

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
(C H I L E)

REVISTA
DE CIENCIAS
SOCIALES

PUBLICACIÓN DE LA
FACULTAD
DE DERECHO

ISSN 0719-8442 versión en línea
ISSN 0716-7725 versión impresa



VALPARAÍSO
N° 84
PRIMER SEMESTRE 2024

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES
FACULTAD DE DERECHO

DIRECTORA

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO

EDITORA JEFE

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO

EDITORA ASISTENTE

VALERIA LEAL CORNEJO

AYUDANTE DE EDICIÓN

MATHIAS CISTERNAS PÉREZ

CORRECTORES DE TEXTOS

CARLOS PALACIOS OSORIO

STEFAN ANGUITA SERÓN

COMITÉ EDITORIAL

- Dra. Daniela Accatino, Universidad Austral de Chile (Chile)
Dr. Rodrigo Coloma Correa, Universidad Alberto Hurtado (Chile)
Dr. Hernán Corral, Universidad de Los Andes (Chile)
Dr. Joaquín García-Huidobro Correa, Universidad de Los Andes (Chile)
Dra. María Isabel Garrido Gómez, Universidad de Alcalá (España)
Dr. Hugo Eduardo Herrera Arellano, Universidad Diego Portales (Chile)
Dra. María Isabel Huertas Martín, Universidad de Salamanca (España)
Dra. Carmen Jerez, Universidad Autónoma de Madrid (España)
Dr. Claudio Nash Rojas, Universidad de Chile (Chile)
Dr. Carlos Pizarro Wilson, Universidad Diego Portales (Chile)
Dr. Alfonso Ruiz Miguel, Universidad Autónoma de Madrid (España)
Dr. Pablo Ruiz-Tagle Vial, Universidad de Chile (Chile)
Dra. Yanira Zúñiga, Universidad Austral de Chile (Chile)

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

Representante legal: Profesor Dr. Ricardo Saavedra Alvarado, Decano de la Facultad de Derecho.
Directora: Profesora Dra. Rommy Álvarez Escudero.
Dirección Postal: Av. Errázuriz 2120, casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

E-mail: revistacs@uv.cl

ÍNDICE

ESTUDIOS:

FABIOLA GIRA O MONTECONRADO:

Derecho penal de emergencia y control migratorio en Chile..... 11

JAIME ALCALDE SILVA:

Victorio Pescio Vargas y la renovación del derecho civil desde Valparaíso 43

DIEGO GONZÁLEZ LILLO:

Autoría y participación por imprudencia: Posibilidad y límites bajo el Código Penal chileno..... 83

MIGUEL ALARCÓN CAÑUTA:

Las excepciones a la descarga de la deuda 125

MARÍA JOSÉ TAPIA FRAILE:

¿Comprar o reparar?: Reflexiones acerca de los mecanismos jurídicos para combatir la obsolescencia programada 169

HUMBERTO RAMÍREZ LARRAÍN:

Análisis del artículo 481 del Código Procesal Penal ¿cómo se determina la extensión de una medida de seguridad en el ordenamiento jurídico chileno? 199

CARLOS BARDAVIO ANTON:

El injusto de la “persuasión coercitiva” en el derecho penal chileno 249

MAR GURIDI RIVANO:

Las uniones de hecho como ex variis causarum figuris 297

GONZALO BASCUR RETAMAL:

El delito de beneficio clandestino de ganado 333

DANIELA MARZI:

Recensión. Herrera González, Patricio: En favor de una patria de los trabajadores. Historia transnacional de la confederación de Trabajadores de América Latina (1938-1953), Imago Mundi, México, 2022 365

ESTUDIOS

**DERECHO PENAL DE EMERGENCIA Y CONTROL
MIGRATORIO EN CHILE
(Retroceso y violación de derechos fundamentales en las recientes
propuestas de reforma a la Ley de Migración y Extranjería)¹**


**EMERGENCY CRIMINAL LAW AND IMMIGRATION
CONTROL IN CHILE
(Regression and violation of fundamental rights in the recent
proposals to reform the Migration and Alien Law)**

Fabiola Girao Monteconrado*

Resumen

Las diversas y recientes propuestas legislativas de reforma a la Ley de Migración y Extranjería apuntan al menoscabo de derechos y garantías fundamentales de las personas migrantes indocumentadas y representan un retroceso de los avances conquistados por la Ley 21.325. Analizadas en conjunto, las propuestas revelan una tendencia a la criminalización de la inmigración irregular como respuesta al aumento de la criminalidad en Chile, sin que se cuente con evidencias científicas sobre las causas del aumento de las tasas de delitos o de la eficiencia de la instrumentalización del sistema penal para su reducción.

¹ Artículo recibido el 28 de diciembre de 2023 y aceptado el 19 de abril de 2024.

* Doctora en Derecho por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Profesora de derecho penal de la Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile.  0009-0006-8433-9723. Dirección Postal: Calle Larrondo, 1281, Coquimbo. Correo electrónico: fabiola.girao@ucn.cl.

Palabras clave

Derecho a migrar, migración irregular, derecho penal de emergencia, *crimigration*, control migratorio

Abstract

The various recent legislative proposals to reform the Migration and Alien Law are aimed at undermining the fundamental rights and guarantees of undocumented migrants and represent a setback to the progress achieved by law N°21.325. Analyzed as a whole, the proposals reveal an authoritarian tendency to criminalize irregular immigration as a response to the increase in crime in Chile, without scientific evidence on the causes of the increase in crime rates or the efficiency of the criminal justice system in reducing it.

Keywords

Right to migrate, irregular migration, emergency criminal law, *crimigration*, migratory control.

1. PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

El “derecho a migrar” en sentido estricto no está consagrado en Chile, tampoco lo reconoce expresamente el derecho internacional pues establece la limitación del derecho a libre circulación por razones de interés público, es decir, el derecho a salir y a regresar al propio país, pero no el derecho de ingresar libremente a otro². De hecho, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos señala que los estados tienen la facultad de regular su propia política migratoria y, en tal ejercicio, pueden fijar mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, sin embargo eso no autoriza concluir que la normativa del

2 El artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a libre circulación dentro del territorio de un Estado, el derecho de salida de cualquier país y regreso al propio, pero no el derecho de ingresar libremente a cualquier país. Mientras que el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala expresamente que el derecho a la libre circulación está condicionado a la condición regular de la persona y puede ser limitado “para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

derecho internacional sobre la materia sea de carácter meramente restrictivo. Los principales documentos interpretativos y recomendaciones emanadas respectivamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de Comisión Interamericana de Derechos Humanos señalan de forma contundente que las políticas migratorias deben ser siempre compatibles con las normas de protección de derechos humanos establecidas en la Convención Americana³.

La regulación y restricción de los flujos migratorios han sido utilizadas a lo largo del siglo XX en América Latina como formas de control social. Es más, las políticas de control de los movimientos migratorios en el continente han recurrido de forma reiterada a la deportación o expulsión de extranjeros como herramienta para la persecución política materializando la “ilegalidad” migratoria en el paulatino aumento de medidas y requisitos para la entrada en territorio nacional, como la exigencia de pasaporte con fotografía, los certificados de buenas conductas o de buena salud, entre otros⁴. Sin embargo, a partir de la década de los 90 del siglo pasado, surgió una nueva agenda global que cambió el escenario al introducir la idea de internacionalización o transnacionalización de las políticas migratorias mediante la actuación de diversos actores sociales y políticos de carácter nacional o transnacional que impusieron un cambio de paradigmas, pero no pudieron superar la lógica contable de costo-beneficio en el diseño de las políticas migratorias. Así, se pasó a destacar la importancia de proteger las personas migrantes por su condición de vulnerabilidad, pero se mantuvo el foco en las ventajas económicas y en el papel positivo de la migración en el crecimiento económico, desarrollo y reducción de la pobreza, encarnando una nueva idea de organización, clasificación y control migratorio⁵. La lógica de restricción y regulación bajo el imperio del estado permaneció, se introdujo la idea de protección de derechos, pero con contornos menos antipáticos a la lógica de la sociedad de consumo capitalista.

3 En este sentido ver: Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003 y CIDH, Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso, de 30 de diciembre de 2010.

4 DOMENECH (2015), p. 192.

5 DOMENECH (2008), p. 55.

No obstante, en Sudamérica hubo otro factor clave: el retorno a la democracia en diversos países del bloque sur proporcionó un ambiente favorable a los grupos de defensa de derechos humanos y movimientos sociales para reclamar la derogación de leyes engendradas en dictaduras cuyos enfoques eran netamente securitistas⁶ y la adhesión a los tratados internacionales de protección de derechos humanos. Con un clima político favorable, fue posible percibir avances significativos en ámbito regional e interno de los estados, siendo un ejemplo de ello la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios que estableció el compromiso del Mercosur con “una nueva política migratoria, fundamentada en la dimensión ética del respeto a los Derechos Humanos (...)”⁷.

De hecho, se habló de un proceso de “humanización” de las legislaciones y políticas migratorias en Latinoamérica⁸, no necesariamente linear, pero impulsado por los estados y por los organismos de carácter interregional a partir de la integración de los instrumentos internacionales específicos en materia migratoria, las decisiones de la Corte Interamericana y los otros mecanismos consultivos regionales, elaborándose así un marco teórico nuevo orientado por el concepto de gobernabilidad o gobernanza global en lugar de la concepción de control. El avance fue evidente, pero no significó la consagración de un derecho humano a migrar en sentido estricto: el estado sigue siendo el titular de sus políticas migratorias, pudiendo regular con amplio margen de discrecionalidad las condiciones de entrada y salida de su territorio.

En general, no se logró introducir en el catálogo de derechos humanos el “derecho a migrar” y las legislaciones nacionales en general no lo reconocieron, salvo en los casos de Argentina, Uruguay, Ecuador y Guatemala que lo contemplan de forma expresa. En los casos de las legislaciones de Argentina y Uruguay se declara como un derecho inalienable extendido a

6 En Chile, el Decreto Ley 1094, de 1975; en Argentina, la Ley 22.439, de 1981, conocida como “Ley Videla”; en Brasil, la Ley 8.615, de 1980, el “Estatuto del Extranjero”.

7 Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios del Mercosur.

8 GARCÍA (2016), p. 107.

todos los extranjeros, independiente de su condición migratoria⁹. A su vez, la Constitución ecuatoriana reconoce en su artículo 40 el derecho a migrar y, agrega, “no se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. Menos enfática es la legislación de Guatemala, que bajo el título de “derecho a migrar” reconoce el derecho a la libre circulación, incluyendo la entrada, permanencia, tránsito, salida y retorno al territorio nacional “conforme la legislación nacional”¹⁰.

2. EL (REAL) CONTENIDO DEL “DERECHO A MIGRAR” DESDE LA OPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Es posible afirmar que, sin abandonar el eje central de regulación migratoria, el retorno a la democracia favoreció avances significativos en torno al reconocimiento de los estándares establecidos por el derecho internacional, en cuyo ámbito ya primaba la idea de ciudadanía con un enfoque inclusivo¹¹ y con mayores cuotas de participación política, social, económica y cultural. Y, como se ha dicho, pese a que el derecho a migrar no fue consagrado en los tratados internacionales, un conjunto de derechos fundamentales fue garantizado por la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en dos grandes secciones: un catálogo mínimo de derechos destinados a todas y todos los trabajadores migratorios y sus familiares (parte II y III) y; otros derechos, cuyos titulares son los trabajadores y familiares “documentados o en situación regular” como, por ejemplo, el derecho a establecer asociaciones, sindicatos o el derecho al voto¹². Todo eso, sostenido por la prohibición de

9 Ley 25.871 de 2004 (Argentina); Ley 18.250 de 2008 (Uruguay). Sobre el derecho a migrar en Argentina, consultar HINES (2012), pp. 209-344.

10 Artículo 1°, del Decreto N°44-2016. Sobre el estado actual del derecho humano a migrar en los estados latinoamericanos, y con una visión parcialmente distinta sobre la normativa que consagra el derecho a migrar, consultar FEDDERSEN et al. (2022).

11 Esta visión inclusiva de ciudadanía y participación también se encuentra respaldada por el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

12 Aprobada por la Resolución 45/158 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 18 de diciembre de 1990, es considerado el instrumento de carácter universal más importante en materia migratoria, suscrita por Chile el 24 de septiembre de 1993 y promulgada por medio

políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, así como aquellas cuyo impacto sea discriminatoria contra cierta categoría de personas, aun cuando el estado no pueda probar la intención discriminatoria¹³.

Del mandato de no discriminación se puede evaluar el real contenido del así denominado “derecho a migrar”. Los estados que adhieren al conjunto normativo del derecho internacional en materia migratoria contraen la obligación de abstenerse de realizar acciones que de cualquier modo vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones discriminatorias de *iure* o de *facto*¹⁴. De esta forma, y partiendo del reconocimiento de la particular situación de vulnerabilidad de las personas migrantes, el derecho internacional sitúa el principio de igualdad y no discriminación como norma de *ius cogens* para restringir las distinciones que las políticas migratorias puedan establecer, en sus objetivos y en su ejecución, entre migrantes en situación regular o irregular sin, con todo, impedir dicha “clasificación”.

Junto al principio fundamental de igualdad ante la ley y no discriminación, el manto protector del derecho internacional se completa con los siguientes principios, derechos y garantías: i) el derecho de libre circulación y residencia,

del Decreto 84, publicado el 8 de junio de 2005.

13 En este sentido, ver informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Informe sobre inmigración en Estados Unidos sobre detenciones y debido proceso, párr. 95; Informe sobre derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, párr. 358. La Comisión también se ha pronunciado sobre los límites de dicha prohibición: “toda distinción permisible se base en una justificación objetiva y razonable, que deben impulsar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y los medios deben ser razonables y proporcionados al fin que se procura” (CIDH, Informe No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros (Estados Unidos, Informe de Admisibilidad y Fondo, 4 de abril de 2001, párrs. 238-39). Es más, tras haber presentado una distinción basada en una categoría sospechosa, la carga de la prueba recae sobre el Estado y los criterios generales se evalúan de manera calificada de forma tal que no es suficiente que un Estado argumente la existencia de un fin legítimo, sino que el objetivo que se persigue con la distinción debe ser un fin particularmente importante o una necesidad social imperiosa. Asimismo, no es suficiente que la medida sea idónea o exista una relación lógica de causalidad entre la misma y el objetivo perseguido, sino que debe ser estrictamente necesaria para lograr dicho fin, en el sentido de que no exista otra alternativa menos lesiva. Además, para cumplir con el requisito de proporcionalidad debe argumentarse la existencia de un balance adecuado de intereses en término de grado de sacrificio y beneficio (CIDH, Caso Benito Tide y otros contra República Dominicana, 29 de marzo 2012).

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 18/03, párr. 149.

conforme establecido en el art. 22 de la CADH, teniendo como corolario el derecho de solicitar y recibir asilo político (numeral 7) y el principio de no devolución (numeral 8); ii) el principio del debido proceso, dispuesto en el art. 8, numerales 1 y 2 de la CADH, estableciendo en razón de él garantías mínimas para casos de expulsión¹⁵; iii) principio de no criminalización, que se desprende de los arts. I, II y XXV de la Declaración Americana, así como los arts. 1 y 7 de la CADH, que garantizan que toda persona, sin importar el país en que se encuentre, tiene derecho a la libertad personal y a no ser privado ilegal ni arbitrariamente de este derecho con motivo de su origen, nacionalidad, o cualquier otra condición que atente contra la dignidad inherente al ser humano; iv) derecho a la protección de la familia y la prohibición de que la vida familiar sea objeto de injerencias arbitrarias o abusivas, plasmado en el principio de unidad o reunificación familiar, conforme a lo establecido en los arts. 11.2 y 17 de la CADH y art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es importante señalar que el sistema de protección de derechos humanos es complejo y se compone no solamente de los tratados y convenciones internacionales del ámbito universal y regional, sino que integra también otros documentos de carácter no vinculante (*soft law*) y de la producción jurisprudencial de las cortes internacionales. Ese conjunto normativo y jurisprudencial sirve como barrera de contención al ejercicio de la soberanía del estado para regulación de sus políticas migratorias¹⁶.

15 Prohibición de expulsiones colectivas, expresamente prevista en el art. 22, inciso 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); derecho a información formal y expresa de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación (las que deben estar debidamente motivada conforme a la ley), y que incluye el deber de ser notificado sobre: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin. Sobre las garantías mínimas debidas en caso de expulsión, ver los siguientes casos: Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas, sentencia de 24 de octubre de 2012; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso *Hirsi Jamaa vs. Italia*, N°27765/09. Gran Sala. Sentencia de 23 de febrero de 2012; caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014.

16 En este sentido, el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, NNA, Comunidades y Pueblos indígenas, aprobado en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana y que da continuidad a los proyectos aprobados en instancias anteriores, tales como las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia

3. EN CHILE: DE LA TÍMIDA INSERCIÓN A LA LÓGICA DE LA *GLOBAL GOVERNANCE* AL RETROCESO PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL AVANCE DEL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN

El 20 de abril de 2021, tras siete años de tramitación del proyecto de ley presentado por el ex presidente Sebastián Piñera (Boletín N°8970-06), fue publicada la ley 21.325 estableciendo un nuevo marco legislativo en materia migratoria en Chile, con un enfoque más cercano a los estándares internacionales anteriormente mencionados, pese a las críticas que igualmente pesaron durante el proceso de discusión parlamentaria¹⁷. En efecto, el art. 3° de la nueva ley migratoria reconoce como objetivos la promoción, respeto y garantías de derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas, “sin importar su condición migratoria”; la libertad de circulación de las personas en situación regular y la aplicación de un procedimiento racional y justo para regulación de los ingresos y permisos de residencia; el deber de respetar y cumplir los tratados internacionales vigentes; la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales; la prohibición de discriminación arbitraria; el interés superior del niño, niña y adolescente, y; la integración e inclusión de las personas migrantes.

de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008), consagra como directrices los principios de no discriminación e igualdad, no devolución, unidad familiar, no revictimización, presunción de inocencia, prontitud y prioridad, beneficio de la duda, confidencialidad, excepcionalidad de la detención, proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la privación de libertad y dignidad en las condiciones de detención y asistencia humanitaria para personas migrantes.

17 La baja participación ciudadana en el debate que se llevó a cabo en pleno contexto pandémico y la regulación de los procesos de visas para ingreso y permanencia en el país fueron apuntados como factores restrictivos de la ley que podrían generar aumento de la irregularidad migratoria. TIJOUX (2020).

Sin embargo, pasados menos de tres años desde su publicación, se han presentado por lo menos veinte y un proyectos de ley que visan su modificación¹⁸, la mayoría de ellos dirigidos a facilitar los procesos de expulsión y reconducción de extranjeros indocumentados a partir de la flexibilización de

18 Boletín N°16340-06, de 02/10/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para regular los medios de impugnación del decreto de expulsión; Boletín N°16265-06, de 04/09/2023 que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para definir el ingreso y egreso ilegal de migrantes y su efecto en la reunificación familiar; Boletín N°16110-06, de 14/07/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para exigir a los extranjeros la regularización de su situación migratoria como requisito para acceder a beneficios y derechos sociales, culturales y laborales en Chile; Boletín N°16086-06, de 11/07/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, con el objetivo de perfeccionar la gestión de los procedimientos migratorios que indica; Boletín N°16072-06, de 10/07/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, y otros cuerpos legales en las materias que indica; Boletín N°16012-06, de 07/07/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para sancionar el incumplimiento de la medida de expulsión por reingreso en los casos que indica; Boletín N°15997-06, de 06/06/2023, para tipificar y sancionar el delito de reingreso ilegal al territorio nacional; Boletín N°15879-06, de 05/05/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para ampliar el plazo de privación de libertad para la materialización de las expulsiones administrativas (publicado); Boletín N°15842-07, de 07/04/2023, modifica el Código procesal penal en materia de prisión preventiva por peligro de fuga, en el caso de extranjeros indocumentados que comentan delitos en territorio nacional; Boletín N°15489-06, de 08/11/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para favorecer los intereses de los nacionales frente a los extranjeros; Boletín N°15482-06, de 27/10/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para restringir el recurso administrativo especial establecido en su artículo 35, en los casos en que indica; Boletín N°15453-06, de 24/10/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, en materia de notificaciones previstas para el procedimiento de expulsión administrativa; Boletín N°15438-06, de 19/10/2022, que modifica la Carta Fundamental en materia de regulación migratoria (publicado); Boletín N°15409-06, de 11/10/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, con el objetivo de agregar formas alternativas de notificación del inicio de los procedimientos administrativos de expulsión (publicado); Boletín N°15408-05, de 11/10/2022 que modifica la ley 18.216 para ampliar las hipótesis de expulsión como pena sustitutiva; Boletín N°15384-06, de 28/09/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, en materia de recurso judicial por expulsión; Boletín N°15294-06, de 19/08/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para permitir la reconducción inmediata de extranjeros detenidos por delito flagrante, en el plazo que indica; Boletín N°15274-15, de 10/08/2022, que modifica el Código Aeronáutico para hacer exigible, por las policías y el Ministerio Público, el listado de pasajeros en el transporte aéreo nacional; Boletín N°15270-06, de 10/08/2022, que modifica la ley 20.931, para ampliar las facultades de control policial para efectos de aplicar medidas establecidas en la ley 21.325, de migración y extranjería (publicada); Boletín N°15261-25, de 05/08/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional; Boletín N°15204-07, de 18/07/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para establecer una nueva causal de expulsión de extranjeros que sean titulares de un permiso de residencia, condenados en Chile por crimen o

los procedimientos administrativos establecidos legalmente, siendo algunos manifiestamente vulneratorios al debido proceso y otras garantías establecidas por los tratados internacionales vigentes en Chile.

3.1 Proyectos de ley en el ámbito del derecho administrativo que vulneran derechos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales vigentes en Chile

Los tratados internacionales vigentes en Chile están incorporados al ordenamiento jurídico interno por mandato constitucional teniendo fuerza normativa al menos de ley ordinaria¹⁹. Además, la teoría del control de convencionalidad ha tenido recepción en la jurisprudencia chilena, pese a las dificultades interpretativas que su extensión y alcance han generado para la doctrina²⁰. Es posible afirmar por tanto que el contenido de una ley que contraría las disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos vigentes generaría una evidente antinomia insoportable para nuestro sistema jurídico. En razón de esto, es relevante hacer un inventario del estado de los proyectos de ley actualmente discutidos y los graves conflictos que presentan con otras normas vigentes en nuestro ordenamiento.

En este sentido, a título de ejemplo, el proyecto de ley que “modifica la ley de migración y extranjería definiendo el ingreso y egreso ilegal de migrantes y su efecto en la reunificación familiar” (Boletín N°16265-06) vulnera el principio de unidad o reunificación familiar al pretender prohibirla al extranjero que haya ingresado de forma irregular a Chile. A su vez, el proyecto de ley que establece “la regularización de la calidad migratoria como condición para asegurar el trato igualitario y la obtención de los derechos económicos, sociales, culturales y laborales que otorga el estado de Chile” (Boletín N°16110-06) ignora los postulados básicos, anteriormente señala-

simple delito; Boletín N°15203-07, de 15/07/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, con el objeto de facultar al Presidente de la República para decretar la expulsión de los extranjeros condenados por delitos de robo, hurto o alguno de los contenidos en la ley 20.000. 19 ALDUNATE (2010), p. 208.

20 Sobre la discusión en Chile, revisar los trabajos de PAÚL DÍAZ (2019) y de AGUILAR (2013).

dos, de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en evidente atentado contra el principio de igualdad y no discriminación. En el mismo sentido va el proyecto de ley que, bajo el argumento de favorecer los intereses de los nacionales frente a los extranjeros, menoscaba directamente el acceso a la educación de niños, niñas y adolescentes migrantes (Boletín N°15489-06).

El escenario se agrava cuando se analizan los boletines N°15204-07 y N°15203-07, ambos de julio de 2022, que pretenden ampliar las causales de expulsión administrativas y el N°15482-06 y N°15453-06 cuyo objetivo es restringir el acceso a los recursos administrativos en caso de expulsión y flexibilizar las formas de notificación de su resolución. El primero de los boletines citados se destaca por crear una nueva causal de expulsión para residentes regulares que sean condenados por crímenes o simple delito, fundada en tres argumentos que carecen de razonabilidad o comprobación científica: i) los extranjeros privados de libertad son responsables por la sobrepoblación carcelaria en Chile; ii) los extranjeros organizados practican extorsión contra los detenidos chilenos primerizos; iii) “quienes cuenten con antecedentes penales, de ser reconducidos a su país de origen, podrán rehacer sus proyectos de vida o encontrar nuevas oportunidades laborales formales que permitan su reinserción social, lo cual no hace más que justificar que las medidas de expulsión se fundamentan igualmente en razones humanitarias”.

Respecto a los dos últimos boletines mencionados, es necesario señalar que la restricción al recurso administrativo y la flexibilización de las formas de notificación pueden significar la violación a las garantías procesales mínimas para el caso de expulsión, a saber, el derecho a información expresa y formal de los motivos de la expulsión y el derecho que tiene la persona migrante de exponer sus razones junto a la autoridad competente y oponerse a los cargos en su contra.

Finalmente, en el contexto de las medidas extremas en el ámbito administrativo se encuentra el proyecto de ley que pretende modificar los artículos 128 y 131 de la Ley de Migración y Extranjería para permitir la reconducción inmediata a extranjeros detenidos por comisión de delito flagrante en Chile (Boletín N°15294). Se trata de una propuesta que vulnera al mismo tiempo el principio de proporcionalidad, la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso, ya que impone una medida extrema para delitos de muy distintas gravedades, ignora cualquier posibilidad de que la flagrancia pueda haber sido obtenida, por ejemplo, de forma ilegal, además de restringir expresamente el acceso al recurso pertinente²¹. De hecho, es notable en la fundamentación del proyecto el sesgo xenófobo con el que se afirma que “sin duda alguna la inmigración – ya sea legal o ilegal – ha sido uno de los principales problemas que ha tenido nuestro país en el último tiempo. Por ejemplo, al 31 de diciembre de 2020 los extranjeros alcanzaban el millón cuatrocientos sesenta y dos mil personas extranjeras en nuestro país”.

3.2 Proyectos de ley con incidencia en el ámbito penal y procesal penal

En el ámbito penal, llama poderosa atención el proyecto de ley que propone volver tipificar el delito de ingreso clandestino en territorio nacional (Boletín N°15261-25) que implicaría la derogación del mandato de no criminalización del artículo 9 de la ley de Migración cuando dispone que “la migración irregular no es constitutiva de delito”. En la fundamentación del proyecto se verifican afirmaciones carentes de base científica o erróneas que relacionan el aumento de la criminalidad en el país directamente con la migración irregular, ignorando que el crecimiento de las tasas de criminalidad es un fenómeno multifactorial y más complejo. A eso se suman otros dos proyectos de ley (boletines 15997-06 y 16012-06) que procuran crear nuevos

21 “Artículo segundo: Reemplácese el inciso séptimo del artículo 131 de la de la ley de Extranjería y Migración por el siguiente: *Con todo, la autoridad competente podrá disponer la medida de devolución inmediata de los extranjeros que sean sorprendidos de manera flagrante en la perpetración de un crimen o simple delito, dentro de los 12 primeros meses contados una vez que se haya ingresado al país, los cuales podrán recurrir contra dicha medida, sólo en la forma indicada en el inciso cuarto del presente artículo.*”

tipos penales para sancionar el reingreso irregular impidiendo, además, en el primer caso, el reingreso al país por el período de 25 años, y en el segundo, la aplicación de las penas sustitutivas de la ley 18.216.

También a propósito de la ley 18.216, se encuentra el proyecto de ley que visa su modificación para ampliar las hipótesis de expulsión como pena sustitutiva (Boletín 15408-25), eliminando la restricción para acceso a la pena sustitutiva de expulsión de los delitos cometidos con infracción de la ley 20.000 y de los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas establecidas en el art. 34 de la ley 18.216, bajo determinados requisitos. Las dudas que recaen sobre la expulsión con pena sustitutiva y su dudoso carácter preventivo especial son indicativos de su función meramente inocuidadora e instrumental de una política de expulsión masiva de extranjeros que se encuentran en condición irregular, pero también en este caso, en la hipótesis de que se apruebe el proyecto de ley, de residentes regulares en el país, previo informe del Servicio Nacional de Migración y Extranjería que deberá evaluar su conveniencia²².

Finalmente, en materia procesal penal se puede apreciar el proyecto de ley “que modifica el Código procesal penal en materia de prisión preventiva por peligro de fuga, en el caso de extranjeros indocumentados que comentan delitos en territorio nacional” (Boletín 15842-07, de 17 de abril de 2023) visa la incorporación de un artículo 140 bis para presumir peligro de fuga toda vez que el imputado no cuente con un documento de identidad válido²³. Dos son los factores evidentemente criticables de la propuesta de ley: el primero es la impertinencia de adoptar un criterio peligrosista al presumir peligro de fuga por la falta de determinado documento de identidad, lo que podría generar absurdos como, por ejemplo, la prisión preventiva de una persona indocumentada solicitante de refugio, o de un inmigrante irregular

22 En términos semejantes se llevó a cabo la reforma introducida por la LO 11/2003 en España. Ya aquella altura se denunciaba el uso de la medida de expulsión para “reducir la alta población extranjera en las prisiones españolas”. LAURENZO (2004).

23 El proyecto indica expresamente los siguientes documentos: Documento Nacional de Identidad, Pasaporte o Rol Único Nacional Provisorio.

que contase solamente con su registro de nacimiento; el segundo consiste en la instrumentalización de la prisión preventiva para fines que le son ajenos, pues se transformaría en mecanismo sancionador de la migración irregular, sin mencionar la degeneración de su carácter de medida cautelar de *ultima ratio*.

De esa verdadera marea de proyectos de ley, ya se encuentra publicada la ley 21.567, que amplía las facultades de control policial preventivo a extranjeros indocumentados, y la ley 21.590, que modificó la ley 21.325 para ampliar el plazo de detención para la materialización de las expulsiones administrativas de cuarenta y ocho horas para cinco días corridos. A ello, se suma en la esfera administrativa el polémico oficio 298 de 2023 del fiscal nacional, conocido como “criterio valencia”, que instruye a los fiscales del país a solicitar la medida cautelar de prisión preventiva “a todos aquellos casos de imputados por cualquier clase de delito que fueran pasados a audiencia de control de detención” cuando no cuenten con un documento identificatorio chileno.

Son muchas las críticas pertinentes que se hacen al control de identidad preventivo. Desde la perspectiva de la eficacia, se apunta su baja capacidad para prevenir delitos, además de prácticas discriminatorias graves en su ejecución²⁴. La modificación introducida por la ley 21.567 desvirtúa la ya desprestigiada función del control de identidad preventivo para prevenir delitos, convirtiéndose en verdad en una forma de detención para proceder al empadronamiento del inmigrante irregular, o para generar la notificación que agilizará su proceso de expulsión. En la medida en que se trata de un arresto sin necesidad de invocar indicio alguno de actividad delictiva, en la

24 En reportaje publicada en CIPER, se presentaron datos recogidos por el Monitor de Seguridad del Centro de Pensamiento Chile que revelaron de las 5.658.094 fiscalizaciones realizadas en el año 2020, solo 114.365 derivaron en una detención, es decir, el 2,02% de la muestra total. El estudio mostró también que las comunas con menores ingresos registraron un número bastante más elevado de controles de identidad que de aquellas cuya población posee los ingresos más elevados, pudiendo indicar un uso discriminatorio de la medida. Finalmente, el hallazgo más preocupante del reportaje derivó de datos entregados por el abogado Mauricio Duce, de la Universidad Diego Portales, sobre la realización de controles de identidades a un gran número de menores de edad, pese a su expresa prohibición en el art. 12 de la Ley 20.931. MIRANDA y PÉREZ (2021). En el mismo sentido, DUCE y LILLO (2020).

práctica se podrá utilizar la medida para detener, trasladar y ponerla a disposición de la Policía de Investigaciones a una persona que, incluso estando identificada con su pasaporte, por ejemplo, simplemente no se encuentra en situación migratoria regular.

3.3 La relación entre la política penal de emergencia y la criminalización de la inmigración

Heredada de literatura italiana, el término “política penal de emergencia” ganó fuerza en Latinoamérica en el contexto de la ideología de la seguridad nacional en los años 60 y 70 del siglo pasado, pese a que en países como Perú y Colombia remonta a décadas anteriores por razones de contingencias políticas específicas de aquellos estados²⁵. Se trata de un conjunto de modificaciones legales en el ámbito del derecho penal, derecho procesal penal e incluso de ejecución penal que visan a incrementar la persecución penal a costa de la flexibilización de las garantías individuales. Las reformas legales anteriormente mencionadas reflejan dos signos claros de esa tendencia ideológica de persecución del enemigo: i) la administrativización del procedimiento penal a través del aumento de las facultades de la policía y del Ministerio Público y; ii) la expansión de la detención preventiva, que pierde su contorno de medida excepcional para acercarse más a un mecanismo de anticipación de pena; se evidencian la persecución de fines retributivos o preventivos, que le son ajenos²⁶.

De hecho, en Chile se ha registrado un aumento extraordinario de la población carcelaria, que se debe, principalmente, según declaró el actual ministro de justicia, al incremento del uso de la prisión preventiva. La información es corroborada por los datos de Gendarmería de Chile que apuntan a un crecimiento sostenido del número de reos en esta condición, representando hoy el porcentual de 38% del total de la población carcelaria²⁷ (actualmen-

25 APONTE (2001), p. 251; PRADO (1990), p. 26.

26 PRADO, (1990), p. 27.

27 Estadística General Penitenciaria, de Gendarmería de Chile de fecha de 31 de marzo de 2024.

te, 57.872 personas). Del número total de reclusos, 14% son extranjeros, número superior a la media histórica de los últimos años en Chile, que no sobrepasaba los 10% del total. Preguntado sobre las razones que explican aumento del número de personas en prisión preventiva, el ministro lo atribuyó a la mayor ocurrencia de delitos violentos, a las recientes modificaciones legales y al hecho de que los jueces están más proclives al otorgamiento de esta medida cautelar.

En relación con la primera razón señalada, efectivamente se registra un crecimiento en el número de homicidios por 100 mil habitantes y, pese a que esas tasas en Chile aún son unas de las más bajas en el continente, llama la atención su incremento en las regiones de Antofagasta, Tarapacá, Arica y Parinacota, como también el aumento del número de víctimas y victimarios de nacionalidad extranjera²⁸. Sin embargo, esas cifras son leídas por la prensa chilena sin mayores desgloses: por ejemplo, las estadísticas de Gendarmería de Chile registran el número de “extranjeros” privados de libertad, pero no se sabe cuántas de esas personas son migrantes, cual es la representatividad de población flotante en las regiones fronterizas, ni de las personas que están solamente de paso por el país; tampoco se hace un análisis más cuidadoso sobre la relación entre el número de personas extranjeras que ingresan al sistema carcelario y el número total de personas migrantes en Chile, el cuál se ha incrementado considerablemente, bordeando los 1,7 millones de personas, según la última encuesta Casen²⁹, evidenciando que las personas extranjeras privadas de libertad representan cerca de 2% del total de inmigrantes que se encuentran en el país.

28 Conforme datos del “Primer Informe Nacional de Homicidios Consumados. Una visión integrada e institucional. 2018-2022”, la media nacional de homicidios es de 6,7 para cada 100.000 habitantes, siendo que en Antofagasta este número llega a 7,4, en Tarapacá a 13,5 y en Arica y Parinacota a 17,1. A su vez, en el período comprendido entre 2018 y 2022 las víctimas de homicidio de nacionalidad extranjera aumentaron de 3,5% a 13,1% y los victimarios de nacionalidad extranjera pasaron de un 5,7% a 17,2% en el mismo período.

29 La encuesta Casen es el instrumento oficial para la medición de la pobreza por ingresos y pobreza multidimensional en el país, con representatividad nacional y regional. “Casen e inmigración: extranjeros suman 1,7 millones y muestran mayores niveles de pobreza” (2023).

Pese a la precariedad de estudios criminológicos sobre los datos anteriormente señalados, existe un claro impacto de esos números en la percepción ciudadana sobre la migración y la delincuencia, fenómenos que aparecen como hechos nuevos, extraordinarios y asociados sin mayor investigación científica al respecto. Además, se simplifica la explicación sobre el incremento de la criminalidad organizada y se justifica para la opinión pública la tomada de medidas excepcionales para frenar la inmigración irregular y la delincuencia a que está supuestamente vinculada³⁰.

En relación con la segunda razón identificada por el ministro Cordero, las reiteradas alteraciones legislativas son justamente el objeto de nuestra reflexión, pero en un sentido distinto de la que parece indicar la autoridad de gobierno. En nuestro parecer, las reformas recientes a las que nos referimos anteriormente revelan la instrumentalización del sistema penal y su manipulación por el discurso político resultando en una verdadera deformación de lo que serían los fines legítimos de una política migratoria integradora. Esa pérdida de rumbo genera espacio para los discursos de odio y la xenofobia. De hecho, según la encuesta CEP de julio de 2023, el 49% de los chilenos consideran que la inmigración irregular es la principal causa de la delincuencia³¹. Crece la empatía con el discurso de endurecimiento de las medidas de naturaleza penal por sobre el de respeto a los derechos humanos generando terreno fértil a la idea de que “las cosas no pueden ser manejadas de otra manera que con la sumisión del irredento. Todo lo demás pertenece a la sofistería de autoproclamados especialistas, personas que han consagrado su vida al estudio del problema penal, pero a las que la mentalidad autoritaria combate como alimañas”³².

30 Rescatable la lección de Elisa García cuando afirma que “etiquetar a los migrantes como ‘extranjeros delincuentes’ eclipsa las complicadas experiencias que hacen que la gente emigre o los fuertes lazos que desarrollan en el país de acogida. Del mismo modo, la etiqueta “extranjero delincuente” oculta las crisis personales que a menudo llevan a las personas a violar la ley, o el perfil racial que conduce a los arrestos desproporcionados de los inmigrantes”. GARCÍA (2017), p. 2.

31 Centro de Estudios Públicos (2023).

32 GUZMÁN (2019), p. 622.

Con este escenario, tal como ocurre en otros países, el endurecimiento de la respuesta penal es el mecanismo de mayor impacto mediático y simbólico para responder al “problema” de la migración irregular y la figura de la expulsión acaba siendo fagocitada por el discurso penal como forma alternativa de “solución de conflictos” ratificando la tesis de Stumpf sobre el fenómeno de fusión entre el derecho penal y el derecho migratorio, denominado en su momento como *crimigration*³³. La narrativa, en nuestro parecer, también contamina la apreciación del juez quien, conforme señala Fernández, el discurso político criminal crea representaciones sociales y estereotipos a través de estrategias cognitivas que impactan las percepciones sobre un determinado fenómeno.

En un estudio realizado entre los años de 2012 a 2017 ya se registraba en Chile una tendencia al incremento de las expulsiones judiciales en relación con las administrativas que, pese a computar mayor incidencia, mostraba una retracción, mientras que la primeras ya aparecían en aumento sostenido probablemente, según los autores, para contribuir a la disminución de la población carcelaria³⁴. De hecho, el mensaje presidencial que acompaña el proyecto de ley para ampliar las hipótesis de expulsión como pena sustitutiva de 2022 es categórica en destacar el agravamiento de la situación carcelaria en el norte del país generada por inmigrantes como antecedentes que fundamentan la propuesta de cambio legislativo. La supuesta utilidad de la medida, sin embargo, esconde una ambivalente realidad: la expulsión en esas circunstancias puede significar una pena desproporcionadamente afflictiva para un extranjero que a pesar de su situación irregular ya se encuentra con arraigo en el país y, al revés, para el extranjero que viene al país con la finalidad de delinquir consistiría en una medida inocua, sin cualquier efecto sancionatorio³⁵, amén de configurar evidente vulneración al principio

33 STUMPF (2006), pp. 367-419.

34 BRANDARIZ et al. (2018), p. 759.

35 MARTÍNEZ (2009), p. 20.

de igualdad pues consiste en un trato “más beneficioso” al extranjero al que un nacional no podría acceder, más allá de que en la práctica vaya existir capacidad logística suficiente para ejecutar dichas expulsiones.

4. ¿QUÉ DICEN (Y QUÉ OMITEN) LOS NÚMEROS SOBRE LA INMIGRACIÓN EN CHILE?

Ya en el año 2021, el Servicio Jesuita Migrantes realizó un estudio concluyendo que incremento de la pobreza de la población migrante estaba principalmente relacionado con la menor presencia de redes de apoyo institucionales y las condiciones en que vivían esas personas en el norte grande de Chile. Las mujeres, los habitantes del norte grande, las personas que provienen de Centroamérica y países andinos y sobre todos los NNA fueron apuntados como los más vulnerables y necesitados de atención de las políticas públicas³⁶.

En la encuesta de 2023, el indicador más llamativo es el de medición del promedio de los ingresos del trabajo: si durante el año 2013 la población inmigrante exhibía mayores ingresos del trabajo en comparación con la población no inmigrante, esta relación se invirtió a partir del año 2022, pese a que los niveles de educación y participación laboral continúan siendo más altos en comparación con las personas no migrantes. Eses números sugieren que la población migrante no se está empleando en trabajos formales y acordes a su nivel educacional. El estudio afirma que “es fundamental actualizar normas como la que establece un límite para la contratación de extranjeros de un 15% y facilitar trámites administrativos (RUT, permisos laborales, convalidación de títulos) de quienes ingresan al país de manera regular”, pero también defiende un actuar “firme” en el control de fronteras y un plan

36 SJM (2021).

efectivo de expulsiones de extranjeros que ingresan de forma irregular, así a secas, revelando una cierta tendencia a criminalización de esa población que aparece relacionada con la *sensación* de inseguridad de la población³⁷.

Además, es importante observar que no existen estudios serios que revelen quiénes son los inmigrantes indocumentados en Chile, y a pesar de que los niveles de educación de la población migrante en general pueden ser fuertes indicadores de que existe un número contundente de trabajadores cualificados entre los inmigrantes en situación irregular, la encuesta sólo recomienda, sin mayor reflexión, que se establezca una política de expulsión masiva (sin utilizar este término, por cierto) de inmigrantes irregulares.

En este sentido, hace falta un estudio profundizado sobre la burocracia de los procesos de regularización en Chile y su impacto en la indocumentación de la población migrante. Más allá de afirmaciones genéricas o de efecto mediático³⁸ y algunos estudios puntuales de bias académico³⁹, no hay indicadores reales de los nudos y obstáculos enfrentados por las personas migrantes para la obtención de una visa o la regularización de su situación migratoria en Chile.

