

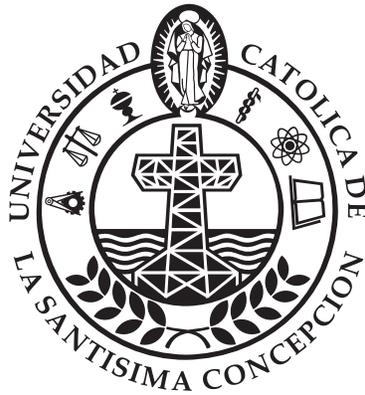


**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN**
FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA
DE DERECHO**

Nº 36
2019

Esta publicación se imprimió
en el mes de noviembre de 2020
en los Talleres de Trama Impresores S.A.
Avda. Colón 7845 - Hualpén - Talcahuano - Chile



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN**
FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA
DE DERECHO**

Nº 36

2 0 1 9

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. La *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción está abierta para recibir artículos sobre cualquier materia de las Ciencias Jurídicas, tanto de autores nacionales y extranjeros, sin perjuicio de que el Comité Editorial decida dar énfasis a ciertas áreas en algunos de sus volúmenes, o publicar números monográficos.
2. Todo artículo recibido para su publicación será sometido a un juicio inicial de su Director, destinado a verificar que corresponde a las disciplinas científicas sobre las cuales publica la *Revista*, y a emitir una primera opinión sobre su carácter de investigación original y su calidad, pudiendo rechazarlo en caso de no cumplir con estos requisitos, o si su calidad es indiscutiblemente inferior a la necesaria.
3. Todos los trabajos que se publican en la *Revista de Derecho* serán revisados por el Comité Editorial y sometidos a arbitraje o evaluación de dos especialistas, cuyos resultados serán comunicados anónimamente a sus autores. La revisión atenderá, entre otros temas, al contenido, calidad, interés, carácter científico, metodología y fuentes del trabajo en cuestión. De acuerdo al resultado de ese arbitraje, la *Revista* se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos. Ante la eventualidad de darse un informe favorable y otro desfavorable de los árbitros, decidirá el Director. En caso de haber observaciones a un trabajo aceptado, una vez corregidas éstas por su autor, se procederá a su publicación.
4. A fin de dar homogeneidad a esta publicación, se detallan a continuación las normas editoriales a las que deben ceñirse las colaboraciones a la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.
5. Los trabajos deberán enviarse al Director de la *Revista Derecho* (Lincoyán 255, Concepción, Chile), impresos en hoja tamaño carta, en idioma español, inglés o francés, a espacio y medio en dos ejemplares y numerando las páginas. La letra a utilizar en el texto debe ser Times New Roman, tamaño 12, y en las notas, Times New Roman, tamaño 10. Salvo excepciones muy calificadas por el Comité Editorial, la extensión máxima no debe sobrepasar las 30 páginas. Además, deberá acompañarse archivo electrónico en formato Word y, si es posible, ser enviado como archivo adjunto al correo electrónico revistadederecho@ucsc.cl.
6. Los escritos deben comprender un título breve y claro, el nombre completo del autor o autores, y una biografía sucinta de cada autor, que comprenda grados académicos más relevantes, institución a la que pertenece, ocupaciones y cargos actuales. Además, debe incluirse correo postal y correo electrónico.
7. Deben incluirse un Resumen o *Abstract* con un máximo de diez líneas y las correspondientes Palabras Clave o *Key Words*, en español y de ser posible en inglés.
8. Los trabajos enviados deben ser inéditos, lo cual supone el compromiso del autor de no publicarlo más de una vez. Debe tratarse, además, de un estudio o investigación de interés en el mundo jurídico, que esté terminado o cuyo avance permita la comunicación de sus resultados.
9. Las citas, siempre a pie de página, deben numerarse correlativamente y contener en caso de libros, textos y folletos, lo siguiente y en este orden: *a)* apellidos y nombre del autor en MAYÚSCULAS, coma; *b)* nombre de la obra: si es libro, en *cursivas*; si es un artículo de libro o revista, “entre comillas”, especificando el título de la revista o libro con *cursivas*, coma; *c)* sección, punto o párrafo (si lo tuviere), coma; *d)* traductor (si lo tuviere); *e)* editorial, lugar y año, coma; *f)* página o páginas (abreviado p. o pp.), punto. Estas mismas reglas se aplican en caso de que se acompañe la bibliografía al final del trabajo. En caso de repetirse alguna cita, se debe indicar: *a)* nombre del autor, coma; *b)* ob. cit. (o también *op. cit.*), coma; *c)* página o páginas. En caso de que la cita se repita en la nota siguiente, y siempre que se trate de páginas diferentes, sólo indicar: *a)* *ibid.*, coma; *b)* página o páginas, punto. En caso de que sea la misma página o páginas de la cita anterior, sólo indicar *ibidem*, punto. Todo ello de acuerdo al sistema uniforme internacional de citas.
10. Los artículos que no se ajusten a estas normas no serán considerados para su publicación.
11. Aquellos autores cuyos trabajos sean publicados recibirán gratuitamente una copia del ejemplar de la *Revista de Derecho* y las correspondientes separatas de su artículo. Los originales no serán devueltos.

CONTENIDOS / CONTENTS

Los artículos 937 y 2.333 del Código Civil como nuevos argumentos frente a soluciones preventivas ante el ruido	11
<i>Articles 937 and 2.333 of the Civil Code as new arguments to noise preventive solutions</i>	
CHRISTOPHER ELSO KOTZING	
Vacancia parlamentaria: en búsqueda de una mayor legitimidad	23
<i>Parliamentary vacancy: looking for a higher level of legitimacy</i>	
MARIELA RUBANO LAPASTA - VIVIAN ESPAÑA ESPAÑA	
El arbitraje comercial internacional y su aplicación por medios electrónicos	43
<i>International commercial arbitration and its application by electronic means</i>	
CAROLINA MARÍA GRATZIA DÍAZ ROA	
Delitos de feminicidio: cuando el sistema jurídico se convierte en coartada	51
<i>Crimes of femicide: when the judicial system becomes an alibi</i>	
CLAUDIA VINCENTY ZOTO - FREDDY HUARAZ MURILLO	
Relación entre el presupuesto material objetivo de los concursos (la insolvencia) y la solicitud de concurso voluntario en la Ley 20.720	69
<i>Relationship between the objective material budget of the contests (insolvency) and the request for a voluntary contest in Law 20.720</i>	
MAURICIO ORTIZ SOLORZA	
Sobrevivencia del Derecho del Trabajo frente a una potencial pérdida de su objeto producto de las nuevas formas de prestación de servicios	83
<i>Survival of Labor Right in the face of a potential loss of its object as a product of the new forms of service provision</i>	
ANDRES EDUARDO GIDI LUEJE	

LOS ARTÍCULOS 937 Y 2.333 DEL CÓDIGO CIVIL COMO NUEVOS ARGUMENTOS FRENTE A SOLUCIONES PREVENTIVAS ANTE EL RUIDO

ARTICLES 937 AND 2.333 OF THE CIVIL CODE AS NEW ARGUMENTS TO NOISE PREVENTIVE SOLUTIONS

CHRISTOFHER ELSO KOTZING*
UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto servir de apoyo a los fundamentos ya indicados por la doctrina en orden a establecer soluciones frente a actos inmateriales en el suelo que se posee y en lo particular a las molestias generadas por ruido. Lo anterior se centrará en nuevos fundamentos que vienen en señalar que, nuestro Código Civil, junto con las acciones protectoras de la posesión, posee otras herramientas de protección contenidas en los artículos 937 y 2333 respectivamente.

PALABRAS CLAVE: Función preventiva; ruido; responsabilidad civil; prevención; daño.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to support the foundations already indicated by the doctrine in order to establish solutions against immaterial acts on the ground that are possessed and in particular to the inconvenience generated by noise. The above will focus on new foundations that come to point out that, our Civil Code, together with the protective actions of possession, has other protection tools contained in articles 937 and 2333 respectively.*

KEY WORDS: *Preventive function; noise; civil liability; prevention; damage.*

* Abogado, Magister en Responsabilidad Jurídica USS, docente del área del Derecho Privado de la Universidad Andrés Bello. Dirección: Autopista Concepción – Talcahuano N°7100, comuna de Talcahuano. Correo electrónico christofher.elseo@unab.cl

INTRODUCCIÓN

Fuera del área del Derecho Administrativo, donde el ruido (entendido por la Real Academia Española como un sonido inarticulado, por lo general desagradable) detenta mayor regulación, principalmente, a propósito del actual Decreto Supremo número 38 del año 2011 del Ministerio del Medio Ambiente¹, junto con otros decretos especiales y las ordenanzas municipales que rigen esta problemática en la comuna respectiva, desde el enfoque del Código Civil, el ruido, como agente de daño, no ha tenido una regulación especial como tampoco aquellos actos inmateriales que consistan en hechos realizados sobre suelo del cual se es dueño y que impliquen una molestia o turbación en la propiedad ajena que no se materialicen en despojo, como tampoco se ha centrado su estudio en los eventuales perjuicios que pueden afectar a una persona ante su exposición prolongada. En la misma línea, en doctrina han surgido dudas respecto de un mecanismo adecuado de protección, donde a propósito de aquella inquietud se han planteado soluciones centradas en la querrela de amparo a propósito de las inmisiones realizadas en suelo ajeno. Sin embargo y como se dijo, el ruido ha sido mas bien estudiado y regulado desde el enfoque del derecho público y, muy escasamente, a propósito del derecho privado, mas aún cuando el ruido no debe ser descartado como agente de daño y, en consecuencia, se deben plantear herramientas efectivas puesto que, atendida sus características, el daño no se manifiesta de inmediato, pero con ocasión de una conducta mas o menos permanente pueda ocasionar perjuicio futuro en la persona o patrimonio de ésta.

El presente artículo tiene como objetivo determinar si nuestro Código Civil posee otras herramientas idóneas de protección ante el ruido para así complementar algunas soluciones ya planteadas en doctrina, para lo cual nos centraremos en lo siguientes puntos: El primero enfocado a hacer presente un panorama general y citar algunas propuestas planteadas por la doctrina, lo anterior enfocado en la propiedad raíz y la posesión; y en la segunda y tercera parte, realizaremos una propuesta que venga a contribuir a nuevos argumentos a favor de la protección civil ante el ruido a propósito de los artículos 937 y 2333 del Código Civil.

Parte I. Algunas ideas de protección ante el ruido con ocasión al dominio o posesión de la propiedad raíz.

En atención con la propiedad raíz, las acciones posesorias reguladas en el libro segundo del Código Civil buscan proteger o recuperar la posesión frente a actos que se traduzcan en privación o amenaza material sobre el suelo que se detenta, donde en principio y de una primera lectura se puede concluir que, para su ejercicio, se requiere de un acto directo sobre el bien para su operatividad. Sin embargo y ya con una segunda lectura de aquellas normas podemos ver que la primera conclusión se amplía si tenemos presente que la verdadera protección de la posesión no debe ser entendida solo frente a actos que impliquen directamente despojo, sino que también a causa de molestias que impliquen de alguna forma una restricción del uso y goce del bien, así el profesor Amunátegui nos indica que “la posesión consiste básicamente en la detentación material de una cosa, la cual se traduce en el ejercicio del uso, goce o disposición. Turbar la posesión no es solo despojar al detentador del bien, sino también impedirle de hecho el ejercicio de dichos actos posesorios”². En esa línea, podemos reafirmar que el concepto de turbación puede perfectamente tener una interpretación amplia para así abordar todo acto material o inmaterial que venga a privar el ejercicio de un derecho sobre el objeto, mas aún cuando el significado natural de turbar implica “Alterar o interrumpir el estado o curso natural de algo”, toda vez que estas acciones “tienen como finalidad evitar los daños o conflictos que la libertad de goce de los propietarios pudiera ocasionar”³ tendiendo por tanto una

¹ El cual viene a ser la última actualización a propósito de las normas regulatorias del ruido y que viene a ser respuesta a los decretos N° 286 de 1984 del Ministerio de Salud y N° 93 de 1995 del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia.

² AMUNÁTEGUI PERELLO, CARLOS FELIPE, “Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 38, Primer semestre, Valparaíso, Chile, Año 2012, P. 106.

³ CLARO SOLAR, LUIS, citado por CARDENAS VILLARREAL, HUGO, “Función y alcance de los interdictos posesorios especiales

finalidad de tipo preventiva toda vez que buscan impedir la ocasión de un perjuicio cierto y conocido que se pueden centrarse ya en privaciones, turbaciones, molestias o limitaciones en el uso y goce tranquilo del objeto del cual se posee.

Debido a ello y para otorgar una mayor amplitud a la interpretación de las acciones posesorias se ha propuesto incorporar (como ocurre en Argentina⁴, Alemania⁵ o Cataluña⁶) en nuestro sistema judicial a la teoría de las inmisiones como un mecanismo que cumpla la función de dar mayor campo de acción a estas herramientas de protección de la posesión. Sin embargo dicha idea ya venía siendo reconocida desde en el Derecho Romano principalmente a través de la “*actio finium regundorum*”, consistente en un juicio divisorio que buscaba una separación física entre dos inmuebles con la finalidad de “evitar, dentro de lo posible, estas interferencias de vecindad”⁷, lo anterior, se une también a las ideas contenidas en el Digesto de Justiniano y que fueran, posteriormente, reconocidas y aplicadas por Ihering para dar solución a los conflictos vecinales a propósito del desarrollo industrial.

En vista de lo explicado, debemos tener presente que una inmisión se ha entendido como “una injerencia en la esfera jurídica mediante la propagación de sustancias nocivas o perturbadoras, comprendiendo también la realización de aquellos actos que tienen lugar en el inmueble propio, pero que repercuten negativamente en el ajeno, de forma que lesionan en grado no tolerable, para el hombre medio (según las circunstancias y lugar), el disfrute de derechos personales”⁸. Como puede apreciarse, la teoría de la inmisión como herramienta para la protección del suelo frente a actos materiales o inmateriales, permite una mayor aplicación y operatividad de la querrela de amparo cuando el acto lesivo solo se traduce en molestias realizadas en suelo ajeno y que no implican forzosamente un peligro de despojo de la posesión. A lo antes explicado debemos tener presente que para trabajar con este concepto requiere necesariamente de un sujeto que, realizando actividades lícitas o ilícitas en su predio, los efectos de esta se propagan en el suelo del vecino que, en principio, no está obligado a soportar y que, a consecuencia de ello implique una restricción total o parcial del disfrute del inmueble.

A lo antes indicado, nuestro Código Civil no contiene un apartado especial respecto de la inmisión en términos generales, como si lo tienen en Argentina, Alemania o Cataluña como se dijo, sin embargo, en doctrina nacional se ha propuesto, siguiendo en este punto a Tisné, en una construcción dogmática de la inmisión en Chile a partir de los artículos 582, 856 y 941 inc. 1 del

en el actual contexto normativo ambiental”, En *Estudios de Derecho Civil XI*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, año 2016, P. 291.

⁴ Artículo 1973: *Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.* Código Civil y Comercial de la Nación Argentino del año 2015. http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf.

⁵ Artículo 906: *El propietario de una parcela no puede prohibir la introducción de gases, vapor, olores, humo, hollín, calor, ruido, vibraciones e influencias similares que emanan de otra parcela en la medida en que la influencia no interfiera con el uso de su parcela de tierra, o interfiere con ella solo en un grado insignificante. Una interferencia insignificante normalmente está presente si los límites u objetivos establecidos en los estatutos o por órdenes legales no son excedidos por las influencias establecidas y evaluadas bajo estas disposiciones.* BGB alemán https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.

⁶ Artículo 546-13: *Las inmisiones de humo, ruido, gases, vapores, olor, calor, temblor, ondas electromagnéticas y luz y demás similares producidas por actos ilegítimos de vecinos y que causan daños a la finca o a las personas que habitan en la misma quedan prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado.* Código Civil de Cataluña https://legislacion.vlex.es/vid/libro-quinto-codigo-derechos-reales-233316213#section_38

⁷ SAMPER POLO, FRANCISCO, *Derecho Romano*, Tercera Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2014. P. 176.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1980. En MARTÍ MARTÍ JOAQUIM “Conceptos indemnizables por la contaminación acústica, lumínica, eflúvica, olorigena, pulvígena, visual y paisajística” *Diario La Ley*, N° 6802, Sección Doctrina, Año XXVIII, Ref. D-220, Editorial LA LEY, 18 Oct. 2007, citado el 9 de septiembre de 2019. <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Mart%C3%AD%20Mart%C3%AD.pdf>.

Código Civil⁹ y a Amunátegui el cual nos señala la presencia de una “acción posesoria específica”¹⁰ a propósito de la segunda de las normas antes mencionadas.

En lo que respecta al ruido, la doctrina nacional no ha centrado sus estudios especialmente a la protección de este agente, sino que mas bien se centran en la inmisión en términos generales como se ha planteado. Sin perjuicio de ello, si bien no hay norma especial, estimamos que es posible crear un mecanismo de protección con algunas normas que ya plantea nuestro Código Civil, sin embargo, atendida las características del agente dañoso pueden generarse las siguientes dudas que pretendemos despejar, las cuales son: ¿Quién es el titular de la acción?; ¿Cuál sería el parámetro o límite a considerar para que pueda ser detenido el ruido a través de la figura de la inmisión?; ¿Qué acción se propone para defenderse ante el ruido cuando afecta la posesión del suelo? Y, finalmente, cuando no sea posible aplicar la figura de la inmisión como herramienta de protección ante el ruido ¿Existe algún mecanismo general de protección cuando, las acciones posesorias no pueden ser aplicadas?.

Para resolver las interrogantes antes mencionadas, dividiremos la problemática en dos supuestos: El primero se centra en el titular de las acciones posesorias y, el segundo, en aquel individuo que por alguna razón no pueda optar por el estatuto jurídico anterior.

Parte II. El artículo 937 del Código Civil como herramienta de prevención ante el ruido.

Como cuestión previa, ya indicamos que, en el derecho romano, podía el poseedor protegerse a través de la “actio finium regundorum” y, además, con la “actio negatoria” que supone por un tercero “el supuesto ejercicio de una servidumbre o usufructo que el dueño desconoce y que ejerce para declarar libre la cosa de los pretendidos derechos”¹¹, por su parte, la doctrina nacional también ha propuesto ampliar el campo de acción de la querrela de amparo contenida en el artículo 921 del Código Civil a través del concepto de “interferencias no desposesorias” buscando así una denominación “lo suficientemente genérica para dar cuenta de todas las hipótesis imaginables que tienen como característica esencial el de consistir en ataques al dominio inmueble en lo que no hay despojo o privación de la posesión”¹².

En razón a lo expuesto y ante la primera interrogante en orden a determinar al titular de la acción, mayores problemas no encontramos puesto que, al ser acciones de tipo posesorias, el sujeto activo de la acción será el que detenta dicha calidad jurídica y, con mayor razón al que tiene la calidad de dueño quien podrá evitar las molestias generadas por actos inmateriales en su propiedad en virtud de la facultad de exclusión, la se ha entendido como aquella que le permite al dueño “impedir cualquier intromisión jurídica y material”¹³ sobre el inmueble del cual es propietario.

Mayor análisis requiere la segunda interrogante, toda vez que la inmisión exige de ciertas condiciones o supuestos básicos para su aplicación, ya que con ocasión del ruido no se priva de la posesión sino que mas bien se altera su ejercicio normal en virtud de una molestia, por tanto, el supuesto en estudio requiere de un acto realizado en suelo propio que repercute en el ajeno y que requiere de límites que vengan a determinar su campo de aplicación.

⁹ TISNÉ NIEMANN, JORGE, “La teoría de las inmisiones como fundamento dogmático de la protección jurídica privada ante el ruido”. *Revista de derecho*, Volumen 40 N° 1, primer semestre 2013, Santiago, Chile, 2013, p. 153. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100005>. [consulta 11 de agosto de 2019].

¹⁰ AMUNÁTEGUI PERELLO, CARLOS, “No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil”. *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 36 N° 3, Santiago, Chile, año 2009, p. 521.

¹¹ GUZMÁN BRITO, ALEANDRO, *Derecho Privado Romano*, Editorial Legal publishing, Santiago, Chile, 2013. P. 522.

¹² IBÁÑEZ LEÓN, ARTURO, “Defendiéndose de las interferencias con el uso y goce de inmuebles en las que no hay despojo o privación de la posesión del inmueble: Aspectos problemáticos que presenta la querrela de amparo”, en *Estudios de Derecho Civil XIII*, Editorial Thompson Reuters, Santiago, Chile, año 2018.

¹³ PEÑAILILLO AREVALO, DANIEL, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile, año 2006.

Ante lo expuesto surge una nueva interrogante, ¿cualquier acto o hecho que provoque ruido dará lugar a la protección a través de una acción posesoria? La respuesta que debemos dar es, desde ya, negativa teniendo presente que por el hecho de vivir en sociedad y tener la condición de vecino exige soportar “continuas molestias e incomodidades, siempre y cuando ellas no se eleven por sobre los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria”¹⁴, en razón de ello Ihering indicaba que el dueño puede realizar actos y ejercer un derecho según su natural destino y de un modo normal (teoría del uso normal) y, en caso de darle un uso distinto, el vecino debe soportar estos actos que dentro de la normal tolerancia pueda ser obligado a soportar (teoría de la normal tolerancia), por tanto, teniendo presente el concepto antes indicado de ruido, que supone cierta subjetividad ante el mismo, toda vez que la verdadera protección será para aquel que lo considere molesto, implicará revisar caso a caso la situación que se presenta en un determinado conflicto de vecindad.

En razón de lo expuesto, y teniendo presente que la creación de la medida preventiva ante ruido tiene como base el reconocimiento de la teoría de las inmisiones en Chile, su protección deberá centrarse en actos que consistan en hechos realizados en suelo propio y que repercuten en lo ajeno, en consecuencia, cualquier otra molestia que repercute en el suelo del afectado pero que no provenga de una propiedad vecina no podrá ser objeto de protección, a lo menos, por esta vía. Como un espectáculo en un bien nacional de uso público, el ruido ambiente de la calle o una persona quien esté realizando un discurso a viva voz, entre otros.

Debemos hacer presente que la protección ante ruido supone desde ya un problema tendiente a determinar cuando estamos realmente sujetos a sus aspectos negativos, toda vez que, como se dijo al inicio de este trabajo, el concepto trae aparejada cierta subjetividad en cuanto a su forma de entenderlo, puedo que ciertos sonidos serán ruidos para algunas personas, pero para otras no, y asimismo, el grado de tolerabilidad será variable dependiendo de las características del sector como también de los propios vecinos que puedan sentirse afectados por este. Por tanto, con la finalidad de dar algunos parámetros objetivos a la inmisión frente al ruido, debemos dejar en claro que toda actividad que genere este tipo de molestia debe, a lo menos, tener como marco de referencia los siguientes aspectos que nos servirán para inferir si estamos frente a una turbación, tales serían:

1. El poseedor o propietario tendrá que tolerar aquellos actos generadores de ruido que, dentro del uso normal, pueda realizar el colindante y que dicen relación con aquellos ruidos que sean consecuencia normal del uso y goce legítimo del bien que se detenta y en horarios normales dentro de los cuales las personas realizan actividades cotidianas.
2. Para determinar si el ruido se enmarcará dentro de la normal tolerancia por parte del poseedor del suelo, se deberá tener como referencia lo establecido en el D.S. N° 38 de 2011 antes aludido y lo establecido en las ordenanzas municipales respectivas. Lo anterior conlleva como ventaja que, para efectos de prueba, no se tendrán las limitaciones que presenta la norma antes mencionada y que dicen relación con aspectos técnicos que, normalmente no son de conocimiento general y que podrían generar un retardo en la prevención que se busca¹⁵ y los problemas prácticos que ya hemos

¹⁴ LA CRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, citado por CÉSPEDES MUNOZ, CARLOS, “El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza”. Revista *Ius et Praxis*, volumen 24, N° 1, Talca, Chile, año 2018, p. 132.

¹⁵ Artículo 11°.- Las mediciones se efectuarán con un sonómetro integrador - promediador que cumpla con las exigencias señaladas para las clases 1 ó 2, establecidas en la norma IEC 61672/1:2002 “Sonómetros” (“Sound Level Meters”). Lo anterior se deberá respaldar mediante la presentación de un Certificado de Calibración Periódica vigente.

Artículo 12°.- El sonómetro integrador-promediador deberá contar, además de lo dispuesto en el artículo anterior, con su respectivo calibrador acústico específico para cada marca y modelo, el cual cumpla con las exigencias señaladas para la clase 1 ó 2, en la norma IEC 60942:2003 “Electroacústica - Calibradores acústicos” (“Electroacoustics-Sound calibrators”). Lo anterior se deberá respaldar mediante la presentación de un Certificado de Calibración Periódica vigente.

Artículo 16°.- Las mediciones para obtener el nivel de presión sonora corregido (NPC) se efectuarán en la propiedad donde se encuentre el receptor, en el lugar, momento y condición de mayor exposición al ruido, de modo que represente la situación más desfavorable para dicho

mencionado en otro artículo¹⁶.

3. Se deberá tener presente cualquier otra norma especial que pueda ser aplicada a la propiedad raíz, así, el artículo 32 de la ley Nº 19.537 sobre copropiedad inmobiliaria exige en las unidades comunes, como también las exclusivas, un uso tranquilo y ordenado, prohibiendo realizar cualquier acto que comprometa la salubridad del condominio, como también el no provocar ruidos en las noches que, normalmente, se destinan a descanso. En relación a lo anterior, se deberá tener presente además las limitaciones en cuanto a uso y horarios de espacios comunes que también puedan verse regulados de acuerdo al reglamento de copropiedad respectivo.
4. Finalmente, si queremos dar protección a través de la teoría de inmisión y el ejercicio de una acción posesoria, debemos advertir que, el ruido molesto que venga a significar esta turbación, debe ser estable en el tiempo o, al menos, ocasional pero con una clara certidumbre en cuanto su manifestación, así, el vecino tendrá que soportar todo aquel ruido que sea pasajero, breve y que se genere dentro de los horarios en que normalmente puedan desarrollarse actividades donde no se produce el descanso, por consiguiente, el ruido de un taladro, un cumpleaños o cualquier evento privado extraordinario, o una reparación ruidosa cualquiera que diga relación con el cuidado ordinario del inmueble no deben ser objeto de protección a diferencia de lo que ocurre si estos son permanentes en el tiempo u ocasionales pero ciertos en el tiempo, como los de una fábrica, una feria de verano o una actividad de fiestas patrias.

En vista de lo explicado, podemos resumir que la siguientes reglas, nos darán un marco referencial para determinar que actos les están permitidos o no al dueño del terreno, en vista de ello, si estos se enmarcan dentro de aquellos que sean considerados normales o cotidianos, el vecino tendrá que soportarlos, por ello, si este límite se sobrepasa de acuerdo con el marco anteriormente propuesto, este podrá evitarlos a través del ejercicio de la acción posesoria respectiva.

Como último punto, y ante la tercera interrogante, debemos previamente destacar los esfuerzos de los autores nacionales para dar cabida a la inmisión en materia de ruido y otros contaminantes. Sin embargo, estimo que otra herramienta idónea que viene en complementar los argumentos planteados por la doctrina para prevenir, particularmente, este tipo de inmisión es aquella contenida en el artículo 937 del Código Civil la cual señala que “ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso”, lo anterior de acuerdo con lo siguiente:

1. No obstante a que el sonido pueda transportarse por otros medios, este se propaga principalmente a través de ondas por el aire desde un inmueble a otro o, siendo mas específico, desde una fuente de audio sea o no fija y que se encuentra en la propiedad de un particular, hacia a receptor que necesariamente debe ser el vecino que posee el suelo y que estimar sentirse perjudicado frente a los ruidos que limitan en disfrute de la propiedad.
2. Otro punto a considerar en razón de nuestro argumento es la derogación del artículo 936 y la eliminación del inciso primero artículo 937, junto con la supresión de los

receptor. Estas mediciones se realizarán de acuerdo a las siguientes indicaciones:

a) Para el caso de mediciones externas, se ubicará un punto de medición entre 1,2 y 1,5 metros sobre el nivel de piso y, en caso de ser posible, a 3,5 metros o más de las paredes, construcciones u otras estructuras reflectantes distintas al piso.

b) Para el caso de las mediciones internas, se ubicarán, en el lugar de medición, tres puntos de medición separados entre sí en aproximadamente 0,5 metros, entre 1,2 y 1,5 metros sobre el nivel de piso y, en caso de ser posible, a 1,0 metros o más de las paredes, y aproximadamente a 1,5 metros de las ventanas, vanos o puertas.

¹⁶ A propósito de lo anterior en ELSO KOTZING, CHRISTOFHER, “Algunas notas sobre el tratamiento del ruido en Chile”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Nº 34, Concepción, Chile, año 2018, p. 53.

artículos 938 a 940, todos del del Código Civil, a través de la ley N° 9.909 de 1951 que fijó el texto definitivo del Código de Aguas. Debemos hacer presente que, estas normas, decían relación con actos consistentes en desviar aguas que se derramen en suelo ajeno o, hechos tendientes a impedir la entrada de ellas, dentro de las cuales se establecían que las presentes acciones no solo se aplicarían en obras nuevas sino a las ya hechas en la medida que no haya transcurrido el tiempo suficiente para constituir un derecho de servidumbre (inc 1 del artículo 937 antes de la modificación indicada).

3. En consecuencia, si se derogaron dichas normas que se centraban en inmisiones por agua, quedando en definitiva una única acción compatible que dice relación con alguna obra que corrompa el aire, sin determinar la forma en que ella se produce como tampoco las características de la construcción u obra respectiva, unido a que el significado natural de corromper consiste en “echar a perder, dañar o pudrir algo” podemos inferir que, actualmente la norma del artículo 937 ya no queda circunscrita al solo ámbito de aplicación de molestias generadas por sustancias líquidas, permitiéndose por tanto su amplia interpretación, toda vez que el aire podrá corromperse por cualquier inmisión de tipo material o inmaterial que se transporte a través de este, como el calor, el humo, la radiación, los olores y, en lo que interesa a este trabajo, el ruido.
4. En la misma idea, al ser una acción de carácter imprescriptible permite al poseedor ejercerla en cualquier tiempo en la medida de que, el ruido, siga manifestándose y sin que sea requisito que se esté produciendo un daño, sino que mas bien, bastará la molestia en la posesión del suelo para permita ser interpuesta y sin que su tolerancia en el tiempo traiga como resultado la pérdida de la acción existiendo, en la medida que sea molesto de acuerdo a lo que ya hemos indicado, “un interés público en eliminar la causa de este mal, y por eso no hay prescripción que pueda autorizar su mantenimiento”¹⁷.

Parte III: Protección del ruido a través del artículo 2333 del Código Civil.

Otra interrogante se presenta en torno a determinar soluciones a la persona que, no cumpliendo con los requisitos de la acción posesoria o, no presentándose los supuestos de inmisión antes descritos, se ve expuesta ante una situación de ruido molesto o ante un justo motivo de temer. De acuerdo con ello, entendemos que la solución deberá ser abordada a través de las reglas generales en materia de responsabilidad civil invocando el principio de prevención, el cual nos obliga a actuar dentro un marco de prudencia razonable frente a un daño cierto y conocido, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se produzca o siga manifestándose. Sin embargo, las reglas de responsabilidad extracontractual no contienen un abanico amplio de acciones preventivas, sino que mas bien reparatorias, lo que no obsta a que esta última función no se cumpla, ya en hechos concretos tendientes a evitar consecuencias dañosas para un sujeto o su patrimonio o bien, a través de la disuasión de conductas similares que fueron anteriormente sancionadas con la finalidad de que no se repitan en lo sucesivo, en efecto “al fin y al cabo, para cualquier persona el tener que desembolsar una suma de dinero más o menos cuantiosa a título de indemnización de perjuicios significa una disminución patrimonial que debería ser un aliciente para desenvolverse a través de un comportamiento lo más prudente posible”¹⁸, aunque en lo particular somos partidarios de que es preferible mejor prevenir el daño antes que repararlo, así “aún antes de que el acto ilícito sea cometido, el Derecho opera no sólo con la amenaza de la sucesiva sanción, sino también con medidas

¹⁷ CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, Volumen IV. Editorial Jurídica de Chile, reimpresión año 1979, Santiago Chile, 1932, P. 582.

¹⁸ BARRÍA DIAZ, RODRIGO, “La función preventiva o disuasoria de la responsabilidad civil, a propósito de las Leyes de Propiedad Intelectual y Propiedad Industrial”, *Presente y futuro de la responsabilidad civil. Actas del congreso internacional de 3 y 4 de noviembre de 2016 Santiago de Chile*, Editorial Legal Publishing, Chile, año 2017.

inmediatas dirigidas a impedir el comportamiento lesivo antes de que se produzcan”¹⁹.

Explicado lo anterior y frente al ruido molesto debemos distinguir si el daño fue provocado o no y, si este es consecuencia inmediata y directa de este agente dañoso.

