3º; Pirotecnica Igual Chile S.A (2015), 11º; Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 16º; Valdivia Montecinos, Carlos (2016), 9º-10º; Ramírez Cardoen, Nicolás (2018), 9º-10º; Cencosud Retail S.A (2017), 9º-10º; Adem Tazbaz, Sandra (2017), 9º-10º; Repsol Chile S.A (2017), 9º-10º; Consorcio CVV Ingetal S.A (2017), 9º-10º; Feria Ganaderos Osorno S.A (2017), 9º-10º; Acenor Aceros del Norte S.A (2017), 9º-10.

<sup>151</sup> Cencosud Retail S.A (2017), 10º; Adem Tazbaz, Sandra (2017), 10º; Repsol Chile S.A (2017), 10º; Consorcio CVV Ingetal S.A (2017), 10º; Feria Ganaderos Osorno S.A (2017), 10º; Acenor Aceros del Norte S.A (2017), 10º.

<sup>152</sup> Rentas Urbanas S.A (2013), Argumentos complementarios, 13º; Pirotecnica Igual Chile S.A. (2015), 23º; Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 26º.

<sup>153</sup> Rentas Urbanas S.A (2013), Argumentos complementarios, 18º; Pirotecnica Igual Chile S.A. (2015), 25º; Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 30º.

<sup>154</sup> Rentas Urbanas S.A (2013), Argumentos complementarios, 19º; Pirotecnica Igual Chile S.A. (2015), 26º; Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 31º.

El razonamiento ante expuesto- no literal en todas las sentencias por supuesto-, colman los considerandos (fundamentos) de muchas sentencias<sup>155</sup> posteriores, en donde el pronunciamiento del TC es rechazar el requerimiento de inaplicabilidad del inciso 2° del artículo 768 del CPC, o bien, de otro precepto legal, en donde se discute la ausencia o negación de un recurso, o el establecimiento adicional de requisitos para su interposición o incluso la limitación en cuanto a sus alcances.

Ahora bien, se podría pensar que la posición del TC ha sido vacilante, por acoger requerimientos de inaplicabilidad por el inciso 2° del artículo 768 del CPC, en un gran número de sentencias. Podría -erróneamente- concluirse que ello, implicaría el reconocimiento del derecho a recurso como garantía constitucional en los procedimientos civiles.

Sin embargo, constatado el fundamento que tiene presente el TC para acoger dicho requerimiento de inaplicabilidad es la garantía de “*igualdad ante la ley*”,<sup>156</sup> mismo que ocupa para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de otros preceptos legales,<sup>157</sup> e incluso por razones diversas<sup>158</sup>, y no el derecho a recurrir como garantía constitucional, podemos concluir -certeramente- que en ninguna de las sentencias citadas el TC, reconoce explícitamente el derecho a recurso como garantía constitucional en los procesos civiles, más bien, precisamente le niega ese carácter en un gran número de sentencias, superando el otro razonamiento, no sólo en términos cualitativos, sino también cuantitativos.

## V. CONCLUSIONES

1. Se concluyó, que, el debido proceso, es una construcción normativa, dogmática y jurisprudencial a partir del artículo 19 n°3 inciso 6 de la CPR. Cuyo contenido se colmaría, principalmente, con

<sup>155</sup> Rentas Urbanas S.A. y Carmina Bravo, Dante (2013), 8°-19°; Zegers Larrain, Eduardo (2014), 17°-26°; Hinzpeter Kirberg, Rodrigo (2013), 24°-33°; Contreras Quispe, Carlos (2014), 17°-26°; Bravo Herrera, Julia (2013), 14°-17°; Pirotecnica Igual Chile S.A. (2015), 5°-26°; Portiño Gómez, Arturo (2016), 8°-20°; Alcalde Saavedra, Pablo (2015), 14°-31°; Olivos Leyton, Silvia (2015), 18°-22°; Valdivia Montecinos, Carlos (2016), 8°-10°; Forestal Catango Limitada (2016), 8°-10°; Ramírez Cardoen, Nicolás (2018), 8°-10°; Pedreros Becerra, Rodrigo (2017), 9°-13°; Cencosud Retail S.A. (2017), 8°-18°; Adem Tazbaz, Sandra (2017), 8°-15°; Repsol Chile S.A. (2017), 6°-18°; Consorcio CVV Ingetal S.A. (2017), 8°-19°; Guerrero Loayza, Héctor (2017), 17°-19°; Feria Ganaderos Osorno S.A. (2017), 8°-16°; Acenor Aceros del Norte S.A. (2017), 8°-16°; Caro Melián, Enrique y Otros (2018), 24°; Gómez López, José y Otros (2019), 8°-13°; Alprotec y Cía. Ltda. (2018), 16°; Fica Reyes, Daniel (2019), 17°; Benavides González, César y Cataldo Jiménez, Verónica (2019), 8°-9°; Obando Davidson, Gonzalo (2019), 8°-9°.

<sup>156</sup> Inversiones Rotondo Limitada (2011), 14°, 16° y 18°; ORPI S.A. (2012), 16°, 17° y 19°; Inversiones Hoteles de Chile S.A. (2015), 5°; Sociedad Plasma Limitada (2015), 7°-11°; Plásticos Técnicos S.A. (2016), 20°-28°; Feria Ganaderos Osorno S.A. (2016), 20°-28°; González Ponce, Graciela (2016), 23°-30°; Concesiones Recoleta S.A. (2016), 31°-38°; Saavedra Guajardo, Fernanda (2016), 29°-36°; Aguas Andinas S.A. (2016), 11°-14°; Sociedad PriceWaterhouseCoopers Consultores Auditores y Compañía Limitada y Joignant Pacheco, Alejandro (2018), 42°, 50°, 51°, 53° y 55°; Romano Cadenartori, Paola (2017), 35° y 39°; Acenor Aceros del Norte S.A. (2017), 7°-11°; Betlan Dos S.A. (2019), 20°-21°; Marchesani Carrasco, Francisco (2018), 29°-32°; Muñoz Ponce, Rodrigo (2019), 17°-19°; Sociedad PriceWaterhouseCoopers Consultores Auditores SpA y Joignant Pacheco, Luis (2019), 12°, 15°, 16°, 18 y 19°; José Pedro Solari García Comercial, Importadora, Exportadora y Distribuidora E.I.R.L. (2019), 12°-13°; Los Parques S.A. (2018), 12°-13°; Sermob S.A. (2018), 11°-18°; Organización Europea para la Investigación Astronómica para el hemisferio austral (2018), 10°, 12° y 17°; Club de la Unión de Santiago (2019), 10°-12° y 18°; Muñoz Flores, José (2018), 10°-13°; Sociedad Agrícola Vásquez Limitada (2019), 36°-39°; Comercializadora de Vestuario Yenny Oyarce Flores E.I.R.L. (2019), 10°-13°; Asociación del Personal Docente y Administrativo de la Universidad de Concepción (2019), 10°-13°; Concesiones de Recoleta S.A. (2019), 10°-13°; Inversiones Nyar S.A. (2019), 10°-13°.

<sup>157</sup> Pino San Martín, Juan (2010), 11°-13°; Zamorano Pérez, María (2010), 33°-39°; Rodríguez Sepúlveda, Leonardo (2014), 19°; Romano Cadenartori, Paola (2017), 35° y 39°; Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak, 11°.

<sup>158</sup> Sabag Villalobos, Jorge (2012), 35°.

los tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, a propósito de lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2° del precepto constitucional, esencialmente, CADH y PIDCH, los cuales, consagran el derecho a recurrir, en los artículos 8.2 letra h) y 14.5 respectivamente.

2. Se determinó que la posición de aquellos que pregonan el derecho a recurrir como derecho fundamental en los procesos civiles, se funda, en que el derecho a recurrir pertenecería al catálogo del debido proceso, como garantía constitucional macro, lo que haría que dicho derecho fuere exigido, con prescindencia de la naturaleza del procedimiento, es decir, aplicable a los procesos civiles (art. 5 inc. 2 CPR), mediante la interpretación de los principios favor persona y progresividad, apoyado de la opinión consultiva 11/90, de 1990, y en algunos fallos, en los cuales, la Corte explícitamente ha señalado que si bien el citado artículo 8 CADH no especifica garantías mínimas en materia civil, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto (donde se encuentra “h) *derecho a recurrir*”), se aplica a éste.
3. Se estableció, que la posición de aquellos que niegan el derecho a recurso -como derecho fundamental -en los procesos civiles, se funda en que no habría consagración normativa interna ni internacional que lo contemple, ni tampoco respaldo jurisprudencial para ello. Asimismo, porque las garantías que dotan de contenido al debido al proceso variarían dependiendo de la naturaleza del procedimiento, amparado por jurisprudencia de la Corte. Por último, la situación se encontraría resuelta por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Comunicación N° 450/1991, ratificada por la Observación General N° 32, del 2007, del mismo organismo internacional.
4. Que, analizados los argumentos recitados por cada una de las posturas, fue posible advertir que efectivamente carece de raigambre normativo, a nivel del derecho interno chileno como del derecho internacional ratificado por Chile, el derecho a recurso en el proceso civil chileno.
5. Sumado a lo anterior, luego de revisada la Jurisprudencia de la CIDH, fue posible verificar que si bien ella está conteste con la extensión de las garantías del artículo 8 N° 2 de la CADH a los procesos civiles, lo cierto es, que no lo hace en términos absolutos, sino, más bien en términos relativos.
6. Que, lo anterior se condice, con el hecho de que, en nuestro ordenamiento jurídico, no todos los procesos civiles se conozcan en primera instancia, sino que habrá de aquellos que se conocen en única instancia, y ese sólo hecho, no nos hace pensar, que la falta de dicha posibilidad implique la inobservancia del debido proceso para dicho caso.
7. Que, la Opinión Consultiva 11/90 de la Comisión IDH, no constituye precedente. Las opiniones consultivas, son manifestaciones de la función consultiva, carentes de efecto vinculante, toda vez que no son normas jurídicas concretas y singulares producidas por la Corte, en el pronunciamiento de un caso concreto. Incluso la Corte incluso ha señalado que la solicitud de opinión consultiva no debe ser utilizada como una estrategia para desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte.
8. Por su parte, las veces en que la CIDH se ha pronunciado sobre casos concretos, lo ha hecho tratándose de procedimientos de carácter penal o sancionatorio, jamás (en la práctica) se ha pronunciado sobre el derecho a recurso en procedimientos civiles. Bajo dicha lógica “precedentes” que constituyan jurisprudencia, como fuente formal del derecho, en la cual se haya sancionado a Chile o a otro Estado parte, por infringir la garantía del artículo 8.2 letra h) en algún proceso civil, no existe.
9. Que, cuando la Corte, se pronuncia sobre el derecho al recurso, delimitando su alcance y conte-

nido, en los casos específicos, imponiendo la revisión integral del fallo, no puede resultar como argumento suficiente para extender su aplicación a los procesos civiles, pues una cosa, es el derecho a recurso como “derecho fundamental” y otra, muy distinta es el “contenido y alcance” del derecho a recurso.

10. Que, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas le ha negado el carácter de derecho fundamental al derecho a recurrir en los procesos civiles de forma explícita, en la Comunicación N°450/1991 contra Finlandia, resuelta en 1993 y en la Observación General N°32, 2007.
11. Por otra parte, el Tribunal Constitucional Chileno, expresamente revela que el derecho al recurso en los procesos civiles constituye un derecho de carácter general y no absoluto. De igual forma el TC, también expuso que la configuración de los recursos, depende del legislador, y no del constituyente.
12. En los casos en que el TC se acogió una declaración de inaplicabilidad que impedía la procedencia de algún recurso en algún proceso civil o de diversa naturaleza, lo hizo fundándose en el derecho a la igualdad o igual protección a la ley, y no en el derecho a recurso como derecho fundamental.
13. Con todos estos argumentos, resulta ineludible que el derecho a recurrir el fallo, no constituye un derecho fundamental tratándose de los procesos de naturaleza civil en el derecho chileno.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ASTORGA PÁEZ, Pamela (2001): “Algunas consideraciones sobre la casación civil, fórmulas para su racionalización y su relación con el ius litigatoris”, en: Palomo Vélez, Diego (Director), *Recursos Procesales: Problemas Actuales* (Santiago, Ed. DER Ediciones).
- BELLIDO PENADÉS, Rafael (2006): “El acceso al recurso de casación en la doctrina del tribunal constitucional”, en: Robles Garzón, Juan y Ortells Ramos, Manuel (Directores), *Problemas actuales del proceso Iberoamericano, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación Provincia).
- 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 núm. 2).
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): *Derechos Fundamentales y Proceso Justo* (Lima, ARA Editores).
- BUSTAMANTE RÚA, Mónica (2016): “La impugnación contra sentencias condenatorias en el proceso penal colombiano: Especial referencia al recurso de apelación. Estudio Constitucional y legal”, en: Palomo Vélez, Diego (Director), *Recursos Procesales: Problemas actuales* (Santiago, Ed. DER Ediciones).
- CALAMANDREI, Piero (1945): *La casación Civil* (traducc. de Santiago Sentís Melendo, Argentina, Ed. Bibliográfica Argentina), t. II.
- CARNELUTTI, Francesco (1999): *Derecho procesal penal* (México, Oxford University Press).
- CEA EGAÑA, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- CEA EGAÑA, José Luis (2002): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago de Chile, Ed. de la Universidad Católica de Chile), t.I.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994): *La tutela judicial efectiva* (Barcelona, Ed. José María Bosch).
- CONTRERAS ROJAS, Cristián (2016): “La Pervivencia del recurso de apelación en el Proceso Civil”, en: Palo-

- mo Vélez, Diego (Director), *Recursos Procesales: Problemas Actuales* (Santiago, Ed. DER Ediciones).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo; BORDALÍ, Andrés; PALOMO, Diego (2016): *Proceso Civil: Los recursos y otros medios de impugnación* (Santiago, Ed. Thomson Reuters).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo; BORDALÍ, Andrés; PALOMO, Diego (2014): *Proceso Civil. El juicio Ordinario de Mayor Cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters).
- COUTURE, Eduardo (1958a): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (1942, Buenos Aires, Ed. Roque Depalma).
- COUTURE, Eduardo (1958b): *Estudios del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, EDIAR Soc. Anón. Editores), t.III.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012): “Estudio sobre el derecho a recurso en el proceso penal”, en: *Revista Estudios Constitucionales* (vol. 10 núm.1).
- DEL VECCHI, Diego (2013): *La interpretación de la ley* (traducc. de G. Tarello, Lima, Palestra Editores).
- DUCE, Mauricio; FUENTES, Claudio; NÚÑEZ, Raúl; RIEGO Cristian (2015): “El derecho a un recurso y el proceso civil”, [fecha de consulta: 04 de junio de 2019]. [Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2015/12/18/El-derecho-a-un-recurso-y-el-proceso-civil.aspx>].
- FUENTES MAUREIRA, Claudio; RIEGO RAMÍREZ, Cristián (2016): “El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: PALOMO VÉLEZ, Diego (Director), *Recursos Procesales: Problemas Actuales* (Santiago, Ed. DER Ediciones).
- FUENTES MAURERIA, Claudio; RIEGO RAMÍREZ, Cristián (2016): “Los alcances del derecho al recurso y el recurso de nulidad”, en: PALOMO VÉLEZ, Diego (Director), *Recursos Procesales: Problemas Actuales* (Santiago, Ed. DER Ediciones).
- GARBERÍ, José (2004): “Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal” en: *Actualidad jurídica Aranzandi* (núm. 647).
- GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en: *Revista en Estudios Constitucionales* (vol. 11 núm. 2).
- GONZÁLEZ CASTRO, Manuel (2004): *El derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica* (Córdoba, Lerner Editora).
- LETELIER LOYOLA, Enrique (2013): *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal* (Barcelona, Atelier).
- LETELIER LOYOLA, Enrique (2016): “Lectura crítica del recurso de unificación de jurisprudencia laboral chileno”, en: PALOMO VÉLEZ, Diego (Director), *Recursos Procesales: Problemas Actuales* (Santiago, Ed. DER Ediciones).
- LORCA NAVARRETE, Antonio María (2008): “La garantía procesal de Derecho al Recurso”, en: *Revista Vasca de Derecho Procesal* (vol. 20 núm. 3).
- MONTERO, Juan (2006): *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio una sentencia, dos comas y quince ensayos* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián (2010): *Los recursos procesales* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- NIKKEN, Pedro (2018): “La función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. [fecha de consulta: 04 de junio de 2019]. [Disponible en: <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/5.-Pedro-Nikken-Fun%C3%A7%C3%A3o-consultiva.pdf>]
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): “Aspectos de una teoría de los Derechos Fundamentales: La de-

- limitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, en: *Ius Et Praxis* (vol. 11 núm. 2).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008a): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Librotecnia), t. I.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008b): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago, Librotecnia), t. II.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2015): “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia”, en: *Revista de Derecho Estudios Constitucionales* (vol. 13 núm. 2).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2008): “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo”, en: *Revista Ius et praxis* (vol.14 núm. 1).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl; PÉREZ RAGONE, Álvaro; GUILHERME MARIONI, Luiz (2010): *Fundamentos del Proceso Civil* (Santiago, AbeledoPerrot).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2015): *Manual de Derecho Procesal Civil. Los medios de impugnación* (Santiago, Thomson Reuters).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl; BRAVO HURTADO, Pablo (2016): “Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las cortes de apelaciones: Una primera aproximación”, en: PALOMO VÉLEZ, Diego (Director), *Recursos Procesales: Problemas Actuales* (Santiago, Ed. DER Ediciones).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl; CARRASCO, Nicolás; CORONADO, Martín (2018): “Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno”, en: *Revista de Derecho* (vol. 31 núm. 2).
- NUZZO, Francesco (2008): *L'appello nel processo penale*, 3ª edición (Milano, Ed. Giuffrè, 2008).
- ORTELLS, Manuel (2018): “Los medios de impugnación y los recursos: marco constitucional y criterios político y técnico-jurídicos para su configuración”, en: *Revista de Derecho Procesal* (núm. 1).
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2010): “La casación civil en España. Selección de recursos y carga de trabajo del tribunal supremo”, en: BONET NAVARRO, José (Director), *Recurso de casación Civil* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2002): “Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: casos Barrios Altos y Castillo Petruzzi”, en: *Ius et Praxis* (vol. 8 núm. 2).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2010): “Apelación, Doble Instancia y Proceso Civil Oral. A propósito de la reforma en trámite”, en: *Revista Estudios Constitucionales* (vol. 8 núm. 2).
- PALOMO VÉLEZ, Diego; LORCA POBLETE, Nelson (2016): “Sistema recursivo en los modelos reformados de la justicia chilena: ¿Un avance o Un retroceso?”, en: PALOMO VÉLEZ, Diego (Director), *Recursos Procesales: Problemas Actuales* (Santiago, Ed. DER Ediciones).
- PASTOR, Daniel (2015): “Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia ¿La casación penal condenada? A propósito del caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en: *elDial.com Biblioteca Jurídica Online* [fecha de consulta: 04 de junio de 2019]. [Disponible en <http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina-detalle-tc.asp?archivo=nt050206.asp&pie=DC546%3Cbr%3E&direc=2>].
- SQUELLA, Agustín (2014): *Introducción al derecho* (Santiago, Thomson Reuters).
- TARUFFO, Michele (2008): *La Prueba, Artículos y Conferencias* (Santiago, Ed. Metropolitana).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2015): “Presentación de la monografía”, en: HUMERES, Héctor y HALPERN, Cecily,

*La unificación de la jurisprudencia Laboral. Contexto teórico. Análisis doctrinal y temático* (Santiago, Legal Publishing).

TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL (1994): *Comentarios procesales* (Valparaíso, Edeval).

VALENZUELA VILLALOBOS, Williams (2013a): “Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia “Mohamed vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el proyecto del Código Procesal Civil”, en: *Revista Estudios Constitucionales* (vol. 11 núm. 2).

VALENZUELA VILLALOBOS, Williams (2013b): *Derecho al recurso. Desde el sistema interamericano a la situación de Chile: El juicio oral como paradigma* (Santiago, Editorial Porrúa).

VENTURA ROBLES, Manuel y ZOVATTO, Daniel (1989): *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Naturaleza y principios 1982-1987* (España, Editorial Aranzadi).

VENTURA ROBLES, Manuel y ZOVATTO, Daniel (2007): *La naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (s.l [pero costa rica], Corte Interamericana de Derechos Humanos). [fecha de consulta: 04 de junio de 2019]. [Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura\\_%20IIDH%2007.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IIDH%2007.pdf)].

YÁÑEZ, Ricardo (2001): *Derecho al recurso en el proceso penal* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

### **Jurisprudencia citada**

Paniagua Morales y otros con Guatemala (1998): Corte Interamericana de DDHH, de 8 de marzo de 1998, Serie C. No. 37.

Castillo Petruzzi y otros con Perú (1999): Corte Interamericana de DDHH, de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52.

Tribunal Constitucional con Perú (1999): Corte Interamericana de DDHH, de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 71.

Baena Ricardo y otros con Panamá (2001): Corte Interamericana de DDHH, de 02 de febrero de 2001, Serie C No. 72.

Ivcher Bronstein con Perú (2001): Corte Interamericana de DDHH, de 06 de febrero de 2001, Serie C No. 74.

Herrera Ulloa con Costa Rica (2004): Corte Interamericana de DDHH, de 02 de julio de 2004, Serie C No. 107.

Almonacid Arellano y otros con Chile (2006): Corte Interamericana de DDHH, de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

La Cantuta con Perú (2006): Corte Interamericana de DDHH, de 29 de noviembre 2006, Serie C No. 162.

Yvon Neptune con Haití (2008): Corte Interamericana de DDHH, de 06 de mayo de 2008, Serie C No. 180.

Barreto Leiva con Venezuela (2009): Corte Interamericana de DDHH, de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206.

Vélez Lóor con Panamá (2010): Corte Interamericana de DDHH, de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218.

Mohamed con Argentina (2012): Corte Interamericana de DDHH, de 23 de noviembre de 2012, Serie C No. 255.

- Liakat ali Alibux con Suriname (2014): Corte Interamericana de DDHH, de 30 de enero de 2014, Serie C No. 276.
- Norín Catrimán y otros con Chile (2014): Corte Interamericana de DDHH, de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279.
- Perú (1982): Corte Interamericana de DDHH, de 24 de septiembre de 1982, OC-1/82, Serie A No. 1.
- Comisión Interamericana de DDHH (1983): Corte Interamericana de DDHH, de 08 de septiembre de 1983, OC-3/38, Serie A No.3.
- Costa Rica (1985): Corte Interamericana de DDHH, de 13 de noviembre de 1985, OC-5/85, Serie A No.5.
- Comisión Interamericana de DDHH (1987): Corte Interamericana de DDHH, de 30 de enero de 1987, OC-8/87, Serie A No. 8.
- Uruguay (1987): Corte Interamericana de DDHH, de 6 de octubre de 1987, OC-9/87, Serie A No.9.
- Comisión Interamericana de DDHH (1990): Corte Interamericana de DDHH, de 10 de agosto de 1990, OC-11/90, Serie A No. 11.
- Errazuriz Inversiones Ltda. (2006): Tribunal Constitucional, de 04 de julio de 2006, rol 481-2006.
- Girardi, Guido (2006): Tribunal constitucional, de 08 de agosto de 2006, rol 478-2006.
- Petour Goycolea, Francisco (2007): Tribunal Constitucional, de 24 de abril de 2007, rol 576-2006.
- Corte Suprema (2008): Tribunal Constitucional, de 24 de enero de 2008, rol 934-2007.
- Vásquez Muñoz, Aarón (2008): Tribunal Constitucional, de 30 de enero de 2008, Rol 986-2007.
- Alvarado Aravena, Manuel (2008): Tribunal Constitucional, de 01 de abril de 2008, rol 821-2007.
- Zamorano Pérez, María (2010): Tribunal Constitucional, de 28 de enero de 2010, rol 1535-2009.
- Sociedad Clasificadora de Materiales de Minería Limitada y Sociedad Legal Minera Laura Uno y Dos (2010): Tribunal Constitucional, de 22 de junio de 2010, rol 1373-2009.
- Mazuela Montenegro, Leonardo (2010): Tribunal Constitucional, de 05 de agosto de 2010, rol 1432-2009.
- Choque Siguyayro, Francisco y Contador Tapia, Felipe (2010): Tribunal Constitucional, de 26 de agosto de 2010, rol 1443-2009.
- Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria de Coquimbo (2010): Tribunal Constitucional, de 07 de septiembre de 2010, rol 1448-2009.
- Pino San Martín, Nelson (2010): Tribunal Constitucional, de 09 de septiembre de 2010, rol 1502-2009.
- Isapre Cruz Blanca S.A (2011): Tribunal Constitucional, de 14 de abril de 2011, rol 1557-2009.
- Universidad Alberto Hurtado (2011): Tribunal Constitucional, de 09 de agosto de 2011, rol 1876-2010.
- Indumotora Automotriz S.A (2011): Tribunal Constitucional, de 20 de diciembre de 2011, rol 1907-2011.
- Sabag Villalobos, Jorge (2012): Tribunal Constitucional, de 05 de junio de 2012, rol 2067-2011.
- ORPI S.A (2012): Tribunal Constitucional, de 05 de julio de 2012, rol 2034-2011.
- Hinzpeter Kirberg, Rodrigo (2013): Tribunal Constitucional, de 29 de enero de 2013, rol 2330-2012.
- Rentas Urbanas S.A y Carmona Bravo, Dante (2013): Tribunal Constitucional, de 06 de agosto de 2013, rol 2137-2011.
- Bravo Herrera, Julia (2013): Tribunal Constitucional, de 17 de octubre de 2013, rol 2452-2013.
- Contreras Quispe, Carlos (2014): Tribunal Constitucional, de 09 de enero de 2014, rol 2354-2012.
- Zegers Larraín, Eduardo (2014): Tribunal Constitucional, de 09 de enero de 2014, rol 2323-2012.
- Rodríguez Sepúlveda, Leonardo (2014): Tribunal Constitucional, de 30 de diciembre de 2014, rol 2628-2014.

- Inversiones Hoteles de Chile S.A (2015): Tribunal Constitucional, de 02 de enero de 2015, rol 2529-2013.
- Sociedad Plasma Limitada (2015): Tribunal Constitucional, de 04 de junio de 2015, rol 2677-2014.
- Pirotecnia Igual Chile S.A (2015): Tribunal Constitucional, de 03 de septiembre de 2015, rol 2723-2014.
- Alcalde Saavedra, Pablo (2015): Tribunal Constitucional, de 24 de diciembre de 2015, rol 2798-2015.
- Olivos Leyton, Silvia (2015): Tribunal Constitucional, de 24 de diciembre de 2015, rol 2853-2015.
- Portiño Gómez, Arturo (2016): *Tribunal Constitucional*, de 26 de mayo de 2016, rol 2797-2015.
- Valdivia Montecinos, Carlos (2016): Tribunal Constitucional, de 21 de julio de 2016, rol 2862-2015.
- Plásticos Técnicos S.A (2016): Tribunal Constitucional, de 21 de julio de 2016, rol 2873-2015.
- Feria Ganaderos Osorno S.A (2016): Tribunal Constitucional, de 21 de julio de 2016, rol 2898-2015.
- Forestal Catango Limitada (2016): Tribunal Constitucional, de 06 de octubre de 2016, rol 2904-2015.
- González Ponce, Graciela (2016): Tribunal Constitucional, de 20 de octubre de 2016, rol 2971-2016.
- Concesiones Recoleta S.A (2016): Tribunal Constitucional, de 29 de diciembre de 2016, rol 2988-2016.
- Inmobiliaria Valmar Limitada (2016): Tribunal Constitucional, de 15 de noviembre de 2016, rol 3042-2016.
- Aguas Andinas S.A (2016): Tribunal Constitucional, de 21 de diciembre de 2016, rol 3097-2016.
- Adem Tazbaz, Sandra (2017): Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2017, rol 3206-2016.
- Repsol Chile S.A (2017): Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2017, rol 3213-2016.
- Acenor Aceros del Norte S.A (2017): Tribunal Constitucional, de 30 de marzo de 2017, rol 3246-2016.
- Feria Ganaderos Osorno S.A (2017): Tribunal Constitucional, de 30 de marzo de 2017, rol 3241-2016.
- Cencosud Retail S.A (2017): Tribunal Constitucional, de 20 de junio de 2017, rol 3175-2016.
- Consorcio CVV Ingetal S.A (2017): Tribunal Constitucional, de 20 de junio de 2017, rol 3220-2016.
- Romano Cadenartori, Paola (2017): Tribunal Constitucional, de 11 de julio de 2017, rol 3197-2016.
- Pedrerros Becerra, Rodrigo (2017): Tribunal Constitucional, de 18 de julio de 2017, rol 3103-2016.
- Acenor Aceros del Norte S.A (2017): Tribunal Constitucional, de 17 de octubre de 2017, rol 3365-2017.
- Guerrero Loayza, Héctor (2017): Tribunal Constitucional, de 19 de octubre de 2017, rol 3309-2017.
- Pricewaterhouse Coopers Consultores, Auditores y Compañía Ltda., y Joignant Pacheco, Luis (2018): Tribunal Constitucional, de 15 de marzo de 2018, rol 3116-2016.
- Caro Melián, Enrique; Mansilla Paillacar, Alejandro; Mansilla Mansilla, Gerardo (2018): Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 2018, rol 3338-2017.
- Alprotec y Cía. Limitada (2018): Tribunal Constitucional, de 12 de junio de 2018, rol 3938-2017.
- Ramírez Cardoen, Nicolás (2018): Tribunal Constitucional, de 12 de junio de 2018, rol 3054-2016.
- SERMOB S.A (2018): Tribunal Constitucional, de 30 de octubre de 2018, rol 4397-2018.
- SERMOB S.A (2018): Tribunal Constitucional, de 13 de noviembre de 2018, rol 4398-2018.
- Los Parques S.A (2018): Tribunal Constitucional, de 28 de noviembre de 2018, rol 4376-2018.
- Marchesani Carrasco, Francisco (2018): Tribunal Constitucional, de 28 de noviembre de 2018, rol 3883-2017.
- Muñoz Flores, José (2018): Tribunal Constitucional, de 28 de noviembre de 2018, rol 4989-2018.
- Organización Europea para la Investigación Astronómica para el hemisferio austral (2018): Tribunal Constitucional, de 04 de diciembre de 2018, rol 4399-2018.
- Benavides González, César y Cataldo Jiménez, Verónica (2019): Tribunal Constitucional, de 8 de enero de 2019, rol 4403-2018.

- PricewaterhouseCoopers Consultores, Auditores SpA, y Joignant Pacheco, Luis (2019): Tribunal Constitucional, de 09 de enero de 2019, rol 4091-2017.
- Betlan Dos S.A (2019): Tribunal Constitucional, de 22 de enero de 2019, rol 3867-2017.
- Obando Dabidson, Gonzalo (2019): Tribunal Constitucional, de 29 de enero de 2019, rol 4435-2018.
- Club de la Unión de Santiago (2019): Tribunal Constitucional, de 06 de marzo de 2019, rol 4859-2018.
- José Pedro Solari García Comercial, Importadora, Exportadora y Distribuidora EIRL (2019): Tribunal Constitucional, de 06 de marzo de 2019, rol 4347-2018.
- Muñoz Ponce, Rodrigo (2019): Tribunal Constitucional, de 06 de marzo de 2019, rol 4043-2017.
- Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak (2019): Tribunal Constitucional, de 26 de marzo de 2019, rol 4034-2017.
- Fica Reyes, Daniel (2019): Tribunal Constitucional, de 10 de abril de 2019, rol 4187-2017.
- Gómez López, José y otros (2019): Tribunal Constitucional, de 23 de abril de 2019, rol 3886-2017.
- Sociedad Agrícola Vásquez Limitada (2019): Tribunal Constitucional, de 11 de junio de 2019, rol 5257-2018.
- Comercializadora de Vestuario Yenny Oyarce Flores E.I.R.L (2019): Tribunal Constitucional, de 13 de junio de 2019, rol 5849-2018.
- Asociación del Personal Docente y Administrativo de la Universidad de Concepción (2019): Tribunal Constitucional, de 17 de julio de 2019, rol 5937-2019.
- Concesiones de Recoleta S.A (2019): Tribunal Constitucional, de 17 de julio de 2019, rol 5946-2019.
- Inversiones Nyar S.A (2019): Tribunal Constitucional, de 17 de julio de 2019, rol 5963-2019.
- I.P v. Finland (1993): Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 26 de julio de 1993, Comunicación No. 450/1991.
- s.c (2007): Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 23 de agosto de 2007 Observación General Nº32.
- Benham con Reino Unido (1996): Corte Europea de Derechos Humanos, de 10 de junio de 1996, rol 19380/92.

# El "procedimiento contencioso de consulta" ante el Tribunal de defensa de la Libre Competencia

## *The "adversarial procedure of inquiry" before the antitrust Court"*

**Felipe Vega Gómez**

Santiago, Chile.

Correo electrónico: fovega@uc.cl. <https://orcid.org/0009-0003-7121-3409>.

Recibido el 07/04/2021

Aceptado el 18/06/2021

Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-03>

**RESUMEN:** El presente trabajo trata sobre el procedimiento de consulta llevado a cabo ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno, que se prevé como un procedimiento no contencioso para conocer si determinados hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, pueden afectar la libre competencia. Sin embargo, como este tipo de procedimiento no sólo puede ser promovido a solicitud de quienes sean parte en dichos hechos, actos o contratos, sino que, además, por terceros con un interés legítimo en ellos, resulta cuestionable el carácter no contencioso frente a esta última hipótesis. Como se mostrará, es posible distinguir un "procedimiento contencioso de consulta" respecto del cual necesariamente se deben aplicar, y en toda su amplitud, las garantías del contradictorio que rigen en todo procedimiento contencioso.

**PALABRAS CLAVE:** Libre competencia, procedimiento de consulta, procedimiento no contencioso, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

**ABSTRACT:** This work analyses the inquiry procedure carried out before the Chilean Antitrust Court, conceived as a non-adversarial proceeding aimed to determine if an action, act or convention, already performed or to be performed in the future, may affect free competition. Nevertheless, as this procedure can not only be initiated at the request of the parties involved in such events, acts or contracts, but also by third parties with a legitimate interest in them, the non-contentious nature of this procedure is therefore questionable. In this work it is proposed that under certain circumstances, the inquiry procedure of consultation could eventually become contentious, in which case, all rights governing contentious procedures, must be applied.

**KEY WORDS:** Free competition, inquiry procedure, non-adversarial proceeding, antitrust court.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

El procedimiento consultivo –de jurisdicción voluntaria o no contenciosa– de libre competencia se encuentra regulado en diversas legislaciones sobre la materia en el contexto latinoamericano. En la legislación brasileña, por ejemplo, este procedimiento se encuentra consagrado en la Resolución N° 12, de 11 de marzo de 2015, del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), organismo dependiente del Ministerio de Justicia.

Una regla común en las consultas es la existencia de un agente que demuestra un interés en el objeto de la consulta,<sup>1</sup> y la existencia de reglas procesales de naturaleza voluntaria que impiden el conocimiento por parte de las autoridades, administrativas o judiciales,<sup>2</sup> de un objeto consultivo de naturaleza contenciosa.<sup>3</sup>

Sin embargo, este panorama no siempre resulta claro. Específicamente, en la regulación chilena del procedimiento consultivo es posible encontrar hipótesis de aplicación de la norma, en que un legítimo interesado puede someter a consulta hechos, actos o contratos de terceros. Consultados que se hacen parte en el procedimiento de vocación no contenciosa presentando un interés totalmente contradictorio al del consultante; conflicto de intereses contrapuestos que queda sometido a las reglas de un procedimiento contradictorio.

Este trabajo se hará cargo de la problemática antes identificada, abordándola desde una metodología dogmática, para buscar entregar soluciones que permitan dar coherencia a las normas procesales de libre competencia en Chile. En una primera parte, se expondrá la regulación y el objeto del procedimiento de consulta en la legislación chilena. Para posteriormente entrar a los aspectos problemáticos que pueden tener lugar en aquellos casos en que el objeto de la consulta recae sobre hechos, actos o contratos de terceros, como lo es la existencia de una tutela cautelar del consultante respecto de dichos hechos, actos o contratos de terceros (consultados). En un tercer apartado, se analizará la posibilidad de dar solución a esta problemática acudiendo a la sustitución o conversión del procedimiento de consulta en uno contencioso. Clarificada la procedencia (o improcedencia) de esta posibilidad como un supuesto normativo para dar solución a la problemática, en un cuarto apartado, se centrarán los esfuerzos en determinar la naturaleza jurídica del procedimiento consultivo. Finalmente, en un último apartado se hará referencia a las prerrogativas procesales que son de la esencia de un procedimiento contencioso y deben cobrar vigor en aquellos casos en que en un procedimiento consultivo se conocen asuntos de naturaleza contenciosa.

---

<sup>1</sup> Así se prevé en la legislación brasileña en el artículo 1° de la Resolución N° 12 del CADE, y en su párrafo único.

<sup>2</sup> Aunque está asentado en las legislaciones de libre competencia, tanto regionales como europeas y norteamericanas, que la persecución y sanción de los ilícitos anticompetitivos corresponda a un órgano administrativo (CADE, en Brasil; Comisión Europea en el derecho comunitario; *Department of Justice* y *Federal Trade Commission* en el derecho estadounidense), hay algunos casos de excepción en que el persecutor administrativo de competencia está desprovisto de potestades sancionatorias, quedando ellas radicadas en un ente jurisdiccional. Este último es el caso del derecho a la competencia chileno y sudafricano.

<sup>3</sup> El caso de la legislación de libre competencia brasileña es claro al respecto, pues el artículo 11° de la Resolución N° 12 del CADE prevé la hipótesis normativa en que la autoridad administrativa contemple indicios de ilicitud, caso en el cual el procedimiento de consulta deviene en la “conversión” del procedimiento de consulta en una investigación formal, o incluso en una acusación, por parte del CADE. Por supuesto, con las garantías propias del contradictorio.

Como se concluirá, frente a la insuficiencia de normas que permitan la sustitución o conversión del objeto de la consulta en un asunto contencioso, en aquellos casos en que el interesado que inicia la consulta no es parte o autor de los hechos, actos o contratos sometidos al procedimiento no contencioso, corresponde aparejar en el procedimiento de consulta la normativa propia de los procedimientos contenciosos de libre competencia, permitiéndosele al consultado ejercer las prerrogativas de la esencia de un contradictorio.

## II. REGULACIÓN Y OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA EN CHILE

El primer antecedente legislativo del procedimiento consultivo lo encontramos en la Ley N° 13.305 de 1959, dictada en el contexto de la Misión Klein-Sacks, en un tiempo en que no existía el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), y la función jurisdiccional era ejercida por las Comisiones Antimonopolio.<sup>4</sup> En dicho cuerpo legislativo de 1959, se previó como deber y atribución de la Comisión “resolver consultas que se le formulen respecto de la aplicación de los preceptos de esta ley a determinados actos y contratos” (inciso tercero del artículo 175).

En la actual legislación de libre competencia, contenida en el Decreto Ley N° 211 de 1973, con sus modificaciones (DL 211) el procedimiento de consulta está regulado en el numeral segundo del artículo 18, que prescribe que el TDLC tiene dentro de sus atribuciones y deberes: “Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

El objeto del procedimiento de consulta consiste, entonces, en determinar si determinados hechos, actos o contratos se ajustan al DL 211 y, en caso de que el TDLC lo considere necesario, la fijación de condiciones a ser cumplidas para que el hecho, acto o contrato objeto de la consulta no infrinja las disposiciones del DL 211.

El derecho de las personas, naturales o jurídicas, a desarrollar una actividad económica está sujeto a las normas legales que la regulan, entre las cuales se encuentra el DL 211 y sus modificaciones. Lo anterior, por cuanto como de la Constitución Económica se desprende un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación,<sup>5</sup> la libre competencia en los mercados está reconocida como regla general en el ordenamiento jurídico nacional.<sup>6</sup> En este contexto, la legislación antimonopólica prevé la posibilidad de fijar condiciones para la aprobación de hechos o actos que puedan infringir la libre competencia en un procedimiento de consulta.

---

<sup>4</sup> Con anterioridad a la creación del actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, existían la Comisión Preventiva Central y a la Comisión Resolutiva Antimonopolios.

<sup>5</sup> Fiscalía Nacional Económica con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2016).

<sup>6</sup> WSP Servicios Postales S.A. y otro con Superintendencia de Salud (2017).

En consecuencia, la eventual imposición de una limitación del TDLC respecto del hecho, acto o contrato consultado, requiere que el ente jurisdiccional llegue a la convicción de que existe tal necesidad de limitación; conclusión a la que arribará ponderando los posibles riesgos y eficiencias para la libre competencia derivados del objeto de la consulta, conforme a los antecedentes que tenga a su disposición. El ejercicio jurisdiccional a este respecto tendrá siempre una finalidad preventiva y *ex ante* –más nunca represiva o *ex post*– pues el procedimiento consultivo gira siempre en torno a la ponderación de riesgos y eficiencias de un determinado hecho, acto o contrato. En el ejercicio de esta ponderación, la labor del TDLC consiste en determinar si las eficiencias superan los riesgos a la competencia y, en todo caso, determinar el cumplimiento de medidas para evitar riesgos que queden en evidencia (riesgos plausibles) en el transcurso de la consulta.<sup>7</sup>

En este sentido, ha fallado la Corte Suprema que “la potestad consultiva cumple una función preventiva en cuanto precaver que un determinado hecho, acto o convención pueda atentar contra la libre competencia si se llegara a materializar”.<sup>8</sup> Precisando, recientemente, que el procedimiento consultivo ocupa una posición intermedia entre el procedimiento contencioso y el procedimiento de recomendación normativa.<sup>9</sup>

No forma parte, entonces, del procedimiento de consulta la verificación de una infracción a la libre competencia ni la imposición de sanciones derivadas de contravenciones monopólicas. Para estos casos, están previstos los distintos procedimientos contenciosos sancionatorios de libre competencia. Tampoco forman parte del procedimiento de consulta las operaciones de concentración, respecto de las cuales el legislador consagró un procedimiento especial en que el órgano competente para pronunciarse sobre ellas es la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

Esta instancia jurisdiccional de consulta, así concebida por el legislador y dada las particularidades institucionales del modelo de protección de la competencia chileno, no tiene un símil en los ordenamientos comparados; ni en los modelos de tradición europeo-continental, ni en los de tradición anglosajona.<sup>10</sup> Aunque, este distanciamiento se tiende a contraer si es que se considera que, en ejercicio de la potestad consultiva, el TDLC ejerce una potestad administrativa –o, a lo menos, *sui generis*–, y las resoluciones recaídas sobre este procedimiento tienen la naturaleza de un verdadero acto administrativo;<sup>11</sup> cuestiones todas, que no se comparten.

---

<sup>7</sup> Para estos efectos, no se trata, entonces, de una ponderación propia de la tutela cautelar, en que el juzgador debe ponderar la concurrencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Este análisis de la tutela cautelar, aunque propios del procedimiento contencioso, puede tener lugar en un procedimiento consultivo, pero siempre –como se explicará– en aquellos casos en que el consultante es el propio autor de los hechos, actos o contratos; más nunca, cuando el consultante es un tercero, que es, precisamente, el objeto de estudio de la presente investigación.

<sup>8</sup> *Subsecretaría de Telecomunicaciones y otros con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (2009). En un sentido similar, se ha pronunciado el TDLC en Consulta de Praxair Chile Ltda. sobre toma de control de Boc Group por Linde (2006).

<sup>9</sup> *Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (2021). Agregando –la Corte Suprema– que “De otro modo, la existencia de una potestad consultiva en materia de actos y contratos existentes, no tendría justificación”.

<sup>10</sup> Para una revisión de los modelos foráneos en esta materia, véase: FUENZALIDA y VALDERRAMA (2004), pp. 184 y 185.

<sup>11</sup> Véase: ROMERO (2017), pp. 2 y 3; FUENZALIDA y VALDERRAMA (2004), pp. 187 y 194.

Aunque excedería ampliamente el objeto de estudio definido en esta investigación el abordar los argumentos por los cuales no es posible con esta conclusión (y sus fundamentos), es dable, sin embargo, esbozar someramente que: (i) el conocimiento de asuntos no contenciosos fue entregado por el legislador expresamente a un tribunal (TDLC), pudiendo haberlo entregado al ente administrativo (FNE); (ii) ambos organismos de defensa de la competencia son técnicos y especializados, por lo cual, esta característica del ente potestativo no podría ser un argumento para sostener que, pese a la naturaleza de la consulta, se optó por un ente jurisdiccional para resolver cuestiones administrativas dado su carácter técnico y especializado; (iii) cuando el legislador ha preferido que sea el ente administrativo el que conozca sobre un determinado asunto, más allá de sus prerrogativas persecutorias en procedimientos contenciosos, así lo ha regulado, tal como ocurre en el control sobre operaciones de concentración, la cual ha quedado entregada al ente administrativo, no obstante que el TDLC pueda conocer del asunto por la vía recursiva; (iv) asumir una conclusión en contrario llevaría al absurdo de afirmar que, en el procedimiento de consulta, un ente administrativo (FNE) puede ejercer sus prerrogativas promoviendo una consulta ante otro ente potestativo (TDLC), que conocerá ejerciendo también una potestad de naturaleza administrativa, siendo ambos entes técnicos y especializados en materia de libre competencia.

Este último argumento nos parece decisivo, y resulta, asimismo, relevante para resolver la problemática planteada. Por una parte, el legislador ha previsto expresamente que la FNE, en el ejercicio de sus potestades públicas (artículo 39 del DL 211), instruya las investigaciones que estime procedente (literal a) del artículo 39 del DL 211), pudiendo, incluso, solicitar la antecedentes secretos o reservados de entes públicos y privados (literales f) y h) del artículo 39 del DL 211) y llamar a declarar ante sus dependencias, bajo sanciones de multa y arresto frente a la incomparecencia injustificada (literal j) del artículo 39 del DL 211 y artículo 42 del DL 211). Por otra, el legislador le confiere a la FNE la legitimación para actuar como consultante en el procedimiento del numeral segundo del artículo 18 del DL 211, pudiendo, naturalmente, formular su consulta sobre la base de todos los antecedentes recabados en el ejercicio de sus potestades. Sin embargo, el legislador decidió privar a la FNE de la potestad para determinar si un hecho, acto o contrato, presente o futuro, pueda ser contrario a la libre competencia, pues ésta fue entregada a un ente jurisdiccional que, en tanto tal, es imparcial e independiente; caracteres que no reviste un ente administrativo que investiga y resuelve.

### III. LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA

Al igual que en los procedimientos contenciosos de libre competencia, el TDLC se ha inclinado por incluir dentro del procedimiento de consulta la posibilidad de acceder a la tutela cautelar, acompañando el solicitante antecedentes suficientes que constituyan una presunción grave del derecho que se reclama y den cuenta de que la solicitud sea necesaria para impedir los efectos negativos del acto objeto de la consulta.<sup>12</sup> Sin embargo, en este punto es necesario distinguir si la tutela cautelar es solicitada por un tercero con interés legítimo o, en cambio, por la misma parte de la que emanada el hecho, acto o contrato objeto de la consulta.

<sup>12</sup> Consulta de la Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G. sobre la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019, del Fondo Nacional de Salud (2019).

En aquellos casos en que la consulta ha sido promovida por un tercero con interés legítimo, la jurisprudencia del TDLC ha resuelto que *“la suspensión del hecho, acto o contrato consultado debe fundarse en antecedentes que constituyan al menos una presunción grave de que se afectará la libre competencia en el o los mercados concernidos”*.<sup>13</sup> En estos casos, la normativa de la tutela cautelar no ha sido correctamente aplicada por el TDLC, tanto porque no hay normativa que lo autorice como porque la tutela cautelar exige la existencia de un procedimiento contencioso. Al efecto, bien ha resuelto la Corte Suprema: *“Que, si bien los razonamientos hasta ahora expuestos hacen caer las argumentaciones en que se funda la solicitud de medida cautelar, atendida la inexistencia de un contradictorio que permita a sus destinatarios cuestionar su necesidad determina la improcedencia en un proceso no contencioso, existen igualmente argumentos de texto que refrendan esta conclusión. En efecto, el artículo 25 del Decreto Ley N°211 regula la potestad cautelar del TDLC, pero lo hace dentro de la regulación del procedimiento a que se refiere el artículo 18 N°1 del mismo cuerpo normativo, esto es, aquel que tiene por objeto conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a dicho estatuto. En efecto, se indica expresamente que las medidas podrán ser decretadas con citación y, en caso de oposición, se formará un incidente, todas expresiones de las cuales es posible colegir que el legislador previó la existencia de una contraparte que sufre los efectos de la medida y puede discutir sus fundamentos. A su vez, la supletoriedad de las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil – donde se encuentra la regulación general de las medidas cautelares – solamente aplica, conforme al artículo 29, “al procedimiento mencionado en los artículos precedentes”, esto es, el contencioso. No existe, por tanto, norma alguna que otorgue al TDLC potestad cautelar en materias no contenciosas”*.<sup>14</sup>

Por otra parte, se ha otorgado una especie de tutela anticipada, y de carácter innovativo, en aquellos casos en que el procedimiento consultivo es promovido a instancias de la misma parte de la que emana el hecho, acto o contrato. En estos casos, la tutela innovativa está correctamente aplicada, por no afectar los derechos de terceros.<sup>15</sup>

#### **IV. SUSTITUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA POR UNO DIVERSO**

El ordenamiento antimonopólico prevé que, en aquellos casos en que con posterioridad al inicio de un procedimiento de consulta se presentase una demanda o requerimiento por los mismos hechos, actos o contratos existentes, ejecutados, o concluidos a la fecha de ingreso de la consulta, la oposición de legítimo contradictor o la presentación de una demanda o requerimiento referidas a los

---

<sup>13</sup> Consulta de PacificBlu Spa y otro sobre las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B, para merluza común, en las regiones que indica (2018). Consulta de Microsoft Chile Limitada sobre Convenio Marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática de la Dirección de Compras y Contratación Pública (2021), aunque en esta oportunidad el TDLC agregó que, además de que no se habían aportado antecedentes que justifiquen la suspensión solicitada *“quien formula la consulta no es aquél que se propone ejecutar o celebrar el hecho, acto o contrato objeto de la misma”*, siendo este último razonamiento el único que debió haber servido de sustento a la decisión de rechazar la medida cautela impetrada.

<sup>14</sup> Asociación Chilena de Municipalidades con Enel Chile S.A. y otro (2018).

<sup>15</sup> Consulta de Iberoamericana Radio Chile S.A. y otros sobre la participación en concursos públicos para la renovación de ciertas concesiones de radiodifusión cuyos plazos expiran el año 2020 (2019).

mismos hechos, hará contencioso el negocio, sujetándose éste en consecuencia al procedimiento contencioso establecido en el artículo 19 del DL 211. En todo caso, la oposición a la que se refiere la norma deberá efectuarse “*cumpliendo con todos los requisitos de una demanda o requerimiento*”, por lo que no podrá mutar el procedimiento de consulta en el procedimiento contencioso del artículo 19 del DL 211 por la sola presentación en el procedimiento de consulta de una opinión contraria al hecho, acto o convención consultado.<sup>16</sup>

Finalmente, también es posible que el procedimiento de consulta pueda cambiarse en el de ejercicio de las facultades propositivas del TDLC, tal como sucedió respecto de la Proposición Nº 12 “Sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros” (Rol ERN 12-10), en que el ente jurisdiccional, tras declarar inadmisibles una consulta,<sup>17</sup> decidió de oficio ejercer la facultad prevista en el numeral 4º del artículo 18 del DL 211. Esta facultad del TDLC de formular proposiciones o sugerencias al ejecutivo, es una atribución *sui generis*, que se erige como una forma de ejercer la labor promotora de la libre competencia en el ámbito de la formulación de las políticas públicas que se implementan por medio de la dictación, modificación o derogación de normas legales y reglamentarias,<sup>18</sup> pero que tiene también una vocación correctiva.<sup>19</sup>

## V. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTIVO DE LIBRE COMPETENCIA

El procedimiento, cualquiera sea su especie, dista mucho de ser un concepto de menor importancia por su carácter adjetivo. En cambio, en el contexto de un Estado democrático de derecho, el procedimiento detenta un rol esencial para los ciudadanos –individualmente considerados o como asociaciones intermedias–, por ser el medio en cual se hacen valer derechos fundamentales de los intervinientes, garantizados tanto a nivel doméstico (Constitución Política de la República) como internacional (Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)<sup>20</sup>. Así, respecto de derecho a confrontar testigos frente a la inclusión en el procedimiento de actas administrativas que contienen declaraciones, el TDLC ha fallado que:

*“Que en este sentido debe subrayarse que el derecho a confrontar a los testigos es considerado como un elemento central del debido proceso en los sistemas procesales contemporáneos y constituye, además, una de las principales manifestaciones del derecho a defensa de los acusados, tal como ha sido ampliamente reconocido tanto en tratados internacionales (por ejemplo en los artículos 8.2 letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y*

<sup>16</sup> Véase Auto Acordado Nº 5, de 2004 y Auto Acordado Nº 18, de 2017.

<sup>17</sup> Expediente de Recomendación Normativa Art. 18 Nº4 del D.L. 211, sobre acceso a los recursos pesqueros (2010).

<sup>18</sup> VELOZO y GONZÁLEZ (2011), p. 59

<sup>19</sup> ROMERO (2011), p. 512

<sup>20</sup> Incluso la doctrina más escéptica respecto a la función integradora de la consagración constitucional de debido proceso, realza la importancia, para estos efectos, de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Chile. Véase LÓPEZ (2006), pp. 192-195.