En términos normativos, hasta el año 2021 la discusión se entrampaba entre el enfoque centrado en la protección de los derechos humanos y la visión instrumental, centrada en el crecimiento económico y la selectividad migratoria⁴⁰, y con la promulgación de la ley 21.325, conforme advirtió el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su momento, pese a que se creó una nueva institucionalidad con vistas a fortalecer el aparato estatal para atender la creciente demanda migratoria, no se introdujeron cambios

37 La encuesta cita datos de la última encuesta CEP que indica que 49% de los chilenos considera que la inmigración irregular es la principal causa de la delincuencia.

38 “O se regularizan o se van”: la frase de Boric que hizo ruido en la organizaciones pro migrantes reabrió el debate sobre la política nacional. Materia periodística de autoría de María Luisa Cisternas, publicada en 14 de octubre de 2022, en Diario Uchile.

39 Es el caso del análisis del proceso de regulación migratoria extraordinaria realizado entre los años de 2018 y 2019 realizado por Pilar Valencia y Romina Ramos. VALENCIA y RAMOS (2021).

40 Biblioteca del Congreso Nacional (2022), s/p.

significativos capaces de generar un modelo administrativo adecuado para enfrentar el incremento del flujo migratorio⁴¹ y, en cierta medida, incluso entorpeció el proceso porque limitó mucho la posibilidad de cambio de estatus migratorio dentro del país, no se instituyó un sistema de entrega de permisos de trabajo eficiente, capaz de disminuir los tiempos de espera, tampoco se implementó un proceso de regularización de trabajadores temporales para evitar abusos contra esa población⁴².

A su vez, el proceso de empadronamiento biométrico establecido a través de la Resolución Exenta N°25.425 del Servicio Nacional de Migraciones (SerMig) fue correctamente criticado por su falta de transparencia y compatibilidad con un sistema democrático respetuoso de la dignidad humana. Conforme explicó Stang, “el proceso de Empadronamiento biométrico para registrar e identificar a las personas extranjeras que hayan ingresado al país por paso no habilitado o eludiendo el control migratorio y se encuentre en el territorio nacional de manera irregular” no logró explicar a los destinatarios de la norma cuál sería el destino de la entrega de sus datos personales, más allá de afirmar un propósito genérico de evaluar, diseñar y ejecutar políticas públicas en materia migratoria⁴³ y la preocupación por aclarar que “esto no es un proceso de regularización masiva”⁴⁴. El discurso eminentemente securitista, más allá de tener la finalidad política de no inflamar los ánimos de la oposición, puede impactar en el número de personas que participa voluntariamente del proceso⁴⁵ y el éxito de la medida que, sin embargo, es difícil dimensionar en razón de la falta de cifras oficiales que arrojen luces sobre el número de migrantes en situación irregular en Chile⁴⁶.

41 INDH (2018), s/p.

42 Biblioteca del Congreso Nacional (2022), s/p.

43 STANG (2023).

44 Conforme explicación del subsecretario del interior Manuel Monsalve, de 12/07/2023.

45 La última información entregada por el Ministerio del Interior es de noviembre de 2023 da cuenta de 194 mil personas inscritas y 105 mil personas empadronadas.

46 En este sentido, la columna escrita por Pablo Roessler y Carlos Figueroa a CIPER en septiembre de 2021 ponía en jaque las afirmaciones de las autoridades sobre la disminución del número de migrantes irregulares en Chile y apuntaban las inconsistencias del discurso político a aquella altura. ROESSLER y FIGUEROA (2021). Por otro lado, la última encuesta Casen apunta un incremento, en promedio, de 200 mil personas al año que ingresan a Chile.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS MIGRANTES COMO RESULTADO DE LA *CRIMIGRATION*

El análisis del discurso político actual y la agenda legislativa en materia migratoria revelan claramente una tendencia a la criminalización de la población migrante en Chile, es especial el contingente humano indocumentado. Esa constatación deriva del estudio de los diversos proyectos de ley actualmente en tramitación sobre la materia, asimismo aquellos que ya se materializaron en leyes vigentes, como se ha visto. Así, se pudo demostrar que los avances logrados con la publicación de la ley 21.325 corren riesgo de desaparición y es preocupante el peligro de afectación de derechos fundamentales consagrados en la normativa internacional a que Chile está vinculado por fuerza del mandato del inciso 2°, del art. 5 del texto constitucional.

En que pese la falta de previsión expresa sobre un derecho a migrar, los estándares de derechos humanos establecidos en los principales tratados internacionales sobre la materia consagran el principio de igualdad y no discriminación para prohibir distinciones arbitrarias entre personas migrantes en situación regular e irregular, previendo para esos últimos un catálogo mínimo de derechos fundamentales que deben ser respetados, especialmente aquellos de corte social, el derecho al debido proceso y garantías procesales mínimas en caso de expulsión, derecho a la unidad familiar y, en material penal, el mandato de no criminalización aparece como punto de partida, pero también como límite para establecimiento de políticas migratorias.

Sin embargo, en los últimos tres años se registran diversas iniciativas legislativas que visan modificar la ley 21.325 para ampliar y flexibilizar las reglas sobre expulsión, restringir derechos sociales de las personas migrantes y apuntan directamente a la criminalización de la inmigración irregular como, por ejemplo, el proyecto de ley que busca la reconducción inmediata de extranjeros detenidos en circunstancia de flagrancia de delito independiente de su gravedad, cuyo tenor viola los principios de proporcionalidad, la pre-

sunción de inocencia y el derecho al debido proceso. A esta propuesta, solo para citar las más llamativas, se suman aquellas que directamente apuntan a la derogación del art. 9 de la ley 21.325 que prohíbe la criminalización de la migración irregular, las que sugieren la tipificación del reingreso irregular al país y las que amplían la polémica pena de expulsión judicial.

En el ámbito procesal penal el signo más evidente de profundización del proceso de criminalización de la inmigración irregular son las propuestas y cambios presentados en ámbito de la medida cautelar de prisión preventiva, asimismo del control de identidad preventivo. Hay un signo evidente de utilización desproporcionada e instrumental de esas medidas para efecto de neutralización y aceleramiento de los procesos de expulsión de migrantes indocumentados.

Este trabajo quiere evidenciar que el escenario jurídico actual de desmonte de la ley 21.325 no atiende a criterios técnicos, en diversas ocasiones colisiona con principios orientadores de una política migratoria respetuosa de los derechos humanos y está fundado en un discurso político autoritario que busca simplificar la respuesta que se debe dar a un fenómeno tan complejo y multifactorial, como es el fenómeno del aumento de ciertas formas de delincuencia en el país. Frente a la emergencia, el discurso punitivo encuentra fuerte adherencia social y con ella la necesaria licencia para socavar derechos y garantías fundamentales arduamente conquistadas, sin que exista cualquier evidencia de que eso signifique a corto, medio o largo plazo, la disminución de las tasas de criminalidad que se persigue alcanzar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2013): “El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado”, en: Revista Direito GV (Vol. 18, N°2), pp. 721-754. Disponible en <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/QsBgzSnDbDV-dcN75W4C8Dvx/> [Fecha de última consulta: 07.12.2023].

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en: Revista Ius et Praxis (Vol. 16, N°2), pp. 185-210. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n2/art07.pdf> [Fecha de última consulta: 30.11.2023].

APONTE, Alejandro (2001): “Derecho Penal de enemigo vs Derecho Penal del ciudadano.: El Derecho Penal de emergencia en Colombia: entre la paz y la guerra”, en: Revista De Derecho Coquimbo (N°8), pp. 251-273. Disponible en <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2186> [Fecha de última consulta: 11.12.2023].

BRANDARIZ, José; DUFRAIX, Roberto; QUINTEROS, Daniel (2018): “La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de Crimmigration?”, en: Política Criminal (Vol. 13, N°26), pp. 739-770. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v13n26/0718-3399-politcrim-13-26-00739.pdf> [Fecha de última consulta: 11.12.2023].

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2023): Encuesta N°89, junio-julio 2023. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/encuesta/encuesta-cep-n-89/> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

CISTERNAS, María (2022): “O se regularizan o se van”: la frase de Boric que hizo ruido en la organizaciones pro migrantes reabrió el debate sobre la política nacional, en: DiarioUchile. Disponible en <https://radio.uchile>.

cl/2022/10/14/o-se-regularizan-o-se-van-la-frase-de-boric-que-hizo-ruido-en-las-organizaciones-pro-migrantes-y-reabrio-el-debate-sobre-la-politica-nacional/ [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010). Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001). Informe No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros (Estados Unidos), Informe de Admisibilidad y Fondo. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903.htm> [Fecha de última consulta: 22.12.2023].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003): Opinión Consultiva OC-18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf> [Fecha de última consulta: 22.12.2023].

DOMENECH, Eduardo (2008): La ciudadanía de la política migratoria en la región sudamericana: vicisitudes de la agenda global, en *Las migraciones en América Latina. Políticas, culturas y estrategias*, (Argentina, Catálogos/CLACSO).

DOMENECH, Eduardo (2015): “Inmigración, Anarquismo y Deportación: la criminalización de los extranjeros “indeseables” en tiempos de las “grandes migraciones”, en: REMHU, *Revista interdisciplinaria de Movilidad Humana* (Vol. 23, N°45), pp. 169-196. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/4070/407043483009.pdf> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

DUCE, Mauricio, LILLO, Ricardo (2020): “Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile”, en: *Revista De Estudios De La Justicia* (N°33), pp. 167–203. Disponible en <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2020.57635> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

FEDDERSEN, Mayra, PASCAL, Tomás y RODRÍGUEZ-ATERO, Macarena (2022): El derecho humano a migrar en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 49, N°2), pp. 43-70. Disponible en <https://dx.doi.org/10.7764/r.492.3> [Fecha de última consulta: 02.04.2024].

FERNÁNDEZ, José Angel (2012): El discurso de la criminalidad y del poder punitivo: representaciones sociales, previsibilidad y principio de economía cognitiva, en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, (Vol. 20, N°2), pp. 327-350.

GARCÍA, Lila (2016): “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?”, en: *Colombia Internacional*, (N°88), pp. 107-133.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa (2017): “Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC* (N°19-15), pp. 1-28.

GENDARMERÍA DE CHILE (2024): Estadística General Penitenciaria de 31 de marzo de 2024. Disponible en: https://www.gendarmeria.gob.cl/est_general.html [Fecha de última consulta: 02.04.2024].

GUZMÁN, José Luis (2019): “Mentalidad autoritaria, actitudes punitivas y pensamiento penal: un esbozo”, en: *Política Criminal* (Vol. 14, N°27), pp. 606-635.

HINES, Barbara (2012): “El derecho a migrar como un derecho humano: la actual ley inmigratoria argentina”, en: *Revista Derecho Público* (Vol. 1, N°2), pp. 209-344.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2018): Informe sobre Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06) y las Indicaciones presentadas. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/server/api/core/bitstreams/12f4e442-5878-45f4-869a-9f4c914ad6ca/content> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

LAURENZO, Patricia (2004): “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, en: *Jueces para la Democracia* (N°50), pp. 30-35.

LEÓN, Arturo (2023): “Casen e inmigración: extranjeros suman 1,7 millones y muestran mayores niveles de pobreza”, en: *La Tercera*. Disponible <https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/casen-e-inmigracion-extranjeros-suman-17-millones-y-muestran-mayores-niveles-de-pobreza/HVVDQE2CD-JBGJGT5WIBOM5YG3A/> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2009): “Inmigración, Derecho Humanos y Política Criminal: ¿hasta dónde estamos dispuesto a llegar?”, en: *InDret Penal* (N°4), pp. 1-45.

MERCOSUR/RMI (2004): Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios del Mercosur, Acta N°01/08. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9083.pdf?view=1> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

MIRANDA, Benjamín; PÉREZ, Graciela (2021): “Control preventivo: cuando la política pública va contra la evidencia”, en: CIPER. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2021/02/09/control-preventivo-de-identidad-cuando-la-politica-publica-va-contra-la-evidencia/> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

PAREJA, Paula; NAVARRETE, Esperanza (12.10.2023). Más de 54 mil personas privadas de libertad en Chile: Cordero afirma que capacidad de las cárceles superó el umbral pronosticado para el 2024. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/mas-de-54-mil-personas-privadas-de-libertad-en-chile-cordero-afirma-que-capacidad-de-las-carceles-supero-el-umbral-pronosticado-para-el-2024/BH3WIUDFDFBSXDPLQK55B2K44U/#> [Fecha de última consulta: 03.04.2024].

PAÚL DÍAZ, Álvaro. (2019): “Los enfoques acotados del control de convencionalidad: Las únicas versiones aceptables de esta doctrina”, en: Revista de derecho (Concepción) (Vol. 87, N°246), pp. 49-82.

POLICÍA DE INVESTIGACIONES (2023): “Comienza fase presencial de Empadronamiento Biométrico”, en: Noticias PDI Chile. Disponible en <https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/detalle-prensa/2023/07/12/comienza-fase-presencial-de-empadronamiento-biom%C3%A9trico> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

PRADO SALDARRIAGA, Víctor (1990): “La política penal de emergencia: función y efectos”, en: Derecho & Sociedad (N°2), pp. 26-30.

RIVERA, Felipe (2022): “Estado de situación de la Migración en Chile: minuta realizada dentro del contexto de la Diplomacia Parlamentaria para un encuentro parlamentario en Rumania y Hungría”, en: Serie Minuta (N°57-22). Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33618/1/Minuta_Estado_de_situacion_de_la_Migracion_en_Chile.pdf [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

ROESSLER, Pablo; FIGUEROA, Carlos (2021): “Disminución de irregularidad migratoria: un discurso oficial sin cifras”, en: CIPER. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2021/09/06/disminucion-de-irregularidad-migratoria-un-discurso-oficial-sin-cifras/> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2021): “Casen y Migración: una caracterización de la pobreza, el trabajo y la seguridad social en la población migrante (Informe n. 1)”. Disponible en https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2021/10/Informe-CASEN_compressed-2.pdf [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

STANG, Fernanda (2023). “El control por el control, una frontera peligrosa para la democracia”, en: El Desconcierto. Disponible en <https://www.eldesconcierto.cl/opinion/2023/06/20/el-control-por-el-control-una-frontera-peligrosa-para-la-democracia.html> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

STUMPF, Juliet (2006): “The Crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power”, en: *American University Law Review* (Vol. 56, N°2), pp. 367-419.

TIJOUX, María Emilia (2020): “Proyecto de Ley de Migración y Extranjería: más control de fronteras y desprotección de la vulnerabilidad”, en: El Mostrador. Disponible en <https://www.elmostrador.cl/destacado/2020/05/19/proyecto-de-ley-de-migracion-y-extranjeria-mas-control-de-fronteras-y-desproteccion-de-la-vulnerabilidad/> [Fecha de última consulta: 22.12.2023].

VALENCIA, Pilar; RAMOS, Romina. (2021): “Análisis crítico del proceso de (des)regulación migratoria extraordinaria en Chile (2018-2019)”, en: *Diálogo andino* (N°66), pp. 399-417.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Boletín Oficial del Estado, N°15203-07, de 15 de julio de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15204-07, de 18 de julio de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15261-25, de 5 de agosto de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15274-15, de 10 de agosto de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15294-06, de 19 de agosto de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15384-06, de 28 de septiembre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15408-05, de 11 de octubre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15409-06, de 11 de octubre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15438-06, de 19 de octubre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15453-06, de 24 de octubre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15482-06, de 27 de octubre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15489-06, de 8 de noviembre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15842-07, de 7 de abril de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°15879-06, de 5 de mayo de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°15997-06, de 6 de junio de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16012-06, de 7 de julio de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16072-06, de 10 de julio de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16086-06, de 11 de julio de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16110-06, de 14 de julio de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16265-06, de 4 de septiembre de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16340-06, de 2 de octubre de 2023.

Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18 de diciembre de 1990.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Decreto Ley 1094/1975, establece normas sobre extranjeros en Chile, 14 de julio de 1975.

Ley 22.439/1981, ley general de migraciones y de fomento de la inmigración, Argentina, 16 de marzo de 1981.

Ley 8.615/1980, define la situación jurídica del extranjero en Brasil y crea el Consejo Nacional de Inmigración, Brasil, 19 de agosto de 1980.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, NNA, Comunidades y Pueblos indígenas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.

las de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de febrero de 2012, “caso Hirsi Jamaa vs. Italia”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 29 de marzo de 2012, “caso Benito Tide y otros contra República Dominicana”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de octubre de 2012, “caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones, y Costas”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de agosto de 2014, “caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”.

VICTORIO PESCIO VARGAS Y LA RENOVACIÓN DEL DERECHO CIVIL DESDE VALPARAÍSO¹⁻²

VICTORIO PESCIO VARGAS AND THE RENEWAL OF CIVIL LAW FROM VALPARAÍSO


Jaime Alcalde Silva*

Resumen

El presente trabajo expone la vida de Victorio Pescio Vargas mirado como un jurista. Comienza con un esbozo biográfico que permite situar el tiempo durante el cual vivió y los principales hitos de su historia personal. Después se explica la contribución que supuso su trabajo en el campo jurídico, separando el ejercicio profesional, la gestión universitaria, la docencia y la obra escrita, con especial énfasis en su *Manual de Derecho civil* inconcluso que contribuyó a remozar el género en Chile. En fin, se ofrece un poema de

1 Artículo recibido el 17 de julio de 2023 y aceptado el 15 de abril de 2024.

2 Este trabajo reformula y desarrolla la ponencia presentada en el IX Encuentro de Juristas organizado por la cátedra de Teoría del Derecho del profesor Alejandro Vergara Blanco y el Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, celebrado el 2 de diciembre de 2020. El autor agradece los comentarios hechos al manuscrito de este trabajo por el Prof. Antonio Pedrals García de Cortázar, así como por el material suministrado.

* Doctor en Derecho por la U. de Valencia. Profesor Asociado de Derecho Privado, Pontificia U. Católica de Chile, Santiago de Chile.  0000-0003-4732-5585. Dirección Postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago. Correo electrónico: jcalcald@uc.cl.

Gonzalo Villar Bordonos, que resume la trayectoria vital de este destacado profesor y director de la Escuela de Derecho de Valparaíso, cuyo edificio fue su gran legado material.

Palabras clave

Juristas chilenos, civilistas chilenos, Derecho civil chileno.

Abstract

This paper presents the life of Victorio Pescio Vargas as a jurist. It begins with a biographical sketch that allows us to situate the time during which he lived and the main milestones of his personal history. Then it explains the contribution of his work in the legal field, separating his professional practice, university management, teaching, and written work, with special emphasis on his unfinished *Handbook of Civil Law (Manual de Derecho civil)*, which contributed to renewal the genre in Chile. Finally, a poem by Gonzalo Villar Bordonos is offered, which summarizes the life of this outstanding professor and director of the School of Law of Valparaíso, whose building was his great material legacy.

Keywords

Chilean Scholars, chilean private law scholar, chilean private law.

1. INTRODUCCIÓN

Victorio Pescio Vargas (1902-1968) fue profesor de derecho civil y director de la Escuela de Derecho de Valparaíso durante varias décadas, y autor de un manual de singular mérito académico y profundidad dogmática, incluso en clave comparatista. La suya fue además una historia de dos ciudades. Nació y creció en Tacna, en medio del desierto, cuando esa ciudad era la capital de la provincia más septentrional del país³ y contaba con una fuerte

3 La Guerra del Pacífico (1879-1884) supuso una reconfiguración de las fronteras del país. Después de la batalla del Alto de la Alianza (1880), las provincias peruanas de Tacna, Tarata y Arica pasaron a ser administradas por Chile. De acuerdo con el tratado de Ancón (1883), en un plazo diez años se debía realizar un plebiscito para decidir la suerte de ese territorio,

y activa presencia de inmigrantes italianos⁴. Luego vivió, estudió, trabajó y murió en Valparaíso, donde llegó con 17 años para quedarse, casi como una comprobación de la verdad de ese verso de Osvaldo (“el Gitano”) Rodríguez sobre el fuerte magnetismo que ejerce el puerto sobre sus habitantes⁵.

Asumiendo como premisa que la biografía de un jurista es un interesante ejercicio que comprende la historia del pensamiento, la cultura, los textos y el poder⁶, el propósito de estas notas es intentar una aproximación general de Victorio Pescio como tal. Esto exige en primer lugar trazar un esbozo de su vida que sirva de contexto a su obra en el campo del derecho (2). Hecho ese rápido recuento biográfico, corresponde revisar su trayectoria jurídica en particular, que puede ser sintetizada en cuatro dimensiones: el ejercicio profesional (3), la gestión universitaria (4), la docencia (5), y la obra escrita, con especial énfasis en la preparación de un *Manual de Derecho civil* inconcluso, que fue su mayor legado intelectual para la posteridad (6). Como cierre, se ofrece un poema de Gonzalo Villar Bordones, que resume la trayectoria vital de este insigne maestro de la Escuela de Derecho de Valparaíso y sirve de homenaje (7).

pero debido a numerosos problemas éste nunca se llevó a cabo. Tacna permaneció en esas condiciones durante casi 50 años, hasta el 28 de agosto de 1929, cuando la mayor parte del departamento fue reincorporada a Perú mediante la suscripción del Tratado de Lima, que fijó la frontera entre ambos países en la “Línea de la Concordia”. La provincia de Tarata ya había sido devuelta por Chile el 1 de septiembre de 1925. Por el contrario, la zona altiplánica del departamento de Tacna quedó definitivamente bajo soberanía chilena, sumándose al departamento de Arica y la provincia de Tarapacá, que habían sido entregadas a perpetuidad en 1883. Así pues, entre 1884 y 1929 Tacna fue la provincia más septentrional del Chile, con su propio gobierno y Corte de Apelaciones.

4 DÍAZ (s.d.), y DÍAZ y BUSTOS (2021).

5 La referencia alude al primer verso de la cuarta estrofa de la canción “Valparaíso”, de Osvaldo Rodríguez Musso (1943-1996), incluida en el álbum “Tiempo de vivir”, DICAP (1972).

6 MARTÍN (2012), p. 53.

2. UN ESBOZO BIOGRÁFICO

La vida de Victorio Pescio Vargas cubre casi siete décadas del siglo XX (entre 1902 y 1968) y puede ser dividida en cuatro períodos de composición variable⁷.

El primer período abarca su niñez y adolescencia, y se extiende entre 1902 y 1919. Hijo de Nicolás Pescio y Rosalina Vargas, nació en Tacna el 1 de septiembre de 1902. Inscrito y bautizado como Ángel Victorio, su nombre era muy popular en la Italia de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, y fue usado por varios soberanos y príncipes de la Casa de Saboya⁸. Cursó sus estudios primarios y secundarios en el Liceo de Tacna⁹, mientras vivía en el N°18 de la calle Mirabe¹⁰. En la ciudad nortina sus padres mantenían una tienda de menestras y artículos de uso común en los hogares, como era práctica habitual entre algunos inmigrantes italianos¹¹. Por algún tiempo, allí permaneció su hermano mayor Juan, quien se desempeñaba como dentista y fue uno de los suscriptores del telegrama remitido el 14 de junio de 1926 al presidente de la Cámara de Diputados para que no se consintiera en que

7 Debidamente contrastada, la información biográfica que se utiliza en este trabajo proviene de LEGÚAS y LOYOLA (2017), pp. 67-69; LEÓN (2004a) y (2004b); PAOLINELLI (1976); PEDRALS (1976); SQUELLA (1976); VALLE (2006b); VARELA (1976); VERGARA (2016), pp. 9949-951; VV. AA. (1953), p. 964. También se tuvo a la vista la (hoy desaparecida) entrada sobre Victorio Pescio Vargas existente en *Wikibello*, que estaba disponible en https://wikibello.wiki/Pescio_Vargas,_Victorio, y UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (2014).

8 Aunque Pescio era un “laico total”, como lo describe PEDRALS (2006), p. 70, con el nombre se da una curiosa coincidencia. San Vittorio era un soldado romano del siglo III, muerto mártir en Capadocia. Desde el Martirologio Jeronimiano (siglo V) se venera su fiesta el 21 de mayo. A partir de 2010, este día se celebra en Chile el día del abogado, en recuerdo de la muerte en combate de Arturo Prat Chacón, marino y abogado. Así pues, el onomástico de Victorio Pescio acabó coincidiendo con el día de la profesión que tanto quiso.

9 En la sección preparatoria del Liceo de Tacna también estudió el presidente Salvador Allende Gossens, quien vivió en la ciudad durante los primeros años de su vida (1908-1916). El liceo había sido creado en 1885 por la administración chilena de la ciudad. Con la devolución al Perú de la provincia de Tacna, el liceo fue trasladado a Valparaíso. Corresponde al actual “Liceo Alfredo Nazar Feres”, que fue el segundo liceo de hombres de la ciudad, y se emplaza en el Cerro Playa Ancha. Véase <https://alfredonazarferes.blogspot.com/2009/11/nuestra-historia.html>.

10 Un plano de Tacna de aquella época (1902) viene reproducido en HERRERA (2010), p. 32.

11 LEGÚAS y LOYOLA (2017), p. 67.

el país perdiese o cediese parte de su territorio¹². Después del traspaso de la provincia al Perú, se trasladó a Santiago y llegó a ser jefe de Sanidad Dental del Ejército de Chile con grado de teniente coronel¹³. Su hermana Rosalina también ha merecido ser recordada por la historia: la Ley 16.663, de 9 de septiembre de 1967, dio ese nombre a la Escuela N°24 de Peñaflores. Victorio Pescio tuvo un tercer hermano, Nicolás, muy cercano a él, que vivía en la Avenida Alemania con su familia y era propietario de un negocio de productos alimenticios, muy acreditado: y situado frente al Parque Italia, llamado “‘O sole mio’”¹⁴.

El segundo período corresponde a la formación universitaria en Valparaíso. Victorio Pescio se traslada hasta este puerto en 1920 y se matricula en el Curso de Leyes de la Universidad de Chile. Son años en que compagina los estudios con los entrenamientos de boxeo, deporte del que siempre disfrutó. En 1926 obtiene el grado de licenciado con una memoria de prueba sobre el contrato de fianza (Fischer y Cía. Impresores, 384 pp.), que recibió muchos elogios por su profundidad y el criterio jurídico que muestra su joven autor. La suya fue una apuesta interesante, pues el Curso de Leyes de la Ciudad de Valparaíso había sido creado menos de diez años antes, a través del Decreto supremo N°1910, de 18 de mayo de 1911, del Ministerio de Justicia, Instrucción y Culto. En la asignatura de Derecho civil tuvo como profesor al polifacético Rafael Luis Barahona San Martín (1878-1940), por varios años jefe de redacción y editorialista de *El Mercurio de Valparaíso*, y también senador por dicha circunscripción (1924 y 1926-1930) y ministro del Interior por un breve lapso durante la presidencia provisional del general Luis Altamirano Talavera. Fue un personaje muy admirado por sus virtudes cívicas y humanas. Victorio Pescio lo apreciaba en extremo, tal como quedó de manifiesto en el discurso que pronunció con ocasión de sus exequias en

12 DÍAZ (2017), p. 55. Cfr. también *El Censo comercial e industrial de la colonia italiana en Chile. 1926-1927*, p. 11.

13 VALDÉS (1985), p. 203.

14 “‘O sole mio” es una canción napolitana compuesta en 1898, con letra de Giovanni Capurro y música de Eduardo di Capua.

agosto de 1940¹⁵. Formaban parte de esa promoción Arturo Maschke Tornero (1902-2001), quien llegó a ser ministro de Hacienda (1946 y 1950) y presidente del Banco Central (1953-1959), y Berta Santiago Hernández, la que más tarde se desempeñó como profesora de Legislación social en la Escuela de Servicio Social de Valparaíso.

El tercer período es el de mayor extensión, porque se extiende entre 1928 y 1964. Es el tiempo en que Victorio Pescio ejerce intensamente la profesión y se desempeña como profesor de derecho civil de la Escuela de Derecho de Valparaíso, de la que llega a ser director por tres décadas (1934-1964). Son años de mucho trabajo para llevar a cabo una reforma notable de dicha institución, tanto en el plano académico como material, aunque la experiencia acabó mal debido a un movimiento estudiantil que comenzó por un mínimo conflicto de notas en el curso del director y que, exagerado a causa de intereses creados, incluso llegó hasta la toma de la Escuela¹⁶. Era el preludio de un tiempo turbulento para la Universidad, tanto en Chile como en el resto del mundo, que haría eclosión a partir de 1967 y decantaría en el célebre “Mayo francés” del año siguiente¹⁷. De esos hechos y los que vendrían después de 1973 dejó un valiente testimonio Jorge Millas (1917-1982), en *Idea y defensa de la Universidad* (1981)¹⁸.

Debido a este conflicto, y tratando de encontrar siempre la mejor solución, Pescio decidió abandonar la dirección de la Escuela y su cátedra de derecho civil. Presentó su renuncia el 23 de octubre de 1964. Comienza así el cuarto y último período de su existencia. Entre ese año y 1968 llevó una vida solitaria, triste y desencantada, alejada incluso de la práctica forense con la que tanto vibró.

15 El discurso se encuentra publicado en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol. 6, N°21-24 (1940).

16 LOYOLA (2015), pp. 16-19.

17 BRAVO (1992), pp. 245-257.

18 El libro fue reeditado en 2012 por las Ediciones de la Universidad Diego Portales.

Buscó refugio en sus aficiones operáticas y sus lecturas de siempre. Además, siguió trabajando activamente en sus escritos (de ahí provienen *Los modos de adquirir el dominio* y otros aportes no impresos). También hizo un último viaje a Europa. Recibía contadas visitas. Una de ellas era la de Carlos León Alvarado (1916-1988), a quien solía acompañar Antonio Pedrals García de Cortázar (1936), Leslie Tomasello Hart (1943-2002), Agustín Squella, Narducci (1944) y René Moreno Monroy (1936-2017). Siempre evitó de hablar sobre lo sucedido en la Escuela. Murió el 12 de febrero de 1968, en el Hospital Dr. Gustavo Fricke de Viña del Mar, como consecuencia de un infarto al miocardio. Sus restos fueron velados en la Sala de Consejo de su querida Escuela, para después ser trasladados al Cementerio de Disidentes, situado en el Cerro Panteón de Valparaíso, donde reposan.

En 1976, la Escuela de Derecho de Valparaíso publicó un libro en homenaje a quien fue su director. Coordinada por el profesor Álvaro Quintanilla Pérez, se trata de una de las primeras obras de este género en el país¹⁹, sólo antecedida por aquella que en 1970 había impreso la Editorial Jurídica de Chile para Pedro Lira Urquieta (1900-1981). Ese mismo año, el Aula Magna del edificio que con tan esfuerzo había construido pasó a llamarse oficialmente “Profesor Victorio Pescio Vargas”. Su fotografía se encuentra en la sala de profesores, y un retrato suyo cuelga en la Sala de Consejo.

3. EL EJERCICIO PROFESIONAL

Como solía ocurrir en las universidades chilenas durante el siglo XX, los profesores compartían la dedicación académica con un ejercicio profesional más o menos intenso, ya en un despacho propio o ajeno, ya como funcionarios de alguna institución pública o privada²⁰. No existía el oficio universitario bajo dedicación exclusiva, menos en las asignaturas dogmáticas, salvo muy contadas excepciones, y los doctorados obtenidos por los

¹⁹ QUINTANILLA (1976), *passim*.

²⁰ MUÑOZ (2021), pp. 121-123.

profesores eran todavía una rareza²¹. Pescio siguió el derrotero usual en la época: juró como abogado el 29 de noviembre de 1926 y comenzó a ejercer la profesión trabajando con Charles Ward y Carlos Prieto Suárez, quienes tenían un reputado despacho en Valparaíso. Colaborador de todos ellos fue Clorindo Solar Muñoz²². Más tarde creó su propio estudio jurídico, situado en la calle Arturo Prat N°779. Ahí fue socio de Ramón Meza Barros (1912-1980), quien se incorporó al claustro de la Escuela de Derecho de Valparaíso en 1936, sirviendo primero la asignatura de derecho industrial y agrícola y después, hasta su muerte, la de derecho civil²³. De hecho, por esas coincidencias que a veces depara el destino, la vida de ambos se entrecruza de alguna manera en el proyecto de *Manual de Derecho civil* que Pescio emprendió en 1948 y que, con un estilo propio y más proyección, aunque con un enfoque didáctico y menor profundidad, Meza Barros acabó concluyendo. Ambos habían comenzado la tarea casi en paralelo: el primero de los manuales de Ramón Meza Barros, que versa sobre la teoría general de las obligaciones, apareció en 1949²⁴.

Pescio tuvo la suerte de vivir en aquel período que Bernardino Bravo Lira ha calificado como la “edad de oro de la abogacía en Chile”²⁵. El ejercicio profesional le permitió tener un buen pasar, que se vio reflejado en la antigua casona del Cerro Alegre, con piscina, cancha de tenis y una impresionante

21 Había algunos profesores que se habían doctorado por aquella época. Fue el caso de Alejandro Álvarez Jofré (1868-1960) y Luis Barriga Errázuriz (1895-1978), doctorados en la Universidad de París en 1899 y 1930, respectivamente. Ambos se integraron a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

22 Clorindo Solar Muñoz llegó a ser secretario titular de la Superintendencia de Bancos y en esa calidad ofició como secretario de actas de la Comisión que preparó un proyecto de Ley General de Bancos hecho público en 1942. Presentada en 1930, su memoria de prueba versó sobre los pactos de sucesión futura.

23 Sobre Ramón Meza Barros, véase ANÓNIMO (2023); ARANCIBIA (s.d.); PEDRALS (1980); QUINTANILLA (1980); VALLE (2006a).

24 Además de otras obras de divulgación, Ramón Meza Barros publicó unos populares manuales sobre obligaciones (1949), fuentes de las obligaciones (1951, dividido en dos tomos), derecho de familia (1975-1976, dividido en dos tomos) y derecho sucesorio (1953), todos ellos con la Editorial Jurídica de Chile. Salvo el manual dedicado al derecho de familia, ellos han seguido siendo reeditados hasta fechas recientes.

25 BRAVO (1998), p. 97.

biblioteca, donde vivió por años, y también en los varios viajes que realizó a Europa, en una época donde las travesías eran largas y se realizaban en barco. Movido por su gran afición cultural y artística, que se manifestaba sobre todo en su gusto por la ópera²⁶, fue socio fundador del Instituto Chileno Británico y presidente del Instituto Chileno Italiano de Cultura. Antonio Pedrals lo describe como “una suerte de príncipe del Renacimiento”²⁷.

Dotado de una gran capacidad de trabajo, Victorio Pescio inspiraba confianza a sus clientes porque dominaba como pocos el creciente y cada vez más complejo ordenamiento positivo, pero también porque conocía la jurisprudencia y estaba al día en la literatura científica chilena y extranjera. El manejo exhaustivo y riguroso del derecho vigente se observa, por ejemplo, en el pequeño opúsculo intitulado *La vecindad* (1952), publicado por la Editorial Jurídica de Chile dentro de la colección “Cartillas” destinada a la divulgación de aspectos legales cotidianos. En esta obra, que refleja su humor y conocimiento jurídico, están recogidos los más diversos problemas vecinales (por ejemplo, amenazas, altoparlantes, brujería, casas de diversión, etcétera), para los cuales sugiere alguna solución para enfrentarlos.

El prestigio de Pescio provenía además de la pasión que ponía en los asuntos que asumía, algunos de los cuales fueron casos célebres o de gran complejidad. Entre ellos se cuenta la defensa de Emeric Kovacs en el juicio con Staudt y Cía. Ltda. y Stauds y Cía. S.A.C. (1935), del Hospital de Caridad de Quillota (1942) y del Dr. Eduardo Grove Vallejo (1945), tres veces alcalde de Viña del Mar²⁸. Quienes escucharon sus formidables alegatos ante los tribunales superiores de justicia los califican como excelentes, definitivos y demoledores, incluso algunas veces con toques humorísticos²⁹. Varios de ellos han quedado impresos, como era usual en la época. René Moreno

26 Entre la ópera y el derecho se pueden encontrar puntos de conexión. Véase ANNUNZIATA y COLOMBO (2018), *passim*, y CORONADO (2021), *passim*.

27 PEDRALS (2006), p. 47.

28 CORREA y GROVE (2009), pp. 38-50.

29 SQUELLA (1976), p. 414.

Monroy, quien fue su discípulo y enseñó derecho civil en la Escuela de Valparaíso por cinco décadas, calificaba a Victorio Pescio como “del mejor género de oradores”³⁰.

El caso más conocido que llevó Pescio ante los tribunales fue probablemente “Universidad de Chile con Gormaz” (1953), conocido también como “Los ingenieros olvidados”³¹. Se trata de una acción de comodato precario ejercida por la Universidad contra el ingeniero Osvaldo Gormaz para la restitución de un inmueble. En 1920, el Fisco había asignado a la Universidad de Chile una serie de terrenos que se extendían desde la parte alta en la meseta hasta la Avenida Jorge Montt, entre calle 19 Norte y el fundo de la Armada de Chile, con el objetivo de levantar los edificios que albergarían las distintas escuelas con las que se quería hacer realidad la regionalización de la enseñanza universitaria. Comenzaron las obras, pero ocurrió que algunos de los ingenieros participantes se fueron apropiando de ciertos retazos. Una de esas ocupaciones dio origen al juicio donde intervino Pescio.

Como dueña de los predios, la Universidad de Chile presentó una demanda de comodato precario contra el ingeniero usurpador, Osvaldo Gormaz, que no solamente se negaba restituir el inmueble que ocupaba en la playa de Las Salinas, sino que además desconocía el dominio que la Universidad había adquirido por ley y a cuyo nombre figuraba inscrito en el Conservador de Bienes Raíces. Se trató de un caso muy comentado en su momento. El alegato pronunciado por Pescio ante la Primera Sala de Corte de Apelaciones de Valparaíso, que fue publicado como folleto y se recoge en los estudios en su homenaje aparecidos tras su muerte, muestra cómo va desgranando la argumentación y analizando la prueba rendida, sin olvidar su ironía habitual (como cuando recuerda aquella suerte de “condado” que establecieron

30 La expresión proviene del título del célebre escrito homónimo de Cicerón (*De optimo genere oratorum*), datado el año 46 a.C. La *Revista de exalumnos y amigos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, año I, N°1 (2018), especialmente pp. 3-10, está dedicada en homenaje al profesor René Moreno Monroy, continuador de la obra docente de Pescio y, también, un gran orador.

31 PESCIO (1976).

los ingenieros chilenos que habían trabajado para una firma inglesa en las obras del puerto de Valparaíso), para concluir que “las alegaciones del señor Gormaz en orden a que la Universidad es dueña de los terrenos y el Fisco es dueño de los edificios, constituye una deliberada confusión mental”³². Genio y figura en estrados.

Cabe tener presente que recuperar ese predio era de suma importancia, porque la ley 9.637, de 24 de agosto de 1950, había cedido a la Universidad el producto de la venta de los terrenos de Las Salinas para concluir el edificio de la Escuela de Derecho y también emprender otras obras. Y esa fue la gran cruzada de Victorio Pescio, que llevó adelante con pasión, como se verá a continuación³³.

4. LA GESTIÓN UNIVERSITARIA

Respecto de su faceta académica, quizá los dos aportes más importantes de Victorio Pescio sean la gestión universitaria y su *Manual de Derecho civil*, pues ambas obras lo sobrevivieron. Con todo, este último merece un tratamiento independiente³⁴. De momento, cabe centrarse en la primera de esas dimensiones.

Para entender el impacto de su gestión universitaria, hay que pensar en la realidad chilena de aquel entonces, donde por mucho tiempo la educación universitaria estuvo radica en exclusiva en Santiago³⁵. Primero con la Real Universidad de San Felipe, fundada en 1727 y en funciones desde 1758, y luego con la Universidad de Chile, que asume la función de otorgar títulos oficiales desde 1842, aunque la docencia se siguió impartiendo durante varios años en el Instituto Nacional, creado en 1813³⁶. Solamente con Ley de Instrucción Secundaria y Superior, de 9 de enero de 1879, dicha Univer-

32 Ibidem, p. 367.

33 Véase *infra*, 4.

34 Véase *infra*, 6.

35 BRAVO (1992), pp. 157–158.

36 MELLAFE, REBOLLEDO y CÁRDENAS (1992), pp. 35-96.

sidad comenzó a desempeñar el papel de organismo formador permanente del alumnado universitario del país y se abrió un período de expansión, consolidación y prestigio que perduraría por varias décadas³⁷. Todavía pasarían bastantes años para que surgiera un nuevo centro universitario en Santiago. La Universidad Católica de Chile nació en 1888 y se convirtió en pontificia en 1930. La Universidad de Santiago fue erigida como tal en 1981, siendo la sucesora de la Universidad Técnica del Estado creada en 1947, cuyo origen se remonta a la Escuela de Artes y Oficios establecida en 1849³⁸. Pero ella no tuvo la carrera de Derecho hasta 2016, debido a que su enfoque estaba centrado en la enseñanza general de distintas ingenierías aplicadas y tecnologías industriales.

Pese a este centralismo, existían algunos esfuerzos por conformar centros universitarios en las principales provincias del país. Entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX habían comenzado a funcionar unas incipientes Escuelas de Derecho en Concepción y Valparaíso. La primera de ellas fue un Curso Fiscal de Leyes, que partió su andadura en la ciudad de Concepción hacia el año 1865 y que, con el tiempo, fue absorbido por la Universidad de Concepción, la cual había sido creada en 1919 como una corporación integrada por las fuerzas vivas de la ciudad³⁹. Algo similar había sucedido en 1894 con el Curso de Leyes servido por la Congregación de los Sagrados Corazones en el puerto de Valparaíso⁴⁰. Dicho curso fue incorporado a la Universidad Católica de Valparaíso en 1947, la que había sido erigida el 15 de marzo de 1928 por decreto del obispo Eduardo Gimpert Paut (1867-1937)⁴¹.

37 BRAVO (1992), pp. 136-137.

38 A través del Decreto con fuerza de ley 1831, de 9 de abril de 1947, se produjo la unión de la Escuela de Artes y Oficios de Santiago (1849) con las Escuelas de Minas de Copiapó (1857), La Serena (1887) y Antofagasta (1918); las Escuelas industriales de Concepción (1905), Temuco (1916) y Valdivia (1934); la Escuela de Ingenieros Industriales (1940) y el Instituto Pedagógico Técnico (1944). De ahí nació la Universidad Técnica del Estado (UTE).

39 PÉREZ y ROZAS (2015), *passim*.

40 ESTRADA (2016).

41 El título de universidad pontificia le fue conferido por la Santa Sede en 2003, con ocasión de su 75º aniversario.

En Valparaíso existían asimismo algunos cursos privados de derecho que venían impartándose desde 1878⁴². Sin embargo, no había una instancia formal de estudios que pudiese ser certificada. Como resultado de la tenaz campaña emprendida por un grupo de estudiantes del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones, que se manifestaron partidarios de una instrucción laica y obligatoria, se creó en 1911 el Curso de Leyes de la Ciudad de Valparaíso⁴³. Al rector de la Universidad de Chile se le encomendó la tarea de proponer a los profesores que habrían de servir en él, quedando así la Escuela vinculada durante setenta años a ese plantel. Sólo conseguiría su plena autonomía, como parte de la Universidad de Valparaíso, merced al Decreto con fuerza de ley 6, de 12 de febrero de 1981, del Ministerio de Educación Pública, como sucedió con otros centros a lo largo del país debido a la nueva política universitaria implementada mediante Ley de Universidades (Decreto con fuerza de ley 1, de 30 de diciembre de 1980, del Ministerio de Educación Pública).