Con relación a determinar las consecuencias del daño provocado por ruido no haremos un estudio más acabado dado la finalidad del presente artículo y atendido a las soluciones que se plantean con la función reparadora de los daños, así por ejemplo, si a propósito de una explosión se genera un daño a consecuencia del ruido que se generó “sí se podrá reclamar una indemnización por vía de la responsabilidad extracontractual, si se cumplen las exigencias legalmente establecidas para ello. Lo mismo si el daño se causa a una persona que no tiene un vínculo más o menos estable con el fundo: se podrán activar los mecanismos propios de la responsabilidad extracontractual, pero no los de protección contra las inmisiones y de tutela de las relaciones de vecindad”²⁰.

Distinta la cuestión es en el segundo aspecto, puesto que también debemos plantear soluciones preventivas ante un daño cierto, que no se ha materializado, pero del cual se conocen sus consecuencias negativas que son consecuencia inmediata y directa de la exposición prolongada o estable producto del ruido. Ante esta interrogante, estimamos que nuestro Código puede dar soluciones frente a la prevención a propósito de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual, es así como el artículo 2333 del Código Civil, nos señala que “*por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción*” contempla una efectiva norma “que señala una regla de carácter muy amplio, en la cual pueden quedar comprendidos todos los casos de daño contingente susceptibles de presentarse”²¹, quedando englobada la hipótesis de ruido al ser un supuesto de amenaza que, en la medida que no esté generando perjuicio, pueda ser detenida con la finalidad de adoptar alguna conducta que se encuadre dentro de los márgenes de la razonabilidad y que permita que el daño no se siga generando o se manifieste en el futuro, así, el arrendatario (quien no podrá utilizar la regla del artículo 937 antes indicado) o cualquier individuo que se sienta afectado ya sea en su persona o patrimonio, podrán solicitar que se impida seguir emitiendo por la fuente de audio el ruido molesto, exigiendo que se adopten las conductas tendientes a prevenirlo.

Hacemos presente que la prevención contra el ruido no ha sido abordada a través de la acción preventiva del artículo 2333 del Código Civil, sino que más bien, ha sido objeto de procesos administrativos como también de conocimiento en sede ambiental, unido a los distintos recursos de protección que se han presentado pero tendientes derechamente a detenerlo. Bajo ese aspecto, estimo que la tutela de prevención ante el ruido en virtud de esta herramienta de protección ante daño contingente puede ser aplicada para este tipo de amenaza eventual que, como se ha indicado por la doctrina, “puede llegar o no a acontecer”²², es así como el ruido encuadra en este supuesto, atendido a que sus efectos perjudiciales para la salud no se manifiestan comúnmente de forma rápida sino que, al igual como ocurre en la exposición a emisiones radiactivas, sus consecuencias se presentan al futuro como así lo ha demostrado la Organización Mundial de la Salud a propósito de sus distintas campañas y actualizaciones periódicas sobre límites a su exposición²³, además, este

¹⁹ TRIMARCHI, citado por LLAMAS POMBO, EUGENIO: “Problemas actuales de la responsabilidad civil”, 1ª ed., Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Módulo de Formación de Jueces y Magistrados, 2011. Disponible en https://www.academia.edu/29782099/PROBLEMAS_ACTUALES_DE_LA_RESPONSABILIDAD_CIVIL.pdf. Citado el 15 de octubre de 2019.

²⁰ MARTIN VIDA, MARÍA ANGELES, “Responsabilidad civil extracontractual por ruidos en Derecho alemán y en Derecho español”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4 Año 2005, Universidad de la Rioja, Logroño, 2005, España P. 11. http://www.indret.com/pdf/304_es.pdf, citado el 15 de septiembre de 2019.

²¹ TAPIA SUÁREZ, ORLANDO, “De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes”, *Memoria de Prueba*, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción, 1941, reimpresión: Santiago, LexisNexis, Concepción, Chile, 2006, p. 198.

²² CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda edición actualizada, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, Chile, año 2013, P. 406.

²³ Así, la Organización mundial de la Salud estima que más del 5% de la población mundial padece de alguna enfermedad auditiva provo-

agente dañoso puede encuadrar en la mayoría de los supuestos planteados en doctrina para el ejercicio de la acción del artículo 2333, así esta amenaza puede “provenir de un comportamiento activo o de una omisión”²⁴, como la emisión de ruidos molestos por un vecino en un horario nocturno o la falta de implementación de materiales que mitiguen la emisión de ruidos hacia el exterior en un centro de eventos y, eventualmente, dañando a personas determinadas e indeterminadas en la medida que existan indicios para “justificar un motivo de temerlo” y que sea “más que probable y no meramente hipotético”²⁵, unido a que, en materia de prescripción, siguiendo a los profesores Corral y Diez Schwerter han indicado que no puede aplicarse la regla de prescripción del artículo 2332 del Código Civil al no poder computar el plazo desde la perpetración de acto, por guardar relación con las acciones que conceden el presente título por daño o dolo materializado, lo cual permite volver a una regla de imprescriptibilidad de la acción. De esta manera, si bien se constituye una ventaja para la víctima toda vez que podrá preparar de mejor manera la acción, sobre todo donde la etapa probatoria cobrará importancia para determinar las medidas de prevención, debemos ser claros en que el tiempo de inactividad del sujeto pasivo será un elemento determinante por dos aspectos: El primero dice relación con la efectividad de la acción atendido a que, eventualmente el daño puede ya estar manifestándose y en consecuencia la medida preventiva no podrá ser eficaz, dando paso a la función reparatoria de acuerdo con las reglas generales y, el segundo, con ocasión al daño indemnizable en concordancia a la eventual culpa de la víctima (o de sus representantes) al no haber sido lo suficientemente diligente para exigir en su momento las medidas preventivas adecuadas ante un daño que, sabiendo que puede ser cierto, esta no actúa para hacer desaparecer la eventualidad de su manifestación, provocándose una limitación al principio de reparación integral del daño. De acuerdo con esto, podemos hacer presente que si bien, existirá un deber de prevenir un daño evitando la propagación de ruidos molestos, también existe la responsabilidad de prevenir la generación de un propio perjuicio, lo cual se traducirá en consecuencia con el ejercicio de la acción que el propio ordenamiento dispondrá en el caso concreto.

En suma, hemos podido establecer que la acción ante daño contingente será una herramienta idónea para prevenir los daños que puedan provocarse por el ruido. Sin embargo y atendida las características de este agente de daño, no podemos desconocer que puedan presentarse algunas dudas prácticas en su aplicación y, en particular, las soluciones que puedan aplicarse como medida de prevención.

Al respecto, debemos tener presente que al momento de interponer la acción no bastará la simple afirmación de que el ruido puede ser riesgoso o molesto, sino que se deberá señalar, de forma cierta, de que manera el ruido es considerado para la víctima como perjudicial y de que forma repercutirá directa o indirectamente en su persona generando en el futuro un daño ante su exposición, de tal manera que, una referencia general al riesgo no es suficiente, sino que por el contrario, se deberá probar una “probabilidad concreta de que el daño se produzca, esto es, que exista una convicción razonada y lógica de que sucederá”²⁶ debiendo ser este riesgo “actual y contemporáneo”, aunque los daños se manifiesten en el futuro, dirigiendo la acción contra aquel que ocasiona la amenaza de daño, sin que sea necesario ser la misma persona que le dio inicio a la actividad riesgosa sino que mas bien aquella que puede detenerlo, por tanto, no podrá alegarse como eximente de responsabilidad el hecho de indicar que los riesgos se estaban manifestando antes de continuar con una actividad, en la medida de que estos puedan ser detenidos, controlados o mitigados directamente por aquella, como lo sería citando a modo de ejemplo el continuador de una fábrica que genera ruidos molestos para la población.

cada por diversos factores, entre los cuales se encuentra la exposición a ruido excesivo. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/deafness-and-hearing-loss>, citado el 15 de octubre de 2019.

²⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Ibid*.

²⁵ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Ibid*.

²⁶ DIEZ SCHWERTER, JOSE LUIS, “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil Chileno: Sus elementos y ámbito de aplicación” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 46, Primer semestre Año 2016, Valparaíso, Chile, 2016, P. 139.

Ante esto debemos nuevamente destacar que, el ruido molesto, es un concepto subjetivo que no permite crear una regla única de solución ante hechos de similares características, ya que lo perjudicial para una persona no será necesariamente molesto o dañoso para la otra, es por eso que, para adoptar cualquier solución que venga a impedir que el perjuicio se manifieste, se deberá tener especialmente en consideración las características del sujeto que detenta la calidad de víctima para así definir las medidas preventivas que corresponderán ser adoptadas. De esta forma, la prevención deberá ser mayor o inmediata, a modo de ejemplo, si el ruido es recepcionado por un adulto mayor enfermo, un niño o personas que se encuentren internadas en un hospital, a diferencia de un individuo sano que simplemente colinda con un vecino que genera ruidos en horario nocturno. Pues bien y como se pudo apreciar, ambos son víctimas de ruidos, pero el daño podrá ser mayor o menor y las medidas preventivas serán distintas atendido el caso concreto. Ante lo antes descrito debemos hacer presente que, el daño contingente ante ruido, podrá reflejarse en la persona de la víctima (que será la situación normal) afectando directamente su salud, a través de la pérdida de la audición, trastornos de sueño, problemas de aprendizaje, depresión, entre otros, como también en su patrimonio en virtud de la limitación al uso y goce del bien o de la desvalorización de sus bienes a propósito de la ubicación del receptor ante la fuente emisora de ruido, e incluso también podrá traducirse en un perjuicio extrapatrimonial cierto “consistente en el dolor, sufrimiento o alteración, de las condiciones normales de la vida que el daño contingente pueda provocar en el amenazado”²⁷.

En virtud de lo explicado anteriormente, debemos hacer presente que la acción de daño contingente que hemos citado para prevenir el ruido no debe ser entendida como una herramienta que busque limitar una actividad, al contrario, su aplicación deberá limitarse a impedir que el daño se manifieste en el tiempo, por ello, la solución no pasa por detener o impedir cualquier actividad de riesgo, sino que más bien, si el comerciante, empresario o vecino que desea realizar una actividad que genere ruido deberá adoptar de forma previa todas las medidas razonables que pueda ser aplicadas al caso para evitar la generación de un daño a un tercero, y si eso no se logra o aún se genera la molestia, la víctima o cualquier persona cuando se amenace a un grupo indeterminado podrá hacer uso de la herramienta establecida en el artículo 2333 de Código Civil para evitar el daño futuro, lo anterior como se basa en perjuicios ciertos y demostrados científicamente no viene a ser más que una manifestación del principio de prevención en materia de daño toda vez que se refiere a un perjuicio cierto pero con una concreción dudosa.

CONCLUSIONES

El ruido molesto será un agente de daño a considerar y, como se pudo describir, puede ser enfrentado de acuerdo a las reglas generales en materia de prevención contenidas a propósito de las acciones posesorias y la acción de daño contingente según sea el caso.

Por su parte, ambas acciones obedecen a la función preventiva en materia de daños que dicen relación con el principio general del deber de no dañar a otro.

Nuestro Código Civil en materia de turbación o amenaza en la posesión se ha centrado en actos, por regla general, directos que afectan al suelo. Es por ello, que las normas contenidas a propósito de las acciones posesorias, si bien, se centran en turbaciones de tipo material, detentan cierta flexibilidad para afrontar los nuevos desafíos que presentan las relaciones de vecindad de una población cada vez más demandante de bienes y servicios, donde en una era en que lo inalámbrico puede ser un nuevo nicho de conflictos de esta naturaleza, aunque debemos reconocer que el acogimiento de la teoría de la inmisión como también la protección ante el ruido en virtud de la regla del artículo 937 propuesto, requieren necesariamente de ejercicio de una nueva lectura para que sea acogida por

²⁷ Ibidem.

nuestros tribunales que, en principio, privilegian la condena ante un daño cierto y provocado frente a una contingencia o probabilidad de aquel.

Por su parte, la acción de daño contingente será otro mecanismo a considerar ante este agente dañoso que servirá para proteger la persona misma de la víctima como sus bienes, pero que atendida la subjetividad de la molestia del ruido, tendrá que analizarse su procedencia caso a caso y, con mayor razón, las medidas a adoptar en caso de su acogimiento. En consecuencia, la presente norma será idónea para afrontar la contingencia del perjuicio pero las soluciones serán variadas dependiendo de las características de esta posible víctima.

BIBLIOGRAFÍA

AMUNÁTEGUI PERELLO, CARLOS FELIPE, “Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°.38, Primer semestre Año 2012, Valparaíso, Chile.

AMUNÁTEGUI PERELLO, CARLOS FELIPE, “Hacia un concepto de Inmisiones en el Derecho Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 40 N° 1, primer semestre 2013, Santiago, Chile, 2013.

BARRÍA DIAZ, RODRIGO, “La función preventiva o disuasoria de la responsabilidad civil, a propósito de las Leyes de Propiedad Intelectual y Propiedad Industrial”, En *Presente y futuro de la responsabilidad civil. Actas del congreso internacional de 3 y 4 de noviembre de 2016 Santiago de Chile*, Editorial Legal Publishing, Chile, año 2017.

BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2006.

CARDENAS VILLARREAL, HUGO, “Función y alcance de los interdictos posesorios especiales en el actual contexto normativo ambiental”, *Estudios de Derecho Civil XI*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2016.

CÉSPEDES MUÑOZ, CARLOS, “El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza” *Ius et Praxis* [online], vol.24, n.1, Talca, Chile, 2018.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, segunda edición, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2013.

DIEZ SCHWERTER, JOSE LUIS. *El daño extracontractual, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2006.

DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil Chileno: Sus elementos y ámbito de aplicación” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°.46, Primer semestre Año 2016, Valparaíso, Chile, 2016.

DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, “La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días”, *Revista de Derecho privado, Universidad de Externado Colombia*, N°30, Año 2016, Colombia.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, “Los límites al principio de reparación integral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°15, diciembre 2010, Santiago, Chile.

DÍAZ ROMERO, MARÍA DEL ROSARIO, “Inmisiones: Relación de causalidad entre la actividad inmitente y el daño. Actuación conforme a la normativa administrativa. Medios de defensa jurídico-civiles” *Revista jurídica universidad autónoma de Madrid*, N° 15, Madrid, España, año 2007.

ELSO KOTZING, CHRISTOFHER, “Algunas notas sobre el tratamiento del ruido en Chile”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 34, Concepción, Chile, año 2018, p. 53.

GUZMÁN BRITO, ALEANDRO, *Derecho Privado Romano*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2013.

IBAÑEZ LEÓN, ARTURO, “Defendiéndose de las interferencias con el uso y goce de inmuebles en las que no hay despojo o privación de la posesión del inmueble: Aspectos problemáticos que presenta la querrela de amparo”, en *Estudios de Derecho Civil XIII*, Editorial Thompson Reuters, Santiago, Chile, año 2018.

MARTI, JOSÉ JOAQUÍN, *La defensa frente a la contaminación acústica y otras inmisiones*, Editorial J.M. Bosch 2008, Barcelona, España, 2008.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile, año 2006.

SAMPER POLO, FRANCISCO, *Derecho Romano*, tercera edición, ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2014.

TISNÉ NIEMANN JORGE, “La Teoría de las Inmisiones como fundamento dogmático de la protección privada ante el ruido”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 40, Primer semestre Año 2013, Valparaíso, Chile, 2013.

TISNÉ NIEMANN, JORGE. *Las Inmisiones, protección de la propiedad frente a ruidos, humos, olores y otros conflictos de vecindad*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2017.

VACANCIA PARLAMENTARIA: EN BÚSQUEDA DE UNA MAYOR LEGITIMIDAD

PARLIAMENTARY VACANCY: LOOKING FOR A HIGHER LEVEL OF LEGITIMACY

MARIELA RUBANO LAPASTA*
UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA

VIVIAN ESPAÑA ESPAÑA
UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es examinar el mecanismo de provisión de vacantes en cargos parlamentarios (incisos 3° al 6° del Artículo 51 de la Constitución Política). Se aborda el tema realizando una breve síntesis de la **evolución constitucional** de esta problemática, se examina la **situación actual**, se citan algunos procedimientos para proveer las vacantes en el **derecho comparado**, se hace referencia a **casos** de vacancia parlamentaria en el derecho nacional, y se exponen **ideas centrales sobre democracia, legitimidad, estado de derecho y Parlamento**. Finalmente, se formula una **visión crítica** sobre el mecanismo vigente de provisión de vacantes, y algunas conclusiones.**

PALABRAS CLAVE: Legitimidad, Parlamento, Estado de Derecho.

ABSTRACT: *The target of the current research is to examine the provision a mechanism of solving the problem of the parliamentary vacancy posts (Article 51, from indent 3th to the 6th indent, Chilean Constitution).*

*The topic is discussed through a brief synthesis about the **Constitutional Evolution** about this problematic, the **current situation** is discussed, some procedures to solve the parliamentary vacancy posts in the comparative law are mentioned, some Chilean parliamentary vacancy cases are analyzed, and **central ideas about Democracy, legitimacy, rule of law and Parliament**. Finally, a **critical vision** about the current mechanism of provision of parliamentary vacancy, and some conclusions.*

KEY WORDS: *Legitimacy, Parliament and Rule of law.*

* **Mariela Rubano Lapasta**, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (U. de la República, Montevideo, Uruguay). Reconocimiento del título de Abogado por la Corte Suprema de Justicia de Chile, Magíster en Derecho Público (Pontificia Universidad Católica de Chile) Profesora de Derecho Político y Derecho Constitucional, Universidad San Sebastián. Dirección postal: Salas N° 445, Concepción, Chile.iris.rubano@ucsc.cl; mrubano389@gmail.com

** En los aspectos de forma participó la Sra. **Vivian Scarlett España España**, estudiante de Derecho, Universidad de las Américas.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento constitucional consagraba hasta el 2015 un sistema de elección binominal, por cuanto la provisión de cargos en tales contextos tiende a seguir manteniendo el equilibrio de las respectivas fuerzas políticas. Con la ley N° 20.840 (2015) se sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional moderado, fortaleciendo la representatividad del Congreso Nacional.

A partir de la Reforma Constitucional del 2005 fueron eliminados los senadores designados, se genera hoy una incongruencia sustancial en esta materia, pues: ¿Cómo es posible derogar una disposición de rango constitucional que contemplaba tales calidades, pero manteniendo una norma constitucional que permite implantar parlamentarios designados a través de la vacancia? Entonces, es válido preguntarse: ¿existe una vulneración al principio de legitimidad democrática? ¿Se vulneran los principios de soberanía nacional, soberanía popular y legalidad o juridicidad?

A efectos de dilucidar lo anterior, se examina a continuación una breve síntesis de la evolución histórica de la vacancia parlamentaria, se analiza esta institución a la luz de los principios de todo Estado Democrático y Constitucional de Derecho, se menciona la situación actual de la designación de parlamentarios, se expone una breve síntesis de la vacancia parlamentaria en el derecho comparado, se hace referencia a algunos ejemplos de vacancia parlamentaria ocurridos en Chile, se refieren algunas ideas centrales sobre democracia, estado de derecho y legitimidad, se realiza una reflexión crítica del sistema, para finalizar con algunas conclusiones.

El tema se aborda en el contexto del Estado-gobierno y de la sociedad-Nación, entendiendo al Estado como “Aquella parte de la sociedad política que está especialmente encargada de mantener la ley, promover el bien común, resguardar el orden público y administrar los asuntos públicos. El Estado es una parte que se especializa en los intereses del todo...Un instrumento al servicio de la persona¹”.

Se excluye de este trabajo el estudio del sistema electoral, si bien se valora como positivo para el sistema democrático de Chile el referido cambio del sistema binominal por otro proporcional, pues ello permite fortalecer la representatividad del Congreso Nacional y así alcanzar mayores niveles de legitimidad social.

Finalmente, la actual situación que refiere la Constitución pareciera contradecir las máximas inspiradoras del ordenamiento jurídico, ya que -como se verá en el presente trabajo- es el sistema que deja en evidencia, los casos de designaciones parlamentarias y los terceros nominados para esos efectos deslegitiman el proceso democrático.

CAPÍTULO I

BREVE SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA. SITUACIÓN ACTUAL DE LA VACANCIA PARLAMENTARIA

Historia constitucional de la vacancia parlamentaria en Chile

A través de las distintas manifestaciones políticas, los sistemas de partidos promovidos desde la independencia han debido sortear variados estatutos constitucionales hasta la actualidad².

¹ MARITAIN, JACQUES, *Man and the State*, Phoenix Books, The University of Chicago Press, 1951, p. 12.

² Reforma a la Constitución Política de la República de 1980. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Valparaíso, 2004, pp. 296 a 298.

En ese sentido, la provisión de vacantes en los cargos parlamentarios que se abordó en Chile a partir de la Constitución de 1818, establecía que los cinco senadores titulares designados por el Director Supremo eran reemplazados por cinco suplentes, nombrados en igual forma, para que “por el orden de sus nombramientos entren a ejercer el cargo de los propietarios en ausencia, enfermedades u otro cualquier impedimento”.

La Constitución de 1822 reguló para la Cámara de Diputados la existencia de titulares y suplentes, uno por cada cargo. Seguidamente la Constitución de 1823 señala que la Cámara Nacional, que duraba ocho años, se renovaba por octavas partes cada año, oportunidad en la cual se reemplazaba, también, a quienes habían dejado su cargo vacante.

En la Constitución de 1828, sólo se consagraba la provisión de vacantes de los cargos de senadores por la Asamblea Provincial que los había elegido y en el caso de los diputados, éstos no eran reemplazados.

Inicialmente, en la Constitución de 1833 sólo se reemplazaban los senadores. El 24 de octubre de 1874 se aprobó un conjunto de reformas, siendo una de éstas la institución de los senadores suplentes. Luego, en la reforma de 1888 se estableció que, en caso de producirse vacantes de diputados en los dos primeros años de su mandato, habría una elección extraordinaria. El mismo procedimiento se aplicó para los senadores si la vacante se producía antes del último año de su mandato.

La Constitución de 1925 incorporó el mecanismo de las elecciones extraordinarias para diputados y senadores, si las vacantes se producían antes del último año de sus mandatos.

En el documento emanado de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución denominado “Proposiciones e ideas precisas” de fecha 16 de agosto de 1978”, se preceptúa que “se suprimen las elecciones extraordinarias. La Cámara de Diputados proveerá sus vacantes por mayoría absoluta de sus miembros. El Senado, elegido por sufragio universal, será reemplazado por designación hecha por la mayoría absoluta de los senadores en ejercicio...”

En el texto del anteproyecto enviado por la mencionada Comisión de Estudios al Primer Mandatario, de octubre de 1978, se dice: “Las vacantes de Diputados y Senadores elegidos por votación directa que se produzcan en cualquier tiempo, se proveerán mediante elección que realizará la Cámara de Diputados o el Senado, según el caso, por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio. En caso de producirse varias vacantes simultáneas, éstas se proveerán en votación separada y sucesiva”.

El Artículo 47 de la Constitución de 1980 en el inciso 3° señalaba “*Las vacantes de diputados y senadores elegidos por votación directa que se produzcan en cualquier tiempo se proveerán mediante elección que realizará la cámara de diputados o el senado, según el caso, por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio. De concurrir, simultáneamente, varias vacantes, ellas se proveerán en votación separada y sucesiva. Si la vacante tuviere lugar respecto de alguno de los senadores a que se refieren las letras b), c), d), e), f) del Artículo 45, ella se proveerá en la forma que corresponda, de acuerdo con lo establecido en dicho Artículo. El nuevo diputado o senador durará en sus funciones el término que le faltaba al que originó la vacante*”³.

En atención a las sesiones celebradas para la redacción de este precepto, los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, señores Enrique Ortúzar y Alejandro Silva,

³ Respeto a la integración del Senado, se preceptuaba en el Artículo 45, letras b) dos ex Ministros de la Corte Suprema, c) un ex Contralor General de la República, d) un ex Comandante en Jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea y un ex General Director de Carabineros; e) un ex Rector de Universidad estatal o reconocido por el Estado.

manifestaron su visión de estar de acuerdo con suprimir las elecciones complementarias. Al efecto, este último señalaba "(...) estar de acuerdo en principio con la supresión de las elecciones complementarias; pero, siempre que se encuentre una fórmula de tanta perfección que sea capaz de dejar al margen a ese barómetro tan importante expresión de la opinión pública, como es este tipo de consultas"⁴. En virtud de lo anterior, el profesor Silva entendía que aun cuando el sistema de provisión vigente en la Constitución de 1925 era imperfecto en algunos sentidos, debía existir un mecanismo de mayor celeridad para no transgredir el verdadero sentido del principio de legitimidad de los actos públicos, por cuanto, dicha manifestación del electorado, es lo que en rigor funda el principio de la soberanía popular.

A partir de la reforma constitucional de 1989 se modifica la forma de provisionar las vacantes, la cual fue reemplazada por la regla del compañero de lista; esto es, la designación de dos posibles candidatos adjuntos a la lista del pacto cuando el titular oficial se postula en las elecciones parlamentarias, de manera tal que en caso de vacante, es secundado de manera legal y ágil frente a una situación de esta naturaleza siendo dicha situación la que opera actualmente en el sistema jurídico vigente y que consagra la Constitución, la cual se vio modificada por la Reforma Constitucional del 2005, bajo la enmienda introducida por la ley N° 20.050.

En síntesis, la vacancia parlamentaria fue objeto de soluciones diferentes, considerando la historia fidedigna de la Constitución.

Aspectos relevantes de la Reforma Constitucional del 2005

La ley N°20.050 introdujo varias reformas a la Constitución Política, ya que, entre otras materias, vino a reformular una serie de aspectos relativos a los más distintos ítems de organización política institucional. Sin embargo, y para el objeto de estudio en el presente trabajo, se destacan aquellos aspectos que guarden directa relación con el órgano Congreso Nacional, específicamente frente a tres enmiendas que afectan el principio de la legitimidad de los actos públicos. Se hará sólo una breve referencia sobre el particular:

Estas enmiendas son:

- a) *La eliminación de los senadores designados y vitalicios.*
- b) *La modificación del sistema de provisión de vacantes de los parlamentarios.*
- c) *La posibilidad de que los parlamentarios elegidos puedan ser designados Ministros de Estado y los escaños vacantes de aquellos puedan ser llenados por el partido político del parlamentario que provoca la vacante".*

Es tarea del legislador orgánico constitucional fijar el número de senadores, la determinación de las circunscripciones senatoriales y la forma de elección⁵.

En el segundo caso, el Artículo 51 inciso tercero de la Constitución Política de 1980, queda positivado de la siguiente manera: "*Las vacantes de diputados y las de senadores se proveerán con el ciudadano que señale el partido político al que pertenecía el parlamentario que produjo la vacante al momento de ser elegido*". Este es un principio general en la forma de provisión de las vacantes.

⁴ Biblioteca Congreso Nacional, Historia de la Constitución Política, artículo 51, 2008, p. 7. Disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/historias_ley_constitucion_por_articulo [Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2017].

⁵ PÉREZ LISICIC, RODRIGO, *Senado y Reforma Constitucional* en ZÚÑIGA URBINA, *Reforma Constitucional 2005*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 505.

Dicha situación deja de manifiesto que son las cúpulas de los partidos políticos quienes designan al sucesor.

En el tercer apartado la situación expuesta, permite la total desestabilización de las líneas parlamentarias, por cuanto, si hipotéticamente el primer mandatario requiriese de unos más diputados o senadores en ejercicio, para asumir alguna cartera de Estado, se abre paso de manera totalmente legal a provisionar los cargos parlamentarios, transgrediendo abiertamente la voluntad del electorado nacional; esto es, el principio de soberanía popular, la igualdad de oportunidades en la vida pública, la legitimidad de las elecciones y la legalidad de los actos; atendiéndose que en este último principio, la arbitrariedad del partido político en designar a su voluntad no es otra cosa, sino que un resabio del sistema electoral binominal⁶.

El precepto constitucional contenido en el Artículo 51, inciso 3° de la Constitución Política regula la regla general. En efecto, se privilegia que el reemplazante sea de la misma ideología política, aumentando el rol de los partidos políticos.

El inciso 4° preceptúa que los parlamentarios elegidos como independientes, no serán objeto de reemplazo. Esta situación infringe el principio de igualdad entre independientes y miembros de los partidos políticos contenido en el inciso 1°, Artículo 18 de la Constitución.

Sobre el particular, se indican los siguientes casos de vacancia parlamentaria:

- a) El fallecimiento del Senador Jaime Guzmán Errázuriz, quien fue sustituido por el compañero de lista (Unión Democrática Independiente), Señor Miguel Otero.
- b) El fallecimiento del Diputado Manuel Bustos, quien fue reemplazado por la ex presidenta de la Central Unitaria de Trabajadores, Sra. María Rosas.
- c) Los casos en que parlamentarios son designados Ministros de Estado, como la Diputada Carolina Tohá, el Señor Andrés Allamand, entre otros.

El reemplazante deberá reunir los requisitos exigidos por la norma constitucional para ser elegido (inciso 4°, Artículo 51 Constitución Política de la República), ejercerá la función hasta el término que faltaba para completar el período del parlamentario que produjo la vacante.

Asimismo, la Reforma Constitucional 2005 establece la posibilidad de efectuar un intercambio entre un diputado y un senador, estableciendo un requisito, el cual señala que debe cumplirse con las normas relativas a la vacancia, expresadas en los incisos tercero, cuarto y quinto del Artículo 51 de la Constitucional de 1980.

Respecto a la duración en el cargo, el reemplazante que llena la vacante ejercerá su cargo por el tiempo que le restare, así lo establece el inciso séptimo del Artículo 51⁷.

La norma constitucional prohíbe las elecciones complementarias (inciso final, Artículo 51 Constitución). Resulta del principio contenido en el inciso 2° del Artículo 15 de la Constitución. “Sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución”.

De esta forma, se limita la participación ciudadana y en cambio, los partidos políticos reciben un mayor rol protagónico. Para algunos hay argumentos positivos, como es evitar gastos electorales, mantener la mayoría parlamentaria en el Congreso Nacional y la misma línea política

⁶ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo III, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013, pp. 267 a 269.

⁷ VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo III, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2014. p. 146.

ideológica, evitando una polarización entre los partidos políticos.

El Tribunal Constitucional, (Rol n° 1.357 de 2009), sostuvo que “la designación de la diputada Tohá como Ministra no está prohibida” Que del citado precepto (alude al Artículo 59 de la Constitución) por su tenor explícito y categórico, se deduce inequívocamente que no se prohíbe a un parlamentario asumir el cargo de Ministro de Estado, estableciéndose sólo una incompatibilidad para el ejercicio simultáneo de ambas funciones.

Que el nombramiento en un cargo ministerial implica la ocurrencia de una incompatibilidad sobreviniente para ejercer el cargo en función del cual se encuentra establecida, es decir, el cargo de diputado o senador. Se prohíbe, entonces, el ejercicio simultáneo de funciones parlamentarias y ministeriales, debiendo optar el parlamentario por mantenerse en su cargo o perderlo para ejercer funciones en el gabinete político....

Que el Artículo 59 no admite otra interpretación. Entender que se impide la designación como ministro de un parlamentario, es restringir-contraria la letra y el sentido de precepto-el mandato constitucional.

Concluye que es un caso de incompatibilidad sobreviniente como consecuencia de configurarse una causal de cesación en el cargo parlamentario”⁸.

CAPÍTULO II

IDEAS CENTRALES SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO

A continuación, se aborda el tema analizando principios esenciales, como la soberanía popular y soberanía nacional, también los principios de legalidad, legitimidad y la participación del ciudadano.

Teoría de la Soberanía Popular y Nacional

Desde los cimientos de la Ilustración -como movimiento filosófico-político en Francia, -Siglo XVIII-, se esbozan una de las influencias más importantes en el acontecer de la política Hispanoamericana, e incluso para el resto del mundo; llegándose a consolidar el concepto de poder soberano, como una de las máximas en la visión Republicana; atributo indiscutido para que las grandes masas de la población logren insertar el idealismo -en un principio- haciéndose parte en las decisiones de sus Estados.

En efecto, aparecen variados exponentes de la era Ilustrada francesa, destacando entre éstos; *Jean Jacques Rousseau*, con su obra indiscutida *El Contrato Social*; *Charles Louis de Secondat, Señor de la Bréde y Barón de Montesquieu* con el *Espíritu de las Leyes* y; *Emmanuel Joseph Sieyès* con su obra principal *¿Qué es el tercer Estado?* quienes, fueron los pioneros en desarrollar una cultura política, capaz de impetrar en las mentes de los gobernados en un régimen absolutista; considerando respectivamente, la teoría de la soberanía popular, la división de poderes del Estado y la teoría de la soberanía nacional. No obstante, lo anterior, será menester trabajar solamente sobre el primero y tercero de ellos.