Políticos), como en nuestro propio ordenamiento jurídico (por ejemplo, en el artículo 19º, número 3, de la Constitución Política de la República”.<sup>21</sup>

Es por ello que, los defectos en el procedimiento se traducirán inevitablemente en defectos en la protección de garantías fundamentales.<sup>22</sup> Pero esta afirmación no implica que cada institución que consagre el legislador antimonopólico deba regirse por el procedimiento más protector de derechos fundamentales, pues cada uno de ellos tiene su propia virtud. Como señala Domingo Valdés, la virtud la consulta de libre competencia radica en que, por intermedio de ésta, se obtiene una significativa certeza jurídica para operar en los mercados y una relevante economía procesal.<sup>23</sup>

Ahora bien, lo anterior no implica que al regular una determinada institución o para lograr un determinado fin, el legislador pueda consagrar cualquier tipo de procedimiento, pues existen principios y reglas técnicas que informan el actuar del legislador; quien siempre debe respetar estos principios, pudiendo elegir determinadas reglas técnicas. Tampoco implica que ante un vacío regulatorio procedimental (o una regulación parcial), el adjudicador pueda aparejar cualquier tipo de regulación adjetiva; debiendo el juzgador aplicar siempre –bajo parámetros predefinidos y cumpliendo con las garantías constitucionales– las normas que se conforman con la naturaleza del asunto, con independencia de la denominación que pueda tener una determinada institución, ya sea que esta denominación provenga del consenso de las partes o de una denominación legal. En efecto, el principio de primacía de la realidad por sobre el nominalismo impone que las cosas en derecho son lo que son en la realidad y no lo que se pretende que sean,<sup>24</sup> y no es ajeno a la interpretación constitucional que debe emplearse para desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de un acto o para precisar el genuino sentido de una norma jurídica.<sup>25</sup> Consecuentemente, esta hermenéutica tampoco es extraña al derecho antimonopólico.

---

<sup>21</sup> *Fiscalía Nacional Económica con Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros* (2014). Sin embargo, cabe hacer presente que esta jurisprudencia ha quedado desactualizada respecto al orden internacional, por cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en una fecha posterior que: “La Corte considera que el Preámbulo de la Convención Americana (*supra párr. 41*), así como las primeras consideraciones de la Declaración Americana, muestran que estos instrumentos fueron creados con la intención de centrar la protección y titularidad de los derechos en el ser humano. Lo anterior se infiere de la constante referencia a palabras tales como “hombre” o “persona humana”, los cuales denotan que no se estaba teniendo en cuenta la figura de las personas jurídicas a la hora de redactar dichos instrumentos. Sobre la Declaración Americana, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos sobre la Conferencia de Bogotá manifestó que “[e]s evidente que la Declaración de Bogotá no crea una obligación jurídica contractual, pero también lo es el hecho de que ella señala una orientación bien definida en el sentido de la protección internacional de los derechos fundamentales de la persona humana” (Consulta de la República de Panamá (2016). De manera que, al conferir el TDLC derechos procesales fundamentales a las personas jurídicas, amparándose en el tenor del artículo 8.2 letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, se aparta (hoy) del texto internacional, desde un punto de vista de la tipicidad *ius fundamental*. Sobre este último concepto, véase ALDUNATE (2008), p. 142.

<sup>22</sup> Como bien se ha señalado en doctrina, en la dinámica procesal, la respuesta jurisdiccional solo puede tener lugar en un acatamiento estricto del debido proceso. Véase BORDALI (2003), p. 255. Y ello es así, por cuanto, el debido proceso se erige como un principio general del derecho y fuente del derecho jurisdiccional (ESPARZA (1995), p. 243).

<sup>23</sup> VALDÉS (2006), p. 634.

<sup>24</sup> *Jorge Trejo Urrutia con Servicio de Vivienda y Urbanización de Valparaíso* (2018).

<sup>25</sup> Honorable Cámara de Diputados (2007). Particularmente expresiva de la aplicación del principio de realidad a la interpretación constitucional resulta la referencia del Tribunal Constitucional, siguiendo a Francesco Caringella, a lo que la doctrina italiana denomina como “*le false circolari*”, en que el autor se refiere al caso de circulares que, en realidad, son reglamentos, en los siguientes términos “*estamos en presencia de actos que, bajo la apariencia de circulares, son adecuados para producir efectos legislativos externos, es decir, también para tocar la esfera legal de terceros con respecto a la organización administrativa. En realidad, son circulares falsas detrás de las cuales se esconden regulaciones reales, es decir, actos caracterizados por los requisitos de lo general, de la abstracción y de la innovación. En última instancia, estos son actos que tienen la forma de circular y la sustancia de reglamento*”. CARINGELLA (2011), p. 359.

Despejado lo anterior, resulta evidente que el carácter contencioso o no contencioso de un asunto no está determinado por la voluntad de las partes, sino que, en cambio, por la naturaleza misma del asunto sometido al conocimiento jurisdiccional. En este sentido, ha fallado el TDLC: *“Que en lo que respecta a la solicitud singularizada mediante el número (i) de la consideración precedente, este Tribunal ha resuelto en reiteradas ocasiones que es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes la que determina que el mismo sea de carácter contencioso o no contencioso (Roles NC N° 146-06, NC N° 194-07, NC N° 296-08, NC N° 410-12, NC N° 419-14). En este orden de consideraciones, cuando una persona consulta si un hecho, acto o contrato ejecutado o celebrado por un tercero infringe las normas del D.L. N° 211, tal asunto naturalmente es contencioso y debe conocerse con arreglo al procedimiento establecido en los artículos 19° y siguientes de dicho cuerpo legal. Lo anterior, a fin de que, por una parte, el tercero tenga derecho a defenderse con todas las garantías procesales que dicho procedimiento confiere y, por la otra, este Tribunal esté facultado para sancionar o adoptar las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que fueren procedentes”*.<sup>26</sup>

Ahora bien, y una cuestión que no resulta evidente a primera vista, la circunstancia de que un procedimiento de consulta sea efectivamente admitido a tramitación no significa que siempre tendrá una naturaleza no contenciosa; aunque por su naturaleza y vocación así debería serlo. En efecto, y como ya se ha anticipado, el procedimiento de consulta no sólo puede ser promovido por el mismo agente económico del que emana el hecho, acto o contrato consultado, sino que, además, por terceros con interés legítimo.

En esta última hipótesis, el procedimiento de consulta puede terminar –en caso de que el TDLC acceda a iniciar el procedimiento consultivo– con una decisión jurisdiccional que afecte los derechos del autor o titular del hecho, acto o contrato consultado, por la vía de fijar condiciones que deban ser cumplidas por el agente económico consultado para que su hecho, acto o contrato, no infrinja las disposiciones del DL 211, en los términos expresados por el numeral segundo del artículo 18 de este cuerpo legal. Más aún, es posible incluso que pueda accederse a la tutela cautelar antes de resolverse el procedimiento consultivo.

Y en virtud de la normativa antimonopólica al efecto, el único mecanismo que tiene el agente económico consultado para transformar el procedimiento consultivo en un procedimiento contencioso es deducir demanda en contra del consultante<sup>27</sup>. Sin embargo, para que esta pretensión de cambiar el procedimiento consultivo en un procedimiento contencioso pueda prosperar, el libelo del consultado debe reunir todos los requisitos legales consagrados en la normativa general (artículo 254 del Código de Procedimiento Civil) y en la normativa especial (inciso segundo del artículo 20 del DL 211). Esta hipótesis legal obliga al consultado –autor del hecho, acto o contrato u objeto de la consulta– a exponer clara y determinadamente los hechos, actos o convenciones que infringen la legislación antimonopólica (inciso segundo del artículo 20 del DL 211).

<sup>26</sup> Solicitud respecto de las tarifas de Metrogas S.A., conforme al artículo 31 del D.F.L. N° 323, de 1931, Ley de Servicios de Gas (2014). Es una jurisprudencia ya reiterada del TDLC, replicada también en Expediente de Recomendación Normativa Art. 18 N°4 del D.L. 211, sobre acceso a los recursos pesqueros (2010). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en: Fiscalía Nacional Económica con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2015).

<sup>27</sup> Véase Auto Acordado N° 5, de 2004 y Auto Acordado N° 18, de 2017.

Y como el consultado, naturalmente, no va a demandar ante el TDLC que un hecho, acto o contrato suyo es anticompetitivo (lo que significaría demandarse a sí mismo), deberá reconducir su acción al acto mismo de la consulta.<sup>28</sup> Ello puede ocurrir sólo en el marco de un ilícito monopólico al que se hará referencia a continuación.

Los ilícitos contra el bien jurídico libre competencia<sup>29</sup> están consagrados en el inciso primero artículo 3° del DL 211 y en los distintos numerales del inciso segundo del mismo artículo. La doctrina y jurisprudencia se han referido a la disposición del inciso primero como el tipo anticompetitivo universal o general,<sup>30</sup> en el sentido de que cualquier infracción a alguno de los literales del inciso segundo será siempre una infracción al enunciado general, pues estos literales no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en el inciso primero.

Enseguida, el inciso segundo del artículo 3.º prescribe un catálogo no taxativo<sup>31</sup> de injustos monopólicos<sup>32</sup>, distinguiendo entre: (i) ilícito de acuerdo o práctica concertada, de la letra a); (ii) ilícito de abuso de posición dominante unilateral o colectiva, de la letra b); (iii) ilícito de competencia desleal, de la letra c) y (iv) ilícito de *interlocking* horizontal directo, de la letra d).

Pues bien, dentro de lo que se identifica como el tipo universal (inciso primero artículo 3° del DL 211), la jurisprudencia nacional ha identificado un tipo específico de injusto monopólico, que se ha denominado como litigación abusiva, y que se identifica como un ilícito contra libre competencia en sí mismo, y es sancionable en aquellos casos en que se acredita que la acción ejercida tuvo por finalidad inequívoca impedir, restringir o entorpecer la competencia en el mercado.<sup>33</sup> Al respecto, ha resuelto el TDLC: *“Que los derechos de acción y petición –por discrecional que pueda ser su ejercicio– no comprenden la facultad de su titular de infringir la libre competencia. un adecuado entendimiento de los derechos subjetivos considera como límite natural a su ejercicio el respeto a los derechos de otras personas y al orden público que resguarda el interés general. el D.L. Nº 211 es precisamente una de las fronteras que el ordenamiento jurídico reconoce al ejercicio de los derechos, de manera que la conducta*

---

<sup>28</sup> Acción entendida como un derecho abstracto, que es el seguido generalmente por la jurisprudencia. Así, se ha fallado que: *“toda persona tiene derecho a recurrir al juez en demanda de justicia, pues es la compensación por haberse prohibido la auto-tutela como solución para los conflictos. La solución del conflicto a través del proceso cumple dos objetivos: la satisfacción de los intereses subjetivos de los involucrados; y la actuación del derecho objetivo para mantener la observancia de la ley”* (HONORABLE SENADO (1995).

<sup>29</sup> No hay consenso en doctrina y jurisprudencia acerca de cuál es el bien jurídico protegido por la libre competencia. Una aproximación adecuada la entrega el profesor Julio Alvear, para quien la libre competencia es un instituto jurídico que asegura la justicia del mercado, sin afectar su eficiencia. Véase ALVEAR (2017), p. 121. Conclusión que aparece más certera que la jurisprudencia de la Corte Suprema que identifica el bien jurídico tutelado con el bienestar de los consumidores (*Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile con Movistar S.A. y otros* (2016)).

<sup>30</sup> Así, el TDLC en referencia al tipo de colusión (regulado en el inciso segundo del artículo 3°) ha dicho que *“[e]sta disposición no es más que un ejemplo del tipo general establecido en el inciso primero de dicho artículo”* (Fiscalía Nacional Económica con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2015)). En doctrina, los profesores Hernán Corral y Enrique Barros se refieren al inciso primero como cláusula general o tipo universal. Véase: CORRAL (2013), p. 329; y BARROS (2007), p. 1045.

<sup>31</sup> El carácter no taxativo del catálogo se deriva de la literalidad de la norma del inciso segundo del artículo tercero, que prescribe que *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes...”*.

<sup>32</sup> El profesor Domingo Valdés conceptualiza el injusto monopólico como una infracción típica, antijurídica, dolosa o negligente, mediante la cual se pone en riesgo o lesiona causalmente el bien jurídico libre competencia. Véase VALDÉS (2006), p. 228.

<sup>33</sup> *Fiscalía Nacional Económica con Cia. Chilena de Fósforos S.A.* (2009).

que lo infringe no puede ser considerada -al mismo tiempo- un derecho y una infracción”.<sup>34</sup>

De esta manera, la posibilidad de un consultado para volver contencioso un procedimiento consultivo sobre sus propios hechos, actos o contratos, se reconduce necesariamente a encuadrar la consulta misma como un ilícito contrario a la libre competencia, en los términos expuestos por la jurisprudencia antes referida.<sup>35</sup>

Entonces, de no poder reconducir el consultado el procedimiento consultivo promovido por un tercero (con interés legítimo) al ejercicio del ilícito monopólico de litigación abusiva, nos encontraríamos irremediadamente ante un procedimiento contencioso de consulta, que no sólo buscaría entregar certeza jurídica sobre un hecho, acto o contrato emanado del mismo agente, sino que, en cambio, podría terminar en la afectación de derechos de terceros (consultados), en caso de que el TDLC fije condiciones que deban ser cumplidas.

Y esta naturaleza contenciosa del asunto debe concluirse no obstante la literalidad del numeral segundo del artículo 18 del DL 211 –que define el procedimiento de consulta como no contencioso–, pues, como bien lo ha resuelto la Corte Suprema: “La doctrina es pacífica en señalar que en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y órgano requerido; y que tampoco haya pronunciamiento de una sentencia, sino un dictamen, declaración o resolución”.<sup>36</sup>

Sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, este trabajo comparte la tesis conforme a la cual consiste en una serie de procedimientos a través de los que se solicita a la autoridad judicial que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica en beneficio del o los peticionarios o participantes; situación que se mantendrá en tanto no cambien las circunstancias que originaron esta serie de procedimientos y mientras no surja una cuestión litigiosa o controvertida, pues la función de la jurisdicción voluntaria no es antagonica o incompatible con la de un procedimiento contencioso, sino que, más bien, tiene la función de precederle y ayudarlo.<sup>37</sup> Quizás por esta especial naturaleza, es que autores como Fritz Baur sostienen que existen razones de conveniencia que justifiquen que en ciertos casos “auténticos litigios” sean encomendados por el legislador a la jurisdicción voluntaria.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Fiscalía Nacional Económica con Sociedad Punta de Lobos S.A. (2006).

<sup>35</sup> En palabras de Domingo Valdés, obligaría al consultado a acreditar que le procedimiento de consulta estuvo motivado por intereses espurios, más que por la recta intención de clarificar consecuencias antimonopólicas de ciertos hechos, actos o convenciones. Véase VALDÉS (2006), p. 619.

<sup>36</sup> Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013, recaída sobre el Rol de Ingreso N°346-2013, consideración 7°. En la decisión transcrita, nuestro máximo tribunal no hace más que interpretar de conformidad a las palabras del legislador que, en el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil prescribe que “Son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes”. La historia fidedigna del establecimiento de esta norma muestra que en sus orígenes fue propuesta permitiendo promover cuestiones que pudiesen afectar a ciertas personas, siempre que no fuesen conocidas y determinadas. Pero, aun así, fue desechada esta propuesta en la Comisión Revisora. Véase LAZO (1918), p. 850.

<sup>37</sup> ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO (1992), pp. 540 y 560.

<sup>38</sup> ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO (1992), p. 533.

Clarificado lo anterior, es posible entender que si la consulta la promueve un tercero (con interés legítimo) respecto de un hecho, acto o contrato de otro, existe una verdadera controversia con el consultado, respecto de cual se verán afectados sus intereses en casos de recaer sobre el objeto de la consulta una decisión jurisdiccional que fije condiciones para ser cumplidas.<sup>39</sup> Máxime, si se entiende que la locución “legítimos interesados” incluye a quienes han intervenido o proyectan intervenir en el hecho, acto o convención de que se trate, a las autoridades sectoriales pertinentes o directamente concernidas y a aquellos agentes económicos que estén relacionados con la materia;<sup>40</sup> o bien, aquellos respecto de los cuales el acto les afecte de alguna manera.<sup>41</sup>

Dentro de estos “legítimos interesados”, importante es destacar, también se encuentra el mismo ente administrativo persecutor de libre competencia; adoptando la calidad procesal de “solicitante”, el persecutor también ha iniciado procedimientos consultivos ante el TDLC. En efecto, recientemente, bajo el rol no contencioso 462-2020, la FNE sometió a procedimiento de consulta ante el TDLC unas bases de licitación dictadas por una autoridad municipal, sosteniendo que las mismas afectarían (generarían riesgos) la competencia, por cuanto: (i) sus requisitos podrían dificultar la participación de oferentes y reducir la concurrencia e intensidad competitiva en la licitación; (ii) sus bases no garantizan el acceso bajo condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias a un insumo necesario aguas abajo ni resguardan riesgos de abuso de poder de mercado; (iii) sus bases no toman resguardo ante una eventual integración vertical o participación del adjudicatario en el mercado.

Y si existe una afectación (o posible afectación), necesariamente existirá también un afectante (o posible afectante), del mismo modo que si existe un derecho subjetivo existirá un obligado por ese derecho. Por supuesto, entre afectante (o posible afectante) y afectado (o posible afectado) existe una controversia jurídica que debe decidirse ante un tercero imparcial e independiente, que ejerza el acto adjudicatorio conforme a las garantías de un debido proceso en que exista propiamente acción, proceso y partes. En este punto, resulta acertado recordar las palabras del célebre procesalista uruguayo, Eduardo Couture, cuando se refiere al problema de la interpretación de la ley procesal: *“Interpretar es, decíamos, desentrañar un sentido. Pero desentrañar un sentido dentro de un orden normativo de la índole del que acaba de referirse, propio del orden procesal, es no sólo extraer la razón del texto, sino también su significación dentro del sistema de principios. La tarea interpretativa constituye en todo caso, una referencia al conjunto de principios, los que a su vez constituyen un desenvolvimiento de algo anterior genéricamente establecido. Cuando la letra de la ley desfallece, cuando su texto es notoriamente erróneo, cuando coliden un texto con otro texto, o cuando se nos presenta un texto en pugna con un principio, o un principio con otro principio, o cuando el silencio sume al lector en la perplejidad, la tarea interpretativa adquiere su jerarquía propia”*.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Por ello, resulta muy lúcida la prevención del Ministro del TDLC, señor Jaime Arancibia, en Consulta de la Asociación Chilena de Municipalidades sobre la reorganización societaria de Enel Chile S.A. y Enel SpA. (2017), en que sostuvo que el procedimiento de consulta “sólo podría tener por objeto peticiones cuya satisfacción no puede afectar intereses ajenos que no han concurrido a la solicitud...De esta forma, las eventuales condiciones que deban ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos sólo estarían afectando los intereses del solicitante...pues se subentiende que sólo pueden consultarse condiciones para actos propios”.

<sup>40</sup> VELOZO y GONZÁLEZ (2011), p. 28.

<sup>41</sup> Hotelera Somontur S.A. con Municipalidad de Chillán (2010).

<sup>42</sup> COUTURE (2003), p. 37.

Precisamente, la posibilidad de que un tercero, sin someterse a las imposiciones de un procedimiento adversarial, consulte a la jurisdicción antimonopólica sobre si determinados hechos, actos o contratos de otros infringen las disposiciones de la normativa de libre competencia –y para ese caso, impongan limitaciones–, se erige como un desfallecimiento de la ley procesal en el binomio “consulta–procedimiento no contencioso” o, a lo menos, como un texto que pugna con el principio del contradictorio propio de los procedimientos contenciosos.

Finalmente, se debe precisar que la posibilidad del tercero consultante de someter una situación –hecho, acto o contrato–, presente o futura, al conocimiento consultivo del TDLC (numeral 2° del artículo 18 del DL 211), es una petición que no condiciona el ejercicio del derecho de acción de ese tercero para dar efectividad al derecho material, pues, este tercero (peticionario de consulta), siempre podrá ocupar la situación procesal de actor, ejerciendo el derecho de acción en un procedimiento contencioso (numeral 1° del artículo 18 del DL 211), si es que estimase que la situación –hecho, acto o contrato–, presente o futura, se alza contra el derecho a la competencia.

Por ello, en este trabajo se estima que el procedimiento consultivo no se erige para el tercero consultante como la manifestación de una acción inhibitoria indispensable para garantizar la tutela efectiva del derecho material<sup>43</sup>. En efecto, mientras que la pretensión procesal en el procedimiento contencioso parte de la afirmación contenida en la acción de que una determinada situación –hecho, acto o contrato–, presente o futura, lesiona o, a lo menos tiende a lesionar un derecho material; la pretensión en el procedimiento consultivo, en cambio, no contiene (en la petición al órgano jurisdiccional) una afirmación de lesión o puesta en peligro, sino que, en cambio, precisamente, una “consulta” sobre si una situación –hecho, acto o contrato–, presente o futura, “podría” lesionar el bien jurídico tutelado. No cabe duda, entonces, que la garantía de tutela judicial efectiva de terceros no se encuentra comprometida en esta clase de procedimientos.

## VI. PRERROGATIVAS PROCESALES DE LA ESENCIA DE UN PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

Determinada la naturaleza contenciosa de ciertos procedimientos consultivos –por las consecuencias procesales que conlleva el objeto de la consulta y quien consulta–, resta determinar si las normas antimonopólicas que regulan el procedimiento consultivo son suficientes para garantizar debidamente las prerrogativas procesales propias de un procedimiento contencioso.

Para empezar, corresponde dejar en claro que se estima correcta la afirmación de la judicatura antimonopólica en torno a que el procedimiento contencioso y el procedimiento consultivo no presentan mayores diferencias “en términos de las medidas que pueden ser adoptadas en uno u otro caso”.<sup>44</sup> Lo

<sup>43</sup> Siguiendo a Luiz MARINONI, la exigencia de tutela jurisdiccional efectiva se corresponde con una acción inhibitoria oportuna, indispensable en los ordenamientos jurídicos, capaz de impedir la violación del derecho material, que se afirma afectado o amenazado por una acción ilícita; derecho material que depende, en términos de efectividad, entonces, del derecho de acción. Véase: MARINONI (2007), pp. 87 y 230; MARINONI (2008), pp. 30 y 31; MARINONI (2015), p. 31.

<sup>44</sup> Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. y otro sobre la ejecución de ciertas resoluciones de la Subsecretaría de Telecomuni-

anterior, por cuanto el inciso primero del artículo 3º, además de sancionar los ilícitos monopólicos de resultado o de peligro (redirigiendo su juzgamiento al procedimiento contencioso), habilita al ente jurisdiccional a aplicar medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime conveniente. Y ello incluso en aquellos casos en que en la sentencia definitiva decida no aplicar ninguna de las sanciones previstas en el artículo 26 del DL 211.

La razón de lo anterior radica en que un medio fundamental con el que cuenta el TDLC está constituido por la facultad que le asiste para ordenar, cuando lo estime apropiado, que determinados hechos actos o convenciones deban llevarse a cabo ajustándose a determinadas condiciones destinadas a tutelar la libre competencia<sup>45</sup>. Entonces, las condiciones que pueda fijar el TDLC –conforme a lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 18 del DL 211– no obedecen a una lógica sancionatoria, que es característica de un juicio infraccional<sup>46</sup> seguido bajo alguno de los procedimientos contenciosos de libre competencia.

En cambio, la diferencia entre ambos tipos de procedimientos viene dada en estadios procesales anteriores a la etapa de decisión, por cuanto –como ya se dijo– el carácter contencioso de un asunto lo determina la existencia de una controversia jurídica y no la posibilidad del ente jurisdiccional de aplicar una sanción; cualquiera sea la manera en que se entienda la naturaleza jurídica de la misma (civil, penal o administrativa).

Aunque excedería los propósitos del presente trabajo hacer referencia en detalle a cada una de las instituciones que subyacen a un procedimiento contencioso, resulta conveniente referirse a dos de ellas, connaturales a todo justo y racional procedimiento: la contestación del libelo en rebeldía del contradictor y el derecho a defensa del contradictor.

Respecto a lo primero, al tenerse por contestada la demanda en rebeldía se produce la *ficta contestatio* y, en virtud de esta ficción procesal propia del procedimiento contencioso, se debe entender que la demandada ha controvertido todos los hechos de la demanda. Este fenómeno no ocurre en un procedimiento de consulta, en que sólo existen interesados que aportan antecedentes, y el adjudicador, frente a la rebeldía del consultado, no parte del presupuesto de que el objeto de la consulta es competitivo, y quien consulta debe desvirtuar por medio de sus probanzas esta circunstancia. Respecto de lo segundo, el demandado en un procedimiento contradictorio tiene todas las prerrogativas procesales para desvirtuar, dentro del probatorio, los antecedentes presentados por el actor. Estas prerrogativas no concurren tampoco en un procedimiento de consulta, pues el derecho de aportar antecedentes no tiene la intensidad y la suficiencia de la posibilidad de desvirtuar la prueba de cargo, conforme a una resolución judicial que fije los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

---

caciones relativas a la banda de frecuencias 3400-3600 MHz (2018).

<sup>45</sup> *Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. con Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.* (2009).

<sup>46</sup> *Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. y otro sobre la ejecución de ciertas resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones relativas a la banda de frecuencias 3400-3600 MHz* (2018).

No se trata, entonces, de que el procedimiento de consulta no contemple la posibilidad de ser oído –pues es posible participar en una audiencia pública–, ni tampoco de que no exista la posibilidad de presentar prueba alguna –pues es posible aportar antecedentes–. De lo que se trata, en cambio, es que la intensidad en que se presentan estos hitos procesales *ius-fundamentales* no es la misma en un procedimiento contencioso que en un procedimiento no contencioso. Y esta desigual intensidad se traduce en un defecto procedimental y, consecuentemente, en una defectuosa protección de las garantías fundamentales y pérdida de legitimidad del ejercicio jurisdiccional.<sup>47</sup>

Más aún, el referido aporte de antecedentes tampoco ha sido considerado por la jurisprudencia del TDLC como una garantía del contradictorio, sino que más bien, como una carga para participar en la audiencia pública fijada al efecto conforme al numeral tercero del artículo 31 del DL 211.<sup>48</sup> De modo que, en aquellos casos en que el interviniente no hubiese aportado antecedentes dentro del plazo (original o prorrogado), será sancionado con la imposibilidad de participar en la audiencia pública fijada.<sup>49</sup>

Podría falsarse<sup>50</sup> la conclusión anterior en la circunstancia de que existen en los ordenamientos jurídicos procedimientos tutelares en que, pese a no contemplarse en toda su amplitud las prerrogativas procesales de un contradictorio, constituyen, sin lugar a dudas, un ejercicio legítimo de la jurisdicción. Tal es el caso, de las acciones protectoras de derechos fundamentales; a lo menos, a nivel Latinoamericano e Iberoamericano. Estas acciones encuentran su fundamento en la existencia de una conculcación (o amenaza) de derechos fundamentales, que amerita una acción rápida y eficaz de tutela, donde el legitimado pasivo es oído sólo breve y concentradamente el procedimiento.<sup>51</sup> Sin embargo, en todas estas hipótesis normativas, es posible evidenciar que la consagración de procedimientos especiales de acotado espacio para la bilateralidad, encuentran su razón de ser en la exigen-

<sup>47</sup> En este sentido, se ha sostenido que el correcto empleo de métodos de interpretación por parte del juez, aseguran la supremacía constitucional y la integridad de los derechos fundamentales, no representando, por ello, un peligro para el funcionamiento de la democracia [BERNAL (1999), p. 127]. Esta conclusión –que se comparte– implica asumir que los derechos fundamentales no tienen un único resorte convencional, sino que, además, y por sobre todo, tienen su basamento en la moral; de allí, que en la exigencia de fundamentación de las sentencias, la interpretación, acorde con los derechos fundamentales, ocupe un lugar de especial importancia, de modo de no incurrir (la decisión jurisdiccional) en vicios de validez. Sobre esto último, véase ATIENZA (2013), pp. 29, 507-509 y 541. En términos habermasianos, el derecho procedimentalizado –por una parte– y la fundamentación moral de principios –por otra–, se remiten el uno al otro; de modo tal, que solo es posible que la legalidad engendre legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación [HABERMAS (1998), p. 39]. Y, en el mismo sentido, Robert Alexy sostiene que de la argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la jurisprudencia, sino que, además, la legitimidad de las decisiones judiciales [ALEXY (2007), pp. 25 y 35].

<sup>48</sup> Consulta de la Dirección de Compras y Contratación Pública sobre las bases administrativas tipo para la adquisición centralizada del papel multipropósito y sus anexos contenidos en la resolución número 6 de Dirección ChileCompra (2019).

<sup>49</sup> Así, en efecto, se ha resuelto sancionar el incumplimiento de la carga procesal de aporte de antecedentes. Véase: Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras (2017); Consulta de la Dirección de Compras y Contratación Pública sobre las bases administrativas tipo para la adquisición centralizada del papel multipropósito y sus anexos contenidos en la resolución número 6 de Dirección ChileCompra (2019).

<sup>50</sup> Sobre la propuesta metodológica del método falsacionista en la práctica científica, atribuido al filósofo austriaco Karl Popper, véase: TOVAR (2019), pp. 210-212; BARROSO (2016), pp. 30-32.

<sup>51</sup> NOGUEIRA (2007), pp. 89-95. Este mismo autor, en la obra citada, se encarga de precisar que “los actos, hechos u omisiones que no causen amenaza real e inminente, una perturbación o una afectación real y manifiesta a los derechos fundamentales, no dan origen a la acción constitucional de protección, en la medida que no exista una situación jurídica constitucional dogmática infringida, en cuyo caso, deben utilizarse las demás acciones y recursos jurisdiccionales que habilita el ordenamiento jurídico”.

cia de tutela efectiva frente a actos vulneratorios de derechos fundamentales, incluso, cuando estos son solo amenazados.<sup>52</sup>

De esta manera, no es posible concordar con la jurisprudencia del TDLC<sup>53</sup> y de la Corte Suprema<sup>54</sup> que estima que la normativa del artículo 31 del DL 211, que regula el procedimiento consultivo, permite asegurar autosuficientemente las garantías de un debido proceso para un caso como el propuesto, en que un tercero con interés legítimo consulta sobre hechos, actos o contratos de otro particular. Ello, pues ni la publicidad del procedimiento de consulta ni la posibilidad de aportar antecedentes ni la posible participación en una audiencia pública garantizan, autosuficientemente, las prerrogativas procesales emanadas de un procedimiento contradictorio, justo y racional. Afirmación que se sustenta en la imposibilidad procesal del consultado (por un tercero) de defenderse, en términos procesales,<sup>55</sup> y de rendir todas las probanzas que estime necesarias para demostrar al ente jurisdiccional, precisamente, que el hecho acto o contrato no es contrario a la libre competencia, tales como: prueba de testigos, exhibición de documentos de terceros –tanto respecto de terceros ajenos a la consulta y como del mismo tercero consultante–. Imposibilidades que no se ve convalidadas, en términos ius fundamentales, por la existencia de instancias de aporte de prueba documental y exposición oral en una audiencia pública.

En cambio, y por lo expuesto a lo largo de este trabajo, una recta interpretación de ley procesal debería llevar a sólo dos posibles soluciones alternativas: (i) la normativa del procedimiento consultivo impide peticiones, por vía de consulta, cuya satisfacción pueda afectar intereses de terceros ajenos que no han concurrido a la solicitud, o bien; (ii) esta normativa la permite, pero en dichos casos debe siempre garantizarse al consultado las prerrogativas probatorias procesales propias de un procedimiento contencioso, y en toda su intensidad.

De entre estas dos posibles soluciones, la más acertada es la última, por cuanto la norma del numeral segundo del artículo 18 del DL 211 se refiere expresamente a la posibilidad del TDLC de conocer consultas a solicitud “de quienes sean parte” o de quienes “tengan interés legítimo”, por lo que la primera interpretación dejaría sin efecto una clara hipótesis prevista por el legislador.

---

<sup>52</sup> NOGUEIRA (2007), p. 91.

<sup>53</sup> Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. y otro sobre la ejecución de ciertas resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones relativas a la banda de frecuencias 3400-3600 MHz (2018).

<sup>54</sup> Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2016). Sin embargo, esta misma magistratura ha resuelto, conociendo un recurso de reclamación contra sentencia condenatoria del TDLC sobre el incumplimiento de medidas derivadas de un procedimiento consultivo, que: “la naturaleza del procedimiento involucrado –no contencioso– está dada porque no cuenta con las características y principios que informan el previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211” (Fiscalía Nacional Económica con SMU S.A. (2016)).

<sup>55</sup> Si el hecho, acto o contrato consultado por un tercero –que puede ser, incluso, el mismo ente persecutor– adolece de defectos formales en la formulación al órgano jurisdiccional, el consultado (autor de los hechos, actos o contratos objeto de la consulta), no dispone de las defensas procesales para enderezar la petición. Del mismo modo, y siempre en el marco de la defensa procesal, la falta de aporte de antecedentes del consultado, no es entendida como una contradicción ficta –esto es, que el objeto de la consulta no afecta la libre competencia–, lo cual es una garantía propia de un procedimiento contradictorio, a lo menos desde que se superó la ficta *confessio in iure*. Sobre esto último, véase: ORELLANA y PÉREZ (2007), pp. 34-36.

## VII. EL EJERCICIO DE PRORROGATIVAS DE UN PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO EN UN PROCEDIMIENTO DE CONSULTA

Pese a la naturaleza no contenciosa del procedimiento de consulta, en aquellos casos en que quien consulta es un tercero con interés legítimo distinto del agente económico de quien emana el hecho, acto o contrato objeto de la consulta, la denominación legal de no contenciosa del procedimiento de consulta (numeral segundo del artículo 18 del DL 211) deja de tener las consecuencias jurídico-procesales previstas para un procedimiento en que únicamente existe un interesado y un órgano requerido. Y existiendo una controversia entre afectado (o posible afectado) y afectante (o posible afectante), la realidad jurídica debe imponerse por sobre la literalidad de la norma, en una hermenéutica que no es ajena al derecho antimonopólico.

Por ello, frente al desfallecimiento de la norma procesal para estos casos, o a lo menos, frente al silencio de la misma, corresponde aparejar en el procedimiento de consulta la normativa propia de los procedimientos contenciosos de libre competencia, permitiendo al consultado imponerse del expediente en el sentido de asegurarse siempre el más amplio ejercicio de las prerrogativas probatorias procesales propias de una contienda entre partes. En palabras de Couture, de lo que se trata, es de tutelar el proceso para que él, a su vez, pueda tutelar el derecho mismo: *“El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido. Esto acontece, con frecuencia, por la des-naturalización práctica de los mismos principios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia; pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar. Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal. La tutela del proceso se realiza por imperio de las provisiones constitucionales. El problema consiste en la hipótesis de que el legislador instituya leyes procesales de tal manera irrazonables que virtualmente impidan a las partes defender sus derechos o a los jueces reconocer sus razones (...).”*<sup>56</sup>

Pero esta posibilidad de ejercer, en el contexto de un procedimiento de consulta, el derecho a la prueba propio de un contradictorio, cuando el objeto de la consulta recae sobre hechos, actos o contratos de terceros distintos del consultante, no significa que el procedimiento todo es de naturaleza contenciosa. La conclusión, en cambio, es la identificación de un procedimiento contencioso de consulta, en que se debe asegurar al sujeto procesal consultado, el ejercicio de garantías probatorias procesales propias de un procedimiento contradictorio, pues la resolución recaída en el procedimiento de consulta puede, eventualmente, alterar una situación de hecho o de derecho que le afectará, de manera directa y exclusiva.

La propuesta de esta investigación frente a la problemática identificada, encuentra asidero en una interpretación del artículo 31 del DL 211 (que regula el procedimiento de consulta), ajustada a la Carta

---

<sup>56</sup> COUTURE (1958), p. 139.

Fundamental. Específicamente, el numeral quinto del referido artículo establece que “*De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes*”;<sup>57</sup> norma que exige ser interpretada, en aquellos casos en que un tercero (consultante) someta a consideración del TDLC situaciones –hechos, actos o contratos–, presentes o futuras, de algún agente económico, y este último, solicite al órgano adjudicador rendir las probanzas que estime pertinentes para acreditar que la situación consultada se ajusta a la normativa de libre competencia. Frente a esta solicitud, el TDLC, encontrándose en la necesidad jurisdiccional de respetar las garantías fundamentales de los agentes sujetos a su control, deberá acceder a ella, no pudiendo abstraerse de la prerrogativa del consultado, pues ella, es una exigencia derivada del orden constitucional.

Como argumento adicional, la voz “podrá” del numeral quinto del artículo 31 del DL 211 no corresponde ser interpretada nunca –pese al tenor literal de verbo– como una facultad, entendida en el sentido tradicional del derecho de las obligaciones. En una concepción publicista del proceso,<sup>58</sup> los jueces, como bien afirma Raúl Tavolari, no tienen facultades, sino que, en cambio, solo deberes, por cuanto: “*en el ámbito del Derecho Público, las indicaciones en orden a que el funcionario “puede” o “podrá” realizar una actuación, son inexcusables mandatos a proceder, cuando concurra el supuesto fáctico previsto, por lo que concluyo afirmando que, –concurriendo– el decretar medidas para mejor resolver no es discrecional para los jueces*”.<sup>59</sup>

Esta forma de entender la problemática permite armonizar la hipótesis del precepto legal con las garantías procesales de todos los intervinientes, sean estos consultantes o consultados; siempre, en el marco de una concepción publicista del proceso, con una clara función social. Y sin negar la necesidad de que la resolución del TDLC recaída en el procedimiento de consulta tenga la virtud propia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, estos es, que sea esencialmente modificable en tanto cambien las situaciones de hecho que se tuvieron presentes al momento de resolver; modificabilidad de la resolución, producto de una actividad de asistencia jurídica, que ofrece la ventaja de que el adjudicador no queda ligado a una decisión injusta, pues se le permite tomar en cuenta posteriores cambios de circunstancias.<sup>60</sup> Virtud que quedaría suprimida por completo, si es que, en el otro extremo, también incorrectamente, se considerase la problemática planteada en este trabajo como una hipótesis de un procedimiento por completo contencioso, regido por la inmodificabilidad de lo resuelto, que deriva de la eficacia de la cosa juzgada.

En cuanto a esto último, cuando el procedimiento de consulta –ya sea un procedimiento voluntario de consulta o un procedimiento contencioso de consulta– termine con una resolución que establezca

---

<sup>57</sup> En rigor, esta norma es la consagración en el procedimiento no contencioso de la institución de las medidas para mejor resolver. Sobre su conveniencia en el ámbito de la libre competencia y su función en relación con la búsqueda de la verdad, véase NÚÑEZ (2017), pp. 252-257.

<sup>58</sup> Como se afirma en doctrina, el proceso no incumbe solo a los particulares involucrados en el conflicto, sino que, además debe ser correctamente entendido como un instrumento sofisticado para la implementación de políticas públicas [NÚÑEZ (2017), pp. 256 y 257]. Por lo mismo, el proceso no es neutro en relación al derecho material y a la realidad social [MARINONI (2007), p. 236]. Concepción publicista del proceso que ha sido reconocida por la jurisprudencia del TDLC para no dar lugar a acciones que son improponibles: *Fiscalía Nacional Económica con Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región* (2017).

<sup>59</sup> TAVOLARI (1992), pp. 164 y 165.

<sup>60</sup> ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO (1992), p. 534.

condiciones sobre el hecho, acto o contrato de un tercero consultado, dicha resolución no gozará de un efecto asociado a la función positiva (ni negativa) de la cosa juzgada, sino que, más bien, se estará en presencia de un efecto reflejo, propio de una resolución como hecho jurídico, y que tiene “autoridad preclusiva” con proyección subjetiva mayor que una sentencia recaída en un procedimiento contencioso (efecto *inter partes*), pues alcanza a terceros (efecto *erga omnes*) que quedan sujetos a la eficacia de las medidas decretadas.<sup>61</sup> Y es por ello que, cuando los terceros pueden ser alcanzados por las medidas decretadas, alterando o condicionando éstas un hecho o acto propio, debe permitírsele a los terceros (consultados) imponerse sobre el expediente de consulta. Máxime, en aquellos casos en que el peticionario consultante ante el TDLC es el mismo persecutor de libre competencia, que cuenta con amplias potestades públicas para, en una fase anterior al planteamiento jurisdiccional de la consulta, hacerse de amplia información del mercado relevante involucrado.<sup>62</sup>

### VIII. CONCLUSIONES

Existiendo un procedimiento calificado por el legislador (numeral segundo del artículo 18 de DL 211) como no contencioso, para consultar al ente jurisdiccional de libre competencia sobre si determinadas situaciones –hechos, actos o contratos–, existentes o por celebrarse, pueden infringir la libre competencia, pero permitiéndose (por el mismo legislador) que el asunto sea planteado no solo por el autor de estos hechos, actos o contratos, sino que, además, por terceros con interés legítimo e, incluso por el ente persecutor, se difumina el supuesto de la falta de controversia jurídica –característico de la jurisdicción voluntaria–, surgiendo una cuestión litigiosa o controvertida, que se debe compatibilizar con un procedimiento contencioso.

La exigencia antedicha –derivada de garantías procesales de orden constitucional– no implica, sin embargo, que el agente económico autor de los hechos, actos o contratos, existentes o por celebrarse, sometidos a consulta por un tercero con interés legítimo (o por el mismo persecutor), deba necesariamente disponer de todas las garantías de un contradictorio, que se aprecian prístinas en el procedimiento contencioso: posibilidad de oponer excepciones de forma y de fondo; contestación ficta en el supuesto de rebeldía, y; derecho a la prueba, en toda su amplitud.

De ellas, la presente investigación concluye que son solo las garantías probatorias procesales las que deben retomar su vigencia en el expediente de jurisdicción voluntaria, en aquellos casos en que la magistratura se enfrente a lo que denominamos “procedimiento contencioso de consulta”. Y ello es así, por cuanto la resolución judicial del TDLC que resuelva este procedimiento no alcanza la cosa juzgada material, permitiéndose revisar lo resuelto, dada la naturaleza del procedimiento consultivo.

---

<sup>61</sup> ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO (1992), pp. 538, 541 y 545.

<sup>62</sup> Las potestades de la Fiscalía Nacional Económica se encuentran reguladas en los distintos literales del artículo 39 del DL 211, de donde se desprende que en el ejercicio de las prerrogativas investigativas puede obtener información (pública confidencial) que obre en poder de particulares o de organismos y servicios públicos. Incluso, puede llamar a declarar antes sus dependencias a cualquier persona que, si injustificadamente no comparece, arriesga sanciones pecuniarias e, incluso, arresto. De todas estas potestades se puede valer el persecutor para obtener información en forma previa al planteamiento jurisdiccional de una consulta ante el TDLC.

La propuesta de este trabajo tiene cabida en el marco de una concepción publicista del proceso y en una interpretación constitucional de las normas regulatorias del procedimiento consultivo, contenidas en el artículo 31 del DL 211: frente a la solicitud del consultado de apegar nuevas fuentes de prueba (numeral quinto del artículo 31 del DL 211), cualquiera sea medio probatorio, la magistratura se encuentra en la necesidad jurisdiccional de acceder a ella, recabando y recibiendo la prueba.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1992): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México), t. II.
- ALEXY, Robert (2007): *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Lima, Palestra Editores).
- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing).
- ALVEAR, Julio (2017): *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, Editorial Trotta).
- BERNAL, Carlos (1999): “En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes”, en: *Revista Derecho del Estado* (núm. 7).
- BARROS, Enrique (2007): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROSO, Milagros (2016): “El falsacionismo popperiano: un intento inductivo de evadir la inducción”, en: *EPISTEME* (vol. 36 núm. 1).
- BORDALÍ, Andrés (2003): “El debido proceso civil”, en: AA.VV., *La constitucionalización del derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CARINGELLA, Francesco (2011): *Corso di diritto amministrativo* (Milán, Dott. A Giuffrè - Editore).
- CORRAL, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Thomson Reuters).
- COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª edición (Buenos Aires, Depalma).
- COUTURE, Eduardo (2003): *Estudios de Derecho Procesal Civil*. (Buenos Aires, Depalma), t. III.
- ESPARZA, Iñaki (1995): *El principio del proceso debido* (Barcelona, J.M. Bosch Editor).
- FUENZALIDA, Pablo y VALDERRAMA, Mario (2004): “La potestad consultiva del TDLC”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (núm. 13).
- HABERMAS, Jürgen (1998): “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (núm. 5).
- LAZO, Santiago (1918): *Los códigos chilenos anotados. Código de procedimiento civil. Orígenes, concordancia, jurisprudencia* (Santiago, Poblete Cruzat Hnos. Editores).
- LÓPEZ, Julián (2006): “Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas”, en: BORDALÍ, Andrés (coordinador), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago, Editorial Lexis-Nexis).
- MARINONI, Luiz (2015): *El derecho de acción como derecho fundamental* (Bogotá, Editorial Temis).

- MARINONI, Luiz (2008): *Tutela específica de los derechos* (Lima, Palestra Editores).
- MARINONI, Luiz (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (Lima, Palestra Editores).
- NOGUEIRA, Humberto (2007): “El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano”, en: *Ius et Praxis* (vol. 13 núm. 1).
- NÚÑEZ, Raúl (2017): “Libre competencia y debido proceso”, en: AA.VV., *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)* (Santiago, Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica).
- ORELLANA, Fernando y PÉREZ, Álvaro (2007): “Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil”, en: *Ius et Praxis* (vol. 13 núm. 2).
- ROMERO, Juan (2011): “Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno”, en: En Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (editor), *La libre competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters).
- ROMERO, Alejandro (2017): “El carácter vinculante de los actos del Tribunal de la Libre Competencia que fija condiciones para la realización de actos o contratos por los agentes económicos (Sentencia N° 147, de 9 de diciembre de 2015)”, en: *Revista jurídico digital UAndes* (vol. 1).
- TAVOLARI, Raúl (1992): “El proceso civil chileno: una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma”, en: *Derecho y Humanidades* (vol. 1 núm. 2).
- TOVAR, Carlos (2019): “El falsacionismo de Popper y sus objeciones al marxismo”, en: *Letras* (vol. 90 núm. 131).
- VALDÉS, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VELOZO, Javier y GONZÁLEZ, Daniela (2011): “Reflexiones en torno a algunas facultades extrajurisdiccionales del TDLC”, en: En Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (editor), *La libre competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters).

### **Normativa citada**

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Decreto Ley N° 211, que “Fija las normas para la defensa de la libre competencia”, 22 de diciembre de 1973.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976.
- Auto Acordado N° 5 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sobre “Forma de tramitación de demandas o requerimientos, por un parte, y de consultas, por la otra, cuando recaigan sobre unos mismos hechos, en relación con la aplicación del procedimiento denominado “no contencioso”, 22 de julio de 2004.
- Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.
- Auto Acordado N° 18 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que “Modifica Auto Acordado N°5 de 22 de Julio de 2004 y Modifica Auto Acordado N°10 de 5 de Diciembre de 2007”, 24 de octubre de 2017.

### **Jurisprudencia citada**

- Consulta de la República de Panamá (2016): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de febrero del año 2016, rol OC 22-2016.

- Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2021): Corte Suprema, de 10 de mayo de 2021, rol 138.221-2020, CL/JUR/52802/2021.
- Asociación Chilena de Municipalidades con Enel Chile S.A. y otro (2018): Corte Suprema, de 14 de mayo de 2018, rol 432-2018, CL/JUR/2219/2018.
- Jorge Trejo Urrutia con Servicio de Vivienda y Urbanización de Valparaíso (2018): Corte Suprema, de 14 de mayo de 2018, rol 36.770-2017, CL/JUR/2272/2018.
- WSP Servicios Postales S.A. y otro con Superintendencia de Salud (2017): Corte Suprema, de 4 de octubre de 2017, rol 47.555-2016, CL/JUR/6416/2017.
- Fiscalía Nacional Económica con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2016): Corte Suprema, de 12 de octubre de 2016, rol 5.128-2016, CL/JUR/7064/2016.
- Fiscalía Nacional Económica con SMU S.A. (2016): Corte Suprema, de 14 de septiembre de 2016, rol 821-2016, CL/JUR/6307/2016.
- Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile con Movistar S.A. y otros (2016): Corte Suprema, de 20 de abril de 2016, rol 11.363-2015, CL/JUR/2582/2016.
- Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2016): Corte Suprema, de 29 de enero de 2016, rol 30.190-2014, CL/JUR/697/2016.
- Hotelera Somontur S.A. con Municipalidad de Chillán (2010): Corte Suprema, de 19 de mayo de 2010, rol 4.384-2008, CL/JUR/2905/2010.
- Honorable Cámara de Diputados (2007): Tribunal Constitucional, de 11 de enero de 2007, rol 591-2006, CL/JUR/137/2007.
- Honorable Senado (1995): Tribunal Constitucional, de 1° de febrero de 1995, rol 205-1995, CL/JUR/2525/1995.
- Consulta de Microsoft Chile Limitada sobre Convenio Marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática de la Dirección de Compras y Contratación Pública (2021): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 28 de enero de 2021, rol NC 486-2021.
- Consulta de la Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G. sobre la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019, del Fondo Nacional de Salud (2019): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 20 de agosto de 2019, rol NC 458-2019.
- Consulta de la Dirección de Compras y Contratación Pública sobre las bases administrativas tipo para la adquisición centralizada del papel multipropósito y sus anexos contenidos en la resolución número 6 de Dirección ChileCompra (2019): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 2 de julio de 2019, rol NC 453-2019.
- Consulta de Iberoamericana Radio Chile S.A. y otros sobre la participación en concursos públicos para la renovación de ciertas concesiones de radiodifusión cuyos plazos expiran el año 2020 (2019): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 31 de enero de 2019, rol NC 452-2019.
- Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. y otro sobre la ejecución de ciertas resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones relativas a la banda de frecuencias 3400-3600 MHz (2018): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 24 de diciembre de 2018, rol NC 449-2018.
- Consulta de PacificBlu Spa y otro sobre las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B, para merluza común, en las regiones que indica (2018): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 18 de diciembre de 2018, rol NC 450-2018.

- Consulta de la Asociación Chilena de Municipalidades sobre la reorganización societaria de Enel Chile S.A. y Enel SpA. (2017): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 18 de diciembre de 2017, rol NC 443-2017.
- Fiscalía Nacional Económica con Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región (2017): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 2 de agosto de 2017, rol C 322-2017.
- Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras (2017): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 7 de junio de 2017, rol NC 434-2016.
- Fiscalía Nacional Económica con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2015): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 23 de diciembre de 2015, rol C 280-2014.
- Fiscalía Nacional Económica con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2015): Corte Suprema, de 9 de abril de 2015, rol 21.791-2014, CL/JUR/2046/2015.
- Solicitud respecto de las tarifas de Metrogas S.A., conforme al artículo 31 del D.F.L. Nº 323, de 1931, Ley de Servicios de Gas (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 30 de octubre de 2014, rol NC 426-2014.
- Fiscalía Nacional Económica con Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 8 de mayo de 2014, rol C 234-2011.
- Expediente de Recomendación Normativa Art. 18 N°4 del D.L. 211, sobre acceso a los recursos pesqueros (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 15 de junio de 2010, rol ERN 12-2010.
- Fiscalía Nacional Económica con Cia. Chilena de Fósforos S.A. (2009): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 14 de diciembre de 2009, rol C 165-2008.
- Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. con Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. (2009): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 30 de julio de 2009, rol C 180-2008.
- Fiscalía Nacional Económica con Sociedad Punta de Lobos S.A. (2006): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 5 de diciembre de 2006, rol 13-2004.
- Subsecretaría de Telecomunicaciones y otros contra Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009): Corte Suprema, de 27 de enero de 2009, rol 4.797-2008, CL/JUR/5822/2009.
- Consulta de Praxair Chile Ltda. sobre toma de control de Boc Group por Linde (2006): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de julio de 2006, rol NC 143-2006.

# El consentimiento de la víctima en el acoso sexual laboral\*

## *Victim´s consent in sexual harassment in the workplace*

**Rodrigo Hernán Vera García**

Concepción, Chile.

Correo electrónico: rovegar@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0002-4803-6267>.

Recibido el 11/05/2021

Aceptado el 25/05/2021

Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-04>

**RESUMEN:** La introducción normativa del acoso sexual en nuestro ordenamiento, produjo la necesidad de abarcar un análisis de sus elementos constitutivos. De esta forma, hasta ahora se entendía -por definición- que el acoso sexual se trata de una conducta indeseada por la víctima que vulnera sus derechos fundamentales. A través de este trabajo, empero, intentamos abordar la labor de determinar cuáles son los contornos de dicho consentimiento, evidenciando la existencia -en su origen- de elementos culturales que reproducen estereotipos que en definitiva oscurecen el correcto entendimiento de este fenómeno. De este modo, buscamos establecer criterios de interpretación respetuosos del derecho de género, que faciliten su aplicación, en el sentido de entender que la exigibilidad normativa relativa a la falta de consentimiento, no constituye una causal de exclusión del acoso sexual, sino el objeto mismo de protección de la norma.

**PALABRAS CLAVE:** Acoso sexual, discriminación, género, igualdad, estereotipos.

**ABSTRACT:** The coming into force of sexual harassment regulation in our legal system, produced the need to include an analysis of its constituent elements. In this way, until now it was understood -by definition- that sexual harassment is an unwanted conduct by the victim, which violates their fundamental rights. Through this work, however, we try to tackle the task of determining the boundaries of such consent, evidencing the existence -in its origin- of cultural elements that reproduce stereotypes that ultimately darken the correct understanding of this phenomenon. In this way, we seek to establish interpretation criteria which is respectful of gender rights, in order to facilitate its application, in the sense of understanding that regulation enforceability related to the lack of consent, does not constitute a cause for exclusion of sexual harassment, but the object itself which the legal precept protects.