En un comienzo, el referido Curso de Leyes estuvo vinculado al Liceo de Hombres de Valparaíso, que desde 1944 se llama “Liceo Eduardo de la Barra”, en homenaje a quien fuera su rector entre 1877 y 1891⁴⁴. Funcionó originalmente en sus dependencias, situadas en el N°2184 de la calle Colón, y sus tres primeros directores fueron los rectores del liceo. El primero de ellos fue el alemán Carlos Rudolph Rast (1911-1918). Después lo sucederían Ruperto Banderas Le-Brun (1919-1928) y Carlos Prado Martínez (1928-1929). En 1927, el Curso de Leyes se independizó del Liceo de Hombres y pasó a ocupar un edificio contiguo y cedido por éste. El establecimiento estaba situado en calle Colón N°2128 y hasta entonces había sido utilizado como residencia de los rectores del liceo. En ese mismo terreno funciona

42 CAMPOS (1960), p. 174.

43 Véase GUZMÁN (2019), pp. 191-196; GUZMÁN (1961); MELLAFFE, REBOLLEDO y CÁRDENAS (1992), p. 90; PEDRALS, NAVARRO y TOPASIO (1982); SQUELLA y LOYOLA (2011); UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (2002); VERGARA (2017) y (2020).

44 OTTONE (2021), p. 106, que culminó ahí sus estudios, refiere alguno de los nombres que pasaron por el Liceo de Hombres de Valparaíso: “En él habían estudiado Joaquín Edwards Bello, Camilo Mori, Alberto Edwards Vives y Salvador Allende, entre otros. Entre quienes habían sido profesores estaba Diego Dublé Almeyda y [el poeta] Gonzalo Rojas”.

actualmente la Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Valparaíso, aunque el edificio original fue demolido y reemplazado por el actual tras el terremoto de 1985.

En 1928 la institución cambió su nombre por el de “Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales”, como consecuencia de la profunda reforma experimentada por la Universidad de Chile tras la aprobación de un nuevo estatuto en 1927⁴⁵. La normativa explicitaba la doble finalidad docente y científica que tenía la Universidad de Chile, además de reconocer la importancia de la extensión universitaria. Con las mejoras introducidas en sus versiones de 1929 y 1931, este estatuto rigió hasta 1971. Al año siguiente, como consecuencia de una nueva restructuración de la Universidad de Chile, la Escuela pasó a ser la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Valparaíso, pero todavía continuó siendo un centro perteneciente a dicha casa de estudios. Aunque esa denominación permanece hasta hoy, como ha quedado dicho, desde 1981 ella forma parte de la Universidad de Valparaíso (Decreto con fuerza de ley 6, de 12 de febrero de 1981, del Ministerio de Educación Pública).

Victorio Pescio se incorporó a la planta docente como profesor reemplazante de derecho civil al año siguiente (1928) de haber cambiado el nombre de la Escuela de Leyes de Valparaíso, medida que marcó un hito crucial en la historia de la institución. En 1929 fue designado profesor en propiedad de dicha cátedra. Ocupó esa calidad hasta su retiro el 23 de octubre de 1964. Además de la asignatura de derecho civil, dividida conforme al plan de estudios en esa época en tres cursos anuales, fue profesor de los Seminarios de Derecho Privado y de Derecho Civil⁴⁶.

De manera paulatina, la Escuela comenzó a cambiar su fisonomía. En 1928 se incorporó como profesor de derecho penal Gustavo Labatut Glenda (1896-1963), que marcharía a Santiago en 1931. En abril de 1929 se dio

45 BRAVO (1992), pp. 191-196, y MELLAFE, REBOLLEDO y CÁRDENAS (1992), pp. 154-158.

46 Los programas de derecho civil conforme con los planes de estudios de 1935, 1943, 1950 y 1967 pueden ser consultados en VALDIVIESO (2005), pp. 269-373. Véase también la nota 81.

inicio por primera vez al año académico a través de una conferencia solemne o clase magistral, la que estuvo a cargo de un profesor del claustro, siguiendo el ejemplo de las universidades europeas y estadounidenses. Dos años después ocurrió otra efeméride notable, pues se creó la *Revista Lex*, publicación oficial de la Escuela y primera revista de ciencias jurídicas editada por una escuela de Derecho en Chile⁴⁷. Lamentablemente, tuvo una breve existencia y habría que esperar hasta 1970 para que comenzara su publicación la *Revista de Ciencias Sociales*, que se sigue editando hasta hoy. Por esos años, entre 1931 y 1933, la Escuela tuvo como director a Luis Vicuña Suárez, profesor de derecho civil, destacado juez de menores y uno de los precursores de la protección de la infancia en el país⁴⁸. Célebre fue su conferencia inaugural del curso académico de 1932 intitulada “Ideales y deberes universitarios”. Al año siguiente se incorporó al claustro Fannie Leibovich Gubermann, a quien cabe el honor de ser la primera mujer en enseñar Derecho en el país y también la primera en asumir como ministra en una Corte de Apelaciones⁴⁹.

Ese era el panorama de la Escuela de Derecho de Valparaíso cuando Victorio Pescio asumió la dirección. En julio de 1934 fue designado director interino y el 26 de marzo de 1936 fue nombrado director titular. Reemplazó a Jaime Galté Garré (1903-19657), profesor de derecho procesal, miembro de la comisión redactora del Código Orgánico de Tribunales y uno de los médiums más conocidos que ha tenido el país, quien había sido designado para el cargo el 20 de octubre de 1933⁵⁰. Pescio se desempeñó como director de Escuela hasta su renuncia el 23 de octubre 1964, dejando como legado una institución muy distinta de la que había recibido. Al momento de su designación, el decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile era Arturo Alessandri Rodríguez (1895-1970), cuyo

47 Dos años después, en 1933, se fundó la *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, que ha permanecido vigente hasta la actualidad. Con la desaparición de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, que dejó de circular en 2007, ella es la revista jurídica más antigua del país.

48 MORALES, GAJARDO, LEA PLAZA y VILA (1946).

49 ERRÁZURIZ (2019), p. 174.

50 CAMPOS (1960), p. 169. Sobre Jaime Galté, cuya memoria de prueba intitulada “De la formación de un nuevo proyecto de ley sobre sociedades con responsabilidad limitada” fue presentada en 1930, véase URIBE (2010), y BROWN (2016).

segundo periodo se extendió entre 1933 y 1943⁵¹. Entre ambos hubo una buena relación, al punto que, cuando Alessandri postuló a la rectoría en 1953, compitiendo con Juan Gómez Millas, Victorio Pescio fue uno de los jefes de su campaña.

En los treinta años bajo el gobierno de Pescio, la Escuela de Derecho de Valparaíso experimentó un desarrollo notable dentro del contexto del país. Además de Meza Barros, ese fue el período en que se incorporaron, entre otros, Mario Casarino Viterbo (1911-2010) y Enrique Correa Labra (1906-1993) como profesores de Derecho procesal, y Carlos León como profesor de Filosofía del Derecho. De derecho civil daba clase también Sergio Fuenzalida Puelma (1918-2001), conocido por un trabajo sobre la responsabilidad contractual por el hecho de terceros, y a quien se debe un interesante y novedoso libro sobre el trust o fideicomiso estadounidense publicado en 1963 por la editorial creada por Pescio y de la que enseguida se hablará. Además, la Escuela de Valparaíso recibió por entonces la visita de destacados juristas extranjeros, como los procesalistas Francesco Carnelutti (1879-1965), Eduardo Couture (1904-1956) y Miguel Fenech (1912-1987), y el penalista Giuseppe Bettiol (1907-1982).

Como fuere, el hecho más importante de la gestión como director de Victorio Pescio fue la construcción del edificio ubicado en Avenida Errázuriz N°2120. El origen de este proyecto surge como reacción a un deseo que podría haber cambiado radicalmente el curso de las cosas. El presidente Juan Antonio Ríos había considerado la posibilidad de cerrar la Escuela de Valparaíso fundada en la necesidad de hacer ahorros en la Administración del Estado. Pescio no se quedó inmóvil ante esta posibilidad: escribió un magnífico artículo satírico y emprendió de inmediato lo que se convertiría

51 ALCALDE (2022).

en su “gran tarea”⁵². Para él no había otra opción: la Escuela debía contar con un edificio propio, que estuviese a la altura de cualquier universidad consolidada.

Si bien el anuncio se hizo en 1945 por parte del rector Juvenal Hernández, las obras del edificio comenzaron tres años después⁵³. El lugar elegido personalmente por el director en el corazón del barrio Almendral es una manzana en punta de diamante situada en la intersección de las calles Blanco, Freire, General Cruz y Errázuriz, que tiene una inmejorable vista hacia el Océano Pacífico. En su calidad de presidente de la Junta Constructora de dicho edificio, tomó el proyecto como algo propio, trabajando mancomunadamente con el ingeniero calculista Carlos Mori, quien llegó a ser decano de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas y director de la Escuela de la Arquitectura de la Universidad de Chile. Los planos y la maqueta fueron diseñados por el arquitecto Enrique Marchetti Rolle (1910-2000), a quien también se debe el Observatorio Nacional de Cerro Calán, entre otras obras. En la maqueta original de lo que se denominó “Ciudadela Universitaria” se pensaba que funcionarían la Escuela de Derecho, de Servicio Social y los Cursos de Verano y Posgraduados. El edificio contemplaba tres pisos, con un frente de alrededor de cien metros por calle Errázuriz, mirando al mar, que albergaría también oficinas administrativas, dormitorios para internos, un comedor y un gimnasio.

Los esfuerzos que Pescio tuvo que llevar a cabo para concluir las obras fueron arduos. Promovió cuatro leyes para conseguir los fondos necesarios para sacar adelante la construcción y supervisó personalmente los trabajos (leyes 7235, 8609, 9408 y 9637)⁵⁴. El resultado fue impresionante. Aunque hay una semejanza con el modernismo presente en la Facultad de Derecho

52 El artículo se titula “La Escuela de Derecho de Valparaíso” y fue publicado en los *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales*, vol. 11, N°40-43 (1945), pp. 9-12.

53 En la literatura citada en la nota 41 hay mayores referencias sobre el edificio de la Escuela y su construcción. Véase asimismo PEDRALS (2010).

54 VERGARA (2016), p. 950.

de la Universidad de Chile, obra del arquitecto Juan Martínez Gutiérrez (1901-1976) e inaugurada en 1938, el edificio de Escuela de Valparaíso era mucho más vanguardista y desafiante⁵⁵.

La estructura tiene una fachada cubierta en su totalidad por mosaicos traídos de Génova, con cristales belgas, y contaba con una piscina, jardines, oficinas, salas de clases y de conferencias, un bar para los profesores, un centro de atención médica y dental y una residencia para el director de la Escuela con un acceso independiente por calle Blanco. Con una superficie de 6536 metros cuadrados construidos, el edificio comprendía tres cuerpos: el principal, como sede de la Escuela de Derecho; el segundo, para los cursos universitarios de temporada y en que se albergó la obra de extensión universitaria, y el tercero, destinado a la Escuela de Servicio Social. Con posterioridad, esta estructura se modificó y se agregó un zócalo, también en hormigón armado, aumentando a cuatro los pisos de la Escuela. Además, existía una cocina y comedores donde se prestaban servicios de restauración para los estudiantes. Había dos pensionados para los alumnos que venían de fuera de la ciudad: “Exequiel Camus” con capacidad para veinte varones, y “Luis Vicuña Suárez”, que podía albergar hasta once mujeres⁵⁶.

Victorio Pescio se ocupó de alhajar el edificio con una importante colección de estatuas y otras obras de arte (entre las que se cuentan algunas debidas a Vincenzo Gemito y Vincenzo Dante), además de proveer a la Escuela de una notable y bien nutrida biblioteca con volúmenes traídos desde el extranjero y adquiridos en Chile. Entre las obras que decoran el edificio destaca el famoso mural “Escena de Valparaíso” del artista Camilo Mori (1896-1973), hijo del ingeniero calculista que había colaborado en el proyecto, situado en una de las escaleras. Se trata de una obra de gran formato y vivos colores en homenaje al puerto, con un ascensor que se recorta sobre el continuo que forman el horizonte y el mar en distintas tonalidades de azul.

55 LARA y ESTAY (2021).

56 Exequiel Camus Valdés fue profesor titular de Derecho romano por más de tres décadas en la Escuela de Derecho de Valparaíso. Luis Vicuña Suárez, su director entre 1931 y 1933, ya ha sido referido en el cuerpo de este trabajo.

Incluso, Pescio diseñó los escudos de la fachada, para dejar en ella su sello, siguiendo el ejemplo de los albañiles medievales, y aseguró un derecho de vista para que desde su Escuela siempre se pudiese ver el mar.

Para Pescio, el más importante texto con el que contaba la Escuela era el mosaico sobre la conspiración de Catilina, situado en un lugar preferente del edificio⁵⁷. En él aparece Cicerón formulando su clásica amonestación: “¿Hasta cuándo abusarás, Catilina, de nuestra paciencia? ¿Hasta cuándo esta locura tuya seguirá riéndose de nosotros? ¿Cuándo acabará esta desenfadada osadía tuya?”⁵⁸. Le gustaba decir que la imagen era un recordatorio contra la mudanza de los tiempos. “El orden nunca está asegurado y necesita el esfuerzo de todos. Hasta esta misma Casa [...] puede verse invadida el día de mañana por la anormalidad y la disociación”⁵⁹.

La primera parte del edificio comenzó su funcionamiento en 1952, y cinco años después se sumó el aula magna con capacidad para 600 personas, que hoy lleva el nombre de “Profesor Victorio Pescio Vargas”. La inauguración oficial se produjo en 1961 con un discurso del director de la Escuela acerca de la necesidad de asesoría técnica legislativa para el Congreso, que a veces se ha querido presentar como un alegato contra la clase política⁶⁰. Un vistazo a las memorias que Pescio presentaba a la Universidad de Chile durante esos años da cuenta de la activa vida cultural organizada en el nuevo edificio. En éste se ofrecían conciertos de música clásica y jazz, y se representaban obras de teatro, además de existir torneos de boxeo y fútbol, y un coro.

57 Fraguada por Lucio Sergio Catilina con la intención de tomar el poder en la República Romana en el año 63 a.C. por la vía militar, esta conspiración y se usa como sinónimo del deseo de querer acabar con el orden establecido. El discurso de Cicerón ante el Senado denunciando la trama se ha hecho célebre.

58 CICERÓN, *Catilinarias*, I, 1.

59 PEDRALS (2006), pp. 48-49.

60 CASTAGNETO (2013), p. 134. En un comentario efectuado respecto del manuscrito de este trabajo, Antonio Pedrals explica lo sucedido de la siguiente forma: “Lo que ocurrió fue que Allende, senador por Valparaíso, entendió mal el texto y, con gran aparato gestual, amenazó con retirarse...hasta que [el rector] don Juan Gómez Millas, con su *auctoritas* y sus buenas palabras lo invitó a seguir escuchando. Estamos ante una pieza oratoria de gran equilibrio, basta leerla”.

Como complemento de la formación académica de los estudiantes, la Escuela realizaba seminarios y conferencias impartidas por profesores, senadores o diputados, y también visitas a las cárceles y juzgados.

El edificio pronto se convirtió en un símbolo de la ciudad, lo que explica que, a través del decreto N°137/2004, la Ilustre Municipalidad de Valparaíso haya declarado la Escuela de Derecho como inmueble de conservación histórica. En 2021 se concluyeron las últimas obras de conservación⁶¹.

También por impulso del director, en 1961 se creó la imprenta, bajo el nombre de “Prensas de la Escuela de Derecho”, antecedente del actual sello EDEVAL, que ha hecho aportes relevantes a la literatura jurídica nacional. El primer libro que vio la luz apareció ese mismo año y debe su autoría al propio Victorio Pescio. Se intitula *Comentario acerca de las fuentes de las obligaciones, de la declaración unilateral de voluntad y la teoría del contrato en el Derecho chileno y comparado*. En esa obra “el autor va dibujado con mano segura la biografía de esas figuras fundamentales” del derecho patrimonial, como señala Carlos León en el prólogo que la precede⁶². En 1962 inició sus transmisiones la Radio Valentín Letelier, perteneciente también a la Escuela de Derecho y que hoy es administrada por la Dirección de Extensión y Comunicaciones de la Universidad de Valparaíso. Como se evidencia de la crónica de esos años, Pescio fue un pionero de la proyección de la Universidad hacia la sociedad a través de los medios de difusión entonces disponibles. Incluso llegó a ser presidente de la filial del Club Deportivo Universidad de Chile en Valparaíso.

Pescio fue asimismo un precursor de la internacionalidad universitaria. Por ejemplo, en 1941 viajó en comisión de servicio por la Universidad de Chile a Sao Paulo y Montevideo, y en 1962 participó como profesor invitado del Instituto Belga de Derecho Comparado, donde dictó una conferencia sobre las reglas de Derecho internacional privado en el Código Civil chileno. Eran

61 UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (2020).

62 LEÓN (1976), p. 407.

años en que los viajes, sobre todo intercontinentales, no tenían la frecuencia que han alcanzado en las últimas décadas. Viajar era caro y suponía tiempo. No sólo el director de Escuela se benefició con estas iniciativas. Con los fondos disponibles, los profesores León, Mori, Fuenzalida, Cuevas y Figueroa, entre otros, también realizaron viajes al extranjero. Impulsó asimismo un sistema para becar a estudiantes con el fin de que continuasen con su formación en universidades extranjeras. Fue así como Donald Fox Retting y Juan Guillermo Matus Valencia cursaron estudios de máster en Estados Unidos, incorporándose después como profesores de la Escuela. Esta proyección no se detendría con la salida de Pescio y continuaría en los años sucesivos. Por ejemplo, a fines de la década de 1960 y comienzos de la década de 1970, Antonio Pedrals y Agustín Squella viajaron a España para doctorarse.

5. LA DOCENCIA

Se dice que la docencia es la principal función de la universidad, porque implica la transmisión hacia los estudiantes del saber que el profesor domina, dando origen así a una forma social de convivencia científica. Pescio fue un gran formador, a quien se recordó por muchos años y que dejó en sus alumnos una profunda huella, pese a ser muy exigente en los exámenes. En ellos, el alumno no podía alterar las palabras del código, cambiando una conjunción disyuntiva por una copulativa, ni variar la opinión de los autores que habían escrito sobre tal o cual institución. De inmediato, Pescio interrumpía al estudiante con un “no invente, por favor, señor”⁶³. Con su característica elocuencia, marcada por silencios, ademanes e inflexiones, quizá provenientes de su gusto por la ópera, hacía participar activamente al alumno en la clase. Repitiendo las palabras del maestro, Antonio Pedrals recuerda que se creaba una “dulce beligerancia” entre el profesor y sus estudiantes,

63 PEDRALS (1976), p. 17.

siguiendo esa vieja tradición mayéutica de tantos formadores que comporta el alma de la Universidad (*universitas magistrorum et scholarium*)⁶⁴. Sus clases eran famosas en Valparaíso y en el resto del país.

La preocupación docente de Pescio se observa también en el primer tomo de su *Manual de Derecho civil*, que está dedicado al Título Preliminar del Código Civil y sobre el que se volverá más adelante⁶⁵. El libro comienza con una introducción escrita para la primera edición de 1948, que entraña una suerte de prelucción, vale decir, un presagio o presentación de lo que el profesor quiere que sus alumnos aprendan de la enseñanza de la disciplina durante los tres años de estudios⁶⁶. Ahí se menciona la conveniencia del aprendizaje memorístico de los primeros veinticuatro artículos del Código Civil, que son el núcleo central de su Título Preliminar. Pero también se da una serie de consejos a los futuros abogados, que permanecen vigentes hasta hoy; por ejemplo, la necesidad de estar continuamente actualizado, o el rigor en el uso de la palabra oral y escrita⁶⁷. Decía Pescio con razón: “Una escritura mal redactada, un escrito mal concebido o dispuesto, un alegato confuso, una sentencia redactada defectuosamente, un acta obscura, puede producir los resultados más desastrosos”⁶⁸. A fin de cuentas, el derecho es un entramado muy complejo de decisiones y argumentos⁶⁹, que el abogado debe saber articular con el objeto de persuadir sobre su posición.

El profesor aconsejaba a sus estudiantes que se procurasen las obras de referencia en la materia, tanto las escritas por autores chilenos (especialmente las *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* de Luis Claro Solar, pero también los trabajos monográficos de Arturo Alessandri, Manuel Soma-

64 Ibidem, p. 16. Las Siete Partidas definen la Universidad como el “ayuntamiento de maestros et de escolares que es fecho en algun lugar con voluntad et con entendimiento de aprender los saberes” (2, 31, 1).

65 Véase *infra*, 6.

66 PESCIO (1978), pp. 8-20.

67 Estos consejos recuerdan los “Mandamientos del abogado” que Eduardo Couture publicó en 1949. Ellos pueden ser revisados en el siguiente enlace: <https://www.fder.edu.uy/node/20>.

68 PESCIO (1978), p. 17.

69 ATIENZA (2013), p. 20.

riva o Pedro Lira) como franceses (entre ellos mencionaba a Marcel Planiol, Gabriel Baudry-Lacantinérie y Joseph Hémar). Les insistía asimismo en la necesidad de no olvidar que el derecho tenía que estar interconectado y que la excesiva especialización puede ser funesta. Más importante todavía era su consejo de que el derecho es una ciencia práctica, porque su realización se plasma en la vida social. A fin de cuentas, decía, “el Derecho, en general, está constituido por una serie de normas que no son otra cosa que dictados del buen sentido, de la sana y simple razón”⁷⁰. Su consejo era claro: “el estudiante de Derecho civil debe [...] tratar de situarse en la vida misma y, desde luego, en el momento actual”⁷¹. Por eso, sugería leer novelas y versos, porque ellos son un reflejo del alma humana con la que el jurista práctico debe trabajar. Algo similar aconsejaba en 1954 el juez estadounidense Felix Frankfurter (1882-1965) a un adolescente que le inquiría sobre la preparación para seguir esta carrera: “La mejor manera de prepararte para el estudio del derecho es convertirte en una persona culta”⁷².

A quien se incorporaba a la docencia, Pescio le recordaba que la vida académica era cruel y que había que ser sencillo, sin creerse nunca profesor⁷³.

6. LA OBRA JURÍDICA, CON ESPECIAL ATENCIÓN AL MANUAL DE DERECHO CIVIL

Además del opúsculo ya mencionado sobre la vecindad publicado en 1952 y del trabajo entregado para inaugurar la editorial en 1961, Pescio publicó también durante su época de director de la Escuela de Derecho dos breves artículos en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, uno de corte teórico y otro con enfoque práctico, escritos contemporáneamente. Se trata de “Nociones elementales de la teoría del negocio jurídico”⁷⁴ y “La acción

70 PESCIO (1978), p. 11.

71 Ibidem, pp. 11-12.

72 La carta está transcrita en SUTRO (1966), p. 2.

73 PEDRALS (2006), p. 48.

74 PESCIO (1951).

resolutoria ejercitada por uno de los herederos del vendedor”⁷⁵. En el tomo XXX (1963) de la *Revue de Droit international et de Droit comparé* se incluye su trabajo intitulado “Les règles de droit international privé dans le Code chilien”, que había sido expuesto como ponencia en un congreso organizado por el Instituto Belga de Derecho Comparado durante el año anterior, ya referido⁷⁶. Muchos años después, con ocasión 90º aniversario de la Escuela de Derecho de Valparaíso, vería la luz un trabajo sobre la responsabilidad contractual por el hecho ajeno en el derecho chileno y comparado, escrito en coautoría con Juan Guillermo Matus, quien fue su alumno y, más tarde, siguió sus pasos como profesor de derecho civil⁷⁷. En la bibliografía de Victorio Pescio incluida en los estudios en su homenaje publicados en 1976 se menciona un trabajo inédito sobre la dogmática de la obligación, cuya suerte desconocemos⁷⁸. Probablemente se trataba de un ensayo similar al dedicado a las fuentes de las obligaciones y la declaración unilateral de voluntad, puesto que constituye su necesario complemento introductorio. Debe de haber sido algo parecido al libro intitulado *L’obbligazione: la parte generale delle obbligazioni* (1951), de Michele Giorgianni (1915-2003), que fue publicado en castellano por la Editorial Bosch en 1958 con traducción de Evelio Verdera y Tuells (1925-2000) y tuvo en su época bastante difusión⁷⁹. Antonio Pedrals señala que existen algunos otros textos que han permanecido inéditos⁸⁰.

Con todo, la principal obra jurídica de Victorio Pescio fue su inconcluso *Manual de Derecho civil*, con la que dejó huella en ese género en Chile⁸¹. En ese verdadero programa de enseñanza que abre el primer tomo, su autor expresaba que el *Curso* de Alfredo Barros Errázuriz (1875-1968), dividido en cinco volúmenes en su versión definitiva publicada por la Editorial Nas-

75 PESCIO (1952).

76 PESCIO (1963).

77 PESCIO y MATUS (2002).

78 QUINTANILLA (1976), pp. 23-24. La obra mencionada figura al final de la p. 24.

79 El autor volvería sobre lo escrito hacia finales del siglo XX, haciendo un balance retrospectivo de la regulación del Código Civil italiano de 1942. Véase GIORGANNI (2003).

80 Se trata de uno de los comentarios hechos por Antonio Pedrals al manuscrito de este trabajo.

81 CORRAL (2018), p. 85.

cimiento entre 1930 y 1932, era “una excelente paráfrasis del Código Civil”; pero lamentablemente no se podían utilizar “sus admirables cualidades didácticas”, porque “su última edición se encuentra atrasada”⁸². Quizá para salvar ese vacío emprendió la labor de redactar un manual propio que expusiera el programa completo de la asignatura, que se impartía por entonces en cuatro años⁸³. Para cumplir con ese propósito y escribir tenía que quitar tiempo a otras ocupaciones, siempre múltiples y demandantes. Los domingos era el día que reservaba para redactar los borradores a máquina y, cuando tenía que alegar en un juicio, prácticamente no dormía para concluir la parte en la que se había propuesto avanzar.

La publicación de los manuales está estrechamente vinculada al surgimiento de la Editorial Jurídica de Chile y a la función que ésta ha desempeñado respecto de la difusión de los textos literarios sobre el derecho. Ella fue creada en 1945 gracias a un acuerdo entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Biblioteca del Congreso Nacional, siéndole conferida personalidad jurídica independiente merced a la ley 8737, de 6 de febrero de 1947. Entre sus cometidos fundacionales se contaba la publicación de una colección de manuales jurídicos, que diese a los profesores la posibilidad de ofrecer a sus alumnos unos “textos reducidos y sistematizados [con] los conceptos fundamentales en que se inspiran sus lecciones”, permitiendo así que los estudiantes contasen con “un esquema que les muestre de forma ordenada y elementos las principales imágenes” del trabajo investigador de sus profesores⁸⁴. Aunque en estos setenta años el formato y el diseño han cambiado, dichos manuales se publican hasta hoy y están numerados.

82 PESCIO (1978), p. 18.

83 Desde 1935, la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile contaba con un plan de estudios rígido que se prolongaría hasta el año 1966, siendo restablecido en 1975. Ese plan había recibido algunos ajustes aprobados en 1943 y 1950. La asignatura de derecho civil se impartía en tres cursos anuales, situados en el segundo, tercer y cuarto año de la carrera, los que se complementaban con un ramo profundizado en quinto año. Cfr. MARSHALL (1954), pp. 91-92, y la nota 44.

84 Las citas están tomadas de una página inicial que se insertaba por aquellos años en los libros de la Editorial Jurídica de Chile, donde se explican “las cuatro Colecciones” que componían su catálogo: manuales jurídicos, estudios jurídicos y sociales (monografías), apuntes de clases y memorias de licenciados. Al final de esa página se insertaba las iniciales del Decano de la

El primer tomo del *Manual* de Victorio Pescio lleva el N°3, pero fue publicado antes por la Editorial Nascimento en 1948. Ese primer tomo comprende el estudio del Derecho en general y la teoría de la ley, con especial énfasis en el análisis del Título Preliminar del Código Civil. La serie impresa por la Editorial Jurídica de Chile se inicia con el libro signado con el N° 5, que corresponde al tomo II del *Manual* de Pescio. Versa sobre la Teoría general de los actos jurídicos y la Teoría general de la prueba. Más tarde se editarían el tomo III, dedicado a las personas, los bienes y la propiedad (manual N° 22), y el tomo IV sobre copropiedad, propiedad horizontal y posesión (manual N°44). Los cuatro tomos tuvieron varias ediciones posteriores con la misma casa editorial, la última de ellas en 1978.

Hacia el final de su vida, ya retirado de la Universidad, Pescio contó a alguno de sus cercanos que tenía el propósito de completar sus manuales y editarlos bajo la forma definitiva de un tratado elemental, género tan caro a la doctrina francesa⁸⁵. Pero la muerte le sobrevino en 1968 cuando se encontraba escribiendo la parte dedicada a los modos de adquirir el dominio, que EDEVAL publicó de forma póstuma en 1984⁸⁶. Correspondió al profesor Aldo Topasio Ferretti cuidar la edición, que se hizo a partir de una borrosa copia en papel carbón encontraba entre los papeles de Pescio cuando llegó el momento de desocupar su casa del Cerro Alegre, hoy desaparecida⁸⁷. Aunque el proyecto de completar la serie de manuales quedó inconcluso con su muerte, y quizá de manera inconsciente, la posta la había tomado su socio y colega Ramón Meza Barros, quien desde 1949 comenzó a publicar unos conocidos manuales dedicados a la teoría general de las obligaciones, las fuentes de las obligaciones, el derecho de familia y el derecho sucesorio, que se siguen reeditando hasta hoy. Se trata de dos proyectos independientes y con una aproximación distinta de lo que debe ser un manual pensando con

Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Entre 1946 y 1951, el decano fue Raimundo del Río Castillo (1884-1965), profesor de Derecho penal y ministro de Educación Pública en 1941, autor de un manual de la disciplina en tres tomos.

85 PEDRALIS (1984), p. VII.

86 PESCIO (1984).

87 Sobre este profesor fallecido en 2019, véase DOUGNAC (2021).

enfoque docente, pero que de alguna manera se acabaron cruzando entre sí: Ramón Meza cubrió aquellos temas que Pescio no tocó y entre ambos completaron el programa completo de derecho civil.

Vista en perspectiva, se trata de una colección de cuatro libros notables y muy distintos a la producción manualística de la época. Álex Varela Caballero (1901-1981), quien se incorporó a la Escuela de Valparaíso el mismo año que Pescio como profesor de derecho administrativo, dice de ellos: “Son textos completísimos, en cuyas páginas resplandecen los conocimientos, la erudición, las explicaciones magistrales, que revelan, más que al abogado, al jurista y cuyas notas marginales se leen, además, con tanto interés como las claras páginas del texto, porque acude en ellas, de continuo, al Derecho comparado para hacer, con intención constructiva, la crítica del Derecho patrio”⁸⁸.

Mucho se podría agregar sobre esas singulares obras de Victorio Pescio lamentablemente inconclusas, pero basta con tres ideas para finalizar este breve análisis.

Primeramente, si se revisa el *Manual* de Pescio, se constata que se trata de un libro bastante notable en distintos aspectos. Uno de ellos es que rompe la hegemonía del derecho francés, que hasta el momento había predominado en la doctrina chilena con algunas consecuencias poco felices⁸⁹. Por cierto, hay citas de autores franceses y, como se ha dicho, sus principales autores (Planiol, Baudry-Lacantinérie y Hémard) vienen referidos en la nota introductoria del primer volumen; pero también hay alusiones a otra literatura, incluido al entonces poco conocido derecho inglés. Resulta especialmente reseñable el recurso al derecho italiano, que por esos años vivía una importante modernización debido al proyecto de Código de las Obligaciones

88 VARELA (1976), p. 410.

89 DOMÍNGUEZ (2005).

francoitaliano (1928) y, sobre todo, al difundido Código Civil (1942), que unificó el derecho privado recogido hasta entonces en dos códigos decimonónicos: el Código Civil (1865) y el Código de Comercio (1882)⁹⁰.

En segundo lugar, el *Manual* de Pescio no se queda en una exposición meramente teórica, sino que se proyecta hacia la práctica, que el autor conocía a la perfección debido a su activo ejercicio forense. Un ejemplo puede ilustrar esta conexión del derecho legislado con los hechos, que comportan la primera dimensión del fenómeno jurídico. En el tomo IV, a propósito de la valoración del sistema inmobiliario establecido en Chile por el Código Civil y el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, Pescio se pregunta por qué éste no había tenido el alcance que debería, toda la fuerza que Bello quería al hacer indivisible la tríada propiedad, posesión e inscripción⁹¹. La respuesta es perfecta desde el punto de vista técnico: el Registro inmobiliario, para haber cumplido sus fines, tenía que estar aunado con un catastro administrativo, que nunca se conformó⁹². La razón es que, pese a adoptar el modelo austríaco⁹³, que suponía la existencia de un catastro y un sistema registral de folio real, en Chile el Registro inmobiliario se fue haciendo camino al andar y sobre la base de inscripciones que seguían la técnica del folio personal, sin correlato con un levantamiento cartográfico mayor de acorde con la división política del país⁹⁴. Organizar un catastro sigue siendo una tarea pendiente y necesaria⁹⁵.

En fin, el *Manual* de Pescio se destaca por un estilo elegante y, a veces, por una fina ironía en las explicaciones. Ambas características son un trasunto del estilo que autor cultivó tanto en el foro como en la academia.

90 Véase, en general, GRAZIADEI (2014). HINESTROSA (2015) estudia la influencia de este derecho en Colombia.

91 Mensaje del Código Civil, § 22.

92 PESCIO (1958), pp. 367- 368.

93 ALCALDE (2019a), pp. 37- 44.

94 ALCALDE (2019b). Sobre el catastro en Chile, véase ÁLVAREZ (2014) y CATTANEO (2019).

95 PEÑAILILLO (2019), pp. 790-791.

De hecho, todavía hoy, su lectura es de mucho provecho, y se aprende de ese gran maestro que tuvo la Escuela de Derecho de Valparaíso, ausente ya desde hace sesenta años de los claustros universitarios.

7. UN POEMA COMO CIERRE Y HOMENAJE

Las líneas precedentes se ofrecen en homenaje a la trayectoria y legado de Victorio Pescio Vargas, un notable profesor que supo renovar desde Valparaíso el derecho civil chileno y dejó en éste una profunda huella. De sus múltiples quehaceres, su mayor obra fue la construcción de la Escuela de Derecho de dicha ciudad. Antonio Pedrals describe esa tarea con estas palabras: “el gran legado de don Victorio fue el edificio ‘en pleno funcionamiento académico’, o algo así, pues su ‘construcción’ fue en verdad múltiple: lo material y la organización más el impulso a la Escuela propiamente tal. En realidad, don Victorio mostró, con hechos, que, a pesar de todos los pesares, pueden hacerse cosas en ‘la provincia de una provincia’”⁹⁶.

De manera más suscita, los principales hitos de su vida y obra ha quedado plasmados en un poema de Gonzalo Villar Bordones escrito en 2015. A continuación, y como cierre de este trabajo, se transcribe su texto:

*Negación de Victorio Pescio Vargas*⁹⁷

Gonzalo Villar Bordones

Don Victorio Pescio nunca alegó en nuestra Corte.

No estuvo su luz en este barco de azulejos.

No creó a partir de su fuerza.

Jamás habló de vecindades y abejas.

No fue enterrado como disidente.

Jamás se alzó en nombre de la Universidad de Chile.

96 Se trata de uno de los comentarios hechos por Antonio Pedrals al manuscrito de este trabajo.

97 VILLAR (2015).

No enseñó a maestros.
No fue exigente.
No pudo llegar a Roma.
No quedó huella de su existencia.

Él nunca estuvo insomne antes de herir con su palabra.
Jamás fue expulsado de su Escuela.
No hizo la defensa de Eduardo Grove.
No fue gigante en su diferencia.
Nunca extendió su espíritu.
No fundó la radio.
No creció en su muerte.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALDE SILVA, Jaime (2022): “Arturo Alessandri Rodríguez y el nacimiento de la doctrina científica en Chile”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción* (N°40), pp. 1-15.

ALCALDE SILVA, Jaime (2019a): “Notas para una relectura del sistema de propiedad raíz en el Derecho chileno”, en: DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.), *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 33-64.

ALCALDE SILVA, Jaime (2019b): “¿Y si se comienza por un catastro inmobiliario?”, en: *Estado Diario*. Disponible en <https://estadodiario.com/al-aire/y-si-se-comienza-por-un-catastro-inmobiliario/> [fecha de última consulta: 15.08.2021].

ÁLVAREZ CORREA, Lily (2014): *Catastro de propiedad en Chile: origen y evolución*. Tesis para optar al grado de doctor, Facultad de Geografía e Historia, Universidad de Barcelona, (inédita).

ANÓNIMO (2023): “Ramón Meza Barros”, en: Revista del Abogado (N°84), p. 59.

ANNUNZIATA, Filippo y COLOMBO, Giorgio Fabio (2018): Law and Opera (Heidelberg, Springer).

ARANCIBIA HURTADO, Camilo (s.d.): Ramón Meza Barros (1912-1980) (Valparaíso, Grupo de Rescate del Patrimonio Cultural. Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso).

ATIENZA, Manuel (2013): Curso de argumentación jurídica (Madrid, Trotta).

BRAVO LIRA, Bernardino (1992): La universidad en la historia de Chile. 1622-1992 (Santiago, Pehuén).

BRAVO LIRA, Bernardino (1998): “Estudios de Derecho y cultura de abogados en Chile 1758-1998: tras la huella del *ius commune*, la codificación y la descodificación en el Nuevo Mundo”, en: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (vol. XX), pp. 85-106.

CAMPOS HARRIET, Fernando (1960): Desarrollo educacional: 1810-1960 (Santiago, Editorial Andrés Bello).

CASTAGNETO, Piero (2013): El Valparaíso de los escritores (Santiago, RIL Editores).

CATTANEO ESCOBAR, Isaías (2019): “El catastro: orígenes del impuesto a la renta en Chile”, en: Revista Chilena de Historia del Derecho (N°25), pp. 213-263.

CORONADO CONTRERAS, Laura (2021): 12 óperas para conocer el derecho (Barcelona, Bosch).

CORRAL TALCINI, Hernán (2018): *Curso de Derecho civil. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters).

CORREA GUTIÉRREZ, Héctor, y GROVE HUIDOBRO, Carolina (2009). “Eduardo Grove Vallejo, hombre de su tiempo y alcalde de Viña del Mar”, en: *Revista Archivum* (vol. X, N°11), pp. 39-50.

DÍAZ AGUAD, Alfonso (2017): *Ser inmigrante entre el Sama y el Loa (1880-1970): Integración económica y social en un espacio de frontera* (Arica, Ediciones de la Universidad de Tarapacá).

DÍAZ AGUAD, Alfonso y BUSTOS GONZÁLEZ, Raúl (2021): “Notas preliminares para el estudio de la relación entre los inmigrantes italianos y el Estado de Chile en Tacna y Arica (1880-1929)”, en: *Revista de Historia* (Concepción) (vol. 28, N°1), pp. 124-145.

DÍAZ GALLARDO, Carlos (s.d.): “La Colonia Italiana en Tacna (1850-1918)”, en: *Italianos en Chile*. Disponible en <http://www.italianosenchile.cl/tacna.html> [fecha de última consulta: 2.08.2023].

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). “La influencia de la doctrina francesa en el Derecho chileno”, en: PIZARRO WILSON, Carlos y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (eds.), *Cuadernos de Análisis Jurídico*, t. II: *De la codificación a la descodificación* (Santiago, Fundación Fernando Fueyo), pp. 61-80.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (2021): “Antonio Topasio Ferreti”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* (N°26), pp. 869-872.

ERRÁZURIZ TAGLE, Javiera (2019): “Las juezas/madres. Una historia de la feminización de la Justicia de Menores en Chile, 1928-1968”, en: *Intus-Legere Historia* (vol. 13, N°1), pp. 161-183.

ESTRADA TURRA, Baldomero (2016): *Historia de la Escuela y de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 1894-2014* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

GIORGIANNI, Michelle (2003): “La ‘parte general’ de las obligaciones a 50 años de la entrada en vigor del Código Civil italiano”, en: *Advocatus* (Nº9), pp. 175-194.

GRAZIADEI, Michele (2014): “L’influenza del diritto privato italiano in Europa”, en: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, pp. 307-338.

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2019): “La evolución jurídica”, en: SILVA VARGAS, Fernando y VARGAS CARIOLA, Juan Eduardo (eds.), *Historia de la República de Chile, vol. 2: La búsqueda de un orden republicado (1826-1881)* (Santiago, Ediciones UC), pp. 183-224.

GUZMÁN ESCOBAR, Óscar (1961): *La Escuela de Derecho de Valparaíso. Semblanza histórica 1911-1961. Homenaje a sus cincuenta años de existencia* (Valparaíso, Mercantil).

HERRERA FLOODY, Ricardo (2010): *Centenario de 1910: Provincias y comunas de Chile* (Santiago, Biblioteca Nacional de Chile).

HINESTROSA FORERO, Fernando (2015): “Nota sobre el Derecho italiano de los contratos en el Derecho colombiano”, en: *Revista de Derecho Privado* (Nº28), pp. 3-9.

LARA ASPEE, Carlos y ESTAY CORNEJO, Paulina (2021): “El paisaje de la Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso”, en: *Revista Márgenes* (vol. 14, Nº20), pp. 42-51.

LEGÚAS CONTRERAS, Brus y LOYOLA LOYOLA, Ricardo (2017): “¿En qué está la historia regional? El caso de las investigaciones de la conquista hispana sobre Quillota y la expansión del arte de mosaicos desde Valparaíso”, en: Boletín Histórico (año VI, N°XX), pp. 45-72.

LEÓN ALVARADO, Carlos (1976): “Prólogo”, en: QUINTANILLA, Álvaro (ed.), Estudios de derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio (Valparaíso, EDEVAL), pp. 407-408.

LEÓN ALVARADO, Carlos (2004a): “Semblanza de un jurista”, en: Obras completas (Santiago, Alfaguara), pp. 415 y ss.

LEÓN ALVARADO, Carlos (2004b): “Auge y caída de un director”, en: Obras completas (Santiago, Alfaguara), pp. 714 y ss.

LOYOLA LOYOLA, Ricardo (2015): Brevísimos apuntes acerca de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile de Valparaíso (Valparaíso, Ediciones de la Academia de Historia y Geografía de la Región de Valparaíso).