La teoría de la soberanía popular, intenta explicar principalmente la canalización del poder,

⁸ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *ob. cit.*, p. 269.

esto es; sobre cuál (es) titular (es) descansa la atribución de ejercer el mandato soberano, que permita el correcto y adecuado uso de la representatividad del Estado, todo lo anterior bajo la idea del Contrato Social, el cual, en palabras de Carré de Malberg postula que “*cada uno de los individuos, naturalmente libres e iguales consiente en la enajenación total de su persona a favor de la comunidad, en tanto que se subordina, él y su voluntad, a la suprema dirección de la voluntad general, la que se convierte así en soberana. Pero, por otra parte cada miembro es admitido por todos los demás como parte indivisible del todo, y por consiguiente, la misma voluntad general no es sino una resultante de voluntades individuales*”⁹. Para esto, Rousseau concibe la soberanía, como una característica del poder político, bajo la cual, no se admite poder en contrario, dentro de los límites que la circunscriban, traducido esto, por ejemplo, en el no intervencionismo en el ámbito interno de un Estado. Así también el ejercicio de dicha soberanía, debe ser ejercido por el pueblo, entendiendo que a cada ciudadano le corresponde una alícuota de la soberanía, y éstos en suma configuran la masa dotada y legitimadora de la cual emanan las decisiones para poder elegir a los representantes que se proponen, ya que, el sufragio es un derecho pre- estatal intrínseco de la personalidad. Como consecuencia de lo anterior, aparece como resultado aparejado a la teoría en comento, el mandato imperativo, pues la voluntad general no admite límites.

En cuanto a la teoría de la soberanía nacional, el Abate Sieyès postula que la soberanía no recae en sujetos aisladamente para su ejercicio, sino que en la Nación vista como un conjunto, en consecuencia, nadie tiene derecho a ejercitar individualmente ninguna función soberana. Sin embargo, al ser la Nación un ente abstracto que no puede operar libremente y a su vez, los representantes no son soberanos, dicha dinámica expresa la necesidad de que estos últimos deben concurrir como requisito copulativo para expresar la voluntad de la Nación. De esta manera, se configura el esquema dinámico entre ambas teorías, ya que, la Carta Fundamental en su Artículo 5 inciso 1°; nos refrenda la idea de que “*La soberanía reside esencialmente en la Nación, (Teoría de la Soberanía Nacional) pero a su vez quien ejerce dicha soberanía es el pueblo a través de diversas manifestaciones, ya sea, las elecciones periódicas y/o plebiscitos, (Teoría de la Soberanía Popular).*”

La soberanía popular es uno de los elementos básicos de legitimidad del sistema democrático y base de la relación política entre titulares y destinatarios del poder; suele aparecer asociada a la cuestión del consenso básico respecto de la democracia constitucional como forma de vida.

La representación se legitima si, además de surgir de un proceso electoral, se apoya en el consenso de los gobernados, al ser aquella intérprete de opiniones, valores, intereses, creencias y necesidades, constituyéndose de este modo no solo en fuente de poder, sino de autoridad.

Correlación entre los Principios de Legalidad y Legitimidad en los Actos Públicos

El Estado de Derecho tiene por objeto asegurar la libertad de los individuos y todos sus derechos, ello significa la idea de participación de la representación popular en el proceso de formación de la ley como requisito indispensable del Estado de Derecho¹⁰.

La idea de la legalidad en los actos públicos pertenece a una cosmovisión sin la cual, la administración pública carecería de dotación y plena efectividad en el ejercicio de un Estado políticamente moderno, ya que, las bases de una democracia constitucional descansan bajo el mandato imperativo de que, quienes detentan el poder, deben necesariamente corresponder a sus funciones en el antes (considerando causales de inhabilidad), en el durante (considerando causales de incom-

⁹ CARRÉ DE MALBERG, RAYMOND, “Teoría General del Estado, cuestiones de Constitucionalidad”, *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, Universidad de México, 1948, p. 876, [fecha de consulta: 15 de noviembre 2017]. Disponible en <http://revistas.juridicas.unam.mx>

¹⁰ ALDUNATE LIZANA, EDUARDO, *Derechos Fundamentales*, Primera Edición, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 66.

patibilidad), y en algunos casos con posterioridad (caso del Presidente de la República y, Ministros de Estado).

De acuerdo al precepto constitucional, “*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*”. (Inciso 1°, Artículo 7° de la Constitución Política). De la expresión “*previa investidura*”, se desprende inmediatamente que el origen del nombramiento debe ajustarse a los requerimientos de éste. Por consiguiente, si el sujeto elegido por el voto popular es instalado en el cargo para el cual se postuló, dicho nombramiento es plenamente válido, toda vez que el cuerpo electoral (a través del ejercicio del mandato imperativo que recae en este último, delega en el primero); debe concebir que los representantes de un determinado Estado son los depositarios de la soberanía, y ésta no puede quedar relegada a terceras intenciones, actos arbitrarios y/o incluso a grupos intermedios (partidos políticos) que, acto seguido, transgredan deliberadamente el sentido exclusivo y pertinente de la función del sufragio, frente a la voz legítima del cuerpo electoral.

Por otra parte, el correcto funcionamiento de un Estado de Derecho, conlleva necesariamente a la idea de una democracia exenta de vicios, la cual, desde el momento en que queda expuesta al simple arbitrio de ser determinada por las decisiones de unos pocos se desnaturaliza la esencia del régimen político de gobierno.

Por lo expuesto, todo régimen político se fundamenta en el principio de participación política del ciudadano. En ese sentido, se examina el principio de participación política y su reconocimiento en Chile, este principio representa un elemento legitimador del poder político, se encuentra reconocido en los siguientes preceptos constitucionales y legales:

Constitucionales

- Artículo 1° inciso 3°: El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios que integran la sociedad (elemento de cohesión social y política).
- Artículo 1° inciso 5°: Es deber del Estado...asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.
- Artículo 5°, inciso 1°: Titularidad de la soberanía: La Nación y su ejercicio directamente por el pueblo e indirectamente por los representantes.
- Artículo 15 inciso 2°: Sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución. Ello es propio de una democracia representativa.
- Artículo 18: Igualdad entre los miembros de los partidos políticos e independientes.
- Artículo 19 N° 14°: Regula el ejercicio del derecho a petición.
- Artículo 19 N° 15, inciso 5°: Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana...”
- Artículo 32 N° 4: Atribuciones especiales del Presidente de la República: Convocar a plebiscito (Artículo 128).
- Decretos con fuerza de ley (Artículo 64), el Presidente de la República necesita la autorización del Congreso Nacional para dictarlos.
- Artículo 93: Atribuciones del Tribunal Constitucional: Convocatoria a plebiscito: resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad con relación a la convocatoria (N° 5).
- Artículo 118 inciso 2°: La participación de la comunidad local en las actividades municipales.
- Artículo 118 inciso 4°: Las municipalidades...asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.
- Artículo 118 inciso 5°: Regula la consulta no vinculante o plebiscito.
- Artículo 118 inciso 7°: Las municipalidades... una adecuada participación ciudadana.
- Artículo 119 inciso 2°: El Concejo será un órgano... participación de la comunidad local.
- Artículo 128 inciso 2°: Plebiscito constitucional: es atribución exclusiva del Presidente de la

República convocar a plebiscito para resolver las diferencias entre el Presidente y el Congreso en materia de reforma constitucional.

Legales

- Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, que destina al plebiscito comunal, párrafo 3: “De los plebiscitos comunales, Título IV: De la participación ciudadana”.
- Ley N° 20.500 “Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública”.
- Ley N° 20.840 “Sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional”.

Como consecuencia de la participación ciudadana, se alcanza una mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de las políticas públicas; y una mayor legitimidad y sentido de pertenencia a la sociedad civil.

En función de lo anterior la Constitución Política de la República consagra en su Artículo 4: “*Chile es una República Democrática*”. En efecto, es una democracia representativa con elementos de democracia semi-directa o semi-representativa, como son los plebiscitos.

Desde el punto de vista de la relación entre las funciones ejecutiva y legislativa, se regula un sistema de gobierno de carácter presidencialista reforzado y vigorizado, toda vez, que el Presidente de la República concentra una alta hegemonía de poder político, en su rol de co-legislador y poderes extraordinarios en periodos de crisis institucional.

Atendida la multi-territorialidad que abarca el compromiso de sus competencias, queda en evidencia de manera manifiesta, el importantísimo rol que juegan dichas autoridades, a lo cual, nos parece muy atinente destacar el grave problema que se produce frente a la indefensión de aquellos distritos electorales y/o circunscripciones senatoriales que eventualmente quedasen sin representación. En el caso de las candidaturas independientes, cuando éstas no pertenecen a una coalición o a un partido quedan excluidas de la participación política, vulnerando como ya se señaló el principio de igualdad de oportunidades consagrado en la norma del Artículo 18 de la Constitución.

La democracia constitucional representa el reconocimiento constitucional de los derechos humanos y la concepción de que los titulares o integrantes de los órganos del Estado son elegidos en votación directa.” Todos los que se ven afectados por una decisión deben tener la oportunidad de participar en la toma de decisiones, bien directamente o por medio de representantes elegidos”¹¹.

En ese sentido, se debe concebir el Estado de Derecho como el resultado del proceso de institucionalización jurídica-política de la democracia¹².

CAPÍTULO III

EVALUACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 2005

Transferencia de titulares de cargos parlamentarios en las carteras ministeriales

A partir de la Reforma Constitucional del 2005 se realizaron una serie de enmiendas dentro de las cuales se permite a los diputados y senadores en ejercicio acceder a una cartera ministerial

¹¹ LEWIS, ARTHUR en LIJPHART, *Arend, Las Democracias Contemporáneas, El modelo de democracia de consenso*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 37.

¹² DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho, Legitimidad Democrática*, Alianza Editorial, S.A, Madrid, 2002, p. 75.

cuando el Presidente de la República así lo requiera. Dicho mandamiento genera un problema que le sucede, toda vez que el parlamentario propuesto como Ministro de Estado debe renunciar a su labor de origen, deslegitimando la titularidad de su cargo, puesto que, debe ser reemplazado por otro titular que precisamente no es elegido a través de elecciones periódicas. A juicio del profesor Manuel Núñez Poblete el problema radicaría bajo dos ejes principales¹³:

A la luz del artículo 57 N° 1 y 2 de nuestra Constitución Política no se prohíbe a los parlamentarios asumir como Ministros de Estado; pero si se inhabilita a éstos últimos para optar al cargo público de parlamentario.

La norma regula que: “No pueden ser candidatos a diputados ni a senadores:

1. Los Ministros de Estado
2. Los gobernadores regionales, los delegados presidenciales provinciales, los alcaldes, los consejeros regionales, los concejales y los subsecretarios...”

La otra limitante que constituye un requisito para que el Presidente de la República no nombre a parlamentarios en ejercicio como Ministros de Estado, se desprende del inciso final del artículo 60 del Código Político, el cual señala que, se permite la renuncia de parlamentarios en ejercicio cuando como consecuencia de una enfermedad grave se ven impedidos de desempeñarlos. En consonancia con lo anterior, el espíritu de la norma pone de manifiesto la importancia del cargo parlamentario, ya que, el titular no puede disponer de éste, por cuanto su sola voluntad no basta para dejar de ejercerlo.

Sin embargo, el principal inconveniente queda de manifiesto al permitirse el nombramiento de parlamentarios en ejercicio como Ministros de Estado, ya que podría confundirse la independencia entre el Poder Legislativo y Ejecutivo, característica propia en un régimen presidencial.

A su vez dicha situación, genera por una parte perjuicios al sistema político, por cuanto se confunden las funciones del órgano legislativo y el ejecutivo, en perjuicio de la fiscalización que realiza la Cámara de Diputados frente a los actos del gobierno. A su vez se afecta el mandato representativo del parlamentario que tuvo como fundamento de su investidura la expresión del poder soberano del pueblo manifestado en elecciones periódicas, competitivas, regladas e informadas. En consecuencia, se infringen los principios del Estado de Derecho y del régimen político.

Inconvenientes de legitimidad en el mecanismo de reemplazo: situación general frente a la designación de vacantes parlamentarias

A partir de la Reforma del 2005, se ha instalado el debate sobre la prerrogativa exclusiva de los partidos políticos para reemplazar los escaños parlamentarios en caso de fallecimiento, destitución o renuncia, que se ha realizado para asumir el cargo de Ministro.

La coacción o imposición de un representante a un distrito o circunscripción específica, sin mediar la voluntad o participación ciudadana a través de la votación, y la alta cuota de discrecionalidad partidaria presente en la decisión, generan un justificado rechazo en un país que aspira a mejorar la calidad de su democracia.

Desde una perspectiva conservadora, puede justificarse la existencia de este mecanismo de reemplazo con la idea de conservar los equilibrios partidistas derivados de la elección parla-

¹³ NÚÑEZ POBLETE, MANUEL., *Sobre la designación como Ministros de Estado de los parlamentarios en ejercicio, en sentencias destacadas*, Libertad y Desarrollo. Santiago, 2009, p. 103.

mentaria. Sin embargo, la existente regulación presenta desventajas; ya que el mecanismo vigente desconoce absolutamente el rol que le corresponde a la ciudadanía en la elección de sus representantes existiendo claramente un traslado de la soberanía. Así parece erróneo entregar un poder tan trascendental a grupos intermedios politizados, lo que según Criado se enmarca dentro de teorías que proponen a los partidos políticos como “guardianes de la representatividad, lo cual en este caso sería un extremo porque aparte de guardianes asumirían un rol que no les corresponde explícitamente y naturalmente, que sería la elección de sus representantes lo cual sería considerado como poco democrático ya que es el electorado quien debiera elegir a sus representantes”¹⁴.

Por otra parte es irrefutable que los partidos políticos o grupos intermedios son esenciales para la existencia de la democracia representativa en sí, no solo para hacer viable el ejercicio de la soberanía representada y la expresión de corrientes de carácter público, sino también como instrumentos necesarios para la realización de la cultura política, cumpliendo funciones primordiales como organización de las candidaturas y elecciones de representantes, promoción en la generación de liderazgos y cuadros políticos, funciones que tienen por objeto la intermediación de las demandas de la sociedad civil, pero otra cosa muy disímil es dotarlos de la potestad de designar a los representantes del pueblo en el parlamento.

En este sentido se menciona que: “la transformación del sistema de reemplazo significó una consagración de la partidocracia. Que precisando el concepto distingue tres categorías; partidocracia electoral, es decir, el poder del partido de imponer al electorado que lo vota el candidato preelegido por el partido; por otro lado, la partidocracia disciplinaria, es decir el poder del partido de imponer al propio grupo parlamentario una disciplina de partido; y por último, la partidocracia literal o integral, es decir, la fagocitación partidista del personal parlamentario, para decir que una representación que se afirma en primera instancia en la vida civil es sustituida por una representación de extracción eminentemente partidista-sindical, burocrática o de aparato”¹⁵.

Sin olvidar que no existe una democracia perfecta, el mecanismo de reemplazo afecta la legitimidad del régimen político, ya que, precisamente esta es una de las amenazas que acechan a la democracia; peligro que consiste en privilegiar los intereses de sectores políticos por sobre los intereses de la ciudadanía, ente primordial y exclusivo para elegir a sus representantes a través de un acto libre y voluntario, entregándoles la plena investidura política a sus representantes.

Problemas de interpretación sistémica en el Código Político

La Carta Fundamental regula en su capítulo primero “*Bases de la Institucionalidad*”- en opinión del profesor José Luis Cea Egaña - una *cosmovisión proyectada* del Estado de Derecho en una Democracia Constitucional considerando, los aspectos más fundamentales que emanan de la naturaleza humana, así como también del modelo políticamente vigente de un Estado Moderno¹⁶.

Visión similar es la esgrimida por el profesor don Alejandro Silva Bascuñán, considerando que “la trascendencia de las reglas incluidas en el capítulo I tiene que ser apreciada y observada por quienes, órganos o gobernados, deben sujetarse a ellas, con mayor razón por aquellos llamados particularmente a interpretarlas, como son el mismo legislador y los órganos jurisdiccionales instituidos directamente con tal propósito por la ley fundamental o autorizadas indirectamente a hacerlo aplicar sus preceptos”¹⁷.

¹⁴ CRIADO, MARCOS, Nuevas formas de protección del mandato Parlamentario en España e Italia, *Revista del Instituto de Estudios Políticos*, Universidad Central de Venezuela, Volumen 25, n°28, 2002 pp. 35 a 60.

¹⁵ LIZAMA, FELIPE, *Historia y reflexiones sobre el art 51 provisión de vacantes parlamentarias (A propósito de la incorporación de nuevos senadores y diputados)* Disponible en: www.diariocostitucional.cl/articulos 2011.

¹⁶ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 2013, p. 39.

¹⁷ SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile,

El mencionado capítulo realiza una proyección de los principios inspiradores que sostienen el aspecto sustantivo del Código Político. Así, por ejemplo, si existiere incoherencia frente a la interpretación sistémica, normativa, valorativa o axiológica, teleológica o gramatical entre capítulos discordantes que componen el texto constitucional se preferirá el espíritu del constituyente propuesto a partir del Capítulo I, como norma rectora y supletoria de los preceptos constitucionales, ya que, el valor del cuerpo permanente es más semántico que normativo, si consideramos la terminología clásica planteada por Loewenstein¹⁸.

En relación al rol del Estado, cabe señalar que el inciso 5° del Artículo 1 preceptúa: “*Es deber del Estado ... asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*”.

En efecto, es menester que el Estado asegure el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional; lo cual constituye la primera crítica a la forma de proveer los cargos vacantes de parlamentarios, toda vez que éstos debieran proveerse a través de elecciones que legitiman su fuente y no por la vía de la nominación que realiza un partido político como solución en la actualidad. La primicia que sostiene la incongruencia del actual mecanismo de provisión de cargos parlamentarios frente a la posibilidad de vacancia transgrede no tan solo el principio de legitimidad de los actos públicos, sino también el principio de igualdad, ya que, al no asegurarse la igualdad de oportunidades en la vida nacional, también se transgrede abiertamente el mandato impuesto en el Artículo 18 de la Constitución relacionado a: “... *la plena igualdad entre los independientes y los partidos políticos tanto en la presentación de las candidaturas como en su participación en los procesos señalados...*”.

En relación a lo anterior, se termina configurando la vulneración del principio reconocido en el Artículo 19 N° 2 “*la igualdad ante la ley*”, ya que al señalar que no hay personas ni grupos privilegiados, implícitamente se estarían exceptuando los grupos intermedios denominados partidos políticos, por cuanto éstos, si gozarían de un privilegio que vulnera de manera expresa el rol de la teoría de la soberanía popular y nacional según dispone el inciso 1° del Artículo 5 de la Constitución.

El principio de participación ciudadana se ejerce en un contexto de democracia representativa (inciso 2°, Artículo 15 de la Constitución), y no puede existir la posibilidad de no haber reemplazo cuando una candidatura se constituye como independiente, si no ¿Cuál sería la representatividad en ese caso?

Como ya se abordó precedentemente, el Artículo 4 de la Constitución Política señala: “*Chile es una república democrática*”, disposición que engloba la forma política de gobierno, así como también la forma en cómo debe ejercerse el poder. La democracia, no solo debe conceptualizarse como una alternativa política sino también, como un estilo de vida, a partir del cual, se establece un respeto a las mayorías por sobre las minorías.

Corresponde preguntarse, ¿cómo se hace efectiva la democracia? Tema que debe relacionarse con la Constitución, ya que ésta es el instrumento jurídico necesario para realizar el ideal de la democracia dentro de un Estado¹⁹.

Sin embargo, el problema se origina cuando la voluntad de dichas mayorías es atropellada

Santiago, 1997, p. 18.

¹⁸ CRUZ-COKE OSSA, CARLOS, “Constitucionalismo chileno y su evolución”, *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, n° 20, 2009, p. 564.

¹⁹ ESCOBAR BERGUES, DIEGO, “La Democracia. Principio Constitucional” en *Revista Jurídica Uca Law Review*, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Centro de Estudiantes de Derecho, Asunción-Paraguay, 2016, p. 21.

por la voluntad de una minoría; toda vez que los partidos políticos tienen la atribución de nominar al titular de reemplazo frente a la provisión de vacantes parlamentarias. De acuerdo a los Artículos 47 y 49 de la Constitución Política la elección de sus miembros debe ser a través de la votación directa por los distritos electorales o por las circunscripciones senatoriales respectivamente.

En la hipótesis de aceptar el mecanismo que actualmente impera frente a la provisión de cargos parlamentarios por la vacancia de éstos, cabe advertir, que se atenta directa y absolutamente contra la lógica de establecer elecciones periódicas de votación directa, por cuanto en un primer ejercicio, se pretende legitimar la fuente del candidato aspirante a parlamentario y en un segundo ejercicio se deslegitima completamente la voluntad popular que valida dicho acto a través del sufragio.

Respecto a la situación de los parlamentarios de partidos políticos independientes cabe recordar que el artículo 51 en su inciso 5° de la Constitución hace una especial distinción entre los parlamentarios que pertenecen a los partidos políticos y los no pertenecientes a partidos políticos, los segundos denominados independientes. Respecto de estos últimos la vacante no es proveída, a menos que el independiente electo haya sido candidato integrando una lista en conjunto con uno o más partidos políticos, caso en el cual el respectivo partido será quien determine el reemplazante del independiente que deja el cargo.

Para algunos no constituye una discriminación meramente arbitraria, sino que se trata de una imposibilidad, dada la naturaleza propia de lo que significa ser independiente. Esta consecuencia resulta discordante con varias normas tendientes a emparejar las condiciones de participación de los independientes en relación con los militantes de partidos políticos, además de infringir o vulnerar el deber que el Estado asume en el inciso 5°, Artículo 1 de la Constitución Política.

De acuerdo con la Ley Orgánica Constitucional N°18.700 sobre votaciones populares y escrutinio, modificada por la ley N°20.840 que sustituye el sistema electoral por uno de carácter inclusivo, consagra iguales condiciones para optar a cargos públicos de elección popular tanto a militantes de partidos políticos como a independientes y avalará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos, tanto en su presentación de candidaturas como su participación activa en los demás procesos.

Por otra parte, al no proveer las vacantes dejadas por independientes sus votantes quedan en los hechos sin representación en el Congreso, lo que finalmente reduce el valor de la participación ciudadana en la vida nacional; ello fortaleciendo los votos de militantes, pues dicho sufragio conquista un mayor valor al debilitar una minoría independiente capaz de hacer contrapesos a una de las mayorías ya claramente asentadas.

Siguiendo esta misma línea de interpretación, en relación al inciso 4° del Artículo 51 de la Constitución, se concluye que esta disposición vulnera la soberanía del cuerpo electoral que eligió a dicha autoridad, también esta norma viene en resarcir nuevamente la contravención al principio de igualdad y a poner de manifiesto la categoría de grupo privilegiado de los partidos políticos, atendiendo a que si el titular del cargo parlamentario no se encuentra inserto en un partido político no goza de igualdad de oportunidades en la vida nacional como lo representa el Artículo 1 inciso 5° y menos aún, cuando queda totalmente desprovisto de la garantía consagrada por el principio de participación electoral en el Artículo 18 de la Constitución.

De acuerdo a lo expuesto, esta realidad es vivencialmente problemática, ya que, los independientes son principalmente los que resguardan con especial ahínco la voluntad de las minorías, por ejemplo, en un grupo étnico de una zona geográfica determinada dentro de un país, no provisionar un mecanismo de remplazo para éstos aparejaría grandes consecuencias, acto seguido irrogaría un especial desconocimiento en cuanto al carácter de los proyectos o planes que éstos representan dentro del universo de sus electores.

CAPÍTULO IV

BREVE SÍNTESIS DE LA VACANCIA PARLAMENTARIA EN EL DERECHO COMPARADO Y LOS INTENTOS DE SOLUCIÓN EN CHILE

En el derecho constitucional comparado existen diferentes procedimientos para proveer la vacancia, por ejemplo:

- La elección de suplentes y titulares al mismo tiempo.
- La elección por la Cámara a la cual pertenece el parlamentario a propuesta del partido político en forma unipersonal, en terna o quina.
- Integración por derecho propio, como la de aquél que habría resultado elegido de no considerarse al electo, sea del partido o de la agrupación de partidos.
- La elección complementaria como instancia de participación de la ciudadanía.

También hay diferencias si se trata de un régimen bipartidista, en caso de no haber suplentes elegidos, ocupará la vacante otro candidato de la misma lista si el sistema electoral es pluripersonal. En cambio, si es un sistema de elección unipersonal, se recurre al mecanismo de nombramiento por la Cámara respectiva a propuesta del partido al que pertenece el reemplazo.

En los sistemas multipartidistas, hay que distinguir si se autorizan los pactos electorales. En caso de que no se permita y cada partido presenta su propio candidato a una lista, se aplica la regla del régimen bipartidista. Si se autorizan los pactos electorales entre partidos, se integra al candidato del mismo partido de la lista si el sistema electoral es pluripersonal o al candidato del otro partido. Si no se aplica esta regla, hay elección por la Cámara respectiva a propuesta del partido al que pertenecía el reemplazado.

En el caso de los independientes, no se aceptan los reemplazos, salvo que se provoquen problemas de funcionamiento de la institución parlamentaria, en ese caso se llaman a elecciones complementarias. Se trata de favorecer al partido del reemplazado o si no fuere posible, a otro partido del pacto, pues el elector, al votar por la lista de una combinación, en los hechos acepta la posibilidad de que resulte elegido un candidato diferente²⁰.

En conclusión

En el derecho comparado encontramos diferentes sistemas, por ejemplo, hay casos en que la elección comprende al titular y suplentes, la elección por la cámara legislativa, también la integración por derecho propio, como la de aquél que habría resultado elegido de no considerarse al electo, sea del propio partido o la coalición de partidos y finalmente se regula la elección complementaria por la ciudadanía. Como ya se indicó, ello está determinado por el sistema de gobierno y el sistema electoral.

Proyectos de reformas presentados en el Congreso Nacional

El primero de ellos se presentó en 1998 motivado por la muerte del Senador Carlos Letelier, por parte de diputados de todas las bancadas políticas. Este proyecto proponía que fuera el Senado o la Cámara, dependiendo del caso, quienes eligieran al sucesor de un parlamentario, entre una terna propuesta por el partido político que tenía ese escaño. Ese proyecto está por cumplir 13

²⁰ Reforma de la Constitución Política de la República de 1980, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Valparaíso, 2001, pp. 298-299.

años en el Congreso, sin que haya tenido movimiento alguno.

En el 2007 se propone la elección como mecanismo para determinar al reemplazante del parlamentario que no siguieran en ejercicio de su cargo.

Posteriormente en el 2009 se presenta una reforma constitucional sobre el tema, pero esta vez con la intención de establecer la inhabilidad de los parlamentarios por ocupar cargos en el gabinete.

En el 2011 seis proyectos de reforma constitucional ingresaron al Congreso (Boletines 7461, 7462, 7455, 7460, 7464 y 7545). Cada uno con sus matices, algunos proponiendo inhabilidades, otros estableciendo mecanismos de elección de reemplazantes provenientes de los diferentes sectores políticos.

CONCLUSIONES

El mecanismo de reemplazo significa sustituir un elegido en forma democrática por otro designado. Ello representa un medio que privilegia los intereses de la clase política en perjuicio de la voluntad ciudadana afectando de esta manera el ejercicio de la soberanía y los principios de igualdad, legalidad, legitimidad y participación ciudadana. Desde una perspectiva conservadora, puede justificarse la existencia de este mecanismo de sustitución con la idea de conservar los equilibrios partidistas derivados de la elección parlamentaria.

Se considera que las funciones como miembro del Poder Legislativo se desnaturalizan, incluso más aún, considerando que las solas posibilidades de dichos nombramientos distorsionan las funciones mismas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, ya que, posteriormente los mismos titulares que fiscalizaban, serán los fiscalizados con posterioridad.

De esta manera, se está afectando la legitimidad, atributo del Estado que se traduce en la existencia en una parte de la población de un grado de consenso que asegura la obediencia sin que sea necesario recurrir a la fuerza, transformando la obediencia en adhesión²¹.

El concepto de legitimidad se relaciona con la noción de justicia o de razonabilidad. En efecto, *“La legitimidad no considera solamente a las fuerzas políticas, también supone la aceptación de las reglas del juego, son las normas sobre la que opera el régimen”*. *“Un Estado es más o menos legítimo en la medida en que realice el valor de un consenso manifestado libremente por parte de una comunidad de hombres...”*²².

Es decir, *“la legitimidad reviste una armonía más profunda que la que proviene meramente de la regularidad técnica de la ordenación positiva y se sitúa en un plano más esencial que toma en cuenta la inspiración y el propósito del mandato público...”*²³.

La conservación del poder político se logra, entre otros factores con la participación masiva en el proceso de selección de las autoridades, de ello depende también la conservación del poder²⁴.

En toda democracia, el pluralismo político es un valor del ordenamiento jurídico, junto con

²¹ BOBBIO, NORBERTO, *Diccionario de Política*, Biblioteca Virtual Universal en www.biblioteca.org.editorial del Cardo, 2006.

²² BOBBIO y MATTEUCI, en RUZ, LUIS, *Legitimidad. Diccionario de Ciencia Política*, Universidad de Concepción, 1982, pp.193-194 y 195.

²³ SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional, Principios, Estado y Gobierno*, Tomo I Editorial J. de Chile, 1997, p. 259.

²⁴ BARROS, ENRIQUE, *Poder y Derecho en la Democracia Representativa*, Ediciones U. Católica de Chile, Santiago, 1990, p. 123.

la igualdad, la libertad y la justicia. Por ello se debe tutelar este principio al reconocer y amparar las diversas identidades políticas y las ideologías respetando el principio de igualdad política que se encuentra garantizado en la norma constitucional en diversos preceptos constitucionales²⁵.

La representación política se legitima cuando es el resultado de un proceso electoral y se apoya en el consenso de los gobernados. Hay que tener presente que el Estado moderno está construido sobre la base esencial de la participación del pueblo en el ejercicio del poder.

En la actualidad, cobra significación el rol del ciudadano, de los partidos políticos y los grupos intermedios, como lo señala el autor español Josep Vallés, es necesario vincular el “poder con el mundo de las ideas y los valores, es en este mundo donde se encuentran las raíces de la legitimidad de un sistema político determinado y de cada una de las demandas y propuestas que propugnan los diferentes actores. Esta relación no será siempre la misma y variará según las épocas y sociedades...”²⁶.

En consecuencia, se impone perfeccionar la democracia, que exige numerosos cambios al sistema político vigente, los requerimientos de la ciudadanía son mayores, reclamando más participación, control, transparencia en la actuación de las fuerzas políticas y capacidad decisoria.

Cabe señalar que un sistema democrático es inconcebible sin la existencia de partidos políticos. La importancia de estas instituciones estriba en su participación en la integración de los órganos de representación y gobierno, y en las funciones de intermediación entre el Estado y la sociedad civil. En efecto, son un nexo de la ciudadanía con los poderes estatales, ordenando y canalizando los requerimientos de la sociedad civil con sujeción a doctrinas y programas de bien común. Se trata de organizaciones que pasan por una fuerte crisis de credibilidad, de apoyo ciudadano y de debilidades en su funcionamiento, pero no podemos desconocer que son fundamentales en cualquier régimen democrático.

La democracia en cuanto forma de gobierno y en cuanto concepción filosófica, política, constituye un ideal y un objetivo que impone “Un proceso constante de mejoramiento y superación. Debe comprender un espacio político-jurídico, pero además ha de contener de manera imprescindible elementos económicos, social y cultural, para poder llegar a constituir la expresión de una verdad vital”²⁷.

En síntesis, se pone de manifiesto el compromiso del Parlamento con la sociedad, tema que está vinculado con la agenda parlamentaria y con la consolidación de la democracia.

En conclusión, debemos alcanzar una democracia plena, no sólo formal, también material con el reconocimiento de los derechos, libertades, valores y garantías, afianzando el vínculo entre el Estado y la sociedad civil.

Por tanto, resulta necesario vincular el Estado de derecho con la democracia. En efecto, el Estado de derecho es el resultado del proceso de institucionalidad jurídica política de la democracia²⁸.

La plena vigencia del Estado de Derecho y de las instituciones democráticas determinan

²⁵ Sin pluralismo no hay democracia (STC 567-2010, Considerando 22). “Que la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia...se enmarca dentro de la libertad. Se define como el reconocimiento de la diversidad, comprende libertad para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica”.

²⁶ VALLÉS, JOSEP MARÍA, *Ciencia Política. Una introducción*, octava edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, p. 41.

²⁷ GROS ESPIELL, HÉCTOR, *La democracia en el sistema interamericano en temas internacionales*, Melibea ediciones, Montevideo, 2001, p. 418 en CORREA FREITAS, Rubén, *El Parlamento y el Estado Social de Derecho*, p. 125.

²⁸ DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho. Legitimidad Democrática*, Alianza Editorial, SA, Madrid, 2002, p. 75.

muchos requerimientos en la comunidad política, en la toma de decisiones, como es la exigencia de la participación ciudadana. Ello incide en la estabilidad de las instituciones democráticas y, en definitiva, en la consolidación de una convivencia armónica y pacífica.

Por todo lo expuesto, se concluye que una posible alternativa sería llenar las vacantes por medio de los suplentes designados al tiempo de las elecciones, del modo que establezca la ley y sin realizar una nueva elección. Para ello, se deberá lograr un acuerdo nacional entre las fuerzas políticas, tema que debe ser objeto de estudio en el Congreso Nacional.