**KEY WORDS:** Sexual harassment, discrimination, gender, equality, stereotypes.

\* El presente artículo corresponde al Trabajo Final del Master "Derecho de Género: dimensiones jurídicas y tutela jurisdiccional", impartido por la Universidad de Jaén de España y el Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda de Chile.

## I. INTRODUCCIÓN

No debe escapar a nuestra atención que el espacio laboral reproduce las diferentes formas de relaciones sociales que se producen “en el exterior”, con sus vicios y virtudes. Incluso bajo la modalidad de teletrabajo, los nuevos mecanismos electrónicos de control, que impone la subordinación a distancia, permiten la adecuación de otras formas de abusos en las relaciones humanas, que constituyen nuevos riesgos en los espacios de trabajo.

En este sentido, el fenómeno de la violencia sexual hacia la mujer está lejos de desaparecer y, por el contrario, el escenario laboral se ha transformado en un área social que favorece su reproducción, principalmente porque en tal ámbito encontramos elementos que tienden a profundizar la indefensión de la víctima, así como la impunidad del acosador, en particular la circunstancia de prestarse los servicios bajo subordinación y dependencia. Tal constatación puede llegar a facilitar conductas de contenido sexual que en el derecho se reconocen como actos de violencia contra la mujer, al estar basada en estereotipos de la supremacía de lo masculino sobre lo femenino. No debe olvidarse que el acoso sexual es esencialmente un fenómeno que pone de manifiesto el poder social del orden patriarcal.<sup>1</sup>

Como enfatizaba Kahn-Freund “*la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente la relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (...). Se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por contrato de trabajo*”. Supiot destaca que en la relación de trabajo “*uno puede mandar y otro ha de obedecer. Es decir, la cuestión del poder se halla en el corazón de la relación laboral*”<sup>2</sup>

Si bien el acoso sexual se presenta, en principio, en todas aquellas relaciones donde existe ejercicio del poder, es en el marco del trabajo donde tiene una manifestación especialmente calificada, que hacen de este problema uno de los más relevantes para el derecho laboral de los últimos años.<sup>3</sup> Histó-

---

<sup>1</sup> En Chile, según un estudio del Observatorio Contra el Acoso Chile (Ocac), los hombres, cuando actúan como victimarios, siguen prefiriendo significativamente a víctimas mujeres. En el acoso sexual laboral, un 89% son victimarios hombres. Además, las mujeres que han sufrido alguna situación de acoso sexual laboral mayoritariamente han sido violentadas por sus jefaturas. Radiografía del acoso sexual en Chile: Primera encuesta nacional sobre acoso sexual callejero, laboral, en contexto educativo y ciberacoso. Julio 2020. <https://www.ocac.cl/wp-content/uploads/2020/07/Resumen-ejecutivo.pdf>.

<sup>2</sup> GAMONAL Y UGARTE (2012a), p. 3.

<sup>3</sup> El fenómeno del acoso sexual es abordado en este trabajo en su ámbito laboral. Cabe destacar, eso sí, que actualmente existe en tramitación un proyecto de ley (Mensaje 307-364, de 24 de noviembre de 2016,) que tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar de manera integral la violencia contra las mujeres, y que responde al compromiso del Estado de Chile con los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Entre sus objetivos, busca contribuir a la generación de un cambio cultural cuyo horizonte es la igualdad entre hombres y mujeres y el fin de las relaciones de subordinación que éstas padecen, raíz de la violencia de género. En el proyecto, además, se busca sancionar penalmente el abuso sexual cometido contra personas mayores de 14 años, que hoy es objeto de reproche penal sólo cuando se cometen los delitos de estupro o violación, tipificación que excluye hechos de frecuente ocurrencia, como los actos de connotación sexual de que las mujeres son víctimas en el ámbito de la educación o en los espacios públicos, que actualmente quedan impunes. Por último, se agrega al Código Penal un nuevo artículo 494 ter, que regularía como falta el acoso sexual sin contacto corporal, descripción en la que cabe la captación de registros audiovisuales de alguna parte del cuerpo de otra persona, sin su consentimiento y con fines primordialmente sexuales, así como el hostigamiento mediante actos o expresiones verbales de carácter sexual. Lo anterior significaría acercar nuestra legislación al estándar consagrado en otros

ricamente, evoca un conflicto de género que afecta principalmente al colectivo femenino. La cultura patriarcal restringe a las mujeres a su corporeidad, obligándolas a reflejar “lo femenino” en su forma de ser, de vestir o de comunicarse, reforzándolas como objeto de deseo, representación que trasladada al ámbito laboral, debido a la tipología de la relación jurídica determinada por la subordinación y dependencia, incrementa las posibilidades de acoso o -al menos- facilita sus condiciones.<sup>4</sup>

En nuestra legislación laboral el acoso sexual recién fue recogido en el año 2005,<sup>5</sup> con la dictación de la Ley 20.005, de 18 de junio de 2005,<sup>6</sup> que modificó el Código del Trabajo y otros cuerpos legales para dar tipificación legal a este ilícito laboral,<sup>7</sup> concebido fundamentalmente como una conducta incompatible con la dignidad de las personas. El artículo 2° del Código del Trabajo, luego de reconocer la función social del trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor que elijan, lo contempla y define señalando que se entiende por tal “*el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo*”.

Pues bien, entendemos que la tipificación legal nos enfrenta a un problema, en cuanto a definir la validez que otorgaremos al consentimiento femenino en el desarrollo de este fenómeno. Para ello, deberemos describir los elementos de la concepción del acoso sexual y, en particular, detenernos en el consentimiento, develando la existencia de estereotipos acerca de los roles que se atribuyen al varón y a la mujer y que pueden distorsionar la función interpretadora. En efecto, una desatenta lectura de la norma permitiría entender el consentimiento de la víctima como causal de dispensa frente a un acto que, empero, constituye una agresión a la dignidad.

Tras una tipificación legal aparentemente neutra, aparece una norma cuya aplicación puede generar efectos contrarios a la igualdad de género, ya que queda abierta la opción de establecer en qué casos

---

Estados, como en España con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La ley chilena, en lo pertinente, implicaría la reposición del interés legislativo en orden a posicionar el acoso sexual como ilícito penal, ya no tan sólo restringido al área laboral, abarcando los demás espacios de posible acoso, lo que significaría en definitiva acometer el desafío de unificar el concepto de acoso sexual en todos sus ámbitos y posibilidades.

<sup>4</sup> DOMÍNGUEZ et al (2014a), p. 45.

<sup>5</sup> El proyecto de ley, sin embargo, se introdujo por moción parlamentaria de 24 de octubre de 1994, en la Cámara de Diputados, de manera que tuvo una extensa tramitación en el Parlamento.

<sup>6</sup> La inclusión del acoso sexual en el Código del Trabajo es anterior al reconocimiento que la misma legislación laboral otorgó al fenómeno del acoso laboral o *moobing*, que recién fue introducido al Código del Trabajo con la dictación de la Ley N°20.607, de 2012, que modificó el artículo 2° añadiendo el concepto de acoso sexual, otorgándole a ambos fenómenos un tratamiento legal similar, en especial en cuanto a los remedios judiciales y sus sanciones.

<sup>7</sup> Sin embargo, desde el punto de vista del combate contra la violencia de género, no podemos soslayar el cuestionamiento de su eficacia preventiva. En Chile, según las estadísticas de la Dirección del Trabajo, las denuncias por acoso sexual recibidas a nivel nacional aumentaron en forma constante desde el año 2005, fecha en que entró en vigencia la ley. Un estudio hecho en base al análisis de 154 denuncias de este tipo recibidas el año 2007 en la Región Metropolitana informó que 90,8% de ellas fueron hechas por mujeres (Observatorio de Equidad de Género en Salud (OEGS). *Informe monográfico 2007-2012. Violencia de Género en Chile*. Organización Panamericana de la Salud. Oficina Regional. Chile. 2013). Y, al día de hoy, se dispone de datos que permiten construir al menos un indicio grave en el sentido que la tipificación legal no ha tenido incidencia en la reducción de casos de acoso sexual, ni tampoco ha ayudado mayormente a tomar conciencia efectiva del problema. En efecto, a tres lustros de la publicación de la ley, existen estudios que establecen que en Chile aproximadamente 5 de cada 10 mujeres han sufrido alguna situación de acoso sexual laboral durante su vida. Es decir, la mitad de la fuerza laboral femenina. De las cuales un 47,1%, casi la mitad, no lo identifican como violencia sexual (<https://www.ocac.cl/wp-content/uploads/2020/07/Resumen-ejecutivo.pdf>).

la víctima aceptó el acto de hostigamiento. De modo que en este trabajo se proponen criterios de interpretación para aportar a la obtención de soluciones justas en el entendido que, sin pretender deconstruir los contenidos jurídicos involucrados, resulta prudente determinar el sentido y alcance de una norma, en especial si tras ella se puede esconder un “efecto disciplinante del lenguaje que se presenta como neutral y transparente”.<sup>8</sup>

### **A. Los orígenes normativos del acoso sexual**

Desde sus orígenes, el acoso sexual era observado como un caso de discriminación, pudiendo descubrirse sus antecedentes en una construcción jurídica demandada por la sociedad civil norteamericana y grupos feministas, quienes asentaron en el constructo la idea de la existencia de una discriminación por género con el objeto de obtener prestaciones sexuales, como así también como un forma de emplear el sexo como un medio para conservar el poder y status.<sup>9</sup>

Una de las manifestaciones culturales más arraigadas que explicitan la consolidación de la histórica posición de subordinación de la mujer respecto del hombre (poder de género) es la existencia de estereotipos o construcciones culturales que categorizan a las personas de acuerdo a determinados rasgos en relación con otros. En el caso del acoso sexual operan estereotipos donde se asume lo femenino como sinónimo de objeto sexual, en posición infra ordenada respecto del hombre. Recordemos en este punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado sobre el punto que “La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”; “el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. (...) Es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas”.<sup>10</sup>

No toda la violencia que padecen las mujeres en un contexto de relación laboral es violencia de género. No se trata solo de aquella que es una consecuencia de las relaciones de poder en las organizaciones, sino de la que está conectada con un sistema de estratificación de género. Es por este motivo que, como veremos, en el derecho internacional el acoso sexual se vincula, primero, a una forma de discriminación, y posteriormente, se le reconoce como una de las formas que adopta la violencia contra la mujer.

### **B. Normativa Internacional en materia de acoso sexual**

Uno de los primeros antecedentes concretos que podemos mencionar consiste en el acordado en 1967, cuando los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron la Declaración sobre la Elimina-

---

<sup>8</sup> SZTAINSZRABER (2019), p. 60.

<sup>9</sup> DOMÍNGUEZ et al (2014b), p.46.

<sup>10</sup> Caso González y otras “Campos Algodoneros” con México (2009).

nación de la Discriminación contra la Mujer, que establece que esta forma de discriminación constituye una ofensa a la dignidad humana y pide a los Estados que adopten medidas para “abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer, y para asegurar la protección jurídica adecuada de la igualdad de derechos del hombre y la mujer”.

Menos de un año después se propuso la elaboración de un tratado sobre los derechos de la mujer jurídicamente vinculante. Así, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y ratificada por Chile el 07 de diciembre de 1989<sup>11</sup>. La Convención describe la naturaleza y el significado de la discriminación por motivos de sexo y establece la obligación de los Estados de eliminarla y conseguir una igualdad sustantiva, además de la obligación de los Estados de abordar no sólo las leyes discriminatorias, sino también las prácticas y costumbres, así como la discriminación de la mujer en el ámbito privado.

El artículo 1 define la discriminación como “*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”. Tal discriminación abarca cualquier diferencia de trato por razones de sexo que perjudique a la mujer, sea o no de manera intencionada; impida que la sociedad en conjunto reconozca los derechos de la mujer en las esferas privada y pública; impida a las mujeres ejercitar sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Se reconoce al acoso sexual como una forma de discriminación que afecta desproporcionadamente a las mujeres y que vulnera sus derechos humanos. Con posterioridad, se entendió como una manifestación de la violencia contra la mujer que constituye una forma extrema de discriminación. Así, El Comité de la Cedaw ha señalado que “*la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre*”, identificándose al acoso sexual como “*una de sus múltiples manifestaciones*”.<sup>12</sup>

En el mismo orden, debe señalarse que la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, establece que por “*violencia contra la mujer*” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. Y se establece que dentro de tal concepto se encuentra “*La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, y en otros lugares*”.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Decreto N° 789, de 1989.

<sup>12</sup> El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer fue establecido por medio del artículo 17 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 6 de octubre de 1999. Fue firmado por Chile el 10 de diciembre de 1999 y ratificado recién el 12 de marzo de 2020.

<sup>13</sup> Artículos 1, 2 y 4 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por medio de la Resolución de

En el Sistema Interamericano de Derechos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también denominada “Convención de Belém do Pará”,<sup>14</sup> a diferencia de la Cedaw que se centra más en el eje de la discriminación, tiene su norte en la erradicación de toda forma de violencia contra la mujer y fue impulsada por la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM).<sup>15</sup>

Este instrumento establece que la discriminación contra la mujer es, en realidad, un acto de violencia, una violación a los derechos humanos de las mujeres y una ofensa a la dignidad humana, pudiendo ser tal cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Este fenómeno incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad y comprende, entre otros, violación, abuso, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y *acoso sexual en el lugar de trabajo*.

El artículo 6, prescribe que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. Y el artículo 9, estatuye que para la adopción de las medidas a que se refiere este instrumento, los Estados Parte tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de una situación socioeconómica desfavorable.

## II. CONFIGURACIÓN DEL ACOSO SEXUAL LABORAL

Como se viene describiendo, el acoso sexual en el trabajo es una conducta discriminatoria de naturaleza pluriofensiva, pues atenta contra diversos derechos fundamentales de la mujer, como la libertad y la igualdad, y que reproduce la posición política e históricamente subordinada que tiene lo femenino frente a lo masculino.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, suscrita en Estambul el 11 de mayo de 2011, lo describe como toda forma de comportamiento *no deseado*, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Recientemente, el Convenio 190 de la OIT<sup>16</sup> reconoce que la violencia y el acoso en el mundo del tra-

---

la Asamblea General 48/104, del 20 de diciembre de 1993.

<sup>14</sup> La Convención fue ratificada por el Estado de Chile el 24 de octubre de 1996 y promulgada mediante decreto número 1.640, de 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

<sup>15</sup> Este es un órgano que forma parte de la Organización de Estados Americanos (OEA).

<sup>16</sup> Conferencia Internacional del Trabajo. 108ª reunión, Ginebra, de junio de 2019, no ratificado por Chile. Debe analizarse con la Recomendación pertinente (No. 206). Resulta interesante consultar, además, los convenios N° 100 (1951) relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; N° 111 (1958) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación; y N° 156 (1981) sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre traba-

bajo pueden constituir una violación o abuso de los derechos humanos, y constituyen una amenaza para la igualdad de oportunidades, siendo por tanto fenómenos inaceptables e incompatibles con el trabajo decente. El Convenio no contiene un concepto de acoso sexual, aunque este se puede deducir de su artículo 1. En éste se define la violencia y acoso en el mundo del trabajo como un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o que sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico. Dicho concepto incluye a la violencia y el acoso por razón de género, que se definen como aquellos que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, incluyendo en dicho concepto al acoso sexual. De acuerdo con lo expuesto, el acoso sexual se podría definir como: (1) un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o que sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico; (2) que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado; y, (3) con carácter sexual. La *“laboralidad del acoso viene dada porque ocurre durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, lo que incluye (según se dice en su artículo 3): (a) en el lugar de trabajo; (b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde este toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; (c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación; (d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información (ciberacoso); (e) en el alojamiento proporcionado por el empleador; y (f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo (acoso in itinere)”*.<sup>17</sup>

## **A. Elementos que configuran el acoso sexual laboral**

### **1. Sujetos involucrados en el acoso sexual laboral**

El acoso sexual involucra naturalmente a los sujetos de la relación laboral (empleador y trabajador-a). Pero quien ejerza las facultades de organización, dirección y disciplina dentro de la empresa, será capaz de lesionar la dignidad de una persona o crear un ambiente hostil o humillante. Por eso la doctrina tiende a igualar al empleador a quienes ejercen en los hechos un poder similar o detentan una situación de “superioridad por analogía”<sup>18</sup>. También pueden ocasionarlo otros participantes del ambiente de trabajo, por ejemplo, los compañeros de trabajo, los trabajadores subcontratados y los suministrados.

En cuanto al sujeto pasivo, el acoso sexual puede afectar a cualquier persona, incluso se protege al trabajador que busca empleo y al que está en procesos de formación y capacitación. Pero, en lo que

---

adores y trabajadoras.

<sup>17</sup> LOUSADA (2020a), p. 75.

<sup>18</sup> V.Gr., el hijo del empresario que colabora con su padre, asesorando su política de personal, sin desempeñar funciones precisas en el organigrama de la empresa. BAYLOS Y TERRADILLOS (1997), p. 202.

nos interesa, aqueja en forma preponderante (o desproporcionada) a la mujer trabajadora.<sup>19</sup> Además, pueden sufrirlo aquellos que pertenezcan o se identifiquen con un género que no sea el dominante en la sociedad, y también pueden ser víctimas los hombres. En efecto, el acoso necesita para nacer sólo un germen de poder, y donde existan relaciones humanas, habrá relaciones de poder. Como lo denomina Foucault en la “microfísica del poder”, éste se ejerce en lo cotidiano, y no hay nada más cotidiano que las relaciones humanas.<sup>20</sup>

## 2. Tipología del acoso sexual laboral

El término aúna conductas de diversa naturaleza, tanto verbales como físicas, e incluye el uso de amenazas. La tipología más frecuentemente utilizada reconoce dos tipos denominados comúnmente chantaje sexual y acoso sexual ambiental.

El chantaje sexual o acoso *quid pro quo* (“esto a cambio de eso”) es una especie de hostigamiento que adquiere la forma de extorsión, que será el producido por un superior jerárquico o por alguna persona que pueda incidir sobre el empleo y las condiciones de trabajo de la persona acosada. Este tipo de acoso consiste en un chantaje por el cual se obliga a una trabajadora a elegir entre someterse a los requerimientos sexuales o perder algún beneficio laboral o incluso el propio empleo. Por su parte, el acoso sexual ambiental lo constituye una conducta de hostigamiento sexual que genera para la víctima un entorno laboral intimidatorio, humillante u hostil, sin que se requiera que el acosador ofrezca ventajas laborales. Este tipo tiene como sujeto activo alguien no superior jerárquicamente.<sup>21</sup>

En el mismo orden, el acoso sexual puede ser horizontal y vertical, es decir, entre compañeros de trabajo o por conductas de superiores jerárquicos.

## 3. El hostigamiento sexual en el trabajo

Ahora bien, el desarrollo de los estudios acerca del acoso sexual, permiten superar los conceptos más tradicionales, dando paso al establecimiento de tipos de acoso sexista, en referencia a aquellos actos de desprecio hacia lo femenino, aun sin suponer requerimientos sexuales.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> GAMONAL y UGARTE (2021), pp. 53-54.

<sup>20</sup> FOUCAULT (2019), pp. 172-173.

<sup>21</sup> CUENCA (2014), pp. 125-149.

<sup>22</sup> Como ejemplo, se puede citar un caso real ocurrido en España, el 26 de mayo de 2009 en el curso de una entrevista de trabajo, oportunidad en que los empleadores preguntaron a la aspirante, casada y madre de dos menores, por su situación personal y le hicieron presente las dificultades que tendría para encontrar colegio para sus hijas y para que su marido consiguiera trabajo y le advirtieron que no querían a alguien que se cogiera una baja por maternidad, teniendo que confesar la postulante que se había ligado las trompas y que no podía tener más hijos. Al cabo de las entrevistas, fue seleccionada para cubrir el puesto otra candidata que a las mismas preguntas respondió que no tenía pareja ni hijos. La sentencia estableció, en lo pertinente: “Hemos dicho que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano. Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por ello, partiendo de que los tratos

Así, se ha hecho necesario distinguir entre el acoso sexual propiamente tal y el hostigamiento sexual, cuya diferencia reside en el número de sistemas de estratificación involucrados. Así, mientras que en el acoso sexual existe una jerarquía (de poder) de género entre pares, en el hostigamiento sexual encontramos -al menos- una doble jerarquía: la laboral y la de género. Éstas, como postularía el feminismo interseccional, interactúan asimismo con otros sistemas de estratificación, como el étnico, el heteronormativo o el de clase. Identificándose actualmente tres dimensiones del fenómeno, en función de la naturaleza de los actos y la intención de los mismos: a) acoso de género, sexismo o acoso ambiental; b) atención sexual no buscada, y c) coerción sexual.<sup>23</sup>

El acoso basado en el género se refiere a conductas de carácter verbal o no verbal sin intención de lograr *algo sexual*, pero que reproducen actitudes insultantes, hostiles y degradantes. Ejemplos de esta situación serían salvapantallas de computadora con imágenes de mujeres desnudas o sexualizadas, gestos simulando el cuerpo de una mujer, frases de contenido sexual, indicar que alguien *anda en sus días* o que *necesita una cogida*, entre otros. La atención sexual no buscada puede ser de naturaleza verbal o no verbal, y producirse de modo presencial o virtual. Incluye, entre otros, comentarios obscenos y no requeridos sobre la apariencia física, como, por ejemplo, los asociados al tamaño de alguna parte del cuerpo, preguntas sobre la vida sexual, tocamientos, intenciones de mantener relaciones sexuales, regalos con connotación sexual, y envío de imágenes sexuales. Finalmente, la coerción sexual y el abuso sexual incluyen las expresiones de violencia sexual más severas (violación, intento de violación), así como amenazas, castigos y premios asociados a intercambios sexuales. Estos dos últimos casos son los que se conocen como *quid pro quo*. Por eso se dice que el chantaje sexual es una especie de hostigamiento.

En este sentido, la doctrina nacional ha señalado que “*el acoso u hostigamiento por ambiente sexista, corresponde a la creación de un ambiente laboral intimidatorio, hostil o humillante basado en estereotipos o prejuicios asociados al sexo, género, orientación o identidad sexual. Por ejemplo, expresiones fundadas en el desprecio al sexo femenino y en estereotipos asociados al género de la mujer como objeto de satisfacción sexual para el hombre o de inferioridad respecto de éste. Y con la inclusión del hostigamiento por atención sexual indeseada lo que se intenta es que no se entiendan sin cobertura conductas de evidente connotación sexual pero que no son exactamente una solicitud de sexo. Así, este ilícito se ha explicado por medio de un catálogo de conductas como: intentar que personas participen de conversaciones de contenido sexual, realizar comentarios sexuales, especial amabilidad, miradas reiteradas y observar clandestinamente*”.<sup>24</sup>

## **B. La relación amorosa como objeto de protección**

Como hemos visto, nuestro Código del Trabajo únicamente contempla la extorsión como acoso se-

---

*desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita*”. STSJ de Canarias de 7 de abril de 2014. Recurso de suplicación interpuesto contra Sentencia de fecha 24 de mayo de 2011 dictada en los autos de juicio nº 0000490/2010-00 en proceso sobre Derechos-cantidad.

<sup>23</sup> Tipología sobre la base de lo descrito por FRIAS (2020), pp. 38 (112), 103-139.

<sup>24</sup> MARZI (2018), p. 207.

xual, consagrando una concepción bastante restringida, lo cual no implica que se excluyan otras formas de acoso.<sup>25</sup>

Sin embargo, esta constatación nos permite destacar que sólo será en esta categoría donde se justifica la existencia de la falta de consentimiento como integrante del concepto de acoso sexual, para distinguirlo de las relaciones amorosas lícitas. Pues este elemento no tendrá mayor relevancia frente a los actos de hostigamiento sexual, es decir, en casos de acoso ambiental o de atención sexual no buscada. En efecto, en estas situaciones, las conductas no van dirigidas a un acosado en particular, y su efecto de menoscabar el ambiente de trabajo se vincula no sólo a la afectación de las condiciones laborales en que se desempeña la víctima, sino también de sus derechos fundamentales, al tratarse de actos de discriminación, lo cual convierte en inútil la indagación en relación a un eventual deseo de la víctima de aceptar tales condiciones, ya que ninguna circunstancia permite justificar su aparición.

Ahora bien, en el ámbito de un requerimiento sexual será necesario indagar, de acuerdo a la ley, acerca de la existencia del consentimiento de la víctima a objeto de descartar la existencia del ilícito. Aunque en realidad es más adecuado referirnos al *deseo* de la víctima, pues la expresión *consentimiento* está tomada de concepciones civilistas que no resultan aplicables a la interpretación de normas que garantizan derechos fundamentales, y su uso conlleva el riesgo de analizar la cuestión desde una perspectiva de protección a las relaciones de naturaleza comercial y arribar con ello a conclusiones erróneas, estableciendo, por ejemplo, que es posible obtener la voluntad de la víctima de manera tácita o bajo ciertas circunstancias no definidas *a proiri*, o bien -en definitiva- otorgar mayor relevancia a la voluntad declarada por sobre la real.<sup>26</sup>

Entonces, resulta más adecuado hablar de *ausencia de deseo*, pues en general los autores justifican la existencia de este requisito como aquel que permite marcar diferencias entre la seducción y el acoso propiamente tal,<sup>27</sup> especialmente el acoso *quid pro quo* que consagra el Código, en que se podrá observar más nítidamente el dilema de la víctima de aceptar o sufrir una represalia.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “requerir” consiste en “solicitar, pretender, explicar su deseo o pasión amorosa”. Esto nos sitúa en el presupuesto que tuvo en vista el legislador para establece la falta de deseo como requisito del acoso sexual, pues se tuvo en vista el problema de la reiteración, en cuanto, estimándose legítima una proposición amorosa, se consideraba que la insistencia lo convertía en acoso. Por eso puede sostenerse que, en principio, el acoso exige reiteración,

---

<sup>25</sup> El concepto legal también abarca el acoso sexual por ambiente hostil, dado que el concepto “requerimientos de carácter sexual” es omnicompreensivo, y en el entendido que el acoso laboral es contrario a la dignidad, situación que comparten todos los tipos de acoso. En todo caso, el acoso sexual por ambiente hostil no es completamente ajeno a nuestra realidad jurídica. En efecto, la Excma. Corte Suprema, el 19 de junio de 2018, dictó un Auto Acordado (Acta 103-2018), que fija el procedimiento de actuación para la prevención, denuncia y tratamiento del acoso sexual en el Poder Judicial Chileno, en cuyo artículo 1º define el acoso sexual, yendo más allá de la definición legal, como una manifestación de violencia de género contraria a la dignidad humana, y entiende por tal el que una persona realice por cualquier medio (verbal, no verbal, físico) uno o más requerimientos de carácter sexual no consentidos por quien los recibe, que tienen el efecto de amenazar o perjudicar su situación laboral, sus oportunidades en el empleo o *generan un ambiente de trabajo intimidante, hostil, abusivo u ofensivo*. Y considera como tales, además, *las acciones de hostigamiento laboral originadas o derivadas de conductas de acoso sexual*.

<sup>26</sup> ALESSANDRI (1991), p. 182-189.

<sup>27</sup> GAMONAL (2005a), p. 155.

sin perjuicio que la doctrina ha señalado que un hecho aislado, de carácter grave, puede constituir por sí mismo un caso de acoso sexual.<sup>28</sup>

Sin embargo, creemos que sancionar la “insistencia” del acosador no representa una interpretación que tienda a garantizar los derechos fundamentales de la víctima, pues con ello no se persigue garantizar su autonomía frente al agresor, sino únicamente promover, desde una perspectiva androcentrista, la existencia de relaciones amorosas que se consideran lícitas en el ambiente de trabajo, especialmente aquellas que son fruto de la *conquista*<sup>29</sup> del varón a la mujer, lo cual se afianza en construcciones culturales (como el “Amor Romántico”), que sobre la base de prejuicios concibe al varón como un sujeto hábil, que imprime virtud en la labor de conquista amorosa; mientras que a la mujer se la cosifica, como sujeto-objeto de deseo.

En este sentido, resulta interesante indagar en la historia de la ley,<sup>30</sup> acerca de las raíces discursivas del debate legislativo, que separar las relaciones sentimentales que se consideraban adecuadas, de aquellas que se consideraban repudiables, donde se ubica la insistencia frente a una negativa inicial. En efecto, los argumentos vertidos durante la tramitación del proyecto de Ley 20.005, indican que parecía relevante establecer el consentimiento de la víctima como una causal de exclusión del acoso fundada en la existencia de aparentes vínculos que naturalmente surgen en el ámbito relacional. Así, se señaló que *“No se trata en realidad de determinar si el comportamiento es o no ofensivo, sino de saber si es bien acogido por una persona dada. Esto contrasta con otros tipos de acoso u hostigamiento basado en característica raciales, étnicas o religiosas, con respecto a las cuales no suele ser difícil decidir que un acto concreto es una forma de acoso, ya que en sí mismo se trata de un comportamiento ofensivo”*.<sup>31</sup>

De esta manera, se entendía como aceptables ciertas conductas que pudiesen constituir actos propios de la “conquista sexual”. Por ejemplo, el señor René Manuel García sostuvo: *“Mucha gente debe aceptar vejámenes con tal de conservar su trabajo. Eso sí que es denigrante para la persona; pero no que la piropeen, que la saluden, que le digan “que viene buenamoza”, porque esas cosas son agradables para una mujer (...) Perdónenme las señoras diputadas. Cuando ustedes se levantan en la mañana, ¿cuánto tiempo se demoran en ponerse un traje, en maquillarse y en mirarse en un espejo para asegurarse de que se ven bien? En consecuencia, debe ser frustrante que no les digan lo bien que se ven y que pasen inadvertidas como mujeres. Lo digo derechamente: debe ser atroz para una mujer que nadie se fije en ella, que no la miren y que sea una persona chantada en una oficina. Hablemos las cosas como son. No se trata de hacer insinuaciones a cada rato a las damas (...) Perdónenme pero, no tengo ningún empacho en decirlo, lo más lindo que hay en el mundo son las mujeres, y por esa misma lindura, hay que conservar el*

---

<sup>28</sup> GAMONAL (2005b), p. 154.

<sup>29</sup> El uso cotidiano de los conceptos puede ocultar un nefasto efecto normalizador. Así por ejemplo, se dice que el hombre debe “conquistar” a la mujer. Pues bien, según el Diccionario de la Real Academia Española, “conquistar” consiste en “Ganar, mediante operación de guerra, un territorio, población, posición, etc.”; y “ganar, conseguir algo, generalmente con esfuerzo, habilidad o venciendo algunas dificultades”.

<sup>30</sup> Para este apartado, se denomina “historia de la ley” a los fragmentos de la discusión parlamentaria durante la tramitación del Proyecto de Ley N° 20.005, y su contenido se puede consultar en el siguiente vínculo electrónico: <https://www.bcn.cl/historia-delaley/nc/historia-de-la-ley/5620>.

<sup>31</sup> Historia de la Ley 20.005. Informe de la Comisión de Trabajo. p. 7.

*respeto que debe tenerseles a quienes nos dieron la vida; pero eso no se hace por ley, sino que mediante la enseñanza en los colegios”.*<sup>32</sup>

El diputado señor Juan Pablo Letelier, por su parte, señaló: *“Me parece bien que haya una ley que defienda a las secretarias, que juegan un papel fundamental en nuestra sociedad y que, si no tienen interés en enamorarse de su jefe -porque algunas lo tendrán, junto con rechazar sus proposiciones de carácter sexual, tengan derecho a denunciarlo. Es dramático tener que reconocerlo, pero, en nuestro medio, lo primero que pasa por la mente de los hombres cuando están frente a una mujer ejecutiva es algo real. Es como ese dibujo que se atribuye a Freud. Insisto, es lamentable reconocerlo, pero es real. (...). Lo que debemos hacer como sociedad, y en particular como Congreso, es dar una señal clara de que cuando hay una conducta sexual no deseada por una empleada, el empleador debe desistirse, y si insiste, debe ser sancionado”.*<sup>33</sup>

La diputada señora María Angélica Cristi, a su vez, dejó indicado lo siguiente: *“Deseo destacar que la actitud de la mujer es muy importante. Las mujeres, cuando son seguras de sí mismas; cuando han sido criadas en un mundo asertivo; cuando tienen la personalidad de rechazar desde un principio un acercamiento de este tipo, nunca van a tener problemas. Por eso soy partidaria de que se eduque a las personas desde muy pequeñas; como en el mundo de las secretarias, para que las mujeres aprendan a ser asertivas. Cuando una mujer es capaz de enfrentar a un hombre desde el primer momento con un “no” claro y preciso, posiblemente no va a ser víctima de acoso. Por el contrario, cuando una mujer dice “no” con elástico, va a ser víctima de acoso. El “no” con elástico se manifiesta frente a una insinuación, a una invitación, diciendo: “Bueno, hoy no puedo porque debo llegar a mi casa temprano; hoy no puedo porque me duele la cabeza; hoy no puedo porque debo estudiar”, con lo cual, a lo mejor, deja abierta la posibilidad para otro día. En esas circunstancias, esa mujer ya dio el paso para que quien la acose tenga la posibilidad de volver a molestarla (...).”*<sup>34</sup>

Entonces, no puede dejar de concluirse que al introducirse la falta de consentimiento en el concepto de acoso sexual, parecen existir ideas preconcebidas acerca del rol que le corresponde a cada sexo en la relación amorosa. A la mujer, la función de ser abordada y seducida por el varón que, a su vez, no logrando controlar sus impulsos sexuales “naturales”, acomete a la mujer, objeto de deseo, utilizando medios de diversa naturaleza destinados todos a vencer la barrera de protección de esta última. De modo que, si el hombre tiene éxito en el acto de conquista, se valida con sus pares, en cuyo caso no estaremos frente a un acoso, pues la mujer logró ser legítimamente seducida, en el marco de las reglas del juego amoroso.

Pero este afán aparentemente inocuo, parte de una concepción errada, en cuanto no considera la estratificación propia de la relación entre el empleador y la víctima, ni la subordinación histórica de lo femenino versus lo masculino. Es decir, omite que se trata de una relación de poder en donde la

---

<sup>32</sup> Historia de la Ley 20.005. Discusión en Sala. pp. 57-59.

<sup>33</sup> Historia de la Ley 20.005. Discusión en Sala. p. 79-80.

<sup>34</sup> Historia de la Ley 20.005. Discusión en Sala. p. 92-93.

víctima no tiene plena autonomía. Además, lo anterior conduce a la normalización de conductas que aun siendo indebidas parecen estar justificadas o amparadas si son “aceptadas” o por el contexto en que se desarrollan, como los actos de “caballerosidad”. Pero esto, lejos de reforzar la facultad de consentir, la debilita, pues deja entregada a la víctima la consideración de los límites, a pesar de que puedan tratarse de conductas que objetivamente constituyan acoso.

El tratamiento del acoso sexual en Chile obliga a reconducir la discusión hacia qué es lo relevante de proteger, ¿el consentimiento como acto final de aceptación de la relación amorosa?; ¿o evitar un ambiente sexista, con el fin de resguardar la dignidad de la víctima?

### III. ELEMENTOS PARA LA REELABORACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La figura del acoso sexual no puede constituir una mera sanción frente a la insistencia masculina en la relación amorosa. Por esto, no tendrá mayor relevancia la aceptación o rechazo inicial del requerimiento, sino descubrir si la víctima sufrió un comportamiento sexual que en realidad no deseaba. En algunos casos, incluso, esto ha llevado a que se excluya el elemento del consentimiento de las definiciones de acoso sexual, intentando imprimir elementos más objetivos a la conducta, y así se ha entendido que constituye acoso sexual “*toda conducta verbal o física de naturaleza sexual, cuyo autor sabe o debería saber que es ofensiva para la víctima*”, lo que se justifica -de acuerdo a algunos autores- para evitar la tendencia a culpabilizar a las mujeres víctimas de provocar sexualmente a sus acosadores.<sup>35</sup>

Recordando que el acoso sexual responde a un fenómeno mayor de violencia sexual hacia la mujer, y que en el ámbito del trabajo reviste mayor gravedad producto de la relación subordinada de la víctima, se colige que no es posible exigir consentimiento a quien no tiene plena autonomía para manifestarlo. Así, no puede tener relevancia, para calificar y sancionar esta práctica, la intención seductora que manifieste el agresor, pues habrá situaciones en que dicha finalidad lasciva estará ausente, como cuando la violencia está motivada exclusivamente en castigar o humillar a la víctima en su ámbito de trabajo, de modo que no aminora el reproche del ilícito la constatación que el varón incurrió en acoso tras la búsqueda de la aceptación femenina. Y, a la inversa, la tipificación no puede conducir a indagar acerca de la existencia de la voluntad de la víctima, como causal de justificación al momento de calificar la fenomenología del acoso sexual, pues lo relevante es el efecto degradante que se produce en la víctima que de por sí es indeseado. Una atenta lectura del artículo 2° del Código del Trabajo nos conduce a entender que la acción “*no consentida*”, entendida como lo “*indeseado*”, “*amenaza o perjudica la situación laboral o las oportunidades de empleo*” de la víctima, sin necesidad de establecer la legitimidad del accionar del varón ni la existencia de indicios de aceptación de parte de la víctima.

#### A. El carácter indeseado de la conducta

En nuestro ordenamiento esta materia no fue profundamente discutida antes del establecimiento de la ley, sin embargo, durante el debate parlamentario se presentó una indicación por el Senador

<sup>35</sup> MARTÍNEZ (2001a), p. 95.

Viera-Gallo, manifestando que existiría acoso sexual cuando una persona realice en forma reiterada e indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, *no deseados* por quien los recibe. Aunque, se subrayó que no sería adecuado sostener que el acoso ha de ser una conducta “*indeseada*” por la afectada, ya que no era posible determinar tal aspecto (fuero interno). Por eso se prefirió dejar establecido que la conducta no debía ser “consentida” por la agraviada.<sup>36</sup>

Sin embargo, en doctrina parece haber consenso en que el acoso sexual implica la existencia de conductas de naturaleza sexual indeseadas por la víctima y que afectan o amenazan su dignidad en el trabajo, incidiendo negativamente en su situación laboral. Mackinnon lo define como “*la imposición indeseada de sollicitación sexual en el contexto de una relación de poder desigual*”.<sup>37</sup> En Chile, la profesora Irene Rojas Miño ha señalado que gracias a la colaboración del Derecho Internacional del Trabajo, del Derecho Comparado del Trabajo y de la doctrina laboralista, este concepto se ha ido poco a poco delimitando, hasta llegar hoy a ser entendido como aquella “*conducta de naturaleza sexual indeseada por quien es sujeto pasivo de la misma*”.<sup>38</sup>

La idea de la ausencia de voluntad en la víctima parece estar en el origen del concepto, pero conducido más bien a establecer la verdadera intención de la misma, más que a determinar la voluntad externamente formalizada.

La Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de Estados Unidos (“*Equal Employment Opportunity Commission*”), postula que las proposiciones indeseadas y otras conductas físicas o verbales constituye acoso sexual cuando, entre otras alternativas, la aceptación o rechazo de tal conducta por una persona es utilizada como base de una decisión afectante a la relación laboral en sí.<sup>39</sup>

De modo que el solo hecho de recibir el requerimiento sexual en un ambiente de subordinación económica y funcional, es decir, en un contexto de poder que limita las posibilidades de desempeñarse autónomamente, afecta las condiciones laborales de la víctima. En este contexto, lo verdaderamente amenazante o perjudicial consiste en el hecho de someter a la víctima al dilema de externalizar una opción que no buscó (aceptar o rechazar). Por eso se sostiene que no es el consentimiento, sino el deseo libremente manifestado el que revela la verdadera voluntad de la víctima, lo cual debe observarse en la conducta activa del sujeto pasivo, debiendo descartarse que el silencio o la mera pasividad constituyan deseo.

No obstante la definición legal contenida en el artículo 2º del Código del Trabajo, esta concepción no debe resultar del todo ajena, pues sus propios antecedentes permiten afianzarla. En efecto, uno de los precedentes corresponde a la ley de Costa Rica que define el acoso u hostigamiento sexual como “*toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada y que provoque efectos perjudiciales*”

---

<sup>36</sup> Historia de la Ley 20.005. Segundo Informe Comisión de Trabajo, pp. 223 y 231.

<sup>37</sup> PÉREZ Y RODRÍGUEZ (2013a), pp. 195-219.

<sup>38</sup> WALKER Y LIENDO (2005), pp. 9-18.

<sup>39</sup> GAMONAL Y UGARTE (2012b), p. 6.

(...).<sup>40</sup> Del mismo modo, la Recomendación de 1991 de la Comisión Europea relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, señala que esta conducta resulta inaceptable “si es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma”.<sup>41</sup> En general, entre los antecedentes consultados en la historia de la ley 20.005, se tomaron como modelos las definiciones legales de Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Nueva Zelanda y Suecia, entre cuyos requisitos o elementos comunes para tipificar las conductas como ilícitas, estaba el que se tratara de comportamientos sexuales no *deseados* por la persona a la que van dirigidos.<sup>42</sup>

El carácter indeseado y ofensivo de la conducta, que deben ser analizados en el caso concreto, permiten entender que, en el marco de una relación de trabajo, para una mujer no será deseado lo que no fue buscado; que, por regla general, no será consentido aquello que no es deseado; pero también que puede resultar ofensivo todo aquello que es indeseado, aun cuando se haya formalmente consentido. Sentencias que conducen a colegir que en este ámbito laboral no puede presumirse el deseo, e incluso existiendo una voluntad expresa, no necesariamente ésta es una representación del deseo real y efectivo, pues su manifestación pudo estar justificada en evitar un perjuicio en la situación laboral de la víctima.

El carácter indeseado de la conducta nos permite volver a los fundamentos originales del fenómeno. No debemos olvidar que al acoso sexual es una manifestación de la violencia contra la mujer. Wise y Stanley señalan que el acoso sexual es una “*intrusión indeseada y no buscada, por parte de un hombre, en los sentimientos, pensamientos, conductas, espacio, tiempo, energías y cuerpo de una mujer* (Wise y Stanley, 1992: 36)”. Suponer que hombres y mujeres pueden ser personas acosadoras y acosadas es un ejercicio de ocultamiento de la marcada dimensión de género de la problemática”.<sup>43</sup> En suma, reconocer que en el acoso sexual hay un conflicto de género que afecta la autonomía de la mujer y el principio de la igualdad efectiva, es parte de la solución.

## **B. La antijuridicidad objetiva de la conducta**

Tradicionalmente, la ofensividad de la conducta puede ser analizada desde un doble aspecto: uno objetivo, en que el acoso sexual resulta ofensivo al ser atentatorio a la dignidad de la persona; y, por otra parte, en un sentido subjetivo, que atiende a lo indeseado para la víctima, elemento que (como vimos) se asocia a la reiteración del comportamiento sexual, luego de que la persona objeto de ella ha manifestado que le resulta indeseable, lo que transformaría dicha conducta en acoso.<sup>44</sup>

Sin embargo, sobrevalorar el elemento subjetivo, esto es, suponer que lo sancionable lo constituye la mera reiteración del requerimiento, resulta peligroso. Primero, porque no resulta determinable con

<sup>40</sup> Ley No 7.470 de 1995, ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, artículo 3°. Historia de la Ley 20.005. Informe Comisión de Trabajo, p. 9.

<sup>41</sup> Historia de la Ley 20.005. Discusión en Sala, p. 188.

<sup>42</sup> Historia de la Ley 20.005. Informe Comisión de Trabajo, p. 8.

<sup>43</sup> PÉREZ Y RODRÍGUEZ (2013b), p. 199.

<sup>44</sup> QUEZADA (2012), p. 47.

certeza cuándo un acto se transforma en intolerable. Perfectamente puede constituir acoso un solo acto aislado; o bien una conducta en principio aceptada, puede devenir en inadecuada y ser objeto de una retractación por la víctima. En el criterio subjetivo subyace, a nuestro entender, la idea preconcebida que la mujer es “conquistable”, que supone el concepto voluble de la personalidad femenina, pues la negativa o la falta de aceptación se asimila a expresiones tales como, *aunque diga que no, en realidad sí lo desea*, o *sólo es cosa de tiempo*. Y, segundo, porque cosifica a la mujer en su rol receptivo frente al acometimiento sexual varonil.

Además, dejar entregada la antijuridicidad a la ausencia de voluntad de la víctima, parte de dos supuestos al menos discutibles en el contexto de una relación laboral. Primero, que la persona a quien se dirigió el requerimiento tuvo la oportunidad de rechazar. Y, segundo, que siempre es lícito un primer requerimiento. Lo cual parece tan errado como entender que en pleno desarrollo de una relación subordinada, llegará un momento en que la víctima aceptará, argumentando que es “natural” que en el ambiente de trabajo nazcan relaciones sentimentales.

Una última desventaja tiene la valoración subjetiva, que pareciera limitar la posibilidad de denuncia únicamente a la víctima, en tanto será sólo ella la que podrá determinar si los requerimientos indicados son o no consentidos. En circunstancias que parece adecuado que ese carácter pueda ser calificado también por terceros ajenos a la relación de poder en que se genera la vulneración.<sup>45</sup>

En este sentido, en nuestro derecho se ha observado una favorable inclinación hacia la determinación objetiva de la conducta sancionable. Así, la Dirección del Trabajo estableció en un dictamen que *“existe acoso sexual cuando una persona, ya sea el empleador u otro trabajador, efectúa o solicita requerimientos de naturaleza sexual al afectado(a), no consentidos por éste, amenazándolo en su situación y entorno laboral o perjudicándolo en sus oportunidades en el empleo”*.<sup>46</sup> Es decir, se otorga mayor consideración al resultado lesivo que provoca la conducta, más que a una negativa presumida a partir de la reiteración.

En este sentido, se pueden considerar “indeseados” los requerimientos sufridos por la víctima, aun cuando ésta no los hubiere denunciado, atendiendo al resultado ofensivo, circunstancia que conduce a una correcta interpretación del silencio femenino. Así se ha fallado: *“En esta misma línea de análisis de los elementos de descargo, se evidencia una negación del fenómeno de violencia que expresa la conducta del jefe de unidad y se la reconduce erróneamente hacia el descrédito de la víctima, poniendo en duda los efectos nocivos que sobre su esfera personal han podido generar tales conductas. Así por ejemplo, la aseveración de la demandada conforme a la cual se intenta justificar las conversaciones porque “la mayoría de ellas se reducen a conversaciones entre dos personas adultas, donde no se advierte incomodidad, rechazo o contrariedad por parte de la supuesta víctima de acoso” omite que el único contexto reconocido en el proceso es que tales mensajes se originan y se sostienen como mensajes en el ámbito del trabajo y de las labores que les exigen comunicación y que no se evidencia en ellas la exis-*

---

<sup>45</sup> En este sentido, MUNDACA (2017), pp. 175-195.

<sup>46</sup> Dictamen Ord. No 1133/36 de 2005 de la Dirección del Trabajo.

tencia de un vínculo de amistad y de confianza. Quien se sale de ese contexto es el jefe, y no hay diálogo alguno, pues la subordinada no responde. No puede desprenderse de ese silencio que no haya incomodidad, rechazo o contrariedad, porque es una relación desigual, asimétrica donde ella tempranamente ya conoce además la concepción que exhibe su jefe sobre las mujeres y en un extremo, la reacción reprobatoria radical frente a ciertas acciones que cree incorrectas, cuando se refiere a otras profesionales (...). Lizama y Ugarte al repasar el espectro de reacciones posibles de la víctima, destacando la particularidad de la asimetría de poder existente en la relación de trabajo, señalan que basta que del contexto en que se produzca se deduzca inequívocamente la no aceptación del requerimiento, dentro de las cuales junto a acciones positivas de rechazo o denuncia, contempla la no contestación de las insinuaciones, mutismo que en el caso se aprecia como una conducta invariable de la demandante, quien se mantiene además utilizando los espacios de comunicación fundamentalmente para los fines profesionales para los que fueron creados. (...) Por ello, la extrañeza de la defensa sobre la falta de reacción o denuncia de la víctima tiene una explicación que entronca ya con las dificultades que para un trabajador común en posición subordinada y en necesidad de trabajar le significa reclamar por una situación injusta o un derecho conculcado durante la vigencia del contrato de trabajo, escenario inhibitorio que, en el caso, se refuerza por la posición particular de la víctima como sujeto de violencia de género en el encuadre de dualidad de poderes a que se ha aludido.”<sup>47</sup>

Entonces, si bien parece adecuado entender conceptualmente que el acoso sexual es una conducta indeseada, nos parece erróneo concluir que la sola negativa de la víctima excluye el ilícito laboral, manifestada implícita o explícitamente, si no se tiene certeza que aquélla es fiel reflejo de su fuero interno, lo que nos conduce a analizar los casos de validez del consentimiento.

### C. La validez del consentimiento

En principio, no debemos descartar un rechazo expreso, lo cual permitirá colegir con mayor nitidez la situación de acoso, no cabe duda.<sup>48</sup> Ahora bien, debemos constatar que en esta materia es fácil caer en consignas cuyo contenido no siempre resulta beneficioso para el objetivo protector que se persigue. Una de ellas es la que afirma que sólo cuando hay un sí explícito con el que se consiente una relación sexual, es posible saber con seguridad que se está frente a una relación sexual libre, consentida y deseada en la que no incurre ningún tipo de violencia, coacción o intimidación que permita aducir que el consentimiento prestado haya sido nulo o insuficiente. Esto es lo que se persigue establecer actualmente en España con la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que pretende

<sup>47</sup> Wells con Comunidad Hospital del Profesor (2018)

<sup>48</sup> En este sentido, por ejemplo, se puede mencionar el caso en que una mujer denunció en su trabajo, con claridad y por escrito, hechos constitutivos de acoso sexual sufridos por su persona y que provenían de un superior jerárquico, a quien identificaba, pese a lo cual el empleador demoró en dar inicio al pertinente proceso investigativo, como lo exige la ley, justificando su actuar en que por prudencia estimó necesario obtener previamente una ratificación de parte de la denunciante. Esta situación común se debe a que normalmente se pone en duda la versión de la víctima y se otorga mayor credibilidad al acosador, fundado en que podría tratarse de un “mal entendido”. Finalmente, en el ejemplo, la empresa fue sancionada con una multa administrativa de parte de la Dirección del Trabajo, por no dar curso oportunamente a la denuncia de acoso sexual efectuada por la víctima. Para consultar sobre los detalles del caso, se trata de la causa Rit I-2-2020 seguida ante el Segundo Juzgado de Letras de Coronel. El recurso de nulidad fue rechazado por la I. Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rit 349-2020, sección Laboral-Cobranza. La sentencia se encuentra firme y ejecutoriada y ambas están disponibles en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl).

impulsar el Ministerio de Igualdad, conocida como la Ley del “Sólo Sí es Sí”.<sup>49</sup>

En efecto, algunos movimientos sociales vinculados al feminismo comenzaron invocando el lema “no es no”, queriendo resaltar que la mujer debe decidir acerca de la relación que se le propone y de la forma en que lo recibe, de modo que si manifiesta claramente su intención de rechazo, su voluntad debe ser respetada. Sin embargo, a continuación, se estimó que un silencio también podría significar un rechazo, de manera que ante la imposibilidad de presumir la aceptación femenina, se prefirió la norma “sólo sí es sí”, para hacer notar que la ausencia de respuesta clara también constituye falta de aceptación.

Las anteriores consignas, empero, no terminan de explicar el contenido del consentimiento expresado, en particular porque evitan consideraciones en torno a las circunstancias o características en que dicha voluntad se expresa. En efecto, exigirle un “no” a una mujer sujeta a subordinación y dependencia, puede resultar un ejercicio ajeno a la realidad. Pero, un “sí”, aunque claramente manifestado, no necesariamente va a representar el verdadero deseo no declarado, pues pudo ser manifestado para evitar una represalia.

Es decir, habrá acoso sexual cada vez que exista un requerimiento rechazado por la mujer o no aceptado expresamente. Pero esto sigue dejando una opción de interpretación, en cuanto existe la idea, equivocada para nosotros, que la mujer puede llegar a ser convencida, fundada en una supuesta inestabilidad emocional (“dicen no cuando quieren decir que sí”), y porque su naturaleza es manifestar su disposición sexual hacia el varón.

Lo cierto que un “sí” o un “no” deben suponer la capacidad libre de la mujer de consentir en una relación sexual. Concordamos con la postura que indica que sólo un sí entre individuos libres e iguales, en pleno uso de sus facultades mentales, en un nivel similar de madurez intelectual, donde no se haya manifestado la más mínima insistencia o presión para obtener un sí a una relación sexual, es un sí. Y, en consecuencia, parafraseando la categorización de la filósofa española Ana Pollán, las situaciones de un “sí *inválido*”, que en realidad constituyen una *negativa*, serían las siguientes: a.- El sí a una relación sexual que se emita producto de un abuso de poder, coacción, intimidación, chantaje o amenaza; b.- El sí a una relación sexual que se emita después de haberse negado en varias ocasiones para evitar insistencia o en previsión de que su negativa puede provocar una reacción indeseable que comprometa su integridad física y/o emocional; c.- El sí a una relación sexual que se emita después del empleo de técnicas de chantaje emocional, por pacífico y exquisito que haya sido en las formas (un sí que emerja después de un “es que parece que no te gusta”, “es que me duele que me rechaces”, “es que voy a pensar que no te importo”, “es que no te das cuenta de cómo te quiero”, “es que no deberías ser tan reprimida y disfrutar más”, y otras variantes de chantaje emocional); d.- El sí a una relación sexual que se emita después de que un individuo del que depende económica o laboralmente le haya insinuado que su ascenso o certidumbre económica depende de permitirle el acceso sexual a ella

---

<sup>49</sup> POLLÁN (2020a), p. 1.

misma, aun cuando el agresor haya sido exquisitamente cuidadoso en sus formas.<sup>50</sup>

#### **D. El bien jurídico protegido**

Los Estados debieran combatir el acoso incluso por medio de sanciones penales, al menos en los casos en que se observe afectación o limitación a los derechos fundamentales y libertades de la víctima, tales como la vida, la libertad sexual, la integridad física o psíquica.<sup>51</sup>

Como sabemos, el proyecto original de la Ley N°20.005, incluía también la creación de un ilícito penal que sancionaban como una falta al que “*cometiera acoso sexual en contra de un subordinado o dependiente*”. Aunque en definitiva se prefirió no tipificar el delito de acosos sexual, las relaciones con el derecho penal permiten delimitar de mejor forma los contornos del bien jurídico protegido.