MARSHALL SILVA, Enrique (1954): Leyes, decretos y reglamentos de la Universidad de Chile (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile), tomo II.

MARTÍN, Sebastián (2012): “Dilemas metodológicos y percepción histórico-jurídica de la biografía del jurista moderno”, en: CONDE NARANJO, Esteban (ed.), Vidas por el Derecho (Madrid, Dykinson), pp. 11-58.

MELLAFE, Rolando; REBOLLEDO, Antonia y CÁRDENAS, Mario (1992): Historia de la Universidad de Chile (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile).

MORALES, Guillermo; GAJARDO, Samuel; LEA PLAZA, Hugo y VILA, Waldo (1946): Homenaje al profesor Sr. Luis Vicuña Suárez (Santiago, Prensas de la Universidad de Chile).

MUÑOZ LEÓN, Fernando (2021): Introducción a la Historia del Derecho chileno (Santiago, DER Ediciones).

OTTONE FERNÁNDEZ, Ernesto (2021): El viejo puerto: Un ejercicio de memoria (Santiago, Catalonia).

PAOLINELI MONTI, Ítalo (1976): “Una deuda de gratitud”, en: QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro (ed.), Estudios de derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio (Valparaíso, EDEVAL), pp. 9-12.

PEDRALS, Antonio (1976): “Don Victorio Pescio”, en: QUINTANILLA PERÉZ, Álvaro (ed.), Estudios de derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio (Valparaíso, EDEVAL), pp. 13-22.

PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR, Antonio (1980): “Prólogo”, en: MEZA BARROS, Ramón, Responsabilidad civil (Valparaíso, EDEVAL), pp. 7-27.

PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR, Antonio (1984): “Este libro de don Victorio”, en: PESCIO VARGAS, Victorio, Los modos de adquirir el dominio (Valparaíso, EDEVAL), pp. VII-X.

PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR, Antonio (2006): Ensayo de serenidad. El profesor universitario en el mundo actual (Valparaíso, EDEVAL).

PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR, Antonio (2010): “El pentágono del Almendral, visto por sus cronistas”, en: ESTRADA TURRA, Baldomero (ed.), Valparaíso. Desarrollo urbano a través de los siglos XIX y XX (Santiago, RIL Editores), pp. 39-54.

PEDRALS, Antonio; NAVARRO, Horacio y TOPASIO, Aldo (1982): La Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso (Valparaíso, EDEVAL).

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019). Los bienes: la propiedad y otros derechos reales, 2ª ed. (Santiago, Thomson Reuters).

PEREZ COFRÉ, Samuel y ROZA SCHUFFENEGERS, Sandra (2015): La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción 1865-2015 (Concepción, Ediciones de la Universidad de Concepción).

PESCIO VARGAS, Victorio (1951): “Nociones elementales sobre la teoría del negocio jurídico”, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia (t. XLVIII), pp. 13-18.

PESCIO VARGAS, Victorio (1952): “La acción resolutoria ejercitada por uno de los herederos del vendedor”, Revista de Derecho y Jurisprudencia (t. XLIX), pp. 88-91.

PESCIO VARGAS, Victorio (1958): Manual de Derecho civil, t. IV (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PESCIO VARGAS, Victorio (1963): “Les règles de droit international privé dans le Code chilien”, en: Revue de Droit international et de Droit comparé (vol. XXX), pp. 181-191.

PESCIO VARGAS, Victorio (1976): “Alegato en juicio Universidad de Chile con Gormaz”, en: QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro (ed.), Estudios de Derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio (Valparaíso, EDEVAL), pp. 327-367. Existe también como folleto, con el título de “Universidad de Chile con Osvaldo Gormaz sobre comodato precario. Alegato pronunciado por el abogado patrocinante de la Universidad, Sr. Victorio Pescio V., ante

la Primera Sala de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso” (Valparaíso, Imprenta Victoria, 1953). El autor agradece al Prof. Antonio Pedrals García de Cortázar por el envío de un ejemplar de dicho folleto.

PESCIO VARGAS, Victorio (1978): *Manual de Derecho civil, t. I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PESCIO VARGAS, Victorio (1984): *Los modos de adquirir el dominio* (Valparaíso, EDEVAL).

PESCIO VARGAS, Victorio y MATUS VALENCIA, Guillermo (2002): “La responsabilidad contractual por el hecho ajeno en el derecho chileno y comparado e italiano”, en: UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (ed.), *90 años de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso* (Valparaíso, EDEVAL), pp. 239-261.

QUINTANILLA PERÉZ, Álvaro (1980): “Recuerdo de Ramón Meza Barros”, en: MEZA BARROS, Ramón, *Responsabilidad civil* (Valparaíso, EDEVAL), pp. 29-40.

QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro (ed.) (1976): *Estudios de Derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio* (Valparaíso, EDEVAL).

SALINAS CAÑAS, Sergio (2016): *Jaime Galté* (Santiago, Grupo de Estudios Jaime Galté).

SQUELLA NARDUCCI, Agustín (1976): “Don Victorio Pescio Vargas”, en: QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro (ed.), *Estudios de Derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio* (Valparaíso, EDEVAL), pp. 413-415.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín y LOYOLA LOYOLA, Ricardo (2011): *Breve historia ilustrada. Escuela de Derecho. Universidad de Valparaíso* (Valparaíso, EDEVAL).

SUTRO, John (1966): “The Good Lawyer”, en: Santa Clara Lawyer (vol. 7, N°1), pp. 1-6.

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (ed.) (2002): 90 años de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso (Valparaíso, EDEVAL).

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (2014): “De Victorio para Victorio. La obra de un soñador”, en: Universidad de Valparaíso (sitio web institucional). Disponible en <https://pdn.uv.cl/?id=5888> [fecha de última consulta: 15.08.2021].

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (2020): “Obras de conservación del tradicional edificio de Derecho UV entran en su etapa final”, en: Universidad de Valparaíso (sitio web institucional). Disponible en <https://uv.cl/archivo-noticias-uv/11827-obras-de-conservacion-del-tradicional-edificio-de-derecho-uv-entran-en-su-etapa-final-11827> [fecha de última consulta: 3.08.2023].

URIBE ECHEVERRÍA, Catalina (2010): “El cuerpo presente de Jaime Galté Carré: entre el positivismo y la voz de los muertos”, en: Revista Chilena de Literatura (noviembre), 42 pp.

VALDÉS PUGA, Enrique (ed.) (1985): Historial del Ejército de Chile, t. X (Santiago, Talleres Gráficos del Instituto Geográfico Militar).

VALDIVIESO LOBOS, Leonardo (2005): Historia de la cátedra de Derecho civil en la Universidad de Chile. Texto, cátedras y catedráticos (memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, inédita).

VALLE SILVA, Javier (2006a): “Ramón Meza Barros”, en: Revista de Ciencias Sociales (N°51), pp. 453-456.

VALLE SILVA, Javier (2006b). “Victorio Pescio Vargas”, en: *Revista de Ciencias Sociales* (N°51), pp. 449-452.

VARELA CABALLERO, Alex (1976): “Don Victorio Pescio Vargas”, en: QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro (ed.), *Estudios de Derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio* (Valparaíso, EDEVAL), pp. 409-412.

VERGARA ROJAS, Manuel (2016): *El Curso Fiscal de Leyes de Valparaíso. Desde los cursos libres hasta la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales (1878-1934). La primera época de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso* (Viña del Mar, edición privada, dos tomos).

VERGARA ROJAS, Manuel (2017): “Inicio de la enseñanza profesional del Derecho en Valparaíso. La Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* (N°25), pp. 349-363.

VERGARA ROJAS, Manuel (2020): “La sede de Valparaíso de la Universidad de Chile (1968-1981). Preludio de la Universidad de Valparaíso”, en: *Ser y Tiempo. Revista de Historia de América* (N°1), pp. 73-99.

VILLAR BORDONES, Gonzalo (2015): “Negación de Victorio Pescio Vargas”, en: *Crece en Unión* (blog personal). Disponible en <http://www.crecersindios.com/2015/12/negacion-de-victorio-pescio-vargas.html> [fecha de última consulta: 29.12.2021].

VV. AA. (1953): *Diccionario biográfico de Chile*, novena edición (Santiago, Empresa Periodística de Chile).

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN POR IMPRUDENCIA: POSIBILIDAD Y LÍMITES BAJO EL CÓDIGO PENAL CHILENO¹⁻²

PRINCIPAL AND ACCESSORY INTERVENTION BY NEGLIGENCE: POSSIBILITY AND LIMITS UNDER THE CHILEAN PENAL CODE


Diego González Lillo*

Resumen

La doctrina chilena tradicionalmente ha descartado la distinción entre autoría y participación por imprudencia, aun cuando sin asumir propiamente un sistema unitario de autor. En este trabajo se critica la tesis tradicional, favoreciendo un único modelo diferenciador, aplicable tanto al injusto doloso como al injusto imprudente. Sobre esta base, se aborda con detalle su compatibilidad con la forma a través de la cual el Código penal chileno describe las modalidades de autoría y de participación. El artículo cierra con

1 Artículo recibido el 16 de agosto de 2023 y aceptado el 03 de noviembre de 2023.

2 El desarrollo de este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11230951, del que el autor es investigador responsable. Un borrador preliminar y considerablemente más breve de este trabajo fue presentado como ponencia en las XVIII Jornadas Chilenas de Derecho penal y Ciencias penales, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Por las preguntas y observaciones formuladas durante y tras dicha actividad, agradezco a las profesoras y profesores asistentes. Asimismo, quisiera agradecer a las/os evaluadoras/es anónimas/os por las pertinentes sugerencias formuladas. Finalmente, vaya también mi agradecimiento a Mauricio Menares Hernández, profesor ayudante del Departamento de Ciencias penales de la Universidad de Valparaíso, por los útiles comentarios que efectuara al presente trabajo.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor adjunto de Derecho penal, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Investigador del CIFDE-UV.  0009-0006-5335-0815. Dirección Postal: Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: diego.gonzalezli@uv.cl

un examen de la función y alcance del sistema incriminatorio de *numerus clausus* que el Código penal chileno adopta para los hechos imputables a imprudencia, resaltando sus consecuencias de cara a la punibilidad de la participación imprudente.

Palabras clave

Autoría y participación, imprudencia, *numerus clausus*, Código penal chileno.

Abstract

Chilean criminal law theorists have traditionally ruled out the difference between principal and accessory intervention by negligence, although without adopting a unitary system as such. In this paper, the traditional thesis is criticized, defending instead a single, differentiated system that applies to both knowledge and negligence as forms of *mens rea*. On this basis, its compatibility with how the Chilean Penal Code describes principals and accessories is discussed in detail. The paper closes with a review of the function and scope of the *numerus clausus* system that the Chilean Penal Code adopts for negligent wrongful offences, highlighting its consequences for the criminal liability of negligent complicity.

Keywords

Principal and accessory intervention, negligence, *numerus clausus*, Chilean Penal Code.

1. CARACTERIZACIÓN DE LA POSICIÓN TRADICIONAL EN LA DOCTRINA CHILENA

La doctrina chilena —y, con ella, también la jurisprudencia— tradicionalmente ha descartado la posibilidad de distinguir entre modalidades de autoría y de participación en hechos imputables a título de imprudencia. Aunque no sea en absoluto aventurado asociar dicho estado de cosas con las dificultades que entraña el intento de compatibilizar algunos de los presupuestos básicos

de la teoría del dominio del hecho con el injusto imprudente³ —teoría que ha gozado y sigue gozando de una amplia adhesión en el medio local⁴—, a nivel general, puede identificarse al menos dos clases de argumentos que impedirían la aplicación de un modelo diferenciador. Por una parte, dificultades de índole estrictamente técnicas, relativas a la estructura misma del injusto imprudente y, en su caso, a la de algunas modalidades de intervención delictiva; por otra, ciertas disposiciones a partir de las cuales se concluiría que, bajo el Código penal chileno (en lo sucesivo, CP), las variedades de autoría y de participación se hallarían disponibles únicamente tratándose de hechos imputables a título de dolo. A continuación se ofrece una síntesis de tales postulados.

Dentro de la primera clase de argumentos anticipados, uno de los principales es aquel según el cual quien, mediante la infracción del cuidado debido, colabora con su comportamiento a la realización del hecho, ya por esa circunstancia sería autor del mismo⁵. Se trata de una tesis bastante extendida en la literatura comparada —especialmente alemana— ligada a lo que habitualmente se entiende como la defensa de un modelo unitario en este ámbito, por cuanto bastaría con que el agente en cuestión reúna todos los presupuestos de la punibilidad de la imprudencia para que cuente como autor⁶. Como podrá advertirse, en estricto rigor, el anterior no se despliega como un argumento que asuma como inconcebible la hipótesis de una intervención delictiva por imprudencia, sino que más bien la considera *innecesaria*.

Un segundo argumento, concerniente asimismo a la estructura del injusto imprudente, apela al carácter personal del llamado deber de cuidado. La naturaleza personalísima de este último obstaría, entonces, a la posibilidad de establecer una relación de intervención delictiva entre sujetos cuyos deberes

3 Detenidamente al respecto, PEÑARANDA (2015), pp. 272 y ss.

4 Sobre ello, véase HERNÁNDEZ (2011b), pp. 385 y ss.; VAN WEEZEL (2021), pp. 120 y ss.

5 CURY (2011), p. 623. Originalmente, también HERNÁNDEZ (2008), p. 178, con ulteriores referencias. Con matices y recurriendo a la teoría de la imputación objetiva, FERNÁNDEZ (2002), p. 120.

6 Véase, por ejemplo, FREUND y ROSTALSKI (2019), § 10/27.

infringidos serían independientes entre sí⁷. En consecuencia, a diferencia de la anterior, esta objeción en realidad no apunta a la (falta de) necesidad de acudir a modalidades de intervención delictiva, sino ya en contra de su *posibilidad conceptual*. De ahí que, por razones lógicas, tales argumentos no sean susceptibles de esgrimir en forma conjunta.

Un tercer impedimento estrictamente teórico se halla referido a la estructura interna de las propias modalidades de intervención delictiva⁸. De acuerdo con la terminología al uso en la doctrina chilena más tradicional, la vertiente subjetiva del principio de convergencia exigiría, en cada una de las personas involucradas, el conocimiento y —en su caso— la voluntad de intervenir en el mismo hecho delictivo. Según se dice, de ello se seguiría la imposibilidad de concurrencia en un delito culposo, en el que solo podrían verificarse paralelismos⁹.

En lo que hace ahora a las razones que *de lege lata* hablarían en contra de un modelo diferenciador en este ámbito, son de destacar fundamentalmente dos. Primero, y al igual que en otros horizontes normativos, cabría invocar el régimen cerrado del castigo de la imprudencia bajo el CP. Así, dado que ni el artículo 4 ni el artículo 10 N°13, al acoger dicho modelo de incriminación para los “cuasidelitos”, hacen referencia alguna a las modalidades de intervención delictiva, y que, por su parte, al disciplinar estas últimas categorías, los artículos 14 y siguientes nada consignan con respecto a los

7 GARRIDO (2010), p. 229.

8 En el presente trabajo no se abordará la situación del encubrimiento. Siguiendo una tesis ampliamente extendida en la literatura vernácula, el encubrimiento no constituye una modalidad accesoria de intervención delictiva, sino que un comportamiento posterior a un hecho delictivo ajeno, como se deja interpretar (correctivamente) a partir del propio artículo 17 del CP chileno. Sin perjuicio de lo anterior, para la discusión en torno a la punibilidad del encubrimiento de un cuasidelito (mas no de un encubrimiento culposo), véase el pionero trabajo de SOLARI y RODRÍGUEZ (1978), p. 215; recientemente, MAYER y VERA (2022), p. 390.

9 CURY (2011), p. 640. Véase asimismo BUSTOS (1995), p. 96; VARGAS (2013), p. 269; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 495; MAYER y VERA (2022), p. 390. Al respecto, ROSAS (2015), p. 134, con nota 5. Menos categórico, y ponderando la posibilidad de participación para casos de “culpa consciente”, ETCHEBERRY (1998), p. 323. La incompatibilidad entre el principio de convergencia y una complicidad culposa es registrada también en sentencia de la Corte Suprema, Rol N°30641-18, de 20 de marzo de 2019 (voto de minoría).

“cuasidelitos”, podría llegar a concluirse que los supuestos de intervención múltiple estarían reservados exclusivamente a los hechos imputables a título doloso. Luego, la aplicación de tales categorías a un injusto imprudente tendría que representar una analogía *in malam partem*.

En segundo lugar, algunas exigencias relativas a ciertas formas de intervención en particular también han sido invocadas como un argumento en contra de un esquema diferenciador en este contexto. El adverbio “directamente”, previsto en el artículo 15 N°2 como la manera en que una persona fuerza o induce a otra a cometer el hecho, según la comprensión tradicional, comportaría como requisito que la primera conozca que la segunda perpetrará un delito, cuando no dolo directo de primer grado de parte de aquella. A su turno, la necesidad de un concierto previo, para los casos dispuestos en el artículo 15 N°3, devendría incompatible con que el hecho en cuestión resulte imputable a imprudencia¹⁰.

Ahora bien, como podrá notarse, el cuadro esbozado no representa, en sentido estricto, la asunción de un modelo unitario¹¹. Este último, como toda teoría acerca de la intervención delictiva, organiza la forma bajo la cual se interrelacionan los comportamientos de varios agentes en un mismo hecho delictivo. Por el contrario, como corolario de las tesis recién sintetizadas, en realidad, se obtiene un régimen de pluralidad de autorías paralelas¹², esto es, una pluralidad de agentes en una pluralidad de hechos delictivos¹³.

10 CURY (2011), p. 601; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 495. Implícitamente, GARRIDO (2010), p. 229. Véase también NOVOA (2005), pp. 203 y ss., quien sin embargo admitía a nivel teórico la participación culposa en hechos culposos, y por ello, ante las constricciones del artículo 15, sugería remitir estos casos al artículo 16.

11 Como sí lo es, por ejemplo, el recogido en el artículo 113 del Código penal italiano, que disciplina la llamada “cooperación en el delito culposo”, y que incluso permite (con arreglo al artículo 114) rebajar la pena tratándose de contribuciones de “mínima importancia”.

12 CURY (2011), pp. 612 y 629. Véase también MAYER y VERA (2022), p. 390.

13 Para este modo de entender la llamada autoría paralela, BINDING (1915), pp. 287 y s., nota 45.

Antes de cerrar este breve panorama sinóptico de los términos bajo los que se ha desenvuelto tradicionalmente la discusión en Chile, sin embargo, es importante registrar la proyección de lo que podría llegar a constituir un cambio de paradigma, al menos a nivel dogmático¹⁴. En efecto, cada vez son más las voces que acogen la posibilidad de proceder bajo un esquema diferenciador en este ámbito¹⁵. Lo anterior puede asociarse —si bien no en todos los casos— a una toma de distancia con respecto a los postulados de la teoría del dominio del hecho, pero también al dato incontestable de que el CP chileno, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones —señaladamente, la alemana—, por una parte, ciertamente no exige dolo en el partícipe, como tampoco que el hecho principal sea imputable a título doloso al autor¹⁶, mientras que, por otra, no suele utilizar el verbo “causar” a la hora de describir ciertos comportamientos típicos respecto de los cuales está prevista la posibilidad de una imputación subjetiva a título de imprudencia¹⁷. El presente trabajo intenta avanzar en esa misma dirección.

14 Anticipándolo, ya HERNÁNDEZ (2017a), pp. 607 y ss.

15 HORVITZ (2008), pp. 153 y ss.; VAN WEEZEL (2008), pp. 290 y ss.; ÍDEM (2023), p. 359; NÁQUIRA (2010), pp. 228 y ss.; COUSO (2012), pp. 104, 124 y s.; MAÑALICH (2015), pp. 19 y s.; NAVAS (2022), pp. 336 y ss.

16 Al respecto, COUSO (2012), p. 124; VAN WEEZEL (2023), p. 363.

17 A diferencia de lo que acontece en el derecho alemán, por ejemplo, donde se utilizan fórmulas tales como “causar la muerte” o “causar lesiones” de manera imprudente —lo cual suele interpretarse en la doctrina de dicho país como expresión de la asunción de un modelo unitario de base causal—, en Chile, los artículos 490 y siguientes efectúan una remisión a los mismos tipos cuya realización es imputable a título doloso (por ejemplo: “matar a otro” o “lesionar a otro”). Para este argumento, véase en la doctrina chilena HORVITZ (2008), p. 144; VAN WEEZEL (2014), p. 185. La conclusión anterior no varía por la aparente amplitud de la fórmula empleada por el artículo 491, esto es, “causar mal a las personas”, pues aquellos males justamente son los especificados en los tipos contenidos en el título VIII del Libro II. Pero aun haciendo abstracción de ello, del empleo del verbo “causar” no se sigue inmediatamente la asunción de un modelo unitario, pues desplegar un comportamiento con alguna relevancia causal —como pudiera serlo una acción auxiliar— no equivale a afirmar su tipicidad, lo que dependerá, más bien, de la autosuficiencia que desde un plano semántico pueda exhibir dicho comportamiento bajo una determinada descripción (típica). Detenidamente sobre este punto, MAÑALICH (2014), pp. 71 y ss.

2. PONDERACIÓN CRÍTICA DE LA TESIS TRADICIONAL. A LA VEZ, SOBRE LA POSIBILIDAD DE DIFERENCIAR ENTRE MODALIDADES DE AUTORÍA Y DE PARTICIPACIÓN POR IMPRUDENCIA

Los argumentos recién expuestos, conducentes a descartar la necesidad o, en su caso, la posibilidad de diferenciar modalidades de intervención delictiva en hechos imputables a título imprudente, pese a su notable arraigo en la doctrina y jurisprudencia chilenas, no son convincentes. Con todo, en aras de localizar y organizar adecuadamente la distinta clase de asuntos involucrados, en primer lugar, se abordará críticamente aquellas objeciones de orden técnico —esto es, las referidas a las respectivas estructuras internas del injusto imprudente y de las relaciones de intervención delictiva—, para luego, tras haber respondido la pregunta acerca de su compatibilidad con la manera en que el CP chileno disciplina las formas de autoría y de participación, consultar las precisas consecuencias que en este contexto apareja la adopción de un régimen de *numerus clausus* para la imputación por imprudencia.

En contra del argumento según el cual, tratándose de hechos imprudentes, es autor todo aquel que mediante la infracción del debido cuidado contribuye a la realización del mismo, habla decisivamente lo siguiente: la indagación en torno al criterio de autoría o de participación aplicable es analíticamente diversa de la que interroga acerca del correspondiente título de imputación subjetiva. Mientras que las formas de intervención delictiva expresan la clase de vínculo agencial (directo o indirecto) que cabe establecer entre una o más personas y el hecho en cuestión, a través del dolo o de la imprudencia, en cambio, se atribuye a tal o tales personas la capacidad de haber evitado la respectiva instancia de realización típica¹⁸. Formulado de otro modo: una cosa es *cómo* (o la modalidad objetiva bajo la cual) cabe imputar un hecho a una o más personas; otra distinta es *por qué* (o con cargo a qué fundamento) podría imputárseles ese mismo hecho. Luego, la respuesta a ninguna

18 Al respecto, GONZÁLEZ (2022a), pp. 30 y ss.

de tales preguntas deviene *internamente* afectada por la que se obtenga de la otra. Si como autor cuenta aquella persona a quien resulta imputable un hecho a título propio, dicha propiedad no resultará alterada dependiendo de si procede una imputación subjetiva de ese mismo hecho a título de dolo o de imprudencia; a la inversa, que un hecho resulte imputable a título de imprudencia a una persona, por ejemplo, nada dice aún acerca de su calidad de autor o de partícipe¹⁹. En efecto, la infracción imputable de una exigencia de cuidado podría fundamentar una imputación (extraordinaria) del hecho respecto de quien, por tal razón, ha carecido de las capacidades psicofísicas que le hubiesen permitido —para el caso de proponérselo— comportarse de un modo distinto²⁰. Ahora bien, que ese hecho sea adscrito a título de autoría o de participación dependerá, en cambio, de qué es aquello que efectivamente haya realizado esa persona bajo tal estado de inevitabilidad: si un comportamiento que permite vincularla con ese hecho de manera directa, mediata o conjuntamente con otra u otras, o nada más que una acción auxiliar que ha favorecido su realización a cargo de otro u otros agentes²¹.

Todo lo anterior, entonces, conduce a validar la que probablemente sea la réplica más expresiva a esta crítica contra un modelo diferenciador, a saber: aquellos comportamientos que, de imputarse a título doloso, sustentarían una forma de participación, no pueden fundamentar la calidad de autor solo porque el título de imputación subjetiva sea la imprudencia²².

19 GONZÁLEZ (2022a), pp. 40 y ss.

20 Para esto, véase en la doctrina chilena MAÑALICH (2015), pp. 15 y ss.; REYES (2016), pp. 246 y ss.

21 El recurso a la teoría de la imputación objetiva, como pretendido sustituto de las respectivas modalidades de intervención delictiva, no allana las dificultades apuntadas. De hecho, aquello que la doctrina dominante suele tematizar dentro de un primer nivel de imputación objetiva —relativo a la creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado— justamente coincide con la infracción del llamado debido cuidado, por lo que no incorpora estructura alguna que discrimine según la clase de comportamiento desplegado. Ello se debe a que, después de todo, la teoría de la imputación objetiva intenta reunir un conjunto de criterios encaminados a reducir teleológicamente el alcance de los tipos, no así reglas de imputación en sentido estricto.

22 En la doctrina chilena, véase HORVITZ (2008), p. 152; NÁQUIRA (2010), p. 231; COUSO (2012), p. 102. En la discusión española, por ejemplo, FEIJÓO (1999), p. 94; PEÑARANDA (2015), p. 400.

Nótese que la dificultad recién presentada permanece aún si se considera las distintas clases de imprudencia que reconoce el CP en los artículos 490 y siguientes²³. Dejando al margen de que estos últimos no representan propiamente un sistema de graduación de imprudencias —las penas asociadas son las mismas—²⁴, la diferencia entre imprudencia temeraria, negligencia y descuido culpables, y mera imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos, precisamente, atiende al estándar de cuidado y al modo en que este deviene reconocible, pero no considera la modalidad objetiva de intervención, para el caso de que sean dos o más las personas involucradas. Por eso, es perfectamente factible imaginar que, por ejemplo, un mismo hecho pueda imputarse subjetivamente a su autor en virtud de una mera imprudencia con infracción de reglamentos, y al partícipe, en cambio, con cargo a una imprudencia temeraria.

La apelación al carácter personalísimo que suele atribuirse al llamado deber de cuidado tampoco es un argumento de recibo²⁵. Para mostrarlo, junto con prevenir primeramente que lo personal no es la exigencia de cuidado propiamente tal —el contenido del estándar se establece objetivamente—, sino más bien las capacidades cuya falta de ejercicio determina que sea imputable la infracción de dicha medida²⁶, cabe resaltar la inexacta identificación entre lo individual y el sentido de propiedad asociado a lo personal subyacente a aquella tesis, pues las acciones conjuntas también son propias. Tomando como ejemplo precisamente la estructura de una potencial coautoría por

23 De otra opinión, FERNÁNDEZ (2002), pp. 120 y s.; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 496.

24 Sobre el particular, véase REYES (2016), pp. 260 y ss.

25 Para mayor precisión, en lo que sigue se empleará el rótulo “exigencias de cuidado”. La expresión “deber de cuidado” es equívoca, pues, en sentido técnico, el deber es una entidad deóntica fundamentada a partir de una norma de comportamiento bajo una oportunidad y agente concretos —v. gr., el deber de abstención consistente en no atropellar a un transeúnte fundamentado por la norma que prohíbe matar a otro—; por el contrario, las exigencias de cuidado, cuya función es asegurar las capacidades de una persona para dar seguimiento a una norma de comportamiento —por ejemplo, conducir con las luces encendidas, detenerse ante un semáforo en rojo, etc.—, no se infieren de aquella norma de comportamiento, sino que a partir de la correspondiente norma de sanción. Para todo lo anterior, véase MAÑALICH (2015), pp. 21 y s.; VALIENTE (2019), pp. 2 y ss.

26 MAÑALICH (2015), p. 22.

imprudencia, su factibilidad no radicaría en afirmar que una persona —descartada la plausibilidad de un sujeto plural— pueda errar conjuntamente con otra²⁷, sino más bien en que dos o más personas, en efecto, pueden detentar creencias cuyo contenido compartido resulte ser falso. Para ello, lo crucial es que, de haber adoptado alguna medida de cuidado, tales sujetos hubiesen podido asegurar conjuntamente sus respectivas capacidades de evitación²⁸. Tratándose de una posible autoría mediata por imprudencia, aquella aprensión tampoco es procedente, pues en esta ni siquiera se verifica una hipótesis de intervención delictiva; a la “persona de atrás”, y por su propio descuido, solo se imputa el comportamiento defectuoso de la “persona de delante”, mas no así la contrariedad a cuidado en la que adicional y eventualmente pudiera haber incurrido esta última al “dejarse” instrumentalizar por aquella. En fin, a propósito de una potencial instancia de participación, tampoco se tratará de imputar al inductor o cómplice la infracción de una exigencia de cuidado cuya adopción incumbía al autor o a los coautores, sino de la falta de aseguramiento de sus propias capacidades de evitación; otra cosa distinta es que esto último termine favoreciendo el comportamiento (también contrario a cuidado) de otra persona. Como podrá apreciarse, este segundo argumento contra un modelo diferenciador no consigue explicar por qué el así llamado deber de cuidado tendría que ser incluso más personal que la necesidad de abstenerse de ejecutar un comportamiento potencialmente fundante de autoría o de participación, pero imputable a título de dolo. En cualquiera de ambos casos, lo sustancial es notar que los comportamientos de varias personas pueden interrelacionarse, sin que por ello la responsabilidad penal de cada cual pase a fundarse en un hecho ajeno.

27 En ese sentido, sin embargo, PUPPE (2004), pp. 129 y 135, como una de las críticas que dirige en contra de la posibilidad constructiva de una coautoría imprudente. Véase también KREUZBERG (2019), pp. 726 y ss.

28 Por cierto, no es indispensable que las exigencias de cuidado sean idénticas en contenido. Lo importante es que la adopción de las mismas suministre a los sujetos en cuestión una capacidad de evitación conjunta; es decir, que se encuentren funcionalmente conectadas entre sí. En esa dirección, véase también VAN WEEZEL (2006), p. 201.

Por último, en lo que concierne al principio de convergencia y a la exigencia, a partir de él, de una suerte de “dolo común” entre los cointervinientes en sentido estricto —y, por ende, excluyendo al autor mediato—, resulta indispensable diferenciar nítidamente cuál es el objeto al que, bajo la respectiva modalidad de intervención delictiva, habrían de estar referidas sus representaciones²⁹. Por una parte, los coautores, para llegar a serlo, únicamente han de estar al tanto de que ejecutan (u omiten ejecutar) conjuntamente una acción; que, además de ello, se representen la posibilidad de que tal comportamiento podría ejemplificar las circunstancias fácticas descritas en un tipo de delito, en cambio, es algo de lo cual depende la imputación de ese hecho a título de dolo. Y lo mismo rige, *mutatis mutandis*, respecto de los partícipes. Que una persona haya previsto o no —pero siendo previsible— que la acción principal, cuya ejecución a cargo de otro ella misma ha determinado o facilitado, acabará siendo típica, es una circunstancia que impacta en su imputación subjetiva, en tanto que potencial partícipe, pero dicha representación —o la ausencia imputable de ella— nada agrega o quita al efecto de favorecimiento que su acción haya podido surtir en la de otro. En general, que la producción de la clase de resultado especificada en el correspondiente delito resultativo no haya sido prevista por la o las personas involucradas en él, precisamente, constituye una condición necesaria —aunque no suficiente— para que el hecho sea imputable a título de imprudencia (incluyendo, eventualmente, supuestos de ignorancia deliberada)³⁰.

En síntesis, las objeciones en contra de la posibilidad de diferenciar modalidades de autoría y de participación por imprudencia no son convincentes. Al contrario, los argumentos que, a nivel general, suelen esgrimirse

29 Al respecto, GONZÁLEZ (2022a), pp. 31 y ss.

30 Para lo que sigue, se entiende que una instancia de imprudencia también podría fundarse en el hecho de que el agente en cuestión, habiendo previsto inicialmente que su comportamiento podría llegar a ser una instancia de realización típica (o podría llegar a favorecer a un comportamiento de esta última índole), sin embargo, termine descartando dicha posibilidad, erróneamente, sea por haber subestimado ese riesgo, sea por haber sobrestimado su propia capacidad de evitación. Por último, podría basarse igualmente en un déficit (imputable) en las capacidades físicas de evitación del agente. Agradezco a un/a evaluador/a anónimo/a por haber sugerido la clarificación de este punto.

en respaldo de un modelo diferenciador reclaman la misma pertinencia en este ámbito³¹. Entre ellos cabe destacar sumariamente aquí el respeto por los principios de responsabilidad por el hecho propio, de legalidad, lesividad y proporcionalidad de las penas. Junto con lo anterior, la asunción de un modelo diferenciador evita los conocidos problemas que suscitan la participación imprudente en un suicidio o en actuaciones ajenas a propio riesgo, por cuanto la consideración aislada de cada comportamiento, en casos extremos, podría redundar en la imputación de un homicidio imprudente en autoría directa. Por último, la posibilidad de distinguir entre títulos de intervención principal y accesoria contribuye a mitigar el potencial efecto criminógeno de que la supuesta inviabilidad de una participación por imprudencia acabe incentivando imputaciones a título de dolo eventual, o reconduciendo a este último, por ejemplo, los casos de ignorancia deliberada.

3. LAS FORMAS DE AUTORÍA Y DE PARTICIPACIÓN BAJO EL CÓDIGO PENAL CHILENO Y SU COMPATIBILIDAD CON UNA IMPUTACIÓN SUBJETIVA A TÍTULO DE IMPRUDENCIA

Asumiendo como premisa que los artículos 14 y siguientes del CP regulan supuestos donde concurre una pluralidad de personas —aunque no necesariamente de intervinientes, lo que deja espacio conceptual para la autoría mediata—, en este apartado se ofrecerá un breve esbozo de las modalidades de autoría (excluyendo la directa) y de participación, puntualizando, por un lado, por qué sus respectivas estructuras internas no obstan a que, paralelamente, el hecho en cuestión resulte imputable a título de imprudencia y cómo, por otro lado, habrían de interpretarse ciertas cláusulas que, según un sector de la doctrina chilena, parecieran oponerse a ello.

En primer lugar, para que dos o más coagentes exhiban la calidad jurídico-penal de coautores es preciso que sus comportamientos sean susceptibles de caracterizar como partes componentes de una misma acción (u omisión) conjunta. Para ello, ha de verificarse una relación simétrica entre

31 FEIJÓO (1999), pp. 76 y ss.; HORVITZ (2008), pp. 154 y s.; GONZÁLEZ (2022a), pp. 41 y ss.

tales contribuciones, cuya presencia puede ser calibrada a partir de la interdependencia funcional que ha de existir entre ellas. A su vez, lo que usual, aunque equívocamente se denomina “requisito subjetivo” de la coautoría es un elemento que permite interpretar tales aportes como la asunción de un patrón de comportamiento unitario, en la medida en que exista entre tales agentes una convergencia cognitiva e intencional, es decir, que crean y tengan la disposición de ejecutar (u omitir) conjuntamente una acción³².

El presupuesto de una posible instancia de coautoría por imprudencia es la existencia de algún déficit compartido en las capacidades de evitación de tales agentes, quienes, a pesar de estar al tanto de que actúan conjuntamente, ignoran que dicho comportamiento conjunto podría satisfacer las circunstancias fácticas descritas en algún tipo de delito³³. Ahora bien, si es el caso de que, habiendo adoptado alguna medida de cuidado, tales sujetos habrían podido estar en condiciones de evitar la correspondiente instancia de comportamiento típico, entonces, se genera la posibilidad de imputarles ese hecho, como coautores, a título de imprudencia³⁴.

Con respecto al anclaje legal de la coautoría en el CP chileno, de manera pacífica, podría sostenerse que ella encuentra una primera —aunque, según una parte de la doctrina, única— manifestación en el numeral primero del artículo 15, que a su vez considera constitutivas de autoría tres formas de comportamiento cuyo denominador común es “tomar parte en la ejecución

32 Como es sabido, hay un sector doctrinal que concibe la coautoría en términos estrictamente objetivos, por lo que prescinde de un nexo intersubjetivo entre coautores. Este último se estima aquí necesario, pues la coautoría comporta para cada coautor una extensión del ámbito originario de su responsabilidad, la que se justifica solo en la medida en que cada cual esté al tanto de aquellas otras acciones que, junto con la propia, compondrán la acción conjunta que operará como fuente compartida de sus respectivas responsabilidades individuales.

33 Como ya lo advirtiera BINDING (1915), pp. 294 y s., nota 49, la falta de consciencia en torno a la antijuridicidad del hecho no obsta a que entre los coautores pueda existir una “unidad de voluntad” ni una “comunidad de acción”.

34 Para los presupuestos constructivos de una coautoría por imprudencia, desde distintas ópticas, SÁNCHEZ (2004), pp. 171 y ss.; VAN WEEZEL (2006), pp. 171 y ss.; RENZIKOWSKI (2021), pp. 96 y ss. En la literatura chilena, a favor de su viabilidad véase NOVOA (2005), p. 204; HORVITZ (2008), p. 149; VAN WEEZEL (2008), pp. 387 y ss.; ÍDEM (2014), pp. 200 y ss.; ARTAZA (2012), pp. 44 y ss.; MAÑALICH (2015), p. 20.

del hecho”. Lo crucial aquí es notar que, independientemente de la concreta modalidad en que esto último se haga —sea de manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite—, no hay referencia ni constricción alguna relativa al correspondiente título de imputación subjetiva. Por otro lado —y sin perjuicio de lo que al respecto se detallará más adelante—, el hecho en cuya ejecución han de tomar parte quienes serán consideradores (co)autores es exactamente idéntico, tanto si se imputa a título doloso o bien a título imprudente.

Considérese así el siguiente caso. Debido a un dolor abdominal persistente, *A*, menor de edad, es ingresada en la Unidad de urgencias del Hospital *X*. Disponiendo de una radiografía de abdomen simple, la médica *B* y el cirujano de adultos *C* diagnostican erróneamente retención estercorea y constipación, indicando tratamiento a base de lavados intestinales, lo que acaba siendo clínicamente contraproducente para la obstrucción intestinal padecida por *A*. En virtud de su evidente estado de gravedad, dos días después *B* y *C* resuelven el traslado de *A* a la Clínica *Y*, por carecer el Hospital *X* de medios apropiados para determinar la causa de aquella obstrucción, agravada por el diagnóstico y tratamiento erróneos. El traslado aéreo solo pudo materializarse al día siguiente, retardando en varias horas una intervención quirúrgica de urgencia, sin que *B* y *C*, conscientes de las eventuales complicaciones asociadas a dicho retardo, ordenaran medidas de resguardo al respecto. Tras ser sometida a una intervención quirúrgica por un cuadro de peritonitis aguda en la Clínica *Y*, y permanecer varias semanas en la unidad de cuidados intensivos, *A* termina falleciendo³⁵. Pues bien, que el resultado padecido por *A* no haya sido previsto por *B* y *C*, aunque sí fuese previsible para ambos, no obsta de manera alguna a la posibilidad de caracterizar su comportamiento conjunto como una toma de parte inmediata y directa en la ejecución del hecho. Contra ello, acaso podría objetarse que, en un caso como el presentado, sería innecesario recurrir a la coautoría, pudiendo imputarse

35 Supuesto de hecho contenido en sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, Rit N°57-2006, de 08 de diciembre de 2006. El tribunal condenó a *B* y *C* en calidad de “autores de un cuasidelito de homicidio”, en virtud del artículo 15 N°1 del CP.

a *B* y a *C* dos autorías directas paralelas. Con todo, la estructura de la coautoría, junto con reflejar mejor el mundo efectivamente configurado —no se verificaron dos diagnósticos e indicaron dos tratamientos erróneos paralelos, sino un comportamiento conjunto descuidado a cargo de dos personas—, al estructurarse con base en lo que habitualmente se rotula “principio de imputación recíproca”, es además la única capaz de ofrecer una respuesta ante supuestos en los que, pese a que se sabe que dos o más sujetos han desplegado una acción conjunta, se ignora cuál de sus componentes habría causado el resultado en cuestión. Para lo anterior, imagínese el siguiente caso. *D* y *E* participan conjuntamente en una cirugía de cadera que redundará en una seria infección y posterior lesión para el paciente *P*, debido a que en el organismo de este ha quedado alojada una pinza. Se desconoce si ha sido *D* o bien *E* quien la ha olvidado, ya que durante la intervención han utilizado indistintamente el instrumental, aunque sí consta que necesariamente ha sido alguno de ellos y que ambos han obrado de manera contraria a cuidado, pues al acabar la operación ninguno de ellos —como tampoco el arsenalero— ha contabilizado el instrumental utilizado³⁶.

El sentido del numeral tercero del artículo 15 —que, como se sabe, considera autores a quienes, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él— ha sido objeto de una perenne controversia. En efecto, mientras que para un sector de la doctrina chilena, desde un punto de vista material, se trataría de una hipótesis de complicidad que solo para efectos penológicos se ha asimilado a la autoría³⁷, para otro, en cambio, se estaría ante una genuina forma de (co)autoría, si bien acompañada de ciertas res-

36 Tales supuestos, conocidos como “coautoría aditiva”, también pueden reconducirse al numeral primero del artículo 15, cuya primera cláusula exige que los (potenciales) coautores tomen parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa. Bajo dicho numeral, como sugiere un sector de la doctrina chilena, es preciso que los comportamientos en cuestión exhiban relevancia ejecutiva, pero no así, en cambio, que sean típicos. Al respecto, véase HERNÁNDEZ (2011b), p. 405; MAÑALICH (2011b), p. 285.

37 ETCHEBERRY (1998), pp. 86 y 99; POLITOFF; MATUS y RAMÍREZ, (2004), p. 431; con matices, CURY (2011), p. 629; VARGAS (2013), p. 276.

tricciones³⁸. Aquí se favorece esta última posición. El concierto, entendido como una forma cualificada de acuerdo, es un elemento exógeno a una relación unilateral de participación, siendo más bien característico de una relación bidireccional o multidireccional de agencia compartida por dos o más personas, cuya función precisamente es delimitar de manera precisa el hecho que ha de ejecutarse y las tareas que en él incumbirán a cada cual³⁹. Por sí solo, tal concierto no es suficiente; con todo, a la luz del CP chileno, la facilitación de medios o el presenciar el hecho, de manera concertada, sí permitirían interpretar que, a pesar de que no hayan tomado parte inmediata en la ejecución del mismo —sea porque no se ha necesitado que lo hicieran, sea porque no han alcanzado a hacerlo—, aquellos intervinientes resultarán igualmente vinculados por el comportamiento de quienes sí despliegan actos ejecutivos⁴⁰. Si, por el contrario, los medios facilitados o el solo presenciar el hecho no admiten interpretarse como interdependientes respecto del hecho, tal cual ha sido concertado, entonces solo cabrá acudir a la complicidad, en los términos previstos en el artículo 16.