Se trata de cuidar la legitimidad de “Futuras inestabilidades e insatisfacciones y ello implica, a la vez que la historia puede de alguna manera volver a comenzar”²⁹.

Por lo expuesto, en todo régimen político es de suma relevancia una amplia participación ciudadana, formar en ciudadanía, ello impone un cambio en la relación Estado-Sociedad civil. En efecto, se busca una mejor democracia y mejores instituciones.

Finalmente, es relevante abordar el tema tomando como base los principios contenidos en la Carta Fundamental Democrática Interamericana aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001. En efecto, en este documento se destaca que la democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al ordenamiento constitucional. Ello está acompañado por un sistema de frenos y contrapesos a la actuación de los órganos del Estado que constituye un elemento del Estado de Derecho y de la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZANA, EDUARDO, *Derechos Fundamentales*, Primera Edición, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008.

ARAGÓN, MANUEL, *Constitución y Democracia*, Editorial Tecno, Madrid, 1989.

Biblioteca Congreso Nacional, Historia de la Constitución Política, <http://www.bcn.cl> [Recuperado: 11 de septiembre de 2017].

BOBBIO, NORBERTO; MATTEUCCI, NICOLA y PASQUINO, GIANFRANCO, *Diccionario de Política*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1991.

BOBBIO, NORBERTO, *Diccionario de Política*, Biblioteca Virtual Universal en www.biblioteca.org.editorial del Cardo, 2006.

BURDEAU, GEORGE, *Tratado de Ciencia Política*, tomo IV, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

CARRÉ DE MALBERG, RAYMOND, *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS *Derecho Constitucional Chileno*, tomo III, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2015.

²⁹ FUKUYAMA, FRANCIS, *El futuro después del fin de la historia*, Estudios Públicos, n° 52, Santiago, 1993, pp. 19-20.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2013.

CRIADO DE DIEGO, MARCOS, “Nuevas formas de protección del mandato Parlamentario en España e Italia” en Politeia, *Revista del Instituto de Estudios Políticos* (Universidad Central de Venezuela) Volumen 25, N° 28, 2002.

CRUZ-COKE OSSA, CARLOS, *Constitucionalismo chileno y su evolución*, en Actualidad Jurídica N° 20, tomo II, 2009.

DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho, Legitimidad Democrática*, Alianza Editorial, SA, Madrid, 2002.

ESCOBAR BERGUES, DIEGO, “La Democracia. Principio Constitucional”, en *Revista Jurídica, Uca Law Review* Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Centro de Estudiantes de Derecho, Asunción, Paraguay, 2016.

GROS ESPIELL, HÉCTOR, *La democracia en el sistema interamericano en temas internacionales*, Melibea ediciones, Montevideo, en CORREA FREITAS, RUBÉN. *El Parlamento y el Estado Social de Derecho*, 2001.

HOBBS, THOMAS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

JUSTO LÓPEZ, MARIO, *Introducción a los Estudios Políticos*, tomo I, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1969.

KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969.

LIZAMA ALLENDE, FELIPE, Historia y reflexiones sobre el artículo 51 sobre provisión de vacantes parlamentarias (A propósito de la incorporación de nuevos senadores y diputados), [Fecha de consulta: 15 de noviembre 2018], Disponible en: www.diarioconstitucional.cl

MARITIAN, JACQUES, *Man an the State*, Phoenix Books, The University of Chicargo Press, 1951.

MOLINA GUAITA, HERNÁN, *Instituciones Políticas*, Editorial Abeledo Perrot. Concepción, 2011.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson Reuters Abelardo Perrot, Santiago, 2013.

NÚÑEZ POBLETE, MANUEL, Sobre la designación como Ministros de Estado de los parlamentarios en ejercicio, en sentencias destacadas Libertad y Desarrollo, Santiago, 2009.

PÉREZ L., RODRIGO. *Senado y Reforma Constitucional* en ZÚÑIGA URBINA Reforma Constitucional 2005, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, *Reformas Constitucionales 2005, antecedentes, debates e informes*. Santiago, Primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Reforma de la Constitución Política de la República de 1980, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Valparaíso, 2001.

RIBERA NEUMANN, TEODORO, *Congreso Nacional –Integración y fiscalización parlamentaria* en Revista de Derecho Público, Volumen 68, 2006.

SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1983.

SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo VI, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Constituciones Políticas de La República de Chile 1810-2015*, sexta edición, Santiago, 2015.

VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA, *Curso de Derecho Constitucional*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2015.

FUENTES ELECTRÓNICAS

www.bcn.cl

www.diarioconstitucional.cl

revistas.juridicas.unam.mx

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y SU APLICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND ITS APPLICATION BY ELECTRONIC MEANS

CAROLINA MARÍA GRATZIA DÍAZ ROA*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

RESUMEN: Los grandes esfuerzos de los Estados y organizaciones internacionales para lograr la uniformidad del arbitraje comercial internacional han permitido un marco legal amplio para ser aplicado por los diferentes actores que interactúan en la contratación internacional. Esta uniformidad ha ampliado su uso y ha creado medios alternativos de solución de conflictos entre las partes que interactúan en ella, dando lugar al arbitraje por medios electrónicos conocido en inglés como “online dispute resolution” el cual, se destaca por su eficacia, bajo costo y rapidez, pudiendo escogerse incluso el idioma del arbitraje y convirtiéndose así en una nueva herramienta de soluciones transfronterizas.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje comercial internacional, comercio internacional, solución alternativa de conflictos, arbitraje por medios electrónicos.

ABSTRACT: The great efforts of States and international organizations to achieve uniformity of international commercial arbitration has allowed a broad legal framework to be applied by the different actors that interact in international procurement. this uniformity has expanded its use and has created alternative means of conflict resolution between the parties involved, giving rise to arbitration by electronic means, know as online dispute resolution which, stands out, because of its effectiveness, low cost and speed, even choosing the language of the arbitration and becoming a new tool for cross-border solutions.

KEY WORDS: International comercial arbitration, international trade, alternative dispute resolution, online dispute resolution.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Magister en Derecho Privado de la Universidad de Concepción, Posgrado en Derecho Internacional Público en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Holanda. Abogada ejercicio libre de la profesión, Correo Postal: Petaloneas 17, Pingueral, Dichato, Tomé, Correo electrónico: carolinadiaz.roa@gmail.com

La unificación en materia de Arbitraje Comercial Internacional ha sido un gran esfuerzo de parte de los Estados y Organismos Internacionales, con el fin de armonizar y generar un marco legal amplio, que pueda ser aplicado por los diferentes actores que interactúan en la contratación internacional. Su estudio genera y amplía las posibilidades de lograr una uniformidad universal en materia de arbitraje comercial, integración económica y en el empleo de los nuevos medios alternativos de solución de conflictos, como es el arbitraje por medios electrónicos. La importancia de esta materia radica en la cantidad de transacciones internacionales que hacemos día a día, en las cuales normalmente los actores no se encuentran en los mismos países, sus establecimientos están en el extranjero, así que tanto para quien contrata como para quien ofrece un servicio, es fundamental que exista una forma de solución de conflictos más simple, rápida y eficaz, en la cual los actores pueden designar un árbitro de común acuerdo que dirima sus posibles controversias sin ellos tener que moverse de sus países o establecimientos, con todo lo que ello implica, tiempo, desembolsar grandes sumas de dinero e incertidumbre. Además, las partes pueden sentar las bases por las cuales el árbitro deberá dirimir el conflicto e incluso el idioma. La importancia radica, que vivimos en una época en que el futuro es hoy, por lo que es necesario acomodarnos a esta nueva realidad en que el internet domina gran parte de las relaciones entre las personas, particulares y empresas y diversos organismos nacionales e internacionales.

Este artículo busca proporcionar una mirada resumida de las principales convenciones internacionales y normas existentes a la fecha, en materia de Arbitraje Comercial Internacional y mostrar las ventajas de la aplicación del arbitraje por medios electrónicos, identificando normas y convenciones internacionales más usadas y su aplicación práctica.

En efecto, a raíz de esta nueva realidad, no es dable pensar que estas relaciones que involucran intercambios están exentas de problemas, ya que hay figuras de comercio como por ejemplo el electrónico que, si bien se encuentran reguladas por algunos Estados, en la mayoría de estos intercambios los estados no logran dar respuestas adecuadas a los requerimientos que se suscitan día a día.

Pues bien, recordemos que el Arbitraje es una forma alternativa de resolver controversias y como lo define el jurista don Ricardo Sandoval López es: “una manera de resolver controversias en la cual, una o varias personas, independientes de las partes, elegidas por ellas o por una institución de arbitraje, dirimen una contienda, aportando una solución justa basada en el derecho o en su criterio de equidad”¹. Así existen diversas clasificaciones del arbitraje, de acuerdo a la clasificación de los juristas Alejandro Romero y José Ignacio Díaz, en su obra sobre “El Arbitraje Interno y Comercial Internacional”, se puede sintetizar de la siguiente manera:

- a. Según organización: arbitraje ad hoc y arbitraje institucional; arbitraje formal o informal o irrisual; arbitraje de parte; arbitraje multipartito.
- b. Según la materia: arbitraje voluntario, arbitraje forzoso y arbitraje prohibido.
- c. Según las facultades de actuación y decisión del árbitro: arbitraje de derecho, de equidad y mixto.
- d. Según la naturaleza jurídica sobre la que versa el conflicto: civil o comercial, de derecho marítimo, de nombres de dominio de internet, entre otras.
- e. Según su ámbito de aplicación: arbitraje interno, arbitraje comercial internacional o arbitraje internacional. Ahora bien, en cuanto al ámbito de aplicación, al lugar donde se realiza y la legislación que le es aplicable, se clasifica en arbitraje nacional, extranjero e internacional. Siendo este último el que nos interesa abordar.²

¹ SANDOVAL LOPEZ, RICARDO, *Derecho Comercial Tomo III Propiedad Industrial Marcas Nombre de Dominio Patente Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Colección Tratados Jurídicos, N°123, Santiago de Chile, 2015, p. 149

² ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, DIAZ VILLALOBOS JOSE IGNACIO, *El Arbitraje Interno y Comercial Internacional, Parte General*, Segunda Edición Actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, año 2016, p.28

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (LACI).

De acuerdo con el jurista Sir Robert Jennings (profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge), observó acertadamente que “las disputas comerciales internacionales no encajan en los modos ortodoxos de procedimientos de controversias ya que se encuentran a caballo entre las fronteras de él y el extranjero y plantean cuestiones que no encajan fácilmente en la categoría de derecho internacional privado”³.

Asimismo, el jurista estadounidense George A. Bermann, señala que esto es así también para el arbitraje internacional como mecanismo particular de resolución de disputas. “En efecto, el arbitraje internacional (ciertamente el arbitraje comercial internacional) siempre estará estrechamente asociado con el derecho privado al menos tanto como asociado con cualquier división clásica del derecho. De hecho, dado el carácter internacional del arbitraje y su misión central de resolver controversias entre partes privadas puede considerarse justamente como el esfuerzo por excelencia del derecho internacional privado”⁴. Por otro lado, el derecho internacional privado visto en general es un cuerpo jurídico que entra en juego cuando se recurre a un tribunal nacional para conocer de reclamos o controversias que contienen un elemento extranjero significativo, es decir, un elemento ajeno al sistema al que pertenece el tribunal, Cheshire escribe que “es solo cuando este elemento extranjero está presente que el derecho internacional privado tiene una función que desempeñar”⁵.

El Arbitraje Internacional, siendo parte del derecho internacional privado, es aquel en el cual el árbitro no administra justicia en nombre de ningún Estado, sino que cumple una función internacional de dirimir el conflicto relativo a una relación comercial de carácter internacional sin aplicar en especial la legislación de un país determinado. Este tipo de arbitraje se distingue porque el árbitro cumple una función internacional consistente en dirimir un conflicto entre empresas o personas físicas o jurídicas, relativo a una relación mercantil de naturaleza transfronteriza, aplicando por lo general, una normativa de carácter internacional, que le permite dirimir el conflicto sobre la celebración, el perfeccionamiento, la interpretación, el cumplimiento o el incumplimiento de un contrato internacional. El conflicto que se origina respecto de un contrato comercial internacional suele llamarse contienda mercantil internacional. El árbitro resuelve esta contienda aplicando normas sustantivas o de fondo y adjetivas o de procedimiento, ambas de carácter comercial internacional.

Es imperativo señalar que las reglas sustantivas de comercio internacional, como también las relativas al Arbitraje Comercial Internacional, tienen como fuente convenciones internacionales, suscritas y ratificadas por los diferentes Estados y que, evidentemente, forman parte importante y fundamental del Derecho Mercantil Internacional. Sin perjuicio de lo anterior, existen normas que no tienen como fuente tales convenciones, sino que han sido creadas por ciertas entidades u órganos de carácter internacional, conocidas con el nombre de *Formulating Agencies*, que tienen igualmente gran aplicación por su enorme prestigio y conocimiento en el área de solución de conflictos, entre ellas podemos nombrar a UNCITRAL, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT con sede en la ciudad de Roma y la *International Chamber of Commerce*, Cámara de Comercio Internacional, con sede en Francia, entre otras.

En efecto, la normativa de UNCITRAL es la más importante en la actualidad dedicada al arbitraje comercial internacional, pero no es la única. Desde comienzos del siglo XX nacieron

³ A. REDFERN AND M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 2004, pp.62-63

⁴ GEORGE A. BERMAN, *International Arbitration and Private International Law*, ed. The Hague Academy of International Law, 2017, Chapter I, p. 17

⁵ J.J. FAWCETT AND J.M. CARRUTHERS (EDS.) CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, *Private International Law*, 14th ed. Oxford, Oxford University Press, 2008, p.3.

un sinnúmero de convenciones dedicadas al tema de estudio, entre ellas: Convenios de Ginebra de 1923 y 1927, sobre Cláusulas de Arbitraje y relativo a la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras respectivamente; Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en Nueva York, de 1958; Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra, firmado en 1961; Convenio del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones), sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Naciones de otros Estados, de 1965; Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Estrasburgo, en 1966; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá, de 1975, etc.

En la actualidad el convenio más importante sobre Arbitraje Comercial Internacional, es el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL/CNUDMI, de 1976, que si bien es un marco legislativo generalmente aceptado por los Estados, es insuficiente para lograr buenos resultados, por lo que complementan a este reglamento el Reglamento de Conciliación de UNCITRAL/CNUDMI, de 1980; la Ley Modelo de la UNCITRAL/CNUDMI sobre Arbitraje Mercantil Internacional, de 1985; la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002 y la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, modificada el año 2006, entre otros. Dentro de estos cuerpos normativos, hay que indicar que el Reglamento de la UNCITRAL/CNUDMI fue revisado en 2010 y entró en vigencia el 15 de agosto del mismo año, lo que se conoce simplemente con el nombre de Reglamento de Arbitraje Revisado.

Esta Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional es un texto uniforme que regula todas las etapas de procedimiento arbitral, el acuerdo de arbitraje, la competencia y posterior composición del tribunal arbitral, el alcance de la intervención del tribunal ordinario de justicia, el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, entre otros. Se crea así un régimen jurídico especial para el arbitraje internacional, sin afectar los Tratados Internacionales vigentes, pudiendo ser aplicado en cualquier país, así pues, se pueden realizar sin ningún inconveniente a los arbitrajes domésticos, en subsidio de la legislación interna. El campo de aplicación de la Ley Modelo LACI, está determinado por su artículo 1° N°2, que indica la regla general; las excepciones a esta regla general están contempladas en los artículos 8°, 9°, 35° y 36°, que tratan del reconocimiento de las sentencias arbitrales y la fuerza obligatoria de las mismas.

Para que un determinado arbitraje sea regido por la Ley Modelo LACI se deben cumplir requisitos: **Primero:** resulta evidente, que para que un arbitraje sea regulado por la ley en cuestión, cumpla con que este se desarrolle o tenga lugar en un país que adopta la ley, dando cabal cumplimiento al mandato del artículo 1° N°2 de la misma. **Segundo:** que el asunto sea Internacional. Un arbitraje es internacional en tres situaciones, según lo señalado en el artículo 1° N°3 de la Ley Modelo. Sin perjuicio de estos casos, se pueden producir dos situaciones de carácter internacional del arbitraje. En primer lugar, si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento considerado para este efecto será aquel que guarde una relación más estrecha con el acuerdo del arbitraje y, en segundo lugar, puede presentarse la situación de que una parte no tenga ningún establecimiento, dando por solución que se tomará en cuenta su residencia habitual, según indica el artículo 1° N°3 de la Ley Modelo LACI. **Tercero:** se exige que el arbitraje verse sobre un tema Comercial. Se ha dicho que en este caso la expresión “comercial” debe entenderse en un sentido amplio, para que abarque todos los casos que se desarrollan en las relaciones de esta índole, sean estas contractuales o no.

Esta Ley Modelo LACI reconoce al arbitraje comercial internacional como una forma de zanjar conflictos que versan sobre esta materia. Su texto ha sido adoptado por muchos países aportando un elemento armonizador de la normativa que trata estos temas, sin perjuicio del aporte que realizan los tribunales de justicia de cada Estado facilitando el procedimiento arbitral y ayudando con la ejecución del laudo, lo que hace indispensable que los tribunales ordinarios nacionales se constituyan como garantes de un debido proceso, debido proceso que según la Convención de Nue-

va York respecto de esta materia, se constituye como un requisito para obtener el reconocimiento y la ejecución del laudo. En cuanto a la Impugnación del laudo arbitral, la sentencia propiamente tal del arbitraje, y como manifestación de la intervención de los tribunales nacionales, puede impugnarse a través de un Recurso de Nulidad que, cumpliendo con los requisitos para que se presente (contemplados en la Convención de Nueva York de 1958 y Panamá de 1975) y acogido el recurso por el tribunal ordinario de justicia, permite al laudo privarlo de su eficacia en ese Estado y ante cualquier otro.

El Arbitraje Comercial Internacional es un esfuerzo compartido entre órganos internacionales, y los tribunales nacionales, con la finalidad de unificar y armonizar criterios sobre la resolución de conflictos en materia mercantil de manera clara, imparcial y rápida, facilitando esta actividad, fomentando la confianza, fortaleciendo la seguridad y finalmente aportando, desde la ciencia jurídica al bien común. En Chile la normativa sobre esta Ley Modelo LACI de la UNCITRAL fue adoptada íntegramente el texto mediante “Ley N°19.971 de 29 de septiembre de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional. (LACI)”. Con ello se creó un régimen jurídico especial para el arbitraje comercial internacional sin afectar ningún tratado internacional vigente o que eventualmente llegue a convenir a nuestro país.

La promulgación de la LACI ha significado un cambio sustantivo en nuestro sistema jurídico, al remover las limitaciones que existían para poder realizar en Chile un arbitraje comercial internacional. A partir de esta normativa se permite instalar en Chile un arbitraje comercial internacional que si queda regido por la LACI, permite entre otros aspectos que las partes estén en condiciones de acordar que el árbitro pueda aplicar a la solución del conflicto un derecho de fondo diverso del nacional; que en un arbitraje de derecho pueda designarse como árbitros a abogados extranjeros y que el control del laudo comercial internacional se realice por los mecanismos de impugnación de ese cuerpo legal, al margen del sistema de recursos contemplado para el arbitraje interno.⁶

ESCENARIO REGIONAL: CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, ADOPTADA EN PANAMA, ENERO 1975

En cuanto al escenario regional, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos también han aunado esfuerzos para lograr una Convención en materia de Arbitraje Comercial Internacional. Esta convención denominada Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada en Panamá en el mes de enero de 1975, ya cuenta con 19 países signatarios de los Estados miembros. Su importancia radica en que unificó a nivel interamericano el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de derecho mercantil. Así, en su Artículo 1 de la Convención indica que, cito: “*Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex*”.⁷

Otra característica importante de esta Convención se encuentra en su Artículo 3 que señala cito: “*A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial*”⁸. Esta disposición resuelve automáticamente los problemas que representa para un proceso arbitral una cláusula arbitral anómala, en la que no se pacta por las partes las reglas de procedimiento de un arbitraje.

⁶ ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, DIAZ VILLALOBOS JOSE IGNACIO, *ob.cit.*, p.63.

⁷ CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, suscrita en Panamá, de 1975, Artículo 1.

⁸ CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, suscrita en Panamá, de 1975. Artículo 3.

APLICACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS: “ONLINE DISPUTE RESOLUTION”

1. Aspectos generales: La realidad de nuestros días en cuanto al uso de la informática, internet y las comunicaciones electrónicas, para la negociación, perfeccionamiento y ejecución de contratos, ha dado origen a la contratación electrónica. El aumento progresivo de la utilización de las nuevas tecnologías ha impulsado a los países a establecer una variada gama de normas jurídicas para regularlo. Ante este fenómeno, UNCITRAL ha formulado normas uniformes sobre la materia, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005), vigente desde el 1 de marzo de 2013. El incremento de la contratación electrónica ha implicado aumento de los conflictos que se producen en el entorno electrónico, a través de la red abierta, ya sea en el área de “empresa a empresa” o en el área de “empresa a consumidor”

La construcción de la confianza de los usuarios del sistema en línea, esto es, los proveedores y consumidores, depende de que el proveedor de los servicios online ofrezca un procedimiento para que los usuarios se puedan comunicar con él y manifestar sus reclamos o quejas, si algo está mal. Para resolver un conflicto originado respecto de un contrato celebrado de forma tradicional u online, las partes tienen, en primer lugar, la alternativa de recurrir a los tribunales ordinarios de justicia del país de que se trate. Asimismo, existe la posibilidad de solucionar la disputa a través de algunos de los mecanismos alternativos, como la mediación o el arbitraje. Los sistemas alternativos mencionados deben ser voluntariamente elegidos y suelen ser más expeditos y flexibles que los tribunales ordinarios de justicia.

Si se propicia el empleo de sistemas alternativos de solución de conflictos, que sean efectivos y justos, se generará entre los contratantes el clima de confianza que permitirá mantener relaciones armónicas entre ellos, lo que favorece la solución de la disputa y la posibilidad de seguir realizando otros negocios.

2. El sistema denominado Online Dispute Resolution (ODR): Este mecanismo arbitral permite, además de la solución de conflictos, satisfacer otras exigencias relevantes de la contratación electrónica como, por ejemplo: la rapidez del servicio y su especialización. Entre sus ventajas podemos mencionar: la facilidad de acceso; lo amigable del procedimiento; la rapidez de las resoluciones; la facilidad del almacenaje de la información; y su bajo costo.

3. Entidades que promueven y desarrollan los Medios Alternativos de Solución de Controversias: Entre ellas encontramos las siguientes entidades: la Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa (OCDE); Global Business Dialogue on; e-commerce (GBDE); Transatlantic Consumer Dialogue (TACD). Por su parte CNUDMI/UNCITRAL ha elaborado un instrumento uniforme denominado: Normas Técnicas sobre Solución de Controversias en Línea (ODR).

4. Normativas que admiten los Medios Alternativos de Solución de Controversias: Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de España; Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 8 de junio de 2000. En general ha sido aceptada la incorporación de elementos tecnológicos o informáticos a la resolución de conflictos. Sin embargo, lo que existe en la práctica, es una mezcla con los sistemas tradicionales de solución.

5. Principios que informan los métodos alternativos de solución de conflictos: Se han desarrollado sobre la base de ciertas ideas orientadoras básicas, en las cuales se inspiran, sustentan su crecimiento y la amplia aceptación que han tenido en el mundo entero.

a) Principio de imparcialidad y Neutralidad: Ambas partes tienen las mismas posibilidades de acceso, idénticas oportunidades de intervenir haciendo valer sus pretensiones y se someten a un

similar procedimiento para resolver el conflicto; La observancia de estos principios redundará en que haya transparencia, fiabilidad, eficacia y eficiencia en la solución de la contienda.

- b) Principio de la confianza y de la confidencialidad: Así como el empleo de la telemática en la formación y ejecución de los contratos, conlleva certeza, confianza de estar contratando efectivamente con quien se cree estar haciéndolo y que los acuerdos se mantengan confidenciales e íntegros, la solución de los conflictos debe estar inspirada en esas mismas ideas. La institución que ofrezca sistemas online para resolver conflictos debe contar con un sistema que asegure la certeza, integridad y confidencialidad de la información.
- c) Principio de la Voluntariedad: Las partes involucradas en el conflicto deben decidir someterse libre y voluntariamente a la resolución alternativa del mismo, en vez de recurrir a la forma tradicional y tienen que aceptar que el mecanismo para solucionarlo se desarrolle por vía electrónica (on line). El convenio arbitral debe contemplar con precisión las reglas a las que se va a someter el conflicto y el empleo de los medios informáticos y electrónicos para sustanciarlo.
- d) Principio de la legalidad: La solución alternativa de conflictos, tanto en cuanto a los procedimientos que se lleven a cabo, como en los acuerdos que se adopten para emplearlo, deben sustentarse en el respeto o estricto ajuste, al ordenamiento jurídico vigente del país de que se trate.

6. La Negociación Online: Existen mecanismos de negociación online tan avanzados como el llamado “negociación ciega por apuestas”, que consiste en un sistema de negociación automatizada. La “negociación a ciegas por apuestas” no se aplica con frecuencia, porque toda negociación conlleva siempre intercambio de alternativas de solución del conflicto, para lo cual debe existir comunicación entre ellas, lo que no ofrece el sistema indicado.

7. Confidencialidad de la mediación Online: Implica un mecanismo para resguardar la confidencialidad de la información revelada durante el proceso de mediación. Es posible acceder a las sesiones de mediación, desde lugares especialmente habilitados por los centros respectivos, con claves de acceso entregadas por ellos.

8. Arbitraje Online: La oferta desplegada a través de Internet contempla tanto arbitraje vinculante, como no vinculante. Se utiliza el idioma inglés en el 90% de los casos. El arbitraje online no vinculante, consiste en que la labor del árbitro se limita sólo a pronunciar una recomendación para las partes. Tratándose del arbitraje online vinculante, su especial relevancia radica en la facultad de exigir el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, de la misma forma en que se hace en el arbitraje sustanciado por medios tradicionales.

A modo de ejemplo, de acuerdo con lo informado por the Chartered Institute of Arbitration, que es una organización que representa a los intereses de profesionales de la resolución alternativa de disputas de todo el mundo, la resolución de las controversias online, hasta la dictación de la sentencia, demora como promedio siete semanas. Y el costo de los arbitrajes online es en base a horas de trabajo y la tecnología utilizada, la cual se estima entre US\$50 y US\$250, la hora, por cada parte.⁹

Las ventajas del mundo moderno nos hacen pensar que el arbitraje online es el medio de solución de conflictos del mañana, en que las personas, empresas y los distintos entes involucrados no tendrán que moverse de sus establecimientos o lugares de trabajo para poder resolver un conflicto mercantil de carácter internacional, la elección del árbitro, el idioma, las audiencias, escritos, consultas y comentarios, se realizarán a través de un sistema expedito y efectivo. Estos mecanismos abaratan costos a los usuarios sumamente altos como son viajes, traducciones, papeleo, entre otros. Como

⁹ FIGUEROA VALDEZ JUAN EDUARDO, Comité XVIII Derecho Arbitral Internacional XI Conferencia Federación Interamericana De Abogados “*El Arbitraje Online En El Comercio Internacional*” p.4.

desventajas podríamos señalar que no existe el árbitro como “persona física presencial”, la falta de buen acceso a internet en algunos países y que las partes deben ponerse de acuerdo en la sede del arbitraje, lo cual se debería ir perfeccionando con el devenir del tiempo. Es importante conocer estos nuevos sistemas de solución de controversias, porque muy posiblemente reemplazarán a los antiguos sistemas y serán el medio idóneo para resolver contiendas mercantiles regionales e internacionales.

BIBLIOGRAFIA

A. REDFERN AND M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 2004, pp.62-63.

BERMANN A. GEORGE, *International Arbitration and Private International Law*, ed. The Hague Academy of International Law, 2017, Chapter I, pp. 17-18.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, suscrita en Panamá, de 1975. Fecha de consulta: octubre año 2020.

FIGUEROA VALDEZ JUAN EDUARDO, Comité XVIII. Derecho Arbitral Internacional XI Conferencia Federación Interamericana De Abogados “*El Arbitraje Online En El Comercio Internacional*” p.4.

J.J. FAWCETT AND J.M. CARRUTHERS (EDS.) CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, *Private International Law*, 14th ed. Oxford, Oxford University Press, 2008, p.3.

ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, DIAZ VILLALOBOS, JOSE IGNACIO, *El Arbitraje Interno y Comercial Internacional*, Parte General, Segunda Edición Actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, año 2016, p.28, 63-64.

SANDOVAL LOPEZ, RICARDO, *Régimen Jurídico del Arbitraje Comercial Internacional*, en *Colección Tratados Jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2005, p.18.

SANDOVAL LOPEZ, RICARDO, *Derecho Comercial Tomo VI, Capítulo X, Solución de Controversias por Vía Electrónica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2016, pp. 313 y siguientes.

REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA UNCITRAL/CNUDMI DE 1976, Fecha consulta: octubre año 2020.

LEY MODELO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE 1985, Fecha consulta: octubre año 2020.

DELITOS DE FEMINICIDIO: CUANDO EL SISTEMA JURÍDICO SE CONVIERTE EN COARTADA

CRIMES OF FEMICIDE: WHEN THE JUDICIAL SYSTEM BECOMES AN ALABI

CLAUDIA VINCENTY ZOTO*
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FREDDY HUARAZ MURILLO**
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

RESUMEN: Este artículo reflexiona sobre el sistema patriarcal expresado en sentencias de sistemas judiciales latinoamericanos, a partir de dos casos de femicidio/feminicidio sucedidos en Chile y Bolivia, e intenta dar cuenta del porqué de la impunidad de estos delitos, más allá de los sistemas jurídicos específicos.

ABSTRACT: *The article makes an approach to the study of the patriarchal system reflected in passed sentences of two judicial systems from South America, taking as examples both cases of femicide occurred in Chile and Bolivia. The intention is to explain why these crimes remain unpunished, beyond the specific reasonings of each judicial system.*

PALABRAS CLAVE: Femicidio; Derecho; Pillco; Rifo.

KEY WORDS: *Femicide; Law; Pillco; Rifo.*

* Cientista social, especialista en Género y Desarrollo, Magister en Derechos Humanos, Democracia y Cultura de Paz, Doctora (C) en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Docente Emérita de la Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia. Activista por los derechos de las mujeres, Correo electrónico: cvincenty@umsa.bo; Orcid: 0000-0002-6019-1764.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, Magister en Políticas de Igualdad y Género por la Universidad Autónoma de Barcelona, Abogado por la Universidad Católica Boliviana, profesor de postgrado de la Universidad Andina "Simón Bolívar", Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca y otras, Correo Postal: Correo Central. La Paz. Bolivia, Correo electrónico fhuarazm@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

El 11 de julio de 2017 fue un día verdaderamente aciago para todas las mujeres de Latinoamérica. De manera simultánea, aunque sin convenirlo, o siquiera saberlo, en dos países de la región se dictaban sentencias que exculpaban parcial o totalmente a feminicidas en distintas instancias judiciales.

Aunque las pruebas de cargo parecían contundentes, en ambos casos, y gran parte de la opinión pública clamaba por justicia para las víctimas, los razonamientos de las y los operadores de justicia, respectivamente, fueron idénticos en su resultado: la condonación de la pena del feminicidio y la absolución del delito para quienes, de acuerdo con las pruebas presentadas, eran los verdaderos autores de tan horribles actos. Aunque se trata de sistemas jurídicos con características y desarrollos jurisprudenciales propios, resulta altamente significativo que los criminales juzgados, uno por la tentativa de feminicidio y el otro por feminicidio, obtengan absoluciones o penas reducidas no acordes a la gravedad de sus acciones.

El mensaje enviado a las sociedades sudamericanas a partir de estos fallos es que la vida de las mujeres tiene un valor relativo, y que no importa cuán severas sean las agresiones que éstas sufren, las mismas siempre podrán ser minimizadas, y sus atacantes perdonados total o parcialmente ¿será que el sistema judicial es también patriarcal? ¿A qué se debe esta lógica perversa por la cual se configura tal impunidad tal que se transforma en una violación permanente de los derechos humanos de las mujeres? Las preguntas parecen retóricas, pero para responderlas con la rigurosidad académica necesaria, de forma de desvirtuar cualquier duda o crítica apresurada, debemos revisar algunos casos paradigmáticos que nos abrirán las puertas al imprescindible debate teórico. Estas reflexiones intentan penetrar en el razonamiento jurídico de nuestras legislaciones que, sin siquiera percibirlo se convierten en un reproductor perfecto de un sistema patriarcal, que por este conducto, muestra una de sus caras más siniestras.

RESPECTO DE LA CATEGORÍA TEÓRICA Y JURÍDICA DEL FEMINICIDIO

Hoy en día, para nadie es desconocido que el feminicidio es la expresión máxima de la violencia de género. Por otra parte, no se puede soslayar que la violencia de género aglutina además otras formas de violencia como la sexista y misógina, la clasista, la étnica, la racista, la ideológica, la religiosa, la identitaria, la política, etc. En esa suerte de interseccionalidad, la mayoría de las veces, en el feminicidio se conjugan todas o una buena parte de ellas.