La doctrina nacional entiende que el valor relevante en ese caso, sería la libertad sexual y que cabe perfectamente en el instituto de las amenazas condicionales, en particular las referidas a un mal no constitutivo de delito (artículo 297 del Código Penal).<sup>52</sup> Aunque en una visión más protectora, el bien jurídico se entiende reconducido a la violación del derecho a la no discriminación por razón de sexo. En cualquier caso, debe descartarse la posibilidad de entender que el bien jurídico protegido sea la honestidad, pues un sistema no puede optar por defender una determinada práctica sexual, a partir de lo cual definir lo honesto y lo deshonesto; pues el derecho penal defiende bienes jurídicos y no categorías morales.<sup>53</sup>

Un estudio amplio del fenómeno del acoso sexual, sin rehusar a priori el ámbito penal, permite abarcar conceptos más genéricos, además de ampliar el ámbito de protección, teniendo presente que la contravención reside en el abuso del empleador de una superioridad que le confiere la ley o la situación fáctica y, al mismo tiempo, la producción de un resultado, es decir la amenaza de causar un mal a la víctima.

De hecho, en otros ordenamientos la tipificación del acoso sexual como delito ha conducido un doble efecto favorable. Por una parte, la necesidad de asimilar los conceptos laborales y criminales eliminando toda referencia a la falta de consentimiento de la víctima, por cuanto se entiende que el bien jurídico protegido ya no se trata sólo de la libertad sexual de la víctima. Y, por otra parte, ha promovido la prohibición del acoso no sólo en sede laboral, estableciendo una prohibición general en todos los espacios de poder.

Como explica Marzi, en España, debido a la tipificación del Código Penal del acoso como delito, hubo

---

<sup>50</sup> POLLÁN (2020b), p. 1.

<sup>51</sup> En este sentido, Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas 1997/44 de 11 de abril de 1997; 1998/52 de 1998; 1999/42 de 1999; 1000/45 de 2000; 2001/49 de 2001; y 2002/52 de 2002, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

<sup>52</sup> POBLETE (2018), p. 164.

<sup>53</sup> BAYLOS Y TERRADILLOS (1997), p. 199.

de ajustarse la definición aplicable en sede laboral, que era del estilo de la contenida en nuestro Código del Trabajo, esto es, centrada en el “no consentimiento”. De modo que una vez que el Código Penal incorpora el delito de acoso sexual, lo tipificado como “Art. 184.1: *El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión (...)*”. Sin exigir el “no consentimiento”, constituyéndose en una norma de avanzada, ya que el sentenciador debería centrar su análisis en el efecto que esta “solicitud sexual” produciría en el ambiente en que debía desempeñarse la víctima, funcionando como agravante, valerse de una jerarquía laboral, jerárquica o docente.<sup>54</sup> Esto condujo a que en 2007, la Ley 3/2007 definiera el acoso sexual prescindiendo del “requerimiento sexual” y del carácter no deseado. El artículo 7.1 regula: “*Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”. A su vez, el art. 7.2 define el acoso por razón de sexo como: “*cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”. Como se observa, en ambos ilícitos es el resultado lesivo, vale decir, el atentado a la dignidad y la generación de un ambiente intimidatorio, degradante y ofensivo, lo que configura la vulneración a bienes fundamentales.

#### **IV. PROPUESTA DE CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN**

Resulta relevante establecer criterios de interpretación que conduzcan a precisar el valor del deseo en un caso concreto de acoso sexual. No debe olvidarse que desde la mirada androcentrista del derecho, la voluntad de la mujer puede ser sometida por las “habilidades amatorias” del varón, lo que conlleva el riesgo de cargar en la víctima el deber de evadir a su agresor. Imponer a ésta la obligación de establecer límites, descansa sobre la base de criterios prejuiciosos, de acuerdo a lo que socialmente se espera de una *mujer educada*, y afecta la autonomía de la víctima, pues permite culparla de haber provocado o tolerado su agresión, cuando se tiene -por ejemplo- una conducta desinhibida o socialmente “provocativa”.

Parece importante conducir la problemática hacia la necesidad de reconocer que lo relevante no consiste en examinar si existió o no consentimiento en la víctima, lo que queda en evidencia si se reconocen casos que obliguen a otorgarle plena validez a la revocación o a la retractación de un consentimiento inicialmente otorgado. Parece más relevante examinar si en los hechos han existido objetivamente actos de contenido sexual o humillantes, que no pueden reconducirse a la autonomía sexual de la víctima, para lo cual se hace necesario establecer criterios que ayuden a delinear la voluntad femenina como centro de protección del derecho.

---

<sup>54</sup> MARZI (2018), p. 207.

### A. El criterio de la genealogía del consentimiento

Supiot llamaba la atención en cuanto a descubrir la “genealogía del derecho laboral”, de modo de hacer hincapié en aquello que constituye su “pre-historia”. Esto porque a veces se olvida su origen en las primeras sociedades humanas, aceptando la noción moderna introducida por la ideología económica, que lo entiende como un bien negociable y susceptible de ser medido en forma monetaria.<sup>55</sup>

Tal idea nos inspira a determinar la “genealogía del consentimiento”, intentando describir en breves palabras la conquista femenina que envuelve, con el afán de otorgar un modelo de interpretación coherente y respetuoso de los avances del derecho de género.

No hay norma jurídica en Chile que contenga explícita o implícitamente criterios normativos para entender por configurado el consentimiento sexual femenino. A pesar de esto, no es inusual que los intervinientes en un proceso penal y los tribunales asuman tal perspectiva. Esto ocurre porque el consentimiento femenino en materia sexual se juzga más a partir de los roles tradicionales del género que a la luz de criterios técnico-jurídicos (o históricos). Teóricas feministas,<sup>56</sup> han destacado que la idea de un consentimiento sexual femenino evoca una visión sobre la conquista masculina y la derrota sexual femenina que es parte de un imaginario social de género que se remonta a la Ilustración y a las tesis contractualistas.<sup>57</sup>

Una interpretación apegada a derecho debiera considerar el consentimiento como una conquista histórica alcanzada con el desarrollo de la lucha sexual femenina, de modo que el ejercicio de la aplicación de las normas relativas al acoso sexual, no debe abandonar esta concepción, entendiéndolo como un bien jurídico digno de protección.

*“El consentimiento entendido como conducta o acción individual juega un papel central en la reproducción del sistema de géneros y, en este sentido, actúa en detrimento de los derechos sexuales de las mujeres. A nivel simbólico, social y subjetivo, consentir se estructura a partir de un sistema de oposición jerárquicamente organizado, fundamentado en el orden sexual: es responsabilidad de las mujeres establecer límites a los intentos masculinos por obtener “algo” de ellas (...)”. Consentir es un verbo femenino que relega a los hombres del lugar de “consintientes. No debe perderse de vista lo que Yoliliztli Pérez Hernández ha denominado la “genealogía mínima del consentimiento sexual”, en el sentido de entender que la capacidad de consentir es el resultado de un proceso social de desarrollo del individuo y forma parte de las conquistas del feminismo en el marco de la libertad sexual. El derecho a negarse a sostener relaciones sexuales como parte de la libertad sexual es una conquista política feminista de enorme envergadura.<sup>58</sup>*

---

<sup>55</sup> SUPIOT (2008), pp. 13-14.

<sup>56</sup> PATEMAN (1980); FRAISSE (2017).

<sup>57</sup> Consultado en: <https://ciperchile.cl/2020/07/25/el-sistema-juridico-esta-en-deuda-con-las-mujeres/>.

<sup>58</sup> PÉREZ (2016a), p. 743.

Bajo la premisa de la arbitrariedad social, Geneviève Fraisse propone una genealogía del desarrollo del consentimiento sexual femenino a partir del siglo XVIII en la historia del pensamiento occidental. Según la historiadora francesa, tres “historias” permiten su reconstrucción: la emergencia del divorcio,<sup>59</sup> la consolidación del contrato social y la transformación del consentimiento de una persona en argumento político. En este último estadio, las mujeres adquieren y reivindican el derecho a elegir entre el sí y el no. En el siglo XX –siguiendo el análisis de Fraisse–, la aquiescencia femenina, en consonancia con los fenómenos propios de la época, experimenta una transformación radical. La revolución sexual de los años sesenta y setenta, las subversiones culturales del 68 y la autonomía femenina producto del trabajo asalariado terminan de consolidar el consentimiento moderno y democrático como parte fundamental de la libertad individual.<sup>60</sup>

Una interpretación formalista, contraria a este criterio, llevaría a entender el consentimiento femenino como una mera aceptación, entendida como el acto final ante la proposición del varón, transformándose en una verdadera causal de dispensa del acoso. El allanamiento o el convencimiento de la víctima excluye la maldad del acto. Lo cual permite cuestionar que el ilícito laboral se erija realmente como un mecanismo de protección de la libertad sexual de la mujer, sino más bien como una forma de conservar el rito de la seducción masculina. Es decir, el ejercicio sexual que, aún indebido, en el supuesto de la asimetría jerárquica de la relación laboral, se “blanquea” si logra su objetivo de vencer la “natural y esperada” oposición femenina, por cuanto se estima que resulta “deseable” la conservación de las relaciones amorosas.

En suma, considerar que el consentimiento excluye el acto de acoso, conserva a la mujer en el campo de la sumisión, cuando en realidad el desarrollo democrático y moderno de la consolidación de sus derechos, la conduce a la subversión.

## **B. El criterio de la “mujer razonable”**

Frente a las dificultades probatorias que sufren las víctimas de acoso sexual, Mackinnon visibiliza que comúnmente las decisiones judiciales que determinan si un acontecimiento configura o no una agresión sexual contra una mujer, en este caso el acoso laboral, están basadas fundamentalmente en lo que los hombres involucrados percibieron durante la ejecución de tales actos. Generalmente esto puede adoptar la forma de defensa según la cual el hombre argumenta que entendió que la mujer aceptó, es decir, que fue consentido. Lo cual llevará al juez a ponderar la situación de acuerdo a criterios jurídicos de un hombre “razonable” o “medio”, descalificando la versión “subjetiva” o “emocional” de la víctima<sup>61</sup>. Sin embargo, tal ejercicio no considera o pasa por alto la circunstancia del género de

---

<sup>59</sup> En Chile, podemos encontrar normas que parecen ir en sentido contrario a la consolidación de la voluntad femenina como derecho histórico. Así, por ejemplo, en 2004 se promulgó la Ley Nº19.947 de matrimonio civil, que derogó la anterior ley de 1884, y legalizó el divorcio causal. Sin embargo, el artículo 67 obliga al juez de la causa a instar a las partes por una conciliación, examinando las condiciones que contribuirían a superar el conflicto y verificar la disposición de las partes para hacer posible conservar el vínculo matrimonial. Esto, parece inadecuado si es la mujer la demandante en un caso de divorcio fundado, por ejemplo, en actos de violencia doméstica.

<sup>60</sup> PÉREZ (2016b), pp. 744-746.

<sup>61</sup> ZAMBRANO (2015), p. 82-89.

los partícipes del acto, obviando el significado particular que puede tener para una mujer que sufre el acoso sexual bajo subordinación y dependencia, y que normalmente será desencadenante de un daño en sus derechos fundamentales.

Atendidas las dificultades de objetivar las conductas que podrían ser o no aceptadas, y con el fin de evitar dejar entregada dicha calificación únicamente a la apreciación subjetiva de la víctima, la jurisprudencia norteamericana, en el caso *Ellison vs Brady* (1991) ha sentado el criterio del sexo agredido para juzgar el acoso sexual. En efecto, se explica por la doctrina que todo adulto puede dirigirse sexualmente a otro buscando su consentimiento, y agregan que si esto provoca o no molestia, dependerá de patrones culturales y subjetivos. De modo que el “criterio de la mujer razonable”, si ella es la víctima, supera el de la “persona razonable” que se había usado hasta ese momento, lo que implica analizar el acoso sexual desde la perspectiva del sexo de la víctima y no de cánones preestablecidos. No existen conductas o comportamientos que puedan calificarse *per se* como no deseados, sino que tendrán ese carácter en la medida que sean ofensivas para una víctima razonable atendidas las circunstancias del caso específico, así hasta bien intencionados elogios pueden ser suficientes para constituir acoso sexual si una mujer razonable los encuentra ofensivos.<sup>62</sup>

Nos parece que -en un caso concreto- no resulta suficiente preguntarnos únicamente si la conducta fue o no “deseada” por la víctima, menos si consintió formalmente, pues este sesgado ejercicio carecería de relevancia si no se logra aterrizar a un caso concreto en donde se examinen las circunstancias particulares de la víctima. Así, será necesario establecer si la conducta dirigida en contra de una mujer, de acuerdo a sus especiales circunstancias, le resultó ofensiva, intolerable o humillante.

### **C. El criterio de la conducta objetivamente ofensiva**

Que la conducta sea o no aceptada, se argumenta, hará la diferencia entre el acoso y las acciones lícitas. Según Martín y Martín, la primera solicitud podrá ser considerada como una propuesta, que será de recibo si la persona solicitada se aviene y que no deberá de repetirse en el caso de que la persona destinataria rechace ese avance. Mejías señala al respecto que la mera atención sexual puede convertirse en acoso si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha dado muestras de rechazo. Ello distingue el acoso sexual de las aproximaciones personales libremente aceptadas basadas, por tanto, en el consentimiento mutuo.<sup>63</sup>

Lo anterior, empero, no debe examinarse sólo desde el punto de vista de la recepción que ha tenido en la víctima, en el sentido si aceptó o no, sino que debe atenderse a la situación en general, permitiendo observar si en el caso concreto, a pesar de la existencia de una situación de subordinación, la acción ha sido aceptada y desarrollada en una situación de igualdad de condiciones (bilateral).

Y es que la antijuridicidad del acoso sexual puede revisarse desde un punto de vista subjetivo u ob-

---

<sup>62</sup> MARTÍNEZ (2001b), p.95.

<sup>63</sup> PÉREZ Y RODRÍGUEZ (2013c), p. 212.

jetivo. Si se aplica el primer estándar, habrá acoso sexual cada vez que la víctima se ha opuesto al comportamiento de carácter sexual dirigido en su contra. En este caso, por tanto, habrá acoso cada vez que el requerimiento no fuese consentido, a pesar que objetivamente pueda resultar ofensivo. Si se utiliza el estándar objetivo, en cambio, estaremos frente a una situación de acoso sexual cada vez que nos enfrentemos a un comportamiento sexual objetivamente ofensivo, con independencia de si fue o no aceptado.

Nuestro derecho parece recoger el criterio subjetivo, que tiene el inconveniente que deja entregado a la víctima la determinación de lo que es o no acoso. Esto, sin embargo, nos puede llevar al absurdo de establecer que conductas que son objetivamente ofensivas, no configuren un ilícito laboral por el solo hecho de ser aceptadas por su receptor. Y, por el contrario, acciones típicamente inofensivas, pueden constituir acoso si son rechazadas por la víctima.

Darle mayor importancia a la conducta que es objetivamente ofensiva, permite tomar distancia del análisis subjetivo que parte de una premisa errónea, esto es, que las mujeres viven el episodio de acoso con igual libertad que los hombres. *“Y es que la propia dinámica de la exigencia impone a la persona receptora del comportamiento, si ha sufrido o previene sufrir un acto de acoso sexual, la carga de decir no, con lo cual se desprotegería a aquellas mujeres que no dicen que no bien porque aceptan su rol de sumisión en una sociedad patriarcal o bien porque, aún no aceptándolo, no quieren enfrentarse”*. Sin perjuicio de considerar, además, que dicha circunstancia se agrava en una relación de subordinación. Pues bien, entendiendo que este estándar legal conducirá al muy criticable resultado de exigir un no rotundo de la víctima, para la existencia de un acoso sexual, debe entenderse que, existiendo una conducta objetivamente ofensiva, se debe presumir que esta es no deseada, de modo que a la denunciante le bastará con acreditar una conducta de tales características, mientras a la denunciada le corresponderá, en su caso, acreditar el carácter deseado que excluirá la ilicitud.<sup>64</sup>

## V. CONCLUSIONES

El acoso sexual constituye una manifestación del poder, de las más repudiables si se considera que afecta desproporcionadamente a la mitad femenina de la población. Nuestra legislación laboral introdujo la tipificación de este fenómeno en el año 2005, y en ella se recoge como acoso sexual sólo un tipo, relativo al chantaje sexual, es decir, aquella conducta destinada a obtener favores sexuales no consentidos.

La tipificación legal resulta insuficiente, como quiera que excluye un sinnúmero de actuaciones que constituyen acoso sexual, por cuanto implican una vulneración a la dignidad de las personas y alteran en la práctica la igualdad material. En este sentido, en el acoso laboral por hostigamiento, cuando se crea un ambiente laboral sexista, intimidatorio o humillante, el consentimiento no tendrá mayor interés para tipificar el ilícito, dado que lo verdaderamente relevante en este caso es que se genera un ambiente contrario a los derechos fundamentales, como el de no discriminación.

---

<sup>64</sup> LOUSADA (2020b), p. 71.

Sin embargo, en el ámbito de la *conquista sexual*, esta tipificación oculta la intención que tuvo el legislador de construir una égida en favor de aquellas conductas amorosas que se consideraban “lícitas” y que reproducen, en el ámbito del trabajo, los roles que la cultura asigna al varón y a la mujer en la sociedad capitalista. Hemos planteado que dicha fórmula, fundada en una errónea protección a la libertad sexual, reproduce estereotipos y con ello incentiva situaciones de acoso sexual. De manera que resulta más adecuado ir al origen del concepto, en el sentido de entender que no son las relaciones amorosas el objeto de la protección, sino la dignidad de las personas y el derecho a desenvolverse en un ambiente libre de discriminación.

De esta forma, no es el consentimiento formalmente manifestado lo que interesa al derecho, sino la intención real o el deseo de la víctima de mantener un vínculo afectivo. El deseo debe establecerse en cada caso concreto atendiendo a las particulares condiciones en que se encuentra la trabajadora, teniendo presente que la mujer subordinada en razón del vínculo laboral está afectada por diversas dimensiones de estatificación, por lo pronto la económica y por razón de su género, lo que impide entender que se desenvuelva en un ámbito que le permita manifestar su voluntad contraria, o consentir, como refiere la ley. En este sentido, el deseo sólo puede derivarse de conductas activas, debiendo descartarse la posibilidad de otorgarle valor al silencio. Y aun ante la existencia de una voluntad declarada, la condición de subordinada obliga a establecer en el caso concreto si aquella responde al ejercicio de la autonomía del sujeto pasivo, o bien se trata de una voluntad viciada, por medio del ejercicio de examen objetivo de las conductas y sus perniciosos efectos.

Este ejercicio lleva a entender que la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia establece al menos una presunción de no existencia de igualdad de condiciones para una aceptación verdaderamente libre. Ante esto, se han propuesto criterios de interpretación que permitan valorar el grado de autonomía con que se ha desempeñado la víctima. Así, entender que la voluntad de la mujer constituye una victoria en la lucha de sus derechos sexuales, permite poner énfasis en la necesidad de establecer garantías para su adecuado desenvolvimiento. Comprender que en la relación amorosa entre un varón y una mujer, a esta última no le cabe más que un rol meramente receptivo frente a una conducta de naturaleza sexual, restringe la acción de la mujer únicamente a las opciones a aceptar o rechazar, en un ámbito desfavorable de poder, en circunstancias que el deseo sexual femenino se vincula a conquistas políticas que impiden justificar que la mujer pueda ser “convencida” en una relación afectiva. En el mismo orden, establecer el criterio de una mujer razonable, obliga a considerar todas las circunstancias y variables que afectan a la mujer en el caso concreto, evitando generalizaciones sobre la base de estereotipos. Finalmente, considerar que una situación humillante perjudica *per se* las condiciones de trabajo de la víctima y constituye acoso sexual, permite analizar objetivamente los elementos del acoso sexual, vinculándolos al carácter ofensivo de la conducta, con independencia del consentimiento otorgado.

En suma, la interpretación del *consentimiento* debiera estar afincado en criterios objetivos que dimanen del grado de autonomía que las partes exhiban en un caso concreto, debiendo desterrarse ideas subjetivas, ambiguas y prejuiciosas, tales como que es natural que el varón aborde la belleza femenina y que la voluntad de la mujer está destinada a ser abatida, o cualquier otro concepto que signifique cosificar a la mujer o mermar su consideración como sujeto de derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio (1991): *Derecho Civil, parte preliminar y parte general*, 5ª edición (Santiago de Chile, Editorial Conosur Ltda.).
- ALEXIS QUEZADA, José (2012): *Vigencia y efectividad de las normas sobre acoso sexual contenidas en la ley 20.005 a la luz de la reforma laboral de la ley 20.087*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, (Santiago).
- BAYLOS, Antonio; TERRADILLOS, Juan (1997): *Derecho Penal del Trabajo* (Madrid, Editorial Trotta).
- CUENCA-PIQUERAS, Cristina (2014): “Incidencia en los tipos de acoso sexual en el trabajo en España”, en: *Convergencia Revista de Ciencias Sociales* (núm. 66).
- DOMÍNGUEZ, Álvaro; MELLA, Patricio; WALTER, Díaz (2014): “El acoso en el trabajo: algunos aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y legales del acoso moral y sexual en Chile”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (vol. 5, núm. 10).
- FOUCAULT, Michel (2019): *Microfísica del poder* (Argentina, Biblioteca Clásica de Siglo Veintiuno Editores).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2005): “El acoso sexual en Chile: Análisis de la Ley N°20.005”, en: *Revista de Derecho de la Empresa* (vol. Julio-septiembre).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis (2012): “Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo”, en: *XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2020): “Acoso sexual: el estado de la cuestión en España tras los últimos instrumentos internacionales”, en: *Revista Misión Jurídica* (núm. 13 [18]).
- MARTÍNEZ ESTRADA, Eduardo (2001): “Acoso sexual en el trabajo”, en: *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales* (núm. 3).
- MARZI MUÑOZ, Daniela (2018): “Acoso sexual: una amplia gama de ilicitud y la correcta vía de la tutela de derechos fundamentales”, en: *Revista de Estudios Judiciales* (núm. 3).
- MUNDACA CASTILLO, Sergio (2017): “Violencia sexual y de género y los mecanismos de protección jurídica en la legislación laboral chilena”, en: *Anuario de Derechos Humanos. Universidad de Chile* (Núm. 13).
- NACIONES UNIDAS (2014): *Los derechos de la mujer son derechos humanos* (Nueva York y Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos).
- OBSERVATORIO DE EQUIDAD DE GÉNERO EN SALUD (OEGS) (2013): *Informe monográfico 2007-2012. Violencia de Género en Chile* (Chile, Organización Panamericana de la Salud).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2013): *Acoso sexual en el trabajo y masculinidad. Exploración con hombres de la población en general* (Centro América y República Dominicana, San José de Costa Rica).
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yoliliztli (2016): “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, en: *Revista Mexicana de Sociología* (núm. 4).
- POBLETE, Carlos; PALAVECINO, Claudio (2018): *Derecho Penal del Trabajo* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia).
- SUPIOT, Alain (2008): *El derecho del Trabajo* (Traducc. de Patricia Rubini-Blanco, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta).

- SZTAJNZRAJBER, Darío (2019): *Filosofía en 11 frases*, 3° edición (Buenos Aires, Argentina, Paidós).
- WALKER LINARES, FRANCISCO y LIENDO, Ricardo (2005): “Derechos fundamentales y acoso sexual en el trabajo”, en: *Revista Economía y Administración* (núm. 150).
- ZAMBRANO SUÁREZ, Emily (2015): “El acoso sexual en el trabajo como control masculino de la sexualidad femenina por medio del derecho. Análisis de una sentencia a la luz del aporte crítico feminista de Catherine Mackinnon”, en: *Justicia y Derecho* (vol. 1, núm. 2).

### **Normativa citada**

- (Chile) Ley 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual, de 18 de junio de 2005.
- (Chile) Auto Acordado (Acta 103) de la Excma. Corte Suprema, de 19 de junio de 2018.
- (España) Ley Orgánica 1/2004, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre.
- (1967) Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas.
- (1979) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de las Naciones Unidas.
- (1994) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), Organización de los Estados Americanos (OEA).
- (2019) Convenio 190 sobre la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo de la Organización Internacional de Trabajo (O.I.T.).

### **Jurisprudencia citada**

#### **Chile**

- Wells con Comunidad Hospital del Profesor* (2018): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 07 de junio de 2018, Rit T-309-2018.
- Empresa de Servicios Tecnológicos Ltda. con Inspección Comunal del Trabajo de Coronel* (2020): Segundo Juzgado de Letras de Coronel, de 31 de agosto de 2020, Rit I-2-2020.

#### **España**

- Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) contra Aena Aeropuertos S.A.* (2014): Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 07 de abril de 2014, en Recurso de suplicación interpuesto contra Sentencia de 24 de mayo de 2011 dictada en los autos de juicio nº 0000490/2010-00 en proceso sobre Derechos-cantidad.

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- González y otras con México* (“Campos Algodoneros”) (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 16 de noviembre de 2009, Serie C No 205.

### **Sitios internet**

<http://www.articulacionfeminista.org> (Red de Ongs Feministas Latinoamericanas)

<https://www.bcn.cl> (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile)

<https://ciperchile.cl> (Portal de información)

<https://www.corteidh.or.cr> (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

<https://www.ocac.cl> (Observatorio Contra el Acoso Chile)

<https://www.rae.es/> (Diccionario de la Real Academia Española)

<http://repositorio.udechile.cl> (Repositorio Universidad de Chile)

<https://rpp.pe> (Portal de información)

<https://treaties.un.org> (Colección de tratados Naciones Unidas)

<https://tribunafeminista.elplural.com> (Periódico digital de España)

<https://www.senado.cl> (Senado de Chile)

# La extensión de beneficios en el modelo de relaciones laborales Chileno: Consideraciones para una nueva constitución

## *Extension of benefits in the Chilean labour relations model: Considerations for a new constitution*

**Vinicio Cuevas Suárez**

Antofagasta, Chile.

Correo electrónico: vtcuevas@icloud.com. <https://orcid.org/0009-0007-3870-802X>.

Recibido el 24/05/2021

Aceptado el 08/06/2021

publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-05>

**RESUMEN:** El presente artículo analiza y sistematiza el mecanismo de extensión de beneficios de un contrato colectivo en el modelo de relaciones laborales chileno, regulado en el artículo 322 del Código del Trabajo, desde la entrada en vigencia de la Reforma Laboral de la ley N°20.940; dentro de cuyas coordenadas debe moverse la negociación colectiva actualmente. El análisis del mecanismo legal en cuestión, se realiza desde una perspectiva histórica y crítica, revisando sus orígenes hasta llegar a su actual modulación; para ello se analizan aspectos históricos, entre ellos, la incidencia que tiene el Plan Laboral en la construcción de la figura le-

**ABSTRACT:** This article analyses and systematizes the mechanism for the extension of benefits from a collective bargaining agreement in the Chilean employment relations model, regulated in article 322 of the Labour Code, since the coming into force of the labour reform, Law N° 20,940; within whose coordinates collective bargaining must currently proceed. The analysis of the legal mechanism in question, is carried out from a historical and critical perspective, reviewing its origins until reaching its current mutation; for this reason, historical aspects are analysed, among them, the influence that the Labour Plan has in the construction of this legal figure

gal y la implicancia de su establecimiento y vigencia en la desnaturalización de la institución del contrato colectivo en nuestro sistema jurídico y consecuente afectación de la libertad sindical.

**PALABRAS CLAVE:** Reforma laboral, libertad sindical, negociación colectiva, contrato colectivo, extensión de beneficios, beneficios históricos.

*and the significance of its establishment and validity in the denaturalization of the collective bargaining agreement institution in our legal system and its consequent impact on trade union freedom.*

**KEY WORDS:** Labour reform, trade union freedom, collective bargaining, collective agreement, extension of benefits, historical benefits.

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestro modelo de relaciones laborales, se diferencia de los modelos de relaciones de trabajo que garantizan o promueven la libertad sindical, por ser un modelo intervencionista desde el punto de vista estatal y por la sobre regulación legal de la autonomía colectiva<sup>1</sup> en favor de políticas económicas neo liberales.<sup>2</sup> En este contexto legislativo, económico y socio cultural, la naturaleza jurídica del contrato colectivo,<sup>3</sup> es la de un simple contrato civil celebrado por un sujeto plural.<sup>4</sup>

Consecuencia de lo anterior, es que el contrato colectivo en el ordenamiento jurídico chileno no tiene efecto *erga omnes* ni tampoco constituye una fuente formal del derecho; lo que conlleva la desnaturalización por vía de legislación del principal instrumento que otorga el Derecho del Trabajo a los trabajadores para cautelar sus derechos e intereses frente a los poderes de la Empresa.<sup>5</sup> Pues, tal como se indica por la dogmática civilista,<sup>6</sup> el contrato colectivo, conceptualmente no debiera ser una simple convención, pues su rasgo definitorio es que constituye una excepción al principio del efecto relativo de los contratos. Ello, atendiendo a que la finalidad del contrato colectivo es la paz social y servir de contra peso en relación con la asimetría de poder que existe respecto de los trabajadores frente a la Empresa<sup>7</sup> al momento de negociar sus intereses laborales y profesionales.

Frente a lo anterior, el legislador chileno, llamado a cumplir con los estándares internacionales fijados en los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>8</sup> y ratificados por Chile durante el año 1998, dispuso una serie de soluciones legislativas -que fieles al Plan Laboral<sup>9</sup>- tienen por objeto

---

<sup>1</sup> En un sentido similar, GAMONAL (2020a), p. 27.

<sup>2</sup> SORDO (2019), p. 12.

<sup>3</sup> Se usan aquí como sinónimas las expresiones instrumento colectivo, convenio colectivo y contrato colectivo.

<sup>4</sup> UGARTE y CAAMAÑO, (2010), p. 76.

<sup>5</sup> Se usan aquí como sinónimas las expresiones Empresa y Empleador.

<sup>6</sup> LÓPEZ SANTAMARÍA (2005), pp. 146 y 148.

<sup>7</sup> GAMONAL (2020b), p. 247.

<sup>8</sup> En adelante "OIT".

<sup>9</sup> El Plan Laboral corresponde al DL 2.200, de 1978 sobre Contrato de Trabajo y de Protección a los Trabajadores, al DL 2.756, de

morigerar la concepción desnaturalizada del contrato colectivo que rige en nuestro modelo de relaciones laborales. Entre dichas medidas, se encuentra el objeto del presente estudio, esto es, el mecanismo legal de extensión de beneficios del contrato colectivo, regulado actualmente en el artículo 322 del Código del Trabajo, producto de la reforma legal introducida por la Ley N° 20.940, de 2017.

De esta forma, dicho mecanismo legal, permite cumplidos ciertos requisitos, extender los efectos del contrato colectivo, a quienes no participaron del proceso de negociación colectiva pero limitando su alcance de manera exclusiva al ámbito de la Empresa en que se negoció el instrumento.

A partir de lo anterior, resulta relevante desde el punto de vista de la práctica y de la dogmática jurídica, revisar la génesis de este particular mecanismo legal y sistematizar su uso y aplicación. Por cuanto, es único del sistema jurídico chileno y sirve para modular la eficacia personal limitada del contrato colectivo.

El desarrollo del presente estudio, se ha estructurado en cuatro partes: Primero, se revisarán los aspectos históricos legislativos del mecanismo de extensión de beneficios. Segundo, se analizará desde una perspectiva sistematizadora la legislación vigente sobre el mecanismo en cuestión. Tercero, se enunciarán soluciones de la práctica jurídica tanto judicial como administrativa, especialmente en relación al problema de qué ocurre con los beneficios históricos de los trabajadores. Por último, se sintetizarán las conclusiones que se alcanzan en el desarrollo de esta monografía.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS LEGISLATIVOS

### A. Los orígenes de la extensión de beneficios en el modelo de relaciones laborales chileno

Los orígenes de la extensión de beneficios de un contrato colectivo, se encuentran en una norma transitoria del D.L. N° 2.578, de 1979,<sup>10</sup> que configura lo que en el modelo chileno de relaciones laborales se conoce como el Plan Laboral.<sup>11</sup>

Dicha solución legal, vino a morigerar el limitado alcance de un contrato colectivo, cuyos efectos sólo beneficiaban a quienes habían intervenido en la negociación colectiva correspondiente y radicado

---

1979 sobre organizaciones sindicales, al DL 2.758 de 1979 sobre negociación colectiva, y a la Ley 18.018, de 1981.

<sup>10</sup> El artículo [transitorio] N° 15 del Decreto Ley N° 2.578, de 1979, consigna los orígenes de esta figura legal, pues disponía lo siguiente: "Artículo 15.- Después de la primera negociación que se celebre en cada empresa en conformidad a esta ley, y por una sola vez, los trabajadores que no estuvieren sindicalizados y que no hubieren participado en un grupo negociador, y a los cuales "sin embargo" el empleador les hiciere extensivos todos o algunos de los beneficios acordados en el contrato o convenio colectivo o en el fallo arbitral, según el caso, deberán cotizar también por única vez al sindicato que hubiere obtenido los beneficios, una suma equivalente al monto de la cuota ordinaria sindical de dos meses".

<sup>11</sup> NARBONA (2015); CAAMAÑO (2016a), pp. 381 - 406; GAMONAL (2016a), pp. 73-78; GAMONAL CONTRERAS (2015), pp. 67-70; ROJAS (2007a), pp. 195 - 221.

exclusivamente en el ámbito de empresa,<sup>12</sup> determinando que su eficacia fuera personal y limitada, es decir, un simple contrato civil.

De esta forma, por disposición del D. L. citado, la Empresa -a partir del artículo 15 transitorio-, podía a su arbitrio, extender los beneficios de un contrato colectivo al resto de los trabajadores de la Empresa que no participaron de la negociación respectiva, pero por una única vez.

Esta novísima solución legal, resulta original y propia del modelo del Plan Laboral.<sup>13</sup> Según Ugarte,<sup>14</sup> esta norma solo podría entenderse desde la perspectiva de este modelo de relaciones laborales. Pues, bajo este Modelo, el único que podía extender los efectos de un instrumento colectivo a otros trabajadores (nuevos o que no participaron en la negociación colectiva) era el Empleador. Ello, se explica -en este modelo de relaciones laborales- porque sólo él es reputado como habilitado para decidir respecto de los costos que implica la extensión de beneficios, en razón del contexto de determinación de aporte a la productividad que con lleva la negociación colectiva.

La disposición 15 transitoria del D. L. 2.578, es reproducida años más tarde, en la Ley Nº 18.620, de 1987, que refunde el Código del Trabajo. En términos generales, no se modifica el artículo 15 transitorio, salvo en limitar el uso de dicho mecanismo, permitiendo únicamente su uso por parte del empleador, en la medida que no hubiera negociado colectivamente en el tiempo anterior a la entrada en vigencia de la Ley 18.620, de 1987.

Como indica Carlos FUENTES,<sup>15</sup> en este contexto histórico, al tenor de la Ley Nº 18.620, de 1987, puede concluirse que la facultad del empleador de extender los beneficios del contrato o instrumento colectivo al resto de los trabajadores, no perseguía dar autonomía a los sindicatos, pues con dicha facultad solo se aumentaba el poder del empleador en desmedro de la libertad sindical.<sup>16</sup> A su vez, también es posible concluir que en el modelo de relaciones laborales chileno instaurado a través del Plan Laboral, se descarta que el contrato colectivo, tenga efectos más allá de las partes que intervinieron en su formación, es decir, una eficacia personal y limitada.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Esta concepción restringida e instrumental de la negociación colectiva y de los instrumentos a que da origen, se plasma en la Constitución de 1980, específicamente el inciso 5º del numeral 16 del artículo 19, que expresa: “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permite negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”. Se ha indicado que el texto constitucional citado “responde al modelo de relaciones laborales instaurado por el plan laboral de la dictadura, el cual buscaba derechamente reafirmar el sistema de economía de libre mercado mediante la preeminencia de los intereses empresariales, limitando fuertemente los principios inherentes a la libertad sindical para efectos de no introducir elementos que distorsionarían el mercado de trabajo”. CAAMAÑO (2006b), pp. 77 y ss.

<sup>13</sup> En el modelo de relaciones laborales instaurado a través del Código del Trabajo de 1931, se establecía como efecto del contrato colectivo, la automaticidad de dicho instrumento. Dicho efecto, significaba que todo trabajador por el sólo hecho de afiliarse al sindicato (industrial) se le extendían los beneficios del contrato colectivo, sin necesidad de ningún acto ulterior, dependiendo única y exclusivamente del trabajador y del Sindicato que había logrado los beneficios.

<sup>14</sup> CAAMAÑO (2016c), p. 393.

<sup>15</sup> FUENTES (2003a), p. 325.

<sup>16</sup> ROSSEL (2016a), p. 214.

<sup>17</sup> ARANGUIZ (2018), p. 1.

## B. La extensión de beneficios y el retorno a la democracia

Con el retorno a la democracia, se dictan una serie de leyes que buscan marcar distancia del modelo de relaciones laborales heredado a partir del Plan Laboral, a lo menos desde un punto de vista cosmético. En este contexto, en el año 1991 se dicta la Ley N° 19.069, y bajo el supuesto derrotero de fortalecer la libertad sindical se consagra por el legislador la figura de la extensión de beneficios, pero con ciertas modificaciones respecto de la ya existente en virtud del artículo 15 transitorio del D.L. 2.578.<sup>18</sup>

Las diferencias con la norma original del Plan Laboral, se encuentran, en que la Ley N° 19.969, de 1991 eliminó la restricción en cuanto las oportunidades en la utilización de dicho mecanismo por parte del Empleador. Además, le impone como requisito al Empleador para poder extender los efectos del contrato colectivo, esto es, que los trabajadores a los que se les extiendan los beneficios, debían ocupar los mismos cargos o desempeñar funciones similares de quienes pactaron el instrumento que se pretendía extender.

La razón, del por qué dicho mecanismo legal fue introducido a nuestra legislación en democracia, fue que supuestamente fomentaría la libertad sindical, al menos desde el punto de vista de la capacidad económica de los Sindicatos. Pues, aplicada la extensión de beneficios por el Empleador, se obligaba a los terceros beneficiados a pagar mensualmente un 75% de la cuota de la organización sindical que negoció los beneficios, debiendo pagar dicha cuota por toda la vigencia del respectivo contrato colectivo.

A modo de curiosidad legislativa, se debe señalar, que con independencia del texto legal finalmente aprobado y que entró en vigencia. De acuerdo con el Mensaje Presidencial de la Ley N° 19.069, de 1991, la extensión de beneficios no había sido concebida como una facultad exclusiva y discrecional del empleador. Ya que el artículo del proyecto original presentado al Parlamento, establecía que dicha facultad pertenecía a los trabajadores para exigir a su empleador la extensión del contrato colectivo que correspondiera a sus funciones, en caso de no estar sindicalizados, a lo que el empleador no podía negarse. Es decir, el proyecto legislativo original, radicaba en los trabajadores de la Empresa la facultad de acceder a los beneficios pactados en un instrumento colectivo y no en el empleador. Sin embargo, el texto fue modificado, al igual como ocurrió con muchas de las normas del proyecto original de la Ley N° 20.940, de 2017.<sup>19</sup>

Las opiniones de la doctrina ius laboralista en relación a la conveniencia de dicho mecanismo legal se encontraron divididas, algunos apoyaban el texto legal definitivo que creaba la extensión de beneficios como facultad del empleador, mientras que otros indicaban que dicho mecanismo legal afectaba la

---

<sup>18</sup> Se incorporaron a través de los artículos 98 y 122 de la precitada Ley. Resaltando el artículo 122 que dispuso: "Artículo 122.- los trabajadores a quienes el empleador les hiciere extensivo los beneficios estipulados en el instrumento colectivo respectivo, para los trabajadores que ocupen los mismo cargos o desempeñen similares funciones, deberán aportar al sindicato que hubieren obtenido los beneficios, un setenta y cinco por ciento de la cotización mensual ordinaria, durante toda la vigencia del contrato, a contar de la fecha en que éste se les aplique. Si éstos los hubiere obtenido más de un sindicato, el aporte irá a aquel que el trabajador indique. El monto del aporte al que se refiere el inciso precedente deberá ser descontado por el empleador y entregado al sindicato respectivo del mismo modo previsto por la ley para las cuotas sindicales ordinarias".

<sup>19</sup> RAMACCIOTTI (1992a), p. 90; FUENTES (2003b), p. 323.

libertad sindical.<sup>20</sup> Quienes estaban a favor, indicaban que dicho mecanismo legal venía a fortalecer a las organizaciones sindicales, otorgándoles autonomía e independencia por medio del mejoramiento de su situación financiera y, por la otra, matizaban la eficacia personal limitada del instrumento colectivo, ampliando el acceso de los trabajadores beneficiados con él.<sup>21</sup> En este sentido, la profesora LANATA<sup>22</sup> gráfica lo señalado al concluir que “*se trataba de una norma que fue entendida como fomento de la actividad sindical*”.

Pero, también había quienes criticaban la instauración de dicho mecanismo legal. FRANCISCO TAPIA,<sup>23</sup> entre ellos, quien señaló que, “*ampliaba el poder de dirección del empleador y con ello permitía inhabilitar a los trabajadores que ingresaran con posterioridad a la Empresa, en cuanto al ejercicio del derecho de negociación colectiva, pues al quedar afectos a un instrumento colectivo, no podían negociar hasta el vencimiento de este*”.<sup>24</sup>

La práctica, hizo eco de los alcances realizados por el profesor Tapia, pues la idea de fomento de la libertad sindical, resultó bastante alejada de la aplicación que se le dio a la extensión de beneficios. Derivando dicho mecanismo legal -como indica un estudio de la Dirección del Trabajo,<sup>25</sup> “*en un desincentivo absoluto de la afiliación sindical*”. Pues finalmente, a través de la extensión de beneficios practicada por el empleador, los trabajadores no necesitaban ser parte del sindicato para mejorar sus condiciones de trabajo, pues sólo debían esperar que el empleador les extendiera los beneficios, pagando incluso un importe menor de quienes debieron de someterse al respectivo proceso de negociación colectiva.<sup>26</sup>

Por su parte, la Jurisprudencia de nuestros Tribunales hizo caso omiso a las críticas del profesor Francisco Tapia, pues le dio un alcance aún mayor a la extensión de beneficios. Ya que en diversos fallos de aquella época, se concluyó que la extensión de un instrumento colectivo ocupaba el espacio de la autonomía colectiva, impidiendo con dicha interpretación que un trabajador a quien se le había extendido los beneficios por parte del empleador, con posterioridad, participar en una negociación

---

<sup>20</sup> Las opiniones de la doctrina fueron variadas, en tal sentido, GAMONAL indica que “se trata de una norma de fomento de la actividad sindical, que busca recompensar la labor negociadora de un ente colectivo que ha logrado beneficios para trabajadores no expresamente representados en la negociación”. GAMONAL (2011), p. 71; RAMACIOTTI, señala que “el fundamento de tal obligación emana de un principio de ecuanimidad y surge de la constatación de que algunos trabajadores en la empresa, que pudiendo haberse afiliado al sindicato que ha negociado colectivamente, han optado por no hacerlo, beneficiándose a posterioridad de los resultados de la negociación, al igual que los socios del sindicato, pero sin soportar sus cargas ni incurrir en sus costos, riesgos y eventuales perjuicios.” RAMACIOTTI (1992b), p. 89; Cecily HALPERN explica que “con esta norma se busca otorgar relevancia a la negociación colectiva, como instrumento de consecución de mejoras laborales para los empleados”. HALPERN (1992), p. 67; Carlos FUENTES, indica que “del espíritu de la norma podemos inferir que se han pretendido lograr dos objetivos: a) fortalecer a los sindicatos, en virtud de la recepción de mayores ingresos aportados por trabajadores que no están sindicalizados, y b) otorgar relevancia a la negociación colectiva como instrumento de consecución de mejoras laborales para los trabajadores”. FUENTES (2003b), p. 326.

<sup>21</sup> ROJAS (2012), p. 101; HENRÍQUEZ y ROMANIK (2013a), p. 9.

<sup>22</sup> LANATA (2018), p. 269; en el mismo sentido, GAMONAL (2011), p. 327.

<sup>23</sup> Citado por GAMONAL (2012a), p. 72.

<sup>24</sup> Lo que se critica por quienes se oponen a esta facultad del empleador, es que “la idea central de este ‘poder’ otorgado al empleador es que los trabajadores accedan a los beneficios y ventajas de la negociación colectiva sin requerir la representación sindical. UGARTE (2014); en el mismo sentido HENRÍQUEZ y ROMANIK (2013b), p. 18; ARELLANO (2017), p. 299.

<sup>25</sup> HENRÍQUEZ y ROMANIK (2013c), p. 7.

<sup>26</sup> HENRÍQUEZ y ROMANIK (2013d), p. 7.

colectiva mientras en tanto el contrato colectivo que dio origen a tales beneficios se encontrara vigente.<sup>27</sup>

De esta forma, la facultad de extender los beneficios de un contrato colectivo se consagra en el Código del Trabajo de 1994 en el artículo 346.<sup>28</sup> Disposición legal, que no es modificada sino hasta la dictación de la Ley N°19.759, de 2001. Agregando dicha ley, que en caso de que hubiere más de un sindicato, el aporte iría a aquel que el trabajador indicará y de no hacerlo, se entendería que optó por la organización más representativa al interior de la Empresa.

En consecuencia, a pesar de las intenciones loables del legislador al tiempo de la Ley N° 19.069, de 1991, los hechos revelan que el derogado artículo 346 del Código del Trabajo tuvo efectos perniciosos sobre la autonomía sindical y en caso alguno contribuyó al fomento de la libertad sindical.<sup>29</sup> Como indica ROSSEL,<sup>30</sup> contribuyó al desincentivo a incorporarse a la organización sindical pues, los trabajadores podían gozar de los beneficios pagando una cuota sindical menor y sin necesidad de negociar colectivamente, con el costo que ello conlleva. Además, el empleador al extender los beneficios a los trabajadores, les inhabilita para negociar colectivamente hasta el vencimiento del respectivo instrumento colectivo, según la interpretación mayoritaria de los tribunales. En este escenario, se hacía ineludible que el tema fuera abordado por el proyecto de ley que buscara reformar el modelo de relaciones laborales, hacia uno coherente con los Convenio 87 y 98 de la OIT, es decir, de fomento y promoción de la libertad sindical.

## C. La extensión de beneficios en la legislación actual

### 1. Cuestiones generales

El 1 de abril de 2017, entró en vigencia la Ley N° 20.940, que deroga el artículo 346 del Código del Trabajo, con ocasión de todas las controversias generadas a las que ya se hizo alusión. El artículo 346 del Código, es remplazado por el artículo 322 del mismo cuerpo legal, modificándose la forma en como ha de concretarse el mecanismo de la extensión de beneficios para ser válido en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>27</sup> ROJAS (2007b), p. 214.

<sup>28</sup> Art. 346.- Los trabajadores a quienes el empleador les hiciera extensivo los beneficios estipulados en el instrumento colectivo respectivo, para aquellos que ocupen cargos o desempeñen funciones similares, deberán aportar al sindicato que hubiere obtenido dichos beneficios, un setenta y cinco por ciento de la cotización mensual ordinaria, durante toda la vigencia del contrato y los pactos modificatorios del mismo, a contar de la fecha en que éste se les aplique. Si éstos los hubiere obtenido más de un sindicato, el aporte irá a aquel que el trabajador indique; si no lo hiciera se entenderá que opta por la organización más representativa.- El monto del aporte al que se refiere el inciso precedente, deberá ser descontado por el empleador y entregado al sindicato respectivo del mismo modo previsto por la ley para las cuotas sindicales ordinarias y se reajustará de la misma forma que éstas.- El trabajador que se desafilie de la organización sindical, estará obligado a cotizar en favor de ésta el setenta y cinco de la cotización mensual ordinaria, durante toda la vigencia del contrato colectivo y los pactos modificatorios del mismo.- También se aplicará lo dispuesto en este artículo a los trabajadores que, habiendo sido contratados en la empresa con posterioridad a la suscripción del instrumento colectivo, pacten los beneficios a que se hizo referencia”.

<sup>29</sup> En relación a la extensión de los beneficios contenidos en los convenios colectivos a los trabajadores no afiliados, el principio general sentado por los órganos de control de la libertad sindical es la de su admisibilidad, siempre y cuando se trate del convenio negociado por la organización sindical más representativa. VVAA (2015), p. 94.

<sup>30</sup> ROSSEL (2016b), p. 220.

Al respecto, el mensaje presidencial del proyecto de la Ley Nº 20.940, señala que: *“Las partes dispondrán de la facultad de extender los beneficios de un instrumento negociado a trabajadores sin afiliación sindical, en la medida que cuente con el acuerdo del trabajador al que se le extiende. En este caso, la extensión se regirá por los términos del acuerdo.- En caso de no lograrse este acuerdo, se sancionará como práctica antisindical otorgar beneficios iguales a los pactados en instrumento colectivo a trabajadores no afiliados a la organización que ocupen cargos o desempeñen funciones similares”*.

Ha partir del texto normativo, regulado en el artículo 322 del Código del Trabajo, el mecanismo de extensión de beneficios de un contrato colectivo, actualmente, identifica dos hipótesis jurídicas de aplicación. La primera, comprende un pacto o acuerdo (artículo 322, incisos 2º y 3º); y, la segunda, mantiene como resabio histórico la facultad unilateral del empleador de extender los beneficios, pero restringiendo dicho poder, sólo respecto de las cláusulas de reajuste de remuneraciones y otros beneficios.

## **2. Discusión parlamentaria y constitucional en torno al texto legal aprobado**

El artículo 322 del Código del Trabajo, original del Proyecto de Ley contemplaba el efecto de automaticidad de los contratos colectivos<sup>31</sup>; y, entre otras razones, por ello fue motivo de una extensa discusión parlamentaria, e incluso suscitó un requerimiento de inconstitucionalidad de un grupo de parlamentarios ante el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, al momento de tener en cuenta la historia de la ley, se debe tener presente dicha complejidad. Pues el texto normativo del proyecto original resulta muy distinto del que entró en vigencia finalmente, principalmente luego del requerimiento por inconstitucionalidad del texto normativo junto a otras disposiciones legales ante el Tribunal Constitucional.

La norma original del proyecto, contenía un inciso primero que fue eliminado con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. El texto eliminado a través del Tribunal Constitucional, contenía pretensiones en favor de la libertad sindical; pues establecía, como se dijo, nuevamente el efecto de automaticidad del contrato colectivo que existió durante la vigencia del Código del Trabajo de 1931 para el caso de los sindicatos industriales, esto es, por el mero hecho de la afiliación al sindicato automáticamente se le aplicaban los beneficios del contrato colectivo.<sup>32</sup>

Los argumentos que fundamentaron el requerimiento de inconstitucionalidad, para erradicar el inciso primero de la norma original pueden revisarse de la discusión parlamentaria.<sup>33</sup> El Senador Allamand frente a esta norma, durante el segundo trámite constitucional en el senado, fundamentó su

---

<sup>31</sup> El texto original indicaba, en su inciso primero, lo siguiente: “Art. 322.- (323) Efecto de la afiliación sindical y aplicación de las estipulaciones de un instrumento colectivo. La afiliación sindical otorgará de pleno derecho a los nuevos socios los beneficios del instrumento colectivo suscrito por la organización sindical a la que se incorporen, conforme a los requisitos establecidos en dicho instrumento, a partir de la comunicación de la afiliación al empleador [...]” Programa de Gobierno de Michelle Bachelet, 2014-2018, p. 92.

<sup>32</sup> Véase, ROJAS (2016).