Ahora bien, lo que más interesa puntualizar en este momento es que no hay razón alguna para suponer que el concierto requerido involucre una exigencia de dolo. Si lo que el concierto permite es delimitar con mayor exactitud el hecho y las aportaciones que a él habrán de prestarse, este no dejará de ser más o menos preciso según si tales agentes se han representado o no que el comportamiento acordado podría contar como una instancia de realización típica. Es perfectamente posible que dos o más personas concierten la ejecución de un comportamiento defectuoso y a la postre típico; en tal caso, lo contrario a cuidado no será el concierto como tal, sino que

38 YÁÑEZ (1975), p. 61; SOTO (1986), p. 49; HERNÁNDEZ (2011b), p. 406; MAÑALICH (2011b), p. 286; CONTRERAS y CASTRO (2022), p. 334; VAN WEEZEL (2023), p. 374.

39 El objeto y las condiciones asociadas al concierto que pide el artículo 15 N°3 pueden interpretarse en correspondencia con los de la conspiración, en los términos del artículo 8, inciso segundo. Para esto, véase GUZMÁN (2009b), p. 483. Al respecto, GONZÁLEZ (2022b), p. 169, con referencias ulteriores.

40 Sobre la necesidad de interpretar en forma coordinada los numerales primero y tercero del artículo 15, en términos tales de que la presencia de “coautores concertados” presuponga la de (al menos dos) “coautores ejecutivos”, véase MAÑALICH (2011b), p. 286.

el comportamiento cuya ejecución ha sido concertada —al que quedarán vinculados los “coautores no ejecutivos”, por su obrar contrario a cuidado, al facilitar los medios o presenciar el hecho de manera concertada—⁴¹.

Para ilustrar lo anterior, considérese el siguiente ejemplo. Los constructores *A* y *B* planifican y dirigen conjuntamente una obra, facilitando materiales e impartiendo instrucciones directas a los maestros *C* y *D*, quienes la ejecutan junto con otros miembros de su equipo de trabajo. *A*, *B*, *C* y *D* están al tanto de la calidad deficitaria de algunos materiales, como de la necesidad de nivelar totalmente el terreno, aspectos que conjuntamente han acordado resignar en pos de no exceder, con cargo propio, el presupuesto ya informado al cliente. Dos meses después de entregada la obra, una parte de esta se derrumba, causando la muerte de una persona⁴². En un caso de tales características, donde el comportamiento de quienes no toman parte en la ejecución previamente concertada del hecho incide sensiblemente en el de quienes sí lo hacen, configurando los términos de su intervención, es posible acudir al artículo 15 N°3⁴³.

41 También aquí es posible concebir hipótesis de exceso —esto es, de divergencia (objetiva) entre lo concertado y lo ejecutado—, en cuyo caso la responsabilidad se aloja exclusivamente en quien excedió dicho marco común.

42 A partir del mismo ejemplo, LUZÓN (1989), p. 907, observa que, en rigor, dado que la obra se materializa a través de operarios que obran como instrumentos no conscientes o libres, se trataría de un caso de “coautoría mediata imprudente”. Con todo, al margen de que no siempre existirá una instrumentalización —los miembros del equipo de trabajo podrían ser conscientes de tales deficiencias o no haber sido forzados a ejecutar el hecho, en cuyo escenario, sin embargo, por su falta de competencia, consideraciones relativas al merecimiento de pena todavía podrían aconsejar no aplicar a estos la respectiva norma de sanción—, el ejemplo permite ilustrar que, bajo los términos del CP chileno, sería del todo factible imputar el hecho a *C* y a *D*, recurriendo para ello al primer numeral del artículo 15, pero también a *A* y a *B*, con cargo al tercer numeral de ese mismo artículo.

43 Otro caso podría ser este. La directora técnica de una clínica permite tanto que se realice un procedimiento quirúrgico de liposucción, para el cual tal centro médico carece de autorización, como que en el procedimiento intervengan un anestésista y otro facultativo, sin que este último contara con la especialización requerida. La paciente muere en el curso de dicha intervención debido a una aplicación deficitaria de la técnica tumescente, agravada por la administración inadecuada de fármacos anestésicos, sin que el anestésista advirtiera la secuencia de signos y síntomas presentados durante la operación. Hechos sobre los que versa la sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Rit N°123-2009, de 22 de diciembre de 2009, que condenó como autores (directos) de un cuasidelito de homicidio solo a los dos facultativos que practicaron la operación.

Continuando ahora con la otra modalidad de autoría, la mediata se articula a través del traslado de una relación agencial para con el comportamiento que es objeto de imputación, el cual, de pertenecer preliminarmente a la “persona de delante”, pasa a alojarse definitivamente en la esfera de responsabilidad de la “persona de atrás”, por haber creado —o actuado sobre— un déficit de competencia en la primera de ellas. Dicho déficit puede residir en una falta de capacidad de evitación (fundante de un error de tipo), en una insuficiente capacidad de motivación (expresada en alguna causa de inculpabilidad o de exculpación), o en una actuación atípica o justificada desde el punto de vista del instrumento⁴⁴.

Justamente porque la responsabilidad de la “persona de atrás” descansa en un déficit que impide que el hecho sea imputable a la “persona de delante”, que aquella se haya representado o no dicha circunstancia no es algo que afecte internamente a su calidad de potencial autor mediato. En cada caso, el déficit será objetivamente el mismo. Con ello, una instancia de autoría mediata por imprudencia podría generarse si, por una parte, la “persona de atrás” no ha previsto la configuración de un nexo situacional entre su comportamiento y el déficit padecido por la “persona de delante”, pero, por otra parte, habría estado en condiciones de advertir —y, por ende, de evitar— la configuración de dicho nexo, si hubiese adoptado alguna medida de cuidado pertinente al respecto⁴⁵.

A fin de ponderar la posibilidad recién descrita, considérese el siguiente ejemplo de autoría mediata por autolesión de un instrumento-víctima. Para no generar preocupación en su pareja, *A* guarda un raticida en polvo en un

44 Para dicha esquematización de los supuestos de autoría mediata en la doctrina chilena, véase MAÑALICH (2010), pp. 399 y ss.

45 Para la posibilidad constructiva de una autoría mediata por imprudencia, véase BINDING (1919), p. 605. Con más detalles, RENZIKOWSKI (1997), pp. 262 y ss.; SÁNCHEZ (2004), pp. 255 y ss. En la discusión chilena, véase HORVITZ (2008), pp. 150 y s.; VAN WEEZEL (2008), p. 394; NÁQUIRA (2010), p. 236; MAÑALICH (2015), p. 20.

frasco cuya cubierta dice “bicarbonato”. Un día, *B*, la pareja de *A*, con el objeto de preparar un remedio natural contra la acidez estomacal, sin saberlo, consume una mezcla con el raticida, lo cual resulta ser letal⁴⁶.

Ahora bien, que estructuralmente sea factible la imputación de un hecho tanto a título de autoría mediata como de imprudencia, por supuesto, no resuelve los problemas que pudieran llegar a existir con respecto a la falta de anclaje legal de la primera. Hallar sitio para la autoría mediata al interior del CP chileno implica emprender una labor interpretativa que ha de tener en vista el contexto histórico en el que fuese promulgado aquel texto, a saber: uno en el que dicha modalidad de autoría todavía no era desarrollada conceptualmente y en el que la inducción, por contraste, gozaba de una vasta extensión. No obstante lo anterior, sin desvirtuar el sentido de la expresión “forzar”, podría incardinarse en ella, cuando menos, la llamada autoría mediata por coacción. De hecho, esta interpretación disfruta de amplio respaldo en la doctrina chilena⁴⁷. Precisamente porque el numeral segundo del artículo 15 diferencia nominalmente las situaciones de quien fuerza a otro a ejecutar el hecho versus la de quien le induce directamente a ello, y porque la persona “forzada” carece de la capacidad de motivación necesaria para obrar libremente —y es por ello que bajo la nomenclatura del Código queda exenta de responsabilidad penal—⁴⁸, pueden convivir en dicha disposición tanto la autoría mediata como la inducción⁴⁹.

46 Desde luego, también es factible una forma de heterolesión, para lo cual bastaría con introducir la variante de que *B* suministre la preparación a *C*, hija en común de *A* y *B*.

47 Al respecto, véase NOVOA (2005), p. 186; GUZMÁN (2009a), p. 81; CURY (2011), p. 600; CONTRERAS y CASTRO (2022), pp. 333 y s.

48 Ello no obsta a la posibilidad de diferenciar según el grado de fuerza coercitiva. Si ella ha sido de tal manera intensa que ha anulado la capacidad de motivación de parte del ejecutor del hecho, entonces, dará lugar a una hipótesis de autoría mediata. Que la persona forzada, *qua* instrumento, sea quien “ejecuta el hecho” no es problemático, dado que esto último no equivale a “cometer el delito” (lo que solo puede predicarse de un autor). En cambio, si el grado de coacción no llega a ser tal, cabrá todavía la posibilidad de una inducción por coacción, captada por la referencia de quien induce a otro. De ser ese el caso, la persona inducida habrá ejecutado el hecho y además habrá cometido el respectivo delito.

49 De otra opinión, MAÑALICH (2011b), p. 285, nota 20, quien considera que las dos modalidades del artículo 15 N°2 representan instancias de inducción.

Una variante imprudente de la modalidad comentada podría ser la siguiente. Tras efectuar un robo en un banco, *A* detiene rápidamente a un taxi, pidiéndole al conductor *B* que lo traslade a otro punto de la ciudad. Ante la negativa inicial de *B*, *A* le apunta con un arma de fuego, ordenándole que emprenda una huida a toda velocidad. Como consecuencia de la presión motivacional ejercida por *A*, *B* no advierte un semáforo en rojo, a causa de lo cual atropella al transeúnte *C*, quien fallece⁵⁰. En un caso como el anterior, la responsabilidad de *A*, como potencial autor mediato, ciertamente no se fundaría en el hecho de que este hubiese forzado a *B* a cometer un delito de homicidio, sino más bien en que *A* haya forzado a *B* a ejecutar una acción —conducir sin precauciones a toda velocidad— que termina siendo al mismo tiempo productiva de la muerte de otro. Luego, un comportamiento inicialmente imputable a *B*, por la razón indicada, es trasladado a la esfera de responsabilidad de *A*. Que dicha conexión no haya sido prevista por *A*, siendo sin embargo previsible para él, es lo que fundamentaría a su respecto la imputación de ese homicidio a título imprudente⁵¹.

Mucho más conflictivo es el ejercicio de encontrar sustento legal para las demás formas de autoría mediata, respecto de cuyas alternativas cabría destacar aquí las siguientes⁵². La primera vía consistiría en reconducir, cuando

50 Para esta modalidad de autoría mediata por imprudencia, véase RENZIKOWSKI (1997), p. 280; FEIJÓO (1999), p. 119; SÁNCHEZ (2004), p. 279.

51 Como supuesto similar, imagínese el siguiente. *A* se desempeña como chofer de un camión en la comuna *X*. Un día, *A* nota que el sistema de frenos del camión se encuentra en mal estado, lo cual hace saber a *B*, su jefe. Pese a lo anterior, *B* ordena a *A* que realice el transporte programado, advirtiéndole que, de lo contrario, sería despedido. Debido al temor de perder su trabajo, agravado por los altos índices de cesantía a la sazón en *X*, *A* termina ejecutando lo ordenado, consciente del riesgo que ello involucraba para terceros y para él mismo. Como consecuencia de la falla antes referida, *A* pierde el control del camión, protagonizando un accidente a raíz del cual sus compañeros de trabajo, *C* y *D*, terminan padeciendo lesiones graves. Supuesto de hecho que toma como base la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°10-2005, de 09 de junio de 2006, en la que se eximió de responsabilidad penal a *A* por estimarse configurado a su respecto un miedo insuperable. En la sentencia no se consigna que *B* haya amenazado a *A* con perder su empleo, variante que aquí ha sido introducida solo con el objeto de conjeturar una eventual responsabilidad penal de *B*, *qua* autor mediato, para lo cual, junto con su competencia por el déficit padecido por *A*, habría sido necesario interpretar las lesiones de *C* y *D* como un evento previsible y evitable.

52 Con más detalle al respecto, HERNÁNDEZ (2011b), pp. 389 y ss.

menos, los casos de error a la cláusula “los que fuerzan [a otro a ejecutarlo]”⁵³, del mismo artículo 15 N°2, con cargo a la hipótesis de que el error podría fungir como una suerte de coacción. Aun cuando se asuma la premisa de que todo error de tipo redunda en un error de prohibición, esta lectura, sin embargo, se enfrenta a la dificultad dada por la asimetría entre causas de inculpabilidad y causas de exculpación: las unas atañen a la capacidad de una persona para dar seguimiento a una determinada norma; las otras, en cambio, presuponiendo dicha capacidad, apuntan a la falta de exigibilidad de una tal motivación⁵⁴. Lo anterior se traduce en que la presencia de un error necesariamente excluirá la posibilidad de coacción; a la inversa, solo puede ser coaccionada una persona que esté al tanto de las restricciones introducidas en sus posibles alternativas de conducta. De ahí que, en definitiva, no sea factible equiparar la situación de quien versa en error con la de quien obra forzado. Una segunda vía sería reconducir los casos restantes a la otra cláusula del artículo 15 N°2 —“los que inducen directamente [a otro a ejecutarlo]”—, en atención al carácter amplio del concepto de inducción que habría manejado el legislador penal chileno⁵⁵. La principal desventaja que padece esa tesis es que desdibuja por completo la diferencia cualitativa que media entre autoría mediata e inducción como títulos de imputación. Pues mientras que el primero de ellos permite trasladar un hecho desde la esfera agencial de una persona a la de otra, generando responsabilidad penal por ese mismo hecho solamente para una de ellas, el segundo de tales títulos es de participación, por lo que presupone una genuina relación de intervención delictiva, y en la que, en principio, responden penalmente tanto inductor como inducido. No es plausible, por ende, que una misma fórmula albergue simultáneamente dos categorías que constituyen un *aliud* frente a la otra. En vista de las limitaciones del numeral segundo del artículo 15, una tercera opción pasaría sencillamente por asumir que la autoría mediata no requiere de previsión legal alguna, al poder desprenderse inmediatamente

53 Lo registra VAN WEEZEL (2023), p. 273, apuntando aspectos históricos que podrían apoyar tal lectura.

54 Detenidamente sobre el particular, MAÑALICH (2013), pp. 9 y ss.

55 YÁÑEZ (1975), p. 62; ETCHEBERRY (1998), pp. 92 y 97; VARGAS (2013), p. 273; CONTRERAS y CASTRO (2022), p. 334.

de los tipos de la parte especial⁵⁶. En general, a favor de esta tesis habrá de pronunciarse quien considere que la autoría mediata no es más que una variante de la directa. Pero lo anterior implicaría pasar por alto el carácter constitutivo de la autoría mediata, cuyo fundamento, estructura y requisitos son muy distintos a los de la otra autoría individual. Que alguien responda penalmente por aquello que realiza de propia mano, en términos generales, puede entenderse como algo no necesitado de explicación; por el contrario, no es autoevidente que a una persona pueda atribuirse una acción *prima facie* ajena, por la que, en principio, no tendría por qué responder penalmente⁵⁷. En síntesis, la restricción de la autoría mediata a los supuestos de coacción, pese a generar una palmaria laguna de punibilidad —urgentemente necesitada de corrección—, *de lege lata*, es la interpretación más respetuosa del principio de legalidad.

Corresponde ahora explorar la posibilidad de participación. Como ya fuese anticipado, el CP chileno no introduce restricción alguna en materia de accesoriedad, es decir, en cuanto a las propiedades que debiese revestir el hecho principal para devenir “participable”, como tampoco limita la punibilidad de la participación a supuestos de dolo. Ello es sensato, en la medida en que el efecto de favorecimiento que puede surtir la acción de una persona en la de otra —sea determinando o facilitando su ejecución— es exactamente el mismo, independientemente de que, bajo alguna modalidad de participación, el hecho así favorecido sea imputable a la primera a título doloso o imprudente.

El rasgo distintivo de un comportamiento constitutivo de inducción es el empleo de una estrategia persuasiva que incide de manera decisiva en el proceso deliberativo de otra persona, la cual acaba formándose la intención

56 Para ello, véase SOTO (1986), p. 44; POLITOFF; MATUS y RAMÍREZ (2004), p. 403. En la discusión alemana, un argumento similar conduce a etiquetar la pregunta en torno a una posible autoría mediata por imprudencia como una carente de relevancia práctica. Así, por ejemplo, KREUZBERG (2019), pp. 731 y ss.

57 Correctamente en ese sentido, HAAS (2008), pp. 80 y ss., aunque defendiendo la controvertida tesis según la cual, como estructura de imputación extraordinaria, la autoría mediata descansaría en una ficción jurídica.

de ejecutar una determinada acción, a la que antes no estaba definitivamente resuelta. Como medios inductivos destacan las órdenes, peticiones, coacciones que no anulan la capacidad de motivación, los mandatos asociados a promesas o recompensas y, de manera mucho más discutida, las recomendaciones, provocaciones y preguntas sugestivas⁵⁸.

Dado que lo importante es el hecho de motivar a otro a ejecutar una determinada acción, no es necesario que esta última sea presentada como típica por parte del potencial inductor, ni tampoco que el potencial inducido se represente dicha propiedad. La posibilidad constructiva de una inducción por imprudencia estriba en que ese partícipe, de manera contraria a cuidado, haya determinado a otro a ejecutar un comportamiento que acabará satisfaciendo la descripción de algún tipo de delito, sin que esto último haya sido previsto por aquel⁵⁹. Para ello, considérese el siguiente supuesto prototipo. El copiloto *A* tiene prisa en llegar a su destino, por lo que ofrece cierta suma de dinero al piloto *B* por cada semáforo que este omite. Al superar el tercer semáforo, *B* atropella a *C*, causando su muerte.

Ahora bien, una instancia de inducción por imprudencia puede verificarse aun cuando el hecho sea descrito como delictivo bajo el modo en que lo presenta el propio inductor, en la medida en que este, sin embargo, no haya advertido el tipo de delito que efectivamente perpetraría el autor. Ello puede ilustrarse del modo que sigue. Abusando de su posición jerárquica, *A* le informa a *B* que no patrocinará su ascenso en el trabajo, a menos que *B* incendie una vieja y aislada cabaña perteneciente a *C*. Tanto *A* como *B* creen erróneamente que la cabaña está deshabitada, y que solo ocasionarán un perjuicio patrimonial a *C*, en circunstancias de que el inmueble es ocupado por *D*, quien fallece calcinado.

58 Detalladamente al respecto, REDMANN (2014), pp. 123 y ss.

59 Sobre la viabilidad de una inducción por imprudencia, véase, por ejemplo, LUZÓN (1989), p. 902; SÁNCHEZ (2004), pp. 437 y ss.; MAÑALICH (2015), p. 20; GONZÁLEZ (2022a), pp. 38 y s.

Pues bien, lo registrado hasta el momento se compagina plenamente con la manera a través de la cual el CP chileno ha delineado el comportamiento de este interviniente: como el de quien induce (directamente) a otro a ejecutar el “hecho” —es decir, un hecho que bajo ese modo de presentación no necesita ser descrito como típico ni como punible—, siendo el caso que ese hecho tampoco variará por la circunstancia de que sobrevenga una imputación a título de dolo o de imprudencia. Por su parte, el adverbio “directamente” tampoco entraña una exigencia de dolo. Dado que se trata de una propiedad predicable del modo en que tiene lugar la inducción, difícilmente podría involucrar una restricción en el marco de la imputación subjetiva. Más bien, que se haya inducido directamente a ejecutar el hecho supone que entre el comportamiento del inductor y el del (autor) inducido no ha de mediar el de otra persona, con lo cual no solo queda excluida la llamada “inducción en cadena”⁶⁰, sino que también la “inducción mediata”, esto es, la realizada a través de alguien que funge como instrumento.

Por último, también la estructura de la complicidad es compatible con la imprudencia. Como forma de participación, la complicidad se basa en una mejora en la capacidad de otra persona para ejecutar una determinada acción⁶¹. El cómplice “descarga” al autor de la necesidad práctica de ejecutar una acción auxiliar que, de no ser por la intervención accesorio del primero, el segundo de ellos tendría que haber ejecutado él mismo. De igual modo que en la inducción, lo que se favorece es la ejecución de una determinada acción, sin que se precise que el cómplice o el autor hayan previsto el carácter típico del comportamiento cuya ejecución se ha facilitado.

Así, una imputación a título de imprudencia será factible, al menos teóricamente, cuando una persona, sin haberlo previsto, pero de manera contraria a cuidado, posibilita o facilita un comportamiento a cargo de otro

60 NOVOA (2005), p. 187; HERNÁNDEZ (2011b), p. 409; CONTRERAS y CASTRO (2022), p. 357. De otra opinión, VAN WEEZEL (2023), p. 365.

61 KINDHÄUSER (2021), p. 1300.

que acabará satisfaciendo la descripción de algún tipo de delito⁶². El ejemplo paradigmático —aunque de complicidad por imprudencia en un hecho principal imputable a dolo— es el de quien deja un arma de fuego sobre la mesa de un bar en cuyo interior hay varias personas discutiendo, sin que el responsable del arma advierta que esta ha sido tomada por un tercero que dispara con ella a otro. Un ejemplo de complicidad por imprudencia en un hecho principal imputable al mismo título podría ser el siguiente. En horas de la madrugada y en el contexto de una fiesta, *A* le pide a su amigo *B* que le preste su automóvil para ir a comprar alcohol. *A* se encuentra en manifiesto estado de ebriedad, lo que sin embargo no es advertido por *B*, quien, mientras conversa con otra persona, le entrega despreocupadamente las llaves a *A*, tal cual ha hecho en otras ocasiones. Cinco minutos después *A* atropella a *C*, causando su muerte⁶³.

En lo que aquí interesa, el artículo 16 del CP, que regula de forma subsidiaria la complicidad, no contiene ninguna cláusula referida a la imputación subjetiva de dicha forma de intervención accesorio. Como ya se ha señalado —y según habrá oportunidad de detallar en el siguiente apartado—, la expresión “hecho” es neutral a este último respecto.

Las consideraciones efectuadas hasta aquí han pretendido mostrar que es perfectamente plausible conciliar una imputación a título de imprudencia con el esquema interno a cada categoría que supone la concurrencia de una pluralidad de personas y, especialmente, que bajo la disciplina del Título Segundo del Libro Primero del CP chileno no se presentan obstáculos *de*

62 A nivel constructivo, véase ya BINDING (1915), p. 303. Asimismo, FEIJÓO (1999), pp. 76 y ss.; SÁNCHEZ (2004), pp. 386 y ss.; MAÑALICH (2015), p. 20; GONZÁLEZ (2022a), pp. 37 y s. Para la discusión angloamericana, véase COWLEY (2020), pp. 56 y ss.

63 Si el artículo 15 N°3 del CP es interpretado restrictivamente, cabrá convenir en que la facilitación concertada de medios, por sí sola, no basta para fundamentar una relación de coautoría. Para esto último es necesario que el comportamiento de quienes no intervienen en fase ejecutiva haya configurado sensiblemente el de quienes sí lo hacen, o que incluso el de estos últimos admita interpretarse como una continuación del de los primeros.

lege lata para proceder de manera diferenciada también en este contexto⁶⁴. En atención a sus consecuencias, lo último es especialmente relevante. Al acogerse un modelo diferenciador se excluye la posibilidad de castigar bajo la forma de sendas autorías paralelas aquellos supuestos que representarían más bien instancias de inducción o de complicidad imputables a imprudencia, como algunos de los que más arriba se han ofrecido a modo de ejemplo. Si acaso, bajo el CP chileno, tales hipótesis resultan punibles como formas de participación por imprudencia, en cambio, es algo que, junto con otros extremos, se abordará a continuación.

4. LA PUNIBILIDAD CONDICIONADA DE LA IMPRUDENCIA BAJO EL PARTICULAR RÉGIMEN DE *NUMERUS CLAUSUS* PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO. CONSECUENCIAS PARA LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

Previo a abordar el régimen de clausura de la punibilidad de los cuasidelitos bajo el CP chileno es imprescindible registrar, siquiera brevemente, la manera en que este comprende la imprudencia. Para ello, una guía fundamental la ofrece el propio artículo 2. La definición contenida en dicho precepto expresa de manera diáfana que la diferencia entre delito y cuasidelito radica únicamente en el respectivo criterio de imputación subjetiva; por el contrario, las acciones y omisiones atribuibles bajo alguno de tales títulos, objetivamente, son idénticas. Ello implica rechazar una concepción de la imprudencia como *crimen culpae*, en la que la infracción del estándar de cuidado es en sí misma delictiva, para abrazar, en cambio, un modelo de *crimina culposa*, en el que la infracción del correspondiente estándar de cuidado opera como un criterio de imputación (externo) respecto de hechos previstos de forma subjetivamente neutra en la parte especial.

64 Aunque dicho título se rotele “De las personas responsables de los delitos”, sería a todas luces precipitado desprender de ello la exclusión de los cuasidelitos. El Título Primero —“De los delitos”— define y establece reglas relativas a los cuasidelitos, por lo que cabría entender que el CP chileno asume un concepto amplio y otro restringido de delito, siendo solamente este último el que se contrapone con el de cuasidelito, en atención al distinto criterio de imputación subjetiva. Por esto, precisamente, a los cuasidelitos también resultan aplicables las reglas sobre eximentes, circunstancias modificatorias y causas de extinción de la responsabilidad penal.

Aquella comprensión es complementada por una cierta forma de regular la punibilidad de tales hechos cuando el título de imputación subjetiva es la imprudencia. Como se sabe, bajo un régimen de *numerus clausus*, el castigo de hechos imputables a título de imprudencia se restringe a casos determinados, de manera que su incriminación se encuentra por defecto excluida. En el CP chileno, por de pronto, dicha restricción opera a través del artículo 4 —complementado, como se verá, por el artículo 10 N°13—, de acuerdo con el cual los cuasidelitos se califican y penan en los casos especiales que determina el mismo Código⁶⁵.

Ahora bien, qué consecuencias se siguen de lo anterior para el sistema de intervención delictiva dependerá del alcance que se asigne al *numerus clausus*, pero también del sentido que se atribuya a los preceptos que disciplinan la concurrencia de una pluralidad de personas.

La primera posibilidad interpretativa es entender que la regla del *numerus clausus* opera tanto para los tipos como respecto de las categorías de la parte general, entre las que se hallan justamente las formas de autoría y de participación. Lo anterior, a su vez, podría sustentarse en el argumento de que la coautoría, la autoría mediata, la inducción y la complicidad operarían todas como “causas de extensión de la tipicidad”, por lo que, a su respecto, habría sido necesario que el legislador abriera la incriminación cerrada de la imprudencia. Luego, todos estos supuestos serían impunes por *atípicos*⁶⁶.

65 Que dicho sistema de número cerrado resulte abierto a través de cláusulas o remisiones generales —algunas muy amplias, como las de los artículos 490 y 492— no es algo que lo convierta en un *numerus apertus*, aunque, de extenderse, dicha forma de proceder sí podría llegar a comprometer la excepcionalidad del castigo de la imprudencia, que es precisamente lo que pretende un sistema de incriminación cerrada. Para una caracterización del sistema acogido en el CP chileno, véase HERNÁNDEZ (2011a), pp. 280 y ss.; REYES (2016), pp. 250 y ss.; con una valoración parcialmente distinta, FERNÁNDEZ (2002), p. 104, describe al chileno como un “*numerus clausus* imperfecto”.

66 Así, destacando su atipicidad bajo el régimen de *numerus clausus* del CP chileno, COUSO (2012), pp. 124 y s., aunque considerando, a la vez, que dicho sistema no se opondría a la punibilidad de la participación dolosa en el delito culposo. Por su parte, de manera más reciente, HERNÁNDEZ (2017b), p. 268, pondera favorablemente la posibilidad de un criterio cuya aplicación permitiera calificar como participación (atípica) las “contribuciones imprudentes más o menos insignificantes al hecho de otro”.

Dicha conclusión, sin embargo, podría verse alterada sustancialmente tratándose de la coautoría y de la autoría mediata, de asumirse la tesis según la cual el reconocimiento de tales categorías en el Libro Primero del CP solo tiene un valor declarativo —no constitutivo—, bajo la hipótesis de que su punibilidad habría podido desprenderse inmediatamente de los tipos de la parte especial. A la luz de esta variante, ni la posibilidad de una coautoría ni la de una autoría mediata por imprudencia enfrentarían obstáculos de legalidad. Pero no cabría afirmar lo mismo respecto de la participación, ya que los tipos de la parte especial no podrían sustentar de manera autosuficiente su castigo, persistiendo entonces la atipicidad de la “participación imprudente”⁶⁷.

Una segunda posibilidad sería entender la regla del *numerus clausus* como una referida exclusivamente a los tipos de la parte especial, por lo que ella no abarcaría a las estructuras de imputación previstas a nivel general. En consecuencia, para que proceda una imputación a título de imprudencia bastaría con que opere la apertura de ese número cerrado a propósito del respectivo hecho en la parte especial. Si este es el caso, entonces, nada habría de obstar a la punibilidad no solo de la coautoría y la autoría mediata, sino también de las formas de participación a título de imprudencia⁶⁸.

A reserva de lo que pronto se dirá sobre la punibilidad de la participación por imprudencia, aquí se comparte el punto de partida de la segunda de las tesis recién mencionadas. Pues un examen coordinado de los artículos 2 y 4 del CP chileno permite confirmar que el régimen cerrado que gobierna la “culpa”, en sentido estricto, es una regla acerca de su punibilidad, y no, en cambio, una cláusula restrictiva de la tipicidad de los hechos susceptibles

67 Asumiendo como premisa que los tipos de la parte especial son “tipos de autor”, NÁQUIRA (2010), pp. 234 y s., afirma la punibilidad de las distintas formas de autoría imprudente, mas no así la de la participación imprudente, lo cual supondría una ampliación de la tipicidad. Invocando el artículo 490, que se refiere a quienes “ejecutaren” un hecho, ARTAZA (2012), p. 23, arriba a una conclusión similar, admitiendo la punibilidad de la coautoría en delitos imprudentes, pero no la participación.

68 En la discusión chilena, véase HORVITZ (2008), pp. 151 y 153.

de imputar a ese título⁶⁹. Luego, las instancias de apertura de su *numerus clausus* no vienen a constituir prohibiciones previamente inexistentes —el quebrantamiento de esa norma ya era susceptible de imputar, aunque solamente a título de dolo—, sino que a habilitar, mediante una forma subsidiaria de imputación subjetiva, una punibilidad por defecto excluida.

Lo anterior tiene un impacto en la interpretación de las reglas sobre autoría y participación. Dada la identidad objetiva entre “delito” y “cuasidelito”, bajo los propios términos del CP chileno, la expresión “hecho” —objeto en el que concurren los comportamientos de autores y partícipes—, utilizada en los artículos 15 y 16, también ha de ser interpretada en términos subjetivamente neutros. Con ello, no hay razón alguna para suponer que las reglas que disciplinan la concurrencia de una pluralidad de personas serían —por así decirlo— preceptos genéticamente concebidos para hechos imputables a título de dolo; correlativamente, su aplicación a supuestos de imprudencia no envuelve ningún ejercicio de analogía. Por lo demás, y como fuera señalado antes, lo imputable a título de dolo o de imprudencia no son las modalidades de intervención delictiva, sino que una instancia de realización típica, cuya atribución estas últimas también hacen posible, aunque desde un punto de vista diverso.

Ahora bien, nada de lo anterior supone desconocer el carácter constitutivo de la punibilidad —no de la tipicidad— que, como reglas de imputación, efectivamente desempeñan aquellas disposiciones que regulan los supuestos en que concurre una pluralidad de personas. Pero, de nuevo, dado que las formas de autoría y de participación no están diseñadas internamente en función de un determinado criterio de imputación subjetiva, no se verificaría ninguna infracción del *nullum poena sine lege* de imputarse a dos personas, por ejemplo, un homicidio a título de coautoría y, además, a título de

69 Por ello, dicho sea de paso, es equívoca la contraposición de un “homicidio doloso” con otro “homicidio culposo”, ya que la norma de comportamiento quebrantada es la misma en cada caso.

imprudencia. Bajo el CP chileno, el anclaje legal para la primera operación lo proveería el artículo 15 N°1 o N°3; el de la segunda, los artículos 490 y siguientes, en relación con el 391.

Pero lo avanzado hasta aquí rige solamente para la coautoría y la autoría mediata. Llegados a este punto cobra máxima relevancia tener en vista la doble función que desempeña el artículo 10 N°13. Por una parte, este precepto complementa al artículo 4, estableciendo entre ambos un régimen incriminatorio cerrado para la imprudencia⁷⁰. Al referirse a quien comete un cuasidelito, dicho numeral —a pesar de ubicarse incorrectamente en una lista que contiene eximentes de responsabilidad— además valida la tesis, insinuada ya en el artículo 4, de que una falta de apertura del *numerus clausus* no quitará al hecho su carácter delictivo, sino que comportará su falta de punibilidad⁷¹. Pero hay una segunda función exclusiva del artículo 10 N°13. Por la vía de declarar exento de responsabilidad al que *cometiere* un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley, este precepto añade una información no contenida en el artículo 4, a saber: la de *quién* podría cargar o no con dicha responsabilidad⁷².

Para que se verifique una relación de intervención delictiva han de concurrir dos o más personas en un mismo hecho delictivo. El delito en cuestión es cometido por quien o quienes quebrantan de manera imputable la correspondiente norma de comportamiento. Pues bien, bajo un modelo

70 En efecto, el artículo 4 solo señala que los cuasidelitos se castigan en los casos especiales que determina el Código, pero es el 10 N°13 el que exige una previsión expresa en tal sentido. Como lo registra correctamente HERNÁNDEZ (2011a), p. 281, el artículo 10 N°13 no es una mera reiteración de lo que indica el artículo 4.

71 Acertadamente, REYES (2016), pp. 252 y s., vincula el modo en que el CP chileno regula la incriminación de la imprudencia con la distinción técnica entre delito y hecho punible, ilustrándolo a partir de la posibilidad (conceptual) de un cuasidelito de violación impropia que, sin embargo, no alcanzaría a constituir un hecho punible bajo la legislación penal chilena. Con más detalle sobre la distinción bindingniana entre delito y hecho punible, véase MAÑALICH (2011a), pp. 89 y ss.

72 De manera correcta, NÁQUIRA (2010), pp. 234 y s., repara en el sentido técnico asociado a la expresión “cometiere”, aunque extrae a partir de ella un argumento a favor de la *atipicidad* de la participación imprudente.

diferenciador, esa condición es exhibida exclusivamente por el autor o los coautores de ese hecho. En efecto, dicho esquema solo es compatible con la idea de “participación en el delito” —donde inductor y cómplice intervienen en el quebrantamiento ajeno de una norma—, mas no con la de un “delito de participación” —en el que cada partícipe cometería él mismo otro hecho delictivo, distinto al del autor—. Con ello, una lectura *a contrario sensu* del artículo 10 N°13 permite afirmar que, en los casos expresamente previstos por la ley, quien o quienes podrían llegar a responder penalmente son los (autores) que cometen un cuasidelito; a la inversa: aun bajo la hipótesis de apertura del *numerus clausus*, quienes (como inductor o cómplice) no cometen un cuasidelito, a pesar de haber participado en él, no responderán penalmente⁷³. Como es evidente, se actualiza así, y con suma significación práctica, la vieja controversia en torno a la calidad material —de autor o de partícipe— que exhiben algunos de los sujetos considerados autores por el artículo 15⁷⁴.

73 Cabe considerar que el artículo 10 N°13 podría interpretarse igualmente del siguiente modo: si, salvo en los casos expresamente penados por la ley, está exento de responsabilidad criminal el que cometiere un cuasidelito, *a fortiori* habrá de estarlo el que participare en él. Bajo esta última lectura, sin embargo, para los casos en que el *numerus clausus* resulta abierto ya no sería posible desprender, de aquella misma disposición, la falta de punibilidad de la participación por imprudencia. Agradezco a un/a evaluador/a anónimo/a por esta aguda e importante observación. Si bien es cierto que ni la apertura ni la clausura de la punibilidad de un hecho, en atención al criterio de imputación subjetiva que resulte aplicable, impactan internamente en las modalidades de intervención delictiva, la razón por la que se ha favorecido la interpretación sugerida en el texto principal estriba fundamentalmente en la necesidad de identificar en el artículo 10 N°13 alguna información no contenida en el artículo 4. Este último señala que los cuasidelitos se penan en los “casos especiales” que determina el Código, pero no especifica los sujetos que podrían llegar a ser responsables —lo que, por cierto, es técnicamente correcto, dado que se trata de distintos planos analíticos—. En consecuencia, es una singularidad del artículo 10 N°13 la que determina que, al abrirse el régimen de *numerus clausus*, sin embargo, persista la restricción general de que solo responderá criminalmente quien ha cometido el respectivo cuasidelito. Por otro lado, aun cuando el artículo 10 N°13 introduzca la precisión de que, salvo en los casos “expresamente penados”, los cuasidelitos eximen de responsabilidad, el hecho de que el artículo 493 nuevamente se refiera a los cuasidelitos “especialmente penados” en el Código —es decir, recupere la fórmula empleada en el artículo 4—, refuerza la utilidad de asociar a aquella disposición una función suplementaria autónoma.

74 Con argumentos y referencias registradas previamente, aquí se sigue la tesis de que el artículo 15 N°3 regula una genuina instancia de coautoría, por lo que el artículo 10 N°13 no genera obstáculos a este respecto. No cabe decir lo mismo del artículo 15 N°2, en lo que concierne a la inducción. Precisamente porque, a través de dicha vía, una persona interviene en el hecho delictivo perpetrado por otra, la punibilidad de la inducción por imprudencia —del mismo modo que la complicidad, prevista en el artículo 16— se encuentra excluida.

Ahora bien, es relevante notar que del artículo 10 N°13 no solo se sigue la exclusión de la punibilidad de la participación por imprudencia en un hecho principal imputable subjetivamente a ese mismo título a su autor, sino también la de la participación imputable a dolo en tal hecho; como se ha visto, aquel numeral solo autoriza el castigo de quien comete un cuasidelito, no el de quien participa (dolosa o imprudentemente) en él⁷⁵. Como contrapartida, el artículo 10 N°13, con su peculiar estructura, no alcanza a vedar la punibilidad de una participación por imprudencia en un hecho principal atribuible a dolo, ya que este no constituiría un cuasidelito —como tampoco lo sería aquella acción puramente auxiliar—. Ciertamente, el escenario anterior podría generar una antinomia axiológica para el evento de que el *numerus clausus* no se encuentre abierto con respecto a ese hecho —por ejemplo, inducir de manera contraria a cuidado a otro a cometer una estafa—, con la aporía subsecuente de castigar una inducción o complicidad por imprudencia en circunstancias de que, bajo ese mismo criterio de imputación subjetiva, tal hecho no habría podido generar una responsabilidad penal a título de autoría. Justamente sobre dicha base acaso podría construirse un argumento *a fortiori* a favor de su falta de punibilidad⁷⁶.

5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Según una tesis tradicionalmente acogida en la doctrina penal chilena, la diferencia entre autores y partícipes solo procedería tratándose de hechos imputables a título doloso. En contra de lo que usualmente se sostiene, técnicamente, ello no coincide con la defensa de un sistema unitario de intervención delictiva, aunque sí conduce a un régimen de autorías paralelas basado, asimismo, en el rechazo de un modelo diferenciador.

75 Salvo que, desde luego, en lugar de una participación imputable a dolo, el supuesto en cuestión constituya más bien una instancia de autoría mediata. Para ello, lo fundamental será determinar si el déficit padecido por quien ejecuta el hecho es o no atribuible a la persona de atrás.

76 Para reforzar dicha conclusión, podría invocarse asimismo los artículos 50 y 51 del CP, que, al menos para el cómplice, disponen una rebaja de pena de un grado que toma como referencia la pena del autor (que a su vez es la misma señalada por la ley para el delito).

Tras ponderar críticamente los postulados en que descansa aquella tesis tradicional, y en consonancia con una línea argumental que cada vez gana más terreno en la discusión nacional, en el presente trabajo se ha intentado reforzar la necesidad de conservar un único modelo, que distinga entre estructuras principales y accesorias de intervención, aplicables tanto si el hecho resulta imputable subjetivamente a título de dolo, o bien a título de imprudencia. Especialmente, se ha procurado mostrar que no hay razones que *de lege lata* excluyan dicha posibilidad al interior del CP chileno. La estructura interna de cada forma de autoría y de participación recogida en los artículos 14 y siguientes atiende a la manera en que se dejan relacionar los comportamientos de dos o más personas, siendo el caso que dicha relación —aunque presupone la presencia de alguno de ellos— no es conceptualmente sensible al específico criterio de imputación subjetiva a través del cual se atribuirá el hecho en cuestión a cada interviniente. De ahí que las exigencias previstas en ciertas cláusulas del artículo 15 —como el adverbio “directamente”, en el numeral segundo, y el concierto entre coautores, requerido en el tercero— necesiten ser comprendidas como condicionamientos referidos a la correspondiente forma de intervención, mas no así a la imputación subjetiva del hecho. Ahora bien, la plena factibilidad de un modelo diferenciador no prejuzga, sin embargo, la respuesta a la pregunta en torno a la punibilidad de la participación por imprudencia y en hechos principales imputables (a su autor) a título de imprudencia. Para lo anterior, resulta indispensable atender a la intensión y, por ende, a la extensión de las reglas que gobiernan la incriminación de la imprudencia bajo el CP chileno.

Según la tesis aquí defendida, el sistema de *numerus clausus* adoptado en el CP chileno no obsta a la punibilidad de la autoría mediata y de la coautoría en un hecho imputable a título de imprudencia, pero sí al castigo de la inducción y de la complicidad por imprudencia. En contraste con lo sostenido por un creciente sector de la doctrina chilena, dicho impedimento no estriba en la atipicidad de estos últimos comportamientos, pues las formas de intervención accesoria, en sentido estricto, no constituyen tipos, sino que estructuras que permiten atribuir la realización de un tipo de delito. Más bien,

y de manera circunstancial, el límite señalado proviene del singular modo a través del cual el CP chileno ha incorporado aquel régimen incriminatorio. En concreto, para la punibilidad de hechos imputables a imprudencia, el artículo 10 N°13 ha introducido una restricción adicional a la necesidad —anticipada en el artículo 4— de una previsión expresa que posibilite ese castigo, por defecto excluido, al reservarlo exclusivamente para quien comete el respectivo cuasidelito⁷⁷. En consecuencia, lejos de obstar a un modelo diferenciador de intervención delictiva, el artículo 10 N°13 *presupone* la distinción entre autores y partícipes, en la medida en que autoriza —bajo la condición en él contenida— el castigo excepcional de los primeros, mas no así de los segundos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARTAZA, Osvaldo (2012): “La utilidad del concepto de coautoría para la imputación adecuada de conductas imprudentes en el marco de la actividad empresarial”, en: *Perspectiva Penal Actual* (N°1), pp. 11-62.