El feminicidio es una categoría usada por primera vez por las teóricas norteamericanas Jane Caputi (en 1990); y Diana Russel junto a Gil Radford (en 1992). Este concepto que se define como el asesinato de mujeres por el sólo hecho de ser mujeres, es una forma extrema de violencia que muchas veces conlleva una secuencia progresiva de maltrato físico, psicológico y/o sexual, provocando un sufrimiento constante de agonía y dolor, hasta llegar al extremo de acabar con la vida de una mujer. (Cit. en Vincenty, 2011, p. 537).

Aunque el término concebido en inglés es *femicide*, Marcela Lagarde ha hecho una precisión teórica muy importante, cuando éste se traduce al español, acuñando el término específico de feminicidio. Ella explica que en castellano femicidio puede ser sólo interpretado como el término femenino de homicidio; es decir, como un concepto que especifica el sexo de las víctimas. Mientras que el feminicidio, no se trata sólo de la descripción de crímenes que cometen homicidas contra niñas y mujeres, sino de la construcción social de la violencia hacia las mujeres, así como de la impunidad que los configura y que ancla sus raíces en valoraciones estereotipadas sobre la inferioridad y subordinación de las mujeres. No se trata de casos aislados, esporádicos o de episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las

costumbres y mentalidades de las sociedades patriarcales. (Vincenty, 2011).

Sin embargo, las discusiones sobre las categorizaciones de los términos femicidio/feminicidio y sus significancias son complejas, sin existir todavía una unicidad de consensos respecto de ambas acepciones. Empero, tampoco se puede obviar que las diversas perspectivas teóricas han influido en los procesos de tipificación del femicidio/feminicidio en la jurisprudencia latinoamericana. Toledo Vásquez lo explica de la siguiente manera:

“En cualquier caso, es necesario tener en consideración que estas elaboraciones conceptuales provienen de las ciencias sociales, constituyendo marcos teóricos y políticos para la acción e investigación en torno a este fenómeno; por tanto, no es posible su aplicación directa en el ámbito jurídico, en particular en lo penal, en donde el principio de legalidad importa exigencias materiales y formales especialmente rigurosas en lo referido a la precisión, determinación y taxatividad de sus conceptos.” (2009, p.25).

Resumiendo, el marco conceptual del femicidio/feminicidio surge de la reflexión teórica de las Ciencias Sociales, para explicar realidades invisibilizadas en nuestras sociedades. Es a partir de las demandas de organizaciones de la sociedad civil, activistas de derechos humanos y feministas, así como funcionarios/as de los Estados y de organismos internacionales interesados/as en la temática, que se ha impulsado la tipificación del femicidio/feminicidio como delito: “siendo ésta una medida legal y política que entre otras podría contribuir a la erradicación de esta grave forma de violencia contra las mujeres [...] otros Estados han optado por el agravamiento de las sanciones para castigar el homicidio doloso en contra de una mujer, por considerar que ésta es una medida más adecuada que la tipificación del feminicidio [...]” (Toledo Vásquez, 2009, p.10)

De cualquier manera, se ha tratado de incorporar en la jurisprudencia nacional de los países, así como en el marco jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos una categorización normativa que pueda ser funcional y operativa al momento de juzgar los actos de violencia extrema cometidos en contra de mujeres.

Tomando en cuenta los párrafos precedentes, debemos reconocer que nos encontramos ante un tema altamente complejo, no sólo por las connotaciones de los hechos que comportan, sino también por los significados legales y sociales que puede ir tomando en diversas sociedades.

Aunque la intención de este artículo no es la de profundizar en el análisis de la multiplicidad de interpretaciones de las opciones teóricas enunciadas, era necesario exponerlas para poner de manifiesto el marco referencial en el que se plantean, antes de continuar con el análisis de lo ocurrido en esta última temporada con la aplicación de justicia respecto de la violencia de género en nuestros países. Lamentablemente, vamos tomando conciencia que la normativa vigente es totalmente insuficiente para garantizar a las mujeres latinoamericanas una vida libre de violencia.

LOS HECHOS

CHILE: CASO NABILA RIFO¹:

El caso de Nabila Rifo estremeció a todo un país por los visos de crueldad y sadismo que

¹ Los datos que configuran este acápite se han extraído de diversos artículos de prensa colgados en varios sitios oficiales de internet. Si bien asumir que éstos han sido los hechos tal y como sucedieron puede parecer entre ingenuo y sesgado, es bueno recordar en este punto la frase de que las noticias son el primer borrador de la historia, ya que no habrá nunca una fuente que nos transmita un suceso exactamente como pasó, ello sólo es una ilusión de objetividad decimonónica. El no reconocer que todo documento, sea éste un artículo de prensa o un libro de un/a autor/a reconocido/a, conlleva percepciones y sesgos específicos de sus autores/as sería un verdadero infantilismo. Por lo tanto, para construir la narrativa de ciertos sucesos acaecidos, además, en dos países diferentes, deberemos de confiar en principio en la prensa de éstos.

configuran el ataque del que fue víctima. El desabollador y pintor Mauricio Ortega de 42 años, fue condenado el 2 de mayo del año 2017 por el Tribunal Oral de Coyhaique en causa ROL 1-2017 como autor de una brutal agresión en contra de la madre de sus dos hijos y ex conviviente, Nabila Rifo Ruiz, de 28 años, ocurrida la madrugada del 14 de mayo de 2016. Según diversos medios de comunicación audiovisuales y escritos, después de una discusión en la casa que alguna vez compartieron, Rifo decidió salir a la calle, debido a previos episodios de violencia protagonizados por su expareja y a las constantes amenazas que sufría. Fue perseguida por Ortega y alcanzada unas cuadras más adelante. Luego de un cruce de palabras, fue atacada y golpeada con bloques de cemento por su agresor, quien la dejó gravemente herida en la calzada, expuesta a las bajas temperaturas de la época invernal que comenzaba en la región. Posteriormente, no contento con el primer ataque, volvió al lugar y con un objeto corto punzante (se presume que fueron unas llaves) extrajo los ojos de la mujer. Afortunadamente, algunas personas vieron el cuerpo de Nabila y llamaron a Carabineros, gracias a quienes y su rápida intervención, pudieron trasladarla a un hospital cercano y salvarle la vida. De no ser por este pronto socorro Nabila hubiese sido un número más entre otros feminicidios denunciados en Chile el 2016.

El agresor fue detenido y juzgado en primera instancia por los jueces de la ciudad de Coyhaique, quienes lo imputaron y posteriormente condenaron por femicidio frustrado y lesiones gravísimas. Los reportajes de la prensa chilena presentaron de la siguiente manera las repercusiones de su primera sentencia:

“«Se hizo justicia con Nabila Rifo. Es fundamental que el país defienda a mujeres de la violencia y lo diga con fuerza». La presidenta Michelle Bachelet reaccionó de inmediato después que un tribunal chileno condenara a 26 años de cárcel a Mauricio Ortega por haber intentado asesinar a su pareja y haberle sacado los ojos hace casi un año, el 14 de mayo del 2016 [...] La ministra chilena de la Mujer y la Equidad de Género, Claudia Pascual, también expresó su conformidad con el dictamen. «Fue proporcional a la gravedad de los hechos». Para Pascual, el mensaje dado por la justicia ha sido ejemplar: «Hay un sistema que funciona y que efectivamente permite castigar a quienes resulten responsables». Ortega fue a su vez inhabilitado para cargos y oficios públicos mientras dure la pena. Silvana del Valle, abogada de la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, consideró que la condena estuvo dentro de lo esperado ya que contempla lo que había pedido el fiscal. El abogado penalista Juan Pablo Sánchez dijo estar sorprendido por «lo alto de la penalidad para un feminicidio en grado de frustrado». El tribunal, estimó, «se apartó un poco del derecho y se acercó más a lo moral por la presión mediática que tuvo esta causa»². Todavía conmocionada por el dolor, Nabila Rifo señaló: «Quiero la mayor pena para él, porque lo que me hizo no tiene perdón», señaló la mujer en una entrevista con el diario ‘El Mercurio’, poco antes de conocer los detalles de la condena. Ella se ve como «la superviviente de un hecho brutal». Rifo advirtió que, tras el pronunciamiento judicial, «las mujeres serán más escuchadas y respetadas». Pero con la sentencia afloraron también sensaciones mezcladas. «Siento que voy a estar más tranquila, pero igual me dio pena porque fueron muchos años y él es el papá de mis hijos». Dos semanas atrás, la presidenta la había visitado en su domicilio. «Me relató lo difícil que había sido al principio». Bachelet resaltó su «buena disposición para ayudar a otras mujeres para que no pasen lo mismo» (Gilbert. 5 de mayo 2017).

Sin embargo, poco duró la sensación de tranquilidad y justicia para la sociedad chilena ya que la defensa de Mauricio Ortega consiguió que la Corte Suprema acogiera parte de un recurso de nulidad presentado en mayo de 2017 en causa ROL 19008-17. El veredicto que conmocionó sobre todo a las mujeres de este país se resumiría de la siguiente manera:

² Nótese el comentario sexista que, como una especie de sentencia, lanza este letrado.

“[...] La Sala Penal de la Corte Suprema, determinó rebajar la condena inicial de 26 años de cárcel que pesaba contra Ortega, porque la agresión contra su expareja se trataría solo de lesiones graves y mutilación de sus ojos. La condena de primera instancia estableció que Ortega agredió a Rifo Ruiz con piedras en reiteradas ocasiones, luego que ella quedó tirada en el suelo, la abandonó en la calle y fue por un objeto cortopunzante, regresó al lugar y le sacó los ojos [...] La nueva decisión de la Corte Suprema chilena, rebajó la pena contra Ortega de 26 a 18 años, porque **los jueces del máximo tribunal del país no lograron llegar a la convicción que en la golpiza previa a sacarle los ojos, el condenado intentara matar a Nabila Rifo**³. Los alegatos en el caso estuvieron marcados por la desafortunada declaración del defensor, Ricardo Flores, quien comentó a la prensa que para Mauricio Ortega «**habría sido más barato haberla matado que simplemente haberla dejado viva.**»⁴” (The Clinic on line, 21 de junio de 2017)

El martes 11 de julio de 2017 se dio a conocer este incomprensible fallo. A Mauricio Ortega la Corte Suprema le rebajó la pena porque, según los jueces, no habría querido matar a su víctima, sólo “se le fue la mano”. Al menos así lo informó *La Tercera* en su suplemento *Reportajes*:

“Tras escuchar dos días de alegatos, los integrantes de la Sala Penal de la Corte Suprema -cuatro ministros encabezados por Milton Juica- se retiraron el miércoles 21 de junio del Palacio de Tribunales sin haber adoptado un acuerdo respecto del recurso de nulidad presentado por la Defensoría Penal Pública, organismo que optó por acudir ante el máximo tribunal para modificar la condena de 26 años de Mauricio Ortega Ruiz. Los jueces quedaron de estudiar los antecedentes”, relatan las periodistas Leslie Ayala y Gloria Faúndez (julio de 2017).

“La complejidad del caso Rifo y el interés público que ha generado motivaron a Juica y los ministros Carlos Künsemüller, Haroldo Brito, Lamberto Cisternas y Jorge Dahm a estudiar durante dos semanas los descargos de la defensa de Ortega y del Ministerio Público, que se opone a modificar la sentencia. A comienzos de esta semana, la Sala Penal del máximo tribunal volvió a reunirse y -según conocedores de la causa- acordó el futuro del emblemático caso. [...] La Corte Suprema no va a acoger la petición de la defensa del acusado de anular el juicio oral por vicios constitucionales y, por tanto, no ordenará que se realice otro. Sin embargo, hará una modificación sustancial en la condena de primera instancia a Ortega. [...] Tras una larga deliberación, los ministros Künsemüller, Brito, Cisternas, Dahm y Juica -con voto disidente de este último- acordaron acoger parcialmente el alegato del condenado, desestimando la figura del femicidio frustrado en lo referido a la agresión previa a la mutilación de los ojos”, continúan contando. Y añaden: “Los mismos conocedores del fallo explicaron que los jueces no lograron hacerse la convicción de que esa madrugada del 14 de mayo de 2016 Ortega salió en búsqueda de Rifo para asesinarla”. (Ayala y Faúndez, julio de 2017).

“Con este nuevo fallo, se desestima la condena impuesta el pasado 2 de mayo por el Tribunal Oral de Coyhaique, que se dividía en tres partes: 541 días por violación de morada (en un episodio de violencia intrafamiliar anterior) y dos condenas adicionales de 12 años y 180 días cada una. La primera por el delito de lesiones graves gravísimas, debido a que Ortega mutiló los ojos de su entonces pareja. La segunda condena, en tanto, estableció el delito de «femicidio frustrado», que contempla las agresiones anteriores a la mutilación de la joven, es decir, cuando-según acreditó la fiscalía- Ortega propinó una serie de golpes con dos piedras en la cabeza y en su cuerpo con la intención de asesinarla.” (Ayala y Faúndez, julio de 2017).

³ La negrita es propia de los autores.

⁴ La negrita es propia de los autores.

“«El acto de golpear a la víctima en su cabeza en reiteradas oportunidades, al punto de dejarla con lesiones, que de no mediar intervención médica oportuna le hubieran provocado la muerte, constituye una acción objetivamente idónea para provocar la muerte de una persona, revestida de una intencionalidad homicida», dice en uno de sus párrafos el fallo de primera instancia. Es precisamente este episodio el que generó mayor discusión entre los supremos que revisaron la solicitud de nulidad de la defensa de Ortega [...] De acuerdo con la información recabada por Reportajes, los supremos optaron por **recalificar la golpiza inicial de Ortega a Rifo como un delito de lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar, lo que tiene por efecto bajar una de las penas del condenado sustancialmente**”⁵. (Ayala y Faúndez, julio de 2017)

La decisión de la Corte Suprema es inapelable.



Nabila Rifo ante el Tribunal Oral de Coyhaique.
Fuente: *Reportajes*, (Ayala y Faúndez, julio de 2017)

BOLIVIA: CASO MARÍA ISABEL PILCO⁶

María Isabel Pillco, perdió la vida a manos de su compañero, después de una severa golpiza que éste le habría propinado en el domicilio que compartían. Así lo relata la prensa boliviana:

“María Isabel Pilco, de 28 años, fue golpeada por su pareja, el chofer David V. M., al menos cinco veces cuando estaba embarazada, denunció su padre Víctor Pilco, quien no descartó ampliar la denuncia a la familia del agresor por el delito de complicidad. La joven, madre de una niña de dos años, trabajaba como transcriptora en un café internet en la Ceja, en El Alto. En 2011, cuando se enteró que estaba embarazada, comenzó a convivir con su novio. «Han vivido cinco meses en mi casa (Alto Villa Victoria, en El Alto), cuando estaba embarazada le ha golpeado con un bañador. Me contó mi hija que siempre estaban discutiendo, por eso se han separado. Le golpeó por celos. También le ha pateado», contó a La Razón Víctor Pilco. Después de estar separados por casi dos años, el 14 de septiembre volvió con su pareja y se fue a vivir a la vivienda de él. María Isabel murió el lunes 3 de noviembre en el Hospital de Clínicas, tres días después de ser internada debido al sangrado por la nariz, boca y oídos. La autopsia estableció que tenía lacerado el hígado y un trauma abdominal

⁵ La negrita es propia de los autores.

⁶ Al igual que en el caso de Chile, se reconstruye la historia a partir de reportajes periodísticos.

cerrado que le ocasionaron una hemorragia interna, y tenía hematomas por todo el cuerpo. El 24 de octubre, la joven huyó de la casa de David V. M., después de ser golpeada por el sujeto, según la imputación fiscal, y se refugió con su familia. Antes había sido agredida otras tres veces, informó su hermano Junior. Desde su retorno, su salud comenzó a decaer. “Cuando me enteré de los golpes, me enojé, busqué a este hombre, pero ya se había ido”, indicó su padre. María Isabel es la víctima 94 de feminicidio en Bolivia en lo que va del año.” (Villa Micaela, *La Razón*, La Paz, 6 de noviembre de 2014).

María Isabel murió debido a una equimosis hepática varios días después de sufrir la mencionada golpiza por parte de su concubino. Este la habría encerrado en una pieza junto a su pequeña después de golpearla y le habría quitado su teléfono celular para que no pudiese comunicarse con nadie. Luego de varios días de encierro y agonía pudo huir y buscar a sus familiares, quienes al ver su estado la hospitalizaron de inmediato, pero ya era tarde. Posteriormente, David Viscarra fue detenido e imputado por feminicidio:

“La fiscal de Materia, Karina Cuba, quien investiga la muerte de María Isabel Pilco, informó este martes que David Viscarra, presunto autor del hecho y pareja de la víctima, fue imputado por el delito de feminicidio y remitido a la justicia ordinaria. «Como Ministerio Público, hemos presentado la imputación contra el ciudadano David Reynaldo Viscarra, por el delito de feminicidio después de encontrar serias evidencias de la autoría del fallecimiento de su pareja, María Isabel Pilco», dijo. Según la Fiscal en la audiencia cautelar que definirá la situación legal de Viscarra solicitará la detención preventiva. Viscarra, en su declaración informativa, dijo Cuba, negó que haya golpeado a su pareja, aunque las evidencias dicen «todo lo contrario, que fue brutalmente agredida hasta agonizar». «Él refiere de que en ningún momento la agredió, que la amaba mucho y por ese motivo le pidió restablecer la relación después de estar separados por más de un año», apuntó. Para la Fiscal, lo cierto es que en un mes Pilco fue golpeada en dos oportunidades y que no fue violada, atracada o se hubiera caído como refiere el imputado. «Este caso es de relevancia social y delicado al ver un cuadro clínico lamentable de María Isabel Pilco, cuyo cuerpo presenta internamente lesiones gravísimas que le provocaron hemorragia y externamente hematomas y heridas por los golpes que propino Viscarra, sobre todo, la última semana hasta llegar al trágico desenlace», afirmó.” (*La Razón Digital*, ABI. La Paz, 4 de noviembre de 2014).

Sin embargo, el resultado del juicio en su contra fue el siguiente:

“Dictó sentencia absolutoria y anunció que leerá los argumentos de su resolución en audiencia señalada para el 14 de julio. El juez José Luis Quiroga pronunció el veredicto al cierre de una audiencia que se prolongó por más de seis horas y en medio de protestas de familiares de la víctima y activistas que exigían justicia por la muerte de la joven. Según el auto acusatorio María Isabel Pilco murió debido a una equimosis hepática varios días después de haber sufrido una golpiza de parte de su concubino. En noviembre de 2014, la fiscalía imputó por feminicidio a David Viscarra. En sus alegatos de clausura el abogado de la defensa, Erick Sosa, aseguró que «no se determinó adecuada y científicamente la causa de la muerte y el acusado no participó en el ilícito». En una exposición que se prolongó por más de una hora argumentó que a lo largo del juicio quedó demostrado que «**no existe materia justiciable**»⁷ y, asimismo, aseguró que la acusación «incurrió en incumplimiento de la carga de la prueba». Con el apoyo de un data show Sosa mostró una a una sus pruebas de descargo, refutó la acusación y demandó sentencia absolutoria [...] Previamente, la fiscal Janeth Uznayo se tomó 10 minutos para exponer los alegatos de la acusación y

⁷ La negrita es propia de los autores.

aseguró que tuvo que improvisar por cuanto la audiencia estaba programada para horas de la tarde. Recordó que a pedido de la defensa el tribunal suspendió una inspección técnica ocular que en su criterio aportaría con pruebas contundentes para sostener la acusación. Los abogados de la acusación particular no estuvieron presentes en la audiencia de cierre y su representante simplemente se adhirió a la argumentación de la fiscalía que demandó sentencia condenatoria «por feminicidio pasivo indirecto» [...] Elvira Gavincha, madre de la víctima, demandó a los jueces valorar las pruebas presentadas por la acusación y no permitir que «el acusado quede libre para cometer un nuevo delito» y, al cierre de la audiencia David Viscarra aseguró a los jueces: «Si me condenan, condenarán a un inocente, [...]». El tribunal deliberó durante 40 minutos y reanudó la audiencia en medio de un fuerte custodio policial y sólo en presencia de los directos involucrados. El juez Quiroga leyó la parte resolutive de la sentencia absolutoria y anunció que el 14 de julio el tribunal que preside dará a conocer el fallo con la argumentación de ley correspondiente. Aunque la parte acusadora anunció de inmediato que apelará la decisión, Erick Sosa, abogado de la defensa aseguró que «pueden interponer todos los recursos que tengan a disposición, pero David Viscarra debe ser liberado en la fecha.» (ANF, La Paz, 11 de julio de 2017).

En entrevista a la prensa la abogada de la familia Pillco expresó:

«[...] la abogada Nadia Moreno, indicó que en la audiencia varias pruebas no fueron tomadas en cuenta. Urgentebo da a conocer algunas de ellas:

¿Cuántas pruebas no se habían tomado en cuenta en la audiencia?

«La prueba principal es la declaración de María Isabel, porque **ella contó cómo le ha golpeado**⁸», dijo la defensa. Además, la jurista dijo que también no puede atestiguar ningún testigo contrario, porque la golpiza fue en un cuarto y en casos de violencia solo la testificación de la víctima cuenta. «No había por dónde perderse, y en este caso María Isabel, cuando hizo la denuncia, mencionó diferentes fechas anteriores donde fue golpeado por él (David), así que sistemáticamente concluyó el agresor con quitarle la vida». En el juicio, los acusados produjeron pruebas que no eran aceptables, aseguró. «Me fijé el memorial de prueba de descargo, son más de 180 testigos que presenta el acusado». Dijo que se cuenta con un certificado médico forense donde María Isabel dijo que «en fecha 22 de octubre he sufrido agresiones por parte de mi concubino». Además, la autopsia estableció que tenía lesiones severas.

¿La familia de María Isabel recibe amenazas?

«Sí, las amenazas han sido tremendas, han sido abiertas y en presencia de todas las chicas que han estado de trabajo social. Este señor Viscarra, su abogado dirigía toda la situación y llevaba cantidad de gente para que insulten y pidan cárcel para la madre de María», dijo Morales. Detalló que cuando María Isabel aún estaba con vida en el hospital, su concubino en ningún momento la fue a visitar y «estos son aspectos que los jueces tenían que haber analizado con un criterio correcto, apegarse a la ley pero no lo han hecho así». Los jueces que llevaron adelante la audiencia son José Luis Quiroga e Iván Perales.

¿Qué es lo que corresponde hacer ahora?

«Vamos a presentar la apelación restringida, la misma que posiblemente va a dar la oportunidad de que se pueda ir a defender en una audiencia de manera oral».

¿Existe riesgo de fuga del agresor?

«Existe riesgo, este Tribunal ha engañado a las partes, a los sujetos procesales, a la vícti-

⁸ La negrita es propia de los autores.

ma. Con los que se puso de acuerdo es el acusado y el abogado». Contó que el 11 de julio hubo una inspección técnica ocular en el Alto, donde se despachó a la gente y a la víctima y se instaló un juicio sin la presencia de ambas partes [...] Otra de las irregularidades que se presentó en la audiencia es que **se tomó en cuenta como antecedentes la conducta de la víctima, como por ejemplo su forma de vestir y que en una oportunidad fue vista en una fiesta en estado de ebriedad**⁹. «El tema era feminicidio y no tenían que dar lugar a otros aspectos que lleguen a ofender a la víctima», criticó la abogada.

¿Hubo parcialidad por parte de los jueces?

«El Tribunal ha sido muy parcializado con el acusado desde que se instaló el juicio, puesto que la fiscal había pedido la reserva del caso, pero en la segunda audiencia el acusado pide que se levante la reserva porque quiere poner su filmadora, ante esto la fiscal dice que no. Sin embargo, en una próxima audiencia había trípodes, cámaras del acusado y la fiscal dice que no se puede filmar. Entonces se levanta la reserva y ahí nosotros pedimos que ingresen representantes del Defensor del Pueblo y no lo permiten indicando que la víctima pidió reserva». (URGENTEBO, La Paz, 20 de julio de 2017).

Increíblemente, este caso se agravó aún más porque:

«El juez José Luis Quiroga, a cargo del proceso por el feminicidio de María Isabel Pilco, instruyó reforzar el control policial en inmediaciones del Tribunal Primero de Sentencia Anticorrupción y de Violencia contra la Mujer de La Paz para reprimir a activistas que reclaman justicia por el feminicidio de María Isabel Pilco. [...] Después de que las activistas fueran amonestadas por el juez Quiroga y «obligadas a firmar, bajo amenaza de detención, un acta en el que se comprometían a no continuar con sus protestas en inmediaciones del juzgado», retomaron las movilizaciones debido a que el juicio ha ingresado a su etapa final [...]» (ANF, La Paz, 4 de julio de 2017).

En otra nota de prensa, la anterior denuncia se profundiza y se acota:

«En la última audiencia, los juzgadores amenazaron con detener a la madre de la víctima, multaron con Bs. 36.000 a los abogados de la acusación y ordenaron la detención de activistas que vigilan el desarrollo del juicio. Los jueces a cargo del proceso por el feminicidio de María Isabel Pilco fueron denunciados por incumplimiento del debido proceso y por favorecer de manera sistemática al inculpado por este delito. En carta abierta al Ministro de Justicia, el Observatorio de Exigibilidad de los Derechos de las Mujeres detalla una serie actuaciones de los juzgadores del Tribunal Primero Anticorrupción y Sentencia de Violencia Contra la Mujer que evidencian «abierta parcialización con el procesado por la muerte de María Isabel Pillco». Entre los hechos calificados de irregulares, se menciona que el pasado 11 de abril los jueces convocaron a una audiencia que no estaba programada y a la que, por tanto, no asistieron los abogados de la parte acusadora. Ante la solicitud de suspensión de la audiencia, los jueces José Luis Quiroga e Iván Perales amenazaron con detener a la madre de la víctima por supuesta obstrucción del proceso e impusieron una multa de Bs. 36.000 a los abogados de la parte acusadora por no asistir a la audiencia. Elvira Gavincha, madre de la víctima, informó a ANF que en esta fase del proceso se suspendieron en promedio 10 audiencias, «al menos cinco a petición de la parte acusada y nunca recibieron amenazas, recién en la última suspensión les impusieron una multa de Bs. 50 a sus abogados». La carta abierta del Observatorio denuncia que los jueces «revictimizan a los familiares de María Isabel Pilco» pero también muestran «su interés de apartar a los abogados que llevan el caso impidiéndoles su presencia en los mencionados estrados

⁹ La negrita es propia de los autores.

y restringiendo la presentación de los argumentos de la acusación». Gavincha por su parte relató que, ante la ausencia de sus abogados, el presidente del Tribunal Primero Anticorrupción y Sentencia de Violencia Contra la Mujer, José Luis Quiroga, le impuso un abogado de oficio que al instalarse la audiencia del pasado 11 de abril advirtió que desconocía los detalles del proceso y, por tanto, no estaba en condiciones de representar adecuadamente los intereses de la víctima. Añadió que durante la audiencia varias activistas que desde hace meses hacen seguimiento al proceso fueron amonestadas por el juez y «obligadas a firmar, bajo amenaza de detención, un acta en el que se comprometían a no apoyarnos». Ante tales hechos, el Observatorio de Exigibilidad de los Derechos de las Mujeres solicita al Ministro de Justicia «se haga la fiscalización al presente proceso, signado con el Nro.201469752, radicado en el Tribunal Primero de Sentencia, Anticorrupción y de Violencia Contra la Mujer de La Paz». Asimismo demanda «protección al Observatorio como la instancia que apoya de manera comprometida a las mujeres cuyos derechos humanos han sido vulnerados», recuerda que su actuación se inspira «en la búsqueda de la verdad y la justicia, principalmente, el debido proceso» y anuncia que “estaremos atentas ante cualquier llamado de la familia Pilco, dada la situación de acoso y presión y amenazas de parte de autoridades judiciales.” (ANF *Agencias de Noticias FIDES*, 19 de abril de 2017).



Padre de María Isabel Pillco sosteniendo una foto de su hija golpeada.

Fuente: *URGENTEBO*, 20 de julio de 2017.

Afortunadamente, y en vista de tantas irregularidades procesales:

“Una comisión de la Cámara de Diputados impulsará la auditoría jurídica del juicio penal instaurado por el feminicidio de María Isabel Pillco que culminó con la sentencia absolutoria del imputado. «Este será un caso emblemático» anunció a ANF el diputado Manuel Canelas, porque en su opinión desde que se instauró el proceso se enfrentó una serie de dificultades que «hacen suponer errores procesales y plantean dudas respecto a las actuaciones de jueces y fiscales» [...] El primer juicio penal por feminicidio fue declarado nulo debido a que los jueces a cargo del proceso fueron imputados por hechos de corrupción y destituidos de sus cargos. José Luis Quiroga e Iván Perales, jueces del Tribunal Primero de Sentencia Anticorrupción y de Violencia Contra la Mujer de La Paz retomaron el proceso y determinaron la sentencia absolutoria que dejó en libertad al inculpado. «Es un caso bastante polémico, hay dudas fundamentadas que han sido denunciadas de manera reiterada», dijo Canelas y anunció que la investigación legislativa estará orientada a «establecer si han procedido conforme a ley o no». El diputado explicó que se activará la capacidad de fiscalización legislativa a través de peticiones de informe oral o escrito «pero también se impulsará una auditoría jurídica para valorar el trabajo que cumplieron los servidores

públicos a cargo del proceso». Canelas recordó que Quiroga es el mismo juez que sobrepasando sus atribuciones instruyó reprimir «con gases lacrimógenos si es necesario» - a las activistas que seguían de cerca el proceso, además de amenazar con detener a la madre de la víctima en una inexplicable demostración de exceso de autoridad'.» (ABF, La Paz, 16 de julio de 2017).



Audiencia Final del juicio por el feminicidio de María Isabel Pilco.
Fuente: ANF, 19 de julio de 2017.

Lo único que queda esperar es que la mentada auditoría se lleve a cabo adecuadamente.

IMPUNIDAD Y FEMINICIDIO: ¿POR QUÉ CASI NUNCA NO SE QUIEBRA ESTA DUALIDAD?

Para poder comprender por qué el sistema penal latinoamericano prácticamente invisibiliza y/o minimiza el castigo de actos tan atroces como los descritos en los párrafos precedentes, es necesario ir más allá de las apariencias de legalidad de unos sistemas de justicia cuyos códigos se enraízan en visiones y valores éticos que justifican la existencia de una estructura absolutamente patriarcal, la cual termina de constituir y darle sentido al conjunto de normas y pautas culturales y sociales que regulan cotidianamente nuestro accionar. En el caso de las mujeres, el mandato global de opresión de género es mucho mayor que las diferencias culturales particulares de muchas sociedades, basta y sobra leer los casos arriba descritos.

La construcción de la lógica penal de los sistemas de justicia de muchos países pasa por el respeto de preceptos constituidos como verdades inamovibles e irrefutables, inmutables y eternas, las cuales en realidad esconden el tradicional orden de género que en otras áreas nos ha sido mucho más simple identificar. A partir del discurso jurídico penal es posible reconocer cuál es el modelo de mujer que impera en nuestras sociedades y el rol que en ellas cumple: el de subordinación al poder de los hombres.

El derecho penal todavía ejerce su rol disciplinario, históricamente diferenciado según el sexo de que se trate.

Los estudios feministas sobre el Estado revelan el papel central del derecho como elemento que reproduce la opresión de las mujeres (Bergalli y Bodelón, 1993, p. 67), porque en su marco epistemológico y ontológico se justifica la valoración de inferioridad y permanente infantilización de las mujeres. Ello se reconoce en la construcción del individuo que se presenta ante la justicia penal.

El reconocido jurisconsulto argentino Eugenio Zaffaroni (1992, p.57), ex interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y actual miembro

de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en la reconstrucción histórica del discurso jurídico, reconoce que el poder punitivo no es un poder que pueda usar indistintamente el hombre o la mujer, según su situación en el poder social, sino que está estructuralmente vinculado a la dominación y subordinación de la mujer y únicamente con su reducción y contención la mujer logrará su posición subordinada al poder. La idea dominante de la articulación discursiva de la criminalista durante los siglos XVIII y XIX, era que:

“[...] la mujer es más débil, no sólo en el cuerpo sino también en la inteligencia, por lo que no llega a filosofar y es más «carnal» que el hombre. Todo esto se atribuye a una falla genética [...] conviene afirmar que hubo una falla en la formación de la primera mujer, por haber sido ella creada a partir de una costilla curva, o sea de una costilla del pecho, cuya curvatura es, por así decir, contraria a la rectitud del hombre [...]” esta falla genética explicaba que las mujeres sean «intelectualmente como niños [...]» (Zaffaroni, 1992, p.58).