<sup>33</sup> Historia de la Ley Nº 20.940, de 2017, indicación 164.

votación en contra, que consta en la indicación 164,<sup>34</sup> argumentando que: “la norma es inconstitucional, incoherente desde el punto de vista del sentido mismo de lo que es la extensión y contiene un efecto anti empleo evidente”.<sup>35</sup> Por otro lado, hizo presente que “al coexistir en el artículo 323 (322) la extensión de beneficios vía afiliación con el pacto, éste no va a funcionar nunca”.<sup>36</sup>

Se argumentó también, que: “la norma constitucional no puede ser forzada a tal extremo que permita condicionar la obtención de beneficios a la afiliación sindical; la letra del constitucionalista claramente precave que la ley no podrá obligar la afiliación sindical, pero es evidente que de tal naturaleza voluntaria de la afiliación, también se desprende la prohibición de condicionar en forma oculta y mañosa el ejercicio de otros derechos a la afiliación sindical”.<sup>37</sup>

En contra de tales argumentos, se aseveró que: “en este punto existe diferencia sustantiva con los Senadores de la Alianza y que corresponde a la lógica que persiste en el Código del Trabajo actual de que el empleador es el dueño de los beneficios y, a su vez, con lo que se entiende por Empresa, materias que se busca nivelar con la reforma laboral, esto es, en una Empresa es tan importante quien tiene el capital como los trabajadores y que si sólo existe el capital sin trabajadores no existe Empresa”.<sup>38</sup>

A su vez, se indicó para reforzar el argumento anterior: “que el texto propuesto es absolutamente consistente con romper el monopolio del empleador respecto de los beneficios, en la lógica del acuerdo como materia de negociación de a quien se extienden los beneficios más allá de los que pertenecen a un sindicato”.<sup>39</sup>

Terminado el debate parlamentario, un grupo de senadores y otro de diputados, presentaron dos requerimientos idénticos en su contenido, en contra de un conjunto de normas del proyecto de ley promovido y discutido democráticamente.<sup>40</sup> Dentro de las objeciones de inconstitucionalidad que se plantean en el requerimiento, además de las objeciones en contra de la titularidad sindical, se reclama respecto del inciso primero del artículo 322 del Código del Trabajo, ya que al sentir de los parlamentarios requirentes, con la automaticidad sindical y las prácticas desleales asociadas a dicha norma, se afectaba la libertad constitucional en su dimensión particular negativa.<sup>41</sup>

La sentencia del Tribunal Constitucional<sup>42</sup> acogió parcialmente el requerimiento, en cuanto modifi-

---

<sup>34</sup> Historia de la Ley N° 20.940, de 2017, indicación 164.

<sup>35</sup> Historia de la Ley N° 20.940, de 2017, indicación 164.

<sup>36</sup> Historia de la Ley N° 20.940, de 2017, indicación 164.

<sup>37</sup> Este es uno de los ejemplos, que puede tenerse en cuenta de cómo la “letra del constitucionalista” limita y modula el modelo de relaciones de trabajo existente.

<sup>38</sup> Historia de la Ley N° 20.940, de 2017, indicación 164.

<sup>39</sup> Historia de la Ley N° 20.940, de 2017, indicación 164.

<sup>40</sup> Requerimientos roles del Tribunal Constitucional N°s 3016-16 y 3026-16, de 6 y 12 de abril de 2016, respectivamente.

<sup>41</sup> HÚMERES y HALPERN (2017), p. 41.

<sup>42</sup> HALPERN (2017), pp. 42 y ss.

có solamente el inciso primero del artículo 322 del Código del Trabajo, eliminando la automaticidad como efecto del contrato colectivo. Las restantes solicitudes fueron rechazadas.<sup>43</sup>

### 3. Reglamentación

La extensión de beneficios, contempla dos hipótesis legales; la primera, se encuentra regulada en los incisos 2º y 3º del artículo 322, del Título III, del Libro IV del Código del Trabajo y configura lo que puede denominarse como el pacto de extensión de beneficios; la segunda, regulada en el inciso final del artículo 322 ya citado, mantiene con ciertas restricciones, la histórica facultad de extender los beneficios por parte del empleador.

A su vez, la norma legal citada, se debe complementar con lo dispuesto en la letra h) del artículo 289 del Código del Trabajo, que sanciona las prácticas antisindicales, dentro de ellas, regula aquella relacionada con el mecanismo de extensión de beneficios.

El texto legal, debe ser complementado con los Dictámenes de la Dirección del Trabajo números 303/01, de 18 de enero de 2019 y 999/27, de 02 de marzo de 2017. Ambos, establecen pautas de interpretación de las normas legales citadas, por lo que integran el ámbito de reglamentación legal del mecanismo legal en análisis.

### 4. Naturaleza jurídica

De acuerdo con la Dirección del Trabajo, según Dictamen Nº 303/0001, de 18 de enero de 2017, el pacto de extensión de beneficios tiene la naturaleza de un acto jurídico bilateral.

Como consecuencia de lo anterior, de acuerdo con el Dictamen citado, para que las estipulaciones pactadas por las partes en un instrumento colectivo se apliquen a terceros, requiere que ambas partes concurren con su voluntad asintiendo en dicha extensión y ello quede plasmado en el respectivo texto definitivo.

### 5. Sujetos

Los sujetos del pacto de extensión de beneficios son el sindicato, el empleador y el o los trabajadores beneficiados con el pacto.<sup>44</sup>

En cuanto, a la posibilidad que un grupo negociador pueda suscribir el pacto de extensión, la Dirección del Trabajo ha tenido diversas interpretaciones. En un comienzo, señaló que los acuerdos cele-

---

<sup>43</sup> La eliminación del inciso primero del artículo 322 CT por parte del Tribunal Constitución, explica la incongruencia con que quedó la norma. Pues, señala: “la comunicación al empleador deberá realizarse por escrito al correo electrónico designado por este y enviarse copia de la misma a la Inspección del Trabajo”. La regla anterior, tenía lógica cuando un trabajador se afiliaba al sindicato y le eran extendidos sus beneficios desde la fecha de comunicación al empleador de la respectiva afiliación. En las condiciones actuales de la norma no hay tal comunicación, puesto que la extensión por afiliación se suprimió.

<sup>44</sup> DICTAMEN Nº 303/0001, de 18 de enero de 2017.

brados por grupos negociadores no son instrumentos colectivos regulados por el Libro IV del Código del Trabajo. Razón por la cual no resulta jurídicamente procedente que, celebren con su empleador el pacto de extensión de beneficios contemplado en el artículo 322 del Código del Trabajo y en consecuencia no es posible su inscripción en sus registros.<sup>45</sup>

La interpretación anterior, se modificó en virtud del Ordinario N°3938/033 de la Dirección del Trabajo, de 27 de julio de 2018. Este Ordinario, reconoce a los acuerdos de grupo negociador la naturaleza de instrumento colectivo permitiendo en consecuencia su registro. Esta interpretación administrativa, fue impugnada ante los tribunales laborales y la Corte de Apelaciones de Santiago, dejó sin efecto el Ordinario en cuestión; pero la Corte Suprema revocó la sentencia por razones formales sin entrar al fondo del asunto, dejando firme el Ordinario N°3938/033 de la Dirección del Trabajo.<sup>46</sup>

En relación con los trabajadores a quienes se les hace extensivo los efectos del contrato colectivo, son considerados sujetos igualmente por la Dirección del Trabajo; pues deben aceptar en forma expresa la aplicación del pacto, y con ello se obligan a pagar el todo o parte de la cuota sindical ordinaria, según se convenga en el instrumento correspondiente.

Existe discusión, en torno a la calidad de los beneficiados que pueden ser sujetos del pacto de extensión. Ello, pues del tenor literal de la norma aparece con claridad que la extensión de beneficios en el nuevo régimen legal opera solo en relación a los trabajadores sin afiliación sindical. Con todo, como lo ha indicado la Dirección del Trabajo<sup>47</sup>, no existe inconveniente legal para que las partes, empleador y sindicato, en uso de su autonomía negocial, pacten en el respectivo instrumento colectivo la aplicación del mismo a futuros socios del sindicato, pues la interpretación anterior, constituiría un incentivo perverso de no afiliación.<sup>48</sup>

## 6. Contenido

En cuanto al contenido del acuerdo, las partes deberán fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para la extensión de beneficios. Sobre este punto, la Dirección del Trabajo<sup>49</sup> ha concluido que las partes son libres para establecer las valoraciones que estimen convenientes, con la sola limitación de que no se distinga entre trabajadores que constituyen un todo; que no responda a motivaciones particulares de quienes representan a las partes al momento de negociar, y que no resulten contrarios a la justicia, a la razón, a las leyes o que hayan sido fijados por la sola voluntad o capricho.

No obstante, el legislador en el inciso final del artículo 322 del Código del Trabajo, ha contemplado de manera excepcional la posibilidad de que el empleador, de manera unilateral, pueda aplicar a todos

---

<sup>45</sup> ORDINARIO N° 1024/017, de 21 de febrero de 2018; ORDINARIO N° 1309, de 09 de marzo de 2018.

<sup>46</sup> *Sindicato de empresas Paris con Establecimiento Valparaíso (2018)*.

<sup>47</sup> ORDINARIO N° 6235, de 22 de diciembre de 2017.

<sup>48</sup> ORDINARIO N° 6235, de 22 de diciembre de 2017.

<sup>49</sup> ORDINARIO N° 5995, de 03 de octubre de 2018.

los trabajadores de la Empresa las cláusulas que se hayan pactado en el instrumento colectivo que digan relación con el reajuste de remuneraciones conforme a la variación del IPC, siempre y cuando dicho reajuste se haya contemplado en su respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por el sindicato.

Para que el empleador de manera unilateral pueda ejercer la facultad de extender la cláusula de reajuste de remuneraciones, es necesario que se cumplan cabalmente las siguientes condiciones previas: i) que dentro de las estipulaciones del instrumento colectivo, se encuentre contemplada el reajuste de remuneraciones conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces; ii) Que el empleador, al responder el proyecto de contrato colectivo, haya contemplado la cláusula de reajuste, en los términos ya expuestos, y iii) Que dicha extensión le sea aplicable a la totalidad de los trabajadores.<sup>50</sup>

Conforme se ha explicitado por la Dirección del Trabajo,<sup>51</sup> esta facultad del empleador debe interpretarse de forma restrictiva, vale decir, circunscrita específicamente a la situación regulada por el legislador.

## 7. Efectos

Previo a analizar los efectos del pacto de extensión de beneficios. Se debe tener en cuenta que, la eficacia de los instrumentos colectivos, varía según el modelo de relaciones laborales colectivas de qué se trate. En el nuestro, la eficacia del contrato colectivo es personal y limitada, es decir, un simple contrato civil con sujeto plural.

Se distingue así, aquellos sistemas en que el instrumento se les aplica “a todos los trabajadores y empresarios que se incluyen en el respectivo ámbito de aplicación `eficacia erga omnes` o sólo a los representados por las partes contratantes, `eficacia personal`”.<sup>52</sup>

Nuestro modelo de relaciones laborales, ha optado por una “eficacia personal”, pero además “limitada” del contrato colectivo; ya que, de no mediar la voluntad de los pactantes o del empleador en el caso del inciso final del artículo 322, sus efectos se limitan al empleador y a los trabajadores que hubieren sido parte de la respectiva negociación colectiva.

De esta forma, la Ley N° 20.940, de 2017, no atenúa, ni elimina la eficacia personal limitada del instrumento colectivo, lo que sería acorde con un modelo de las relaciones laborales que fomente y promueva la libertad sindical o que reconozca los efectos que son de la esencia de lo que se entiende en doctrina por contrato colectivo, manteniéndose por lo tanto fiel al Plan Laboral.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> ORDINARIO N° 6285, de 28 de diciembre de 2017.

<sup>51</sup> ORDINARIO N° 6285, de 28 de diciembre de 2017.

<sup>52</sup> UGARTE (2010a), p. 76.

<sup>53</sup> UGARTE (2010b), p. 77.

En cuanto a los efectos, se debe distinguir, respecto de las partes del acuerdo y de los terceros beneficiados con la extensión.

#### **a) Respeto de las partes**

De acuerdo a lo resuelto en el Dictamen N°303/01, del 18 de enero de 2017, como resulta lógico de la concepción analizada, los trabajadores afectos al instrumento colectivo son aquellos que estuvieron involucrados en el proceso de negociación colectiva, ya sea, en calidad de afiliados al sindicato al momento de presentar el proyecto de contrato colectivo (nómina), o que se hayan afiliado hasta el quinto día de presentado; efecto que hemos descrito anteriormente como de “eficacia personal limitada” del contrato colectivo.

En cuanto, a los beneficios que deben otorgarse a los nuevos trabajadores que se incorporen a prestar servicios, cabe señalar que conforme al modelo que nos dejó el Plan Laboral, la vinculación de un trabajador a las cláusulas de un instrumento colectivo ha sido establecida en razón de la participación que dicho trabajador haya tenido en el proceso negociador. Ello, se traduce en que aquellos trabajadores que hayan sido contratados con posterioridad a la negociación y suscripción del instrumento colectivo, no podrán acceder a los beneficios contenidos en el mismo ya que los efectos del instrumento colectivo en nuestro modelo de relaciones laborales no operan de forma automática con la afiliación.

Salvo, que el mismo contrato colectivo, por la vía de pacto de extensión de beneficios indique que quienes se adhieren al sindicato de manera posterior, se les hará aplicable el contrato colectivo y todos sus beneficios.

Además, existe otra situación particular al respecto; pues, por expresa disposición del artículo 323 inciso 2° del Código del Trabajo,<sup>54</sup> tratándose de un trabajador que ha cambiado de afiliación, la vinculación al instrumento colectivo suscrito por la organización a la que se ha afiliado, opera, aun cuando el trabajador no haya participado de la negociación colectiva, cuestión que representa una segunda excepción a la regla en virtud de la cual se sostiene que la vinculación al instrumento colectivo opera en la medida que el trabajador haya participado de la negociación colectiva, cabe preguntarse si el empleador se encuentra obligado al descuento de la cuota sindical respecto del antiguo y el nuevo sindicato y el trabajador al pago de ambas cuotas.<sup>55</sup>

#### **b) Respeto de los terceros beneficiarios**

Respecto de los terceros beneficiados, se discute si el tratamiento jurídico de éstos debe ser el mismo respecto de quienes se les extiende el contrato colectivo naturalmente o si existen diferencias al respecto.

---

<sup>54</sup> Esta disposición legal fue objeto de requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, declarando el Tribunal Constitucional en su sentencia la inconstitucionalidad de la norma, pues a su juicio “*produce el mismo efecto constitucional que las normas declaradas como contrarias a la Constitución por la sentencia de 2016*”. Sentencia Rol N°4821-18, de fecha 07 de noviembre de 2019. Otro ejemplo, de la necesidad de abordar estas materias en la nueva constitución.

<sup>55</sup> ORDINARIO N°1166, de 02 de marzo de 2018.

Según el profesor GAMONAL<sup>56</sup> no habría diferencias entre terceros beneficiados con la extensión de beneficios y los trabajadores sindicalizados, señalando que *“respecto de los trabajadores beneficiados por la extensión, se producen sus efectos desde la fecha de su aplicación hasta el término de su vigencia. Lo anterior significa que los trabajadores beneficiados quedan sujetos a la eficacia real e imperativa, a la inderogabilidad in peius y a la eficacia ultra termine, consagradas en nuestra legislación para los instrumentos colectivos. Asimismo, el instrumento extendido tendrá mérito ejecutivo respecto de sus estipulaciones y el incumplimiento de las mismas podrá ser sancionado con la multa que indica la ley”*.

OGALDE MUÑOZ,<sup>57</sup> sostiene que existirían diferencias en cuanto al efecto de ultra actividad del contrato colectivo. Indicando, que éste sólo aplica a los trabajadores afectos, entendiendo por “afectos”, sólo los sindicalizados y por lo tanto no incluye en ellos a quienes se les extendió el contrato colectivo. No queda claro por tanto, con la redacción de la norma si el efecto de ultra actividad se aplica a quienes se hubiere lícitamente hecho extensivo los efectos del instrumento colectivo, o solamente a los trabajadores sindicalizados. Esta diferencia, puede ser útil para resolver la situación de los beneficios históricos, como se verá más adelante, ya que con ello se excluye el argumento de derechos adquiridos.

La DIRECCIÓN DEL TRABAJO,<sup>58</sup> ha sostenido el criterio OGALDE MUÑOZ, esto es, que la ultractividad no aplica respecto de aquellos trabajadores a los que se les ha extendido el contrato colectivo, ya que de acuerdo con el artículo 325 del Código del Trabajo, dicho efecto operaría sólo respecto de los trabajadores “afectos” al contrato colectivo, condición que no reuniría aquel trabajador que ha sido favorecido con la extensión de beneficios.

Asimismo, según lo ha dicho la Dirección del Trabajo, los trabajadores que aceptan la aplicación total o parcial de las estipulaciones de un instrumento colectivo, en virtud de un acuerdo de extensión e incluso a quienes se les extiende las cláusulas pactadas de reajuste en virtud de la extensión del inciso final del nuevo artículo 322, no pasan a ser parte del respectivo instrumento cuyas estipulaciones o reajuste se les extiende.<sup>59</sup>

De lo anterior, se sigue que respecto del trabajador al que se le extienda los efectos del instrumento colectivo, no tiene aplicación la regla prevista en el artículo 307 que establece la imposibilidad que un trabajador esté “afecto” a más de un contrato colectivo, pues no se encuentran “afectos” a un instrumento colectivo, pudiendo por lo tanto ser parte de un nuevo proceso de negociación colectiva.<sup>60</sup>

Junto con los efectos señalados, los trabajadores que aceptan la aplicación general o parcial de las estipulaciones de un instrumento colectivo, con ocasión del pacto de extensión de beneficios, se

---

<sup>56</sup> GAMONAL (2012b), p. 81.

<sup>57</sup> OGALDE (2015), p. 56.

<sup>58</sup> ORDINARIO Nº 5533, de 31 de octubre de 2018.

<sup>59</sup> DICTAMEN Nº303/01, de 18 de enero de 2017.

<sup>60</sup> ORDINARIO Nº 1064/22, de 23 de febrero de 2018.

obligan a pagar la correspondiente cuota sindical como contrapartida de los beneficios extendidos. Respecto del valor o porcentaje de la cuota sindical a pagar, según lo ha resuelto la Dirección del Trabajo<sup>61</sup> se debe distinguir, si la extensión de beneficios se verificó antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.940, de 2017 o después. Si la extensión se produjo con anterioridad al 01 de abril de 2017, deberá pagar por concepto de aporte, el 75% de la cuota mensual ordinaria, manteniendo dicho monto más allá de la entrada en vigencia de la precitada Ley y hasta el término de vigencia del instrumento colectivo a que se refiere. Si la extensión de beneficios, se produce con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, deberán pagar el porcentaje de la cuota ordinaria sindical que se indique en el respectivo pacto, según dispone el artículo 322 del Código del Trabajo.

La Dirección del Trabajo, ha precisado que en el caso que un trabajador acepte la extensión general o parcial de las estipulaciones de un instrumento colectivo del que no es parte, en virtud de un acuerdo de extensión, y decida involucrarse en una negociación colectiva, en conformidad a lo señalado en los párrafos precedentes, deberá dejar de percibir los beneficios extendidos al momento de entrar en vigencia el instrumento colectivo suscrito producto de la negociación colectiva en que participe o se involucre. Lo anterior, con el objeto de evitar que el trabajador reciba dos veces beneficios, del instrumento extendido y del nuevo instrumento.<sup>62</sup>

#### **8. Sanción al empleador que extiende los beneficios de un instrumento colectivo sin cumplir los requisitos legales**

La extensión de beneficios que se materialice sin dar cumplimiento a los requisitos dispuestos por la ley, será considerada como práctica antisindical en los términos regulados por el artículo 289 letra h) del Código del Trabajo.<sup>63</sup>

Lo primero que se debe tener presente, es que con la Ley N° 20.940, de 2017 las prácticas antisindicales se consolidan como una falta o infracción objetiva, con lo cual quedan desprovista de toda subjetividad sobre la intención del acusado. Es decir, se constatan al verificar el acaecimiento del verbo objetivamente considerado, que en este caso es extender los mismos beneficios pactados en un instrumento colectivo sin la mediación del acuerdo con el sindicato.

Durante la discusión parlamentaria, se criticó que la norma no definía el alcance de la voz empleada “los mismos beneficios”. Del debate suscitado, se intentó modificar mediante una indicación la

<sup>61</sup> ORDINARIO N° 6203, de 21 de diciembre de 2017.

<sup>62</sup> ORDINARIO N° 6203, de 21 de diciembre de 2017.

<sup>63</sup> El inciso final del artículo 289 letra h) dispone “No constituye práctica antisindical el o los acuerdos individuales entre el trabajador y el empleador sobre remuneraciones o sus incrementos que se funden en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador”. De acuerdo con la DIRECCIÓN DEL TRABAJO, se entiende por “capacidad, el significado de “aptitud, el talento o la cualidad que dispone para el buen ejercicio de algo”. Por calificación, se entiende la “acción y efecto de calificar; y calificar, a la vez, es apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o algo”. Por idoneidad, se entiende “cualidad de idóneo, e idóneo es adecuado y apropiado para algo”. Por responsabilidad, es “cualidad de responsable; y responsable dicho de una persona que pone cuidado y atención en lo que hace o decide”. Finalmente, de acuerdo con el Dictamen citado, por productividad, se entiende “cualidad de productivo: y productivo, que tiene virtud de producir y en otra acepción, que es útil y provechoso”. ORDINARIO N° 1187/018, de 10 de marzo de 2010.

expresión “los mismos” por la expresión “idénticos”, pero se rechazó.<sup>64</sup> Agregándose, que el término debe interpretarse de tal forma que cualquier variación en la modalidad o monto del beneficio que se extienda, con respecto al negociado colectivamente, excluye la hipótesis de práctica antisindical.<sup>65</sup>

Disentimos sobre este último punto, toda vez que dicha interpretación de la norma puede significar la pérdida de eficacia de la norma legal que instituye la práctica antisindical resultado que sería evidentemente contrario al espíritu de la ley. Bajo la interpretación señalada, bastaría que el empleador modificara el nombre de los beneficios, el monto o la modalidad para soslayar la prohibición impuesta por el legislador, por lo que evidentemente no se puede sostener que ese fue el espíritu del legislador considerando la materia que trata de proteger o fomentar, esto es, la Libertad Sindical en tanto derecho fundamental.

Al respecto, la Dirección del Trabajo según Dictamen N° 4808/114, de 12 de octubre de 2017, precisa que para determinar el alcance de la expresión “*mismos beneficios*” utilizada por el precitado artículo, “*debe estarse a lo pactado en el instrumento que pretende extenderse, debiéndose, en cada caso, analizar si la naturaleza, el monto y periodicidad del beneficio otorgado a aquel. Trabajador sin afiliación sindical se condice con el pactado por las partes en el correspondiente instrumento colectivo*”.<sup>66</sup> Agrega el citado Dictamen que, “*para estos efectos resulta pertinente recordar que en Derecho las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son*”, por lo que la denominación del beneficio podría ser distinta, sin embargo, aún tratarse del mismo beneficio acordado en el instrumento colectivo, cuestión que deberá ser determinado caso a caso”.<sup>67</sup>

Por lo tanto, según concluye la Dirección del Trabajo en el Dictamen citado anteriormente, en la medida que el beneficio que el empleador pretenda otorgar a los trabajadores no sindicalizados, no sea de aquellos que se encuentren dentro de la determinación de mismos beneficios antes indicada, no existe impedimento jurídico para su entrega. Aunque, si la intención del otorgamiento de los beneficios por parte del empleador, en el caso en particular, es desincentivar la negociación colectiva, igualmente se puede reconducir a una práctica antisindical, de aquellas preceptuadas en los literales a), c) o g) del artículo 289 del Código del Trabajo.

Finalmente, en cuanto a si deben ser considerados todos o algunos de los beneficios para la configuración del requisito “mismos beneficios” contemplado en el artículo 289 letra h). Según aclara la Dirección del Trabajo, la regla con la cual se determina qué puede ser extendido y qué no, está dada por el acuerdo allegado por las partes de la negociación colectiva -o su ausencia-, razón por la cual se deberá proceder caso a caso.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> Informe de la comisión de trabajo Boletín N° 9835-13-1.

<sup>65</sup> Informe de la comisión de trabajo Boletín N° 9835-13-1.

<sup>66</sup> Dirección Regional del Trabajo con Tottus (2018).

<sup>67</sup> ORDINARIO N°4808/114, de 2017.

<sup>68</sup> ORDINARIO N° 1309, de 2018.

## **D. Excurso: situación de los llamados beneficios históricos**

### **1. Planteamiento del problema**

Es usual que las Empresas pacten con sus trabajadores diversos beneficios como bonos de colación, movilización, aguinaldos, bonos de adquisición o reparación de vivienda, entre otros, destinados a superar contingencias o eventualidades. En muchos casos, los beneficios indicados se replican en los distintos instrumentos colectivos durante años e incluso décadas, por lo tanto existe discusión a qué ocurre con este tipo de beneficios y la prohibición de extender beneficios sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 322 del Código del Trabajo, principalmente si tales beneficios se venían otorgando en virtud de un contrato colectivo existente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.940, de 2017.

Así, en una primera aproximación, podemos decir que los beneficios históricos, son aquellos que han sido otorgados, por larga data, a todos los trabajadores, sindicalizados o no, mientras cumplan con los requisitos o condiciones para su otorgamiento, como beneficios universales con independencia de si su origen se encuentra en un contrato colectivo o en la voluntad unilateral del empleador.

El Dictamen N° 303/01 de 18 de enero de 2017, regula en extenso el mecanismo legal de extensión de beneficios de un contrato colectivo, por lo que a partir de dicho Dictamen, la Dirección del Trabajo ha ido construyendo criterios que sirven para determinar qué ocurre con los beneficios históricos, la contratación colectiva y la práctica antisindical asociada al respecto. Aunque la discusión en torno a la calificación del origen de los beneficios, no es nueva.<sup>69</sup>

Sobre el particular, es posible visualizar dos posiciones al respecto en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo.

#### **a) Todo beneficio que conste en un instrumento colectivo tiene naturaleza u origen colectivo**

La Dirección del Trabajo realiza una primera clasificación a través del Dictamen N° 303/01, de 18 de enero de 2017. Distingue entre beneficios extendidos con la normativa antigua (ex artículo 346), esto es, de forma unilateral por el empleador y beneficios extendidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.940, de 2017, esto es, a través del acuerdo de extensión de beneficios.

Según el Ordinario precitado, respecto de los beneficios extendidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.940, de 2017 y que tengan su origen en un contrato colectivo aplica de manera lisa y llana el artículo 322 del Código del Trabajo, y en consecuencia resultará procedente la sanción del artículo 289 CT letra h), si el empleador extiende unilateralmente los beneficios contemplados en el instrumento colectivo.

---

<sup>69</sup> ORDINARIO N° 2127, de 21 de abril de 1997.

Respecto de los beneficios extendidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.940, de 2017, de acuerdo con la Dirección del Trabajo,<sup>70</sup> aplica el artículo 2° transitorio de la citada ley,<sup>71</sup> lo cual se traduce en lo siguiente: “a contar del 01.04.2017 no se podrán realizar nuevas extensiones unilaterales de beneficios respecto de instrumentos colectivos celebrados bajo la antigua legislación, respecto de aquellos trabajadores a los cuales no se les extendió con anterioridad de la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.940”<sup>72</sup>.

La pregunta de rigor, es qué ocurre luego del término de vigencia de los instrumentos colectivos, respecto de aquellos trabajadores a los cuales se les extendió históricamente los beneficios de manera unilateral, deben aceptar el acuerdo de extensión de beneficios para seguir manteniéndolos o de lo contrario, se les debe suprimir dichos beneficios o tienen derechos adquiridos sobre tales beneficios.

Respondiendo a lo anterior, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo,<sup>73</sup> ha construido la noción de “beneficios históricos”, para diferenciarlos de aquellos beneficios a los que les aplica el artículo 322 del Código del Trabajo. De acuerdo a la Dirección del Trabajo, se debe discriminar, entre aquellos beneficios o prestaciones en dinero que tienen su origen en el contrato individual o si los beneficios se consignan a raíz de un instrumento colectivo. Sólo, en este último caso, aplicaría lo dispuesto en el artículo 322 del Código del Trabajo, no siendo procedente en consecuencia que el empleador los extienda de manera unilateral.

Si bien a primera vista parece fácil de realizar la distinción enunciada, se torna compleja en aquellos casos en que los beneficios tuvieron su génesis en el contrato individual, pero luego se consagraron o reprodujeron en un instrumento colectivo y se mantuvieron así por larga data. Sobre esta situación particular, la jurisprudencia administrativa<sup>74</sup> inicial, señalaba que por la sola circunstancia de estar contenidos los beneficios en un instrumento colectivo, gozaban de tal naturaleza.<sup>75</sup>

Por lo tanto, el primer criterio de interpretación de la Dirección del Trabajo, fue el siguiente: la sola circunstancia de estar los beneficios contenidos en un instrumento colectivo, implica que aquellos

---

<sup>70</sup> DICTAMEN N° 303/01, de 18 de enero de 2017

<sup>71</sup> Artículo 2° (transitorio).- Las negociaciones colectivas se regirán íntegramente y para todos los efectos legales por las normas vigentes al día de presentación del proyecto de contrato colectivo. Los instrumentos colectivos suscritos por sindicatos o grupos negociadores con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley regirán hasta la fecha convenida en ellos. - De esta forma, las extensiones de beneficios (unilaterales) respecto de instrumentos colectivos celebrados al amparo de la ley actualmente vigente, esto es, el artículo 346 del Código del Trabajo, tienen pleno efecto más allá de la entrada en vigencia de la ley N° 20.940 y hasta el término de vigencia de los mismos, dado que se trata de actos que, si bien no forman parte del instrumento colectivo suscrito con anterioridad, sí es posible afirmar que se derivan del mismo, pues lo que se extingue son cláusulas del referido instrumento.

<sup>72</sup> DICTAMEN N° 303/01, de 18 de enero de 2017; ORDINARIO N° 578, de 02 de febrero de 2017.

<sup>73</sup> ORDINARIO N° 578, de 02 de febrero de 2017.

<sup>74</sup> ORDINARIO N° 3269, de 17 de julio de 2017; ORDINARIO N° 3493, de 01 de agosto de 2017; ORDINARIO N° 4808/114, de 12 de octubre de 2017.

<sup>75</sup> “[...] En relación con la calificación de “beneficios denominados históricos” a que hace referencia en su presentación, aun cuando se determine que aquellos fueron otorgados con anterioridad a la suscripción de un instrumento colectivo por parte de una empresa y su sindicato, la sola circunstancia de estar contenidos en un instrumento de esa naturaleza implica que dichos beneficios fueron obtenidos mediante la correspondiente negociación colectiva y que, por ende, la extensión de éstos por el empleador, junto con el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por el citado artículo 346, importaría, para los dependientes beneficiados, la obligación de efectuar el aporte previsto por dicha norma legal.” ORDINARIO N° 3269, de 17 de julio de 2017

son obtenidos mediante la correspondiente negociación colectiva y en consecuencia se regulan por las reglas del pacto de extensión de beneficios del artículo 322 del Código del Trabajo.

El criterio de interpretación señalado, fue matizado por la Dirección del Trabajo, especialmente, a través de dictámenes posteriores, que precisan por una parte, lo que debe entenderse por la expresión “mismos beneficios”; y por la otra, a través de la exigencia, que tales beneficios constituyeran “un incremento real y significativo” de las remuneraciones y condiciones laborales.<sup>76</sup>

### **b) Se debe distinguir entre beneficio histórico y beneficio de origen colectivo**

El criterio de la Dirección del Trabajo se modifica a partir del Ordinario N° 2238/029, de 11 de mayo de 2018 con el cambio de Administración. En efecto, ha partir del Ordinario citado, existe una tendencia a interpretar en un sentido distinto la expresión “beneficios históricos” para referirse al beneficio que tiene su origen fuera de la negociación colectiva y que se otorgó por larga data a aquellos trabajadores no sindicalizados.

Así, el primer Ordinario en aplicar este criterio,<sup>77</sup> señala que no aplica el artículo 322 del Código del Trabajo en caso que los beneficios de que se tratare estuvieren pactados con anterioridad y expresamente en los contratos individuales de los trabajadores no sindicalizados aún cuando estuvieren consignados en instrumentos colectivos. En tal caso, según la nueva doctrina de la Dirección del Trabajo, el beneficio no tendría su origen en el proceso de negociación colectiva y por lo tanto gozaría de la calidad de “beneficio histórico” sin ser suficiente que conste en un instrumento colectivo.<sup>78</sup>

De este modo, se comienza a distinguir por la Dirección del Trabajo, entre aquellos beneficios que tienen su origen en el contrato individual del trabajo y aquellos que tienen su origen en el proceso de negociación colectiva.<sup>79</sup> Siendo legítimo y posible para el empleador mantener vigente el régimen individual en el que se regulan determinados beneficios en la medida que estuvieren pactados expresamente y con anterioridad a la negociación colectiva no obstante se consignent igualmente en el instrumento colectivo que se concrete a raíz de la negociación.

Con el Ordinario N° 3826, de 20 de julio de 2018, se amplía aún más el criterio anterior; pues se considera “beneficios históricos” todos aquellos contenidos en cláusulas tácitas, políticas corporativas, manuales de remuneraciones y beneficios, entre otros<sup>80</sup>. Con ello, entendemos se deja al arbitrio del empleador la mantención de los beneficios, pues bastará con que el empleador alegue el carácter de ajenos al contrato colectivo para justificar su conducta.

---

<sup>76</sup> ORDINARIO N° 3269, de 17 de julio de 2017

<sup>77</sup> ORDINARIO N° 2238/029, de 11 de mayo de 2018.

<sup>78</sup> Esta doctrina no es nueva, p. e. ORDINARIO N° 4941, de 16 de noviembre de 2010.

<sup>79</sup> ORDINARIO N° 2127, de 21 de abril de 1997.

<sup>80</sup> ORDINARIO N° 3897, de 26 de julio de 2018; ORDINARIO N° 3930, de 27 de julio de 2018; ORDINARIO N° 4296, de 13 de agosto de 2018; ORDINARIO N° 4868, de 14 de septiembre de 2018; ORDINARIO N° 5995, de 10 de octubre de 2018.

De esta forma, la actual doctrina de la Dirección del Trabajo, que el otorgamiento de beneficios históricos a aquellos trabajadores no sindicalizados que ya los habían percibido, no da lugar a la figura de la extensión de beneficios y, por consiguiente, no resulta jurídicamente procedente el descuento por concepto de cuota sindical por parte del empleador. Y, respecto de aquellos trabajadores que se incorporan a una Empresa con posterioridad a la suscripción de un instrumento colectivo que recoge beneficios históricos, el empleador no puede extenderle estos beneficios sin adecuarse a lo dispuesto por el artículo 322 del Código del Trabajo, a menos que el instrumento colectivo establezca alguna diferencia en las condiciones, modalidades o características con los que la Empresa históricamente ha otorgado tales beneficios.<sup>81</sup>

### **c) Jurisprudencia judicial**

El Registro de Condenas por Prácticas Antisindicales disponible en la página web de la Dirección del Trabajo, da cuenta del bajo nivel de sanciones que ha operado en razón de la extensión ilegal de beneficios por parte del empleador. Así, desde el primer semestre del 2017 al segundo semestre del 2020, existe registro de tan sólo dos condenas con ocasión de lo dispuesto en la letra h) del artículo 289 del Código del Trabajo.

Las sentencias a que se hace alusión, son las dictadas por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT S-26-2018 y la dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Los Andes, en causa RIT S-1-2019.

En la sentencias citadas, no se ahonda en el origen del beneficio, esto es, si los beneficios extendidos a los trabajadores no afiliados resultaron de un proceso de negociación colectiva o si tienen la naturaleza de beneficios históricos en el criterio interpretativo asentado por la Dirección del Trabajo, lisa y llanamente se realiza una comparación entre el pacto de extensión de beneficios y el beneficios que en los hechos se acusa el empleador extendió a los trabajadores no sindicalizados sin cumplir los requisitos legales.

Entendemos, que la correcta interpretación o criterio para resolver las cuestiones que se susciten al respecto, es el de la Corte de Apelaciones de Santiago, otorgado en una reciente sentencia que indica: *“SEXTO: es dable inferir que la nueva regulación en materia de extensión de beneficios, postula fortalecer la presencia del sindicato como parte negociadora y evitar un paralelismo a los beneficios que obtenga ese órgano en el marco de la negociación lo que se ocasionaba, entre algunas de sus manifestaciones por la extensión unilateral de beneficios que efectuaba el empleador a los trabajadores afiliados.- Hoy, esta materia ésta regulada en el citado artículo 322 del Código del ramo, norma que es incompatible con la que se desprendía de los antiguos artículos 346 y 348, que postulaban una extensión de beneficios originada en la decisión del empleador y del trabajador no afiliado, a espaldas del acuerdo colectivo y del sindicato, disposiciones que no pueden ser aplicadas después de la vigencia de la nueva ley, ya que ninguna disposición de esta preceptiva reconoce ahora este efecto, ni menos una eventual ultractividad,*

---

<sup>81</sup> ORDINARIO Nº 1443, de 15 de abril de 2020.

*razón por la que la tesis del recurrente es del todo improcedente, tal como concluyó el juez de base...”*<sup>82</sup>

De lo expuesto, se observa que la interpretación de la Corte de Apelaciones, adhiere a un criterio de interpretación teleológico, y considera la finalidad protectora de los trabajadores para ello y de fortalecimiento de la libertad sindical en tanto Derecho Fundamental.

Como indica GAMONAL,<sup>83</sup> *“la interpretación de la libertad sindical, atendida su naturaleza de derecho humano esencial, debe guiarse también por los principios del derecho constitucional y del derecho internacional, considerando el principio pro libertate, como presunción general a favor de la libertad del ciudadano y la interpretación pro hominis, esto es siempre a favor del individuo. Estas reglas de interpretación en alguna medida encuentran su correspondencia en el derecho del trabajo en la regla in dubio pro operario”*.

De esta forma, los conflictos de derecho colectivo del trabajo, debieran resolverse en clave de libertad sindical; siendo la tendencia jurisprudencial, transitar desde una visión restrictiva de la libertad sindical, hacia el reconocimiento pleno y amplio de la autonomía sindical.<sup>84</sup>

### III. CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico, desde la instauración del Plan Laboral, ha optado por una eficacia personal limitada del instrumento colectivo. Ya que, desde el año 1979, únicamente por decisión del empleador podía llegar a extenderse el instrumento colectivo más allá de los pactantes. De no verificarse la situación anterior, sólo vinculaba el contrato colectivo al empleador y a los trabajadores que hubieren sido parte de la respectiva negociación colectiva.

Con la dictación de la Ley N° 19.069, de 1991, se consolida como mecanismo legal en nuestro ordenamiento jurídico, la extensión de beneficios de un instrumento colectivo, que habilitaba al empleador para extender los beneficios de un contrato colectivo al resto de los trabajadores no afiliados al sindicato, debiendo estos últimos acceder al pago de un 75% de la cuota sindical, lo que permitía sostener que tal medida iba en beneficio o en pro del fortalecimiento de la libertad sindical.

La mayoría de la doctrina laboralista en concordancia con el beneficio económico que asistía al sindicato producto de la extensión de beneficios, entendía que con la figura legal de la extensión de beneficios, se buscaba el fomento de la actividad sindical. Pero, en la práctica derivó en un desincentivo absoluto de la afiliación sindical tornándose en un incentivo perverso para la desafiliación del sindicato, ya que desde el punto de vista de los trabajadores, no existía ninguna necesidad de pertenecer al sindicato, si el empleador luego extendía los beneficios del contrato colectivo a ellos, al punto que

---

<sup>82</sup> Magotteaux Andino S.A. con Sindicato de Empresa Magotteaux (2018).

<sup>83</sup> GAMONAL (2016b), pp. 25-26.

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ (2017), pp. 107-108.

incluso se debía pagar una menor cantidad de dinero para ello, solo un 75% en comparación con el 100% de la cuota que debían pagar los trabajadores sindicalizados. En este escenario, tornaba ineludible que el tema fuera abordado por el proyecto de ley que modernizara el sistema de relaciones laborales.

De esta forma, con ocasión de la reforma legislativa provocada por la Ley 20.940 y su entrada en vigencia el año 2017, la extensión de beneficios deja de ser una facultad exclusiva del empleador y debe pactarse de común acuerdo con el sindicato en el respectivo instrumento colectivo. Y, para que los trabajadores no sindicalizados puedan acceder a tales beneficios, primero debe estar permitido por el pacto de extensión de beneficios; y, segundo, deben aceptar la extensión expresamente y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el respectivo acuerdo.

La solución legal que entrega el legislador es confusa y entendemos torna más compleja la negociación colectiva y la correspondiente autonomía sindical. Lo propio del contrato colectivo, es que sus efectos no sean los de un simple contrato civil suscrito por sujeto plural; por lo tanto, la vía más adecuada para asignarle al contrato colectivo las características que le resultan inherente, es reformular sus efectos en general y adecuarlos a los efectos que se contemplan para dichos instrumentos en los modelos afines con el derecho fundamental de libertad sindical. Sin ir más lejos, el Código de 1931 ya contemplaba algunos de tales efectos, como es el de automaticidad; lo mismo, se pretendió en la Ley 20.940, de 2017, que igualmente contemplaba el efecto de automaticidad de los contratos colectivos; pero que producto del modo en que está redactada nuestra Constitución, tributaria del Plan Laboral, fue declarado inconstitucional.

Entendemos que la eficacia del contrato colectivo, delimita el modelo de relaciones laborales colectivas vigente de un ordenamiento jurídico determinado. Por lo tanto, tales materias debieran ser abordadas por quienes desarrollarán la nueva Constitución chilena, buscando que el texto constitucional no limite la determinación democrática del modelo de relaciones de trabajo que se pretenda para nuestro sistema jurídico.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina citada**

- ARANGUIZ MONTECINOS, Rachel (2018): “*Extensión de beneficios de los instrumentos colectivos: un resabio del autoritarismo que se niega a morir*”, en: Trabajo de Seminario, Programa de Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- ARELLANO ORTIZ, Pablo (2017): “Reforma laboral ley N° 20.940 bajo el prisma de la teoría de las relaciones laborales”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 49)
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2006): “La tutela jurisdiccional de la libertad sindical”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (vol. 19, núm. 1)
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2016): “Crítica a las ideas fundantes del actual modelo normativo de negocia-

- ción colectiva en Chile y a su reforma”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 46).
- ECHEVERRÍA STAGNO, Jaime (2011): “La extensión del contrato colectivo”, en: *Revista Laboral Chilena* (núm. 9).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2011): *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª edición actualizada (Santiago, AbeledoPerrot).
- GAMONAL CONTRERAS, SERGIO (2020): *Derecho colectivo del trabajo*, 3a ed. actualizada con la ley N° 20.940 (Santiago, Ediciones DER).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2012): “El efecto extensivo de los contratos colectivos”, en: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Doctrina chilena y extranjera*, tomo IV (Santiago, Thomson Reuters).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2015): “La reforma laboral: un paso adelante y dos atrás”, en: *Revista Laboral Chilena*.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2016a): “La reforma laboral: interpretación, antinomias y vacíos”, en: *Revista Laboral Chilena*.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2016b): “La libertad sindical en su laberinto: ¿Cómo interpretar la ley 20.940”, en: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters (vol. 4, núm. 4).
- FERNÁNDEZ DURÁN, Alejandra (2017): “Análisis de la concepción del derecho de huelga en el ordenamiento jurídico chileno: ¿Derecho o instrumento?”, en: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters (vol. 5, núm. 3).
- FUENTES MANRÍQUEZ, Carlos (1996): “El efecto extensivo del contrato colectivo en el derecho laboral chileno”, en: *Estudios Sobre Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Valparaíso, EDEVAL).
- FUENTES MANRÍQUEZ, Carlos (2003): “Eficacia personal aplicativa de los contratos colectivos de trabajo en la legislación chilena: el efecto extensivo”, en: *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* (México, UNAM).
- HALPERN MONTECINO, Cecily (1992): “Extensión de beneficios colectivos: la aplicación jurisprudencial del art. 122 de la ley N°19.069 y su posible efecto perverso”, en: *Revista Laboral Chilena*.
- HALPERN MONTECINOS, Cecily (2017): “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proyecto de ley sobre la reforma laboral en derecho sindical y negociación colectiva de la ley”, en: *Sentencias Destacadas 2016*, (Santiago, Ediciones LYD).
- HENRÍQUEZ RIQUELME, Helia; ROMANIK FONCEA, Katy (2013): “Una aproximación al artículo 346 del Código del Trabajo y a su aplicación”, en: Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo.
- HUMERES NOGUER, Héctor; HALPERN MONTECINOS, Cecily (2017): *La reforma laboral de la Ley N° 20.940* (Santiago, Thomson Reuters).
- HUMERES NOGUER, Héctor (2017): “Derecho del trabajo y de la seguridad social”, en: *Derecho Colectivo del Trabajo*, tomo II, 19ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2018): *Sindicatos y negociación colectiva*, (Santiago, Thompson Reuters).
- LIZAMA PORTAL, Luis (2015): “Análisis crítico del proyecto de ley que reforma el sistema de relaciones laborales ¿Quién abrió la Kerkaporta?”, en: XXII Jornadas Nacionales chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005), *Los Contratos*, tomo I, 4ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido (1989): *Derecho Colectivo del Trabajo: teoría y análisis de sus normas*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- NARBONA MARTÍNEZ, Karina (2015): *Antecedentes del modelo de relaciones laborales chileno*, 2ª edición, (Santiago, Fundación Sol).
- OGALDE MUÑOZ, Jorge (2017): “Ultraactividad del instrumento colectivo en la reforma laboral”, en: XXII Jornadas Nacionales de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: análisis crítico de la reforma al sistema de relaciones sindicales en Chile (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- PIÑERA ECHENIQUE, José (1990): *La revolución laboral en Chile*, 3ª edición, (Santiago, Zig-Zag).
- RAMACIOTTI FRACCHIA, José Luis (1992): “Extensión de beneficios a trabajadores que no negocian colectivamente”, en: *Revista Laboral Chilena*.
- ROJAS MIÑO, Irene (2017): “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral”, en: *Revista Ius Et Praxis*, (vol. 13, núm. 2).
- ROJAS MIÑO, Irene (2012): “Los acuerdos Colectivos en Chile: Limitaciones a su eficacia jurídica”, en: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Doctrina chilena y extranjera*, Tomo IV, (Santiago, Thomson Reuters).
- ROJAS MIÑO, Irene (2017): “Los derechos de libertad sindical en la Consitución Chilena” en: *Revista de Derecho de Valdivia* (vol. 30, núm. 1).
- ROSSEL ZÚÑIGA, Ariel (2016a), “La extensión de beneficios pactados en un instrumento colectivo”, en: *Reforma al derecho colectivo del trabajo: examen crítico de la Ley N°20.940* (Santiago, Thomson Reuters).
- Rojas Miño, Irene (2016b), “El modelo normativo del sindicato en las leyes sociales de 1924”, en: *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos* (vol. XXXVIII).
- SORDO, Unai (2019): *¿Un futuro sin sindicatos?* (Madrid, Fundación 1º de Mayo).
- THAYER ARTEAGA, William; NOVOA FUENZALIDA, Patricio (2015): *Manual de derecho del trabajo, Generalidades. Derecho colectivo del Trabajo*, 6ª edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- UGARTE CATALDO, José Luis; CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2010): *Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico* (Santiago, LegalPublishing).
- VVAA (2015): “Informe Anual Sobre Derechos Humanos: La reforma laboral y los estándares internacionales de derechos humanos”, en: *Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales*.
- VVAA (2013): “Manifiesto laboral”, en: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Tomo III (Santiago, Thomson Reuters).

### **Dictámenes citados**

- DICTAMEN ORDINARIO N° 2127, de 21 de abril de 1997.
- DICTAMEN ORDINARIO N° 1187/018, de 10 de marzo de 2010.
- DICTAMEN ORDINARIO N° 303/01, de 18 de enero de 2017.
- DICTAMEN ORDINARIO N° 578, de 02 de febrero de 2017.
- DICTAMEN ORDINARIO N° 999/27, de 02 de marzo de 2017.
- DICTAMEN ORDINARIO N° 2127, de 21 de abril de 1997.
- DICTAMEN ORDINARIO N° 3269, de 17 de julio de 2017.
- DICTAMEN ORDINARIO N° 3493, de 01 de agosto de 2017.

DICTAMEN ORDINARIO N° 4808/114, 12 de octubre de 2017.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 4941, de 16 de noviembre de 2010.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 6203, de 21 de diciembre de 2017.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 6285, de 28 de diciembre de 2017.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 1024/017, de 21 de febrero de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 1309, de 09 de marzo de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 2238/029, 11 de mayo de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 3826, de 20 de julio de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 3897, de 26 de julio de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 3930, de 27 de julio de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 3938/033, de 27 de julio de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 4296, de 13 de agosto de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 4868, de 14 de septiembre de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 5995, de 10 de octubre de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 5533, de 31 de octubre de 2018.  
DICTAMEN ORDINARIO N° 3826, de 20 de julio de 2018.  
ORDINARIO N°1443, de 15 de abril de 2020.

#### **Sentencias judiciales citadas**

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N°4821-18, de fecha 07 de noviembre de 2019.  
Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N°4821-18, de fecha 07 de noviembre de 2019.  
Sindicato de empresas Paris con Establecimiento Valparaíso (2018): Corte Suprema, Rol N° 26.449-2018.  
Magotteaux Andino S.A. con Sindicato de Empresa Magotteaux (2018): Corte Apelaciones de Santiago, rol N° 654-2018.

# La relevancia de la *values history* en su relación con los usualmente denominados "testamentos vitales": otra cuestión de relevancia que nos plantea la Bioética jurídica

## *The relevance of values history in its relationship with the so-called "living wills": a relevant question raised by legal Bioethics*

**Alexis Mondaca Miranda**

Universidad de Talca, Talca, Chile.

Correo electrónico: alexis.mondaca@utalca.cl. <https://orcid.org/0000-0002-6559-4124>.

Recibido el 27/05/2021

Aceptado el 08/06/2021

publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-06>

**RESUMEN:** El presente artículo, desde una mirada centrada en la Bioética Jurídica, tiene por objetivo el estudio de la *values history* en su relación con los ordinariamente denominados "testamentos vitales", materias que deben incluir en su análisis la influencia ejercida por los respectivos códigos axiológicos. De esta manera, una vez estudiada la génesis de dichas figuras, nos centramos en sus contenidos para finalmente referirnos al Proyecto de Ley sobre Muerte Digna y Cuidados Paliativos, texto actualmente en discusión

**ABSTRACT:** This article, is focused from a legal bio-ethical point of view, its purpose is to study values history in its relationship with the so-called "living wills", subjects that must include in their analysis the influence exerted by the corresponding axiological codes. In this way, once the genesis of these figures has been studied, we focus on their contents to finally refer to the Bill on Dignified Death and Palliative Care, a proposal which is currently under discussion in our National Congress. Thus, always from a legal

en nuestro Congreso Nacional. Así, siempre desde un enfoque fundado en la Bioética Jurídica, se trata la relevancia de los valores a los que adhieren las personas con respecto a temas tan trascendentales como la enfermedad, el dolor, los tratamientos médicos y la muerte.

**PALABRAS CLAVE:** Valores, testamento vital, *values history*, eutanasia, encarnizamiento terapéutico.

*bioethical approach, we deal with the relevance of the values which people are attached to, in relationship with significant topics such as illness, pain, medical treatments and death.*

**KEY WORDS:** *Values, living will, values history, euthanasia, therapeutic obstinacy.*

## I. INTRODUCCIÓN

Siguiendo el planteamiento de Mercado, sabido es que todas nuestras elecciones implican la adopción de una determinada decisión por una alternativa en desmedro de otra u otras: ello es un reflejo de la libertad de la que naturalmente está dotado todo ser perteneciente al género humano. En este orden de ideas, y siempre siguiendo al mencionado autor, toda elección (o la mayoría de estas, si se quiere) posee un fin intencionado al que se adhiere, lo que comprende una serie de cuestiones, entre ellas, la que nos interesa en este artículo, esto es, la libre y debidamente razonada opción por ciertas valoraciones éticas. En la misma senda de razonamiento, Mercado expresa que: “*Dicha finalidad comprende una jerarquía de valores que el actor ordena, ya que se guía por objetivos y metas y, para lograrlos, tiene que confrontarlos con su medio y analizar las posibilidades de ser llevados a cabo. Así, las valoraciones definidas por el actor son mediadas por la realidad*”.<sup>1</sup>

Una de las decisiones más relevantes que nos corresponde adoptar es aquella vinculada a los objetos propios del comúnmente denominado testamento vital, esto es, en esencia, y sin perjuicio de lo que diremos más adelante, la aceptación o el repudio a la administración o suspensión de determinados procedimientos médicos ligados al aumento de las posibilidades de sobrevivencia. Debatir sobre el testamento vital implica, también, analizar la posibilidad de una regulación normativa de la eutanasia. Como podrá advertir el lector, se trata de cuestiones que presentan un gran potencial para el surgimiento de acalorados debates, cruzados por las particulares concepciones éticas de los intervinientes en estos.

A la luz de lo indicado en el párrafo precedente, en el presente artículo se analizan la *values history*, documento ligado a los testamentos vitales.<sup>2</sup> En efecto, según ya hemos adelantado, los temas involucrados en los testamentos vitales requieren de la opción por ciertos criterios axiológicos (y religiosos, según la persona de que se trate), se trata, en consecuencia, de materias que no pueden ser calificadas como neutras desde el punto de vista valórico. En la *values history* se deja explícita constancia de los valores a los que adhiere una persona.

---

<sup>1</sup> MERCADO (2013), p. 2.

<sup>2</sup> Véase, MONDACA (2020). Disponible en: <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=3be44b3f508b73d-d9180b3cc404232cf>, fecha de última visita: 8 de mayo de 2021.