BINDING, Karl (1965): *Die Normen und ihre Übertretung* (Aalen, Scientia Verlag, reimp. de la edición de Leipzig de 1919), tomo IV.

BINDING, Karl (1915): “Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts”, en: *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen* (Múnich/Leipzig, Duncker & Humblot), tomo I, pp. 251-401.

BUSTOS, Juan (1995): *El delito culposo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

⁷⁷ Se trata, entonces, de un aspecto contingente y característico del particular modo bajo el cual el CP chileno ha diseñado el régimen incriminatorio de los hechos imputables a título de imprudencia. Es importante acentuar lo anterior, debido a que dicha restricción no suele estar incorporada en las cláusulas a través de las cuales los Códigos modernos acogen dicho sistema, en los que solo se exige la previsión expresa de su punibilidad. De hecho, esta última orientación se lee en los artículos 12, tanto del Anteproyecto de Código penal de 2018 como del Proyecto de nuevo Código penal de 2022.

CONTRERAS, Lautaro y CASTRO, Álvaro (2022): “Autoría mediata por aparatos organizados de poder y coautoría en el ámbito empresarial: ¿solución frente a las limitaciones del derecho chileno para castigar como autores a los órganos directivos de las empresas?”, en: *Derecho PUCP* (N°89), pp. 325-364.

COUSO, Jaime (2012): “Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el derecho chileno. En memoria del Profesor Mario Garrido Montt”, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales* (N°1), pp. 91-134.

COWLEY, Cristopher (2020): “Reckless Enabling”, en: *Criminal Law and Philosophy* (N°14), pp. 51-67.

CURY, Enrique (2011): *Derecho penal. Parte general*, décima edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho penal. Parte general*, tercera edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

FEIJÓO, Bernardo (1999): *Homicidio y lesiones imprudentes* (Madrid, Edijus).

FERNÁNDEZ, José Ángel (2002): “El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones”, en: *Revista de Derecho* (Vol. 13), pp. 101-122.

FREUND, Georg y ROSTALSKI, Frauke (2019): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tercera edición (Berlín/Heidelberg, Springer).

GARRIDO, Mario (2010): *Derecho penal. Parte general*, cuarta edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

GONZÁLEZ, Diego (2022a): “Intervención delictiva e injusto imprudente. Defensa de un esquema diferenciador y elementos para su análisis coordinado”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (N°37), 2022, pp. 1-50.

GONZÁLEZ, Diego (2022b): “Homicidio en coautoría y motivos discriminatorios”, en: *Revista de Ciencias Penales* (N°3), pp. 165-186.

GUZMÁN, José Luis (2009a): “El caso chileno”, en: Ambos, K. (dir.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado* (Bogotá, Temis), pp. 71-86.

GUZMÁN, José Luis (2009b): *Estudios y defensas penales*, tercera edición (Santiago, LegalPublishing).

HAAS, Volker (2008): *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen* (Berlín, Duncker & Humblot).

HERNÁNDEZ, Héctor (2017a): “Deberes de cuidado independientes del posible comportamiento posterior de otro y autoría imprudente (accesoria)”, en: Silva Sánchez, J. M. et al. (dirs.) *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (Montevideo/Buenos Aires, B de F), pp. 607-616.

HERNÁNDEZ, Héctor (2017b): “El caso ‘Global Engines’: consecuencias mortales de la omisión del retiro de un producto defectuoso a la luz del derecho penal chileno”, en: Couso, J. y Werle, G., *Intervención delictiva en contextos organizados* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 249-272.

HERNÁNDEZ, Héctor (2011a): “Artículo 10 N°13”, en: Couso, J.; Hernández, H. (dirs.), *Código Penal comentado. Libro Primero (arts. 1° a 105)* (Santiago, Abeledo Perrot), pp. 280-282.

HERNÁNDEZ, Héctor (2011b): “Título II. De las personas responsables de los delitos”, en: Couso, J.; Hernández, H. (dirs.), Código Penal comentado. Libro Primero (arts. 1º a 105) (Santiago, Abeledo Perrot), pp. 365-423.

HERNÁNDEZ, Héctor (2008): “Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de la empresa”, en: Revista de Estudios de la Justicia (Nº10), pp. 175-198.

HORVITZ, María Inés (2008): “Autoría y participación en el delito imprudente”, en: Revista de Estudios de la Justicia (Nº10), pp. 143-155.

KINDHÄUSER, Urs (2021): Analytische Strafrechtswissenschaft (Baden-Baden, Nomos).

KREUZBERG, Bastian (2019): Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen (Berlín, Duncker & Humblot).

LUZÓN, Diego-Manuel (1989): “La determinación objetiva del hecho: observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, (Vol. XLII), pp. 889-914.

MAÑALICH, Juan Pablo (2015): “La imprudencia como estructura de imputación”, en: Revista de Ciencias Penales (Vol. XLII), pp. 13-36.

MAÑALICH, Juan Pablo (2014): Norma, causalidad y acción (Madrid y otras: Marcial Pons).

MAÑALICH, Juan Pablo (2013): “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, en: InDret (Nº1), pp. 1-29.

MAÑALICH, Juan Pablo (2011a): “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIV, pp. 87-115.

MAÑALICH, Juan Pablo (2011b): “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho (Vol. 38)*, pp. 279-310.

MAÑALICH, Juan Pablo (2010): “La estructura de la autoría mediata”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. XXXIV)*, pp. 385-414.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2021): *Manual de Derecho penal chileno. Parte general, segunda edición (Valencia, Tirant lo Blanch)*.

MAYER, Laura y VERA, Jaime (2022): “Capítulo III. Delitos culposos contra la vida y la salud”, en: Rodríguez, L. (dir.), *Derecho penal. Parte especial (Valencia, Tirant lo Blanch)*, volumen I.

NÁQUIRA, Jaime (2010): “¿Autoría y participación en el delito imprudente”, en: Schweitzer, M. (coord.), *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos (Santiago, Ediciones Universidad Fines Terrae)*, pp. 221-240.

NAVAS, Iván (2022): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general (Valencia, Tirant lo Blanch)*.

NOVOA, Eduardo (2005): *Curso de Derecho penal chileno. Parte general, tercera edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)*, tomo II.

PEÑARANDA, Enrique (2015): *La participación en el delito y el principio de accesoriidad, segunda edición (Montevideo/Buenos Aires, BdeF)*.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general, segunda edición* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PUPPE, Ingeborg (2004): “Wider die fahrlässige Mittäterschaft”, en: *Golt-dammer’s Archiv für Strafrecht*, pp. 129-146.

REDMANN, Michael (2014): *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte* (Berlín, Duncker & Humblot).

RENZIKOWSKI, Joachim (2021): “Die fahrlässige Mittäterschaft”, en: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (Nº2), pp. 92-99.

REYES, Ítalo (2016): “Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código penal chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XLVII), pp. 245-278.

ROSAS, Juan Ignacio (2015): “Caso ‘Imprudencia mortal en el equipo médico’. SCA de Santiago, 3/04/2005, Rol N°14193-2005”, en: Vargas, T. (dir.), *Casos destacados. Derecho penal, Parte general* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 133-148.

SÁNCHEZ, Fernando (2004): *Intervención delictiva e imprudencia* (Granada, Comares).

SOLARI, Tito y RODRÍGUEZ, Luis (1978): “Encubrimiento y delito culposo”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Nº2), pp. 205-220.

SOTO, Miguel (1986): “La Noción de Autor en el Código Penal chileno”, en: *Gaceta Jurídica* (Nº68), pp. 13-53.

VALIENTE, Vicente (2019): “‘Deberes de cuidado’ e ‘incumbencias’”, en: *Enfoques penales* (Abril), pp. 1-7.

VAN WEEZEL, Alex (2023): *Curso de Derecho penal. Parte general* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

VAN WEEZEL, Alex (2021): “Autoría y dominio del hecho en el derecho penal chileno. Una aproximación histórica”, en: Falcone, A. (ed.), *¿Autonomía y accesoriadad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho* (Madrid y otras, Marcial Pons), pp. 111-141.

VAN WEEZEL, Alex (2014): “Actuación conjunta e imputación de resultados”, en: *Revista de Ciencias Penales* (Vol. XLI), pp. 183-204.

VAN WEEZEL, Alex (2008): *Pena y sentido* (Lima, Ara).

VAN WEEZEL, Alex (2006): *Beteiligung bei Fahrlässigkeit* (Berlín, Duncker & Humblot).

VARGAS, Tatiana (2013): *Manual de Derecho penal práctico, tercera edición* (Santiago, Thomson Reuters).

YÁÑEZ, Sergio (1975): “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en: *Revista de Ciencias Penales* (Vol. XXXIV), pp. 49-64.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 09 de junio de 2006, rit N°10-2005.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, sentencia de fecha 08 de diciembre de 2006, rit N°57-2006.

Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, sentencia de fecha 22 de diciembre de 2009, rit N°123-2009.

Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 20 de marzo de 2019, rol N°30641-18.

**LAS EXCEPCIONES A LA DESCARGA DE LA
DEUDA EN EL CONCURSO DE PERSONA
NATURAL TRAS LA REFORMA DE LA LEY 20.720.
COMENTARIOS CRÍTICOS Y PROPUESTAS
INTERPRETATIVAS¹⁻²**

THE EXCEPTIONS TO THE DISCHARGE OF DEBT IN
BANKRUPTCY OF THE NATURAL PERSONS AFTER THE
REFORM OF ACT 20.720. CRITICAL COMMENTS AND
INTERPRETATIVE PROPOSALS


Miguel Ángel Alarcón Cañuta*

Resumen

La reforma a la Ley 20.720 incorpora la institución de las excepciones a la descarga de la deuda residual en el modelo nacional. La redacción de las normas introduce indeterminación e incertidumbre para las partes en el concurso de la persona natural. La comprensión de cuestiones dogmáticas y de la historia de la ley permiten analizar la institución, determinando el sentido y alcance de las normas, proponiendo soluciones interpretativas a los problemas detectados.

1 Artículo recibido el 14 de septiembre de 2023 y aceptado el 15 de abril de 2024.

2 Investigación desarrollada en el marco del Proyecto Fondecyt de Iniciación N°11221158, del cual el autor es investigador responsable, agradeciendo a la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) de Chile.

* Doctor en Derecho por la U. de Barcelona. Máster en Derecho con especialidad en Derecho Privado, U. de Barcelona. Profesor asociado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U. Arturo Prat, Sede Victoria, Victoria, Chile.  0000-0002-3284-0966. Dirección Postal: O'Higgins N°195, Victoria, Chile. Correo electrónico: mialarco@unap.cl.

Palabras clave

Excepciones a la descarga, concurso de persona natural, principio del fresh start.

Abstract

The reform to Act 20.720 incorporates the institution of exceptions to the discharge of residual debt in the national model. The wording of the rules introduces indeterminacy and uncertainty for the parties in the bankruptcy of the natural person. The understanding of dogmatic issues and the history of the law allow analyzing the institution, determining the meaning and scope of the rules, proposing interpretative solutions to the problems detected.

Keywords

Exceptions to discharge, personal bankruptcy, fresh start principle.

1. INTRODUCCIÓN

En el concurso de la persona natural, las excepciones a la descarga de la deuda son obligaciones no alcanzadas por el efecto de la descarga de la deuda residual; en el caso nacional, por el efecto extintivo de la descarga³.

Hasta antes de la reforma de la ley 20.720 (LRLEP)⁴ nuestro modelo no contemplaba excepciones a la descarga. La doctrina nacional era crítica respecto de la falta de limitaciones al efecto extintivo de la descarga establecida en la LRLEP⁵, lo que incidía en una indeterminación normativa que posibilitó una actividad de la jurisprudencia nacional y de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (SIR) para limitar la extinción de los saldos insolutos respecto de ciertas obligaciones en el procedimiento

3 SINGER (1997), p. 326; ALARCÓN (2018a), p. 615; CABALLERO (2018), p. 144; ALARCÓN (2021a), p. 273.

4 Ley 20.720, de 2014.

5 PUGA (2016), p. 64; CABALLERO (2018), pp. 150 y ss.; ALARCÓN (2018a), pp. 622 y ss.; RUZ (2018), pp. 576 y ss.; GOLDENBERG (2021), p. 380.

de liquidación y el de renegociación⁶. Como contrapartida, ello tuvo como consecuencia inseguridad jurídica para la persona deudora y acreedores, con motivo de una disparidad de criterios de los tribunales de justicia y una falta de consideración de un criterio último de delimitación de obligaciones exceptuadas de la descarga.

La reforma a la ley 20.720⁷ (R-LRLEP) modificó los arts. 255 y 260. Respectivamente, las normas enumeran obligaciones exceptuadas de la descarga en el procedimiento concursal de liquidación, y obligaciones excluidas del procedimiento de renegociación. A primera vista, llama la atención que las disposiciones utilicen nomenclaturas distintas al determinar las obligaciones respecto de las que no operará la descarga, por una parte “excepciones”, por otra “exclusiones”, surgiendo la duda sobre si son lo mismo o no, así como en cuanto a su efecto. Luego, la enumeración de las obligaciones es distinta en cada caso. Finalmente, llama la atención en el art. 260 N°3 la incorporación de una facultad para que la SIR establezca obligaciones excluidas del procedimiento de renegociación, donde surge duda respecto de su conveniencia y, en su caso, las razones que justificarían una exclusión. Así las cosas, la redacción normativa introduce indeterminación en cuanto al tratamiento y efecto que presenta la institución de las obligaciones exceptuadas de la descarga de la deuda en el modelo nacional, lo que incide en que, a pesar del cambio legislativo, se mantiene la incertidumbre tanto para el deudor como para los acreedores.

Debido a que el problema planteado tiene impacto importante en el interés de alivio del deudor y el interés de pago de los acreedores, su formulación en el modelo nacional requiere análisis. La comprensión de cuestiones dog-

6 Dan cuenta de las situaciones, CABALLERO (2018), pp. 158 y ss.; RUZ (2018), pp. 592 y 593; ALARCÓN (2018), pp. 10 y ss.; JEQUIER (2020), pp. 308 ss.; GOLDENBERG (2021), pp. 386 y 390 a 391. La Corte Suprema ha considerado que las obligaciones derivadas de créditos con aval del estado son excluidas del procedimiento de liquidación a partir del fallo en causa rol N°4656-2017, de fecha 9 de mayo de 2017. La SIR emitió Oficio Circular N°5, de 19 de mayo de 2020, y a propósito de la reforma, la Norma de Carácter General N°21, de 11 de agosto de 2023 (NCG), donde estableció obligaciones “inconciliables con el procedimiento de renegociación”.

7 Ley 21.563, de 2023.

máticas sobre la institución de las excepciones a la descarga de la deuda en el concurso y el estudio de la historia de la ley de R-LRLEP (HL) permiten analizar las normas con la finalidad de comprender su contenido y alcance. La hipótesis de este trabajo es que las normas no son coherentes con los fundamentos de la institución de las excepciones de la descarga de la deuda en el concurso de la persona natural, lo que se manifiesta en una redacción desacertada al establecerse obligaciones excluidas de la renegociación y una facultad de la Superintendencia de establecer obligaciones excluidas de la renegociación. De esta forma, el trabajo analiza las normas que configuran las excepciones a la descarga de la deuda en la ley 20.720 con el fin de conocer su contenido, alcances y efectos, y proponer soluciones interpretativas a los problemas normativos existentes.

2. BREVE DELIMITACIÓN DOGMÁTICA DE LA INSTITUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LA DESCARGA

Desde el punto de vista dogmático, la institución de las excepciones a la descarga de la deuda en un procedimiento concursal de persona natural es una limitación al principio del *fresh start*⁸. Así, el principio reconoce el interés de alivio del deudor como un objetivo del procedimiento concursal, fin que se vincula con el libre desarrollo de la personalidad⁹. A partir de ahí, la autonomía o capacidad para desarrollar la personalidad, contenida dentro de la idea de efectivo alivio e inherente a la dignidad humana, conlleva responsabilidad, lo que implica ser capaz de comprometerse con uno mismo y con los demás¹⁰. De esta forma, el principio del *fresh start* presenta límites, los cuales emanan de la necesidad de que la regulación concursal de la persona natural, aunque protectora del deudor, debe no obstante reconocer y respetar los intereses de satisfacción de los acreedores en la medida en que

8 GROSS (1999), p. 123; BYINGTON (2017), p. 117; ALARCÓN (2018a), p. 609. Como limitación al alivio del deudor a través de la descarga, CABALLERO (2017), p. 358. Un análisis dogmático de la institución, en ALARCÓN (2021a), pp. 271 ss.

9 Respecto del principio del *fresh start* y la idea de efectivo alivio del deudor, ALARCÓN (2021), pp. 318, 319 y 339; ALARCÓN (2021a), pp. 52 ss.

10 ALARCÓN (2021), p. 337. En el mismo sentido, en el ámbito del concurso de la persona natural, Bastante (2016), p. 40, vincula la incorporación de la buena fe con la responsabilidad.

el principio lo permita¹¹. Así, desde el punto de vista de la obligación¹², las limitaciones al principio surgen en la medida que la finalidad de otorgar alivio al deudor puede imponer externalidades negativas¹³ en ciertos acreedores, respecto de quienes no se justifica¹⁴ que sus créditos sean alcanzados por los efectos de la descarga¹⁵. Considerando que los procedimientos concursales de persona natural se orientan a solucionar el incumplimiento y el problema subyacente a la insolvencia o sobreendeudamiento, y teniendo en cuenta su alcance social¹⁶, la limitación se presenta en la descarga, como herramienta a través de la que se hace posible el alivio del deudor¹⁷, estableciéndose obligaciones que no serán alcanzadas por sus efectos.

A partir de ello, dos cuestiones deben tenerse en cuenta a la hora de regular la institución: la justificación que motiva exceptuar una obligación de la descarga¹⁸; y el carácter expreso que las excepciones deben tener¹⁹.

El primer punto se refiere a las razones que justifican que una obligación sea exceptuada del efecto de la descarga. El modelo estadounidense contempla alrededor de 20 excepciones, como créditos por alimentos, indemnizaciones de perjuicio, créditos educacionales, multas, obligaciones tributarias,

11 ALARCÓN (2021b), p. 315. En sentido similar, véase GOLDENBERG (2021), p. 395, quien cita a BASTANTE (2016), y a ALARCÓN (2021a), p. 338.

12 Desde el punto de vista del sujeto, las limitaciones al principio se vinculan con una exigencia de honestidad del deudor para con sus acreedores, una actuación de buena fe. Así, ALARCÓN (2018a), pp. 609 ss.

13 ELLIOTT (1987), p. 109; FIELDSTON (1994), p. 150, nota 6.

14 CABALLERO (2018), p. 144.

15 Dependiendo del modelo comparado, la descarga puede operar como un mecanismo que extingue los saldos insolutos, como el caso chileno, o que muta la obligación en natural, como el caso español, alemán y estadounidense. Sobre la naturaleza jurídica de la descarga, ALARCÓN (2021a), pp. 263 ss.

16 ZYWICKI (2000-2001), p. 395; HUGON (2005), pp. 13 y 14; LAURIAT y VIGNEAU (2014), p. 51. En este sentido, GARRIDO (2014), p. 204, expresa que un sistema concursal de personas naturales “[...] sitúa los elementos humanos de los problemas de endeudamiento en el centro del sistema [...]”. En igual sentido, CABALLERO (2018), pp. 139 y 140.

17 BYINGTON (2017), pp. 143; ALARCÓN (2021a), pp. 50 y 53.

18 Si bien no directamente, CABALLERO (2017), p. 358, llama la atención respecto de esta necesidad.

19 BYINGTON (2017), pp. 117 y 118; CABALLERO (2017), p. 358; ALARCÓN (2018), p. 634.

entre otros²⁰. El modelo francés contempla obligaciones por alimentos, por indemnizaciones de perjuicio y por fraude del deudor²¹, al igual que el modelo alemán²². Ni en el ámbito chileno ni en el comparado se ha analizado la justificación última de las excepciones a la descarga²³. En el caso chileno, ello se debe a la novedad legislativa, que establece excepciones a la descarga con la reciente ley 21.563²⁴, y porque los fallos de los tribunales superiores de justicia no han analizado la naturaleza de la institución ni sus fundamentos al fallar casos como el de la exclusión de créditos con aval del estado del procedimiento de liquidación con la regulación anterior²⁵. Si bien el argumento de la Corte sobre el carácter especial del tratamiento de los créditos por la ley es el principal, no es menos cierto que al comprenderse la lógica de funcionamiento de la descarga de la deuda, y la crítica planteada al fallo²⁶, ello conlleva la necesidad de analizar el fundamento de la institución, que entronca con la pregunta por las justificaciones de las excepciones. En un

20 Sección 523(a) *Bankruptcy Code* (BC).

21 Artículo L-711-4 en relación con L-741-2 *Code de la Consommation* (CCon)

22 §302 *Insolvenzordnung* (InsO)

23 En el ámbito comparado se plantean justificaciones por cada excepción, planteándose razones de política pública en atención a su importancia para la sociedad, y por conducta reprochable del deudor. Así, SINGER (1997), p. 326; BYINGTON (2017), p. 117; STEPHAN (2020), Rn. 1-5 (versión preview beck)

24 Por ejemplo, respecto del problema de la exclusión del crédito con aval del estado, y en torno a la redacción anterior de la ley 20.720, GOLDENBERG (2021), p. 390, critica la falta de una determinación legal que solucione la tensión entre el interés de alivio de la persona deudora y la estabilidad del sistema crediticio teniendo en cuenta los aspectos sociales y económicos involucrados.

25 Para una comprensión del problema, ALARCÓN (2018); CABALLERO (2017), p. 358, dando cuenta del tratamiento indirecto del tema de las excepciones a la descarga que la Corte Suprema realiza respecto de la exclusión del crédito con aval del estado; GOLDENBERG (2021), p. 390 y SARALEGUI (2022), p. 373, aluden a la falta de análisis dogmático de la institución por los tribunales.

26 Así, ALARCÓN (2018), pp. 44 ss., plantea que siendo el problema económico patrimonial que padece la persona concursada distinto al mero incumplimiento del crédito con aval del estado, no es posible aplicar un criterio de especialidad como el argüido por la Corte. De igual manera, CABALLERO (2017), p. 358; GOLDENBERG (2021), p. 390 ss.; BECAR (2021), p. 209; SARALEGUI (2022), p. 373.

plano más general, la falta de análisis de las justificaciones se produce porque la descarga se considera una política, un mero beneficio para el deudor, que torna a la institución maleable y dependiente de la política pública de turno²⁷.

En nuestro país, se ha planteado como criterio delimitador del establecimiento de excepciones a la descarga el que las obligaciones tengan carácter de involuntarias²⁸. Por nuestra parte, si bien el criterio contribuye a despejar la incertidumbre en cuanto a las obligaciones que podrían ser exceptuadas del efecto extintivo, creemos que presenta el problema de incorporar como excepciones un cúmulo de obligaciones que, teniendo carácter de involuntarias, las detentan acreedores respecto de quienes no se justifica un tratamiento especial, porque presentan capacidad para evaluar la situación económica del deudor, o porque se encuentran en una mejor posición de poder económico o de conocimiento técnico, en una correlación desequilibrada entre ambos. En este sentido, en el concurso no solo existen obligaciones conmutativas que pueden ser clasificadas como voluntarias o involuntarias, sino también obligaciones de naturaleza distributiva²⁹ y retributiva. A modo de ejemplo, obligaciones por multa en favor del Estado o una entidad administrativa; impuestos o contribuciones debidas al fisco³⁰; intereses moratorios cuyo acreedor es el fisco, banco o institución financiera; costas en favor del fisco, bancos o instituciones financieras; multas por incumplimientos de contratos administrativos de suministro y de prestación de servicios que, aunque alguna doctrina plantea su origen contractual³¹, tienen como acreedor a una entidad administrativa.

27 Sobre la crítica a esta comprensión, y una argumentación para la construcción del principio del fresh start, como rector del concurso de la persona natural, a partir del cual se comprende que la descarga es un derecho, ALARCÓN (2021).

28 CABALLERO (2018), p. 164. En este mismo sentido parece decantarse RUZ (2018), p. 592, al establecer como criterio el carácter no contractual de los acreedores, y en un reciente artículo, RUZ (2023) se refiere al punto a propósito de la reforma a la ley concursal. De igual forma, OLAYO (2021), p. 665; SANZ (2023), p. 43.

29 Sobre el punto, CHÉNEDÉ (2012), pp. 125 y 126.

30 En el ámbito alemán, STEPHAN (2020), Rn. 11-17, expresa que los créditos fiscales no están exentos de la descarga porque resultan de la ley.

31 BOUTAUD (2022), p. 195.

Considerando el principio del fresh start, que los procedimientos concursales de persona natural buscan solucionar el problema subyacente a la insolvencia del deudor³², y sabiendo que las obligaciones exceptuadas de la descarga tienen naturaleza de excepción al derecho al alivio, creemos que su justificación es una razón última, que no puede quedar a la discreción de la política de turno, y que se encuentra en la misma finalidad que el concurso pretende: el mantenimiento de la dignidad humana a través de un efectivo alivio³³. A partir de ello, considerando que el problema del sobreendeudamiento o insolvencia de la persona natural afecta tanto al deudor, acreedores y a terceros, con alcances sociales³⁴, se justifica que una obligación escape al efecto extintivo de la descarga cuando el acreedor se encuentra en una situación de dependencia o vulnerabilidad respecto del deudor; acreedor para quien la extinción de la obligación impondría una circunstancia desfavorable, una externalidad negativa, que limitaría su propia capacidad para desarrollar su personalidad³⁵. A modo de ejemplo, alimentos que se deben por ley a ciertas personas, compensación económica, sueldos y cotizaciones previsionales debidas a los trabajadores, indemnización de perjuicios en caso que el acreedor se encuentre en situación de dependencia respecto de esa obligación.

32 ALARCÓN (2021a), p. 56.

33 Sobre la noción de efectivo alivio como un estado en que la persona es devuelta a un conjunto de condiciones que posibilitan su libre desarrollo de la personalidad, esto es, su dignidad, ALARCÓN (2021), pp. 319 y 338; ALARCÓN (2021a), pp. 53 y ss.

34 ZYWICKI (2000-2001), p. 395; HUGON (2005), pp. 13 y 14; LAURIAT y VIGNEAU (2014), p. 51; GARRIDO (2014), p. 204.

35 ALARCÓN (2018a), pp. 632 y 633; ALARCÓN (2021a), p. 274; SARALEGUI (2022), p. 371, si bien no analiza el fundamento último de las excepciones a la descarga, plantea como ejemplo las obligaciones legales y previsionales de los trabajadores, respecto de las que, expresa, tienen por objeto “asegurar una calidad de vida digna al trabajador y su familia”. Por su parte, en esta misma línea parece decantarse GOLDENBERG (2021), p. 387, especialmente en referencia a las obligaciones alimenticias devengadas y adeudadas. A su turno, aunque OLAYO (2021), p. 665 y RUZ (2023), p. 94, aluden a la clasificación de obligaciones voluntarias e involuntarias, el sustrato de sus argumentos parecen orientarse por la desmejorada o especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra el acreedor, respecto de obligaciones que derivan de cuasi delitos civiles o deudas cuya naturaleza son intrínsecas a la persona humana.

3. DESCRIPCIÓN DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS

La reforma incorpora excepciones a la descarga de la deuda en el art. 255 respecto de la liquidación, aplicable a la liquidación simplificada por el art. 281 A inc. 3. Por su parte, incorpora “obligaciones excluidas” del procedimiento de renegociación en el art. 260.

Las obligaciones mencionadas en cada norma se sintetizan en el siguiente recuadro:

Art. 255 “se entenderán extinguidas [...] salvo”	Art. 260 “excluidas del procedimiento concursal de renegociación”
N°1: Alimentos que se deben por ley a ciertas personas y la compensación económica	N°1: Alimentos que se deben por ley a ciertas personas y la compensación económica
N°2: Obligaciones derivadas de delitos o cuasidelitos civiles y/o penales	N°2: Obligaciones derivadas de delitos o cuasidelitos civiles
	N°3: Obligaciones por multa y demás sanciones pecuniarias penales
	N°3 parte final: Aquellas de carácter especial que la Superintendencia determine mediante norma de carácter general

Fuente: Elaboración propia.

4. COMENTARIOS CRÍTICOS A LAS REFORMAS. PROBLEMAS Y PROPUESTAS INTERPRETATIVAS

4.1. Fundamento de las excepciones a la descarga contenidas en la ley 20.720

Respecto de las excepciones contenidas en el art. 255, el proyecto original contemplaba obligaciones derivadas de pensiones alimenticias, aquellas con origen en la condena de un deudor por delito o cuasidelito civil o penal y las determinadas por el tribunal en la resolución que fallare la solicitud del art. 169 bis (incidente de mala fe)³⁶. En Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados se agregan las que provengan de prestaciones de la seguridad social, como cotizaciones previsionales y créditos sociales³⁷. En Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado se modifica la redacción de la norma a través de indicación 17 quater a por parte del Ejecutivo³⁸. Así, la norma solo contempla como excepciones a la descarga las obligaciones por alimentos y las derivadas de delito o cuasidelito civil y/o penal, agregando en el N°1 a las obligaciones por compensación económica.

Ni en el Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, ni en Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, se detecta un análisis o discusión respecto de las razones que habrían llevado a la incorporación de ciertas excepciones, o su eliminación, en el art. 255, planteándose solo la idea de que “se van a tutelar créditos por características especiales”³⁹. En el Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado se presentan intervenciones que dan cuenta de inconsistencias en la redacción del art. 255 del proyecto original. Así, se plantea que “la referencia establecida en el numeral 3 del artículo 255 es errónea, toda vez que en la resolución del

36 Mensaje, Historia de la Ley (en adelante HL) N°21.563, p. 22.

37 Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, HL N°21.563, p. 157.

38 Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL N°21.563, p. 442.

39 Intervención del Superintendente, Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, HL N°21.563, p. 60. Las específicas expresiones utilizadas han sido vistas, oídas y transcritas a partir de video de Sesión de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, de 28 de septiembre de 2020, minuto 00:37:25.

artículo 169 bis, el tribunal no se refiere a créditos específicos, sino a excluir la totalidad del efecto extintivo, o un porcentaje⁴⁰; además, que la excepción del N°3 del art. 255 era negativa⁴¹. Creemos que tales intervenciones habrían tenido incidencia en la eliminación del N°3 del art. 255 original. Sin embargo, ello no alude al fundamento de las excepciones a la descarga de la deuda contenidas en el proyecto original o durante su tramitación.

Respecto de las obligaciones expresamente mencionadas en el art. 260, no se constata un análisis relativo a los fundamentos de su inclusión durante la tramitación legislativa. Así, ni en la indicación 22 bis, que incorpora a las obligaciones en el art. 268, en la indicación 22 a, que las contempla como exclusiones en el art. 260, ni en la discusión parlamentaria, existen elementos de análisis de las razones que llevan a su establecimiento⁴².

Sobre las razones para incorporar excepciones en el modelo nacional, el Proyecto de reforma señala que “para regular de mejor manera los efectos de los procedimientos concursales y evitar un abuso de los mismos, así como también dar mayor certeza jurídica sobre otras obligaciones cuya naturaleza amerita un tratamiento distinto al de la normativa concursal, se contemplan ciertas excepciones a la extinción de obligaciones que se produce automáticamente por el término de los procedimientos de liquidación⁴³. La razón relativa a la prevención del abuso es reafirmada a partir de la intervención del Superintendente, quien manifiesta que uno de los problemas de la antigua legislación son los “insuficientes incentivos para renegociar y no liquidarse”, lo que, según indica, pasa porque en nuestra legislación existe la descarga “a todo evento, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, en el cual existen créditos tutelados que no se extinguen⁴⁴”.

40 Intervención del profesor Caballero, Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL N°21.563, p. 310.

41 Intervención del Presidente de Conadecus, Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL n°21.563, p. 317.

42 Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, pp. 446 y 447.

43 Así lo expresa el Proyecto de Ley, HL N°21.563, p. 6.

44 Intervención del Superintendente, Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL N°21.563, p. 302.

Es interesante que los fundamentos aludan a una naturaleza de las obligaciones que justifica un tratamiento distinto. Ello importa comprender la necesidad de analizar tal naturaleza para determinar la procedencia del tratamiento distinto como excepción a la descarga. Sin embargo, ni el Proyecto ni la tramitación legislativa realizan este análisis.

Por otro lado, se plantea que el tratamiento distinto de obligaciones busca otorgar mayor certeza jurídica. Ahora bien, no se indica si la certeza esperada se refiere a la de acreedores, deudor, o ambos. Luego, además de la certeza, se plantea que el tratamiento distinto de las obligaciones, en línea con el apartado relativo a la explicación de las reformas con fundamento en la necesidad de aumentar la tasa de recuperación de créditos, apunta a regular de mejor manera los efectos de los procedimientos y evitar un abuso de los mismos. Según el proyecto, una forma para aumentar las tasas de recuperación es la limitación del abuso del procedimiento concursal de liquidación⁴⁵.

Con ello, el aumento de certeza al que se refiere el Proyecto es una vinculada al interés de los acreedores, donde el fundamento del tratamiento distinto de ciertas obligaciones está, de manera inmediata, en la certeza de los acreedores de cara al recobro de ciertos créditos, así como por una limitación del abuso de manera mediata y como forma para aumentar la recuperación de los créditos. En la idea del legislador, las excepciones a la descarga posibilitan que los deudores no se sientan motivados a la utilización de la liquidación esperando una descarga de las mismas, y luego, permiten el recobro de los acreedores a partir de su mantenimiento como vigentes.

Esta consideración otorga coherencia a la excepción del número 3 del art. 255 que, incorporada en el Proyecto, vinculaba las excepciones a la descarga con el incidente de mala fe del art. 169 bis⁴⁶. De igual forma, podría

45 Proyecto de Ley, HL N°21.563, p. 6.

46 Así, el Ministro de Economía, en Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, p. 59, señaló que la reforma pretende “entregar certeza jurídica respecto de estas disposiciones de la ley, buscando lograr el desincentivo de la utilización maliciosa de los procedimientos concursales.”

dar justificación a la incorporación de la facultad de la Superintendencia de establecer obligaciones excluidas del procedimiento en atención a los intereses de satisfacción de ciertos acreedores.

Finalmente, es preciso poner atención en que, a partir de lo señalado por el Superintendente, se aprecia una idea de que un incentivo para la utilización de la renegociación pasaría por establecer obligaciones exceptuadas de la descarga de la deuda en la liquidación⁴⁷. El razonamiento es criticable: primero, porque los incentivos a la utilización de la renegociación deben estar en el procedimiento mismo. Segundo, porque la limitación al uso abusivo de la liquidación no pasa por el hecho de existir una descarga, sino por controlar adecuadamente la conducta del deudor antes del inicio del procedimiento (buena fe contractual) y durante el procedimiento (buena conducta procedimental)⁴⁸. Tercero, porque como se pudo ver, las excepciones a la descarga tienen fundamento distinto al de la prevención del abuso. Así, una cosa es limitar el acceso al procedimiento o el otorgamiento de la descarga mediante técnicas legislativas que buscan prevenir la mala utilización del procedimiento, y otra distinta es que, una vez lograda la descarga, ciertas obligaciones escapen al efecto extintivo en consideración a su naturaleza y la especial situación del acreedor frente al deudor⁴⁹. Cuarto, porque la consideración de excepciones solo en la liquidación es un contrasentido, desde que la renegociación también contiene la descarga para el acuerdo de ejecución.

47 Intervención del Superintendente, Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL N°21.563, p. 302.

48 RUSCH (1996), pp. 55 y 56; CUENA (2016), pp. 16 y 28; ALARCÓN (2021a), pp. 396 ss.; Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de UNCITRAL, p. 333.

49 Sobre la diferencia, BYINGTON (2017), pp. 144 y 145; ALARCÓN (2018a), pp. 608 ss.

4.2. Sobre la naturaleza de las obligaciones “excluidas” del procedimiento de renegociación

El art. 260 menciona un conjunto de obligaciones excluidas del procedimiento de renegociación. Tales obligaciones no se establecen en el art. 268, que plantea los efectos de la descarga en el acuerdo de ejecución, y luego, la norma las considera “excluidas” del procedimiento de renegociación.

El proyecto original contemplaba excepciones expresas a la descarga en la liquidación según la redacción del art. 255, no contando en la renegociación con la mención de “obligaciones excluidas” ni exceptuadas de la descarga. Es en el Segundo Trámite Constitucional donde se incorporan indicaciones en ambos sentidos. Por una parte, a través de indicación 22 bis se pretende incorporar una lista de obligaciones exceptuadas de la descarga en el art. 268 para el acuerdo de ejecución, considerando obligaciones por alimentos y compensación económica, derivadas de delitos o cuasidelito civil, por multa y demás sanciones pecuniarias, fueren penales o administrativas, y por cotizaciones previsionales⁵⁰. Por su parte, a través de indicación 22 a, el Ejecutivo incorpora en el art. 260 obligaciones excluidas de la renegociación, siendo estas, obligaciones por alimentos y compensación económica, derivadas de delito o cuasidelito civil, por multa y demás sanciones pecuniarias, sean penales o administrativas, y aquellas de carácter especial que la Superintendencia determine mediante norma de carácter general⁵¹.

En la discusión de la Comisión de Economía del Senado, la indicación 22 bis fue retirada por considerar su autora que la del ejecutivo recogía el contenido de su propuesta⁵², aprobándose la indicación 22 a. En torno a la indicación 22 a, se señala que para su incorporación se tomó en cuenta la indicación 22 bis, manifestando el Superintendente que “lo que estamos haciendo, tomar en consideración una propuesta que a través de una indicación

50 Indicación de la Senadora Sra. Aravena, Boletín de Indicaciones en Segundo Trámite Constitucional, HL N°21.563, p. 390.

51 Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL N°21.563, pp. 444 y 445.

52 Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL N°21.563, p. 447.

hizo la Senadora Aravena pero al art. 268, que es la resolución de término, en la cual ella disponía algunos créditos tutelados que no podían extinguirse; pero ahí hay que tener ojo, porque en la ejecución, que es la parte como una mini liquidación dentro del procedimiento de renegociación, es la última ratio dentro del procedimiento de renegociación completo. Hoy en día vemos que el 95% de las personas que entran a renegociar llegan a un acuerdo, entonces si nosotros permitimos que entren estos créditos al procedimiento vamos a dejar que mayoritariamente se renegocien, y muy pocos, que no se alcanza acuerdo, que vayan a ejecución, entraría a operar este art. 268 que había propuesto la Senadora Aravena, en la cual no se extinguirían los saldos de estos créditos. Entonces nosotros creemos que dada la naturaleza de este procedimiento, que tiene una parte de renegociación, que es la más exitosa, que es la que se da más, y luego una de ejecución, que es una mini liquidación, es mejor seguir contemplando estos créditos tutelados al principio, que no entren al procedimiento completo, y eso nosotros lo hacemos pero por una norma de carácter general”⁵³.

Respecto de lo anterior es posible criticar lo siguiente: primero, aunque se consideró la indicación 22 bis para formular la 22 a, no se aprecia un análisis de los efectos de la diferenciación entre obligaciones excluidas del procedimiento y obligaciones exceptuadas de la descarga. En este sentido, si se tomó en consideración la indicación 22 bis, debió partirse de la base de comprenderse los efectos de la excepción a la descarga, más aún cuando la indicación 22 bis apuntaba a los efectos de la resolución de término del acuerdo de ejecución, y no a todo el procedimiento de renegociación. Segundo, la incorporación de la facultad legal para que la Superintendencia pueda excluir obligaciones del procedimiento concursal de renegociación de manera discrecional. Este segundo punto se analizará en un apartado posterior.

53 Intervención del Superintendente, Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL 21.563, p. 445. Debido a que el Informe no plasma todas las palabras usadas, las específicas expresiones han sido oídas y transcritas a partir de video de Sesión de la Comisión de Economía del Senado, de 29 de julio de 2021, minuto 00:38:20.

Debido a que el art. 260 declara excluidas las obligaciones, en una redacción similar a la usada por la Circular N°5 SIR, luego de la reforma contenida en el art. 3 NCG, que alude a obligaciones “inconciliables”, ninguna de las obligaciones enumeradas podrá ser parte del procedimiento, no siendo posible su renegociación con los acreedores⁵⁴. Aunque el inciso cuarto del art. 260 señala que tales obligaciones deberán ser incluidas en los antecedentes a los que hace referencia el art. 261, la posibilidad de arribar a un acuerdo respecto de estas obligaciones no procede, puesto que su incorporación solo tiene como objetivo definir de mejor forma la carga financiera total⁵⁵. Ello limita la posibilidad de que el deudor obtenga alivio, puesto que desincentiva el logro de un acuerdo adecuado que le permita cumplir la mayoría de sus obligaciones, incluidas las enumeradas en la disposición.

Alguna doctrina nacional considera sinónimas las obligaciones excluidas y exceptuadas, planteándose la pregunta acerca de qué obligaciones deberían o no considerarse en el procedimiento concursal⁵⁶, y arribando a la conclusión de que los acreedores de créditos mencionados en el art. 255, en la liquidación, no estarían obligados a someterse al concurso⁵⁷. Por su parte, aunque no entrando en el tema de la justificación última de las excep-

54 Esto también entienden JEQUIER (2020), pp. 306 ss.; GONZÁLEZ (2021), p. 47 y RUZ (2023), p. 103, respecto de las obligaciones “inconciliables con el procedimiento concursal de renegociación” a las que hacía referencia la Circular N°5 SIR, p. 4 y que ahora se contienen en el art. 3 NCG.

55 Ello es reafirmado por la intervención del Superintendente en Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL 21.563, p. 445, quien respecto de la justificación de la indicación 22 a del Ejecutivo en cuanto a las exclusiones, señala que “sin perjuicio de lo anterior, que no entren al procedimiento, que no se puedan renegociar, siempre tienen que ser incluidas para poder definir de la mejor forma la carga financiera total.” Debido a que el Informe no plasma todas las palabras usadas, las específicas expresiones han sido oídas y trascritas a partir de video de Sesión de la Comisión de Economía del Senado, de 29 de julio de 2021, minuto 00:40:12.