No se necesitan más ejemplos para reconocer cómo y contra quién se asentó el poder punitivo en la forma en que aún hoy perdura y sobran los comentarios ante su caracterización y apreciación:

1. Falta genética de la mujer.
2. Mayor inclinación al mal por su menor resistencia a la tentación;
3. Predominante carnalidad y menor espiritualidad;
4. Consiguiente necesidad de tutela por su infantilismo constitucional: “La ideología de la tutela hizo su entrada con el discurso inquisitorial y también permanece hasta hoy.” (Zaffaroni, 1992, p.58).

Por lo tanto, el modelo de mujer como objeto de tutela y minusvalía mental permanece plenamente anclado en el imaginario jurídico actual.

Siguiendo esta lógica, deberían ser más duros y ejemplares los castigos contra quienes violentaran a semejantes incapaces legales y mentales; sin embargo y paradójicamente, los sistemas de castigo judiciales son absolutamente blandos con los asesinos de mujeres. Cabe entonces preguntarse qué es lo que realmente se protege desde estos sistemas jurídicos.

En primer lugar, frente a los estatutos jurídicos, tenemos un orden social preestablecido con lugares y roles predeterminados para las mujeres. Así se articula un orden cultural donde el control social informal es un fenómeno complejo, con diferentes formas de opresión a la que la mujer está sometida. En él, el rol asignado a la mujer dentro del sistema abarca la familia, la escuela y el trabajo, así como el área médica, aplicando a todas estas instituciones un mismo programa, con los mismos objetivos: crear primero y mantener después a la mujer en el papel asignado. (Millares, cit. en Larrandart, 1993, p.26). La tarea de educación de las mujeres trata de lograr un comportamiento basado en la docilidad y la dependencia. Así se crean estándares de la mujer “normal” y de aquella “desviada”. (Larrandart, 1993, p. 26).

Desde el punto de vista inconsciente e introyectado de la mayoría de los magistrados/as de los países latinoamericanos, las mujeres asesinadas en actos de feminicidio habrían quebrantado de alguna manera el orden social predeterminado, tanto al interior de sus hogares, como en la osadía de transgredir el papel asignado e incursionar en el ámbito de lo público arriesgándose, innecesariamente, y sufriendo un castigo “merecido” ante esta audacia. Para ejemplificar taxativamente este punto y la plena vigencia de este pensamiento patriarcal, mencionamos las ingratas declaraciones del ex Director Nacional de la Fuerza Especial de Lucha contra la Violencia de Bolivia, Víctor Hugo Soria, emitidas a fines de 2018, al referirse al tema de los feminicidios:

“Generalmente se presentan por el consumo excesivo de bebidas alcohólicas (...) muchas veces son problemas pasionales, celos, desconfianza, infidelidad y demás situaciones; o producto de que la mujer tiene doble vida, ha estado con el marido y tiene otro, otra persona con la que también convive (...) pero eso es esporádicamente, no es muy seguido”. (*Periódico la Razón*, 2018)

Por otra parte, “La protección de la «privacidad» a través de la legislación, la vida confinada al ámbito de lo «privado» ha hecho que el área de las relaciones familiares se transforme en un lugar de arbitrio y violencia contra las personas que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad, como son: mujeres y niñas [...] En la familia, en la vida cotidiana, existe una dimensión disciplinaria”. (Larrandart, 1993, p.26). Las mujeres son consideradas seres inferiores a los hombres, su transgresión no se interpreta meramente como el comportamiento de un individuo, sino como el comportamiento que está transgrediendo las expectativas o roles sociales atribuidos a su género. La transgresión no es únicamente violación de la norma jurídica penal, sino violación del rol asignado, el cual debe ser castigado con severidad.

Este sería uno de los elementos contemplados dentro del feminicidio íntimo como atenuante para los atacantes. ¿Cómo castigar a quienes no se perciben como responsables de un crimen? ¿Cómo asignar un estatus de víctimas a quienes no se entienden como tales?

Finalmente, sus “conflictos” forman parte de la “cotidianeidad”, en otras palabras, están “normalizados” y minimizados por las sociedades. De esta manera la violencia extrema está plenamente justificada como una medida disciplinaria adecuada y hasta necesaria como escarmiento de las carnales, débiles e infantiles mujeres.

Por otro lado, hay un estereotipo del rol femenino en los Códigos Penales latinoamericanos en el que el rol de la madre es al mismo tiempo sujeto de tutela y también de represión. Asimismo, el rol sexual de las mujeres, tan normado formal e informalmente, donde lo que se tutela no es la libertad sexual de ellas, sino su “honestidad”, es parte de este esquema. Ni su vida, ni las mujeres, ni sus derechos son el real objeto de protección o el bien jurídico a salvaguardar, es el “honor” y el “orden familiar” los que se deben proteger a toda costa. (Larrandart, 1993, p.29).

De Castro nos dice: “Sabemos que - con todos los matices que representa la contradicción social-, en líneas generales las leyes son hechas por los adultos para los jóvenes, por los ricos para los pobres, por los hombres para las mujeres, por los criollos para los indígenas, por los nacionales para los extranjeros y así sucesivamente. Así los hombres administran nuestras necesidades espirituales, orientan nuestros problemas físicos y espirituales, y deciden cuál es nuestra conducta correcta.” (1993, p.63). Mientras que Facio y Camacho (1993, p.86) retoman a Eichler para identificar siete formas generalizadas de sexismo: el familismo, el dicotomismo sexual, el deber ser de cada sexo, el doble parámetro, el androcentrismo, la sobregeneralización, la sobreespecificación y la insensibilidad de género, omnipresentes en el mundo de la criminología. Bajo estas lógicas está más que justificada la impunidad existente en los casos de feminicidio, y los fallos de las cortes de distintos países toman su verdadero sentido.

“Parte del actual debate feminista gira en torno al denominado «derecho sexuado», el cual significa interrogarse sobre la neutralidad e imparcialidad del derecho mismo. Interrogarse sobre esta cuestión tiene interés desde la perspectiva de las limitaciones que ofrecen los cambios legislativos en determinados contextos [...] no se trata de transformar la legislación, sino de transformar la realidad. Las acciones que se toman dentro del sistema legal no pueden por sí mismas eliminar el patriarcado, sino forman parte de cambios culturales y sociales más amplios [...] la mujer y la condición a que ella queda relegada en sus vínculos con el hombre asumen una función importante, aunque su representación social es decididamente de carácter subalterno y sometido”. (Bergalli y Bodelón. 1993, p.69).

“La incidencia que todos estos aspectos han tenido [...], la especial relación que existe entre la división sexual del trabajo y la posición de la mujer dentro de aquella, constituyen temas centrales del debate antropológico, debate que sólo muy lentamente está siendo atendido por los juristas [...] Como lo ha demostrado la antropología social, las diferencias entre hombres y mujeres que se manifiestan como nociones antagónicas, no dependen de la naturaleza biológica de cada sexo, sino que son el resultado de procesos de construcción social mediante los cuales se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus hombres y mujeres [...] “. (Moore, 1991, pp.29-30)

“Pero la toma de autoconciencia que se ha producido en el campo de la lucha por el reconocimiento de la condición femenina, tal como la ha esbozado la antropología de género, poco ha traspasado todavía los límites disciplinarios. La cultura jurídica sigue orientada por la atribución de roles e identidades propios de aquel orden simbólico que ha fijado la subalternidad de lo femenino y que ha impedido la convivencia con el “otro” en el mutuo reconocimiento de que cada uno tiene derechos que los diferencian, pero que, a la vez, los nivelan.” (Bergalli y Bodelón, 1993, p.72).

En este sentido, recordemos nada más, lo que sucedió en 2012, y las palabras del presidente del Consejo General de la Ciudadanía en el Exterior de España – órgano consultivo y asesor perteneciente al Ministerio de Empleo, José Manuel Castelao Bragañón: “Las leyes son como las mujeres, están para violarlas” comentario que realizó ante algunos miembros del Consejo en una reunión en Santiago de Compostela. Una frase que despertó las protestas entre algunos miembros de este organismo y por la que después pidió perdón.

El abogado gallego de 71 años fue diputado del Partido Popular en el Parlamento de Galicia entre 2005 y 2009, y por segunda vez presidía este organismo que agrupa a los españoles que viven en el extranjero y que tiene como objetivo garantizar su derecho al voto o a la participación en las administraciones públicas. Su mandato – que debía durar cuatro años no ha durado una semana. En su segundo día como presidente de los españoles en el exterior, José Manuel Castelao, estaba reclamando el acta de la reunión a una de las comisiones, la mesa de Educación y Cultura, a quien le faltaba un voto para formalizar el documento. “*No pasa nada. ¿Hay nueve votos? Poned diez... Las leyes son como las mujeres, están para violarlas*”, dijo, según han explicado varias de las personas que estuvieron en la reunión. Ello afortunadamente le costó la dimisión. (www.20 minutos.es y www.elpaís.com).

El derecho del hombre a la sujeción violenta de la mujer sigue anclado en el sentido común. Quizás por ello, la mayor parte de los feminicidios en Bolivia, Chile y el mundo quedan absolutamente IMPUNES. Las diversas investigaciones y los cada vez más abundantes datos procesados apuntan a que estos crímenes no son prioridad para nadie ni en estos países, ni en ningún otro. Nuevamente el ejercicio de poder, control y dominio, no sólo de los agresores, sino también del sistema dejan sin castigos horrendos crímenes, que significan en los hechos, un segundo asesinato de las víctimas.

Esta forma extrema de violencia es una manera de disciplinar los cuerpos de las mujeres y aplicar sobre ellos la fuerza patriarcal que se da el lujo de eliminarlos como el último de sus recursos.

Los estereotipos cosificadores que colocan a las mujeres en condiciones de sumisión y desigualdad, permean las representaciones culturales de la violencia, las que son admitidas socialmente, culpabilizando de su desgracia a la misma víctima, quien no podrá ni siquiera defenderse de esta agresión última a su dignidad como humana.



Fotos de Mauricio Ortega Ruíz, agresor de Nabila Rifo y feminicida frustrado durante su aprehensión y subsecuente proceso.

Fuente: *The Clinic on line*, 9 de julio de 2017.

FEMINICIDIO Y DERECHOS HUMANOS

Para Marcela Lagarde, el feminicidio se convierte en un crimen de Estado: “ya que éste no es capaz de garantizar la vida y seguridad de las mujeres en general, quienes vivimos diversas formas y grados de violencia cotidiana a lo largo de la vida.” (2006, p.12)

Por lo tanto, estamos hablando de la violación sistemática de los Derechos Humanos de las mujeres, que, por ende, es un problema social y político que afecta directamente a la vida de estas, el cual, sin embargo, es visto en lo cotidiano como parte habitual de nuestras existencias. Lo asumimos acríticamente y hasta culpabilizamos a las víctimas, en el juego perverso que establece el patriarcado, convirtiéndonos en los/as perfectos/as guardianes/as de su orden.

El feminicidio se transforma, igualmente, en violencia institucional, ya que en muchísimas ocasiones se caracteriza por la IMPUNIDAD de los asesinos, debido a la falta de esclarecimiento de los casos, la ausencia de justicia, la denigración y culpabilización de la víctima y/o su familia, el maltrato y la negligencia de muchos cuerpos policiales, la ineficiencia y connivencia de autoridades y jueces/zas corruptos/as, la discriminación y denegación del acceso a la verdad, tan típicos, y también tan comunes a otras formas de violación de Derechos Humanos.

Julietta Lemaitre apunta a que la penalización de la violencia de género produce un nuevo vocabulario y una nueva ritualidad legal:

“surge así un discurso de obligaciones estatales, de capacitaciones de funcionarios, de tratamiento de víctimas y agresores, de escritura de expedientes, prestación de servicios, y celebración de reuniones y eventos nacionales e internacionales [...] el lenguaje de los derechos brinda profundos significados morales que van en contravía con la tradición. Por ejemplo, en la moralidad patriarcal la violencia y discriminación contra las mujeres son hechos moralmente permitidos, o por lo menos ambiguos, justificados a menudo por «el mal comportamiento» femenino. Se dice que si los hombres golpean a sus mujeres [o las matan] es porque tienen razones para hacerlo, razones que de ser explicadas serían compartidas por cualquier *pater familias*: por infieles, por respondonas, por malas madres, por malas nueras, por mentirosas, por manisueñas, por lengüilargas, por metidas, por sapas, por pendejas.” (2009, p.198)

Estos dos escenarios que parecen totalmente antagónicos se concilian en el accionar de los/as jueces/zas, fiscales y operadores/as de justicia, desde la aplicación de su sentido común en sus fallos, y se reproduce nuevamente la doble moral tan identificada y denunciada por las feministas.

Ante los últimos acontecimientos vividos por la trágica decisión de la Corte Suprema de Chile, una manifestante que protestaba contra este desafortunado fallo sintetizó el sentir y el vivir de todas las mujeres latinoamericanas: “*Quiero dejar de tener miedo por el sólo hecho de ser mujer*”. (TVCHILE, 11 de julio de 2017)

Finalmente, no se debe obviar e invisibilizar el poder simbólico del derecho penal y su directa influencia en la vida de las mujeres. Las sentencias que penalizan a las víctimas y justifican a los victimarios, a partir de su potencial criminalizador, apuntan a normalizar y legitimar la violencia de género que hoy en día, por lo menos en el discurso, resulta políticamente incorrecta.

Es el momento de preguntarnos cuándo será que los Estados y la justicia, o por lo menos una justicia, se tome en serio los tratados y las convenciones firmadas y ratificadas por los países en materia de Derechos Humanos de las Mujeres, y encare con seriedad la mejora de las condiciones objetivas de vida de las mujeres, no sólo en el discurso, sino en la cotidianeidad.

BIBLIOGRAFÍA

BERGALLI, ROBERTO Y BODELÓN, ENCARNA, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico.” *Nullum Crimen. Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*, Año 2, N°2, Bolivia, 1993, pp. 67-81.

DE CASTRO, LOLITA, “Mujer, política y derecho: una reforma necesaria del Código Penal”. *Nullum Crimen. Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*. Año 2, N°2, Bolivia, 1993, pp. 61 – 65.

FACIO, ALDA Y CAMACHO, ROSALÍA, “En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología.”, *Nullum Crimen. Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*, Año 2, N°2, Bolivia, 1993, pp. 83-95.

LAGARDE, MARCELA, “Presentación a la edición en español, *Feminicidio: una perspectiva global*, Editoras, RUSSEL, DIANA Y HARMES, ROBERTA, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, México, 2006, pp. 15 – 42.

LARRANDART, LUCILA, “El control social de la mujer y sus interrogantes desde el punto de vista de la criminología”. *Nullum Crimen. Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*, Año 2, N°2, Bolivia, 1993, pp. 25-31.

LEMAITRE, JULIETA, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Editorial Kimpres S.A.S, Bogotá, Colombia, 2016, pp. 23-42.

MOORE, HENRIETTA, *Antropología y feminismo*, Colección Feminismos, Ediciones Cátedra, Madrid, España, 1991, pp. 25-30.

TOLEDO VÁSQUEZ, PATSILÍ, *Feminicidio*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), México, 2009, pp. 23-36.

VINCENTY, CLAUDIA, “Feminicidio en Bolivia: Historias de horror e impunidad en el siglo XXI”, *Vivir bien ¿Una nueva vía de desarrollo plurinacional? Anales de la XXIV Reunión Anual de Etnología*, Tomo II, MUSEF Editores, Bolivia, 2011, pp. 535-549.

ZAFFARONI, EUGENIO, “La mujer y el poder punitivo.” *Nullum Crimen. Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*, Año 2, N°2, Bolivia, 1993, pp. 55-60.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

ANF, 2017. Denuncian que jueces intimidan a la parte acusadora en el proceso por el feminicidio de María Isabel Pilco. [En línea] Agencias de Noticias Fides en Internet, 19 de abril de 2017 <https://www.noticiasfides.com/nacional/seguridad/denuncian-que-jueces-intimidan-a-la-parte-acusadora-en-el-proceso-por-el-feminicidio-de-maria-isabel-pilco-377358> [Fecha de consulta, febrero de 2019]

ANF, 2017. Juez ordena reprimir a personas que siguen caso de feminicidio. [En línea] Periódico Los Tiempos en Internet, 4 de julio de 2017 <https://www.lostiempos.com/actualidad/nacional/20170704/juez-ordena-reprimir-personas-que-siguen-caso-feminicidio> [Fecha de consulta, enero de 2019]

ANF, 2017. Juicio por el feminicidio de María Isabel Pillco será sometido a auditoría jurídica. [En línea] Periódico Página Siete en Internet, 15 de julio de 2017. <https://www.paginasiete.bo/seguridad/2017/7/15/juicio-feminicidio-maria-isabel-pillco-sera-sometido-auditoria-juridica-144768.html> [Fecha de consulta, enero de 2019].

ANF, 2017. Tribunal absuelve a acusado de feminicidio de María Isabel Pillco. [En línea] Periódico Página Siete en Internet, martes 11 de julio de 2017. <https://www.paginasiete.bo/seguridad/2017/7/11/tribunal-absuelve-acusado-feminicidio-maria-isabel-pillco-144286.html> [Fecha de consulta, enero de 2019].

AYALA, LESLIE Y FAÚNDEZ, GLORIA, 2017 Corte Suprema acuerda rebajar la condena al agresor de Nabila Rifo. [En línea] La Tercera en Internet *Reportajes*. 9 de julio de 2017, <https://www.latercera.com/noticia/corte-suprema-acuerda-rebajar-la-condena-al-agresor-nabila-rifo/> [Fecha de consulta, febrero de 2019]

GILBERT, ABEL, 2017. Condena ejemplar en Chile por espeluznante intento de feminicidio. [En línea] El Periódico en Internet. 5 de mayo de 2017. <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20170503/condena-ejemplar-en-chile-por-un-atroz-intento-de-feminicidio-6012170>. [Fecha de consulta, febrero de 2019]

S/A, 2012. Dimite un alto cargo de Empleo que dijo que “las leyes son como las mujeres, están para violarlas” [En línea] 20 Minutos Noticias en Internet, 6 de octubre de 2012 <https://www.20minutos.es/noticia/1609539/0/Castelao/violar/mujeres/> [Fecha de consulta, septiembre de 2014]S/A, 2014. Acusado de feminicidio de María Isabel Pilco es remitido a la justicia ordinaria. [En línea] Hoy Bolivia en Internet, 4 de noviembre de 2014. <https://www.hoybolivia.com/Noticia.php?IdNoticia=126285> [Fecha de consulta, enero de 2019]

S/A, 2014. El concubino de María Isabel Pilco es acusado de feminicidio. [En línea] La Razón Digital/ABI en Internet, 4 de noviembre de 2014 <https://eju.tv/2014/11/el-concubino-de-mara-isabel-pilco-es-acusado-de-feminicidio/> [Fecha de consulta, febrero de 2019]

S/A, 2017. Corte Suprema rebaja condena a agresor de Nabila Rifo porque no habría querido matarla. [En línea] El Mostrador Braga en Internet, 9 de julio de 2017 <https://www.elmostrador.cl/dia/2017/07/09/corte-suprema-rebaja-condena-a-agresor-de-nabila-rifo-porque-no-habria-querido-matarla/> [Fecha de consulta, enero de 2019]S/A, 2017, Caso Nabila Rifo: Corte Suprema acuerda rebajar condena de Ortega y anula cargo de femicidio frustrado. [En línea] The Clinic Online, 9 Julio de 2017 https://www.theclinic.cl/2017/07/09/caso-nabila-rifo-corte-suprema-acuerda-rebajar-condena-ortega-anula-cargo-femicidio-frustrado/?fb_comment_id=1602065889826750_1602218046478201 [Fecha de consulta, enero de 2019]

S/A, 2017, S/A, 2017, Caso Nabila: Suprema entregará el 11 de julio resolución sobre petición de nulidad de juicio a Mauricio Ortega. [En línea] The Clinic Online, 21 de junio de 2017: <https://www.theclinic.cl/2017/06/21/caso-nabila-suprema-entregara-11-julio-resolucion-peticion-nulidad-juicio-mauricio-ortega/> [Fecha de consulta, enero de 2019] SAHUQUILLO, MARÍA, 2012. Las leyes son como las mujeres, están para violarlas. [En línea] Diario El País en Internet, 5 de octubre de 2012 https://elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349454276_520810.html [Fecha de consulta, septiembre de 2014]

URGENTEBO, 2017. Las irregularidades y las pruebas que se omitieron en el caso Pillco. [En línea] Revista Oxígeno en Internet, 20 de julio de 2017 <https://urgente.bo/noticia/las-irregularidades-y-las-pruebas-que-se-omitieron-en-el-caso-pillco> [Fecha de consulta, enero de 2019].

VILLA, MICAELA. 2014. María Isabel fue golpeada aun cuando estaba encinta. [En línea] La Razón en Internet, 6 de noviembre de 2014. <https://eju.tv/2014/11/feminicidio-mara-isabel-fue-golpeada-por-su-pareja-aun-cuando-estaba-encinta/> [Fecha de consulta, febrero de 2019]

RELACIÓN ENTRE EL PRESUPUESTO MATERIAL OBJETIVO DE LOS CONCURSOS (LA INSOLVENCIA) Y LA SOLICITUD DE CONCURSO VOLUNTARIO EN LA LEY 20.720

RELATIONSHIP BETWEEN THE OBJECTIVE MATERIAL BUDGET OF THE CONTESTS (INSOLVENCY) AND THE REQUEST FOR A VOLUNTARY CONTEST IN LAW 20.720

MAURICIO ORTIZ SOLORZA*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

RESUMEN: En el procedimiento de liquidación voluntaria y de reorganización judicial y/o extrajudicial, a diferencia de la liquidación forzosa (artículo 117 Ley 20.720 –en adelante LC–), no se exige, en forma explícita, la concurrencia de algún hecho revelador del estado de insolvencia del deudor, lo que no significa su total ausencia como presupuesto de los mismos.

ABSTRACT: *In the procedure of voluntary liquidation and judicial and / or extrajudicial reorganization, unlike forced liquidation (article 117 Law 20.720 -hereinafter LC-), the concurrence of some revealing fact of the state of insolvency of the debtor, which does not mean its total absence as a prerequisite for them.*

PALABRAS CLAVE: insolvencia; procedimiento concursal voluntario; liquidación voluntaria; procedimiento concursal de reorganización.

KEY WORDS: *Insolvency; voluntary bankruptcy procedure; voluntary liquidation; reorganization bankruptcy procedure.*

* Mauricio Ortiz Solorza; Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales PUC, Profesor (Asociado) de Derecho Comercial, Facultad de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción, ciudad de Concepción; DEA en Derecho Empresarial Universidad de Sevilla, España, Doctorando en Derecho por la misma Universidad; Abogado Integrante I. Corte de Apelaciones de Concepción; Dirección: Lincoyán 255 Concepción; correo electrónico: mauricio.ortiz@ucesc.cl.

1. Los presupuestos del concurso y la manera cómo se agrupan

La denominación genérica “*presupuestos del concurso*” alude a aquellos requisitos previos que, también con otras variadas denominaciones (causas, motivos, supuestos, elementos constitutivos, *condiciones iuris*, etc.), justifican y determinan el nacimiento y desarrollo de la concreta relación jurídico-procedimental en que consiste el concurso de acreedores, radicada en nuestro caso –por tratarse de una empresa deudora (en adelante deudor)– en el procedimiento concursal de liquidación, de reorganización judicial y/o de reorganización extrajudicial o simplificada.

Estos requisitos o presupuestos deben existir al momento de dar inicio al procedimiento concursal respectivo, siendo la ocurrencia de éstos totalmente irrelevante con posterioridad.

Según expresa Vázquez Cueto, los presupuestos del concurso consisten en una serie de condiciones o requisitos para que se abra el procedimiento concursal, a fin que el deudor sea declarado concursado y se desencadenen los efectos jurídicos que derivan de tal declaración¹. Son motivos o causas que justifican el desarrollo de un procedimiento concursal y que actúan como supuestos o requisitos previos, de cuya concurrencia depende la apertura de dicho procedimiento, como *condiciones iuris* determinantes de la relación procedimental, según lo expone Rodríguez de Quiñones y De Torres².

Tradicionalmente, en doctrina, los presupuestos del concurso suelen ser agrupados en dos categorías o clases, según revistan una naturaleza material o sustantiva, o, en su caso, una formal, adjetiva o procesal.

En definitiva, pueden tener la calidad de presupuesto material o formal³.

El presupuesto de naturaleza *material* puede ser de corte *subjetivo* u *objetivo*. Los primeros fijan las cualidades que es preciso cumplir para ser concursado, esto es, para ocupar la parte pasiva de la relación jurídico-procedimental que se entabla mediante el concurso de acreedores. El segundo determina la situación o conjunto fáctico que ha de evidenciarse (el *estado de insolvencia*) para que el Ordenamiento jurídico brinde su tutela a través del instituto concursal.

El presupuesto de índole *formal* no se halla explícitamente recogido como tal por LC. De este modo, el concurso de acreedores se asienta sobre un determinado procedimiento que parte de un pronunciamiento judicial, como es, la *declaración judicial del concurso*, el cual es su presupuesto formal, declaración que precisa –a su vez– de una *solicitud* previa, a instancia de interesado.

2. El presupuesto formal: La resolución que declara el concurso, previa solicitud de parte interesada

El presupuesto formal está constituido por aquellas condiciones adjetivas o procesales sin las cuales el procedimiento no se inicia ni despliega sus efectos. En definitiva, consiste en una declaración judicial dictada por el tribunal competente, previa solicitud efectuada por el deudor

¹ VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ, “Los Presupuestos materiales del concurso” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Derecho Mercantil*, Décima quinta edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013, p. 127.

² RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO, “Derecho Concursal” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vigésima edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2017, p. 799.

³ SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. *Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas. Derecho Concursal*, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2015, pp. 53 y 54. El autor al tratar los presupuestos de los procedimientos concursales indica que: “para que tengan aplicación se requiere que exista la causa, esto es, la situación patrimonial de imposibilidad de pagar que afecta a una empresa o persona deudora y la reacción de alguno de los afectados, los acreedores y la propia empresa o persona deudora, que ocurre ante el tribunal competente o ante el órgano administrativo pertinente, para lograr que se dicte la resolución respectiva”. Concluye que la “causa” y la “acción” son los dos grandes presupuestos de los procedimientos concursales.

o, según corresponda, por el o los acreedores (para el caso de la liquidación voluntaria o forzosa, respectivamente), o, únicamente, a instancia del deudor en falencia, en el caso del procedimiento concursal de reorganización; sea éste judicial o extrajudicial (este último también denominado simplificado).

Aunque no se hayan recogido expresamente como tal, en la LC encontramos en esta categoría la “*solicitud de concurso*” y la consecuente “*resolución que lo inicia*” dictada al efecto por el tribunal competente, esto es, el que corresponda al domicilio del deudor. Igual cosa ocurre en la Ley 2/2003, de 9 de julio, concursal, que disciplina los concursos de acreedores en España (en adelante LCE)⁴.

Para mayor claridad en el análisis, se hará un distingo entre el procedimiento concursal de liquidación y el de reorganización judicial y/o extrajudicial o simplificado.

2.1 Procedimiento concursal de liquidación

En este caso, en lo que respecta a la solicitud de concurso, distinguiremos, a su vez, según se trate el sujeto activo que lleve adelante la petición (el propio deudor o, en su caso, alguno o algunos de sus acreedores), entre liquidación voluntaria y forzosa.

Eso sí, todo lo que se diga con respecto a la resolución que inicia el procedimiento concursal de liquidación, cuyo contenido se disciplina en el artículo 129 LC, será común, esto es, aplicable a ambas categorías de concurso, atendida la expresa remisión legislativa que efectúa el art.116 LC al art. 129 LC.

2.1.1 Procedimiento concursal de liquidación voluntaria

La solicitud de liquidación efectuada por el propio deudor se disciplina en los arts. 115 y 116 LC. En el primero se hace mención a los antecedentes y/o documentos que deben ser acompañados a la respectiva solicitud. En el segundo se prescribe que el tribunal llamado a conocer de la misma -previa verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la disposición 115 LC y, también, de aquellos relativos a la nominación del liquidador contemplados en el art. 37 LC- deberá proceder a la dictación de la respectiva resolución de liquidación disciplinada en el art. 129 LC.

Ahora bien, relativo a la solicitud de liquidación voluntaria, es menester esbozar, desde ya, dos reflexiones, las cuales resultan del más alto interés.

En primer término, la carencia de facultades legales en favor de los demás “*interesados*” (que no sea el deudor) en el marco del procedimiento concursal que se inicia (a saber: acreedores –proveedores o suministradores–, trabajadores y, en general, terceros con interés), que los habilite para plantear excepciones o defensas contra la solicitud de liquidación del deudor, a efectos que no

⁴ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO y VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ, “El Presupuesto Formal del Concurso. El Procedimiento de Declaración de Concurso Derecho”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Derecho Mercantil*, Décima quinta edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013, pp. 155 y 156. Los autores con el afán de esclarecer el presupuesto en comento, indican sobre el particular que “*el tránsito de la condición de simple deudor a la de concursado y el desencadenamiento de los efectos del concurso sobre el deudor, sus créditos y los contratos que mantiene en vigor requieren de una declaración judicial dictada en el marco de un juicio instado por una parte legitimada para ello*”, aclarando que “*la declaración de concurso se rige por el principio de rogación*” (no obstante algunas “*salvedades*” y “*matices*” sobre el particular expuestas por los propios autores). Concluyen indicando que “*la declaración de concurso representa la resolución judicial que pone fin a un proceso iniciado a instancia de parte y en el que el juez debe desarrollar una actividad de cognición de diversa intensidad según los casos, fundada en las alegaciones de los comparecientes y en la prueba propuesta y practicada, y previa la admisión a trámite de la solicitud*”. De este modo la declaración judicial de concurso, iniciada a solicitud de parte interesada, constituye en España -al igual que acontece en la legislación nacional chilena- el presupuesto formal del concurso.

se verifique la correspondiente declaratoria de la misma. En efecto, sólo se consagra en favor del propio deudor, acreedores y de terceros el recurso de apelación contra la resolución que declara la liquidación, esto es, ya gatillado el concurso, sin que tampoco, posteriormente proceda recurso alguno—ordinario ni extraordinario— contra la resolución de segunda instancia que se pronuncie sobre la apelación planteada (art.129, inciso final, LC).

A nuestro juicio, la carencia de facultades en favor de los demás “*interesados*” en el procedimiento concursal que se inicia, en los términos indicados, trae consigo un debilitamiento considerable de los mecanismos de control puestos al frente de aquella facultad que ostenta el deudor de solicitar su propia liquidación, teniendo en cuenta que hoy el único que posee atribuciones “*de freno*” de las pretensiones del deudor es el tribunal encargado de conocer la solicitud de liquidación.

Una segunda reflexión, al hilo de la primera, construida en base a las facultades que posee el tribunal correspondiente frente a una solicitud de liquidación presentada por el propio deudor, al parecer de algunos, estas apuntarían más bien a un examen meramente formal o “*check list*” del cúmulo de antecedentes exigidos en el art. 115 LC, en vez de consistir en un análisis de conjunto o más bien global de los mismos, desplegado con el afán de poder determinar el real estado de insolvencia por el cual atraviesa el deudor solicitante, en su condición de presupuesto material objetivo del concurso, considerado como la causa de éste.

Este contrapunto será desarrollado en el apartado relativo al vínculo o conexión existente entre el presupuesto formal (compuesto, además de la declaración de inicio del concurso, por la solicitud de liquidación voluntaria efectuada por el propio deudor) y el presupuesto material objetivo (concretado en la insolvencia como causa del concurso).

Ahora bien, en lo que dice relación a los antecedentes que deben ser acompañados en la respectiva solicitud de liquidación voluntaria (art.115LC)⁵, destaca aquel requerido en el numeral 3 de la citada disposición, en el cual se exige la “*relación de sus juicios pendientes*”. En efecto, a nuestro entender, la “*relación de juicios pendientes*” no debe ser entendida como una condición “*sine qua non*” para dar curso a la solicitud de liquidación (al extremo de ser tenido como un presupuesto de admisibilidad procesal), de modo tal que su incumplimiento -por no existir juicio alguno en contra del deudor- pueda servir de fundamento para el rechazo de la solicitud de liquidación respectiva⁶. En la vereda del frente también han existido pronunciamientos de los tribunales de justicia que han sostenido la postura contraria⁷, cobrando sentido, de este modo, la exigencia relativa a la “*relación de juicios pendientes*” si se tiene en cuenta que en la LC no se disciplina la denominada

⁵ Según la disposición legal citada, es menester acompañar el listado de los bienes del deudor (con señalamiento del lugar en que se encuentran, de los gravámenes que le afectan, indicando, a su vez, aquellos bienes que se encuentran excluidos de la liquidación); el estado de sus deudas con individualización de sus acreedores; la nómina de sus trabajadores, con señalamiento de su situación contractual y de las prestaciones laborales y previsionales adeudadas (exigencia motivada por el efecto extintivo de la relación laboral que trae consigo la resolución de liquidación, según se expresa el art. 163 bis del Código del Trabajo; en adelante C del T); sin perjuicio del respectivo balance, en caso que el deudor llevare contabilidad completa. A su turno, en España, el art. 6 de la LCE, luego de indicar que “*en el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente*”, exige que se acompañen a la referida solicitud una serie de documentos, como son el poder especial para solicitar el concurso, la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, un inventario de bienes y derechos, relación de sus acreedores, plantilla de sus trabajadores, debiendo acompañar, de corresponder, documentos contables establecidos en el punto 3 del citado art.