El interés por estudiar el tema propuesto nace de nuestro acercamiento a contenidos propios de la Bioética Jurídica, en concreto, y de manera especial, a cavilaciones sobre la vida del ser humano, el devenir de esta, y la muerte. En consecuencia, como lo adelanta el título del presente artículo, en el desarrollo de este, y siguiendo las ideas de Potter, aplicaremos una mirada fundada en la Bioética con respecto a la *values history*, es decir, en los razonamientos que expondremos se intentará unir las ciencias, en este caso, la ciencia jurídica, con la ética.<sup>3</sup>

Como lo han indicado Jiménez y Rojo, la ciencia entendida como un conjunto de conocimientos sobre un determinado objeto de estudios es neutra desde el punto de vista valórico. Sin perjuicio de lo anterior, siempre siguiendo a los mencionados autores, “el humano, dada su propia naturaleza, no se detiene nunca en sólo conocer y entender, y ha desarrollado una extraordinaria habilidad para usar y aplicar el conocimiento para múltiples propósitos, herramientas, productos y procesos de modificación de materiales que alteran y afectan la forma de vivir”. En consecuencia, tal como concluyen Jiménez y Rojo, la actividad del científico no puede ser realizada a espaldas de las exigencias de los códigos axiológicos,<sup>4</sup> dado que ello provoca la causación de sufrimientos innecesarios, tal como, tristemente, se ha podido verificar en diversos episodios de la historia de la humanidad.<sup>5</sup>

Para cumplir con el objetivo indicado nos referiremos, en primer lugar, al origen de la *values history*, figura íntimamente ligada con el testamento vital, para con posterioridad centrarnos en su contenido. A continuación, estudiaremos el Proyecto de Ley actualmente en tramitación en nuestro Congreso Nacional relativo, entre otras materias, al testamento vital.

En definitiva, esperamos con el presente artículo contribuir al interés por el análisis de los temas que constituyen el campo de estudio propio de la Bioética jurídica, rama del conocimiento que no ha sido muy desarrollada en Chile. En esta línea, estimamos que la reflexión axiológica de cuestiones jurídicas genera como consecuencia un sano y fructífero debate y, por tanto, enriquece diversas temáticas consideradas, en principio, desde una aproximación muy miope de la cuestión, como estrictamente jurídicas.

---

<sup>3</sup> BORGÑO (2009), pp. 47-48.

<sup>4</sup> JIMÉNEZ Y ROJO (2008), p. 136.

<sup>5</sup> En este sentido, en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, es suficiente con pensar en las atrocidades realizadas por los científicos alemanes en los campos de concentración y por lo médicos japoneses en los campos de prisioneros y en contra de la población civil de China. Efectivamente, de un modo lúgubre destacan en Alemania las atrocidades perpetradas (especialmente en contra de gemelos judíos) por el doctor de las SS Josef Mengele, llamado el “ángel de la muerte”, y, en China, la labor del doctor Shirō Ishi y el escuadrón 731. Sobre este punto, véase: BENÍTEZ, ARTILES, VICTORES, REYES, GÓMEZ Y CALDERÓN (2018), pp. 803-828; y RAMOS GONZÁLEZ (2010), pp. 257-278.

Además, debemos tener en cuenta la necesidad de la reflexión axiológica en la utilización de animales en la investigación científica (pensemos, por ejemplo, en la vivisección) y en la industria farmacéutica. Con respecto a lo primero, en específico, sobre el dolor experimentado por los animales, se ha sostenido que: “en otras áreas del conocimiento científico, entre ellas la investigación del dolor, el uso de modelos animales tiene especiales implicaciones, debido a la obligación moral por parte de los científicos biomédicos de estudiar los mecanismos fisiológicos y patológicos que determinan el dolor agudo o crónico”, BARRIOS, ESPINOZA, LEAL, RUIZ, PINTO Y JURADO (2011), p. 51.

## II. ORIGEN Y CONTENIDO DE LA VALUES HISTORY Y DEL TESTAMENTO VITAL

Como su título nos lo adelanta, la presente sección se divide en dos partes: en la primera, indagaremos sobre el fundamento y los orígenes de los documentos que han motivado la presente investigación, mientras que, en la segunda, de un modo más concreto, se estudia su contenido.

### A. Fundamento y Origen

En cuanto al fundamento y a los orígenes de la *values history*, estos se encuentran ligados a la génesis y desarrollo del llamado, entre otras denominaciones, “testamento vital”.<sup>6</sup> A mayor abundamiento, en el testamento vital se manifiesta la voluntad en orden a la adopción o rechazo a la aplicación de determinados procedimientos de naturaleza médica, en el evento de no poder por sí manifestar su voluntad el testador. Además, en tales testamentos, puede disponerse tanto del cuerpo como de partes de este.

Como podemos apreciar, el testamento vital encuentra su fundamento en el principio jurídico llamado autonomía de la voluntad, esto es, en una de las bases del Derecho privado. En el campo Bioético, y no solamente en la variante jurídica de este, el principio de la autonomía también desempeña un rol fundamental. En este orden de ideas, la doctrina del principialismo plantea la existencia de ciertos principios que deben ser respetados llegado el momento de resolver conflictos éticos en el ámbito de las ciencias. Tales principios, además de la autonomía, son los siguientes: no maleficencia, beneficencia y justicia.

En términos de Siurana, a propósito de la autonomía, “*La autonomía de una persona es respetada cuando se le reconoce el derecho a mantener puntos de vista, a hacer elecciones y a realizar acciones basadas en valores y creencias personales. El respeto por la autonomía del paciente obliga a los profesionales a revelar información, a asegurar la comprensión y la voluntariedad y a potenciar la participación del paciente en la toma de decisiones*”.<sup>7</sup>

Con todo, el principio en comento no está exento de polémica, dado que algunos, optando por una aplicación extrema de la autonomía, han indicado que bastaría para que una determinada acción fuese moralmente adecuada si ella es el fruto de la voluntad de una persona, con lo que el sistema de valores encontraría su justificación en lo decidido por cada persona, lo que resulta ser discutible en grado extremo, puesto que nos conduce a la aceptación de un relativismo que se extiende a cuantas personas adopten de manera libre decisiones.

Profundizando en las ideas recientemente expresadas, tal como lo ha planteado Puyol, quien se refiere al “triumfo de la autonomía”, en apariencia existiría una igualdad desde el punto de vista de la relevancia con respecto a los cuatro nombrados principios, pero, realmente, predominaría la auto-

---

<sup>6</sup> También se han empleado las denominaciones que a continuación se indican: *living wills*, instrucciones previas, testamento eutanásico, *declaration*, entre otras.

<sup>7</sup> SIURANA (2010), p. 124.

nomía.<sup>8</sup> Así, dicho principio, vinculado a la libertad individual, y aplicado al tema que nos convoca, exige el respeto a la decisión del paciente en orden al rechazo o aceptación de ciertos tratamientos y el fomento de la libre voluntad de aquellos que la tienen disminuida en atención a su delicado estado de salud o por otra causa.

Con todo, agrega Puyol, una excesiva atención al principio de autonomía conlleva a una visión reduccionista de la Bioética, dado que minimiza el papel desempeñado por los otros principios. Por lo dicho, el nombrado autor ha sostenido que: *“sin olvidar la indispensable protección de la autonomía del enfermo, los principios de beneficencia, justicia y ausencia de maleficencia deben reivindicarse, ahora más que nunca, como los principios que deben liderar el futuro de la bioética. Digo ahora más que nunca porque estoy convencido de que los problemas bioéticos más destacados y urgentes del presente y del futuro son los que nos enfrentan, por un lado, a las posibilidades de mejora (enhancement) biológica del ser humano y, por otro y sobre todo, a las cada vez más escandalosas desigualdades de salud. Es evidente que vivimos en un mundo tremendamente globalizado, biotecnificado y socio-económicamente desigual, y que esta realidad tiene enormes consecuencias en la salud de la gente”*.<sup>9</sup>

Cuando nos enfrentamos a los últimos días, a esa temida tríada conformada por la enfermedad, el dolor y la muerte, nuestro mundo experimenta una alteración de su giro. De esta manera, como hemos indicado en otra oportunidad, nuestras prioridades cambian, nos vemos sacudidos y todo adquiere una nueva, a veces, inquietante, dimensión. En otros términos, suele suceder que nos damos cuenta de que lo que considerábamos principales metas de nuestras vidas, en realidad, eran fines secundarios, los que deben supeditarse a cuestiones superiores.<sup>10</sup> Desde luego, en este “redescubrimiento”, posee una importancia de primer orden la voluntad de la persona y el conjunto de valores a los que adhiere.

Súmese a lo señalado que, en el difícil contexto referido, cuestiones tales como las propias del testamento vital comienzan a copar nuestros pensamientos: aplicar o no un determinado tratamiento, la preocupación por ser, eventualmente, víctimas de un encarnizamiento terapéutico, la posibilidad de una eutanasia, entre otras. El panorama descrito nos otorga bases, según nuestro entender, para promover la siguiente idea: los temas indicados deben ser el objeto de nuestras cavilaciones con anterioridad al día en que se nos diagnostica una enfermedad incurable o terminal. Así, sostenemos que el mejor período para adoptar decisiones “vitales”, con independencia de la regulación del testamento vital y de la *values history* en un específico ordenamiento jurídico, es aquel en que gozamos de salud tanto física como psíquica, siempre que ello sea el resultado de un razonamiento pausado y prolongado por un período apreciable de tiempo y no de intuiciones o de particulares estados de ánimo.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Lo indicado por Puyol es particularmente apreciable en la Bioética anglosajona, Véase, REVELLO (2013), pp. 65-76.

<sup>9</sup> PUYOL (2012), p. 49.

<sup>10</sup> MONDACA (2021), en prensas.

<sup>11</sup> AZULAY (2001), p. 650.

A mayor detalle, según lo indicado por Atienza, Armaza y de Miguel, las raíces de lo que hoy se denomina “testamento vital” se encuentran en Estados Unidos, en concreto, en la propuesta de Kutner relativa a la posibilidad de que las personas explicitasen su voluntad en orden a interrumpir o rechazar un determinado tratamiento en supuestos de enfermedades terminales. Las ideas de Kutner se aplicaron en la *Natural Death Act*, antecedente normativo de la disciplina sobre el testamento vital del Estado de California de 1967 y de las posteriores regulaciones de la materia, como la *Ley federal Uniform Rights of the Terminally Act* de 1985.<sup>12</sup> Con posterioridad, surgió la *values history* como un texto independiente del testamento vital o como parte de este.

Con el transcurso de los años, se ha observado que quienes acuden a los documentos de voluntades anticipadas pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar, el formado por personas que padecen de algún tipo de enfermedad y, en segundo término, aquellos que no presentan dolencia alguna, pero que desean dejar expresada su voluntad con respecto a situaciones particulares. A propósito de ambos grupos, resulta claro que una gran incidencia poseen las convicciones valóricas y religiosas de los otorgantes, según desarrollaremos con más detalle, al referirnos al contenido del testamento vital y de la *values history*.<sup>13</sup>

## B. Contenido

Con respecto al contenido de los documentos que han originado la presente investigación, estos pueden ser tan variados como lo son las personas que han optado por su redacción. En efecto, dado que adherimos a la noción que nos indica que cada individuo de la especie humana es un fin en sí mismo, nunca un medio, dotado de una dignidad intrínseca, incondicionada e inviolable, un universo en sí mismo, igual, pero al mismo tiempo distinto del resto, nos parece evidente que dicha diversidad se aprecia con claridad en el terreno axiológico. Así, no podemos uniformar de manera absoluta los valores que incidirán en el contenido de los testamentos vitales de las personas ni, obviamente, en la *values history*.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena intentar demostrar como la adhesión a ciertas concepciones valóricas, compartidas por un apreciable sector de nuestra sociedad, influyen en el contenido del testamento vital y de la *values history*. Con el propósito de cumplir con lo indicado, antes que todo, debemos reiterar que la *values history*, como su propia denominación lo adelanta, se refiere a las concepciones axiológicas de una determinada persona con respecto a la vida, la muerte y la enfermedad y puede formar parte o no de un testamento vital. Como lo ha estudiado Quijada-González y Tomás y Garrido, “*La historia de valores o values history, recoge la forma del otorgante, indicando aquellos aspectos fundamentales relativos a la enfermedad, la muerte y la vida. Puede ser utilizada como documento independiente o incluirla en cualquiera de ellos. Constituye un elemento de gran ayuda para interpretar las manifestaciones que contienen los documentos*”.<sup>14</sup> En esta parte resulta pertinente

---

<sup>12</sup> ATIENZA, ARMAZA Y DE MIGUEL (2015), p. 164.

<sup>13</sup> NEBOT, ORTEGA, MIRA Y ORTÍZ (2010), p. 444.

<sup>14</sup> QUIJADA-GONZÁLEZ Y TOMÁS Y GARRIDO (2014), p. 143.

hablar de las concepciones religiosas y de su conexión con las posturas valóricas a propósito de los temas analizados en este trabajo.

### 1. Concepción de las religiones monoteístas

Probablemente, el punto más polémico es el relativo a la eventual aplicación de una eutanasia. Sabido es que las personas con una postura religiosa cristiana suelen ser más reacias a la aceptación de la eutanasia, también llamada “muerte digna”. En dicho sentido, se considera que la vida es un don de Dios y que, en consecuencia, solo él tiene la potestad de fijar el momento en que aquella debe acabarse, no pudiendo el ser humano arrogarse dicha potestad. En opinión de Correa, en este punto, la cuestión terminológica es clave, lo que permitiría distinguir entre un crimen y un acto de misericordia. Centrándonos en la postura de la Iglesia Católica, lo que esta entiende por eutanasia es aquel acto (incluyéndose la conducta omisiva) que busca como resultado directo la causación de la muerte de otra persona, que adolece de una enfermedad incurable y que es víctima de fuertes dolores, esto es, lo que se denomina eutanasia activa, como el típico supuesto de aplicación de una inyección letal o de una píldora venenosa.<sup>15</sup>

Escenario distinto plantea el supuesto de la no aplicación de procedimientos extraordinarios que carecen de proporcionalidad con respecto al resultado producido y la utilización de medicamentos que tiene por objetivo luchar en contra del dolor, pero que aceleran la muerte, escenarios que no han generado la oposición de la Iglesia Católica, sino, más bien, lo contrario.<sup>16</sup>

Centrándonos en el primer supuesto, existen medios de soporte vital que permiten lograr un aumento de las posibilidades de sobrevivencia del enfermo terminal, pero con un costo muy elevado: la calidad de vida del enfermo resulta seriamente dañada, por lo que perfectamente podría hablarse de una prolongación del estado de agonía. Lo indicado nos conduce a hablar del “encarnizamiento terapéutico”, “distanasia” u “obstinación terapéutica” o “empecinamiento terapéutico”. El encarnizamiento terapéutico, siguiendo a Gutiérrez, es aquella situación de empecinamiento “*en la realización de todos los procedimientos que la ciencia y la tecnología pone a nuestra disposición, en la aplicación de todos los medicamentos de la farmacopea actual, cuando la valoración clínica y los índices pronósticos sugieren que en nada ayudan al enfermo*”.<sup>17</sup> No es necesario explayarse sobre las críticas que deben plantearse al encarnizamiento terapéutico desde el punto de vista de la dignidad de toda persona: la ciencia debe admitir sus límites, no siempre puede recuperarse la salud del paciente.

<sup>15</sup> CORREA (2006), p. 247-249.

<sup>16</sup> Sobre las clasificaciones de eutanasia, véase, GRUPO DE ESTUDIOS DE ÉTICA CLÍNICA DE LA SOCIEDAD MÉDICA DE SANTIAGO (2011), el que, siguiendo a Cordón López, Ciccone y Gómez Rubí, sostiene que: “Se ha distinguido, por ejemplo, la eutanasia *directa* de la *indirecta*, aludiendo esta última a la supresión del dolor con fármacos que pueden contribuir a acortar la vida. Otros autores diferencian la eutanasia ‘activa’ de la ‘pasiva’: es ‘activa’ “cuando la muerte se provoca por medio de una acción, como pudiera ser la administración de dosis mortales de estupefacientes o de una substancia letal”; y ‘pasiva’, cuando “la muerte es consecuencia de la omisión, o de la interrupción, de intervenciones cuyo objetivo es simplemente el de ofrecer a la vida su soporte indispensable (nutrición, hidratación, etc.)”. Más específicamente, la eutanasia activa se ha definido como “la acción que tiene por objeto acabar deliberadamente con la vida de una persona que padece una enfermedad irreversible, sufrimientos intolerables y que lo pide de forma autónoma y reiterada”, p. 643

<sup>17</sup> GUTIÉRREZ (2016), p. 122.

Con respecto a lo segundo, puede ser entendido como un acto de misericordia la aplicación de medicamentos que reducen el excesivo e incurable dolor que caracteriza a varias enfermedades terminales, aunque generen como un efecto secundario y no deseado, la disminución de la vida del paciente. Como lo ha planteado Misseroni, el Papa Pío XII en 1957, ante una audiencia conformada por médicos, expresó la aceptación del empleo de drogas que reduzcan el dolor, aunque como efecto secundario causen la disminución de la vida. Mismo sendero fue recorrido en el año 1980 por la Congregación para la Doctrina de la Fe, entidad que sostuvo, luego de formular un juicio negativo en lo tocante a la eutanasia activa directa que debía aceptarse el uso de drogas que atenúen los dolores, aunque sin mediar una relación de causalidad directa generan como consecuencia la muerte del enfermo.<sup>18</sup>

En 1995, el Papa Juan Pablo II, en la encíclica *Evangelium Vitae*,<sup>19</sup> sostuvo lo siguiente: “*ciertas intervenciones médicas ya no adecuadas a la situación real del enfermo, por ser desproporcionadas a los resultados que se podrían esperar o, bien, por ser demasiado gravosas para él o su familia. En estas situaciones, cuando la muerte se prevé inminente e inevitable, se puede en conciencia renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares*”<sup>20</sup>

Similar sendero se ha recorrido en la Bioética judía. En efecto, sobre la base del contenido de la Torá, en esta se resalta que el rol del médico debe ser procurar la vida y no propiciar la muerte “*resulta importante destacar la gran responsabilidad que recae en los hombros del médico, quien está obligado –aun cuando el paciente no lo admita– a realizar todo lo posible con el fin de que este continúe con vida, porque no hacerlo es equivalente a “derramar sangre*”<sup>21</sup>

Explica el rabí Szlajen que no existe una diferencia moral entre la eutanasia activa y la eutanasia pasiva, dado que, en estas, por acción u omisión, según corresponda, está presente la decisión (intención) de poner término anticipado a una persona “*que no amenaza de muerte a otro*”. Añade Szlajen que desde la Torá se ha establecido en el judaísmo una prohibición relativa a la omisión ante el riesgo de muerte de otra persona, en circunstancias que podría haberse salvado.<sup>22</sup>

Siguiendo los planteamientos de Atighetchi, desde el punto de vista de la religión islámica, existe una prohibición general respecto de la práctica de la eutanasia, la que va de la mano con una disciplina penal sancionatoria de dicha conducta. La eutanasia activa es especialmente objeto de rechazo, al igual como sucede con el cristianismo. Más debatible es el panorama con respecto a las otras especies de eutanasia.

---

<sup>18</sup> MISSERONI (2000a), p. 253.

<sup>19</sup> Disponible en: [http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html). Fecha de última visita: 21 de mayo de 2021. Véase, además, el comentario sobre esta encíclica de MISSERONI (2000b), p. 253.

<sup>20</sup> MISSERONI (2000c), p. 253.

<sup>21</sup> TAPIA-ADLER (2016), p. 20.

<sup>22</sup> SZLAJEN (2012). Disponible en: <https://www.delacole.com/cgi-perl/medios/vernota.cgi?medio=comunidades&numero=531&nota=531-6>. Fecha de última visita: 24 de mayo de 2021.

En dicho sentido, añade el mencionado autor, algunas voces propugnan la inutilidad de prolongar un estadio de agonía, siempre que la llegada de la muerte sea cierta y que los procedimientos médicos fuesen fútiles. Sin perjuicio de lo indicado, al igual como lo prescribe la Bioética cristiana, no debe suspenderse la alimentación artificial ni la hidratación del enfermo.

Es particularmente interesante el análisis que hace Atighetchi de la llamada “muerte tecnológica”, la que es ácidamente criticada, puesto que se considera que implica una indebida alteración de la natural relación que debe darse entre ser humano y muerte. Por lo expresado, en los casos de permanente estado vegetativo, los expertos musulmanes en Bioética sugieren que se proceda al retiro de todos los elementos de sobrevida artificial. Lo dicho se justifica al considerar que, no obstante, la disminución de la vida, se obtiene una relación natural con la muerte.<sup>23</sup>

Con respecto a los ritos funerarios, cada religión tiene sus normas propias. Las personas que adhieren a un determinado credo religioso, especialmente ante el diagnóstico de una enfermedad incurable o terminal, normalmente manifiestan su voluntad en orden a que desean que el funeral se lleva a cabo en estricta observancia a las normas de su religión, lo que en la mayoría de los casos es rigurosamente observado por sus familiares. En vista de lo indicado, bien podría modificarse nuestro ordenamiento jurídico, de manera tal de dejar constancia de dicha voluntad en un testamento vital y en una *values history*.

Además, la presencia y acción del respectivo ministro de culto, en los últimos días de la vida del enfermo, produce un efecto tranquilizador tanto en este como en su familia. No abundaremos en este punto, pero probablemente el lector está familiarizado, por motivos de experiencia personal o por cultura general, con algún funeral religioso, por ejemplo, con un “responso”.

Finalmente, la cremación es aceptada por los cristianos. En el caso específico de la Iglesia Católica requiere de la observancia de ciertos requisitos.<sup>24</sup> Con todo, en el caso de los cristianos ortodoxos orientales, al igual que los judíos y los musulmanes, se trata de una conducta prohibida. Pero, por otra parte, el hinduismo y el budismo sí permiten y, sobre todo en el primer caso, fomentan la práctica de la cremación.<sup>25</sup>

## 2. La postura agnóstica y atea

Pareciera ser más sencillo aceptar la eutanasia de cualquier tipo cuando no se compartan los referidos ideales de las tres grandes religiones monoteístas. En efecto, si no se cree en la existencia de una divinidad creadora de todo lo viviente, aunque no se trata de una regla absoluta, suelen disiparse las objeciones para sostener que cada individuo de la especie humana es dueño y señor de su vida, lo que incluye el derecho a decidir el momento en que esta debe acabar, especialmente en un contexto de

---

<sup>23</sup> ATIGHETCHI (2008), pp. 121-151.

<sup>24</sup> Las cenizas no deben ser arrojadas a la tierra, al mar, al aire, sino que deben conservarse en un lugar sagrado y, excepcionalmente, en los hogares de la familia del difunto.

<sup>25</sup> LUGONES, RAMÍREZ y RÍOS (2015), pp. 120-128.

enfermedades incurables y de dolores de entidad. Con todo, lo indicado algunos lo propugnan para el caso de cansarse de vivir, es decir, supuestos en los que no se padece de dolencia o enfermedad alguna y, de todos modos, se pretende aplicar la eutanasia: se trata de esta entendida como el “hastío de la vida”.<sup>26</sup>

A mayor abundamiento, es más factible un sólido apoyo a todas las consecuencias del principio de autonomía, incluso, a las susceptibles de calificarse como más extremas, por parte de lo que sostienen posturas agnósticas o ateas. En este orden de ideas, no existen normas religiosas que seguir (no atentar en contra de la propia vida) y, por lo mismo, no se presenta la preocupación por el destino eterno, dado que se considera que con la muerte se acaba de un modo inexorable el devenir del hombre.

Sin perjuicio de lo explicitado, el mundo agnóstico y el ateo reconocen la importancia de los códigos axiológicos de las diversas confesiones religiosas. Así, Habermas indica que, con abstracción de la significación numérica de las religiones, estas reclaman un lugar en el debate público que caracteriza a las sociedades modernas y, por ello, pueden influir en la sociedad. Añade el nombrado autor que, en estos días, se aprecia una creciente sensibilidad a las intervenciones de los representantes de la religión (Habermas plantea que existe una considerable alza en el número de los que profesen el Islam y la variable pentecostés del protestantismo), lo que es sinónimo de la fragmentación de las sociedades modernas, las que estarían atravesadas por conflictos de índole axiológica que requieren de algún tipo de tratamiento político, como sucede, además de la eutanasia, con el aborto, las cuestiones bioéticas vinculadas a la medicina reproductiva, la tutela que debe otorgarse a los animales y las alteraciones ambientales.<sup>27</sup>

A estas alturas de nuestro trabajo, es pertinente introducir el análisis de Torres de las ideas de Dworkin, en particular, de su obra “La religión sin Dios”. Así, se sostiene que probablemente no resulta acertado establecer una división tajante, en términos absolutos, respecto de los valores de los religiosos, por una parte, y los criterios axiológicos de los ateos y de los agnósticos. En este sentido, muchos que se consideran agnósticos o ateos tiene convicciones y han vivido en sus vidas profundas experiencias similares a las de los miembros de una religión. Así, aunque no creen en un Dios creador, sí piensan que es viable la existencia de una rectora y omnipotente fuerza en el universo que represente una realidad infame, incomprensible de abarcar para la inteligencia humana.

Súmese a lo agregado que los ateos y los agnósticos, al igual que las personas religiosas pueden desear fervientemente vivir un largo período de tiempo y sentir rechazo a la ya aludida eutanasia “cansancio de la vida”. En palabras de Torres: “Al mirar la magnificencia del Gran Cañón del Colorado o investigar acerca de los últimos descubrimientos sobre nuestro vasto universo, no somos ajenos al estremecimiento inexplicable, pero tan real como el dolor, de que la verdad moral y la maravilla de la naturaleza no simplemente evocan asombro, lo exigen”.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> ARNAIZ. Disponible en <https://polikracia.com/espana-y-el-derecho-a-morir-una-tarea-pendiente-ii-impactos-socio-politicos-del-modelo-holandés/>. Fecha de última consulta: 24 de mayo de 2021.

<sup>27</sup> HABERMAS (2008), p. 7.

<sup>28</sup> TORRES (2014), p. 522.

Considerando lo indicado en los párrafos precedentes, es decir, la riqueza y diversidad del género humano, podemos afirmar que existen valores propios de las personas religiosas, otros exclusivos del sector ateo o agnóstico de la sociedad, pero, al mismo tiempo, y probablemente ello represente el porcentaje más elevado, existen muchos valores, compartidos por las personas con independencia de su credo religioso, como la solidaridad, libertad, la igualdad y la justicia, entre otros.

Aplicando lo señalado al tema que ha reunido nuestro interés, existen personas religiosas, ateas y agnósticas que se manifiestan en contra de la eutanasia directa. A la inversa, no solamente las personas que no adhieren a religión alguna están dispuestas a debatir sobre una eventual regulación de la eutanasia; varios miembros de confesiones religiosas han expresado posturas favorables a dicha posibilidad.

Pensando en las exequias, sabido es que la masonería, aunque caracterizada por su ancestral secretismo, hace público algunos de sus ritos en los funerales de sus miembros. Sabido es que una persona agnóstica, atea, incluso cristiana, puede pertenecer a la masonería. Famoso fue el funeral en México de Benito Juárez, el que se caracterizó por ser multitudinario. Como es sabido, Juárez fue un apasionado masón y, en su funeral, pudo apreciarse con nitidez los rituales que prescribe la masonería en tales ocasiones. A propósito de dicha ritualidad, en palabras de Vásquez, *“En la parte superior del carro fúnebre en que eran conducidos los restos mortales de Juárez, brillaba una estrella masónica de metal amarillo con cinco puntas, posada sobre un compás y una escuadra. Estos dos últimos símbolos representan respectivamente el cielo y la tierra y, por ende, la libertad, para vincularse con toda la humanidad y la disciplina para regular las acciones en función de alcanzar la perfección y el progreso. Asociados con la estrella, hacen que ésta figure al hombre regenerado, radiante como la luz, en medio de las tinieblas del mundo profano”*.<sup>29</sup>

La observancia de los indicados ritos puede tener un muy positivo efecto en la psicología de los parientes del fallecido. Desde un punto de vista sociológico, estos han sido tratados como estrategias simbólicas que norman las interacciones entre las personas y las culturas.<sup>30</sup>

A la luz de las ideas expuestas, parece indiscutido que el particular código axiológico y religioso respetado por una persona determinada es fundamental para efectos de varias de sus decisiones más importantes. De lo anterior no se escapa el testamento vital. Así, a propósito de estos es importante conocer qué pensaba el testador con respecto a la enfermedad, los dolores y su tratamiento, y la muerte. Por tanto, de regularse en Chile el testamento vital entendemos que sería muy útil que los testadores dejasen constancia de sus respectivos códigos valóricos en una *values history*, de forma tal de facilitar la ejecución del nombrado testamento.

Lo mismo respecto de la cremación, puesto que, obviamente, los agnósticos y los ateos no se ven limitados por los requisitos que sobre el particular deben cumplir los que profesan la religión católica.

---

<sup>29</sup> VÁSQUEZ (2006), pp. 25-26.

<sup>30</sup> TORRES (2006), pp. 107-118.

Tampoco les son oponibles las concepciones que sobre el particular sostienen las restantes confesiones religiosas.

En Chile, distintas iniciativas han procurado disciplinar el testamento vital. Pareciera ser que, considerando el momento actual por el que atraviesa la sociedad chilena, caracterizado por ansias de cambio y de mayor libertad, se ha generado un caldo de cultivo apropiado para regular el testamento vital y la *values history*. Sobre dicho punto nos explayaremos en las líneas siguientes.

### III. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

Al momento de escribir estas líneas, en el Congreso Nacional de Chile se encuentra discutiendo un Proyecto de Ley sobre Muerte Digna y Cuidados Paliativos.<sup>31</sup> En suma, se pretende introducir en el sistema jurídico la eutanasia, la que es denominada “asistencia médica para morir” y se regulan los cuidados médicos paliativos. En efecto, con respecto a lo primero, se consagra en el Proyecto que analizamos el derecho del paciente a no padecer dolores o sufrimientos intolerables, evitar la prolongación artificial de la vida y a solicitar la asistencia médica para morir. Estos tres derechos serán incorporados a la Ley N°. 20.584 sobre derechos y deberes del paciente.<sup>32</sup>

En conformidad a lo prescrito en el artículo 16 A del Proyecto, la persona diagnosticada con un problema de salud grave e irreparable tiene derecho a la asistencia médica para morir. Según la citada norma, “Una persona padece problemas de salud graves e irremediables cuando: 1.- Ha sido diagnosticada de una enfermedad terminal, o 2.- Cuando cumple las siguientes condiciones copulativamente: a) Tiene una enfermedad o dolencia seria e incurable. b) Su situación médica se caracteriza por una disminución avanzada e irreversible de sus capacidades. c) Su enfermedad, dolencia o la disminución avanzada e irreversible de sus capacidades le ocasiona sufrimientos físicos persistentes e intolerables y que no pueden ser aliviados en condiciones que considere aceptables”.<sup>33</sup>

Como podemos advertir, la eutanasia estaría disponible no solamente para aquellos afectados por una enfermedad terminal, sino que, además, para quienes sean diagnosticados con una enfermedad seria que no posea cura médica, que cause un deterioro aguzado y sin solución de sus capacidades y que sea la causa de dolores de alta entidad.

Resulta interesante destacar que el dolor al que se refiere el artículo 16 A también puede ser de naturaleza psíquica. Esto nos sugiere diversas cavilaciones, la primera vinculada a una noción integral del dolor y la segunda relativa a lo que tradicionalmente ha motivado la eutanasia.

---

<sup>31</sup> Boletines refundidos n°. 7.736-11 y 9.644-11.

<sup>32</sup> Publicada en el Diario Oficial de fecha 24 de abril de 2012.

<sup>33</sup> Para un mejor análisis de la materia, revítese, Boletín Legislativo del Centro UC de la Familia. Actualidad Legislativa de Familia. El rol de la familia frente al término de la vida: una reflexión a propósito del Proyecto de Ley de Eutanasia. Boletines refundidos n°. 7.736-11 y 9.644-11 (coord. GÓMEZ, Adela), (vol. 2 n°. 1).

A propósito de lo primero, concordamos con que el dolor no puede ser circunscrito exclusivamente a su dimensión corporal y que, en consecuencia, también debe considerar su faceta subjetiva o psicológica. En esta senda, podríamos afirmar que todos experimentamos el dolor de una manera distinta. A mayor detalle, es sabido que una serie de elementos de clara naturaleza subjetiva influyen en la sensación de dolor. Así, podemos hablar de la reacción del enfermo ante la enfermedad y del acompañamiento familiar.

Enfocándonos en la reacción del enfermo, se presentan escenarios diversos si este acepta la enfermedad (lo que requiere de una gran presencia de ánimo) o si, por el contrario, manifiesta un rechazo a la situación compleja que le ha tocado afrontar. La percepción del dolor aumenta en los casos en que se repudia la existencia de la enfermedad, a dicho repudio, según el caso de que se trate, le acompañan sentimientos de angustia, ira, desazón y de no merecer el destino que la dolencia supone.

A la inversa, aceptar la realidad que supone la enfermedad y su probable desenlace fatal influye en la disminución de las sensaciones de dolor. Sin perjuicio de ello, una positiva actitud del enfermo facilita su intervención en las decisiones relativas a su propia salud: *“Se supone que el paciente se adhiere a un plan con el que está de acuerdo y en cuya elaboración ha podido contribuir o, al menos, que ha aceptado la importancia de realizar acciones concretas que se incluyen en el programa a poner en práctica. Ello implica una consideración activa de la persona, lo cual es precisamente lo que se intenta conformar a partir de la aplicación de la estrategia de intervención”*<sup>34</sup>

Con respecto a lo segundo, es público y notorio el rol de primer orden que puede desempeñar la familia del enfermo. Un enfermo terminal o incurable rodeado de su familia tiene menores sensaciones de dolor. Por el contrario, la sensación de padecimiento sufre un alza exponencial en el caso de los enfermos solos o abandonados por sus familias. La familia es fuente de consuelo, proporciona seguridad, cuidados<sup>35</sup> y compañía. Así, el enfermo advierte que tendrá ayuda que le permitirá avanzar en el sendero pedregoso que deberá necesariamente recorrer.

Teniendo presente todo lo indicado, es necesario que los profesionales de la medicina consideren la utilidad de monitorear y, de ser necesario, tratar, especialmente en el plano psicológico, a la familia (y seres queridos) del enfermo, dado que ello redundará en un mayor bienestar del paciente. Lo último implica *“un enfoque innovador que se basa en asociaciones beneficiosas, en la toma de decisiones y cuidado del paciente, entre los profesionales de la salud y las familias. Esta orientación considera al paciente y a su entorno como una única unidad de cuidado, que requiere una atención de ayuda, apoyo y asesoramiento por parte de los profesionales de enfermería”*<sup>36</sup>

La noción tradicional de eutanasia ha estado ligado a la experimentación de dolores infinitos en cuanto a su duración y de extrema gravedad. Para tal efecto siempre se han considerado los dolores

---

<sup>34</sup> FABELO, MARTÍN e IGLESIAS (2011), p. 9.

<sup>35</sup> Muchos cuidados médicos, como la administración de analgésicos, entre estos, los derivados de la morfina y, en las etapas finales de la enfermedad, la propia morfina, tienen lugar en los respectivos hogares de los enfermos terminales.

<sup>36</sup> PUEYO, PUEYO y PARDAVILA (2015), p. 94.

físicos, no los de índole subjetiva. Por ello, llama la atención la inclusión del dolor en su faceta psicológica en el texto del Proyecto que comentamos. En este sentido, si se revisa el devenir histórico de la eutanasia podrá advertirse con rapidez que esta siempre estuvo ligado a dolores físicos incurables de gran entidad, pero no comprendía la dimensión psicológica de aquel. En este razonamiento debe tenerse en cuenta que, salvo situaciones especiales, como podría ser un cuadro particularmente agravado de depresión endógena, las enfermedades mentales pueden ser tratadas por los profesionales de la psicología y de la psiquiatría. Con todo, ninguna duda queda que el Proyecto de ley que analizamos incluye la entidad del dolor psicológico.

En el proyecto en análisis la asistencia médica para morir puede operar en dos modalidades, según lo indicado en el artículo 16 A. En conformidad a la primera, un profesional de la salud administra al enfermo una sustancia, a pedido de este, que le causa la muerte. En otros términos, se admite la denominada eutanasia directa. La segunda modalidad consiste en que el profesional de la salud prescribe y dispensa al paciente una sustancia mortal, para que sea el propio paciente el que se la autoadministre. Como podrá advertir el lector, la segunda modalidad puede ser incluida dentro del denominado “auxilio al suicidio”.

Resumiendo el contenido de las letras B y D del artículo 16, para probar el cumplimiento de los requisitos que hacen procedente la asistencia médica para morir, se necesita:

1. El informe favorable de dos médicos especialistas en la enfermedad o dolencia de que se trate

En virtud de lo señalado deberían quedar eliminados los temores relativos a que personas que no presentan una enfermedad terminal o incurable accedan a la eutanasia. De no ocurrir lo anterior, claramente, se desvirtuaría la pretendida regulación de la eutanasia. Con todo, aplicando el principio de realidad, esto es, a la luz de la permanente ocurrencia en Chile de negligencias médicas, nos permitimos poner un manto de dudas sobre un efectivo cumplimiento en la práctica de este primer requisito.

2. El solicitante debe ser mayor de edad

A la luz de lo indicado, por ahora, se excluye uno de los supuestos más dramáticos de eutanasia y que ha generado una gran polémica a nivel internacional: la eutanasia de niños, niñas y adolescentes. La eutanasia de estos ha sido aceptada en Holanda, siempre que el niño, niña o adolescente sea mayor de doce años y en Bélgica, con independencia de la edad del menor. En ambos casos, se requiere de la voluntad de los padres.<sup>37</sup> En el contexto latinoamericano, la eutanasia infantil también

---

<sup>37</sup> Comentando estas legislaciones, se ha observado lo siguiente: “La nueva normativa belga que autoriza la eutanasia infantil, consagra que el menor, independientemente de su edad, puede optar por poner término a su vida bajo determinadas circunstancias. Así, deberá: 1) ser sometido a un examen psicológico que confirme su capacidad de discernimiento para tomar tal decisión; 2) acreditarse que se encuentra bajo un constante e insoportable dolor que no puede ser aliviado, 3) que éste resulta de una condición de sufrimiento físico accidental o patológico grave e incurable, siendo su muerte a corto plazo inevitable, y 4) serán los padres quienes deberán autorizar la eutanasia en forma expresa y por escrito antes de que ésta pueda ser aplicada. De esta forma, y cumpliéndose dichos requisitos, podrá procederse a la eutanasia de cualquier menor. La ley holandesa, en cambio, no autoriza en ningún caso la eutanasia en menores de 12 años. Pero sí la autoriza en mayores de 12 y menores de 16 años, siempre y cuando los padres presten su autorización en forma expresa, y en mayores de 16 y menores de 18 años, simplemente oyendo a los padres”, BECA y LEIVA (2014), p. 609.

ha sido permitida en Colombia.<sup>38</sup>

3. En tercer lugar, se exige que la persona esté consciente al momento de realizar la solicitud o que con anterioridad hubiese manifestado su voluntad en un “documento de voluntad anticipada”. El pleno uso de las facultades deberá ser certificado por un psiquiatra o por un especialista en medicina familiar.

Se trata de un requisito común a todo acto jurídico, pero cuya relevancia es aún más evidente dado que la manifestación de voluntad en comento acarrearía la muerte de una persona. Siempre pensando en la consecuencia de la eutanasia, de nada servirán alegaciones posteriores relativas a una ausencia de este requisito, salvo, por ejemplo, en lo tocante a eventuales responsabilidades tanto civiles como penales de los profesionales de la medicina.

En las páginas siguientes nos referiremos al documento de voluntad anticipada.

4. La voluntad debe explicitarse de una manera expresa, razonada, reiterada, inequívoca y ausente de presiones externas

Como podemos advertir, se excluye la voluntad tácita, por lo tanto se trata de una excepción a la regla en virtud de la cual la voluntad puede manifestarse de manera explícita o tácita, según lo decida el agente de la declaración de la voluntad. Se rodea de resguardos a la declaración de voluntad objeto de la eutanasia, puesto que se exige que sea razonada, que se manifieste en más de una oportunidad, que no se ambigua y que se encuentre libre de presiones foráneas.

5. Finalmente, debe ejercerse el derecho por escrito, ante ministro de fe y con la presencia de dos testigos. En caso de no poder el paciente manifestar por escrito su voluntad, podrá hacerlo oralmente, de lo que deberá dejarse la debida constancia.

En consecuencia, en principio, se establece una solemnidad: el ejercicio del derecho debe constar por escrito. Pero, teniendo en vista que el estado de salud pueda tornar en imposible aquello, se permite que la voluntad se exteriorice verbalmente, aunque en dicho evento, de todos modos, deberá extenderse la constancia respectiva.

El Proyecto también define en la letra J del artículo 16 el documento de voluntad anticipada en el siguiente sentido: “*acto por el cual una persona capaz y mayor de edad, expresa su decisión futura de recibir asistencia médica para morir, cuando padeciendo de un problema de salud grave e irremediable, de acuerdo con los requisitos y formas establecidas en la ley, se viere impedido de ejercitar su derecho por encontrarse en un estado de inconsciencia o privación de facultades mentales, ambos de carácter irreversible*”.

Como es fácil advertir, el documento de voluntad anticipada regulado en el Proyecto tiene por objetivo

---

<sup>38</sup> Véase, REYES y SUÁREZ (2019), pp. 1-12.

único dejar establecida la voluntad a favor de la práctica de la eutanasia. No se contemplan los objetivos que en el Derecho comparado propiamente se entienden como propios de las directivas anticipadas, testamentos vitales o cualquiera que sea la denominación que se prefiera. Nos parece inexplicable esta cercenamiento del contenido del documento de voluntad anticipada: si se permite autorizar en él la eutanasia, asunto de las más elevada complejidad, válidamente podemos cuestionarnos por qué no se ha contemplado que posibilite otras manifestaciones de voluntad, como las ya aludidas relativas a la admisión o rechazo de procedimientos de soporte vital o de donación de órganos o del cuerpo.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

Por nuestra parte, consideramos positivo que se regule en Chile el testamento vital. Cuestión diversa es si entendemos adecuada la especial regulación de este, que, bajo la forma del documento de voluntad anticipada, se pretende instaurar en el Proyecto de Ley al que nos hemos referido en el subtítulo antecedente.

A mayor detalle, el usualmente llamado testamento vital, como ya hemos indicado en varias oportunidades, apunta a cuestiones vinculadas a la mantención mediante vías artificiales de la vida y a la disposición de los órganos y/o del cuerpo. Aunque, desde luego, su contenido en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros incluye la eutanasia, testamento vital no es sinónimo de eutanasia directa. Con la regulación proyectada del documento de voluntades anticipadas se pierde una oportunidad de resolver cuestiones vinculadas a los contenidos señalados. Una manifestación de lo señalado es la *Do not attempt resuscitation*, la que es reconocida como un contenido de directriz anticipada en el Reino Unido. Como su denominación lo precisa, se trata de dejar constancia de la voluntad contraria a la administración de un procedimiento de resucitación en caso de sufrir un paro cardiorespiratorio; de ahí que se considere que es un instrumento de aplicación de una forma de eutanasia pasiva.<sup>39</sup>

El Proyecto de Ley también se refiere a los cuidados paliativos, los que se presentan como una opción a la eutanasia directa. Por nuestra parte, adherimos a la postura que sugiere pronunciarse a favor de la opción consistente en la aplicación de cuidados médicos paliativos y en contra de la regulación de la eutanasia directa. La medicina paliativa, eficaz herramienta ante los excesos del encarnizamiento terapéutico, reconoce que la dignidad de la persona se mantiene incólume hasta su último respiro y admite, además, que la medicina no puede recuperar la salud de todos los pacientes. De este modo, es un imperativo ético el reducir en la mayor medida de lo posible el dolor que experimentan los pacientes, lo que incluye, en las etapas finales de las enfermedades, la sedación total del enfermo. En otros términos, puede ser inevitable recurrir a la “sedación terminal”, esto es, aquella que causa como resultado una disminución profunda e irreversible de la conciencia del enfermo próximo a morir, lo que se justifica dado que dicha sedación es la única alternativa eficaz para evitar que el paciente (y su familia) continúe sufriendo.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> CARRASCO Y CRISPI (2016), p. 1600.

<sup>40</sup> AZULAY (2003), p. 50.

Fuera de los supuestos de sedación terminal, como lo ha señalado Giraldo-Cadavid, también tiene aplicación la medicina paliativa, la que se combina con la utilización de los cuidados ordinarios, como la alimentación y la hidratación, los que no pueden arbitrariamente dejar de ser administrados. Así, en palabras del citado autor: *“Hay que tener en cuenta que, aunque la muerte sea inminente, los cuidados ordinarios no pueden ser legítimamente interrumpidos. El uso de analgésicos y otros medicamentos paliativos en los pacientes con enfermedades terminales, aunque tengan como efecto secundario el acortamiento de los días de vida que le quedan al enfermo, es éticamente lícito si la muerte no es buscada como fin ni como medio, sino solamente prevista y tolerada como un efecto adverso e inevitable de la terapia”*.<sup>41</sup>

Con todo, entendemos que el análisis del problema quedaría trunco si no incluimos en él la variante subjetiva. De esta manera, es necesario y humano sentir empatía por aquellos que desean la aplicación de una eutanasia directa o activa, puesto que el ser presa de sufrimientos de alta entidad, en el contexto de una enfermedad terminal o incurable, constituye un drama cuya entidad nos conduce a no constituirnos en jueces de quienes han optado, según sus propios códigos axiológicos, por acudir a la eutanasia directa o activa.

La eutanasia activa es la que ha generado mayores debates. Efectivamente, la llamada eutanasia pasiva, de común ocurrencia tanto en los hospitales como en las clínicas, no persigue lograr la muerte de una persona. Por el contrario, se fundamenta en el imperativo moral de atenuar y, en su caso, eliminar los dolores de que adolece una persona, aunque como efecto secundario, no deseado, se produce la disminución de la vida del enfermo. Dicho proceder entre en el campo de la medicina paliativa.

Con todo, los testamentos vitales poseen un contenido que supera claramente a la pura eutanasia activa, puesto que, según hemos dado cuenta en este trabajo, tales documentos aluden a cuestiones tan relevantes como la aceptación o rechazo de ciertos procedimientos. En definitiva, con independencia del contenido de un testamento vital, queda claro que el análisis de este no puede realizarse sin incluir en el razonamiento las particulares concepciones éticas del testador, puesto que, se trata de materias íntimamente conectadas.

Terminamos esta parte afirmando la necesidad de pensar en las cuestiones abordadas en el presente trabajo. Desde luego, es necesario reconocer que ellas no constituyen un tema de análisis habitual en nuestra sociedad. Así, el tema que ha motivado estas páginas, especialmente, el temor que este nos provoca conspira en contra de su común tratamiento. En otros términos, ilusamente se pretende ignorar la cuestión, esconderla, como si dicha conducta, de alguna manera, tuviese el poder de eliminar o de retardar su inexorable llegada.

Teniendo en vista lo anterior, propugnamos que las cavilaciones sobre el dolor, la enfermedad y la muerte estén más presentes en nuestros pensamientos y conversaciones y, en general, en el debate público. Ningún mal puede provenir de ello, por el contrario, pensamos que implica ponerse de frente a escenarios que, más tarde o más temprano, todo individuo de la especie humana deberá experimentar. Así, prepararse debidamente para la mencionada triada tranquilizará a la persona y, como

---

<sup>41</sup> GIRALDO-CADAVID (2008), p. 166.

consecuencia de ello, a su familia, por lo que, en definitiva, se traducirá en un efecto positivo para la sociedad en que nos ha tocado vivir, llena de preocupaciones por cuestiones finitas, naturalmente caducables, las que, no obstante, se han transformado muchas veces en los motivos que dan sentido a nuestras existencias.

## V. CONCLUSIONES

En virtud del trabajo realizado, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. Desde hace algunas décadas, en el campo de los estudios bioéticos, ha adquirido preponderancia como criterio de adecuación de conductas con las exigencias de la ética, el principio de autonomía, de esta manera, el sitio preponderante está ocupado por el verdadero querer debidamente manifestado de las personas. Como una manifestación de lo que acabamos de indicar, han surgido los llamados, entre otras denominaciones, “testamentos vitales”.
2. En línea con lo anterior, el particular código axiológico adoptado por las personas infunde notablemente en las decisiones propias del testamento vital. Lo indicado nos ha conducido a pensar y plantear al lector la relevancia de la *values history*, esto es, de documentos en que, como su propia denominación nos lo enseña, dan cuenta del sistema de valores al que adhiere la persona que ha emitido un testamento vital. Así, los referidos documentos contribuyen en la labor de interpretar la voluntad del testador.
3. En el Proyecto de Ley sobre Muerte Digna y Cuidados Paliativos, actualmente en trámite en el Congreso Nacional, se regula la eutanasia, los cuidados paliativos y el testamento vital, el que es llamado documento de voluntad anticipada. Lamentamos que el contenido de este documento se limite a permitir la manifestación de voluntad del otorgante con respecto a la eutanasia y no comprenda los demás contenidos tradicionales del testamento vital. Por lo indicado, pierde riqueza dicho documento de voluntad anticipada y se desperdicia la oportunidad de poder normar la voluntad que versa sobre cuestiones de máxima importancia, como la eventual aplicación o no de una determinada técnica de reanimación. Esperamos que la crítica que hemos formulado sea subsanada durante las discusiones en el Congreso Nacional.
4. En definitiva, todo lo indicado en el presente artículo nos conduce a sostener que el sistema axiológico al que adhieren las personas constituye una parte fundamental de todos los documentos relacionados al triunvirato conformado por el dolor, la enfermedad y la muerte. Aunque lo anterior pueda parecer una afirmación muy obvia, debe considerarse que, a lo menos, en estos días, el referido triunvirato está alejado de constituir un punto que esté particularmente presente en los pensamientos de los que integran nuestra sociedad.
5. Sin perjuicio de lo indicado, probablemente el Proyecto de Ley al que nos hemos referido motivará que el debate público se centre únicamente en la eutanasia activa, pero, según ya hemos indicado, con ello se desperdicia la chance de analizar en todas sus dimensiones nuestros propios códigos axiológicos en función del dolor, de la enfermedad y de la muerte, realidades imposibles de evitar en la trayectoria de todos los individuos de la especie humana.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- Arnaiz Chico, Elisa. “España y el derecho a morir: una tarea pendiente. (II) Implicaciones socio-políticas del modelo holandés”. Disponible en <https://polikracia.com/espana-y-el-derecho-a-morir-una-tarea-pendiente-ii-impactos-socio-politicos-del-modelo-holandes/>. Fecha de última consulta: 24 de mayo de 2021.
- Atienza Macías, Elena, Armaza Armaza, Emilio y de Miguel Beriain, Iñigo (2015): “Aspectos bioético-jurídicos de las instrucciones previas o testamento vital en el contexto normativo español”, en: *Acta Bioethica* (vol. 21 n°. 2).
- Atighetchi, Dariush (2008): “Islamismo y eutanasia”, en: *Medicina y Ética*. En: *Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica* (vol. 19 n°. 2).
- Azulay Tapiero, Armando (2003): “La sedación terminal. Aspectos éticos”, en: *Anales de Medicina Interna* (vol. 20 n°. 12).
- Azulay Tapiero, Armando (2001): “Los principios bioéticos: ¿se aplican en la situación de enfermedad terminal?”, en: *Anales de Medicina Interna* (vol. 18 n°. 12).
- Barrios, Emilia Elena, Espinoza, Milagros, Leal, Ulises, Ruiz, Nelina, Pinto, Viana y Jurado, Beatriz, (2011): “Bioética y el empleo de animales de experimentación en investigación”, en: *Salus* (vol. 15 n°. 2).
- Beca, J. P. y Leiva, A. (2014). “Podría ser aceptable la eutanasia infantil”, en: *Revista Chilena de Pediatría* (vol. 85 n°. 5).
- Benítez Pérez, María, Artiles Jiménez, Edelys, Victores Moya, Jorge, Reyes Roque, Ania, Gómez Pacheco, Reinaldo y Calderón Medina, Néstor (2018): “La guerra biológica: un desafío para la humanidad”, en: *Revista del Archivo Médico de Camagüey* (vol. 22 n°. 5).
- Borgoño Barros, Cristián (2009): “Bioética global y derechos humanos: ¿una posible fundamentación universal para la bioética? Problemas y perspectivas”, en: *Acta Bioethica* (vol. 15 n°. 1).
- Carrasco, Víctor Hugo y Crispi, Francisca (2016): “Eutanasia en Chile: una discusión pendiente”, en: *Revista Médica de Chile* (vol. 144 n°. 12).
- Correa Casanova, Mauricio (2006): “La eutanasia y el argumento moral de la Iglesia en el debate público”, en: *Veritas* (vol. 1, n°. 15).
- Fabelo Roche, Justo, Martín Alfonso, Libertad e Iglesias Moré, Serguei (2011): “La aceptación de la enfermedad y la adhesión al tratamiento en pacientes con epilepsia”, en: *Revista Cubana de Salud Pública* (vol. 37 n°. 1).
- Giraldo-Cadauid, Luis Fernando (2008): “Muerte, eutanasia y cuidados paliativos”, en: *Persona y Bioética* (vol. 12 n°. 2).
- Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago (2011): “Eutanasia y acto médico”, en: *Revista Médica de Chile* (vol. 139, n°. 5).
- Gutiérrez Samperio, César (2016): “¿Qué es el encarnizamiento terapéutico?”, en: *Cirujano General* (vol. 38 n°. 3).
- Habermas, Jürgen (2008): “El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?”, en: *Dianoia* (vol. 53, n°. 60).