56 Así, GONZÁLEZ (2021), p. 46; RUZ (2018), pp. 590 y 591; RUZ (2023), p. 103. Como ejemplo, el primero da cuenta de obligaciones excluidas del procedimiento las enumeradas en la sección 523 BC, y el segundo, las menciona en el artículo L 711-1 CCon. Sin embargo, debe considerarse que lo que plantean tales disposiciones no son obligaciones excluidas del procedimiento, sino excepciones solo al efecto de la descarga de la deuda en la liquidación estadounidense y francesa. Así, para el caso estadounidense, BYNGTON (2017), p. 117.

57 Así, RUZ (2023), pp. 103, 104 y 108.

ciones a la descarga, y a propósito de la enumeración de obligaciones de la Circular N°5 SIR, alguna doctrina plantea una diferencia entre obligaciones disponibles y no disponibles, señalando que respecto de las primeras no se ve razón para no ser renegociadas, mientras que respecto de las segundas se justificaría su exclusión⁵⁸.

Por nuestra parte, entendemos que no es lo mismo hablar de obligaciones excluidas del procedimiento concursal, que de obligaciones exceptuadas de la descarga. Lo primero es contrario a los fines del concurso y el principio del fresh start, considerando la lógica de última ratio de los procedimientos concursales en atención al objetivo que cada uno presenta ante la crisis económico-financiera del deudor, que afecta a la totalidad de acreedores. La naturaleza de las obligaciones mencionadas en el art. 260 es de excepciones a la descarga, y no exclusiones del procedimiento. Por un lado, ello es coherente con la explicación que presenta el Ejecutivo al plantear indicación 22 a, señalando que se tomó en cuenta indicación 22 bis, en la que las obligaciones indicadas se constituían en excepciones a la descarga en el acuerdo de ejecución. Por otro lado, porque desde el objetivo y fin del procedimiento concursal de persona natural, todas las obligaciones del deudor deben ser contenidas en el mismo⁵⁹, y donde el carácter “inconciliable” o “excluido” de las obligaciones, en la práctica, no es otra cosa que una excepción a la operatoria de la descarga de la deuda. En este sentido, el problema de la crisis económico-financiera o la insolvencia del deudor es uno que afecta a la totalidad de acreedores. Y como explica alguna doctrina, el principio de universalidad subjetiva en los procedimientos reestructurativos conlleva que todos los acreedores y sus acreencias deben ser parte en el procedimiento, lo que se justifica en la afectación de los créditos como consecuencia de los acuerdos alcanzados según las reglas de mayoría⁶⁰, donde, aludiendo (entre

58 JEQUIER (2020), pp. 307 y 308.

59 Aunque no en referencia al tema de las obligaciones excluidas, como señala GOLDENBERG (2021), pp. 357 y 360, no disponiendo el legislador el tipo de obligación a la que se refiere, es indistinta su fuente; siendo necesario considerar la integridad del pasivo a efectos de discutir sobre su posible novación, remisión o prórroga.

60 GOLDENBERG (2021a), p. 247.

otros) al caso de la exclusión de créditos por parte de la SIR, la lesión al principio produce efectos nocivos a los fundamentos del concurso, en el sentido que desarticula la lógica unitaria del procedimiento y admite comportamientos estratégicos por parte de los interesados, incluso dejando en posición desmejorada al acreedor que no ha sido llamado al procedimiento en caso de acuerdo de ejecución⁶¹.

De esta forma, es contradictoria con los fines del procedimiento la pregunta sobre qué obligaciones deben entrar o no en el concurso⁶² o qué obligaciones serán extinguidas, puesto que ello significa una encubierta restricción injustificada de la descarga de la deuda y el alivio del deudor⁶³. Así, la pregunta clave es qué obligaciones deben exceptuarse solo de la descarga de la deuda, y a partir de allí, entenderse que solo puede aplicarse una excepción en función de los fundamentos de la institución. Lo contrario significa que exista un cúmulo de obligaciones que nunca podrán ser consideradas en el acuerdo o concurso, afectando negativamente las posibilidades de alivio del deudor.

A partir de lo anterior, es criticable que la justificación que otorga la Superintendencia para la indicación 22 a es que existiría un problema en que los créditos, que denomina tutelados, se renegocien; donde, según se explica, estos créditos al entrar al procedimiento “vamos a dejar que mayoritariamente se renegocien, y muy pocos, que no se alcanza acuerdo, que vayan a ejecución, entraría a operar este art. 268 que había propuesto la Senadora Aravena, en la cual no se extinguirían los saldos de estos créditos”⁶⁴. Desde la lógica de funcionamiento de los procedimientos concursales y desde los objetivos del

61 GOLDENBERG (2021a), pp. 252 y 265.

62 Formulando la pregunta, GONZÁLEZ (2021), p. 46, y planteando la duda, RUZ (2018), p. 590.

63 Dando cuenta de que la pregunta por las obligaciones que serán extinguidas implica una limitación general del efecto de la descarga, contrario al principio del fresh start, ALARCÓN (2021a), pp. 272 y 277.

64 Intervención del Superintendente, Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL N°21.563, p. 445. Debido a que el Informe no plasma todas las palabras usadas, las específicas expresiones han sido oídas y transcritas a partir de video de Sesión de la Comisión de Economía del Senado, de 29 de julio de 2021, minuto 00:38:20.

proyecto de ley, es ilógica la justificación que plantea el Superintendente para fundamentar la incorporación de créditos excluidos del procedimiento de renegociación: primero, contradice el objetivo del proyecto de propender a las reestructuraciones; luego, es contradictoria con la idea de que la tutela de tales créditos no pasa por renegociarlos, sino por exceptuarlos de la eventual descarga en la fase de acuerdo de ejecución, para que se mantengan vigentes luego del concurso; y finalmente y como consecuencia, contradice la finalidad de otorgar un efectivo alivio al deudor persona natural.

Independiente del carácter disponible o indisponible, o voluntaria o involuntaria, la razón por la cual los alcances extintivos de la descarga de la deuda no operan respecto de ciertas obligaciones es la especial consideración del acreedor como dependiente o vulnerable respecto del deudor, con motivo de la eventual extinción. Ello, sin embargo, no es fundamento para excluirlas de todo el procedimiento concursal, sea de liquidación, sea de renegociación. Luego, no es posible considerar que el fundamento de la opción de excluir obligaciones del procedimiento es el fomento de la renegociación, o la limitación al abuso de la liquidación.

Como ejemplo de lo anterior, el proyecto de la ley 20.720 original contemplaba como exclusión de las deudas objeto de renegociación a las obligaciones provenientes de servicios de utilidad pública⁶⁵, lo que se justificó en que son las primeras en pagarse y tienen establecido un procedimiento especial distinto al concursal para la reposición del servicio⁶⁶. La norma fue eliminada en el Senado, considerándose que el criterio implicaba un privilegio inaceptable para las compañías de servicios de utilidad pública y porque su reposición podía quedar incluida en el concurso, donde la obligatoriedad del acuerdo pasa por la mayoría de los acreedores⁶⁷.

65 Mensaje, art. 260 letra d), HL N°20.720, p. 66.

66 Intervención de la Superintendente, 2° Informe de las Comisiones Unidas, Primer Trámite Constitucional, Senado, HL N°20.720, p. 517.

67 Intervención del Senador Sr. Zaldívar, 2° Informe de las Comisiones Unidas, Primer Trámite Constitucional, Senado, HL N°20.720, p. 517.

Considerando lo que llevamos dicho, al no existir justificación respecto de la creación de una institución contradictoria con la finalidad del procedimiento concursal de persona natural, la cuestión puede explicarse por dos razones: por una redacción desacertada del legislador que, contraria a los fundamentos de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda, la confunde con obligaciones que a su juicio no podrían ser parte del procedimiento concursal; donde si se tiene en cuenta que la renegociación contiene una descarga respecto del acuerdo de ejecución, las obligaciones deberían ser consideradas como excepciones en el art. 268 inc. 2, como originalmente se había propuesta en Segundo Trámite Constitucional por indicación 22 bis. O bien, y no quisiéramos que fuese así, podría entenderse una pretensión escondida de privilegiar los intereses de ciertos acreedores respecto de los que la política pública de turno beneficiará en su momento a través de la mención de nuevas, aunque hoy indeterminadas, obligaciones como excluidas de la renegociación; lo que se relaciona directamente con la facultad otorgada a la Superintendencia en la segunda parte del N°3 del art. 260. En tal sentido, téngase en cuenta el caso de la exclusión del crédito con aval del estado, respecto de lo que, no existiendo pronunciamiento directo en la ley ni discusión en la tramitación legislativa, la doctrina, a la que adscribimos, ha sido enfática en señalar la necesidad de análisis y solución legislativa⁶⁸.

En todo caso, y debido a la naturaleza de excepciones a la descarga de la deuda, las obligaciones expresamente señaladas en el art. 260 deben ser consideradas en el procedimiento de renegociación, pudiendo ser renegociadas en el acuerdo, y subsistiendo con posterioridad al procedimiento solo en el porcentaje que no alcance a cubrir el acuerdo de ejecución.

68 Así, CABALLERO (2017), p. 358; GOLDENBERG (2021), p. 390; SARALEGUI (2022), p. 373.

4.3. Sobre la facultad de la SIR para establecer obligaciones exceptuadas de la descarga

El art. 260 N°3, parte final, establece que se considerarán como obligaciones excluidas del procedimiento de renegociación aquellas de carácter especial que la Superintendencia determine mediante norma de carácter general. En uso de esta facultad, al igual que lo establecía el Oficio Circular N°5 SIR, tras la reforma, la NCG N°21 SIR, en su art. 3, establece un catálogo de obligaciones excluidas del procedimiento concursal de renegociación.

La tramitación legislativa no da cuenta de un análisis de las justificaciones para exceptuar determinadas obligaciones de la descarga en el ámbito de la renegociación, lo que implica no contar con un criterio definitorio, legal o histórico hermenéutico, para limitar la acción discrecional de la Superintendencia o del legislador al crear excepciones a la descarga⁶⁹. Para solucionar este problema, proponemos interpretar la norma en base a su naturaleza jurídica, comprendiéndose que solo puede considerarse como excepción a la descarga la obligación que detenta un acreedor en situación de dependencia o vulnerabilidad respecto del deudor concursado, acorde con los fundamentos de la institución.

Relacionado con lo anterior, debido a que las excepciones a la descarga son excepciones al derecho al alivio del deudor, desde el punto de vista dogmático se requiere que estén establecidas expresamente en la ley⁷⁰, don-

69 Como señala CORDERO (2019), p. 309, “En el caso de la potestad reglamentaria, el margen de discrecionalidad es variable y va a depender sólo de los elementos que la propia ley establezca (oportunidad, procedimiento, objeto, fin).

70 MCQUEEN (2001), p. 797; ALARCÓN (2021a), pp. 275 ss. Considerando el requisito, CABALLERO (2017), p. 358; Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de UNCI-TRAL, pp. 334 a 336, recomendación 195.

de incluso no cabe su construcción a través de la interpretación restrictiva, en que se realiza una inferencia que, aunque limitada, implica una incierta amplitud de casos⁷¹.

Desde nuestro punto de vista, es contradictorio con el principio del fresh start el que la Superintendencia establezca como excepciones a la descarga en la renegociación obligaciones diversas a las establecidas en el art. 255 N°1 y 2 o art. 260 N°1, 2 y 3 parte inicial. Considerando que los procedimientos concursales son la última posibilidad que tiene el deudor de solucionar su problema, y teniendo en cuenta que si la descarga es aplicable es porque una ejecución ha operado, el principio de universalidad subjetiva y el derecho al alivio implica que en principio sean todas las obligaciones del deudor consideradas en el procedimiento y la descarga⁷². El carácter “inconciliable” o “excluido” de las obligaciones no es otra cosa que una excepción a la operatoria de la descarga de la deuda, debiendo tener carácter expreso. La norma quiebra este requisito, estableciendo una facultad discrecional, sin limitación y en función de la política de turno, para que la Superintendencia determine excepciones a la descarga, considerando una multiplicidad de criterios o fundamentos, en muchos casos contrarios al interés de alivio del deudor. Sobre el punto, la admisibilidad de una delimitación no expresa de las excepciones conlleva efectos desfavorables o injustos, que tienen base en una incierta y voluble multiplicidad de criterios para su delimitación, y en un incorrecto o inadecuado entendimiento del necesario equilibrio entre las justificaciones y fundamentos subyacentes a su establecimiento con los fundamentos y finalidades del procedimiento concursal de la persona natural contenidos en el principio del fresh start⁷³.

71 Una crítica a la construcción de excepciones a través de una interpretación restrictiva, que en concreto es distinto al criterio usado por la Suprema Corte de Estados Unidos de considerar como excepciones las “claramente expresadas”, en BYNGTON (2017), pp. 141 ss.

72 En este sentido, y como explica CABALLERO (2017), p. 359, “La universalidad objetiva del procedimiento concursal de liquidación es afectada al excluirse ciertos créditos del concurso”.

73 ALARCÓN (2021a), pp. 276 y 277.

La reforma no ha establecido otras excepciones en el procedimiento concursal de liquidación y renegociación distintas a las específicamente establecidas en las normas. La tramitación legislativa no da cuenta de las razones por las cuales se otorga la facultad a la Superintendencia⁷⁴. Si se estima que el hecho de que el deudor se encuentre en una renegociación significa que su problema no es tan grave, pudiendo responder a las obligaciones excluidas del procedimiento, debe recordarse que nuestro modelo no establece un mecanismo específico y/o adecuado de delimitación del ámbito de aplicación de un procedimiento reestructurativo o liquidatorio a través del análisis de la capacidad de pago del deudor, que permita encausarlo hacia uno u otro, existiendo una facultad de opción del deudor⁷⁵. Así, el hecho de encontrarse el deudor en una renegociación conlleva un problema económico que podría ser coincidente con una insolvencia o una insolvencia inminente, aunque nuestro legislador no se refiera a ellos como presupuestos objetivos del concurso.

Según lo anterior, no existe fundamento para establecer una diferencia entre el procedimiento de liquidación y el de renegociación en cuanto excepciones a la descarga. Ahora bien, si existe una pretensión escondida de privilegiar intereses de ciertos acreedores respecto de los que la política pública de turno beneficiará a través de la incorporación de nuevas, hoy indeterminadas, obligaciones excluidas de la renegociación, ello es contrario a los fundamentos y requisitos de la institución.

Así las cosas, no existiendo razón para establecer la diferencia, existiendo determinadas excepciones a la descarga en sede de liquidación y renegociación establecidas por la ley, se puede señalar que las excepciones a la descarga que actualmente considera nuestro ordenamiento, sea en la liquidación o la renegociación, son solo las mencionadas expresamente en los arts. 255 N°1 y 2 y 260 N°1, 2 y 3 primera parte; requiriéndose, al menos, una revisión

74 Intervención del Superintendente, Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL N°21.563, pp. 444 y 445.

75 Sobre el problema de la opción del deudor y la necesidad de un análisis de la capacidad de pago, ALARCÓN (2021a), pp. 106 y ss.

legislativa o jurisdiccional⁷⁶ de la facultad otorgada a la Superintendencia para establecer obligaciones exceptuadas de la descarga en el procedimiento de renegociación⁷⁷, por cuanto, siendo excepciones a la regla de que todas las obligaciones del deudor deben ser afectadas por la descarga, existiría una limitación para establecerlas mediante norma administrativa.

4.4. Las excepciones concretas

a) Respeto de los créditos por alimentos y compensación económica señalados en los arts. 255 N°1 y 260 N°1

Determinado previamente el fundamento de las excepciones a la descarga de la deuda, apreciamos que ambas normas contemplan excepciones coherentes con este fundamento. Así, de acuerdo con la justificación de las excepciones a la descarga de la deuda planteada más arriba, los créditos por alimentos y por compensación económica, con independencia que sean voluntarios o involuntarios⁷⁸, son obligaciones cuyos titulares se encuentran

76 Sobre el control jurisdiccional de normas reglamentarias, CORDERO (2019), pp. 316 y ss.

77 No siendo el objeto de este trabajo pronunciarse sobre esta revisión, basta por ahora señalar la posibilidad de derogación, impugnación e inaplicación jurisdiccional que las normas reglamentarias presentan desde el derecho administrativo. Para una profundización en el tema, HUMERES (2017), pp. 91 y ss. y CORDERO (2019), pp. 308 y ss., en lo relativo a las causales de nulidad de normas reglamentarias por adolecer de vicios en elementos objetivos, como la desviación de poder, cuando existe una contradicción con la finalidad dispuesta por el ordenamiento jurídico para atribuir una determinada competencia o potestad, la falta de motivación, cuando no se justifica la aplicación del concepto dispuesto en la ley a las circunstancias de hecho singulares de que se trata o cuando existe una errada interpretación o aplicación de la regla de derecho, o la ilegalidad en el objeto, por existir infracción de un principio general del derecho, entre otros, la no discriminación arbitraria y la proporcionalidad. En el ámbito jurisdiccional, sobre la acción general de nulidad, contenciosos administrativos especiales e inaplicación de reglamentos en procesos judiciales, CORDERO (2019), pp. 316 y ss., indicando en p. 323 que “frente al deber de otorgar tutela judicial efectiva y ejercer sus poderes jurisdiccionales (artículos 19, N°3, y 76 de la Constitución), no parece existir justificación de eximirlos [a los jueces] del deber de desconocer los efectos de un reglamento que sea contrario a la Constitución o la ley.” Sobre el concepto de reglamento, y considerando que los elementos sustantivos priman para identificar un reglamento, más que la denominación que se le asigna, CORDERO (2019), pp. 291, 297 y 298.

78 Para RUZ (2023), p. 102, los alimentos y compensación económica voluntarios no estarían contemplados en la protección de la norma.

en una situación de dependencia respecto del deudor, cuyo incumplimiento genera para el acreedor una situación de vulnerabilidad que incide en sus condiciones y/o capacidades para desarrollar su propia personalidad⁷⁹. Esta externalidad negativa con motivo de la descarga de la deuda justifica que tales obligaciones no sean extinguidas.

Por disposición expresa de la norma entendemos que son excepciones las obligaciones alimenticias reguladas en el Título XVIII del Libro I del Código Civil, así como la compensación económica regulada en la ley 19.497 sobre Matrimonio Civil. No se contemplan otras prestaciones entre cónyuges o convivientes civiles, o ex cónyuges o ex convivientes civiles, como el caso de la compensación económica regulada en el art. 27 de la ley 20.830 sobre Acuerdo de Unión Civil, así como prestaciones que se deban los cónyuges o convivientes civiles con motivo de la separación o divorcio, en los casos en que la liquidación del patrimonio común, por acuerdo o sentencia judicial, imponga una obligación de pago entre los mismos.

El entrecruce de las normas relativas a la división de la propiedad del matrimonio o unión civil con motivo del divorcio o separación y las normas del derecho concursal genera problemas desde el punto de vista del tratamiento de los intereses que los cónyuges o convivientes civiles, o uno de ellos, presenta en la futura adjudicación de la parte de los bienes que le correspondiere, cuando uno solicita el concurso previa adjudicación. El problema se traduce en el grado de protección que le entrega el concurso a los créditos que se originan en beneficio del cónyuge o conviviente civil por la división de la propiedad a causa del divorcio o separación, cuando el cónyuge deudor solicita el concurso antes de la adjudicación de los bienes. En este caso, el cónyuge o conviviente civil no deudor, quien muchas veces solo tendrá los bienes que espera se le adjudiquen por la división de la propiedad del matrimonio o unión civil para enfrentar el futuro, deberá

79 Así lo considera GOLDENBERG (2021), pp. 387 y 388, de manera clara respecto de la obligación alimenticia devengada y no pagada; mientras que parece tener el mismo fundamento respecto de las obligaciones derivadas de la indemnización de perjuicios. En igual sentido, SANZ (2023), pp. 44 y 45.

concurrir inesperadamente al procedimiento concursal con un crédito que no es privilegiado, ni consta entre los créditos exceptuados de la descarga en los arts. 255 y 260 LRLEP. Por tanto, existiendo altas probabilidades que su crédito sea descargado en el concurso.

Según se ha señalado para el caso del ordenamiento estadounidense, las excepciones cuya naturaleza es de alimentos, mantenimiento o soporte⁸⁰, buscan conciliar el conflicto entre el procedimiento concursal y el derecho de familia, que reconoce la necesidad de asegurar soporte financiero para el mantenimiento de hijos y antiguo cónyuge después de la separación o divorcio⁸¹.

Considerando lo anterior, es posible discutir en torno al trato más favorable que debiera tener el antiguo cónyuge o conviviente civil del deudor concursado, respecto de créditos en los que, aunque no de naturaleza alimentaria, muchas veces subyacen intereses que desde el punto de vista de las relaciones domésticas⁸² pueden ser coincidentes con una necesidad de otorgar protección a aquel que fuere miembro de la familia del deudor⁸³, toda vez que, aunque hoy separado, detentó intereses respecto de los bienes

80 Sección 523(a) (5) en relación con la sección 101(14A) *U.S. Code*.

81 SINGER (1997), p. 369.

82 FIELDSTON (1994), pp. 150, 153 y 154, da cuenta de que en un acuerdo de división de bienes del matrimonio, que en principio sería descargable, pueden establecerse obligaciones entre las partes a las cuales subyace una función de *support*. Señala en p. 149 que “*Although the theory of property division is based on an allocation of assets acquired during marriage, equitable division principles frequently take into account factors traditionally considered in awarding alimony.*”

83 SCHEIBLE (1991), p. 631, considera que “*Contemporary divorce law recognizes new forms of alimony intended to compensate spouses for tangible and intangible contributions to the education and career enhancement of the other spouse and, in some cases, for the contributing spouse’s own lost opportunity.*”.

del matrimonio durante la vida conjunta, y luego del divorcio o separación se mantienen para afrontar la vida futura separada⁸⁴ de su antiguo cónyuge o conviviente civil⁸⁵.

b) Respetto de las obligaciones derivadas de delitos y cuasidelitos civiles y/o penales señaladas en los arts. 255 N°2 y 260 N°2

Las obligaciones a las que se refieren las disposiciones son las derivadas de la responsabilidad civil originada por un delito o cuasidelito. Así, es la obligación de indemnizar, delimitada por el monto de la indemnización de perjuicios a la que es condenado el deudor, la obligación exceptuada. La ley no distingue la culpa mediante la que el deudor causó el daño, estando incluidas indemnizaciones por delitos civiles y penales causados con negligencia o dolo⁸⁶.

Entre las normas existe una diferencia, pues el art. 255 N°2 considera a las obligaciones derivadas de delitos o cuasidelitos civiles y/o penales y el art. 260 N°2 a las derivadas delitos y cuasidelitos civiles. Mientras en el procedimiento de liquidación las obligaciones derivadas de delito o cuasidelito penal son excepciones a la descarga, en el procedimiento de renegociación no, con lo que en la renegociación podrá acordarse un plan de pagos respecto de este tipo de obligaciones, y en caso de terminar el procedimiento por acuerdo de ejecución, podrán ser extinguidas por el efecto de la descarga.

84 GOTTESMAN (1983), p. 793, expresa que la *equitable distribution* descansa en una creencia que un acuerdo sobre la propiedad fomenta la independencia financiera y emocional de mujeres divorciadas recientemente, y agregamos nosotros, cualquier cónyuge o conviviente civil que se enfrente a la vida separada de su antiguo esposo o esposa. SINGER (1997), p. 371 ss., respecto de la función de la prestación concreta.

85 En este sentido, CASGROVE (2006), p. 270, entrega fundamento a la necesidad de un cambio en el BC para otorgar mayor protección a este cónyuge no deudor. Estima que el *Bankruptcy Code* debe reconocer la importancia que desde el punto de vista de protección de uno de los cónyuges —no deudor— tienen los créditos que en virtud un *property settlement* surgen en su favor.

86 La § 302.1 InsO requiere que el acto que causa daño sea intencional o doloso.

Tal como se produce para el caso de las obligaciones por alimentos y compensación económica, la obligación de indemnizar se produce entre un deudor y un acreedor que generalmente se encuentra en una situación de dependencia respecto de aquel, donde es necesario compensarle⁸⁷. A partir de ello, no se justifica la falta de inclusión de la indemnización de perjuicios originada en un delito o cuasidelito penal como excepción en el procedimiento de renegociación. En este contexto, no se aprecia en la HL planteamientos referentes a esta diferenciación⁸⁸, sin embargo, puede colegirse que la misma se debió a un error en la transcripción de la propuesta de redacción realizada por el Ejecutivo a través de la Superintendencia. En efecto, a pesar de explicarse que con el proyecto se pretende tutelar ciertos créditos, mencionando expresamente a las indemnizaciones originadas en la comisión de un delito⁸⁹, las obligaciones expresamente mencionadas en indicación 22 a toman en cuenta redacción propuesta por indicación 22 bis, la que no contiene la mención de indemnizaciones por delito o cuasidelito penal, sin que a nuestro juicio se haya comparado tal redacción con la contenida en el art. 255 N°2.

Cabe duda de si la norma se refiere a indemnizaciones de perjuicios que empresas hayan obtenido en contra de la persona deudora. No creemos que este sea el espíritu de la ley, puesto que si bien el art. 255 se encuentra entre las normas que regulan la liquidación de la mediana y gran empresa, las obligaciones enumeradas atienden a relaciones entre deudor persona natural y un acreedor persona natural. Ello es visible al tener en cuenta el N°1 del art. 255, respecto del cual se explicó que las obligaciones mencionadas tienen

87 HENNING et al. (2022), p. 1140, plantea la justificación de la excepción en la necesidad de proteger la función compensatoria del derecho de daños.

88 Intervención del Superintendente, Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL N°21.563, pp. 444 y 445.

89 Intervención del Superintendente, Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, HL N°21.563, p. 60.

que ver con una situación que requiere protección⁹⁰, y donde la incorporación de la compensación económica se debió a una consideración especial de la relación entre deudor y acreedor⁹¹.

La norma del art. 255 es de aplicación general, tanto para la liquidación de mediana y gran empresa, como para la liquidación simplificada⁹². Ello permite señalar que su contenido tiene vocación tanto para uno como para el otro procedimiento, debiéndose comprender los elementos de la disposición bajo la lógica y objetivo que cada uno presenta. Así, aunque se plantea que en el procedimiento concursal de liquidación la regulación del *discharge* es revisada con la reforma, excluyendo ciertas obligaciones⁹³, la incorporación

90 En Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, HL N°21.563, p. 157, el Superintendente explica que “en general, los créditos que se tutelan en el derecho comparado son aquellos que tienen que ver con la protección, por ejemplo, de la infancia, con lo que tiene que ver con el derecho alimentario, y también con aquellos delitos que se hayan cometido en las sanciones asociadas, no puedan ser descargados a través de un procedimiento de liquidación ... delitos menores y otro tipo de delitos”. Debido a que el Informe no plasma todas las palabras usadas, las específicas expresiones han sido oídas y transcritas a partir de video de Sesión de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, de 21 de diciembre de 2020, minuto 01:55:43.

91 Intervención de la Senadora Sra. Aravena, Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, HL N°21.563, pp. 453 y 454, justificando la mención de la compensación económica en el art. 281 B para el caso de la liquidación simplificada a través de indicación 23 ter.

92 La indicación 23 ter, que pretendía establecer excepciones a la descarga en la resolución de término del procedimiento concursal de liquidación simplificada, no fue finalmente considerada en la reforma, por cuanto el Ejecutivo propuso incorporar los cambios introducidos a través de indicación en el art. 255 para toda liquidación. Así lo explica el Superintendente en Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, señalando que “nosotros estamos proponiendo una nueva redacción ad hoc, que incorpora ciertos elementos, pero sacándolo de acá del procedimiento simplificado y reincorporando los efectos de la resolución de término en el 255 [...] para que surta efecto para todos los procedimientos, no tenerlo duplicado en procedimientos simplificados”. Debido a que el Informe no plasma todas las palabras usadas, las específicas expresiones han sido oídas y transcritas a partir de video de Sesión de la Comisión de Economía del Senado, de 15 de junio de 2021, minuto 00:57:00.

93 Intervención del Superintendente, Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, HL N°21.563, p. 53.

de las expresamente mencionadas nos permite pensar que se refieren a casos en que el deudor es una persona natural, donde su relación respecto de un tercero también persona natural, conlleva el nacimiento de la obligación⁹⁴.

c) Respecto de las obligaciones por multa y demás sanciones pecuniarias penales señaladas en el N°3 del art. 260

La redacción original de la norma, por indicación 22 a del Ejecutivo en Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, contenía también a las obligaciones por multa y demás sanciones pecuniarias administrativas, incluyendo por tanto obligaciones por multas o sanciones emitidas por cualquier ente público administrativo y multas y sanciones tributarias emitidas por el Servicio de Impuestos Internos. Esta mención fue eliminada en Informe de la Comisión de Hacienda del Senado. Por primera y única vez en la tramitación legislativa se planteó cuestionamiento relacionado con las razones por las que una obligación debería constituirse como excepción a la descarga. Así, se señala que si bien se comparte el planteamiento respecto de la exclusión de las deudas alimenticias y obligaciones que nazcan de delitos o cuasidelitos civiles, no se comprende aquello respecto de obligaciones por multa y demás sanciones pecuniarias⁹⁵. La duda apunta a las justificaciones de las excepciones, donde sin expresar la razón, se hace una distinción entre las obligaciones por alimentos e indemnización de perjuicios y las obligaciones por multa y demás sanciones pecuniarias, lo que implica que, en concreto, debe existir un criterio de diferenciación entre los dos grupos de obligaciones.

Sin embargo, la discusión tuvo como foco principal la magnitud de las obligaciones derivadas de multas y sanciones pecuniarias administrativas, que contendrían sanciones pecuniarias tributarias. La discusión se origina

94 En este sentido, RUZ (2023), p. 94, al indicar que, debido a que los créditos de origen aquiliano quedarían limitados a hipótesis de daños que afectaron directamente la integridad física o psíquica del acreedore, además de revelar la situación de especial vulnerabilidad del acreedor, demuestra que no todo crédito cuyo origen sean obligaciones derivadas de delitos o cuasidelitos civiles y/o penales forman parte necesariamente de la categoría.

95 Intervención del Senador Coloma en Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, HL N°21.563, p. 570.

por un cuestionamiento sobre el elevado monto de deuda con el que quedaría el deudor al término del procedimiento, en circunstancias que gran parte de las insolvencias de persona natural se generarían por multas y sanciones administrativas tributarias, las cuales son de alta magnitud al acumularse en el tiempo⁹⁶. Además, el planteamiento alude a que el N°3 del art. 260 “apunta en sentido distinto en relación a los otros numerales, toda vez que parte de la deuda se compone de multas”⁹⁷. Sobre esta alusión, podría pensarse que el cuestionamiento pasa por la naturaleza de la obligación, en la medida que el contenido de la deuda se correspondería con una obligación diversa a la contenida en los N°1 y 2 de la norma. Sin embargo, la alusión parece estar relacionada también con el exceso de deuda, en la medida que gran parte de la obligación que quedaría vigente sería por multa, la cual comprendería un gran porcentaje. Esto es reafirmado desde que inmediatamente después de hacer alusión a que la deuda se compone de multa, el planteamiento pregunta por “el incentivo para reemprender de una persona que entrega sus bienes para pagar a los acreedores y sin embargo sus deudas subsisten”⁹⁸.

Ante el planteamiento, la SIR señaló que no sería el foco de la norma las multas o sanciones tributarias, sino que, en general, obligaciones derivadas de multas en cumplimiento de castigos administrativos⁹⁹. Ello lleva a que se proponga la eliminación de la mención de las multas y demás sanciones pecuniarias administrativas de la norma “a fin que no queden dudas acerca de que pueda ocurrir que las sanciones sean mayores a la deuda original y

96 Intervención del Senador Coloma, Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, HL N°21.563, p. 570, expresando que “la razón por la cual muchas personas caen en insolvencia es el incumplimiento de alguna obligación tributaria que se va acumulando en el tiempo, lo que hace imposible su pago. [...] lo anterior podría generar un desincentivo [...] toda vez que parte de la deuda se compone de multas”.

97 Intervención del Senador Coloma, Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, HL N°21.563, p. 570.

98 Intervención del Senador Coloma, Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, HL N°21.563, p. 570.

99 Intervención del Superintendente, Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, HL N°21.563, p. 571.

el procedimiento cumpla su objetivo”¹⁰⁰. En razón de ello, la eliminación de las multas y sanciones pecuniarias administrativas obedece a la intención de que su monto no sea mayor que la deuda original, debido al gran nivel de carga de deuda no extinta con la que quedaría el deudor al término del procedimiento concursal, lo que iría en contra de su objetivo.

Ahora bien, es interesante que a partir del planteamiento anterior se aluda al objetivo del procedimiento. Podría pensarse que existe la comprensión de la necesidad de que el monto no incluido no sea de tal magnitud que implique que el procedimiento no logrará el objetivo de aliviar al deudor. Ello iría en línea con el cuestionamiento de la inclusión de las multas y sanciones pecuniarias tributarias (que estarían dentro del ámbito de las sanciones administrativas) en la norma, al señalarse que un número importante de casos de insolvencia de personas se debería a incumplimiento de este tipo de obligaciones.

Si bien no se indica cuál es el objetivo del procedimiento, se colige que la discusión se refiere al objetivo de otorgar una solución al deudor sin que permanezca con un alto nivel de deuda vigente luego del procedimiento. Así, creemos que subyacente a los cuestionamientos se encuentra una comprensión del objetivo del concurso relacionado con el alivio del deudor, en la medida que el exceso de deuda, independiente de la naturaleza del crédito, incide en que el deudor no obtenga una solución efectiva que le permita reemprender o volver a la vida económica de manera adecuada. Desde el punto de vista dogmático, si bien esta consideración no es plenamente coincidente con la idea efectiva alivio o *fresh start* sí es parte del mismo.

100 Intervención de la Ministra(s) Secretaría General de la Presidencia, Sra. Lobos, en Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, p. 571.

Respecto de la alusión a las multas y demás sanciones pecuniarias penales, la pregunta es cuáles obligaciones están comprendidas en la norma¹⁰¹. Desde la naturaleza de excepciones a la descarga, su consideración debe limitarse a las expresamente señaladas¹⁰². Considerando además que la redacción actual establece “multas y demás sanciones pecuniarias penales”, debido a la eliminación de las multas y demás sanciones pecuniarias administrativas, comprendemos que la expresión “multas” alude solo a multas en el ámbito penal. Por su parte, la expresión “demás sanciones pecuniarias penales” alude a obligaciones distintas a las multas que en el ámbito penal puedan aplicarse, aunque en todo caso de naturaleza pecuniaria.

En el ámbito penal entran todas las materias que establecen delitos y sus respectivas sanciones, sea que se encuentren en el Código Penal o en leyes especiales, como leyes tributarias. Así, a parte de las multas, se encuentran sanciones pecuniarias como el comiso de ciertos objetos o donaciones a ciertas instituciones. En este sentido, en el modelo alemán se contemplan multas, multas reglamentarias, pagos penales coercitivos, condiciones de libertad condicional¹⁰³, y consecuencias jurídicas accesorias de una infracción penal o reglamentaria que obliguen al deudor a pagar dinero¹⁰⁴.

En otros ámbitos normativos como el tributario, donde se plantean sanciones pecuniarias, el problema radica en saber si tienen naturaleza penal o no, puesto que según la interpretación restrictiva necesaria en la materia, solo las multas y demás sanciones pecuniarias penales entran en el ámbito de aplicación de la excepción. Desde la discusión parlamentaria no es posible inferir que las multas y demás sanciones pecuniarias tributarias están fuera de la norma, pues aunque se discute sobre las obligaciones tributarias, ello se

101 Aunque en Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, HL N°21.563, p. 571, el Senador Núñez solicita explicar cuáles son las “demás sanciones pecuniarias”, la Superintendencia no da respuesta.

102 BYNGTON (2017), pp. 141 ss.

103 SCHMIDT (2023), p. 2597.

104 § 302.2 en relación con § 39.1 N°3 InsO.

produce a propósito de su magnitud y no de su naturaleza, no discutiéndose la posibilidad de que las obligaciones por multa u otras sanciones pecuniarias tributarias tengan naturaleza penal.

En el ámbito administrativo y tributario chileno, la doctrina se encuentra dividida, señalando algunos que las multas por infracciones tributarias tienen naturaleza administrativa¹⁰⁵, mientras que otros plantean que algunas multas en el ámbito tributario tienen naturaleza de sanción penal¹⁰⁶. La doctrina mayoritaria comprende que no existe diferencia ontológica entre pena y sanción administrativa¹⁰⁷, donde los principios del derecho penal son también aplicables a las sanciones administrativas como forma limitativa de la potestad sancionatoria de la administración¹⁰⁸. Alguna doctrina explica una matización, donde existen casos en que una sanción pecuniaria, vinculada en la descripción normativa a una pena corporal, podría considerarse una sanción pecuniaria penal a pesar de que se opte solo por la persecución de la sanción pecuniaria¹⁰⁹. En tales casos, aunque la matización a la que alude la doctrina implica una aplicación atenuada de los principios penales, lo cierto es que la naturaleza de la sanción pecuniaria continúa siendo penal¹¹⁰.

No es el objeto de este trabajo solucionar el problema de la indeterminación de la naturaleza penal o no de la sanción tributaria, lo que corresponde a las disciplinas del derecho administrativo, tributario y penal. Sin embargo,

105 Dando cuenta de los argumentos de la postura que considera una diferencia cualitativa entre faltas contravencionales y resto de delitos, RORÍGUEZ (1987), pp. 126 y 137 ss.

106 ENDRESS (1995), p. 50. Sobre la identidad ontológica entre sanciones penales y administrativas, describiendo la postura del *ius puniendi* único del estado considerada por la jurisprudencia, CORDERO (2013), pp. 92, 94, 97 y 101. De igual forma, respecto del derecho penal colateral, y a partir de una noción amplia de pena, CORDERO (2012), pp. 149 y 152. La conceptualización intermedia de pena, que permite considerar las sanciones administrativas como pena administrativa, es planteada por RODRÍGUEZ (1987), pp. 122 ss. Respecto de la sanción administrativa como pena a partir de la conceptualización de pena gubernativa, CURY (2005), pp. 103 a 108. Aunque no expresamente, parece considerar la postura, RADOVIC (1993), p. 94.

107 Así lo explica NAVARRO (2021), p. 331.

108 RODRÍGUEZ (1987), pp. 152 ss. Poniéndolo en duda y planteando diferencias, VAN WEEZEL (2017), pp. 1002 y ss. También en contra LETELIER (2017), pp. 627 y ss.

109 NAVARRO (2021), pp. 333 y 334, respecto de la sanción del art. 100 del Código Tributario.

110 En tal sentido, CORDERO (2020), p. 248.

a partir de las consideraciones actuales en torno al problema, la redacción del art. 260 N°3 LRLEP repercute en incertidumbre jurídica para deudores que pretendan que una multa o sanción pecuniaria tributaria u otra sanción administrativa de naturaleza penal sea considerada en el procedimiento concursal de renegociación y alcanzada por la descarga de la deuda en fase de acuerdo de ejecución. En la interpretación de que las obligaciones mencionadas en el art. 260 son excepciones a la descarga¹¹¹, la postura tributaria mayoritaria conlleva la conclusión de que las sanciones pecuniarias tributarias son excepciones a la descarga. La postura minoritaria, lo contrario.

En el plano comparado, las excepciones a la descarga de créditos públicos, como obligaciones tributarias, multas en favor del fisco, administrativas, entre otras, es debatido. En España, si bien a partir del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) ¹¹² se aprecia su no descargabilidad¹¹³, la doctrina ha criticado arduamente la postura por repercutir en un trato restrictivo al interés del deudor¹¹⁴. En Alemania, estableciéndose la excepción si el deudor ha sido condenado por delito tributario¹¹⁵, se ha entendido que las condenas por delitos tributarios solo protegen intereses recaudatorios del estado¹¹⁶. Por su parte, el art. 23.4 de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva (Directiva)¹¹⁷, no menciona a obligaciones derivadas de créditos públicos al plantear la posibilidad de establecer excepciones a la descarga.

El carácter de excepciones al efecto de la descarga, que conlleva una limitación al interés del alivio del deudor, y su carácter expreso, exigen que las obligaciones exceptuadas sean mínimas¹¹⁸ y expresamente delimitadas

111 Apartado 3.2.

112 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

113 Art. 491.1 TRLR.

114 Para una comprensión PRATS (2016), p. 30; CUENA (2016a), p. 4 (versión smarteca); SANZ (2023), pp. 52 ss.

115 §302.1, parte final, InsO. SCHMIDT (2019), p. 1040.

116 STEPHAN (2020), Rn. 30-37 (versión proview beck). Criticando la excepción por beneficiar especialmente a las autoridades fiscales, HENNING et al. (2022), p. 1140.

117 Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

118 Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de UNCITRAL, p. 336.

por el legislador, no cabiendo una interpretación analógica¹¹⁹. La falta de referencia expresa de las “demás” sanciones pecuniarias penales a las que se refiere la norma contradice lo anterior. Debido a tal indeterminación, entendemos que el legislador no se ha referido a las sanciones pecuniarias tributarias, lo que es coherente con el hecho de que en la tramitación legislativa, aunque considerando el quantum de la obligación, se decidió no hacer una referencia expresa a las obligaciones derivadas de sanciones administrativas considerando especialmente el caso de las sanciones tributarias¹²⁰; lo que da cuenta de una intención por sacarlas del ámbito de acción de la norma.

5. CONCLUSIONES

A través de los arts. 255 y 260, la reforma a la LRLEP introduce excepciones a la descarga de la deuda residual en el ordenamiento nacional, generando problemas interpretativos que tienen origen en una indeterminación normativa al tiempo de su regulación. El análisis de la historia de la ley permite concluir una falta de estudio del concepto, fundamentos y requisitos de la institución, lo que incide en un desacierto del legislador al momento de establecer unas mal llamadas “obligaciones excluidas” de la renegociación y una facultad amplia para que la SIR establezca obligaciones excluidas del procedimiento de renegociación.

Una comprensión dogmática del concepto de excepciones a la descarga de la deuda, sus fundamentos, requisitos y efectos, permiten delimitar el ámbito de aplicación de la normativa a través de la interpretación, lo que posibilita resolver dudas que la regulación genera a partir de una interpretación sistemática. Así, los fundamentos de las excepciones a la descarga de la deuda, y su conceptualización y delimitación como límite al principio del fresh start a través de una limitación del interés de alivio del deudor, permiten argumentar la naturaleza de excepciones a la descarga de las obli-

119 SCHMIDT (2019), p. 1039.

120 Intervención del Senador Coloma y de la Ministra(s) Secretaría General de la Presidencia, Sra. Lobos, en Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, HL N°21.563, pp. 570 y 571.

gaciones señaladas en los arts. 255 y 260 LRLEP, constituyéndose en una base argumental que conlleva la necesidad de una interpretación restrictiva de las excepciones, tanto en la liquidación como en la renegociación de la persona natural. Luego, la comprensión de las excepciones a la descarga como límite al interés de alivio del deudor exige que una excepción a la regla general de descarga debe integrarse en la ley, lo que posibilita entender la necesidad de, al menos, revisar legislativa o jurisdiccionalmente la facultad de la Superintendencia para establecer excepciones a la descarga en la renegociación, por cuanto, siendo excepciones a la regla de que todas las obligaciones del deudor deben ser afectadas por la descarga, existiría una limitación para establecerlas mediante la norma administrativa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALARCÓN, Miguel (2018): “La deuda por obligación constituida a través de crédito con aval del estado no constituye excepción al discharge en el ordenamiento jurídico chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°31), pp. 9-59.