⁶ RUZ LÁRTIGA, GONZALO, *Nuevo Derecho Concursal chileno. Procedimientos Concursales de Empresas y Personas Deudoras*, Tomo II, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2017, p 733. En sustento de esta postura, indica un cúmulo de sentencias dictadas por tribunales superiores de justicia: C.A. Valdivia, 21 de noviembre de 2016, Rol 635-2016; C.A. Valdivia, 5 de agosto de 2016, Rol 387-2016; 8 de agosto de 2016, Rol 386-2016. En lo que se refiere a la homologación de la expresión “*juicios pendientes*” a “*juicios en actual tramitación*” C.A. Iquique, 10 de febrero de 2017, Rol 36-2017.

⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO, *Curso de Derecho Comercial. Derecho Concursal*, Tomo III, Volumen 1, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2019, pp. 127 y 128. El autor, al hacer referencia a la prueba del presupuesto material objetivo del concurso voluntario, en honor al criterio formalista que rechaza la apertura de este tipo de concursos por la sola confesión del deudor, específicamente, por falta de “*juicios pendientes*” o la existencia de un “*único juicio pendiente*”, cita sentencias que avalan esa postura, principalmente de primera instancia: 23° Juzgado de Letras de Santiago, 24 de mayo de 2016, Rol N 11.240-2016; 7° Juzgado Civil de Santiago, 15 de enero de 2016, Rol C-30.410-2015; 2° Juzgado de Letras de Puerto Montt, 23 de diciembre de 2015, Rol C-7358-2015 (en el cual se sustenta el rechazo de la petición de concurso voluntario en la existencia de un “*único*” juicio pendiente); CA Santiago, 16 de diciembre de 2016, Rol C-11.620-2016.

insolvencia “*inminente*”, tal cual ocurre en el ordenamiento jurídico español⁸, entendiéndose entonces el legislador nacional que el estado de insolvencia debe ser avalado, entre otros antecedentes, por la existencia efectiva y real de juicios o procedimiento abiertos en contra de la empresa deudora, que se encuentren en actual tramitación. Por otro lado, la exigencia es de gran utilidad práctica, a objeto que el tribunal del concurso pueda efectuar las comunicaciones correspondientes a sus pares jurisdiccionales encargados de la sustanciación de los juicios respectivos, a efectos de instar a su paralización y posterior acumulación al respectivo procedimiento concursal de liquidación.

2.1.2 Procedimiento concursal de liquidación forzosa

La solicitud de liquidación forzosa (llamada en la LC “*demanda*”, en honor, seguramente, al carácter contencioso que podría revestir el procedimiento iniciado), presentada ante el tribunal civil que corresponda al domicilio del deudor, se encuentra disciplinada en la disposición 118 LC, recayendo sobre el acreedor peticionario (pudiendo, también, ser más de uno)⁹ la obligación de “*señalar la causal invocada y sus hechos justificativos*”¹⁰, debiendo allegar al proceso los documentos o antecedentes escritos que acrediten la causal invocada, lo que es sin perjuicio de las denominadas causales de liquidación “*reflejas*” o “*consecuenciales*”, cuya existencia y producción de efectos están supeditados a la ocurrencia de un determinado hecho descrito en la LC¹¹. Cabe hacer presente que la obligación de invocar una causal y proceder a su justificación, solo aplica en caso de una solicitud de liquidación forzosa, dado que respecto de la voluntaria el deudor únicamente debe acompañar a su solicitud los antecedentes exigidos en el artículo 115 LC, teniendo ésta la calificación de una verdadera “*confesión de insolvencia*” manifestada por el deudor por la mera presentación de la solicitud respectiva.

⁸ El art. 2.3 de la LCE indica: “*Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*”.

⁹ Es menester recordar que bajo la vigencia del Libro IV del Código de Comercio (en adelante C de c), existía discusión doctrinaria con respecto a la obligada concurrencia de más de un acreedor a objeto de dar inicio a un procedimiento de quiebra. Vid: SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes*, Tomo IV, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007, p. 63; PALMA ROGERS, GABRIEL, *Legislación de quiebras*, Santiago de Chile, 1940, p. 30; VARELA VARELA, RAÚL, *Curso de Derecho Comercial, Quiebras. Apuntes de clases*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1962, p. 18; PUELMA ACCORSI, RAÚL, *Curso de Derecho de Quiebras*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1983, p. 46; GÓMEZ BALMACEDA, RAFAEL y SMART EYZAGUIRRE, RAFAEL, *El Derecho de Quiebras*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2009, pp. 121 y 123. Estos últimos autores justifican su postura (en principio sin mayor profundidad, eso sí), al señalar que: “*sería injusto que cuando estuviere solo -el acreedor- se le negara el derecho que se le confiere a todo otro acreedor, cuando son muchos*”, precisando que “*parece extraño que tenga interés en demandar la quiebra un acreedor único, cuando le bastaría con ejecutar a su deudor, siendo suficiente en la generalidad de los casos la ejecución individual, pero a veces la quiebra resulta más eficaz*”. Ahora bien, bajo el impero de la LC la discusión se disipa, ya que el propio numeral 3 del art. 118 LC habla de “*acreedor peticionario*”, en una clara alusión a que bien puede ser un sólo acreedor quien dé inicio a un procedimiento liquidatorio. En España, por todos, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO y VIGUERA RUBIO, JOSÉ, “*Pluralidad de acreedores*”, en BELTRÁN, EMILIO y GARCÍA-CRUCES, JOSÉ (directores), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Editorial Aranzadi, Madrid, España, 2012, pp. 2279 a 2296. Los autores efectúan un exhaustivo y fundado análisis acerca de si la existencia de una pluralidad de acreedores es o no necesaria “*condición*” para declarar el concurso; concluyendo, en definitiva, que: “*...en modo alguno, puede considerarse esta pluralidad un presupuesto subjetivo del concurso*”. OLIVENCIA RUIZ, MANUEL, *La nueva ley concursal. La declaración de Concurso*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2005, pp. 42 y 43. El autor indica sobre el particular que: “*aun no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, ese dato está presente en la LC*” (arts.4 y 20.4), añadiendo que “*en ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores, sin que la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor figure entre las causas legales de conclusión del concurso* (art.176 LCE).

¹⁰ En la disposición citada se contemplan tres causales, cada una de las cuales habilita al acreedor peticionario para demandar el inicio del procedimiento de liquidación. Una de ellas supone el mero “*cese*” (o incumplimiento) en el pago de una obligación que consiste en un título ejecutivo con el acreedor solicitante (N°1), exigiéndose en otra (N° 2), dos o más títulos ejecutivos vencidos, que provengan de obligaciones diversas, habiéndose iniciado, al menos, dos ejecuciones. Por último, aquella contenida en el (N°3) hace alusión a otros “*hechos reveladores*” de la insolvencia, más allá del mero incumplimiento de obligaciones, tales como, el cierre de las oficinas de la empresa deudora, sin nombramiento de mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones, sin que sean habidos sus administradores o la propia empresa deudora (tratándose de persona natural o física).

¹¹ SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO (2015), ob. cit., pp. 135 a 146. Como se dijo, el autor efectúa un completo y detallado examen del catálogo de causales “*reflejas*” contemplado en su obra. En España, el procedimiento concursal responde al principio de “*rogación*” o de instancia, que implica o supone que éste solamente se puede iniciar a instancia de parte, es decir, mediante una petición en tal sentido dirigida al juez a través de una declaración unilateral emitida por persona legitimada, y que se concreta, en definitiva, en el requerimiento al juez para que proceda a la declaración de concurso. Para estos efectos, persona legitimada debe considerarse, exclusivamente, cualquiera de las mencionadas en el art. 3 L.C.E., teniendo en cuenta, eso sí, las integraciones, excepciones, inclusiones y exclusiones efectuadas por las normas concursales complementarias

El acreedor peticionario debe acompañar, asimismo, un vale vista o boleta bancaria –a la orden del tribunal- por la suma de 100 unidades de fomento, para “*subvenir los gastos iniciales del procedimiento concursal de liquidación*”, exigencia que, por cierto, generó debate durante la tramitación legislativa de la LC, teniendo en cuenta para ello los efectos que pudiere producir esta obligación en cuanto a la efectiva utilización –mayor o menor– de este procedimiento concursal¹². Culminan las exigencias de cargo del acreedor peticionario, con la designación de un veedor que deberá ejercer sus funciones en caso que el deudor se oponga a la liquidación, sin perjuicio del señalamiento de los liquidadores –titular y suplente– para el supuesto que el deudor no compareciere o no efectuare actuación alguna en la audiencia inicial prevista en el art. 120 LC¹³.

Ahora bien, con respecto a la resolución que inicia el procedimiento concursal de liquidación (pieza integrante del presupuesto formal en estudio), como se dijo, todo lo que se indique a su respecto será aplicable a ambas categorías de “*concursos liquidatorios*”, atendida la expresa remisión legislativa que efectúa el art. 116 LC al art. 129 LC. Su contenido se encuentra tratado en el art. 129 LC¹⁴, operando como mecanismo procesal de apertura del procedimiento concursal de liquidación, tildándosele de “sentencia definitiva, universal, colectiva, que causa ejecutoria”¹⁵, atendido que debe cumplir con los requisitos del art. 170 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC). Destaca el hecho que no es necesario aguardar su notificación a fin que pueda producir sus efectos, los cuales se producen desde ya, esto es, desde su dictación por el tribunal competente¹⁶, conclusión que no difiere de lo acontecido en la LCE¹⁷. En la doctrina nacional se ha justificado este efecto en el hecho que lo que subyace en la resolución de liquidación es un implícito reconocimiento de la existencia de un estado patrimonial crítico de la empresa deudora¹⁸, “*dado a luz*” mediante determinados “*hechos reveladores*” del mismo, ventilados y discutidos ante el tribunal llamado a conocer de la solicitud de liquidación.

2.2 Procedimiento concursal de reorganización, judicial y/o extrajudicial (o simplificado)

La solicitud de reorganización judicial efectuada por el propio deudor ante el tribunal com-

¹² Historia Fidedigna de la LC; Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia; p. 2095: Consta que Goldenberg Serrano era de opinión que su establecimiento jugaba en contra del propósito de pronta apertura del procedimiento de liquidación. Por su parte Puga Vial era de opinión que si lo que motiva su establecimiento es tratar de disuadir a los acreedores económicamente débiles o por cifras pequeñas, de que soliciten la liquidación, estima que esto sería injusto, agregando que para evitar acciones frívolas de quiebra basta con impedir el desistimiento de la acción de liquidación y que no proceda la consignación preventiva. En la otra vereda estaba la posición del poder ejecutivo, el que justificaba el establecimiento de esta consignación previa como un requisito destinado a evitar el uso de la acción de liquidación en forma indiscriminada o como vía de presión para alcanzar un pronto pago. Originalmente se establecía una suma de 200 Unidades de Fomento, la que fue rebajada a 100 Unidades de Fomento en el Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados.

¹³ Cabe al deudor en esta audiencia inicial, el deudor podrá proponer, por escrito o verbalmente, consignar fondos suficientes para el pago del crédito demandado y las costas correspondientes; allanarse a la demanda; acogerse al procedimiento concursal de renegociación o bien oponerse a la demanda de liquidación, ya sea mediante la interposición de excepciones contempladas en el art. 464 del CPC o, en su caso, planteando otras defensas debidamente fundadas; todas las que, posteriormente, serán objeto de prueba y fallo por parte del tribunal encargado de conocer la respectiva solicitud de liquidación.

¹⁴ El contenido del art. 129 LC se articula en base a una serie de “*decisiones*” adoptadas por el juez del concurso, muchas de las cuales importan profundas limitaciones a las facultades del deudor en materia de administración y disposición de sus bienes, tales como, la advertencia al público que no le pague ni le entregue mercaderías; la orden a las personas que tengan bienes o documentos del deudor para que los pongan a disposición del liquidador y lo propio a la oficina de correos con respecto a su correspondencia, debiendo el liquidador incautar todos los bienes del deudor, libros y documentos, bajo inventario. Incluye también esta resolución la orden de informar a los acreedores acerca del plazo de que disponen para verificar sus créditos, debiendo ser notificada mediante su publicación en el Boletan Concursal (en adelante BC) y a los acreedores que se encuentren fuera del territorio de la República, por el “*medio más expedito*”, en donde destaca el correo electrónico como mecanismo de notificación expresamente contemplado en el art. 6 de la LC). Destaca la magnífica similitud de contenidos existente entre el art. 129 LC con su par de la LCE, art. 21, que disciplina el “*auto de declaración de concurso*”, sobre todo en lo que dice relación con la limitación de las facultades de administración y disposición de bienes experimentada por el concursado, unido al llamamiento a los acreedores a fin de que “*comuniquen*” o “*verifiquen*” en el seno del concurso la existencia de sus créditos dentro del plazo dado al efecto en cada caso.

¹⁵ PUGA VIAL, JUAN, *Derecho concursal. El Acuerdo de Reorganización*, Cuarta Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2014, pp. 321 a 329.

¹⁶ A modo ejemplar: arts. LC. 130, 134, 135, 136, 140, 141, 142, 148; en cuyas disposiciones se le otorga efecto a la resolución de liquidación a partir de la dictación de la misma.

¹⁷ Lo indicado, a juzgar del tenor literal –escueto pero claro- del art. 21.2 LCE, el cual prescribe que: “*El auto producirá sus efectos de inmediato*”.

¹⁸ RUZ LÁRTIGA, GONZALO, ob. cit., pp. 892 y 893. En el mismo sentido PUGA VIAL, JUAN, ob. cit., p. 328.

petente se disciplina en los arts. 54, 55 y 56 LC. En el primero de los aludidos, se aclara que existirá para estos efectos una solicitud “*tipo*”, disponible en las dependencias de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (en adelante SIR), en su sitio web y en los tribunales con competencia para conocer esta categoría de concursos, debiendo adjuntarse a la misma (art.56 LC) una relación de todos los bienes del deudor, con indicación del avalúo comercial y lugar en que se encuentren, incluyéndose –separadamente– aquellos bienes de terceros constituidos en garantía en favor del deudor, como también los que se encuentren en su poder en una calidad diversa a la de dueño; balance en el caso que lleve contabilidad completa y también el certificado a que se alude en el art. 55LC¹⁹, que dé cuenta del pasivo del deudor, los cuales –junto con la solicitud de reorganización ingresada al tribunal- deberán ser acompañados a la SIR para los efectos de la nominación del veedor titular y suplente, empleándose al efecto un procedimiento idéntico a aquel establecido para la nominación del liquidador (art. 22 en relación al art. 37 LC).

Por último, no puede ser soslayado el hecho que la solicitud de reorganización judicial “*carece de contenido*”, si de propuesta concreta de reorganización de trata, dado que en ella el deudor nada dice al respecto; no hace propuesta alguna a sus acreedores, sino que más bien manifiesta a los mismos su intención de poder resolver su insolvencia por medio de un procedimiento concursal “*conservativo*”. Luego, esto es, una vez dictada la resolución de reorganización, y dentro del plazo que en ésta se indica (art. 57 N° 4 LC), nace la obligación del deudor de elaborar y presentar su propuesta de acuerdo de reorganización judicial (más bien “*carga*”, teniendo en cuenta el apercibimiento de ser iniciada “*de oficio*” su propia liquidación en caso de incumplimiento), la cual debe ser sometida a la junta de acreedores a objeto que sea acordada (arts.79, 80 y 81 LC) y, luego, ya acordada, a consideración del tribunal correspondiente, a efectos que sea homologada y/o aprobada por éste, mediante la resolución que dicte al efecto (art.89 LC).

En cuanto a la resolución de reorganización de la empresa deudora, se encuentra regulada en el art. 57 LC, operando, también, como un mecanismo procesal de apertura; en este caso, del procedimiento concursal de reorganización, resolución que, a diferencia de la resolución de liquidación, produce sus efectos desde que es notificada por el veedor mediante su inserción en el BC, siguiendo con ello la regla general en materia de efectos de las resoluciones judiciales²⁰.

Destaca dentro de su contenido (art. 57 N° 1, 2 y 3 LC) la denominada “*protección financiera concursal*” (en lo que sigue, PFC), definida como: “*aquel período que esta ley otorga al deudor que se somete al procedimiento concursal de reorganización, durante el cual no podrá solicitarse ni declararse su liquidación, ni podrán iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restituciones en los juicios de arrendamiento*” (art. 2 N° 31 LC), el cual se extiende desde la notificación de la resolución de reorganización y hasta el acuerdo de reorganización judicial (o el plazo fijado por la ley si este último no se acuerda)²¹. El plazo de duración de

¹⁹ El certificado aludido en el art. 55 LC deberá ser extendido por un auditor independiente al deudor, inscrito en el registro respectivo de la Superintendencia de Valores y Seguros, en el cual debe constar un estado de las deudas de este último, con individualización de sus acreedores o de sus representantes legales, monto de sus créditos e indicación de la naturaleza de los títulos, en su caso, y también con indicación del porcentaje que cada uno representa en el pasivo, con expresión de los tres mayores acreedores (a efectos de la nominación del veedor, conforme al art. 22 LC). Es menester destacar, que el certificado se extenderá conforme a la información disponible “*suministrada por el deudor*”, lo que, a nuestro entender, le resta fuerza al mismo, a falta de una fuente de información diversa al concursado y, en su caso, más fidedigna y objetiva. Al inconveniente indicado se une otro de naturaleza más bien financiera, como son los costos asociados a su elaboración, los que, en más de un caso, pueden resultar elevados, constituyendo en la práctica una verdadera barrera de entrada para el deudor, que puede traer a su respecto aparejada la imposibilidad de resolver su estado de insolvencia mediante el inicio de un procedimiento concursal de reorganización.

²⁰ En efecto, el art. 38 del CPC prescribe que: “*Las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella*”. En el mismo sentido RUZ LÁRTIGA, GONZALO, ob. cit., pp. 262 y 263.

²¹ PUGA VIAL, JUAN, ob. cit., p. 233. Precisa que con la nueva Ley 20720 el efecto de protección nace de la mera admisibilidad de la solicitud de apertura de un procedimiento concursal de reorganización, sin consulta alguna a los acreedores, admisibilidad que se manifiesta en la resolución de reorganización, con lo cual Chile se alinea con las legislaciones concursales de Alemania, Argentina, España y Colombia, que tomaron del sistema de los Estados Unidos el instituto del “*automatic stay*”, con la diferencia que en este último país el efecto no deriva de una resolución judicial, sino del mero hecho de la solicitud de apertura del concurso de reorganización regulado en el Chapter XI del Bankruptcy Code.

la PFC es, en todo caso, de 30 días contado desde la notificación de la resolución de reorganización (art. 57 N° 1 LC), ampliable hasta por 30 días más, si el deudor obtiene el apoyo de dos o más acreedores, que representen más del 30% del total del pasivo, excluidos los créditos de las personas relacionadas²² y hasta 30 días –adicionales– más, si el apoyo de dos o más acreedores obtenido representa más del 50% del total del pasivo, con la misma exclusión en su cómputo de los créditos de las personas relacionadas (art.58 LC). En caso que se suspenda la junta de acreedores llamada a conocer y pronunciarse sobre la propuesta de acuerdo, ésta se deberá efectuar no más allá de diez días, conservando el deudor la PFC hasta la celebración de dicha junta (art.82 LC). Por último, en caso de rechazo de la propuesta, si lo acuerda la junta, el deudor podrá efectuar una nueva propuesta de acuerdo, conservando el deudor –nuevamente– la PFC hasta la celebración de la junta que debe pronunciarse sobre la nueva propuesta efectuada por éste (art.96 LC).

Mención aparte –y final– merece el procedimiento concursal de reorganización extrajudicial o simplificado, el cual se articula en base a dos etapas o fases bien delimitadas; una de naturaleza contractual, privada, extrajudicial (“*extramuros*” del ámbito judicial), que culmina con la suscripción de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores y, otra –cuya ocurrencia es eventual– cuya específica finalidad es la homologación o aprobación judicial del acuerdo sellado extrajudicialmente en la etapa contractual, a efectos que éste, debidamente aprobado, obligue al deudor y a todos los acreedores de cada clase o categoría, hayan o no concurrido a la junta que lo acuerde, en conformidad a lo dispuesto en el art. 113 LC en relación al art. 91 del mismo cuerpo de normas.

Ahora bien, lo que se mencione respecto a la solicitud y/o resolución de reorganización simplificada, debe ser entendido –exclusivamente– con relación a la etapa de homologación judicial del acuerdo. En efecto, en cuanto a la solicitud de aprobación judicial (arts. 107, 109 y 110 LC), se exige que se acompañe a la misma aquellos antecedentes contenidos en el art. 56 LC (propios de la reorganización judicial), además de un informe de viabilidad del acuerdo elaborado por el veedor elegido por el propio deudor junto a dos de sus principales acreedores (art.107 LC), unido a un listado de todos los juicios y procesos administrativos seguidos contra el deudor que tengan efectos patrimoniales, debiendo haber sido aprobado el acuerdo extrajudicial –cuya homologación judicial se solicita– por el deudor y por dos o más acreedores que representen al menos tres cuartas partes del total de su pasivo correspondiente a su respectiva clase o categoría (excluidos en la determinación del quorum tanto las personas relacionadas como los cesionarios de créditos adquiridos dentro de los 30 días anteriores a la fecha de presentación del acuerdo extrajudicial a la aprobación judicial, según lo prescribe el art.109 LC), debiendo ser acompañado al efecto copia del acuerdo y de los demás antecedentes exigidos en el art. 107 LC, entregados al veedor a fin que puedan ser publicados por éste en el BC (art.111 LC), para conocimiento y, eventual, impugnación de los acreedores disidentes o que hayan sido excluidos del listado de acreedores establecido en el referido art. 107 LC en relación al art. 56 LC.

Finalmente, conforme al art. 112 LC, dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo simplificado, el tribunal podrá citar a todos los acreedores a quienes les afecte el acuerdo, para su aceptación ante el tribunal, la cual deberá contar con el quórum señalado en el art.109 LC, dictando luego, cuando corresponda, la respectiva resolución que aprueba el acuerdo simplificado o extrajudicial, conforme a lo previsto en el art.112, inciso segundo, LC.

En cuanto a la resolución de reorganización simplificada, se encuentra contenida en el art. 108 LC, la cual es una versión resumida de aquella contenida en el artículo 57 LC, antes aludida, cuyas menciones constituyen sus principales efectos²³.

²² Conforme al art. 2, N° 26 LC, se considerarán personas relacionadas respecto de una o más personas o de sus representantes, las siguientes: **a)** El cónyuge, los ascendientes, descendientes, y colaterales por consanguinidad o afinidad hasta el sexto grado inclusive y las sociedades en que éstos participen, con excepción de aquellas inscritas en el Registro de Valores; **b)** Las personas que se encuentren en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 100 de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores.

²³ En efecto, la resolución de reorganización simplificada contenida en el art. 108 de la LC es una versión “*resumida*” de la contenida en

3. El presupuesto material: El estado de insolvencia y el sujeto pasivo del procedimiento

En esta materia se acostumbra a distinguir, como se indicó, entre un presupuesto objetivo y otro de naturaleza subjetiva. El primero es el relativo al estado de insolvencia del deudor concursado y, el segundo, se refiere al sujeto pasivo en contra del cual se dirige el procedimiento concursal de que se trate.

3.1. Presupuesto material objetivo: El estado de insolvencia

La insolvencia marca el punto de partida de todo procedimiento concursal, en cuanto constituye un hito determinante que cierra la posibilidad de ejercer el derecho de ejecución individual que asiste a todo acreedor y abre, a la vez, la posibilidad de llevar adelante otro que implica la apertura de una ejecución universal destinada al cobro de todas las obligaciones dinerarias de un determinado deudor “común”, a cuyo procedimiento deben concurrir todos sus acreedores a objeto de poder cobrar sus respectivos créditos. De este modo, sin insolvencia no puede haber concurso²⁴, existiendo algunos Ordenamientos jurídicos que han reconocido explícitamente a la insolvencia como presupuesto objetivo fundamental de los concursos²⁵, mientras que otros, tales como el nacional (al menos en la LC) y el peruano (Ley N° 27.809, de 8 de agosto de 2002), han omitido esta declaración normativa expresa.

En consecuencia, el presupuesto material objetivo de todos los procesos concursales es la insolvencia, la cual es concebida como un estado patrimonial del deudor, de carácter persistente, no meramente pasajera o coyuntural (ni, menos, pasada), sin solución acudiendo únicamente a los medios de que dispone. En definitiva, incapacidad para pagar, haciéndose coincidir así la significación legal del término en el ámbito concursal con su semántica etimológica (*non solvit*)²⁶. De este modo es insolvente el que no cumple las deudas por las que debe responder, no por su falta de voluntad en el cumplimiento, sino por no estar en las condiciones económicas para ello; por no poder. En este caso resulta irrelevante el tipo de obligación de que se trate, su número, cuantía de cada una o de la totalidad de las mismas, como tampoco las causas que motivan su estado (sean del tipo subjetivas –vinculadas al grado de culpa del deudor– como de naturaleza objetivas –ya se trate de insuficiencia patrimonial o de mera iliquidez del concursado). Para mayor entendimiento acerca del sentido y alcance de la insolvencia, resulta determinante conocer lo expresado por Ángel Rojo y Justino Duque Domínguez²⁷, célebres autores españoles en el ámbito del Derecho mercantil.

la disposición 57 LC relativa a la reorganización judicial, la cual es dictada con ocasión de la solicitud de homologación o aprobación judicial del acuerdo extrajudicial presentada por el deudor. De este modo, sólo recoge el numeral 1, letras a y b, y el numeral 2, letra b, haciendo de este modo más precaria la protección que se entrega al deudor en el proceso de homologación judicial del acuerdo simplificado arribado con una parte relevante de sus acreedores.

²⁴ JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO, ob. cit., p. 87. Indica que la relación no es inversa, pues, bien puede existir insolvencia sin concurso. Añade que no existen consecuencias legales para el deudor, por el solo hecho de encontrarse en insolvencia, dado que tales efectos solo surgen de la declaración formal del procedimiento, ya sea judicial o administrativo.

²⁵ Así, a modo ejemplar, la LCE indica en su art. 2.1 que: “La declaración del concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común”, siendo ésta definida en su Exposición de Motivos como “el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones”. En este caso, el núcleo de la noción de insolvencia se asocia a la imposibilidad de cumplimiento o incapacidad de pagar. A mayor abundamiento en la propia LCE se distingue entre la insolvencia actual y la insolvencia inminente (art. 2.3 LCE); a nuestro entender, dos perspectivas temporales del mismo fenómeno. Asimismo, la normativa concursal española establece una serie de hechos sintomáticos, un elenco exhaustivo (*numerus clausus*) de hechos tasados sobre cuya base el acreedor deberá fundamentar el estado de insolvencia del deudor para solicitar su declaración de concurso. Se trata de una serie de hechos presuntivos de la insolvencia; en definitiva, hechos reveladores de la misma (art. 2.4 LCE). Del mismo modo la ley concursal colombiana, N° 1116, de 27 de diciembre de 2006, en su art. 9 exige para el inicio del proceso de reorganización de un deudor, “la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente”; requiriendo lo mismo si se trata de un procedimiento concursal iniciado respecto de un deudor catalogado por la referida legislación como una “persona natural no comerciante”. En el mismo sentido lo hace la ley alemana de concursos (Insolvenzordnung), de 5 de octubre de 1994.

²⁶ VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ, ob. cit., p. 142.

²⁷ ROJO, ÁNGEL, “Insolvencia”, en BELTRÁN, EMILIO y GARCÍA-CRUCES, JOSÉ (directores), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo II, F-Z, Editorial Aranzadi, Madrid, España, 2012, pp. 1801 y 1802. El autor con magistral claridad y precisión aborda la insolvencia, indicando sobre el particular que ser insolvente es estar en *insolvencia*, la que exige cierto grado de *continuidad*; continuidad de la *imposibilidad*. Añade que entre insolvencia e incumplimiento de las obligaciones existe una íntima relación; incumple obligaciones quien es insolvente, pero puede existir incumplimiento sin estado de insolvencia. DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO, “Sobre el concepto básico

Las opiniones doctrinarias extranjeras sobre la insolvencia cobran plena validez en el Derecho concursal chileno, sumado a lo que se expresa en la ley 20.416, de 3 de febrero de 2010, inserta en un contexto legislativo más amplio conocido como “Estatuto de las Empresas de Menor Tamaño”, en cuyo artículo 12° fija el texto de la nueva “*Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis*”, cuyo art. 2° hace alusión –en términos expresos– al concepto de “*insolvencia*”²⁸. Se ha sostenido que en la construcción legislativa utilizada en la norma referida, se puede apreciar –en su inciso primero– una hipótesis que podríamos denominar como “*insolvencia actual*” y –en el segundo– aquella conocida como “*inminente*”, al construirse esta última sobre la base que la persona “*estimare fundadamente*” que “*dentro de los tres meses siguientes pudiere encontrarse en estado de insolvencia*”, haciendo de este modo una verdadera “predicción de insolvencia; futura, pero próxima en el tiempo”²⁹.

Punto aparte y más allá de las diversas teorías que se han diseñado en torno al sentido y alcance del presupuesto material objetivo, no puede dudarse de que una situación de crisis provocada por un estado de insolvencia, inestabilidad emocional y el impacto psicológico consiguiente, es significativo tanto para el deudor que debe afrontarlo, como para los administradores y socios de la sociedad, unidos a los demás llamados “*stakeholders*” (conformados, básicamente, por los trabajadores del concursado –por el riesgo en sus empleos y en el pago de sus remuneraciones–, acreedores y, aún, por clientes, proveedores y la comunidad en general)³⁰.

Para culminar conviene recordar, que tratándose de los procedimientos de liquidación voluntaria y de reorganización judicial y/o extrajudicial de la empresa deudora –a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento de liquidación forzosa iniciado a su respecto³¹– (y del mismo modo

de insolvencia”. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2005, pp. 1001 y ss.

²⁸ En efecto, la citada disposición indica que: “*para efectos de esta ley, se entiende que las personas naturales o jurídicas señaladas en el artículo 1°, se encuentran en estado de insolvencia si están en la imposibilidad de pagar una o más de sus obligaciones*”. Se añade en su inciso segundo que: “*si la persona a la cual se le aplica esta ley estimare fundadamente que dentro de los tres meses siguientes pudiese encontrarse en estado de insolvencia, podrá someterse voluntariamente a los procedimientos que se establecen en los artículos siguientes, opción que se considerará irrevocable para todos los efectos legales*”.

²⁹ JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO, *Estudios de derecho concursal. La Ley N° 20.720, a un año de su vigencia. Nuevas tendencias para la reorganización de empresas insolventes en la legislación chilena*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2016, p. 12. El autor estima que la noción de insolvencia involucra un fenómeno esencialmente económico, aunque de valoración normativa en cuanto a sus efectos, reservada por ende a aquellos casos en que existe una insuficiencia o desequilibrio patrimonial permanente, manifestada a través de una diversidad de hechos reveladores y en donde el incumplimiento es uno más.

³⁰ GALLETTI, DANILO, *La Ripartizione Del Rischio Di Insolvenza*, Bologna, Italia, 2006, p. 10. El autor indica sobre el particular, que “*la clave del concepto de insolvencia y de su tratamiento, no puede comúnmente ser indagada fuera del mundo de la empresa, en el cual maduran cotidianamente las condiciones del éxito o del fracaso y vienen adoptadas elecciones que pueden influir incluso sobre la constatación del riesgo de insolvencia*”. ALEGRIA, HÉCTOR, *Entrepreneurship y aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, pp. 35 a 41. Efectúa un novedoso y completo análisis de los efectos –no patrimoniales o psicológicos– que trae consigo el estado de insolvencia, tanto en el deudor, sus trabajadores, acreedores y sobre los demás terceros con interés en el “*estado*” por el cual atraviesa el concursado.