- Jiménez Rolando y Rojo, Onofre (2008): “Ciencias, tecnología y Bioética: una relación de implicancias mutuas”, en: *Acta Bioethica* (vol. 14 n° 2).
- Lugones Botell, Miguel, Ramírez Bermúdez, Marieta y Ríos Rodríguez Juan José (2015): “La cremación”, en: *Revista Cubana de Medicina General Integral* (vol. 31 n° 1)
- Mercado Pérez, Raúl (2013): “La responsabilidad ética en la toma de decisiones dentro de las organizaciones”, en: *Sincronía* (n° 64).
- Misseroni Raddatz, Adelio (2000): “Consideraciones jurídicas en torno al concepto de eutanasia”, en: *Acta Bioethica* (n° 2).
- Mondaca Miranda, Alexis (2021): “Los cuidados paliativos del enfermo terminal, una mirada desde la Bioética”, en *Homenaje al Profesor Carlos Ruiz-Tagle Vial*, Santiago, 2021, en prensas.
- Mondaca Miranda, Alexis (2020): “Del testamento vital” ¿Es necesaria su disciplina en el Derecho chileno?, en: *Revista Jurídica Internacional, Universidad Católica de Temuco* (núm. 1).
- Nebot, Cristina, Ortega, Blas, Mira, José Joaquín y Ortiz, Lidia (2010): “Morir con dignidad. Estudio sobre voluntades anticipadas”, en: *Gaceta Sanitaria* (vol. 24 n° 6).
- Pueyo Garrigues, Sara, Pueyo Garrigues, María y Pardavila Belio, Miren (2015): “Necesidades de los familiares de un paciente terminal institucionalizado en un centro geriátrico. Caso clínico”, en: *Gerokomos* (vol. 26 n° 3).
- Puyol, Ángel (2012): “Hay Bioética más allá de la autonomía”, en: *Revista de Bioética y Derecho* (n° 25).
- Quijada-González, Cristina y Tomás y Garrido, Gloria María (2014): “Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado”, en: *Persona y Bioética* (vol. 18, núm. 2).
- Ramos González, Alicia (2010): “Cuando sus cuerpos se hicieron humo: lo indecible de la shoá a través de los textos literarios femeninos”, en: *Revista Chilena de Literatura* (núm. 76).
- Revello, Rubén (2013): “La contribución del principalismo anglosajón a la Bioética”, en: *Vida y Ética* (núm. 1).
- Reyes, Dairon y Suárez, Gabriela (2019). “Eutanasia para menores de edad en Colombia, dilemas éticos y jurídicos de la muerte digna en niños, niñas y adolescentes”, en: *Bioderecho* (núm. 10).
- Siurana Aparisi, Juan Carlos (2010). “Los principios de la Bioética y el surgimiento de una Bioética intercultural”, en: *Veritas* (núm. 22).
- Szlajen, Fishel (2012): “El judaísmo y los dilemas de la eutanasia ¿Cuáles son los límites de la vida?” Disponible en: <https://www.delacole.com/cgi-perl/medios/vernota.cgi?medio=comunidades&numero=531&nota=531-6>. Fecha de última visita: 24 de mayo de 2021.
- Tapia-Adler, Ana María (2016): “Notas sobre judaísmo y Bioética”, en: *Acta Bioethica* (vol. 16, núm. 1).
- Torres Castellanos, Alejandro (2014): “Dworkin, Ronald, La religión sin Dios, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2013, 192 pp.”, en: *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (núm. 8).
- Torres, Delci (2006): “Los ritos funerarios como estrategias simbólicas que regulan las relaciones entre las personas y las culturas”, en: *Sapiens* (vol. 7, núm. 2).
- Vásquez Mantecón, María del Carmen (2006): “La ceremonia fúnebre y los símbolos masónicos”, en: *Muerte y vida eterna de Benito Juárez. El deceso, sus rituales y su memoria*, UNAM, Mexico D.F., 2006.

## **Normativa y documentos citados**

### **Internacionales**

*Natural Death Act*, USA, 1967.

*Uniform Rights of the Terminally Act*, USA, 1985.

### **Nacionales**

Proyecto de Ley sobre Muerte Digna y Cuidados Paliativos, Boletines refundidos nº. 7.736-11 y 9.644-11.  
Ley Nº 20.584 sobre Derechos y Deberes del Paciente, de 24 de abril de 2012.

Boletín Legislativo del Centro UC de la Familia. Actualidad Legislativa de Familia. El rol de la familia frente al término de la vida: una reflexión a propósito del Proyecto de Ley de Eutanasia. Boletines refundidos nº. 7.736-11 y 9.644-11 (coord. Gómez, Adela), (vol. 2 nº. 1).

# La compensación de culpas a la luz del artículo 2330 del Código Civil. Una revisión a propósito de la sentencia de la Corte Suprema causa ROL 39484-2017"

## *Contributory negligence in light of article 2330 of the Civil Code. A review of the Supreme Court ruling law suit N° 39484-2017*

**Sonia Inostroza Adasme**

Santiago, Chile.

Correo electrónico: [sainostroza@miuandes.cl](mailto:sainostroza@miuandes.cl). <https://orcid.org/0000-0002-2437-4782>.

Recibido el 10/05/2021

Aceptado el 08/06/2021

publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-07>

**RESUMEN:** El problema de la participación de la víctima en los casos de responsabilidad civil extracontractual se encuentra fundamentalmente regulado a través del artículo 2330 del Código de Bello. Esta norma permite la rebaja de la pena si a la comisión del delito, por parte del autor, se ha unido una participación imprudente de la víctima. En cuanto tal injerencia, por acto u omisión, supone un abandono de su deber de descarga, el problema ha de tratarse como una cuestión de culpa en la medida que ésta implica la distribución de

**ABSTRACT:** The participation of the injured party in cases of tortious liability is fundamentally regulated in article 2330 of the Bello Code. This rule allows the reduction of the sentence if the tort, committed by the tortfeasor, has been joined by reckless participation of the injured party. In such interference, by act or omission, a desertion of its duty to discharge is supposed, the problem must be treated as a matter of fault in the measure that this implies the distribution of a part of the social risks linked to the activities of daily life.

una parte de los riesgos sociales ligados a las actividades de la vida cotidiana<sup>1</sup>. Existe en la actualidad nutrida doctrina nacional que aborda el asunto plasmado. En consecuencia, apegados a ellas, analizaremos la decisión de la Corte,<sup>2</sup> contribuyendo con una crítica y razonamiento personal frente al tema expuesto.

**PALABRAS CLAVE:** Víctima, responsabilidad civil, imprudente, culpa, deber.

Currently, there is a large national doctrine that addresses the matter set forth. Consequently, adhering to it, we will analyse the decision of the court, contributing with critical and personal reasoning regarding this subject.

**KEY WORDS:** Injured party, tortious liability, reckless participation, fault, duty.

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente análisis jurisprudencial hemos de advertir a propósito de los hechos expuestos, en el caso *sub lite*, pluralidad de materias por tratar.

*Prima facie*, nos encontramos frente a la responsabilidad civil extracontractual del Estado que está absolutamente ligada a la falta de servicio del Fisco.

Si bien es cierto, nuestra investigación no pretende examinar desde un punto de vista del derecho administrativo el caso en cuestión, inútil sería despreciar este contenido, toda vez, que una mirada hacia él nos otorga un panorama más acabado para comprender el tema de fondo por investigar.

El estudio se centrará a propósito del razonamiento que realiza el tribunal de casación al artículo 2330 del Código Civil, en donde, a partir de los hechos, los sentenciadores revocan la decisión del tribunal *ad quem*, que había desestimado la presencia de culpa en la conducta del demandado.

Así las cosas, la culpa de la víctima que reduce el *quantum* indemnizatorio, dará lugar a la compensación de culpas que será nuestro eje central de estudio, cómo se aplica el citado artículo en materia extracontractual, qué incidencia tiene en la compensación el hecho de que a una de las partes se le apliquen criterios de responsabilidad objetiva, y qué elementos, por tanto, se exigen para que opere la compensación.

Para poder responder a estas preguntas advertiremos a través del caso la posibilidad de aplicar conjuntamente un estatuto espacial de responsabilidad, y el sistema común contemplado en el Código Civil. También hemos de notar la compatibilidad, para una situación concreta entre la indemnización como reparación del daño y aquella otra que actúa en función sancionatoria dirigida a reprochar una conducta culposa o dolosa. Todas estas cuestiones nos llevan a una posición ya abierta en nuestra

---

<sup>1</sup> AEDO (2014), p. 705 ss.

<sup>2</sup> Olivares con Fisco de Chile (2018).

doctrina, cual es la posibilidad de complemento entre un régimen de responsabilidad objetiva – que en el presente caso operó para los daños corporales – y otra de responsabilidad subjetiva donde es aplicable la compensación de culpas y en el problema presente tuvo lugar a propósito del daño moral. En virtud de ello, se indagará en el sentido y alcance de la trilogía de normas que forman parte de una cadena coherente, en que el legislador quiso validar a cada una de ellas, a través de una interpretación armónica para dar respuesta a los casos que requieran de su aplicación.

## II. EL CASO OLIVARES HENRÍQUEZ, VÍCTOR CON FISCO DE CHILE

Los supuestos fácticos guardan relación con lo siguiente:

- a) El día viernes 21 mayo de 2010 durante la conmemoración del 131° aniversario del Combate Naval de Iquique celebrada en la guarnición de infantería de Marina en Valparaíso, se produjo el atasco de una vainilla de munición, al instante de efectuar el tercer disparo de saludo en el cañón número 4.
- b) Frente a este hecho el Comandante Capitán de Navío de la Unidad, dispuso para el día lunes 24 siguiente, la extracción de la vainilla atascada.
- c) Para ejecutar dicha maniobra se requirió la presencia del Cabo 2° Olivares, atendida su condición de especialista como artillero mecánico. Sin embargo, a la época de los hechos relatados, Olivares se desempeñaba en labores administrativas en el Centro de Abastecimiento de la Armada de Chile.
- d) Al presentarse a la Unidad, Olivares recibió advertencia de su superior jerárquico, de subir a los cañones y no hacer nada, puesto que este último tenía una reunión y no podría supervisarle para el retiro de la salva.
- e) Sin embargo, Olivares no obedeció la orden y procedió a realizar la extracción con una ñeta. A continuación, introdujo una baqueta de madera por la boca del cañón sin obtener resultados favorables, por lo que decidió ir a buscar unos trapos, un fierro y un combo. De esta manera, comenzó a sacar la vainilla atascada, introduciendo el fierro y los trapos por la boca del cañón, golpeando a su vez dicho elemento con el combo, maniobra que también resultó fallida.
- f) Frente a esto, le pidió colaboración al Cabo 1° Arriaza, quien no contaba con la calificación para desarrollar la labor solicitada.
- g) A pesar de lo relatado, Arriaza dio curso a lo impetrado por Olivares, golpeando el fierro hacia el interior del cañón en dirección a la culata donde se encontraba ubicado Olivares, momento en que se produjo una explosión de la que resultó lesionado este último.
- h) Las lesiones físicas de Olivares consistieron en la amputación traumática de la extremidad superior izquierda sobre el codo, perforación timpánica izquierda, traumatismo ocular y quemaduras en el ojo izquierdo y en la zona del tórax.
- i) Los hechos dieron origen a una investigación sumaria en la Armada, y fueron sancionados con una amonestación el Cabo 1° Arriaza y el Sargento 2° Garrido.

Para que exista falta de servicio del Estado deben concurrir todos los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que el factor de atribución culpa o dolo es esencial.

Tal como lo establece el profesor Pierry: “El concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio, como dentro de la responsabilidad subjetiva. Como señalan Mazeaud y Tunc, la falta de servicio hay que considerarla como “la culpa del Servicio”, de allí que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, basada en la culpa. La exigencia establecida por la ley, que implica probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva”.<sup>3</sup>

Así las cosas, la falta de servicio existiría en razón de la apreciación o comportamiento normal del servicio,<sup>4</sup> como claramente se advierte en Muñoz Hermosilla con Fisco de Chile: “...la falta de servicio se produce cuando se presenta una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con lo que debería haber sido su comportamiento normal y que, naturalmente, de ello se siga un daño...”<sup>5</sup>

El caso que estudiamos es determinante en señalar que existe falta de servicio de la Armada, puesto que, aun cuando el actor tenía la capacidad técnica para realizar el encargo: destrabar la vainilla atascada en un cañón, no se coordinaron de forma previa, las medidas estrictamente necesarias para resguardar la integridad física de los participantes, atendido lo altamente riesgoso de la actividad. Sin embargo, concurre culpa de la víctima, ya que utilizó elementos inapropiados para destrabar un cañón y no se atuvo a las claras instrucciones de los que en ese momento eran sus superiores, en el sentido de esperar la presencia de ellos para actuar.

#### **A. La demanda**

Los hechos expuestos en el acápite anterior dan lugar a la acción del demandante.<sup>6</sup>

La acción impetrada la realiza el Cabo 2º Olivares, que debidamente representado, demanda al Fisco de Chile. En el libelo indica que pretende a título de indemnización de perjuicios la suma de \$470.000.000 aludiendo a la pérdida de su extremidad y su disminución de capacidad visual, calificando estos deterioros como daños enormes.

Asimismo, desglosa el monto solicitado de la siguiente manera: en cuanto a la reparación del daño moral la cantidad de \$320.000.000. Fundamenta su pretensión en que ha sufrido un grave detrimento extrapatrimonial al quedar lesionado de por vida.

Luego, impetra la suma de \$150.000.000 por daño físico, apoyado en la doctrina de: La indemnización del daño corporal.<sup>7</sup>

Afirma que no tenía la capacitación suficiente para llevar a cabo la labor, aun cuando era experto en

---

<sup>3</sup> PIERRY (1996), p. 486 ss.

<sup>4</sup> ENTEICHE (2011), p. 125.

<sup>5</sup> Muñoz Hermosilla con Fisco de Chile (2006), considerando quinto.

<sup>6</sup> Olivares con Fisco de Chile (2016).

<sup>7</sup> VICENTE (1994), p. 261 ss.

las materias, pues desde hacía tiempo venía realizando labores administrativas, y que no tuvo colaboración de sus superiores jerárquicos en el momento de los hechos.

En cuanto al derecho el demandante acude a un catálogo de normas que rigen la Administración del Estado. Sin embargo, para objeto de nuestro trabajo habrá que observar aquellos puntos en donde hace hincapié a la responsabilidad civil extracontractual del Estado a partir del artículo 2314 del Código Civil y la doctrina del profesor Pierry.

## **B. La contestación**

El Fisco de Chile debidamente representado contesta la demanda rechazándola en todas sus partes, con costas.

Expone en primer lugar: que existe un régimen especial de regulación de las Fuerzas Armadas, de tal manera que éste excluye la aplicación del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. Así las cosas, cuando el daño que se invoca lo ha sufrido un miembro de alguna de esas instituciones, en acto de servicio (como ocurre en la especie) el estatuto que regula las relaciones del Estado con sus funcionarios es un régimen especial prevalente, que considera indemnizaciones necesarias por accidentes en actos de servicio que incluyan lesiones graves, como es el caso.

En consecuencia, al demandante se le otorgó una pensión completa, con 12 años de servicio, beneficio que el actor solo podría haber accedido al cumplir 35 años de servicio efectivo. Dicho beneficio configura una indemnización para todos los efectos legales. Que constituyen franquicias varias que no se entregan al resto de los funcionarios de la Administración, ni de otros Poderes Públicos.

En subsidio de lo ya expuesto, alega la improcedencia de la acción por ausencia de presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual que consagran los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

De esa manera, estima que para el caso planteado no se configura la culpa por acción u omisión de la Armada de Chile, pues la causa del accidente por cuyo daño moral se reclama, es responsabilidad de la víctima.

Y consecuentemente, con este último punto alega falta de legitimación activa, señalando que, al concurrir culpa de la víctima se interrumpe el nexo causal, por lo que no puede pretender indemnización de daños imputables a su conducta.

Sin embargo, expresa que para el caso de que se estime que al Fisco de Chile le corresponda alguna responsabilidad por los hechos que motivan este juicio, solicita que las indemnizaciones que se lleguen a determinar sean rebajadas sustancialmente en los términos del artículo 2330 del Código de Bello, ya que el actor se expuso imprudentemente al daño.

Para sintetizar el contenido de la contestación, podemos decir que en ella se sostiene la autonomía de la acción temeraria ejecutada por el demandante, única causa del daño que sufre él mismo y que de

ninguna manera puede atribuirse a una hipotética e inexistente falta de servicio.

Cabe preguntarse: ¿pueden imputarse al daño las indemnizaciones otorgadas por la Armada? La respuesta a esta interrogante será desarrollada ampliamente en un acápite posterior.

### C. Los fallos

El tribunal *a quo* realiza un examen detallado de la conducta de los participantes del hecho, y llega a las siguientes conclusiones:

1º El demandante, a no dudarlo, y debido al suceso de que trata la cuestión, ha sufrido una pérdida orgánica importante, pero no ha logrado justificar que se pueda atribuir responsabilidad, desde el punto de vista subjetivo, a la Armada de Chile o al Fisco por la ocurrencia de dicha pérdida. Al contrario, las pruebas aportadas por el demandado muestran que el actor es el único responsable de su propia mutilación, ya que pese a ser especialista en armas como los cañones, procedió con desmesurada negligencia, lo que llevó al resultado de una detonación paladinamente previsible.

2º Conforme a los principios de la responsabilidad aquiliana, correspondería al demandante probar la ocurrencia de alguna acción u omisión, por parte de la Armada, que haya incidido en la ejecución del procedimiento inadecuado llevado a cabo por el demandante y que fue la causa del daño a él mismo inferido: antes bien, dicho acto no solamente carecía de reconocimiento dentro de la Armada, sino que además se ejecutó contra las instrucciones precisas de quien en ese momento era superior jerárquico del Cabo 2º Olivares.

3º Puesto que no hay acción u omisión atribuible al demandado, no tiene sentido considerar su posible condición dolosa o culposa y, por tanto, al faltar la circunstancia del hecho culpable atribuido al demandado, falla también la obligación de reparar los daños causados.

4º Es verdad que la Armada asumió los gastos de curación y rehabilitación del lesionado, y le otorgó una pensión completa equivalente a la que habría obtenido tras 35 años de servicio, pese a haber completado solo 12 años, pero esto es un reconocimiento a los riesgos que conlleva el ejercicio militar, propio del estatuto de las Fuerzas Armadas. Tales beneficios – siempre conforme al criterio de la sentencia de primera instancia – los otorga como reconocimiento a los riesgos de la profesión militar y no en concepto de responsabilidad aquiliana.

Finalmente, concluye la sentencia que no dará lugar a la demanda, ni en lo que guarda relación al daño material ni asimismo al daño moral y, en ninguna de sus partes.

Con fecha 17 de agosto de 2017 y en mérito de los antecedentes, la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirma la decisión del tribunal *a quo*.

El tribunal de casación aborda de lleno el tema de la falta de servicio para así configurar la responsabilidad civil extracontractual del Estado. Cuestión relevante para llegar a la conclusión final de los

sentenciadores, pues la situación fáctica referida en el considerando quinto admite tener por justificados una serie de hechos, los que analizados en su conjunto permiten configurar la falta de servicio o la negligencia del servicio en los términos del artículo 2314 del Código Civil.<sup>8</sup>

Así las cosas, el actor tenía la capacidad técnica para el despliegue de una actividad como la encomendada por la especialidad adquirida. A pesar de esto, era exigible que se adoptaran todas las precauciones posibles y se agotaran los medios para descartar o minimizar las condiciones de riesgo asociadas a la ejecución de un procedimiento peligroso, tanto más si destrabar una munición atascada en un cañón, envuelve el desarrollo de una actividad por antonomasia riesgosa.

De esta manera, continúa el razonamiento de los supremos, al indicar que los argumentos que motivaron la aplicación de la sanción administrativa al Cabo 1° Arriaza, son decisivas, puesto que al estar ausente el Sargento 2° Garrido, la antigüedad en el mando la tenía por sobre Olivares. En consecuencia, debió haber informado de inmediato al escalafón superior del inicio de los trabajos.

Un hecho relevante, para la nueva visión que la Corte de Casación le dará al caso *sub iudice*, es la fecha del documento que dice contener el protocolo de acción en caso de suceder este tipo de acontecimientos. Este escrito tiene data posterior al accidente, por lo que claramente al momento de los hechos no existía.

Es así como en el considerando séptimo se advierte el nexo que realizan los sentenciadores con el resultado de una prevención deficiente o no ajustada a los protocolos vigentes y la evidente falta de servicio en que incurrió la Armada de Chile.

Que, como corolario de lo anterior, la falta de servicio se encuentra constituida por mandato legal y procede cuando los agentes estatales no actúan debiendo hacerlo o cuando su accionar es tardío o defectuoso. Provocando en uno u otro caso, un daño para lo cual exige el presupuesto de un vínculo de causalidad entre la falta de servicio – generada por vía de acción u omisión – y el resultado lesivo. Toda vez que éste es determinante para la producción del daño antijurídico y la obligación correlativa de resarcimiento que nace dándose por acreditada la relación causal.

Luego, respecto del daño moral que impetra el actor, la Corte señala que la declaración de testigos presentados por la parte demandante han logrado acreditarlo. Este menoscabo ha sido producto del accidente provocado por la actuación de la Armada de Chile, y que en definitiva dan cuenta de las complicaciones diarias a las que se ve enfrentado el demandante.

Con todo, el considerando décimo segundo contiene dos teorías doctrinarias que acogen e interpretan el artículo 2330 del Código de Bello. Dicha norma jurídica sienta las bases de la justificación final de los sentenciadores en el caso *sub lite*. “Que resta señalar que de acuerdo a la descripción fáctica establecida, 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

---

<sup>8</sup> Olivares con Fisco de Chile (2018).

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. De allí que parece apropiado citar al autor Pablo Rodríguez Grez, quien señala: “La recta interpretación de esta norma –refiriéndose al artículo 2330 del Código Civil- nos obliga a considerar, desde ya, lo concerniente a la relación causal, puesto que la reducción del daño tiene como antecedente una causa en que comparten culpas tanto el dañador como el dañado” (...) “Como bien ha dicho Alessandri, este artículo 2330 supone pluralidad de culpas y unidad de daño, razón por la cual si las culpas producen daños diversos, cada cual responderá de los que efectivamente ha causado” (“Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, página 353). En efecto, los supuestos de hecho dejan en evidencia que existió nexos 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”.<sup>9</sup>

### III. ANÁLISIS DEL CASO

#### A. Los alcances de los artículos 2314 y 2329 en el presente caso

Los clásicos autores de la civilística chilena han señalado que el artículo 2329 del Código Civil constituye una afirmación de la regla del artículo 2314, en que se exige a la víctima probar la culpa en materia aquiliana.<sup>10</sup>

Sin embargo, el contexto y los razonamientos de la presente sentencia parecen mostrar una dirección distinta de la afirmación expuesta por el autor citado en el acápite anterior, más cercana a las posiciones doctrinarias de los profesores Barros Bourie y Barrientos. Examinemos la cuestión.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 2314, citado por la propia sentencia, y referido a los delitos y cuasidelitos penados por ley, se declara procedente y apropiado establecer la responsabilidad de la Armada de Chile, y en definitiva la del Estado, a causa de haberse incurrido en falta de servicio. Este hecho queda claramente de manifiesto al no haberse dispuesto las medidas de seguridad conducentes a garantizar y resguardar la integridad física y moral de quienes, por razón de ese mismo servicio, debían desarrollar una actividad riesgosa. El máximo tribunal cita también como fundamento los artículos 2320 y 2322 del Código de Bello, que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, cuando semejante hecho ha sido obra de una persona que estaba a cargo de otra, como sucede con los padres respecto de los hijos (artículo 2320), o los amos respecto de sus criados o sirvientes (artículo 2322). Es verdad que el problema suscitado ha de ser resuelto conforme a las disposiciones del Título XXXV, Libro IV del Código Civil, sede de los antedichos artículos, mas a nuestro parecer, la concreta y adecuada norma de aplicación es el también invocado artículo 2314.

---

<sup>9</sup> Olivares con Fisco de Chile (2018), sentencia de casación: considerando décimo segundo.

<sup>10</sup> CLARO SOLAR (1937), p. 518-519.

Hemos ya aludido a la doctrina de Pierry,<sup>11</sup> mencionada y acogida por la Corte, y precisamente el caso trata un asunto de responsabilidad por el hecho propio, atribuible a la persona jurídica que es el Estado, por cuanto ha incurrido en una situación de falta de servicio que excede a lo que razonablemente se podía esperar de esa entidad, en especial cuando como en el caso en cuestión ha de resguardar la integridad de quienes deben desarrollar una actividad riesgosa y se enfrentan con situaciones de peligro. Ciertamente que el Estado – a través de la Armada de Chile – ha incurrido en culpa a pesar de ser persona jurídica, ya que el concepto de culpa o negligencia no supone necesariamente una actitud moral, sino que es objetiva, por cuanto consiste en que el servicio público no ha observado el comportamiento que debía considerarse como normal: así lo reconoce la sentencia de casación en el considerando tercero agregado.<sup>12</sup>

Debemos añadir nosotros, a modo de ilustración, que la Corte no invoca el artículo 2329, traído a colación en casos semejantes por determinadas doctrinas. Concordamos en la omisión, ya que dicho precepto, según criterio del profesor Barrientos Grandón,<sup>13</sup> que compartimos, alude a aquellos casos que carecen de pena legal.

Como explica este jurista, el artículo 2329 no es una mera reiteración del 2314, ni tampoco constituye una presunción general de culpa por hecho propio o una consignación del requisito de la relación de causalidad que debe existir entre el hecho culposo y el daño resultante. El referido precepto, es en realidad el producto de una derivación histórica que no proviene de las doctrinas de Domat y Pothier, recogidas en el *Code Napoleon*, sino de la legislación hispano – indiana. Ésta, a partir del sistema configurado por la *actio legis Aquiliae* y las acciones *in factum* complementarias,<sup>14</sup> continúa esa línea a través de las Partidas, y distingue entre los delitos y cuasidelitos, penados por ley, frente a los demás daños que, aunque carezcan de pena legal, pueden imputarse a malicia o negligencia de otra persona.<sup>15</sup>

## **B. Teorías sobre el sentido y alcance del artículo 2330 del Código de Bello**

La norma específica para resolver este punto es como lo hemos indicado el artículo 2330 de nuestro Código Civil, donde se dice: “*la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”. Esta última expresión, imprudentemente ha dado lugar a diversas interpretaciones y hasta a equívocos, ya que parece aludir a un criterio de culpa subjetiva, alejada del modelo romano objetivo descrito como el buen padre de familia, o más modernamente como el cuidado que las personas razonables emplean ordinariamente en sus actos o negocios.

---

<sup>11</sup> PIERRY (1996), p. 486 ss.

<sup>12</sup> En el considerando tercero se reconoce que el demandante reclama contra el Fisco la correspondiente indemnización: a) porque se le encomendó la realización de una labor para la que no estaba preparado; b) porque la Armada no contaba con las medidas de seguridad necesarias ni un procedimiento para su ejecución.

<sup>13</sup> BARRIENTOS (2009), p. 30 ss.

<sup>14</sup> Para un análisis exhaustivo del desarrollo y contenido de la *actio legis Aquiliae*, véase ampliamente, AEDO (2018), p. 43 ss.

<sup>15</sup> BARRIENTOS (2009), p. 28 ss.

La norma tiene por finalidad otorgar herramientas al juez para que, con mayor propiedad determine el *quantum* indemnizatorio con que se ha de gravar al demandado. Esta facultad ha sido tratada históricamente con el nombre de compensación de culpas: su procedencia se remontaría a D.50.17.203, que señala que quien sufre daño por propia culpa no sufre daño: eso supondría una compensación total de las culpas, pero también, es posible una compensación parcial, como ya lo advirtió Wolff hacia el siglo XVIII, en relación con el caso del depósito que, por tener dos acciones, una contractual y otra delictual, presentaba características muy especiales. Así las cosas, con el tiempo el término compensación de culpas ha sido recibido y aplicado por autores contemporáneos quienes han desarrollado esta expresión a la luz de nuevas tendencias.<sup>16</sup>

### 1. Teoría del espejo

En todo caso, la doctrina chilena mayoritaria a lo largo de la primera mitad del siglo XX, comenzando por Alessandri,<sup>17</sup> entendió que la eventual participación imprudente de la víctima era resueltamente un problema de culpa, y como tal debía ser calificado. A esta perspectiva se la ha denominado doctrina del espejo en alusión al conocido pasaje del cuento de Alicia en el País de las Maravillas, en cuanto a que la conducta de la víctima se refleja en la del autor – culpa frente a culpa – y por tanto se evalúa en la misma forma y conforme a los mismos parámetros. Así pues, de acuerdo con esta doctrina, el problema de la compensación se configura como una exclusiva y típica cuestión de culpa y no de causalidad. De ello se deduce inevitablemente que la capacidad de obrar que ostenta la víctima será un elemento relevante para que pueda haber compensación, ya que sin capacidad de obrar se hace impensable la culpa.

### 2. Teoría intermedia

En la actualidad existe una tendencia doctrinaria más moderna, que entre nosotros ha sido sustentada por el profesor Rodríguez Grez:<sup>18</sup> al analizar este autor aquellos casos en los que, habiéndose producido un daño, éste proviene exclusivamente de un hecho de la víctima, nos encontraríamos ciertamente ante un problema de causalidad, ya que no habría sido la acción del demandado la causante del daño, sino que la causa habría radicado en el referido hecho de la víctima. Pero si este hecho, producto de la acción u omisión de la víctima concurre con la culpa del demandado, podrá haber rebaja en la indemnización si en aquella actuación de la víctima ha intervenido la culpa. Conforme a lo dicho, podríamos distinguir, en el ámbito de esta posición doctrinaria, las siguientes hipotéticas situaciones:

- i) Si el daño proviene de un hecho de ambos, autor y víctima, la responsabilidad será compartida en cuanto ambos han incurrido en culpa, y el autor quedará libre de responsabilidad en la medida que la culpa sea exclusiva de la víctima;

---

<sup>16</sup> SAN MARTÍN (2018), p. 12 ss.

<sup>17</sup> ALESSANDRI (2005), p. 412.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ (2003), p. 409 ss.

- ii) Si el daño proviene exclusivamente de un hecho de la víctima, no hay en absoluto responsabilidad del autor.

El profesor Rodríguez Grez, en el capítulo de su ya citado estudio donde razona sobre los caracteres de los hechos de la víctima,<sup>19</sup> plantea puntos de vista que nos son útiles para analizar el caso *sub lite*.

No se puede decir que la participación de la víctima en la operación de desatascamiento haya sido instigada por su superior agente del Estado. Si se hubiera dado tal circunstancia, no se trataría de un acto autónomo, pero en nuestro ejemplo, la actuación de la víctima ha sido libre.

La culpa del demandado es clara: no consiste su responsabilidad en una atribución objetiva conforme a la teoría del riesgo, sino en una infracción al deber de cuidado, que se manifiesta en el contraste entre la propia actitud y la de un servicio público que deba tenerse por normal, semejante al contraste que existiría entre la conducta de una persona natural y la de un buen padre de familia.

No habría reducción de indemnización si el daño fuera recíproco, pero en el caso *sub lite* hay unidad de daño y procede la reducción.

Esta tesis ha sido defendida recientemente por San Martín. Como señala la autora: “Así las cosas, la diferencia entre culpa exclusiva y concurrente no pasa por la gravedad o calificación jurídica de la conducta de la víctima, sino por la aptitud del demandado para ser considerado responsable del daño y traspasarle su costo, imponiéndole la obligación de indemnizarlo. Esta diferencia se comprueba cuando se considera que una misma conducta de la víctima, introducir la mano en la prensa de una fresadora eléctrica, por ejemplo, puede dar lugar a culpa exclusiva o concurrente, dependiendo de si el agente es no considerado responsable. En caso negativo, se habla de “culpa exclusiva” de la víctima, en caso positivo, de “culpa concurrente”. La misma conclusión se extrae de todos los demás casos en que la Corte Suprema varía la calificación de culpa exclusiva a concurrente y viceversa o en que existen votos disidentes sobre el punto”<sup>20</sup>

### 3. Teoría de la carga

No podemos dejar de aludir a las doctrinas que ven el problema de la compensación de la culpa, en cuanto analizan la conducta de la víctima, como una cuestión de carga más que de deber en su significado propiamente jurídico. Barros Bourie razona en el sentido de que la idea respecto del deber que tenemos de evitarnos daño a nosotros mismos, resulta contraria al fin del derecho, que es normar relaciones de alteridad,<sup>21</sup> y por eso, más que un deber, expresa una carga para quien está expuesto a sufrir un daño. Sin lugar a dudas, nos parece sensata y razonable esta observación del profesor Barros, pero ello no exime a quien estudie el problema, del deber – o la carga – de examinar la culpa,

---

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ (2003), p. 410 ss.

<sup>20</sup> Véase SAN MARTÍN (2016), p. 38. Véase también, SAN MARTÍN (2014), pp. 35 ss.

<sup>21</sup> BARROS (2006) p. 428 s.

sus rasgos característicos, sus implicancias y los efectos de su concurrencia. Para el análisis del caso que estudiamos y hecha abstracción de la circunstancia de que la víctima era miembro de la Armada de Chile, podríamos colocarnos hipotéticamente en una situación cuyo resultado no hubiera sido la lesión inferida al Cabo 2° Olivares, sino la destrucción del cañón o parte de las instalaciones militares respectivas.

En semejante supuesto, las figuras de dañador y dañado se invertirían, y habríamos podido con propiedad decir que la carga del servicio pesaba sobre el Estado, y el deber de cuidado, sobre el Cabo 2° Olivares. Pero también en este caso hipotético, como en el real, donde intervienen las mismas personas, las mismas circunstancias, y el mismo hecho dañoso de la explosión, la conducta de uno y otro protagonista, carga o deber, la deberíamos estudiar en relación con la culpa. Y así en efecto, y conforme con el razonamiento de la Corte fundado sobre dicho elemento, por cuanto el hecho de la víctima, sin duda culposo, concurre con la culpa del demandado, concretada en la falta de servicio, se daría lugar a la rebaja de indemnización – en este caso, del daño moral – conforme a lo que dispone el artículo 2330.

### **C. ¿Responsabilidad objetiva del Estado? A propósito del voto disidente**

Debemos agregar una observación: ¿procedería tal rebaja en el supuesto de que la responsabilidad del Estado no se fundamentara sobre la culpa, sino sobre el riesgo creado, esto es, que se tratara de una responsabilidad plenamente objetiva? El ministro Muñoz, en su voto particular, insinúa esta posibilidad al mencionar la diferencia entre la concepción objetiva de responsabilidad y la concepción objetiva de la falta de servicio: por la primera, responde el Estado de todo daño, salvo que se pruebe un eximente de responsabilidad, y ha de asumir inclusive los daños causados por una actividad lícita; por la segunda, se impone a la Administración acreditar un comportamiento normal que excluya la atribución de falta de servicio. Nuestro punto de vista discurre por la consideración de que la compensación de culpas solo procede y es practicable en la medida que la responsabilidad del demandado proceda precisamente de la culpa y no de un caso de imputación objetiva.

De más está decir que, en abstracto, puede operar la exposición imprudente al daño como eximente de responsabilidad; sin embargo, el caso expuesto no guarda relación con este hecho. La actividad imprudente de la víctima tuvo lugar en un supuesto de responsabilidad por culpa del demandado consistente en falta de servicio: se trata pues de un caso en que existe culpa frente a culpa y por ese motivo procede la distribución de riesgos, que no podría operar en un régimen de responsabilidad objetiva.

### **D. Relevancia del caso analizado en torno al artículo 2330 del Código Civil**

El presente caso es relevante e interesante comentarlo por las razones que pasamos a exponer:

En primer lugar, pretende advertir, desde una óptica distinta, cómo opera el artículo 2330 del Código de Bello, ya que el caso analizado funciona en una órbita de culpa que excede de lo que se podría considerar la regla común e histórica de esa disposición, cual es la compensación de culpas entre perso-

nas naturales. El supuesto colocado bajo nuestra consideración contiene un caso de responsabilidad por falta de servicio, citado dentro de un estatuto especial de la administración del Estado y que, sin embargo, por cuanto se toma en cuenta la responsabilidad subjetiva de esa persona jurídica, incide también en el ámbito de la culpa y supone correcta la aplicación del artículo 2330.

La profesora San Martín, autora de una vasta literatura jurídica en la materia, hace la observación de que la aplicación el artículo 2330 que supone la exposición imprudente al daño por parte de la víctima, no consiste solo en la intervención fáctica de la víctima sino, en una participación jurídicamente relevante que eleve a concausa su conducta en relación con el daño sufrido: tal es precisamente, el caso que nos presenta la sentencia que analizamos.<sup>22</sup>

El fallo de la Corte Suprema alude exclusivamente al daño moral, a pesar de que, la petición de la demanda era más amplia y comprendía también el daño físico, llamado corporal por una reciente doctrina. Entendemos tal como lo anota Barros Bourie, que este daño en lo que se refiere a los detrimentos patrimoniales, coincide con los que desde antiguo se denominan daño emergente y lucro cesante.<sup>23</sup> Si no nos equivocamos, en concepto de la Corte, dichas indemnizaciones ya estaban cubiertas por aquellas prestaciones que la Armada otorgó a la víctima en concepto de atención de gastos médicos más una pensión vitalicia ventajosa y que, la sentencia de primera instancia tomó como si fuera un mero reconocimiento de la Armada al la riesgo del ejercicio militar. En verdad, esta indemnización – o gratificación según la Armada pretende – correspondía a un criterio de responsabilidad objetiva y, debía ser otorgada en forma total sin aplicación de la teoría del espejo. De esta manera, el criterio del Tribunal de Casación viene a reconocer la posibilidad de complementar la responsabilidad objetiva – que en este caso opera en el ámbito del daño corporal – con la subjetiva, que se concreta en el daño moral y permite la compensación.

El tenor contenido en los razonamientos del considerando 12° de la Corte Suprema no nos deja dudas de que, reconoce ampliamente la responsabilidad del Estado en lo que se refiere al daño moral que, fue el objeto de la sentencia. Esta responsabilidad tiene como sustrato fáctico el riesgo que representa el ejercicio de la actividad militar y, aunque en tiempos de paz no sea tan peligrosa que pueda suponer una responsabilidad objetiva, impone el deber de diligencia que asegure a la respectiva actividad un razonable resultado no lesivo. Por cuanto, la Armada incurre en culpa y la víctima también ha obrado imprudentemente, procede la compensación del artículo 2330 que, conforme a la teoría de Rodríguez Grez solo tiene lugar si hay responsabilidad por culpa y causalidad por ambas partes y existe además unidad de daño. El juez pues, ponderó que la participación de la víctima no era exclusiva ya que, en la actividad riesgosa no asumió todo el control de la situación.

Desde un punto de vista formal es paladino que la Corte resolvió el caso en sentido opuesto a lo que, habían decidido los Tribunales de las instancias. Pero un análisis más sutil nos permite proponer una solución algo más compleja: el daño causado a la víctima tiene dos aspectos: el corporal y el moral. El

---

<sup>22</sup> SAN MARTÍN (2018) p. 41.

<sup>23</sup> BARROS (2006) p. 235 s.; 275 ss.

daño corporal ya había sido compensado, aunque no a través de una condena, por las ventajas que la Armada otorga a la víctima; es más, en el entendido de que tiene por fundamento una responsabilidad objetiva del hechor, se da completa esta indemnización, sin que sea compensada por la culpa de la víctima y como si tuviera carácter de reparación más que de sanción. No obstante, faltaba pronunciamiento respecto del daño moral el cual es tomado en cuenta por la Corte a fin de realizar una reparación integral del daño, dándose además características de sanción a la negligencia de la Armada, pese a su cuantía reducida que en gran parte es debida a la compensación de culpas.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

El artículo 2330 del Código de Bello tiene sus antecedentes en el artículo 2199<sup>24</sup> del Código Civil peruano de 1852,<sup>25</sup> y no tenemos noticias de que su origen se remonte a las Siete Partidas, toda vez que en Roma no hubo una figura jurídica con tales características en materia de daño aquiliano.

Nuestro trabajo se perfiló en la norma en comento a propósito de la responsabilidad del Estado por falta de servicio: hemos de advertir que aun cuando las Fuerzas Armadas se rigen por un estatuto especial en materia de indemnizaciones, esto no es obstáculo para recurrir al derecho común y así poder obtener satisfactoriamente una reparación íntegra al daño provocado.

Lo que hizo el Tribunal de Casación fue realizar una asignación de riesgos, preguntándose - ¿quién puso en peligro al demandante? - de esa manera, ponderó y compensó las conductas negligentes, llegando a la conclusión de que quien ostentaba el principal control del riesgo era el demandado quien no atendió a tener ciertas medidas de precaución. Así las cosas, distribuyó el resultado nocivo, lo que demuestra desde este ángulo que la responsabilidad por falta de servicio es por culpa y en consecuencia no puede operar en un régimen de responsabilidad objetiva.

Con estas apreciaciones podemos ilustrar la decisión de la Corte al considerar la conducta del empleador como un factor determinante para establecer compensación de culpas y así resarcir en materia de daño moral al trabajador - quien - a pesar de haber contribuido al daño con su comportamiento negligente, no excluyó del todo la responsabilidad del ente dañador.

Por consiguiente, y conteste con el párrafo anterior, hemos analizado las distintas teorías que envuelven el sentido y alcance de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, en donde Bello plasmó el sustento del daño aquiliano y que incluyen el artículo 2330.

Finalmente, y haciendo hincapié a lo ya expuesto acerca de la imputación objetiva ligada a las actividades de riesgo - como el hecho ocurrido en la sentencia examinada - podemos señalar que existe una tendencia en nuestra jurisprudencia por observar con detención los hechos que, en suma, ter-

---

<sup>24</sup> Artículo 2199: “La estimación del daño está sujeta a reducción, si el que lo sufrió se ha expuesto a él imprudentemente”.

<sup>25</sup> GUZMÁN (2006), p. 229 ss.

minan por inclinar la balanza hacia una responsabilidad subjetiva, tal como se percibe en el caso *sub lite*. No obstante, implícitamente el Tribunal reconoce la posibilidad de complementar ambas responsabilidades, tal como también se complementan las disposiciones estatutarias de la Armada con el derecho común contenido en el Código Civil.

Precisamente por tal complementariedad, la Corte ha tenido en cuenta la indemnización retributiva ya concedida anteriormente, y se ha limitado a sancionar a través de una condena por daño moral, cuya cuantía se explica por la compensación de culpa.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- AEDO BARRENA, Cristián (2014): “El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial”, en: *Revista chilena de derecho* (vol. 41 núm. 2).
- AEDO BARRENA, Cristián (2018): *Culpa Aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago, Thomson Reuters).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005): *De La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2009): “De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro “Código Civil imaginario” (II)”, en: *Revista chilena de derecho privado* (núm. 13).
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CLARO SOLAR, Luis (1937): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Tomo XI (Santiago, Imprenta Nascimento).
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2011): “El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)”, en: *Revista Actualidad Jurídica* (núm. 23).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2006): *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* (España, Thomson Aranzadi).
- PIERRY ARRAU, Pedro (1996): “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en: *Revista de Derecho Público* (núm. 59).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2014): “La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas”, en: *Revista de Derecho Privado Universidad Externado* (núm. 27).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2016): “La frontera entre culpa exclusiva y concurrente de la víctima en la producción del daño a la luz de la jurisprudencia chilena”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 27).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2018): *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil* (Santiago, Ediciones DER).

VICENTE DOMÍNGUEZ, Elena (1994): *Los daños corporales: Tipología y valoración* (Barcelona, Editorial Bosch).

**Jurisprudencia citada**

*Muñoz Hermosilla con Fisco de Chile* (2006): Corte Suprema, de 9 de junio de 2006, rol Nº 6118-2005.

*Olivares Henríquez, Víctor Hugo con Fisco de Chile* (2018): Corte Suprema, de 9 de octubre de 2018, rol Nº 39484-2017.

*Olivares Henríquez, Víctor Hugo con Fisco de Chile* (2016): 4º Juzgado Civil de Valparaíso, de 31 de mayo 2016, rol Nº C - 1151-2014.

# Cláusulas abusivas en contratos de promesa de compraventa. Análisis a partir del caso "SERNAC con Constructora Santa Beatriz"

## *Unfair terms in purchase and sale promise agreements. Analysis based on the case "SERNAC V. Santa Beatriz building Company"*

**María Elisa Morales Ortiz**

Universidad Austral, Valdivia, Chile.

Correo electrónico: maria.morales@uach.cl. <https://orcid.org/0000-0003-1200-7253>.

**Diego Nichi Burgos**

Temuco, Chile.

Correo electrónico: d.nichi01@ufromail.cl. <https://orcid.org/0000-0002-9096-6348>.

Recibido el 27/05/2021

Aceptado el 10/06/2021

Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-08>

**RESUMEN:** El presente comentario efectúa un análisis del control de abusividad que realiza el fallo comentado respecto de cláusulas incorporadas en contratos de promesa de compraventa. Para ello se estudia la aplicabilidad de la LPDC a los contratos de promesa de compraventa, como condición para evaluar si las cláusulas contenidas en dichos contratos, pueden considerarse o no abusivas.

**PALABRAS CLAVE:** Promesa de compraventa, cláusulas abusivas, desequilibrio contractual.

**ABSTRACT:** This commentary analyses the control of unfairness carried out by the aforementioned ruling about the terms included in purchase and sale promise agreements. To this end, the applicability of the consumer protection law to these types of agreements is studied, as a condition for assessing whether the terms contained in these contracts can be considered unfair or not.

**KEY WORDS:** Purchase and sale promise agreements, unfair terms, contractual imbalance.

## I. INTRODUCCIÓN

En el mercado inmobiliario es usual que las empresas<sup>1</sup> –a la postre “propietario primer vendedor” en términos de la LGUC<sup>2</sup>– celebren contratos preparatorios, anteriores a la compraventa sobre el inmueble respectivo. Una clase de estos negocios preparatorios son las promesas de compraventa. Cuando la contraparte de la inmobiliaria o constructora es un consumidor, en el sentido del artículo 1 N° 1 de la LPDC,<sup>3</sup> el asunto se vuelve relevante para el derecho del consumo.

Hay dos cuestiones interesantes en el contexto descrito en el párrafo anterior. Una es determinar si esta clase de contratos caben dentro del ámbito de aplicación de la LPDC y la otra es analizar ciertas cláusulas usuales en esta clase de contratos que, a la luz del artículo 16 de la citada ley, tienen una validez por lo menos dudosa.

Para revisar ambos aspectos hemos tomado el caso “Sernac con Constructora Santa Beatriz”, sin perjuicio de las referencias que a lo largo del comentario haremos a otras causas.

En el caso “Sernac con Constructora Santa Beatriz”, el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) interpuso una demanda por vulneración al interés colectivo y difuso de los consumidores en contra la empresa Constructora Santa Beatriz S.A., por diversas infracciones a la Ley N°19.496.<sup>4</sup> Entre las conductas denunciadas, se encontraban el haber incluido la proveedora en sus contratos de adhesión cláusulas abusivas, según el catálogo del artículo 16 de la citada ley. En síntesis, los contratos impugnados por el Sernac fueron tres: a) contrato de reserva de vivienda; b) contrato de promesa de compraventa y c) contrato de compraventa y alzamiento. En este trabajo se abordará el contrato de promesa de compraventa.

El comentario se estructurará en 2 partes. En la primera parte nos referiremos a la aplicación de la Ley N°19.496 a los contratos de promesa de compraventa celebrados entre una inmobiliaria o constructora y un proveedor. En la segunda parte analizaremos las cláusulas que en este caso fueron declaradas abusivas.

## II. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LPDC A LAS PROMESAS DE COMPRAVENTA CELEBRADAS ENTRE UNA INMOBILIARIA O CONSTRUCTORA Y UN CONSUMIDOR

Desde luego que un escenario anterior al análisis de la abusividad de las cláusulas de un contrato es la determinación de si las normas relativas al control legal de contenido,<sup>5</sup> le son aplicables. En otros

---

<sup>1</sup> La referencia es a aquellas empresas que se dedican al giro inmobiliario y/o construcción que cuenten, entre sus facultades, la de celebrar contratos preparatorios de una compraventa de un inmueble nuevo con un consumidor.

<sup>2</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1976.

<sup>3</sup> Ley N° 19.496, de 1997.

<sup>4</sup> La primera instancia se siguió en el 17° Juzgado Civil de Santiago, bajo el rol C-15092-2014.

<sup>5</sup> MORALES (2018), pp. 67-68.

términos, la pregunta es si la LPDC resulta aplicable al contrato en cuestión y en qué medida. Como se sabe, para resolver si un asunto cualquiera cabe dentro del ámbito de aplicación de la LPDC, hay que mirar dos aspectos: en primer lugar el aspecto subjetivo, es decir, si se trata de un consumidor de acuerdo con la definición legal del artículo 1, núm. 1 de la LPDC y de un proveedor según la noción del artículo 1, núm. 2 de la misma ley;<sup>6</sup> en segundo lugar, es necesario verificar el aspecto objetivo, es decir, si esa relación reúne las características de una relación de consumo y si el acto en cuestión es de aquellos que quedan comprendidos bajo el ámbito de aplicación objetivo de la LPDC de acuerdo con sus artículos 2 y 2 bis.

#### **A. El promitente comprador, y el promitente vendedor, como consumidor y proveedor, respectivamente**

En cuando al primer aspecto, el supuesto que interesa en este comentario es aquel donde intervienen un consumidor y un proveedor de acuerdo con los conceptos legales. Es decir, importan aquellas situaciones donde el proveedor se encuentra organizado como empresa y se dedica a la actividad inmobiliaria de manera profesional y habitual y la contraparte -el futuro adquirente del inmueble- será normalmente una persona natural, y si no lo es, será necesario revisar si es posible aplicar respecto de ese sujeto el artículo noveno de la Ley N° 20.416.<sup>7</sup>

Ahora, cabe tener presente que de acuerdo con el artículo 1, núm. 2 de la LPDC tanto la actividad de la construcción como la comercialización de bienes inmuebles quedan incluidas dentro de del ámbito de la ley. Esto sin perjuicio de lo que se precisará sobre lo señalado en los artículos 2 y 2 bis.

#### **B. La promesa de compraventa como acto de consumo**

Cabe preguntarse si una promesa de compraventa celebrada entre estos dos sujetos es una relación de consumo.

Una respuesta negativa podría articularse en base a la noción legal de consumidor, que parece exigir la verificación entre proveedor y consumidor de un “acto jurídico oneroso” en virtud del cual el consumidor adquiere, utiliza o disfruta, como destinatario final, bienes o servicios. Sin duda que la promesa de compraventa es un acto jurídico oneroso, pero en virtud de este acto el consumidor no adquiere un bien o servicio, lo que incorpora a su patrimonio es un crédito en contra del proveedor inmobiliario para exigir que este realice la prestación a la cual se obligó: celebrar el contrato prometido.

Una respuesta afirmativa a la pregunta planteada puede fundarse en el tenor del artículo 1 de la LPDC, que señala que “*tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores*”, complementado de una interpretación contextual.<sup>8</sup> En efecto, se ha sostenido que los actos que “sirven de

---

<sup>6</sup> Sobre la noción legal de consumidor y proveedor ver: MOMBERG (2013a), pp.3-16, y MOMBERG (2013b), pp.17-22.

<sup>7</sup> Ley N° 20.416, de 2010.

<sup>8</sup> Conforme al artículo 22 inciso primero del Código Civil, el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de sus diversas partes, ya que naturalmente estas deberían resultar armónicas.

antecedente” (la promesa de compraventa) a uno oneroso principal (la compraventa definitiva) “deben considerarse amparados por las disposiciones de la ley”.<sup>9</sup> En este sentido, comentando la exigencia de un acto jurídico como supuesto requisito para la aplicación de la LPDC, Tapia trae al debate la noción de consumidor potencial, es decir “aquella persona que está en posición de adquirir un bien o servicio pero por diversas razones no lo hace o aún no lo ha hecho y el proveedor incurre en una infracción a la LPDC en ese lapso de tiempo”.<sup>10</sup> De acuerdo con ello, el citado autor insiste en que aunque la definición legal de consumidor señale “en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”, la misma LPDC otorga derechos y protección al potencial consumidor.

De acuerdo con lo explicado en el párrafo anterior, la noción que permitiría la aplicación de la LPDC al consumidor parte de una promesa de compraventa es la de consumidor potencial, es decir, un sujeto que se encuentra en la etapa anterior a la adquisición del bien o servicio, pero vinculado al proveedor por algún acto preparatorio o gratuito.

En el caso “Sernac con Constructora Santa Beatriz”, el asunto sobre si la promesa de compraventa constituye o no una relación de consumo, fue debatido ya que fue la primera defensa intentada por la Constructora, alegando que la LPDC no era aplicable a contratos preparatorios de la compraventa. El tribunal de primera instancia desestimó esa defensa, y estableció que la ley referida si era aplicable a este tipo de contratos, señalando: “DECIMO CUARTO: Que lo anteriormente expuesto resulta relevante, toda vez que las partes de la relación contractual han sido vinculadas a partir de los contratos preparatorios, de modo que el cumplimiento de las obligaciones generadas por dichos actos afectarán la eventual celebración del contrato de compraventa definitivo, o las condiciones en su cumplimiento; lo que implica necesariamente entender tanto a la reserva como a la promesa de compraventa como partes integrantes del proceso desplegado por las partes para que el contrato de compraventa nazca finalmente a la vida del derecho, razón por la cual los contratos en cuestión encuentran asidero en la norma en análisis”.

Ese razonamiento, fue posteriormente confirmado por la Corte de Apelaciones que conoció del asunto en virtud de los recursos de apelación intentados por ambas partes. Al respecto el tribunal de alzada señaló: “TERCERO: En efecto, dichos instrumentos dan cuenta de las condiciones a las que deberá ajustarse el postulante y las principales estipulaciones sobre las que versará el contrato definitivo todas ellas redactadas por la Constructora, por lo que no resulta aceptable sostener que no le sería aplicable la disposición citada. En un procedimiento como el que se lleva adelante, no es procedente restarle importancia al contenido de la “Reserva de Vivienda” y/o “Promesa de Compraventa” que finalmente concluirán en el contrato definitivo y lo que se reprocha es que en ambos hay estipulaciones consideradas

---

<sup>9</sup> MOMBERG (2013a), p. 6; FERNÁNDEZ (2003), pp. 110-111.

<sup>10</sup> TAPIA (2017), p. 43. En una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, citada por el mismo autor, se sostuvo que “(...) este resguardo que la ley hace de la parte más desamparada, no puede circunscribirse única y exclusivamente al ámbito del negocio mediante el cual uno compra un bien o servicio y el otro proporciona de manera más o menos eficiente, sino que necesariamente debe involucrar todo el entorno que rodea la negociación (...). El no pensarlo así nos llevaría a la conclusión que en todo el proceso anterior o posterior al acto de la compra propiamente tal, el adquirente estaría desprotegido(...)”. Raúl Vergara Tello con Importadora y Exportadora V. Textil Ltda (2009).

*abusivas para el consumidor que está en posición desventajosa al tiempo de suscribirlos”.*

Ahora, sobre el ámbito de aplicación objetivo, es también pertinente revisar la promesa a la luz de los artículos 2 y 2 bis de la LPDC que definen en conjunto tanto los actos que quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta ley como aquellos que resultan excluidos. Importa en ese caso detenernos en lo preceptuado en los artículos 2 letra e) y el 2bis.

El artículo 2 preceptúa: “*Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: e) Los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por los Servicios de Vivienda y Urbanización, en lo que no diga relación con las normas sobre calidad contenidas en la ley N° 19.472*”. Luego la norma del artículo 2 bis señala que las actividades reguladas por leyes especiales quedan -en principio- excluidas del ámbito de aplicación objetivo de la Ley N° 19.496.<sup>11</sup> De acuerdo con ello, la construcción y la actividad inmobiliaria se encuentran regidas por la Ley General de Urbanismo y Construcciones (Ley N°19.472<sup>12</sup>) que “*contiene los principios, atribuciones, potestades, facultades, responsabilidades, derechos, sanciones y demás normas que rigen a los organismos, funcionarios, profesionales y particulares, en las acciones de planificación urbana, urbanización y construcción*”.<sup>13</sup>

El mismo artículo 2 bis, agrega que se vuelve a la aplicación de la norma protectora en tres amplios supuestos.<sup>14</sup> Es bajo el tenor de esas situaciones especiales establecidas en el artículo 2 bis, que la LPDC ha recibido aplicación en varias oportunidades en materia inmobiliaria.

Ejemplo de lo anterior es el caso “Sernac con Inmobiliaria las Encinas”,<sup>15</sup> donde se discutió precisamente sobre la aplicación del control de fondo del artículo 16 de la LPDC a un contrato de “oferta compra” donde se declaró la nulidad de ciertas cláusulas de dicho contrato por la Corte de Apelaciones de Santiago, fallo que luego fue confirmado por la Corte Suprema.<sup>16</sup> La Corte fundó su decisión justamente en el artículo 2 bis letra a) que hace aplicable la LPDC cuando no obstante existir ley especial la controversia verse sobre materias que esta última no prevea.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Sobre ámbito de aplicación de la LPDC frente a leyes especiales ver: DE LA MAZA (2020), pp. 83 - 116.

<sup>12</sup> Ley N° 19.472, de 1996.

<sup>13</sup> Según lo dispone el artículo 2 de la LGUC.

<sup>14</sup> La norma señala: “*Artículo 2° bis.- No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: a) En las materias que estas últimas no prevean; b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales*”. Sobre la amplitud de estas situaciones excepcionales, se ha señalado que: “*Entonces, la tipología que describe el artículo 2 bis es muy amplia y no resulta posible hacer un listado taxativo de las leyes supuestamente excluidas del ámbito de aplicación de la LPDC. Es tan amplia como ambigua. De modo que se descarta la interpretación restrictiva de ella, ya que no tendría la naturaleza taxativa que requieren las normas prohibitivas. La LPDC es de aplicación general, sea por la regla del artículo 50 que fija la competencia general de los tribunales de consumo, sea por la aplicación del principio de protección del más débil o por lo dispuesto en el artículo 2 bis*”. BARRIENTOS (2019), pp. 45-46.

<sup>15</sup> Servicio Nacional del Consumidor con Inmobiliaria las Encinas de Peñalolén S.A (2014).

<sup>16</sup> Ver MOMBERG (2019), pp. 25-45

<sup>17</sup> La Corte de Apelaciones de Santiago, en la cita causa señaló: “*11°) Que ha de tenerse en cuenta que las conductas que el libelo*

A partir de un estudio de sentencias, Momberg<sup>18</sup> ha propuesto dos reglas: “1.- Si las conductas que se imputan al proveedor están precisa y específicamente reguladas por la ley especial, contemplando la LPC sólo normas que describen de manera general tales conductas, se aplica la ley especial y no la LPC. En términos del tantas veces citado artículo 2 bis, se trataría de una materia “prevista” por la normativa especial. 2.- La conclusión anterior parece inobjetable en el ámbito infraccional. En materia sustantiva, habrá que examinar si lo demandado se encuadra en cuestiones que regula exclusivamente la LPC, es decir, materias “no previstas” por la ley especial, caso en el cual procedería su aplicación, aun cuando indirectamente ello implique discutir aspectos que regula la normativa específica”.

Así, siendo el control de contenido de cláusulas abusivas una materia no prevista en la LGUC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 bis, sí resulta aplicable la LPDC a una promesa de compra-venta con las características que hemos venido analizando.

En concordancia con lo anterior, como ha dicho Barrientos:<sup>19</sup> “los jueces de consumo pueden conocer de cualquier materia relacionada con las actividades del constructor, pero no la responsabilidad que deriva por fallas o defectos en la construcción (...), porque estas materias deben ventilarse bajo las normas de la LGUC”. Con todo, la LPDC ha recibido aplicación más allá del espacio que las excepciones del artículo 2 bis. Por ejemplo, en una causa sobre defectos en la construcción la Corte de Apelaciones de Talca,<sup>20</sup> en un reciente fallo sostuvo: “TERCERO: Que, para la acabada inteligencia de la materia aquí discutida, resulta conveniente precisar que lo dispuesto por la Ley General de Urbanismo y Construcción (LGUC), no obstante, su carácter especial, no puede privar a los consumidores de su estatuto protector, el que se encuentra contenido en la ley Nº 19.496 y las acciones que se le confiere para la efectiva defensa de sus intereses. Así, en aplicación del principio pro consumidor -máxima esencial en Derecho de consumo, desde la cual se construye un sistema articulado de remedios al desequilibrio contractual existente entre proveedores y consumidores- se tiene que éstos últimos podrán valerse, a su discreción, de las acciones que le otorgue la propia ley Nº 19.496 u otro cuerpo normativo distinto, según le resulte más favorable. El que elige el estatuto que desea invocar es el protegido, no el infractor, cualquier conclusión contraria es absurda, pues se opone a los principios y finalidades inspiradoras del propio Derecho de consumo. De tal manera, teniendo a la vista las falencias del procedimiento previsto por la LGUC para perseguir la responsabilidad del propietario primer vendedor por defectos estructurales, de instalaciones o terminaciones en las viviendas que fueron acusadas por los recurrentes, no resulta posible negar a los consumidores la oportunidad de perseguir la responsabilidad infraccional y civil del proveedor a través de las acciones que le confiere la ley Nº 19.496 y que fueron ejercidas en el caso sub iudice por los querellantes y demandantes de autos, consideración que

---

denuncia, en síntesis dicen relación con el cambio unilateral de las condiciones del contrato, en perjuicio de los consumidores; las cuales se han cometido en las ofertas de compras, pudiéndose constatar, las deficiencias del producto, con la entrega de las viviendas a cada uno de los consumidores. De esta forma no se trata de las materias que regula la Ley General de Urbanismo y Construcción, como pretende la demandada. De forma tal, la controversia que nos ocupa se encuentra regulada por las normas de la Ley Nº 19.496; encontrándose de igual modo el Sernac legitimado activamente para accionar al tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la citada ley”.

<sup>18</sup> MOMBERG (2019), p.43.

<sup>19</sup> BARRIENTOS (2019), p. 26.

<sup>20</sup> *Miranda con Inmobiliaria Independencia S.A (2020)*.

se refuerza si se tiene a la vista el carácter irrenunciable de los derechos ahí consagrados, establecido por el artículo 4° de la referida ley”.

Así, como lo ha comentado Munita,<sup>21</sup> en este fallo se argumenta la existencia de un derecho de opción que le asiste al consumidor afectado por defectos en la construcción cuyo fundamento es el principio pro consumidor, “manifestado en la facultad del consumidor de poder ejercer sus prerrogativas a discrecionalidad”.

Cabe tener presente en todo caso dos normas de la LGUC relacionadas con este asunto. La primera es el artículo 7 que establece la “supremacía sectorial”<sup>22</sup> señalando que sus disposiciones “prevalecerán sobre cualquiera otra que verse sobre las mismas materias” y que en “consecuencia, se entenderán derogadas las disposiciones de otras leyes que fueren contrarias” a sus disposiciones. La segunda es su artículo 19 que hace expresamente aplicable la LPDC en caso de fallas o defectos en la construcción, en lo que respecta al procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores establecido en el Párrafo 2° del Título IV de la ley N° 19.496, con ciertas salvedades que el mismo artículo señala. Estas disposiciones deben ser tenidas en cuenta, conjuntamente con las disposiciones ya citadas de la LPDC, a la hora de aplicar esta última a materias inmobiliarias.

### III. CLÁUSULAS DECLARADAS ABUSIVAS EN EL CASO “SERNAC CON CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ”

En esta segunda parte del comentario analizaremos el control de fondo que realizan los tribunales respecto de las cláusulas contenidas en el contrato de promesa de compraventa del referido caso. Esta parte se estructurará de la siguiente manera: en primer lugar, plantaremos algunas consideraciones relativas a la promesa de compraventa como contrato de adhesión (por supuesto, nos referimos a la promesa de compraventa celebrada entre alguna empresa del giro inmobiliario y un consumidor; en segundo término, realizaremos una introducción relativa a los términos de la discusión sobre cláusulas abusivas en el caso “Sernac con constructora Santa Beatriz”; y, en tercer lugar, analizaremos algunas de las cláusulas declaradas abusivas en este juicio ilustrando su tenor y los pronunciamientos judiciales al respecto.

#### A. El contrato de promesa de compraventa como contrato de adhesión

Es relevante tener en cuenta que a la hora de analizar la abusividad de las cláusulas contenidas en contratos preparatorios de la compraventa de inmuebles, se debe determinar si el contrato es de adhesión. Ello ya que el encabezado del artículo 16 de la LPDC supedita el control de contenido a las cláusulas contenidas en contratos de adhesión, los cuales, según dispone la misma ley en su artículo

---

<sup>21</sup> MUNITA (2020), pp. 10-13.

<sup>22</sup> Barrientos se refiere a este asunto y señala que frente a una antinomia jurídica, hay tres criterios para resolverlo, que en el caso de una confrontación entre la LGUC y la LPDC no funcionaría. Por esa razón propone la idea del “diálogo de fuentes” que permite fundamentar el derecho de opción del consumidor entre dichas normas. BARRIENTOS (2019), pp. 49-50.

1, núm. 6 son aquellos: “cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.<sup>23</sup> Así, existen casos en que se ha determinado que, no obstante es aplicable la LPDC al contrato de promesa de compraventa, no lo es el artículo 16 por no tratarse estrictamente de un contrato de adhesión. Por ejemplo, el caso “Myriam Soto Martínez con Inmobiliaria Town Houses Maipú SpA”,<sup>24</sup> donde la Corte de Apelaciones de Santiago, señaló: “CUARTO: De la prueba rendida en este proceso, consistente en documentos y prueba testimonial, no se puede desprender que el demandante se haya limitado a adherir a las condiciones ofrecidas por la promitente vendedora, como tampoco se dan indicios para llegar a una conclusión como esa (...)”.

En base a ese razonamiento, la Corte revocó la sentencia de primera instancia que había declarado abusivas ciertas cláusulas, por estimar que no era un contrato de adhesión.

Entonces, ya en sede de control de abusividad, habiendo despejado el asunto del ámbito de aplicación de la LPDC, lo primero será determinar si el contrato de promesa de compraventa es un contrato de adhesión. Aunque, atendida la asimetría técnica y de poder que existe generalmente entre un consumidor y una empresa del giro inmobiliario –desequilibrio que es un presupuesto asumido en las relaciones de consumo– la regla general será que la empresa impondrá los términos y condiciones al consumidor a través de un contrato de adhesión.

Surge la pregunta relativa a cuál de las partes corresponderá probar que se trataba de un contrato de adhesión. Si se aplican las reglas generales, de acuerdo con el artículo 1698 del Código Civil que, como es sabido, dispone que incumbe probar la existencia de la obligación a quien lo alega, será el demandante –el consumidor o quien sus derechos represente– quien debe probar los hechos que sirven de fundamento al derecho que pretende –que el contrato de promesa de compraventa es un contrato de adhesión–.

Lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto para el procedimiento de interés individual ante los Juzgados de Policía Local, donde “el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio”.<sup>25</sup> Cabe también tener presente en este punto y para efectos probatorios, lo prescrito por el artículo 17 inciso final de la LPDC, que señala que “[t]an pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales” Ahora, el problema con esta “carga” es que parece desempeñar una mera “función de publicidad”<sup>26</sup> o de información, pues la norma no atribuye a su omisión la sanción de ineficacia.

---

<sup>23</sup> Sobre este punto ver: MORALES (2018), pp. 25-43.

<sup>24</sup> Myriam Soto Martínez con Inmobiliaria Town Houses Maipú SpA (2021).

<sup>25</sup> Artículo 50 H de la LPDC.

<sup>26</sup> HERNÁNDEZ Y CAMPOS (2021), p. 58.

## B. Las cláusulas declaradas abusivas

En el caso que comentamos, el Sernac, en su demanda, solicitó la nulidad de varias cláusulas<sup>27</sup> que, en primera instancia fueron estimadas todas abusivas.<sup>28</sup> Además de declarar la abusividad de esas 5 cláusulas, en esta misma etapa procesal, el tribunal de primera instancia declaró de oficio la nulidad de la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa, estimando: “TRIGESIMO OCTAVO: *Que de un análisis detenido de la cláusula sexta del contrato en estudio, es posible advertir la existencia de un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, desde que la cláusula quinta de la promesa en estudio establece como obligación del comprador la obtención del crédito hipotecario para el pago del saldo del precio. En tal sentido, resultare ido con las normas de equidad que deben existir en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión el que pueda considerarse un incumplimiento del contrato, atribuible al promitente comprador, el simple hecho de no obtener el otorgamiento del crédito hipotecario o cualquier demora en razón ello -tal como reza el párrafo tercero de la cláusula quinta-, como también si aquel no logra la obtención y adjudicación del subsidio habitacional, quedando la promitente vendedora en situación de hacer efectiva la cláusula penal pactada en la cláusula número sexta del mencionado contrato, sin que el promitente comprador pueda eximirse de la misma acreditando que la o las circunstancias señaladas se han producido por causas que no le son imputables, todo lo cual resulta aún más gravoso si se tiene en consideración el elevado monto a que asciende la referida pena, que es nada menos que 100 Unidades de Fomento, suma a todas luces desproporcionada y que en efecto ella da cuenta del total desbalance en las condiciones pactadas para cada contratante, considerando sus respectivas capacidades económicas. (...) CUADRAGESIMO: Que como corolario de lo expuesto precedentemente, en relación a las obligaciones establecidas para el consumidor en la cláusula quinta de la promesa de compraventa, a saber, la obtención del crédito hipotecario y del subsidio habitacional, habrá de declararse igualmente abusiva la referida cláusula”.*

Al declarar de oficio la nulidad por abusividad el tribunal sin fundamentar expresamente su decisión en el derecho común, ni declararlo de forma explícita, asume la tesis la nulidad absoluta, como naturaleza de la sanción por abusividad,<sup>29</sup> ya que la LPDC no le confiere especialmente la facultad de declarar de oficio la nulidad por abusividad.<sup>30</sup> Sin embargo si se estima que esta se trata de una nulidad absoluta -acogiendo en este caso la tesis del demandante-, por aplicación supletoria del Código Civil esa declaración de oficio encuentra fundamento en el artículo 1698 del Código. En esa misma línea, Campos también señala que según buena parte de la doctrina, la sanción se trataría de nulidad absoluta, “en atención a que el control de fondo establecido por el artículo 16 forma parte del orden público

<sup>27</sup> Según se puede ver en la demanda, cláusulas segunda, cuarta en sus puntos 4.1 y 4.4, sexta, séptima y octava.

<sup>28</sup> Con la salvedad que la cláusula 4.1 sólo fue considerada abusiva en su párrafo segundo. Cabe advertir que, respecto de la cláusula segunda, el tribunal de primera instancia en su argumentación la consideró abusiva, pero omitió incluirla en la parte resolutive. Ese error fue enmendado de alguna manera por la Corte de Apelaciones que multó al proveedor en razón de la abusividad de la mencionada cláusula.

<sup>29</sup> Recordemos que esta es una materia que no se encuentra zanjada. Un resumen de las posturas se puede revisar en: MORALES Y VELOSO (2019), pp. 149-168.

<sup>30</sup> Una facultad de esta naturaleza podría desprenderse del artículo 16 A de la LPDC, sólo para el efecto de declarar la nulidad total del contrato cuando por la naturaleza misma de este, o atendida la intención original de los contratantes, no fuere posible que el contrato subsista con las restantes cláusulas consideradas válidas. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración.

de protección que la LPDC implementa (...) Por lo demás, si la prohibición de incluir cláusulas abusivas en un contrato por adhesión se comprende en la noción de orden público de protección, entonces la infracción a dicha prohibición constituye objeto ilícito, adoleciendo en consecuencia tales cláusulas de nulidad absoluta”.<sup>31</sup> La solución parece dudosa porque el debate sobre cuál es la naturaleza de la sanción por abusividad no está zanjado y, por esa razón, extender la facultad de actuar de oficio del juez a una situación donde no es claro que se verifique el presupuesto (que se trate de nulidad absoluta) es discutible. Sin embargo, no es nuestro foco abordar esa contienda.

De vuelta al caso que se comenta, de las cláusulas cuya abusividad se discutió allí, revisaremos 4, las que para una mejor identificación hemos designado como:

- A. Declaración de conocimiento y aceptación de las especificaciones técnicas del inmueble
- B. Cláusula de modificación unilateral del contrato
- C. Prórroga de competencia
- D. Cláusula arbitral

Cabe hacer presente, que la discusión de la abusividad de estas cláusulas en este caso se dio principalmente en primera instancia, no siendo modificado lo allí resuelto por las Cortes en las etapas procesales posteriores, a excepción de la cláusula segunda, sobre la que se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago debido a que el tribunal de primera instancia la estimó abusiva, pero omitió incluirla en lo resolutivo del fallo.

Ahora, el análisis de las cláusulas que vamos a presentar a continuación reviste relevancia ya que se trata de términos que resultan ser muy comunes en esta clase de contratos preparatorios. Así, por ejemplo, en “SERNAC con Socovesa”,<sup>32</sup> la demandada incluye en sus contratos una cláusula que implica cargar sobre el consumidor la responsabilidad de adquirir la información necesaria para la compra del inmueble, al igual que la “cláusula segunda”, que revisaremos a propósito del caso “Sernac con Constructora Santa Beatriz”.<sup>33</sup> O, siguiendo con el mismo ejemplo de “Sernac con Socovesa”, la demandada incluyó cláusulas relativas al arbitraje y el domicilio convencional, donde se le atribuyen las mismas infracciones que a la Constructora Santa Beatriz, al no expresar la facultad del consumidor de recusar los árbitros, y establecer domicilios convencionales que resultan perjudiciales para el consumidor. Otro ejemplo, lo encontramos en el Caso SERNAC con Inmobiliaria las Encinas,<sup>34</sup> caso en el que también se discutieron cláusulas abusivas en sus contratos preparatorios entre las que se encontraba una cláusula que permitía modificaciones unilaterales por parte de la Inmobiliaria, y la

---

<sup>31</sup> CAMPOS (2018), pp. 12-13.

<sup>32</sup> *Sernac con Socovesa S.A. y otra* (2020). Cabe hacer presente que esta causa no se encuentra firme, y que su estado actual al día 10 de junio de 2021, es en estado de relación en la Corte Suprema, a la espera de ingresar a la tabla. Rol de la Corte Suprema N° 79406-2020. Un comentario a ese caso se puede revisar en: DÍAZ DE VALDÉS (2020), pp. 273-285.

<sup>33</sup> En el caso “Sernac con Socovesa”, la cláusula en cuestión era la siguiente: “4.1 El Promitente Comprador declara que la publicidad con que se han ofertado las Unidades que promete adquirir coincide plenamente, hasta esta fecha, con las características específicas de cada una; 4.2 En el contrato de compraventa prometido se incluirá una declaración relativa a la similitud de las condiciones ofrecidas en la publicidad con respecto a las Unidades que adquiere”.

<sup>34</sup> *Sernac con Inmobiliaria Las Encinas* (2015).

cláusula arbitral donde se omite, igual que en el caso “Sernac con Socovesa” y el caso en comento, la facultad del consumidor de recusar los árbitros. Una situación similar se puede verificar con la cláusula arbitral que se discutió en el Caso “Myriam Soto con Inmobiliaria Town Houses Maipú SpA”.<sup>35</sup>

Para un mejor entendimiento de este trabajo a continuación analizaremos por separado, en cuatro subsecciones, las cláusulas ya anunciadas, partiendo por reproducir-en lo pertinente- su tenor literal, señalando luego lo resuelto por el tribunal y concluyendo cada una con nuestro comentario.

### **1. Declaración de conocimiento y aceptación de las especificaciones técnicas del inmueble**

*“CLÁUSULA SEGUNDA: Por el presente instrumento, la sociedad Constructora Santa Beatriz S.A., representada en la forma indicada, promete vender, ceder y transferir a don(a) xxxxxxxxx, quien promete comprar, adquirir y aceptar para sí el DEPARTAMENTO N°430, ESTACIONAMIENTO N°44, del Edificio “RIO MALLECO” del Conjunto Habitacional “Parque Cautín”, en construcción en el terreno singularizado en la cláusula primera precedente. Dicho inmueble tiene las características, especificaciones técnicas, metraje y deslindes señalados en los documentos presentados en el anteproyecto y proyecto aprobado por la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad y que reviste información pública en dicha entidad, que el promitente comprador señala expresamente conocer y aceptar”.*

Respecto a esta cláusula, el Servicio señaló que la constructora, con la expresión “...que el promitente comprador señala expresamente conocer y aceptar”, pretende poner sobre el consumidor la carga de obtener los antecedentes suficientes sobre los inmuebles que pretenden comprar, en circunstancias que es la empresa quien, en su calidad de proveedor profesional, debiere poner toda la información a disposición de los consumidores.

El tribunal, por su parte, estimó que efectivamente la cláusula era abusiva, señalando: “TRIGÉSIMO SEGUNDO: (...) Que de la cláusula transcrita anteriormente, analizada en conjunción con los antecedentes que obran en autos, de conformidad a las reglas de la sana crítica, se aprecia una clara infracción al derecho del consumidor a una información veraz y oportuna sobre los bienes que se venden en la especie, establecido en el artículo 3o letra b) de la LPC, al hacer recaer sobre el comprador la obligación de premunirse de las especificaciones físicas y técnicas de los inmuebles ofrecidos, en circunstancias que ello es de cargo del proveedor. Lo que significa también una vulneración al principio de buena fe resguardado en la letra g) del artículo 16, por cuanto el deber de información emana de la referida máxima, según lo ya expuesto en el motivo vigésimo quinto, razón suficiente para entender abusiva la cláusula en estudio”.

Lo que parece evidente en primer término en esta cláusula es la vulneración del derecho de información, que, tal como cita el tribunal, se encuentra consagrado en el artículo 3 letra b) de la LPDC. Cabe agregar que la información que conforma la descripción de un bien que se ofrece al consumidor se considera “información básica comercial”, de acuerdo con el artículo 1, núm. 3 de la misma ley, y siendo así, pesa sobre el proveedor el deber de proporcionarla, por lo que trasladar esa carga al con-

---

<sup>35</sup> Myriam Soto Martínez con Inmobiliaria Town Houses Maipú SpA (2021).

sumidor, sólo contribuye a acentuar la asimetría situándolo en la situación de tener que procurarse por sus propios medios de unos documentos que figuran en un ámbito donde éste es lego. Lo anterior conjuga con el denominado “deber de profesionalidad” que pesa sobre el proveedor<sup>36</sup> que “deriva de un principio más amplio en el ámbito del Derecho Privado, según el cual “el lego que negocia con un experto debe ser igualado”.<sup>37</sup> La profesionalidad con la que debe actuar el proveedor se funda en la habitualidad y experticia con la que desenvuelve en el ámbito de su giro<sup>38</sup> y de lo cual derivan ciertos deberes especiales, como los de información. Luego, la primera infracción que se configura a partir de esta cláusula es al artículo 3 letra b) ya que del tenor de ella se desprende que el proveedor ha omitido cumplir con un deber de informar.

En cuanto a la abusividad, se entiende configurada la causal del artículo 16 letra g), que cómo se sabe debe satisfacer dos elementos: la infracción a la buena fe objetiva y un desequilibrio significativo. En cuanto a la buena fe objetiva, entendida como un patrón de conducta que obliga a comportarse con corrección, lealtad, honradez y rectitud,<sup>39</sup> si se sigue el razonamiento del tribunal, la lesión a este principio se deriva de la omisión de informar debiendo hacerlo el proveedor -conducta que como se dijo se desprende del tenor de la cláusula-, no solo porque la ley así lo establece sino porque además esto es lo que manda el deber de profesionalidad. Ese comportamiento omisivo del proveedor se considera desleal e incorrecto. En cuanto al desequilibrio, y, de acuerdo con lo razonado en el párrafo anterior, una cláusula como la comentada profundiza la asimetría existente entre el proveedor y el consumidor, al poner de cargo de este último el procurarse por sí mismo una información que obra en un ámbito donde este es lego y el proveedor experto y que además que debe ser proveída por el proveedor, causando en su perjuicio un desequilibrio importante.

## 2. Cláusula de modificación unilateral del contrato

*“CLÁUSULA SEXTA: 6.4.- No obstante lo señalado en los números anteriores “Constructora Santa Beatriz S.A.” o quien la suceda, conserva el pleno derecho para modificar los proyectos y planes correspondientes a las citadas etapas así como para solicitar la modificación de los permisos de edificación otorgados por la autoridad municipal, para prorrogarlos o para solicitar nuevos permisos con el fin de efectuar nuevas construcciones o complementar las ya existentes en el inmueble singularizado en la cláusula primera de este instrumento, así como para cambiar el orden de las etapas optando por construirlas en un orden distinto del señalado, sin requerir autorización alguna de las partes de que nadie adquirido unidades en el condominio, cuyo consentimiento, además, se entenderá otorgado, para estos efectos, por el solo hecho de la declaración de aceptación y firma del presente contrato (...).”*

Respecto a esta cláusula, el Sernac solicitó su declaración de abusividad por considerar que era abusiva, toda vez que la constructora se confiere facultades para modificar el contrato sin previa autori-

---

<sup>36</sup> MORALES Y GATICA (2020).

<sup>37</sup> BARROS (2020), p. 1113.

<sup>38</sup> GATICA Y MORALES (2020).

<sup>39</sup> BOETSCH (2015)

zación ni aviso del promitente comprador. El tribunal, estimó que era abusiva la cláusula en cuestión, señalando: “TRIGESIMO NOVENO: (...) *Por otro lado, la demandada en el punto 6.4 se ha arrogado la facultad de efectuar modificaciones en los proyectos y planos que ofrece para la venta, estipulación que supone darle legitimación a la demandada para modificar la convención pactada unilateralmente, desde el momento que le niega al consumidor su derecho a mantener el contrato, tal cual fue inicialmente pactado, lo que atenta contra la regla del derecho común establecida en el artículo 1545 del Código Civil. Basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados, sin mencionar que ello también resulta en una inobservancia del principio de buena fe resguardado en la letra g) del mismo artículo y consecuentemente al derecho del consumidor a una información veraz y oportuna de los bienes que busca adquirir.*”

Aquí, el punto en cuestión radica en la facultad que, mediante esta clase de cláusulas, las inmobiliarias y constructoras suelen arrogarse para modificar el proyecto, planos y especificaciones que dicen relación con la determinación o especificación del objeto del contrato de compraventa que se promete celebrar.

Recordemos que la especificación de la cosa que se promete vender se estima esencial en el contrato de promesa de compraventa, porque como se sabe, de acuerdo con el artículo 1554 del Código Civil, el contrato prometido debe especificarse de tal manera que solo falten la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban. En cuanto a la satisfacción de este requisito del contrato de promesa, la doctrina más autorizada<sup>40</sup> señala que no parece haber problema con que en el contrato de promesa se haga referencia a otros documentos complementarios que precisen la designación de la cosa que se promete vender – como el reenvío que en contrato en cuestión se hace a los planos, proyecto, permiso de edificación etc.-, con tal de que se especifique en el contrato de tal forma que no pueda confundirse con otra cosa y con tal de que luego el contrato que se promete celebrar pueda perfeccionarse de acuerdo con el número 4° del artículo 1554. Pero una cosa diferente es modificar esos documentos complementarios, o derechamente modificar el objeto de la prestación del contrato prometido.

Si se analiza con detención la cláusula en comento, de acuerdo con el artículo 1554 del Código Civil, surge paralelamente a la cuestión de abusividad, una pregunta vinculada al derecho común. En efecto, si la facultad de modificar unilateralmente es tan amplia que permite al proveedor “modificar los proyectos y planes” en los que está inserto el inmueble que se promete vender, “solicitar la modificación de los permisos de edificación” y “efectuar nuevas construcciones o complementar las ya existentes en el inmueble singularizado” quiere decir que es posible que la empresa modifique unilateralmente el objeto de la prestación del contrato prometido. Si esa modificación ocurre efectivamente, no es posible que el promitente vendedor fuerce a cumplir al promitente comprador, porque su consentimiento no recayó sobre esa cosa. Al respecto Alessandri señala: “Y no basta que se designe la cosa que se vende. Debe concurrir además a su respecto el consentimiento recíproco de las partes de venderla y comprarla respectivamente, pues sólo así puede especificarse el contrato de venta en la forma que requiere el número 4° del artículo 1554, ya que, según el artículo 1801 del Código Civil, éste queda per-

---

<sup>40</sup> ALESSANDRI (2003), pp. 897-900.

*fecto desde que hay acuerdo de voluntades en la cosa y en el precio. Si así no ocurre, faltaría al contrato algo más que las solemnidades legales o la entrega de la cosa, le faltaría el consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa por lo que ya no podría perfeccionarse con sólo esos elementos. No concurriría, por consiguiente, en la promesa el requisito del número 4º del artículo 1554”.*<sup>41</sup>

Volviendo al derecho del consumo, esta especie de cláusulas suelen presentarse muy usualmente en la clase de contratos a los que hacemos alusión en este comentario y su abusividad se revisa a la luz del artículo 16 letra a).

Para analizar esta cláusula conviene revisar el tenor del artículo 16 letra a) que contiene la causal de modificación unilateral por la cual fue sancionado el término en cuestión. La norma señala en lo pertinente: “Artículo 16.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución(...) (énfasis añadido)”.

La doctrina chilena ha comentado bastante esta causal de abusividad.<sup>42</sup> Así, Pinochet,<sup>43</sup> ha sostenido que “*esas disposiciones afectan la base misma de la justificación del contrato, en cuanto contenido obligatorio para ambos contratantes, porque si una de las partes interpreta o modifica el contrato a su antojo, sólo será obligatorio lo que en cada momento quiera o desee ese contratante, instante preciso en que el contrato deja de ser obligatorio a su respecto –sólo lo sería mientras quiera– perdiendo el mismo su principio de fuerza contractual, contenido en el artículo 1545 de nuestro Código Civil, desnaturalizando la esencia misma del contrato como fuente natural de obligaciones que se originan en la autonomía privada*”. Por su parte Isler,<sup>44</sup> señala que el fundamento de esta causal “*radicaría en que el ejercicio de las facultades a las que alude podrían permitir que los efectos de un contrato válidamente celebrado quedarán a la sola voluntad del predisponente*”.

Cabe observar que la causal se configura cuando se permite una modificación unilateral arbitraria por parte del proveedor. Sobre el punto, Barrientos<sup>45</sup> ha señalado que, cuando la cláusula permite al proveedor realizar cualquier clase de alteración de la prestación hay arbitrariedad, y entonces esta “*se manifiesta en una falta de certeza e incertidumbre para los consumidores*”. La misma doctrina precisa que la vaguedad de la referencia al “*desarrollo del negocio*”<sup>46</sup> tiene un componente de incertidumbre tal que lesiona los derechos del consumidor.

Siguiendo con la arbitrariedad que se exige para la configuración de esta causal, Cortéz ha hecho una delimitación de lo que, en esa línea, podría considerarse una modificación unilateral arbitraria.

---

<sup>41</sup> ALESSANDRI (2003), p. 887.

<sup>42</sup> Ver, entre otros: PIZARRO Y PETIT (2013), p. 306; MOMBERG (2014); ISLER (2014); BARRIENTOS (2017); PINOCHET (2013); BARRIENTOS (2019).

<sup>43</sup> PINOCHET (2013), p. 161.

<sup>44</sup> ISLER (2014), p.144.

<sup>45</sup> BARRIENTOS (2017), p. 32.

<sup>46</sup> Una expresión equivalente sería “*los cambios en las tendencias comerciales o que deriven del desarrollo de la construcción*”, expresión extraída del caso.

Señala que son “aquellas disposiciones en las cuales se faculte al proveedor a modificar, sin fundamento suficiente o de forma desproporcionada para el fin querido, las prestaciones objeto del contrato o cuando el ejercicio de esta facultad dependa de la verificación de circunstancias de las cuales tiene control el proveedor. También lo será cuando no se asegure la indemnidad del consumidor tras la variación de las obligaciones, frente a la cual el proveedor debe ofrecer alternativas que permitan mantener el valor que el bien o servicio representaba para el adherente al momento de contratar, y no sólo las opciones de aceptar el cambio o poner fin al contrato”.<sup>47</sup>

Momberg,<sup>48</sup> en ese sentido, establece una posibilidad de que una cláusula de este estilo pueda ser considerada válida. Para ello, la facultad de modificación debiese basarse en parámetros objetivos y fuera de su esfera de control. De lo contrario, al establecer dicha facultad sin ninguna limitación -como es en el caso que comentamos- significaría que el proveedor estaría cargando al consumidor los costos de su posible ineficiencia en ámbitos de su negocio, o haciéndolo pagar por los riesgos que la empresa debió prever.

Finalmente, sobre este término en particular, la parte de la cláusula que señala que la modificación al inmueble singularizado en la promesa se podrá realizar “sin requerir autorización alguna de las partes” (...) “cuyo consentimiento, además, se entenderá otorgado, para estos efectos, por el solo hecho de la declaración de aceptación y firma del presente contrato (...)” se puede considerar, además, bajo la causal del artículo 16 letra g). Esto porque si recurrimos a las vinculaciones entre la buena fe y la razonabilidad,<sup>49</sup> no se podía estimar razonablemente que, tratando (hipotéticamente) el consumidor en un plano de igualdad y lealtad, en un contrato libremente discutido, pueda haber aceptado una cláusula tal. Lo razonable sería que, si el inmueble que se promete vender sufre en alguna medida modificaciones en el tiempo intermedio entre la promesa y la compraventa, que el consumidor tenga la posibilidad de decidir si acepta o rechaza esas modificaciones. Entonces, son cláusulas que vulneran la buena fe objetiva. Se trata además de una disposición exageradamente desequilibrada, ya que no considera -más bien excluye deliberadamente- los intereses que el consumidor pueda tener en esas modificaciones.

### 3. Cláusula de prórroga de competencia

CLÁUSULA OCTAVA: “Domicilio Convencional. Para todos los efectos legales derivados del presente contrato, las partes fijan domicilio especial en la ciudad y comuna Santiago”.

El Sernac alude a que la referida cláusula no respeta las reglas de competencia en la materia, sobre todo considerando que los proyectos inmobiliarios sub lite, no se desarrollan en Santiago, infringiendo nuevamente el art. 16 letra g). Sobre esas alegaciones, el tribunal estimó lo siguiente: “CUADRAGESIMO TERCERO: (...) importa también un claro desequilibrio a los derechos de los contratantes, por cuanto la prórroga de la competencia relativa resulta especialmente gravosa para el consumidor en

<sup>47</sup> CORTÉZ (2018), p. 64.

<sup>48</sup> MOMBERG (2014), p.179-180

<sup>49</sup> Sobre esto ver en análisis de: MOMBERG Y MORALES (2019), pp. 157-180.

*aquellos casos que éste tenga su residencia fuera de la capital, dificultándose de sobremanera y haciéndose excesivamente oneroso el eventual ejercicio de su derecho a defensa, lo cual basta para infringir lo establecido en la letra g) del artículo 16 de la LPC. A mayor abundamiento, la referida cláusula pugna con el principio establecido en el artículo 50A de la misma norma legal, por medio del cual el legislador busca facilitar al consumidor el acceso a la justicia, fijando reglas especiales en materia de competencia absoluta y relativa”.*

Nuevamente aquí es posible recurrir a las vinculaciones entre la buena fe y las expectativas razonables del consumidor. Como se ha dicho en otro lugar<sup>50</sup> este ejercicio implica determinar si el proveedor tuvo la posibilidad estimar razonablemente que, tratando de una manera leal y equitativa con el consumidor – en un plano hipotético ya que la relación es asimétrica- este aceptaría una cláusula de este tipo.<sup>51</sup> Lo anterior implica que al momento de redactar las cláusulas el proveedor debe considerar los intereses del consumidor y no defraudar sus expectativas razonables. Cuando el proveedor establece en el contrato la prórroga de competencia en su solo beneficio, lo que hace es vulnerar los parámetros de la buena fe objetiva porque no considera ni los intereses ni las expectativas del consumidor, al que no le conviene litigar en el lugar que esa cláusula impone. La misma conducta tiene como efecto – o es al mismo tiempo- un desequilibrio importante en perjuicio de la parte más débil que no tuvo posibilidad de negociar esa disposición que le afecta negativamente. Se altera de manera no razonable el equilibrio entre las prestaciones.<sup>52</sup>

Sobre la fundamentación e importancia que reviste prohibir la prórroga de competencia en materia de consumo, Walker<sup>53</sup> ha dicho que “la doctrina ya se había pronunciado en torno a la prohibición –antaoño tácita- de prorrogar la competencia relativa por contrato. Cortez Matcovich, por ejemplo, señalaba que, a la conclusión de que no es posible prorrogar la competencia, se podía llegar por dos vías diferentes: una primera vía implicaba afirmar que la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores ha establecido normas especiales, que excluyen las generales del Código Orgánico de tribunales, entre las que se encuentran, por cierto, las que establecen la posibilidad de prorrogar la competencia. Una segunda vía era el propio texto del art. 182 del Código Orgánico de Tribunales, que señala que “*La prórroga de la competencia sólo procede en primera instancia, entre tribunales ordinarios de igual jerarquía y respecto de negocios contenciosos civiles. Precisamente, los Juzgados de Policía Local pertenecen a la categoría de tribunales especiales, por consiguiente, no es admisible la prórroga de competencia respecto de ellos*”.

Si una cláusula del estilo que se comenta ha sido incorporada a un contrato celebrado posteriormente a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.081<sup>54</sup> habría que considerar, además de lo ya señalado, que el texto actual de la LPDC fija reglas especiales en materia

---

<sup>50</sup> MOMBERG Y MORALES (2019), p. 167.

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Union Europea, ECLI:EU:C:2013:164, de 14 de marzo de 2013.

<sup>52</sup> TAPIA Y VALDIVIA (1999), p. 86

<sup>53</sup> WALKER (2021), en prensa.

<sup>54</sup> Ley N° 21.081, de 2018.

de competencia, buscando asegurar el acceso a la justicia del consumidor. Luego, si el proveedor establece una prórroga de la misma, a su sólo beneficio, no sólo se configura la causal del artículo 16 letra a), sino que además contraviene una disposición legal expresa, cual es el artículo 50 A, que señala literalmente que “se prohíbe la prórroga de competencia por vía contractual”, resultando perjudicado el consumidor, especialmente cuando el mismo no reside en la ciudad que se designa como domicilio convencional.

#### 4. Cláusula arbitral

*“CLÁUSULA SÉPTIMA: Arbitraje. Cualquier dificultad, duda, litigio o cuestión grave que se suscite entre las partes con ocasión del presente contrato, respecto de su existencia o inexistencia, validez o nulidad, cumplimiento o incumplimiento, término anticipado, interpretación, aplicación, ejecución, terminación o por cualquier otro motivo relacionado directa o indirectamente con él, será resuelta por un árbitro arbitrador, conforme al reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, el cual consta de escritura pública otorgada el diez de diciembre de mil novecientos noventa y dos, en la notaría de Santiago de don Sergio Rodríguez Garcés, modificada por la escritura pública otorgada el dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco, en la notaría de Santiago de don Raúl Undurraga Laso, Y que conocidos y aceptados por las partes, se entiende formar parte integrante del presente instrumento. A tal efecto, las partes confieren poder especial irrevocable a la cámara de Santiago A.G., para que, a solicitud de cualquiera de ellas, designar árbitros Mitrador dentro los integrantes del cuerpo arbitral del centro de trajes y mediaciones antes referido”.*

Sobre esta cláusula relativa al arbitraje, el Sernac alegó que no cumpliría con la obligación de establecer la posibilidad de que el consumidor recuse al árbitro, transgrediendo así el art. 16 letra g) toda vez que el consumidor queda en notoria desventaja. Sobre ello, el sentenciador señaló: *“CUADRAGESIMO SEGUNDO: Que conforme al tenor de la estipulación transcrita en el párrafo anterior se aprecia que se omitió el mandato legal de informar al consumidor de su facultad de recusar sin expresión de causa al árbitro designado y que esta, establecida en el inciso 2o del artículo 16 de la Ley N° 19.496, la cual además determina las materias que aquel conocerá, por lo que su infracción, vulnera el derecho del consumidor a accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea, según lo establecido en el artículo 3 letra e) de la ley del ramo, hechos que constituyen, por sí solos, una contravención al principio de buena fe que resguarda la letra g) del mentado artículo 16, siendo menester declarar abusiva la cláusula en cuestión”.*

Para entender de mejor manera lo que aquí se discute, conviene leer el tenor literal del inc. 2 del art. 16 de la LPDC, que reza: *“Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales”.*

La importancia y el fundamento de la ilicitud de las cláusulas que no incluyen la facultad de recusar los árbitros, como señala Tapia y Valdivia, *“proviene de la parcialidad que envuelve la resolución de la controversia por un tercero que es generalmente de la confianza del empresario, y que tenderá inevita-*

blemente a favorecerlo. Es presumible que el adherente desconoció las consecuencias de esta estipulación al aceptar el contrato por lo que su inclusión defrauda sus expectativas, acarreando un desincentivo a la litigación”.<sup>55</sup> Entonces, siguiendo esa misma línea, es muy probable que, al no señalar la facultad en las cláusulas, el consumidor no esté enterado de que puede recusar al árbitro, lo que, como concluye el juez, contravendría la buena fe y pone al consumidor en una posición de desequilibrio importante pudiendo considerarse abusiva, a la luz de la letra g) del artículo 16 de la LPDC.

Disentimos de lo decidido sobre esta cláusula. Lo primero que hay que observar sobre esta clase de cláusulas es que no son abusivas per se. En efecto, en primer lugar, no se encuentran dentro del listado del artículo 16. Luego, los incisos segundo y final del mismo artículo las permiten y regulan expresamente señalando que, si en los contratos de adhesión se designa un árbitro, “el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente”. Luego agrega la norma que siempre que se incluyan este tipo de términos en un contrato de adhesión “será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo”. Finalizando con una consagración expresa del derecho del consumidor de “recurrir siempre ante el tribunal competente”.

A nuestro entender no cabe duda sobre la licitud de incluir estas cláusulas. Sin embargo, la ley impone en estos casos un deber de información al proveedor relativo al derecho que asiste al consumidor de recusar. De esta manera, existiendo allí un deber legal de información para el proveedor, su infracción debiese sancionarse de acuerdo con el artículo 24 de la LPDC, ya que, si el legislador hubiese querido que la sanción aplicable fuese la declaración de abusividad, hubiese incluido la cláusula arbitral como una hipótesis más del artículo 16. En cambio, reguló la situación en el inciso segundo, fuera del listado.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003): *De la Compraventa y de la promesa de venta*, t. II, vol. 2 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2019): *Lecciones de derecho del consumidor* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2017): “El concepto de arbitrariedad del artículo 16 a) de la ley de consumo: análisis de los criterios judiciales que examina la cláusula de modificación unilateral”, en: *Revista de derecho (Concepción)* (vol. 85).
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BOESTSCH GILLET, Cristián (2015): *La buena fe contractual* (Santiago, Ediciones UC).
- CAMPOS MICIN, Sebastián (2018): “Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile”, en: *Revista de Derecho y Consumo* (núm. 1).
- CORTÉZ LÓPEZ, Hernán (2018): “Delimitación del concepto de arbitrariedad a propósito de la facultad

---

<sup>55</sup> TAPIA Y VALDIVIA (1999), p. 122-123

- del proveedor de modificar unilateralmente un contrato por adhesión: una labor de integración e interpretación”, en: *Revista de Derecho y Consumo* (núm. 1).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2020): “Lex specialis: sobre el artículo 2° bis de la Ley 19.496”, en: *Revista De Derecho Universidad De Concepción* (vol. 247).
- DÍAZ DE VALDÉS HAASE, Macarena. (2020): “Nulidad de cláusulas abusivas en reservas, promesas de compraventa y compraventas suscritas por consumidores de viviendas comercializadas en verde”, en: *Revista Chilena de Derecho privado* (vol. 35).
- FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (2003): *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor* (Santiago, LexisNexis)
- GATICA RODRÍGUEZ, María Paz y MORALES ORTIZ, María Elisa (2020): “El deber de profesionalidad como elemento determinante del estándar de diligencia en el derecho del consumo”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, en prensa.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, & CAMPOS MICIN, Sebastián (2021): “Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros”, en: *Revista De Derecho (Valdivia)* (vol. 34(1)).
- ISLER SOTO, Erika (2014): “La causal de abusividad establecida en el artículo 16 letra a) de la LPDC”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Colección Derecho Privado (vol. VIII).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013a): “Artículo 1 N° 1”, en: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos (Dirs.) y BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013b): “Artículo 1 N° 2”, en: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos (Dirs.) y BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2014): “Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo”, en: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de derecho privado VIII (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2019): “Leyes especiales y aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. Análisis de casos”, en: MORALES ORTIZ, María Elisa (Dir.) y MENDOZA ALONZO, Pamela (Coord.), *Derecho del Consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Der Ediciones).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, & MORALES ORTIZ, Maria Elisa. (2019): “Las cláusulas relativas al uso y tratamiento de datos personales y el artículo 16 letra g) de la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores”, en: *Revista Chilena de derecho y tecnología* (vol. 8, núm. 2).
- MORALES ORTIZ, María Elisa (2018): *Control preventivo de cláusulas abusivas* (Santiago, Der Ediciones).
- MORALES ORTIZ, María Elisa y GATICA RODRÍGUEZ, María Paz (2020): “Caso fortuito, protección al consumidor y deber de profesionalidad”, en: *Idealex.press* (en línea). Disponible en <https://idealex.press/caso-fortuito-proteccion-al-consumidor-y-deber-de-profesionalidad/> (fecha de consulta: 1 septiembre 2020).
- MORALES ORTIZ, María Elisa y VELOSO CASTILLO, Franco (2019): “Cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496. Ley, doctrina y jurisprudencia”, en: MORALES ORTIZ, María Elisa (Dir.) y MENDOZA ALONZO, Pamela (Ed.),

*Derecho del Consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia.* (Santiago, Der Ediciones).

MUNITA MARAMBIO, Renzo (2020): “Comentario de sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, de 29 de octubre de 2020, dictada en causa rol: 59-2020 Policía Local”, en: LEPIN MOLINA, Cristian, *Diario Jurisprudencial*, Noviembre 9/2020 (Valencia, Tirant Lo Blanch).

PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013): “Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho de consumo chileno. Comentario a la sentencia de la Excma. corte suprema de 24 de abril de 2013 recaída en el ‘caso Sernac con Cencosud”, en: *Ius et Praxis* (vol. 19).

PIZARRO WILSON, Carlos y PETIT PINO, Jean (2013): “Artículo 16 A)”, en: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos (Dirs.) y BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2017): *Protección de consumidores. Revisión crítica de su ámbito de aplicación* (Santiago, Rubicón).

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (1999): *Contrato por adhesión Ley no 19.496* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

WALKER SILVA, Nathalie (2021): “Artículo 50 A”, en: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos y BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Dirs.), *La protección de los Derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

### **Normativa citada**

Decreto con Fuerza de Ley Nº 458, aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones, de 13 de abril de 1976.

Ley Nº 19.472, modifica el D.F.L. Nº 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, estableciendo normas relativas a la calidad de la construcción, de 04 de septiembre de 1996.

Ley Nº 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 07 de marzo de 1997.

Ley Nº 20.416, fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, de 03 de febrero de 2010.

Ley Nº 21.081, modifica la ley Nº 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, de 13 de septiembre de 2018.

### **Jurisprudencia citada**

Raúl Vergara Tello con Importadora y Exportadora V. Textil Ltda (2009): Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 25 de septiembre de 2009, rol 101-2009.

Servicio Nacional del Consumidor con Inmobiliaria las Encinas de Peñalolén S.A (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, de 3 de junio de 2014, rol 8281-2013.

Servicio Nacional del Consumidor con Inmobiliaria Las Encinas (2015): Corte Suprema, de 09 de noviembre de 2015, rol 23092-2014.

Servicio Nacional del Consumidor con Constructora Santa Beatriz (2017): 17º Juzgado Civil de Santiago, de 27 de enero de 2017, rol C-15092-2014.

Servicio Nacional del Consumidor con Constructora Santa Beatriz (2018) Corte de Apelaciones de Santiago, de 07 de septiembre de 2018, rol 8261-2017

Servicio Nacional del Consumidor con Socovesa S.A. y otra (2020): 28o juzgado civil de Santiago, de 2 de octubre de 2018, rol 1333-2014; confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, de 7 de mayo de 2020, rol 16.078-2020.

Miranda con Inmobiliaria Independencia S.A (2020): Corte de Apelaciones de Talca, de 29 de octubre de 2020, rol 59-2020.

Myriam Soto Martínez con Inmobiliaria Town Houses Maipú SpA (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, de 27 de enero de 2021, rol 491-2019.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Union Europea, ECLI:EU:C:2013:164, de 14 de marzo de 2013.

## CONTENIDO

---

- 4 EL CONSUMIDOR CON VULNERABILIDAD AGRAVADA COMO CATEGORÍA JURÍDICA Y SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO**  
*Vulnerable consumer as a legal concept and its reception in the chilean legal system*  
Edison Calahorrano Latorre
- 31 EL DERECHO A RECURSO COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LOS PROCESOS CIVILES CHILENOS, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA**  
*The right to appeal as a fundamental right in chilean civil processes, in the light of case-law*  
Evelyn Vieyra Luna
- 62 EL "PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO DE CONSULTA" ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**  
*The "adversarial procedure of inquiry" before the antitrust court*  
Felipe Vega Gómez
- 85 EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN EL ACOSO SEXUAL LABORAL**  
*Victim's consent in sexual harassment in the workplace*  
Rodrigo Hernán Vera García
- 113 LA EXTENSIÓN DE BENEFICIOS EN EL MODELO DE RELACIONES LABORALES CHILENO: CONSIDERACIONES PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN**  
*Extension of benefits in the chilean labour relations model: considerations for a new constitution*  
Vinicio Cuevas Suárez
- 138 LA RELEVANCIA DE LA *VALUES HISTORY* EN SU RELACIÓN CON LOS USUALMENTE DENOMINADOS "TESTAMENTOS VITALES": OTRA CUESTIÓN DE RELEVANCIA QUE NOS PLANTEA LA BIOÉTICA JURÍDICA**  
*The relevance of values history in its relationship with the so-called "living wills": a relevant question raised by legal bioethics.*  
Alexis Mondaca Miranda
- 159 "LA COMPENSACIÓN DE CULPAS A LA LUZ DEL ARTÍCULO 2330 DEL CÓDIGO CIVIL. UNA REVISIÓN A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA CAUSA ROL 39484-2017"**  
*Contributory negligence in light of article 2330 of the Civil Code. A review of the supreme court ruling law suit n° 39484-2017*  
Sonia Inostroza Adasme
- 175 CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE PROMESA DE COMPRAVENTA. ANÁLISIS A PARTIR DEL CASO "SERNAC CON CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ"**  
*Unfair terms in purchase and sale promise agreements. Analysis based on the case "SERNAC V. Santa Beatriz Building Company"*  
María Elisa Morales Ortiz  
Diego Nichi Burgos