³¹ Como se dijo, las causales legales de liquidación se contemplan en el art. 117 de la LC, las cuales habilitan a “*cualquier acreedor*” para demandar el inicio del procedimiento concursal de liquidación de una empresa deudora. La causal contenida en el numeral 1 se construye en base al mero “cese” (o incumplimiento) en el pago de una obligación que conste en un título ejecutivo con el acreedor solicitante. CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN, *Procedimientos Concursales*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, pp. 155 y 156, destacan que el acreedor interesado en solicitar la bancarrota de su deudor solamente debe certificar que éste tiene la calidad de empresa deudora, además que la obligación que sustenta la acción conste en título ejecutivo, siendo construida la hipótesis legal con menores exigencias que bajo el imperio de la anterior legislación concursal (art. 43 N° 1, C de c. RUZ LÁRTIGA, GONZALO, ob. cit., p. 814. A su juicio la forma de construcción de este motivo de liquidación “*...ha desvirtuado el claro rol o función que cumplía la causal como hecho revelador y ha pasado a ser incuestionablemente un simple hecho generador de la apertura de un procedimiento de ejecución individual con vocación a devenir una ejecución colectiva*”, lo que seguramente desvirtuará los fines de la liquidación judicial como tutela colectiva del crédito). A su turno, la contenida en el numeral 2 de la citada disposición, exige la existencia de dos o más títulos ejecutivos vencidos, que provengan de obligaciones diversas, habiéndose iniciado, al menos, dos ejecuciones (en cuya construcción legislativa subyace una “*presunción grave*” referida al deudor, que supone imposibilidad de pagar sus deudas o débitos). Por último, la contenida en el numeral 3 del art. citado, exige de forma copulativa la concurrencia de otros “*hechos reveladores*” de la insolvencia, que van más allá del mero incumplimiento de obligaciones, tales como, el cierre de las oficinas de la empresa deudora, sin nombramiento de mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones y sin que sean habidos sus administradores o la propia empresa deudora (para el caso que se trate de persona natural o física), hipótesis que apuntan a suponer “*abandono*”, “*huida*” o “*alejamiento*” de la esfera de sus acreedores por parte de la empresa deudora a cuya liquidación se pretende dar inicio. CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN, ob. cit., pp. 178, 179 y 180, “*desmenujan*” a cabalidad la causal, a objeto de efectuar un análisis más profundo de la misma. Historia Fidedigna de la Ley 20.720; Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia; p. 2092, en la cual consta la intervención crítica de Gómez Balmaceda relativa a la redacción del numeral 3° del art. 117 LC.

en la legislación concursal española³²), la LC no exige en términos explícitos que concurra algún hecho externo o revelador de la situación de insolvencia, a título de causa que gatille el inicio del procedimiento concursal respectivo, lo que es sin perjuicio de aquellos antecedentes exigidos en el art. 115 LC, para el caso de la liquidación voluntaria, art. 56 LC, tratándose de la reorganización judicial y, de igual modo, en el art. 107 LC en relación al art. 56 LC, para el caso de la reorganización extrajudicial, todo lo que deja traslucir la relación existente entre la insolvencia del deudor (en su condición de presupuesto material objetivo) y el presupuesto formal del concurso, constituido por la respectiva solicitud de concurso voluntario.

3.2 Presupuesto material subjetivo: Sujeto pasivo de la Liquidación y de la Reorganización Judicial y/o Extrajudicial

En esta materia el art. 2° de la LC reconoce como sujeto pasivo de los procedimientos concursales tanto a la empresa deudora como a la persona deudora (denominados genéricamente como deudor, “*atendido el procedimiento concursal de que se trate y la naturaleza de la disposición a que se refiera*”, conforme lo previene el numeral 12 del citado art. 2°).

A su turno –en lo que nos importa– el numeral 13 de la referida norma dispone que empresa deudora es: “*Toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del art. 42 del decreto ley N° 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta*”. En consecuencia, el criterio utilizado por el legislador para efectuar el distingo entre una empresa deudora y una persona deudora, tratándose de una persona natural o física, es uno de naturaleza netamente “*tributaria*”, utilizando para ello el régimen impositivo en el cual tribute o le sea aplicable a cada tipo de deudor. En efecto, en el caso de la empresa deudora puede ser contribuyente de primera o de segunda categoría; en este último caso, según el número 2° del art. 42 de la ley de renta, referido –en general– a aquellos ingresos provenientes del ejercicio de profesiones liberales o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en la primera categoría ni en el numeral 1° del art. 42³³.

4. Relación existente entre el presupuesto material objetivo, constituido por la insolvencia del deudor y aquel de naturaleza formal, representado por la respectiva solicitud de concurso voluntario

Como se dijo, tratándose de los procedimientos concursales voluntarios de la empresa deudora (liquidación voluntaria y reorganización judicial y/o extrajudicial) –a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento de liquidación forzosa, respecto del cual, en el art. 117 LC, se contempla un catálogo de causales de liquidación– la LC no exige en términos explícitos que concurra algún hecho externo o revelador de la situación de insolvencia, a título de causa que dé inicio del procedimiento concursal respectivo, hecho que no significa que se prescinda en los referidos procedimientos concursales de la necesaria concurrencia de la “*insolvencia*” como elemento material objetivo del mismo, teniendo en cuenta para ello, aquellos antecedentes exigidos en el art. 115 LC, para el caso de la liquidación voluntaria; art. 56 LC, tratándose de la reorganización judicial; e, incluso, en el art. 107 LC en relación al art. 56 LC, para el caso de la reorganización extrajudicial o simplificada, disposiciones todas que exigen un cúmulo de antecedentes cuya finalidad última, precisamente, es configurar el estado de insolvencia por el cual atraviesa el deudor solicitante, cuya

³² En España, el art. 7 de la LCE se refiere a la solicitud de concurso incoada por el acreedor o por los demás legitimados, debiendo expresar el primero de los nombrados el “*título*” o “*hecho*” en que funda su solicitud, de acuerdo con el art. 2.4.

³³ Asimismo, la LC hace un claro distingo entre persona jurídica –por un lado– y natural o física –por otro– en su condición de sujeto pasivo de los procedimientos concursales, reservándose exclusivamente esta última condición a la persona deudora, en un claro matiz con respecto a la empresa deudora, en cuyo caso puede estar también constituida por una persona jurídica; eso sí, en tanto en cuanto sea de derecho privado con o sin fines de lucro.

comprobación por el juez constituye la causa (y requisito esencial) a efectos que éste dé lugar al inicio de un determinado procedimiento concursal.

De este modo, en estos casos, a falta de un concepto expreso de “estado de insolvencia” en la LC, el legislador nacional exige que se acompañe en las respectivas solicitudes de inicio de los procedimientos concursales voluntarios, ciertos y determinados “*antecedentes*” o “*documentos*” que permitan al juez “*constatar*” o “*acreditar*” de algún modo la presencia de este estado y, consistente con ello, poder dar lugar a la apertura del respectivo concurso.

Al hilo de lo que se acaba de decir, es asumido por algunos autores que el tribunal llamado a conocer de la solicitud de liquidación voluntaria se encuentra limitado a un mero examen formal de la misma, debiendo constatar únicamente si la empresa deudora ha cumplido con acompañar los documentos indicados en la disposición 115 LC³⁴, siendo funcional a esta postura el tenor literal del art. 116 LC, al indicar, en lo pertinente: “...y, si cumple con los requisitos señalados en el artículo anterior, procederá dentro de tercero día de conformidad a lo dispuesto en los artículos 37 y 129...”, esto es, previa nominación del liquidador, deberá dictar la resolución de liquidación. No obstante, otros han sostenido lo contrario, indicado que la anterior postura es una visión extremadamente individualista, la cual “...ignora que la empresa cobija intereses categoriales dignos de atención y protección, que imponen al menos el deber de informar de esta decisión del empresario o de los órganos de decisión de la empresa, previa y fundadamente...”, lo cual deja en línea nuestro ordenamiento jurídico con las nuevas tendencias del Derecho concursal, que pregonan acerca de la obligación que pesa sobre el deudor y/o el acreedor que inste por la apertura de un procedimiento de liquidación, consistente en probar el estado de insolvencia del deudor, con independencia que ésta sea inminente o efectiva, motivo por el cual se debe exigir, al menos, una “*valorización de mérito de parte del juez del concurso*”, respecto de los fundamentos de la decisión y de la prueba de la concurrencia de un estado de insolvencia coherente con la solicitud que se efectúa³⁵.

Por último, a nuestro entender, la discusión planteada cobra inusitada relevancia en el evento que la única –o, al menos, la principal– motivación que mueva al deudor a solicitar su liqui-

³⁴ En este sentido: CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN, ob. cit., p.142. Los autores ante la interrogante si el tribunal está habilitado para desestimar la solicitud en virtud de argumentos de orden sustantivo, económicos o de viabilidad empresarial, responden categóricamente en forma negativa, teniendo en cuenta para ello que –a su entender– el régimen se ha construido bajo la premisa del pleno respeto a la voluntad expresada por la empresa deudora, en mérito de lo cual, la única actitud que el sentenciador debe asumir es la constatación de los elementos formales que la misma Ley contempla, en el entendido que la decisión de someterse al procedimiento concursal de liquidación responde a la esfera personal de autodeterminación de la empresa deudora, incorporando en el texto de su obra variada argumentación en sustento de su postura. En apoyo jurisprudencial del criterio formalista que privilegia la apertura del concurso voluntario, de manera tal, que ésta queda entregada a la sola iniciativa y voluntad del deudor, a la que se le asigna el “*status*” de confesión espontánea expresa de su propia insolvencia, debiendo ser constatado, únicamente, el cumplimiento de los antecedentes formales exigidos. CA de Santiago, 30 de marzo de 2016, Rol 13.434-2015 según la cual: “*Corresponde al juez de la causa verificar el cumplimiento de estos elementos formales, los que en el caso de autos se cumplen, sin que pueda el sentenciador atribuirse facultades para indagar acerca de aspectos sustantivos, económicos o técnicos ajenos a los que la ley exige, pues se trata de una decisión personal del deudor quien opta por acogerse a este sistema concursal, A lo anterior se agrega que la solicitud misma es un indicio claro del estado de cesación de pagos del deudor, la que constituye además una confesión judicial expresa de la situación patrimonial crítica, generalizada e insuperable, no siendo un mero incumplimiento individual*” (consideración 5º, *in fine*); CA Santiago, 11 de enero de 2018, Rol 11.465-2017; CS, 30 de mayo de 2018, Rol 2.718-2018; CS 9 de mayo de 2018, Rol 39.766-2017.

³⁵ RUZ LÁRTIGA. GONZALO, ob. cit., pp. 740 y 741. En la misma línea, los tribunales superiores de justicia han intentado entender la concurrencia de la insolvencia del deudor más allá del mero cumplimiento de las exigencias documentales exigidas en el art. 115 LC. JEQUIER LEHUEDE, EDUARDO (2019), ob. cit., pp. 117 a 126 se manifiesta conteste con esta postura, atendido –entre otras razones– a que la apertura del concurso, con las consecuencias que de ella se derivan para los acreedores, trabajadores, terceros interesados, para el funcionamiento del sistema económico en general, no puede quedar entregada a la sola voluntad del deudor y menos a su propia “*confesión*”, en cuanto elemento probatorio de la insolvencia que, más aún, no admitiría cuestionamiento ni revisión por parte del juez. En apoyo jurisprudencial del criterio amplio de análisis del presupuesto material objetivo de apertura del concurso, a cuyo entender la función del juez no se agota en la mera constatación formal del cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 56 y 115 LC, debiendo el juez profundizar su análisis inicial, de modo que de los antecedentes aportados por el solicitante se desprenda la efectiva existencia de un estado de insolvencia: 25º Juzgado Civil de Santiago, 20 de mayo de 2016, Rol C-11.392-2016; 2º Juzgado Civil de Chillán, 28 de julio de 2016, Rol C-2.072-2016; 30º Juzgado Civil de Santiago, 11 de septiembre de 2017, Rol C-22.908-2017. Las sentencias que se indican a continuación rechazan recursos de queja interpuestos contra la resolución del tribunal de primera instancia que no entiende configurado el presupuesto de la insolvencia, a pesar que se habían acompañado los documentos exigidos por la Ley para declarar admisible la solicitud. C.A. Antofagasta: 1 de agosto de 2016, Rol 28-2016; 3 de agosto de 2016, Rol 32-2016, Rol 33-2016, Rol 38-2016; 4 de agosto de 2016 Rol 37-2016; 5 de agosto de 2016, Rol 42-2016; 8 de agosto 2016, Rol 31-2016 y 18 de agosto de 2016, Rol 40-2016.

dación y/o reorganización sea la de “*eludir totalmente el pago de sus acreedores*” y la obtención, en definitiva, en el caso de la liquidación, del efecto liberatorio que nace de la resolución de término de dicho procedimiento, conforme al art. 255 LC.

Dicho de este modo, la labor que le compete efectuar al tribunal de la causa al momento de “*ponderar*” la procedencia de la solicitud de liquidación y/o reorganización planteada por el deudor, es de importancia gravitante, dado que su decisión afirmativa constituye, en la práctica, una verdadera “*luz verde*” a las reales intenciones del deudor tenidas en cuenta –y en mente– al momento de dar inicio al respectivo procedimiento concursal voluntario, respecto de las cuales existe un variado abanico de posibilidades, que va desde la efectiva intención –en la medida de lo posible– de pagar los créditos a sus acreedores, hasta aquella más perversa, consistente –*lisa y llanamente*– en eludir el pago total de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRIA, HÉCTOR, *Entrepreneurship y aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2009.

CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN, *Procedimientos Concursales*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015.

DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO, “Sobre el concepto básico de insolvencia”. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2005.

GALLETTI, DANILO, *La Ripartizione Del Rischio Di Insolvenza*, Il Mulino Ricerca Bologna, Italia, 2006.

GÓMEZ BALMACEDA, RAFAEL y SMART EYZAGUIRRE, RAFAEL, *El Derecho de Quiebras*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2009.

JEQUIER LEHUEDÈ, EDUARDO, *Estudios de derecho concursal. La Ley N° 20.720, a un año de su vigencia. Nuevas tendencias para la reorganización de empresas insolventes en la legislación chilena*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2016.

JEQUIER LEHUEDÈ, EDUARDO, *Curso de Derecho Comercial. Derecho Concursal*, Tomo III, Volumen 1, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2019.

OLIVENCIA RUIZ, MANUEL, *La nueva ley concursal. La declaración de Concurso*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2005.

PALMA ROGERS, GABRIEL, *Legislación de quiebras*, Santiago de Chile, 1940.

PUELMA ACCORSI, RAÚL, *Curso de Derecho de Quiebras*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1983.

PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, *Derecho concursal. El Acuerdo de Reorganización*, Cuarta Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2014.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO y VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ, “El Presupuesto Formal del Concurso. El Procedimiento de Declaración de Concurso Derecho”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Derecho Mercantil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO y VIGUERA RUBIO, JOSÉ, Pluralidad de acreedores”, en BELTRÀN, EMILIO Y GARCÍA-CRUCES, JOSÉ, (directores), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Editorial Aranzadi, Madrid, España, 2012.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO, “Derecho Concursal” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vigésima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2017.

ROJO, ÁNGEL, “Insolvencia”, en BELTRÀN, EMILIO y GARCÍA-CRUCES, JOSÉ, (directores); *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo II, F-Z, Editorial Aranzadi, Madrid, España, 2012.

RUZ LÀRTIGA, GONZALO, *Nuevo Derecho Concursal chileno. Procedimientos Concursales de Empresas y Personas Deudoras*, Tomo II, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2017.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes*, Tomo IV, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. *Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas. Derecho Concursal*, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2015.

VARELA VARELA, RAÚL, *Curso de Derecho Comercial, Quiebras. Apuntes de clases*, Segunda parte, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1962.

VÀZQUEZ CUETO, JOSÉ, “Los Presupuestos materiales del concurso”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Derecho Mercantil*, Décima Quinta Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013.

SOBREVIVENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A UNA POTENCIAL PÉRDIDA DE SU OBJETO PRODUCTO DE LAS NUEVAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

SURVIVAL OF LABOR RIGHT IN THE FACE OF A POTENTIAL LOSS OF ITS OBJECT AS A PRODUCT OF THE NEW FORMS OF SERVICE PROVISION

ANDRES EDUARDO GIDI LUEJE*
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

RESUMEN: Este trabajo tiene por finalidad mostrar los desafíos que enfrenta el Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de prestación de servicios a través de plataformas tecnológicas; dar cuenta de los riesgos de una visión pética respecto de la configuración de las relaciones laborales; y enunciar dos posibles caminos de solución, basados en la revalorización del concepto de ajenidad y una reinterpretación de la subordinación y dependencia.

PALABRAS CLAVE: Objeto del Derecho del Trabajo; Plataformas; Ajenidad; Subordinación.

ABSTRACT: *The purpose of this work is to show the challenges that the Labor Law deals with the new forms of service provision through technological platforms; to describe the risks to hold a rigid configuration of labor relations; and enunciate two possible ways of solutions, based on the revaluation of the concept of foreignness and a reinterpretation of subordination and dependency.*

KEY WORDS: *Object of Labour Law; Platforms; Foreignness; Subordination.*

* Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Universidad de Talca. Máster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Universidad de Valencia. Profesor Magister y Pre Grado en Derecho del Trabajo Universidad Bernardo O'Higgins. Profesor Diplomado en Gestión Deportiva Pontificia Universidad Católica de Chile. Socio y Director Área Laboral DS Avocats (Chile). Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Postítulo en Estudios Palestinos Universidad de Chile. agidi@dsabogados.cl

INTRODUCCIÓN

La configuración social, cultural y económica imperante, generada fundamentalmente por una visión neoliberal y el uso masivo de diversas herramientas tecnológicas, ha originado una serie de nuevas formas de prestación de servicio que no fueron consideradas ni en las más ilusas proyecciones de los distintos operadores del sistema laboral, las que se ejercen de un modo paradójico, en que por una parte se aprecia autonomía en el ejercicio de las tareas encomendadas y, por otra, una evidente ajenidad y dependencia económica.

Bajo este contexto y atendiendo a un concepto clásico del Derecho del Trabajo, esto es, normas y principios que regulan únicamente relaciones desarrolladas bajo subordinación y dependencia (concepto entendido igualmente de forma tradicional), podría darse, en una hipótesis extrema pero no descartable, que esta normativa especial se vaya quedando poco a poco sin servicios que regular ni mujeres ni hombres por proteger.

De aquí la necesidad, tomando en cuenta el esencial carácter protector (no sólo respecto de la relación laboral en particular sino de la situación de vida de la trabajadora o trabajador y su familia en general) y a la vez dinámico y realista de esta rama del derecho, de revisar dentro de la actual realidad socioeconómica, cuál es el tipo de trabajo que se quiere regular y de qué manera.

1. OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO

A partir de los cambios que se desarrollan a velocidad insospechada en el mercado del trabajo y en la forma en que se prestan los servicios y que sin duda continuarán en los años venideros, el Derecho del Trabajo, atendiendo de manera fundamental a su carácter esencialmente evolutivo, se verá en la necesidad de volcarse en un análisis sobre los límites de su objeto, el que tradicionalmente no ha tenido la intención de regular todas las formas de prestación de servicios sino que sólo aquellas que se ejecutan de manera dependiente bajo subordinación y en beneficio del empleador.

A este respecto resulta ilustrador lo señalado por el Profesor Raso: *“Una de las principales características de la disciplina, a lo largo de su evolución, ha sido su permanente evolución. Ya hace medio siglo Plá Rodríguez expresaba que el Derecho del Trabajo “es un derecho en constante formación” (Plá Rodríguez, 1979 p. 23), y agregaba que ello se debía a que esta rama del derecho sufre un proceso de extensión permanente hacia nuevas materias, actividades y personas que alcanza (Plá Rodríguez, 1979 p.23).*

A partir de una visión típica del Derecho del Trabajo del industrialismo del siglo pasado, el juslaboralista uruguayo imaginaba la transformación del Derecho del Trabajo como expresión de ampliación hacia nuevos espacios e individuos.

Hoy seguimos afirmando que nuestra disciplina está en constante formación, pero ello no solo es expresión de la voluntad de expansión. Verificamos que existen otras condicionantes – que llamamos “contextos” – que producen cambios en el objeto de regulación del Derecho, es decir la propia forma de prestar el trabajo, y ello determina uno de los desafíos contemporáneos más importantes: si el trabajo se transforma, cual es el rol actual de la disciplina, como “navegar” en realidades en plena transformación y no perder su sentido tutelar y rol de regulador jurídico del trabajo”.¹

¹ RASO DELGUE, JUAN, “El Derecho del Trabajo como Rama del Derecho y sus Nuevas Fronteras”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 7, N° 13, Santiago, 2016, p.16.

El contexto a que se hace referencia, dado en la actualidad por la irrupción de las plataformas digitales como fuentes relevante de ingreso para las personas, implica la configuración de una nueva realidad, en que las personas buscan y obtienen, por una parte, prestar servicios desde lugares remotos al centro de trabajo (si es que existe), durante los períodos y tiempos que estimen suficiente para la obtención de los ingresos pretendidos y en la actividad que les resulte atractiva y apegada a sus intereses particulares y, por la otra, se generan riesgos de precarización del empleo; de obtención de ingresos insuficientes; desprotección social, tanto en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, como previsionales y de salud.²

Considerando estas nuevas modalidades de prestación de servicios, el mantener el objeto de esta especial rama del derecho aparejado a un concepto clásico de subordinación, marcado por servicios ejecutados en la oficina del empleador, dentro de un horario definido, con una especificación estricta de cómo y cuándo realizarlos, bajo un sistema de instrucciones, control y evaluación directa e inmediata de parte del empleador, se corre un riesgo importante de que la prestación de servicios en plataformas digitales a través del uso de aplicaciones, por no enmarcarse dentro del concepto clásico de laboralidad, deje a todas aquellas personas que realizan este tipo de trabajo, como por ejemplo conductores, repartidores u otra actividad homologable sin tutela ni protección alguna y al Derecho del Trabajo sin actividades ni sujetos a los cuales regular.

2. PROPUESTA

2.1 Énfasis en el Concepto de Ajenidad

Algo que no resulta discutible en el negocio de las plataformas digitales, es que la persona que presta servicios aporta sus medios personales (esfuerzo físico, psicológico y del uso del tiempo) y materiales (bicicletas, motocicletas, automóviles, teléfonos celulares, planes de internet) con el objeto de percibir una cantidad de dinero determinada por ello, pero quien recibe todo el producto de este trabajo es la empresa digital que lo recluta.

En este caso, por muy moderna que sea la configuración de los servicios, se realiza por y para un tercero, que en este caso particular es la plataforma y la marca que representa. Cuando un usuario o cliente utiliza el automóvil o pide comida, ¿Se la está requiriendo a una persona particular o a la aplicación? Sin duda que entiende que llama a Uber o Rappi, por ejemplo, sin importar quién sea el individuo que lo transporte o le consiga el bien que necesita; que el pago lo realiza directamente a la aplicación y quien realizó el transporte recibirá alguna comisión por ello.

Así entonces, alejándose de los lineamientos que ha asentado la doctrina y la jurisprudencia en las últimas décadas, centrando la definición y declaración de la relación laboral casi exclusivamente en la configuración de vínculo de subordinación y dependencia, parece necesario, en tiempos que este último concepto se ha vuelto difuso o relativizado por la irrupción de nuevas formas de trabajo, revalorizar a la Ajenidad como elemento diferenciador del objeto regulado por el Derecho del Trabajo, bajo el entendido que el hecho de que el trabajo sea realizado por y para otro es un elemento de la esencia del trabajo dependiente.

2.2 Interpretación amplia. Subordinación encubierta

Por regla general, esta moderna forma de prestación de servicios a través de plataformas digitales asume la existencia de una persona natural que realiza una actividad de intermediación (prin-

² Organización Internacional del Trabajo, "Las Plataformas Digitales y el Futuro del Trabajo". Primera Edición, p.7. 2019. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/publ/documents/publication/wcms_684183.pdf

principalmente transporte de personas, bienes y/o productos) entre la plataforma digital y el usuario de esta, por la que recibe a cambio el pago de un precio prefijado por una o más entregas realizadas.

Asume igualmente, que esta persona: a) no tiene obligación de exclusividad respecto de la plataforma a la que sirve; b) decide libremente la oportunidad y forma en que se deben realizar las entregas, manteniendo para sí el derecho absoluto a conectarse y desconectarse de la aplicación; y c) que no existe supervigilancia ni control de parte de la compañía digital.

Esta suerte de dogma no es antojadizo, meramente teórico ni únicamente forma parte de la cultura popular, sino que ha obtenido reconocimiento expreso de parte del Gobierno de Chile, el cual ha presentado en el mes de mayo de 2019 un Proyecto de Ley denominado Modernización Laboral para la Conciliación, Familia e Inclusión, el que establece como regla general en el artículo 8° bis que los servicios prestados a plataformas digitales no constituyen relación laboral, en cuanto se desarrollen bajo los presupuestos señalados en el párrafo precedente.³

Por otra parte, más allá de las definiciones basales que intentan dar cuenta de la absoluta autonomía y libertad con las que estas personas naturales prestan sus servicios, la realidad devela una serie de situaciones que permiten al menos cuestionarse si en los hechos se configura de esta forma o no. En este sentido, resulta revelador el reportaje aparecido en la Revista El Sábado del Diario El Mercurio de Santiago, en el que un periodista da cuenta de forma vivencial la realidad que viven los repartidores en su día a día.⁴

Cabe preguntarse, ¿Efectivamente los servicios prestados en favor de plataformas digitales no configuran vínculo de subordinación y dependencia?

Primero, resulta plausible afirmar que la plataforma no ejerce su poder dirección de manera activa, sino que lo ejecuta de manera velada siguiendo la fábula del garrote y la zanahoria, esto es, a través del otorgamiento de beneficios y la aplicación de sanciones que dirigen los servicios del trabajador hacia donde los algoritmos así lo hubiesen predeterminado en beneficio de la empresa.

Segundo, por una parte se afirma que no existe obligatoriedad en la prestación de servicios por cuanto la persona sería absolutamente libre de rechazar un pedido, pero en la práctica se maneja un indicador de requerimientos que compara aceptaciones versus negativa, definición que resulta fundamental para la prioridad futura en el acceso a servicios y al consiguiente pago por ello.

Tercero, se asume que la plataforma no ejerce control alguno sobre la persona, pero tiene acceso on line e inmediato a la siguiente información: conexión, ubicación del repartidor, estado del servicio y evaluación de parte de los clientes.

Cuarto, no existen horarios de trabajo, pero hay tiempos límites para las entregas, incentivos para conectarse a la aplicación en determinados horarios o realizar más servicios en determinadas porciones de tiempo con la promesa de mayores beneficios.

Quinto, no se pagan remuneraciones, pero se otorgan pagos, comisiones y bonos de producción como contraprestación de los servicios prestados.

Finalmente, no existen los despidos pero la plataforma se reserva la facultad de bloqueo o eliminación de la aplicación de determinada persona, a partir de la información arrojada por los sistemas manejados por algoritmos generados por las empresas ligadas a las aplicaciones.

³ Proyecto de Ley sobre Modernización Laboral para la Conciliación, Familia e Inclusión disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=13157&prmBoletin=12618-13

⁴ Información disponible en <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=539385>

Esta cuestión, de carácter global, ha sido tratada por la profesora Sanchez-Urán, quien ha concluido en concordancia que *“Si nos centramos en el caso concreto de esta plataforma digital (en su versión inicial como UBERPOP) y en la literatura especializada, la mayoría de la doctrina, española y foránea, coincide en afirmar —aplicando al respecto diferentes métodos de análisis— que hay indicios claros de dependencia en su prestación de servicios. Y se aprecia consenso también en que la distinción binaria entre trabajador asalariado (employee en terminología anglosajona) y trabajador por cuenta propia (independent contractor o self-employee), entre, gráficamente se dice, «el todo y el nada», no permite adoptar una solución cierta y segura para estos supuestos que derivan hacia una de las cuestiones más debatidas ente los juristas del trabajo; hacia un tema que bien cabe calificar como universal y atemporal, el del concepto de trabajador asalariado, el del ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo y derivado, el de su ámbito y extensión de protección, que habrá que explorar a partir de la definición comunitaria de trabajador, ahora en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales y de las iniciativas legislativas impulsadas en la actualidad, en especial la propuesta de Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE, que reemplazará a la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, cuya finalidad es «garantizar un nivel de protección universal básico en las formas contractuales existentes y futuras».*⁵

Es a partir de lo precedente, que estimamos que se debe desarrollar una interpretación amplia del concepto de subordinación y dependencia, no buscando incorporar o dejar de lado los elementos clásicos que le dan lugar, sino que estableciendo una reinterpretación sobre los mismos, que permita levantar el velo respecto de esta subordinación encubierta de la que se ha dado cuenta en lo precedente, pasando de un concepto de subordinación clásico a otro de dependencia tecnológica, *“entendiéndola como la inclusión en el círculo rector y disciplinario del empresario, sujetos los trabajadores a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo de la relación laboral. Esto implica que el trabajo que se realiza a distancia con los instrumentos telemáticos o tecnológicos, la falta de vigilancia directa o de las circunstancias que rodean al trabajo realizado, no supone la desaparición de la situación misma de la dependencia, puesto que el empleador sigue manteniendo —aunque débilmente— su poder de dirección sobre el trabajo realizado, ya que en caso contrario ese trabajo telemático, tecnológico o remoto se integraría en una de las relaciones extralaborales. Los tribunales han afirmado que “no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas (...) para su desarrollo” constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo”.*⁶

CONCLUSIONES

Las nuevas formas de prestación de servicios a través de plataformas digitales presentan cambios y desafíos para el Derecho del Trabajo, el que necesariamente debe adaptarse, como ya lo ha hecho históricamente al enfrentarse a distintas revoluciones, de manera tal que permita seguir regulando y tutelando a los trabajadores, flexibilizando su objeto para no quedarse sin sujetos a los que proteger.

Para cumplir con este objetivo, se plantean dos vías complementarias, la primera, revitali-

⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA YOLANDA, “Uber como Plataforma Digital de Servicios de Transporte”, *Revista FORO*, Volumen 20, N° 2, Madrid, 2017, p 317-327. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/59022/4564456546472>

⁶ SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA MACARENA, “El Tránsito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: Qué Derecho del Trabajo Dependiente Debemos Construir para el Siglo XXI”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 3, N° 4, México, octubre – diciembre 2015, p. 1-26. Disponible en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/333-693-1-PB.pdf>

zar el concepto de ajenidad atendiendo a que los conductores y repartidores no obtienen provecho directo de los servicios que realizan sino que lo hacen por y para un tercero y, segundo, reinterpretar de manera amplia los elementos que configuran el vínculo de subordinación y dependencia, con el fin de levantar el velo de lo que denominamos subordinación encubierta, transformando la dependencia clásica y presencial en una de carácter tecnológica.

BIBLIOGRAFÍA

Proyecto de Ley sobre Modernización Laboral para la Conciliación, Familia e Inclusión, Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=13157&prmBoletin=12618-13

Reportaje El Infierno de un Repartidor. Revista El Sábado. Diario El Mercurio de Santiago. Publicado el 19 de enero de 2019. Disponible en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=539385>

RASO DELGUE, JUAN, “El Derecho del Trabajo como Rama del Derecho y sus Nuevas Fronteras”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 7, N° 13, Santiago, 2016, p.9.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las Plataformas Digitales y el Futuro del Trabajo*, Primera Edición, Ginebra, 2019, p.7. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/publ/documents/publication/wcms_684183.pdf

SANCHÉZ-URÁN AZAÑA, YOLANDA, “Uber como Plataforma Digital de Servicios de Transporte”, *Revista FORO*, Volumen 20, N° 2, Madrid, 2017, Pp. 317-327.

Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/59022/4564456546472>

SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA MACARENA, “El Transito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: Qué Derecho del Trabajo Dependiente Debemos Construir para el Siglo XXI”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 3, N° 4, México, octubre – diciembre 2015, p. 1-26. Disponible en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/333-693-1-PB.pdf>

Ideas sobre textos a consultar fueron obtenidas desde <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/01/lecturas-recomendadas-sobre-el-trabajo.html>



UCSC

Programas de Postgrado Facultad de Derecho UCSC

MAGÍSTER

- Derecho Privado
- Derecho Procesal de Familia
- Derecho Penal



www.derecho.ucsc.cl
Lincoyán 255 - Concepción

CONTENIDOS / CONTENTS

Los artículos 937 y 2.333 del Código Civil como nuevos argumentos frente a soluciones preventivas ante el ruido	11
<i>Articles 937 and 2.333 of the Civil Code as new arguments to noise preventive solutions</i>	
CHRISTOFHER ELSO KOTZING	
Vacancia parlamentaria: en búsqueda de una mayor legitimidad	23
<i>Parliamentary vacancy: looking for a higher level of legitimacy</i>	
MARIELA RUBANO LAPASTA - VIVIAN ESPAÑA ESPAÑA	
El arbitraje comercial internacional y su aplicación por medios electrónicos	43
<i>International commercial arbitration and its application by electronic means</i>	
CAROLINA MARÍA GRATZIA DÍAZ ROA	
Delitos de femicidio: cuando el sistema jurídico se convierte en coartada	51
<i>Crimes of femicide: when the judicial system becomes an alibi</i>	
CLAUDIA VINCENTY ZOTO - FREDDY HUARAZ MURILLO	
Relación entre el presupuesto material objetivo de los concursos (la insolvencia) y la solicitud de concurso voluntario en la Ley 20.720	69
<i>Relationship between the objective material budget of the contests (insolvency) and the request for a voluntary contest in Law 20.720</i>	
MAURICIO ORTIZ SOLORZA	
Sobrevivencia del Derecho del Trabajo frente a una potencial pérdida de su objeto producto de las nuevas formas de prestación de servicios	83
<i>Survival of Labor Right in the face of a potential loss of its object as a product of the new forms of service provision</i>	
ANDRES EDUARDO GIDI LUEJE	