ALARCÓN, Miguel (2018a): “Comentarios críticos al fresh start en el concurso de la persona natural de la Ley N° 20.720 desde la perspectiva dogmática comparada”, en: Carvajal, Lorena y Toso, Ángela (editoras), *Estudios de Derecho Comercial* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 597-645.

ALARCÓN, Miguel (2021): “El principio del fresh start como exigencia normativa derivada de la dignidad humana”, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (N°44), pp. 313-333.

ALARCÓN, Miguel (2021a): *El concurso de la persona natural. Cuestiones dogmáticas* (Valencia: Tirant lo Blanch).

BECAR, Emilio (2021): “Notas sobre algunas de las proposiciones de reforma al derecho concursal efectuadas por la Comisión de Estudio de la Nueva Codificación Comercial: presencias y ausencias”, en: Railef, Macarena, Ponencias de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 197-215.

BOUDAUD, Emilio (2022): “Sanciones y medidas administrativas desfavorables afines”, en: Revista de Derecho Universidad de Concepción (251), pp. 165-201.

BYINGTON, Jonathon (2017): “The fresh start canon”, en: Florida Law Review (Vol. 69, N°1), pp. 115-149.

CABALLERO, Guillermo (2017): “La exclusión de un crédito del procedimiento concursal de una empresa deudora”, Comentario de Sentencia, en: Revista Chilena de Derecho Privado (N°29), pp. 347-361.

CABALLERO, Guillermo (2018): “Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor”, en: Revista Ius et Praxis (Año 24, N°3), pp. 133-172.

CASGROVE, Andrew (2006): “Breaking up is hard to do ... Especially when bankruptcy is involved: a look at the unfair results that occur when bankruptcy intervenes in domestic relations cases”, en: American Bankruptcy Institute Law Review (Vol. 14, N°1), pp. 235-271.

CORDERO, Eduardo (2012): “El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal”, en: Revista de Derecho (Valdivia) (Vol. XXV, N°2), pp. 131-157.

CORDERO, Eduardo (2013): “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”, en: Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte) (Año 20, N°1), pp. 79-103.

CORDERO, Eduardo (2019) “Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional”, en: *Revista Ius et Praxis* (Año 25, N° 1), pp. 285-334.

CORDERO, Luis (2020): “El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno”, en: *Revista Ius et Praxis* (Año 26, N°1), pp. 240-265.

CUENA, Matilde (2016): “El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras”, en: *Anuario de Derecho Concursal* (N°37), pp. 11– 63.

CUENA, Matilde (2016a): “La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras resoluciones judiciales”, en: *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (N°25), Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).

CURY, Enrique (2011): *Derecho Penal*, décima edición (Santiago, Ediciones UC).

CHÉNEDÉ, François (2012): “Las conmutaciones en el derecho privado”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°18), pp. 123-148.

ENDRESS, Sergio (1995): “Naturaleza de infracciones y sanciones tributaria”, en: *Revista de Derecho Económico* (N°72), pp. 41-58.

ELLIOTT, Ramona (1987): “Section 523(a)(5): the exception from discharge of alimony, maintenance and support obligations”, en: *Bankruptcy Developments Journal* (Vol. 4, N°1), pp. 109-121.

FIELDSTON, Kenneth (1994): “Implications of bankruptcy on alimony, maintenance, and support in the second circuit”, en: *Cardozo Women’s Law Journal* (Vol. 1, N°1), pp. 149–181.

GARRIDO, José María (2014): “Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”, en: Anuario de Derecho Concursal (N°31), pp. 197-356.

GONZÁLEZ, Ismael (2021): Procedimiento concursal. Renegociación de persona deudora (Santiago, Editorial Hammurabi).

GOLDENBERG, Juan Luis (2021): El sobreendeudamiento del consumidor (Santiago, Thomson Reuters).

GOLDENBERG, Juan Luis (2021a): “Los principios de universalidad subjetiva y el respeto al valor relativo de los créditos en el procedimiento concursal de renegociación”, en: Vásquez, María Fernanda, Estudios de Derecho Comercial. X Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 241-267.

GOTTESMAN, Joan (1983): “Reconciling bankruptcy’s fresh start policy with marital obligations”, en: Brooklyn Law Review (Vol. 49, N°4), pp. 777-809.

GROSS, Karen (1999): Failure and forgiveness: rebalancing the bankruptcy system (New Haven, Yale University Press).

HENNING, Kai, LACKMANN, Frank, REIN, Andreas (2022): Privatinsolvenz (Baden Baden, Nomos).

HUGON, Christine (2005): “L’approche théorique de la procédure de rétablissement personnel”, en: Contrats, concurrence, consommation (N°10), pp. 13-16.

HUMERES, Nicolás (2017): “Perspectivas sobre la potestad reglamentaria y la nulidad de las normas administrativas”, en: Revista de Derecho (Concepción) (Vol. 85, N°242), pp. 71-103.

JEQUIER, Eduardo (2020): Curso de derecho comercial, (Santiago, Thomson Reuters), tomo III, vol. 2.

LAURIAT, Adélaïde y VIGNEAU, Vincent (2014): “L’insolvenza da sovraindebitamento civile in Francia”, en: Sarcina, Antonio (director), El sobreendeudamiento de los particulares y el consumidor (Italia, Editorial Dialogi), pp. 45-60.

LETELIER, Raúl (2017): “Garantías penales y sanciones administrativas”, en: Política Criminal, (Vol. 12, N°24), pp. 622-689.

MCQUEEN, F. Stewart (2001): “In re Renshaw: Extensions of credit by an educational institution—Are they exempt from discharge under Section 523(A)(8) of the Bankruptcy Code?”, en: South Carolina Law Review (Vol. 52, N°4), p. 795-803

NAVARRO, María Pilar (2021): Normas generales antielusión y su sanción en el derecho chileno (Valencia, Tirant lo Blanch).

OLAYO, Felipe (2021): “El efecto extintivo y la rehabilitación de la persona deudora en el procedimiento de liquidación de bienes, contemplado en el artículo 255 de la Ley 20.720”, en: Railef, Macarena, Ponencias de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 657-669.

PRATS, Lorenzo (2016): “El acuerdo extrajudicial de pagos”, en: Prats, Lorenzo (coordinador), Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad (Navarra, Editorial Thomson Reuters Aranzadi), pp. 23-63.

PUGA, Juan Esteban (2016): “Mirada crítica a la Ley 20.720”, en: Jequier, Eduardo (editor), Estudios de Derecho Concursal, (Santiago, Thomson Reuters), pp. 47-67.

RADOVIC, Angela (1993): “Regímenes de sanciones e infracciones en el derecho tributario y delitos contra la hacienda pública”, en: *Revista de Administración Tributaria* (N°13), pp. 91-101.

RODRÍGUEZ, Luis (1987): “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N°11), pp. 117-163.

RUSCH, Linda J. (1996): “Bankruptcy as a revolutionary concept: good faith filing and a theory of obligation”, en: *Montana Law Review* (Vol. 57, N°1), pp. 49-97.

RUZ, Gonzalo (2018): “Reflexiones sobre las condiciones de ingreso al procedimiento concursal de liquidación voluntaria de bienes de la persona deudora”, en: Carvajal, Lorena y Toso, Ángela (editoras), *Estudios de Derecho Comercial*, (Santiago, Thomson Reuters), pp. 571-595.

RUZ, Gonzalo (2023): “Acreedores involuntarios en el derecho concursal: reflexiones sobre su reconocimiento positivo en la reformada ley concursal chilena”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 60), pp. 87-115.

SANZ, Alberto (2023) “Una comparativa de las deudas excluidas del régimen de los saldos insolutos en el derecho concursal chileno y de la exoneración del pasivo insatisfecho en el derecho concursal español”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 61, Número temático: Reforma a la Ley Concursal), pp. 37-63.

SARALEGUI, Sofia (2022): “El crédito con aval del Estado como excepción al discharge en la legislación concursal (Corte Suprema)”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. XXXV, N°1), pp. 367-373.

SCHMIDT, Andreas (2019): *Privatinsolvenzrecht* (Köln, Wolters Kluwer).

SCHMIDT, Karsten (2023): *Insolvenzordnung* (München, C.H. Beck).

SHEIBLE, Sherly (1991): “Bankruptcy and the modification of support: fresh start, head start, or false start?”, en: *North Carolina law Review* (Vol. 69, N°2), pp. 577-638.

SINGER, George H. (1997): “Section 523 of the bankruptcy code: the fundamentals of nondischargeability in consumer bankruptcy”, en: *American Bankruptcy Law Journal* (Vol. 71, N°3), pp. 325-412.

STEPHAN, Guido (2020): “§ 302 Ausgenommene Forderungen”, en: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung* (München, C.H. Beck).

VAN WEEZEL, Alex (2017): “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”, en: *Política Criminal* (Vol. 12, N°24), pp. 997-1043.

ZYWICKI, Todd J. (2000-2001): “Bankruptcy law as social legislation”, en: *Texas Review of Law & Politics* (Vol. 5, N° 2), pp. 395-431.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law [Fecha de última consulta: 01.09.2023].

Historia de la Ley 21.563, que Moderniza los procedimientos concursales contemplados en la ley 20.720, y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas (HL 21.563). Disponible en: <https://www.bcn.cl/historia-delaley/nc/historia-de-la-ley/8164/> [Fecha de última consulta: 05.09.2023].

Historia de la Ley 20.720, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/> [Fecha de última consulta: 30.08.2023].

Insolvenzordnung, de 05 de octubre de 1994. BGBl 1994, num. 70, de 18 de octubre de 1994.

Ley 20.563, que moderniza los procedimientos concursales contemplados en la ley 20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas. Diario Oficial, 10 de mayo de 2023.

Ley 20.720, sustituye el régimen concursal vigente por una ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo. Diario Oficial, 09 de enero de 2014.

Norma de Carácter General N°21, Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, de 11 de agosto de 2023.

Oficio Circular N°5, Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, 19 de mayo de 2020.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal. Boletín Oficial del Estado, N°127, 07 de mayo de 2020.

Title 11, U.S. Code, Bankruptcy, Pub. L. 95–598, title I, §101, Nov. 6, 1978, 92 Stat. 2549.

¿COMPRAR O REPARAR?: REFLEXIONES ACERCA DE LOS MECANISMOS JURÍDICOS PARA COMBATIR LA OBSOLESCENCIA PROGRAMADA¹


TO BUY OR REPAIR?: REFLECTIONS ABOUT LEGAL MECHANISMS TO COMBAT PLANNED OBSOLESCENCE

María José Tapia Fraile*

Resumen

El actual enfoque de desarrollo económico ha destacado la fabricación de bienes de consumo, logrando niveles de producción sin precedentes. Para asegurar dicho ritmo de crecimiento, las grandes empresas requieren que las ventas de sus productos se mantengan estables, lo cual está estrechamente ligado a la vida útil de los artefactos, surgiendo así la noción de obsolescencia programada. Este trabajo tiene como objetivo exponer las diversas alternativas que otorga el Derecho para contrarrestar los efectos de la obsolescencia programada, destacando a aquellas derivadas del Derecho del Consumo como las más eficaces. Además, se reflexionará acerca de la economía circular, consumo sostenible, reparabilidad y durabilidad de los productos como formas de abordar el fenómeno.

¹ Artículo recibido el 19 de diciembre de 2023 y aceptado el 19 de abril de 2024.

* Doctoranda en Derecho por la U. de Chile. Profesora de Derecho Civil, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile.  0009-0007-1252-3772. Dirección Postal: Larrondo 1281, Coquimbo, Chile. Correo electrónico: mariajose.tapia@ucn.cl.

Palabras clave

Obsolescencia programada, medioambiente, consumo sostenible, reparabilidad.

Abstract

The current focus on economic development has emphasized the manufacturing of consumer goods, achieving unprecedented levels of production. In order to maintain this growth rate, big companies require that the sales of their products remain stable, which is closely linked to the useful life of the devices, thus arising the concept of planned obsolescence. This paper aims to outline the various alternatives granted by law to counteract the effects of planned obsolescence, highlighting those derived from Consumer Law as the most effective. In addition, the circular economy, sustainable consumption, reparability and durability of products will be reflected on as ways to address the phenomenon.

Keywords

Planned obsolescence, environment, sustainable consumption, repairability.

1. INTRODUCCIÓN: LA OBSOLESCENCIA PROGRAMADA

Como resultado de la celeridad con la cual ha avanzado la tecnología y la ciencia, han surgido grandes comercios y corporaciones², y para mantener dicho ritmo de crecimiento se ha optado por reducir deliberadamente la vida útil de los productos. El fenómeno de la obsolescencia programada se ha definido por la doctrina como el conjunto de técnicas orientadas a reducir, de manera artificial, la durabilidad de un producto con el propósito de estimular el consumo constante³. Este proceso se concreta mediante la introducción sistemática de un dispositivo diseñado ad hoc⁴.

2 SOTO (2013), p. 328.

3 SLADE (2006), p.5.

4 LATOUCHE (2014), p. 34.

En efecto, representa un comportamiento empresarial que se traduce en la caducidad deliberada, llevada a cabo por el fabricante, de la durabilidad de determinados componentes de un producto mediante la inclusión de softwares que inhiben su funcionamiento en determinado tiempo o tras un número de ciclos operativos. Esta estrategia empresarial tiene una finalidad de carácter económica, puesto que induce a los consumidores a adquirir un nuevo artículo, aparentemente mejor o renovado, para reemplazar el anterior, fomentando un ritmo de consumo constante.

Por su parte, otros autores han definido a la obsolescencia programada como: “un defecto no espontáneo de los productos, propio del nivel al que ha llegado la economía de mercado en nuestro tiempo, consistente en el agotamiento planificado de su vida útil”⁵. El autor, luego de conceptualizar a este fenómeno, agrega que: “Si bien empezó a manifestarse desde el siglo pasado como una práctica relativamente esporádica, no cabe duda de que en nuestros días se ha consolidado como una autentica tendencia comercial, razón por la cual los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para revertirla o, por lo menos, mitigar sus efectos más perjudiciales”⁶.

Otras definiciones otorgadas por la doctrina han puesto énfasis en el impacto medioambiental, estimando que la obsolescencia programada consiste en la práctica de algunas empresas destinada a acelerar la inutilización de sus productos y obligar a los consumidores a comprar uno nuevo, derivando en el aumento imparable de basura y el desperdicio de materiales que podrían ser reutilizados⁷. Asimismo, se ha indicado, desde el punto de vista medioambiental, que constituye una estrategia controvertida, toda vez que fomenta el consumo constante de objetos, los cuales rápidamente se sustituyen por otros, generando una cantidad exorbitante de residuos⁸.

5 GUTIÉRREZ (2017), p. 30.

6 GUTIÉRREZ (2017), pp. 30-31.

7 DELVA (2022), pp. 16-17.

8 HELLMAN (2018), p. 132.

En cuanto al origen de este fenómeno, se remonta al denominado cartel de Phoebus, conformado por las principales empresas europeas dedicadas a la fabricación de ampolletas o bombillas eléctricas. En el año 1924, sus representantes se reunieron con el propósito de acordar la reducción deliberada de la durabilidad de sus productos, que hasta entonces ascendía, en promedio, a dos mil quinientas horas. Luego de dicha reunión, los empresarios acordaron limitar su durabilidad a mil horas, reducción que tenía como principal objetivo ejercer un control sobre el consumo y, consecuentemente, aumentar las utilidades, creando incluso el denominado “Comité de las 1000 horas de vida”, en inglés: 1000 hours life committee⁹.

Paradójicamente, en Livermore, Estados Unidos, desde el año 1901, es decir, hace 122 años se encuentra encendida una ampolleta fabricada por Shelby Electric Company, la que solo ha sido apagada por breves períodos cuando ha debido ser trasladada desde un cuartel de policías al ayuntamiento de dicha ciudad, y, por último, cuando se trasladó al cuartel de bomberos donde actualmente se encuentra. Esta ampolleta puede ser visitada y forma parte de una atracción turística en dicha localidad estadounidense.

Continuando con las reminiscencias históricas del fenómeno en comentario, el año 1932, un inversor inmobiliario llamado Bernard London, acuñó y propuso el término obsolescencia programada, y lo concibió como una estrategia para combatir la Gran Depresión y así lograr restaurar la economía, por medio de la alteración de la durabilidad de los bienes de consumo en el momento de su producción, cuestión que debía ser debidamente informada al consumidor¹⁰. Finalmente, su propuesta no llegó a implementarse, pero planteaba que, una vez transcurrida la vida útil de los productos, estos debían ser entregados por los consumidores a una entidad gubernamental debidamente designada para destruirlas, y aquellos que continuaban utili-

9 MIROW y MAURER (1982), p. 24.; SEDEÑO (2021), p. 161.

10 LONDON (1932), p. 6.

zando bienes, en su opinión legalmente muertos, debían ser sancionados. Empero, precisó que esta estrategia debía ser temporal, solamente hasta la estabilización de la economía¹¹.

Sin perjuicio de lo expuesto, el término obsolescencia programada recién alcanzó popularidad a partir del año 1954, cuando el diseñador industrial Brook Stevens¹², en una conferencia sobre publicidad la definió como el fenómeno destinado a instalar en el comprador el deseo de poseer algo “un poco más nuevo, un poco mejor y un poco antes de lo necesario”¹³.

La obsolescencia programada está íntimamente ligada con lo que se ha denominado sociedad del consumo. Zygmunt Bauman, sociólogo polaco, acuñó este concepto y sostuvo que el ser humano siempre ha consumido, pero actualmente esto se convirtió en el eje de su vida y en su razón de ser, pues consumimos para identificarnos y formar parte de un determinado grupo social¹⁴. El problema no es el consumo en sí mismo, sino que el consumismo exacerbado, pues degrada el medio ambiente de dos maneras: por medio de la extracción de ciertos recursos naturales y también por el aumento significativo de los residuos¹⁵.

El fenómeno de la obsolescencia programada puede producir consecuencias jurídicas, económicas, políticas, sociales¹⁶ y medioambientales¹⁷, con ocasión del agotamiento acelerado de los recursos naturales por la producción masiva, problemas de salud pública por la eliminación de residuos con altos contenido en toxinas, basureros tecnológicos, entre otros. Empero, en el presente artículo nos enfocaremos en las consecuencias jurídicas, pues la obsolescencia programada puede ser abordada desde diversas áreas del Derecho, teniendo todas como enfoque la protección al medioambiente.

11 LONDON (1932), p. 7.; SEDEÑO (2021), p. 162.

12 GARCÍA (2021), p. 234.

13 RODRÍGUEZ (2017), p. 95.

14 MARTÍNEZ y PORCELLI (2016), p. 337.

15 GARCÍA (2021), p. 233.

16 BRIGGS (2017), p.437.

17 ROBAYO (2017), p. 367.

En efecto, desde la perspectiva del derecho público se han propuesto mecanismos jurídicos para contrarrestar los efectos de la obsolescencia programada, particularmente por el Derecho Penal y el Derecho Tributario. Asimismo, se ha tratado el fenómeno desde el derecho privado, a través del Derecho Corporativo y Derecho del Consumo. Sin embargo, en esta investigación se plantea que, el derecho privado, especialmente el Derecho del Consumo, se erige como la herramienta de protección más eficaz.

2. CLASES O TIPOS DE OBSOLESCENCIA

La obsolescencia puede clasificarse en tres categorías: obsolescencia de función, obsolescencia de calidad y obsolescencia subjetiva. En primer lugar, la obsolescencia de función consiste en la fabricación de nuevos productos que presentan un rendimiento funcional superior debido a la incorporación de elementos innovadores, lo que hace que las versiones anteriores parezcan obsoletas. Esta situación se verifica atendido que el avance de la ciencia y tecnología es dinámico, y que los softwares y hardwares se actualizan constantemente, y también, debido a que no existen los repuestos necesarios para reparar un determinado producto o dispositivo¹⁸.

En consecuencia, la obsolescencia de función o técnica se traduce en que un bien deviene en obsoleto con ocasión de la salida al mercado de otro producto que tiene un mejor rendimiento funcional¹⁹, es decir, supone un progreso técnico en la industria que permite la incorporación de mejoras.

Por otro lado, la obsolescencia de calidad consiste en el diseño de productos que experimentan desperfectos después de un tiempo determinado y ha sido conceptualizada como aquella en la que el productor al momento de la fabricación, intencional y deliberadamente, toma la decisión en torno a descomponer o inutilizar el artefacto luego de un período de tiempo, no

18 DELVA (2022), p. 17.

19 CORREA (2017), p. 52; VEGA (2012), p. 56.

muy lejano a la época en que se compró²⁰. Esta práctica implica la inclusión de ciertos componentes destinados a que la vida útil del bien se ajuste a las expectativas de durabilidad del fabricante²¹, y podemos denominarla obsolescencia programada propiamente tal.

Por último, la obsolescencia subjetiva, de deseabilidad o simbólica, se basa en modificaciones en la apariencia o estilo de los productos, sin efectuar alteraciones funcionales, pero que los consumidores perciben como un nuevo producto²². Esta clase, tiene un impacto directo en la psiquis del consumidor y consiste en que un producto sigue siendo funcional, pero es percibido por los consumidores como un modelo desgastado cuando aparece en el mercado un nuevo producto que aparenta ser innovador²³.

La obsolescencia subjetiva tiene su origen en la industria automotriz, pues en el año 1923 cuando General Motors lanzó Chevrolet para competir con Ford, no se trataba de un producto funcional o técnicamente mejor, sino que se trataba de un cambio de imagen o look²⁴, que buscaba transformar la noción clásica en torno a que un automóvil debía durar para toda la vida de su dueño. En efecto, con ese hito los fabricantes se percataron que los consumidores estaban dispuestos a cambiar su automóvil antes de que se desgastara, solo por motivos de moda y estilo y no por mejoras tecnológicas²⁵.

Actualmente, la obsolescencia subjetiva suele estar presente en la industria de la moda, textil, automotriz y de dispositivos móviles, y se encuentra estrechamente vinculada con los efectos que la publicidad puede ocasionar en los consumidores, pues esta genera sentimientos de desasosiego en los

20 SLADE (2006), p.5.

21 SOTO (2015), p. 43.

22 ECHEVERRI y OSPINA (2017), p. 147.

23 DEL MASTRO (2012).

24 LATOUCHE (2014), p. 36.

25 SLADE (2006), p. 4.

consumidores respecto a la adquisición de bienes con nimias e imperceptibles mejoras²⁶, incentivándolos a aumentar el nivel de consumo, con las consecuencias medioambientales que se mencionarán infra.

Por otro lado, hay autores que han planteado, además de las clasificaciones clásicas, nuevas categorías de obsolescencia, tales como la obsolescencia informática, indirecta e intrínseca. En cuanto a la obsolescencia informática o por incompatibilidad, se produce cuando un programa informático deja de funcionar debido a la actualización de su sistema operativo²⁷. Mientras que, la obsolescencia indirecta implica la imposibilidad de reparar un producto por la falta de repuestos, o bien, porque su reparación no se puede llevar a cabo²⁸. En cuanto a la obsolescencia intrínseca²⁹, consiste en la disminución de los costos de producción por parte de los fabricantes, con el propósito de aumentar el consumo y comercializar a precios más bajos debido a la utilización de materiales de baja calidad, en desmedro del uso de tecnologías que supongan un producto duradero o sostenible.

Por su parte, Cooper ha propuesto la noción de obsolescencia económica, entendiéndola como aquella que opera cuando los consumidores le asignan un disvalor a un producto, porque la adquisición de un nuevo producto no resulta especialmente costosa en comparación con los gastos económicos asociados a una eventual reparación³⁰; sin embargo, resulta difícil sustentar que se trate de una categoría autónoma de obsolescencia, pues este tipo se puede considerar como un caso de obsolescencia funcional, o incluso de obsolescencia indirecta, descartando que se trate de una clase autónoma.

26 HELLMAN (2018), p. 132.

27 GARCÍA (2021), p. 236

28 DELVA (2022), p.19.

29 MARTÍNEZ y PORCELLI (2016), pp. 343-344.

30 GARCÍA (2021), p. 237.

3. MECANISMOS JURÍDICOS COMPARADOS PARA COMBATIR LA OBSOLESCENCIA PROGRAMADA

Ciertamente resulta preocupante el aumento del consumo, o más bien, del consumismo generalizado, en tanto se extraen recursos naturales no renovables para la elaboración de productos y en cuanto a la generación, proliferación y acumulación de desechos y basura electrónica (también denominada e-waste o e-basura), produciendo ambas cuestiones un impacto a nivel medioambiental.

Para satisfacer el actual ritmo de consumo se deben extraer recursos naturales no renovables, que se utilizan en la elaboración a gran escala de productos electrónicos, entre los cuales se encuentra el oro (en pequeñas cantidades); coltán, que consiste en una mezcla de dos minerales: columbita y tantalita; plomo, que al ser altamente tóxico complejiza su reciclaje; cadmio, que se utiliza para fabricar baterías recargables; cobre, usado como conductor de electricidad; así como también mercurio, níquel, litio y berilio³¹. Acceder a estos recursos requiere la deforestación y destrucción de grandes extensiones de tierra, pues se encuentran en el subsuelo, lo que conlleva la afectación de la biodiversidad de aquellas zonas³².

Igualmente se afecta al medioambiente por los elementos altamente tóxicos que generan los productos tecnológicos que no se reciclan adecuadamente al término de su vida útil, generando como consecuencia la contaminación del medioambiente. Dentro de dichos elementos encontramos el cadmio, plomo y mercurio³³. Estos residuos finalmente son conducidos a basureros tecnológicos, esto es, lugares donde se acumulan los productos una vez inutilizados, ya sea para su reutilización o quema, encontrándose la mayoría de ellos en Ghana y Zimbabwe³⁴.

31 MARTÍNEZ y PORCELLI (2016), pp. 350-352.

32 RUBAYO (2017), p. 372.

33 VEGA (2012), p.57.

34 MARTÍNEZ y PORCELLI (2016), p. 354.

Con ocasión del referido impacto medioambiental frente al fenómeno de la obsolescencia programada, es dable mencionar el esfuerzo de los estados en el plano internacional al suscribir el Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, en adelante, Convenio o Convenio de Basilea, tratado que Chile promulgó el año 1992, y que impuso restricciones a la hora de exportar residuos a países en desarrollo que puedan resultar tóxicos para la salud. El referido convenio plantea, como una forma de proteger la salud humana y el medioambiente, la reducción de la generación de residuos³⁵.

Empero, desde la promulgación del Convenio de Basilea la realidad de los basureros tecnológicos no ha cambiado sustancialmente³⁶, pese al establecimiento de centros regionales al alero del referido Convenio. En ese sentido, pareciera que la normativa es insuficiente, o su interpretación y aplicación no ha sido la adecuada. Coincidimos con aquella doctrina que ha sostenido que, el tratado requiere de estrategias complementarias para ser implementado, y que esta normativa internacional debe armonizarse, por ejemplo, con el Protocolo de Kioto de 1997, que tiene por objeto que los países industrializados estabilicen sus emisiones de gases de efecto invernadero³⁷.

A nivel comparado, se han propuesto una serie de mecanismos para combatir el fenómeno de la obsolescencia programada, teniendo como objetivo la protección al medioambiente. Desde la perspectiva del derecho público, encontramos la solución legal abordada en Francia, por medio del Derecho

35 GUTIÉRREZ (2017), p.27.

36 INCARDONA (2023).

37 HELLMAN (2018), pp.137-138

Penal³⁸; así como también, ciertas propuestas dogmáticas desde el Derecho Penal Internacional³⁹, el Derecho Tributario⁴⁰, por la vía de los ecoimpuestos, y el Derecho Administrativo, como reguló la legislación ecuatoriana⁴¹.

Francia destaca entre los países que han regulado la obsolescencia programada desde la perspectiva penal, toda vez que el artículo L.441-2 del Código del Consumidor⁴², define a la obsolescencia planificada como el uso de técnicas mediante las cuales el responsable de la comercialización de un

38 Estimo que resulta discutible que la penalización de la obsolescencia programada sea un mecanismo eficaz para enfrentar el fenómeno y sus consecuencias medioambientales. En efecto, es posible vislumbrar una serie de inconvenientes a la hora de aplicar dicho tipo penal, y que se abordarán infra. Asimismo, otro argumento que es dable esgrimir, dice relación con el carácter excepcional y de última ratio que la doctrina le ha otorgado al Derecho Penal, puesto que debería ser el último instrumento al que deberíamos recurrir para proteger ciertos y determinados bienes jurídicos, solo cuando no existen otros medios menos gravosos. CARNEVALLI (2008), p. 13.

39 A mayor abundamiento, cierta doctrina considera a la obsolescencia programada como un crimen internacional dada la grave afectación al medioambiente, que permitiría su investigación y juzgamiento al involucrarse distintos actores en la persecución penal. HELLMAN (2018), p. 139. Esta postura basa su argumentación en que el medioambiente constituye un bien jurídico de carácter global, cuya protección en los sistemas jurídicos internos pareciera no ser eficaz, NIETO (2012), p. 138, por lo que consagrar su afectación como delito a nivel internacional generaría un efecto disuasorio para las empresas y fabricantes.

40 De acuerdo con la doctrina, la fiscalidad ambiental ha resultado ser una herramienta eficaz en la protección del medioambiente GARCÍA (2019), p. 46, utilizando el impuesto al valor agregado, en adelante IVA, para promover actividades vinculadas con el medioambientales, por ejemplo: reduciendo impuestos o aplicando tipos de IVA especiales a las actividades de reparación de artefactos y a la venta de artículos usados, incentivando ambas prácticas. SEDEÑO (2021), p. 177. Empero, atendido que el IVA resulta ser uno de los impuestos de mayor recaudación, podría parecer lógica la retención de parte de los Estados a la hora de reducirlo o modificarlo. Por ello, ciertos autores (SEDEÑO (2021), pp. 184-185) han planteado aplicar un impuesto indirecto que gravaría a productos compuestos de sustancias químicas nocivas para el medioambiente, de tal forma que el sujeto pasivo de ese impuesto sería la empresa productora o importadora de los bienes gravados, lo cual propiciaría la comercialización de productos sostenibles.

41 El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación de 2016, en la disposición general vigésima primera, define a esta práctica como el conjunto de técnicas mediante las cuales un fabricante, importador o distribuidor de bienes, en la creación o a través de la modificación del producto, reduce deliberada e injustificadamente su duración con el objeto de aumentar su tasa de reemplazo. Agrega, que las instituciones públicas deberán realizar aleatoriamente un control de los bienes, posterior a su adquisición, y los proveedores que hayan incurrido en estas prácticas quedarán impedidos, de manera permanente, para contratar con el Estado. Por último, la misma norma añade que se generarán los efectos señalados anteriormente, cuando se compruebe la obsolescencia programada en el comercio entre particulares.

42 Code de la consommation, de 2018.

producto pretende reducir deliberadamente su vida útil para aumentar la tasa de reemplazo⁴³. Y luego, el artículo L.454-6 tipifica a esta práctica como un delito, que se sanciona con una pena de dos años de prisión, más una multa de 300.000 euros. Estas sanciones se complementan con la prohibición de ejercer cargos públicos, actividades profesionales o sociales en el ámbito de la infracción, así como la prohibición de ejercer una profesión comercial o industrial.

La regulación legal ante la obsolescencia programada pareciera ser el camino correcto; sin embargo, resulta legítimo cuestionarnos si es adecuada para abordar este fenómeno. Una primera crítica a la normativa dice relación con la efectividad de establecer multas pecuniarias, pues éstas podrían no resultar suficientemente disuasorias si tomamos en consideración a los grandes conglomerados empresariales y los múltiples beneficios económicos que pueden obtener de estas prácticas, de manera tal que consideren a las multas como un costo adicional en la producción.

Una segunda crítica a la regulación francesa surge a raíz de las dificultades probatorias, pues es posible reconocer una serie de obstáculos técnicos a la hora de aplicar el delito de obsolescencia programada⁴⁴, fundamentalmente si nos enfocamos en el consumidor afectado que deberá probar dicha conducta antijurídica ante los tribunales de justicia. El problema de este tipo penal dice relación con el cumplimiento de criterios restrictivos, pues la norma sanciona técnicas destinadas a reducir la vida útil de los productos, sin precisar en qué deben consistir las mismas o cómo deben materializarse.

Otra dificultad que es posible identificar respecto a la aplicación de esta normativa, dice relación con la reducción deliberada de la vida útil, toda vez que el artículo en comento no aborda métodos de cálculo para analizar la disminución de la durabilidad de un producto, indeterminación que recaerá

43 Original en francés: Est interdite la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement.

44 LANUX (2022), p. 7.

en el consumidor denunciante, quien deberá probar tal reducción⁴⁵. Por último, la intencionalidad del fabricante también surge como un elemento complejo de acreditar, pues no basta la mera intención de reducir la vida útil del bien, sino que dicha intención debe verse motivada por el aumento de la tasa de reposición de los artefactos, y fácilmente podemos imaginar que un argumento de los productores será que la disminución de la vida útil se llevó a cabo con el único objetivo de reducir el precio de venta.

Por otro lado, la incorporación de este tipo penal tampoco ha representado un desincentivo a la hora de llevar a cabo prácticas de obsolescencia programada en Francia, pues solo se han ventilado tres litigios en la materia desde la modificación al Código del Consumidor⁴⁶, y todos fueron iniciados por asociaciones de consumidores. En el primer juicio, que data del año 2017, la asociación de consumidores Halte à l'Obsolescence programmée (en español: detener la obsolescencia programada) denunció a la empresa Epson, dedicada a la fabricación de impresoras, por haber reducido deliberadamente la duración de los cartuchos de tinta, motivando su reemplazo, aunque tuvieran tinta todavía; sin embargo, a la fecha aún no se ha dictado sentencia⁴⁷. Luego, la misma asociación denunció a Apple, pero tal causa terminó con una transacción donde la referida empresa aceptó pagar una multa de 25 millones de euros⁴⁸. Por último, el año 2020 la referida asociación denunció a Microsoft ante el tribunal de ética publicitaria, pues en un anuncio publicitario instaban a los consumidores a sustituir sus computadores, aunque fueran funcionales; este caso, terminó con sentencia favorable para la denunciante, pero por infracción a la ética publicitaria, y no por aplicación de la normativa que tipifica a la obsolescencia programada como delito⁴⁹.

45 LANUX (2022), p. 7.

46 LANUX (2022), p. 8.

47 HALTE À L'OBSOLESCENCE PROGRAMMÉE (2021).

48 Comunicado de prensa del Ministerio de Economía y Finanzas francés, informando sobre la transacción disponible en: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communique/2020/CP-Ralentissement-fonctionnement-iPhone200207.pdf

49 Jury de Déontologie Publicitaire, Rol N°660-20, de fecha 3 de julio de 2020.

Tal como se indicó supra, igualmente se han propuesto soluciones ante el fenómeno de la obsolescencia programada desde la perspectiva del derecho privado, acudiendo al Derecho Corporativo y la responsabilidad social empresarial, en adelante RSE; así como también, al Derecho del Consumo.

La RSE consiste en aquella práctica empresarial, de carácter voluntaria, destinada a satisfacer preocupaciones sociales y medioambientales relacionadas con las posibles incidencias que la actividad productiva de la empresa pueda ocasionar sobre la sociedad⁵⁰. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas sobre sostenibilidad corporativa, iniciativa de libre adscripción propuesta por la Organización de las Naciones Unidas, consagra diez principios inspiradores, y aquellos vinculados con el medioambiente podrían tener incidencia ante el fenómeno de la obsolescencia programada, en específico el principio N°7, que consagra que las empresas deberían apoyar un planteamiento preventivo con respecto a los desafíos ambientales; y el principio N°8, en virtud del cual las empresas deberían llevar a cabo iniciativas para fomentar una mayor responsabilidad ambiental; así como también el principio N°9, que establece que las empresas deberían promover el desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente.

La doctrina ha sostenido que aquellas empresas que deciden voluntariamente contribuir a un medioambiente libre de contaminación y que den cumplimiento a la RSE, podrían verse beneficiadas si deciden aumentar la vida útil de los productos, pues mejorarían su reputación frente a los consumidores, e incluso se ha propuesto la utilización de Informes de Responsabilidad Social Corporativa, con el propósito de informar a los consumidores las políticas utilizadas por la empresa para reparar los productos, y así aumentar su durabilidad⁵¹.

50 RUIZ y ROMERO (2011), p. 128.

51 RUIZ y ROMERO (2011), p. 134.

Empero, esta propuesta formulada desde el Derecho Corporativo merece comentarios en torno a la efectividad que presenta para abordar el fenómeno de la obsolescencia programada. El primero se refiere a la voluntariedad de la RSE, pues sin un marco legal no todas las empresas se verán compelidas a incorporar tecnologías respetuosas con el medioambiente destinadas a aumentar la durabilidad de los productos. Asimismo, es dable señalar que, no obstante, el aumento en el prestigio de la empresa puede ser un incentivo para aquellas a la hora de evitar prácticas de obsolescencia programada, esto puede ocurrir a largo plazo, a diferencia de los beneficios económicos a corto plazo que pueden obtener al reducir la vida útil de los artefactos.

En lo que respecta a las propuestas comparadas propias del Derecho del Consumo, destaca la Comunidad Autónoma de Extremadura (España), que se inclinó por abordar la obsolescencia programada desde dicha rama del derecho, incorporando una prohibición expresa a esta práctica en el artículo 26 de la Ley 6/2019⁵², que regula el Estatuto de las personas consumidoras, en los siguientes términos: “Se prohíben las prácticas de obsolescencia programada, entendida como tales el conjunto de técnicas que introduzcan defectos, debilidades, paradas programadas, obstáculos para su reparación y limitaciones técnicas mediante las cuales un fabricante reduce de forma deliberada la durabilidad de la producción con el objeto de aumentar la tasa de reemplazo o sustitución”. Además, en el artículo 73 N°36 del mismo cuerpo normativo, se consagra a esta práctica como una infracción grave al Estatuto de las personas consumidoras⁵³, sancionándola en el artículo 75 con una multa de 3.001 a 15.000 euros.

Esta regulación legal igualmente puede ser objeto de críticas; la primera, en torno a los conceptos ambiguos que utiliza para definir a la obsolescencia programada, cuestión que podría generar discusiones en un eventual litigio, en torno a qué se entiende por defectos o debilidades. Una segunda crítica, que también se mencionó con ocasión de la regulación francesa, es el fin

52 Ley 6/2019, de 2019.

53 ISLER (2023), p.5.

disuasorio de las multas si tomamos en consideración a grandes empresas. Y, por último, también es dable criticar que esta normativa es autónoma, por lo que tiene una aplicación territorial limitada, lo que podría generar que las empresas trasladen sus puntos de ventas a otras comunidades con legislaciones más laxas.

Por otro lado, en Bélgica y Finlandia también se decantaron por aplicar el Derecho del Consumo, pues con ocasión de la noción de durabilidad esperada de los productos extendieron el plazo de garantía legal a dos años, en concordancia con los plazos indicados en la Directiva (UE) 2019/771, toda vez que en dichos ordenamientos la alteración de la vida útil de los artefactos implica un caso de falta de conformidad del comprador⁵⁴. Esta forma de abordar el fenómeno de la obsolescencia programada otorga protección a los consumidores, y parece resultar eficaz, pues proporciona alternativas de fácil acceso para éstos, tales como la reparación y sustitución del producto defectuoso. Empero, el análisis exhaustivo de la garantía legal como mecanismo ante estas prácticas serán objeto de futuras investigaciones.

Finalmente, en lo que respecta a la legislación nacional, en Chile la ley 19.496⁵⁵, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, en adelante LPDC, no se refiere a este fenómeno. Sin embargo, la doctrina nacional que ha abordado esta temática ha propuesto que estaríamos ante una infracción al deber precontractual de informar a los consumidores⁵⁶, inclinándose por la importancia de aquello desde el punto de vista medioambiental, señalando que, ante la falta de norma, sería posible abogar en contra de esta práctica de los productores acudiendo al derecho a la protección del medioambiente⁵⁷ consagrado en el artículo 3, letra d) de la LPDC, pues estas acciones empresariales darían lugar a la proliferación de residuos tecnológicos que no se reciclan adecuadamente. La mencionada norma dispone: “Son derechos y deberes básicos del consumidor: (...) d)

54 LOISEAU (2019), pp. 6-7.

55 Ley N°19.496, de 1997.

56 PINOCHET (2015), p.409.

57 ISLER (2019a), p. 235.

La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles.” No obstante, el artículo 3, letra d) de la LPDC puede aplicarse en casos de obsolescencia programada al reconocer la protección al medioambiente, se requieren disposiciones legales con un mayor grado de detalle para abordar adecuadamente el problema, abarcando todas sus aristas.

4. ECONOMÍA CIRCULAR, CONSUMO SOSTENIBLE, REPARABILIDAD Y DURABILIDAD

Dentro de las soluciones que puede proporcionar el derecho privado, la más eficaz proviene del Derecho del Consumo, pues otorga herramientas de fácil acceso para los consumidores que se ven afectados en sus derechos con ocasión de la obsolescencia programada y que suponen la educación a los consumidores y a los proveedores en cuestiones como economía circular, consumo sostenible, reparabilidad y durabilidad.

La primera propuesta de solución que planteamos se vincula con lo que se ha venido en denominar economía circular, entendida como un sistema económico que se basa en modelos de negocio que reemplazan el concepto “fin de vida útil”, por el de reducir, alternativamente reutilizar, reciclar y recuperar materiales en los procesos de producción, distribución y consumo, con el objetivo de lograr un desarrollo sostenible, conjugando calidad ambiental, prosperidad económica y equidad social⁵⁸. Esta noción se opone a la economía lineal y se encuentra directamente relacionada con el término *cradle to cradle* (de la cuna a la cuna), en virtud del cual las materias primas de un producto deben separarse al final de su vida útil y reutilizarse para producir nuevos bienes, de la misma calidad que los primitivos⁵⁹. Por lo tanto, instaurar estas nociones basadas en el reciclaje, tanto en productores como en consumidores, podría operar como una herramienta de protección al medioambiente en casos de obsolescencia programada.

58 KIRCHHERR et al. (2017), p. 229.

59 MARTÍNEZ y PORCELLI (2016), p. 369.

A propósito de la gestión de residuos tecnológicos, en Chile podría aplicarse lo dispuesto en la ley 20.920⁶⁰, que establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje. Este cuerpo legal, de acuerdo con su artículo 1, tiene por objeto la protección de la salud de las personas y el medioambiente, que como ya se indicó, se pueden afectar gravemente con ocasión de la obsolescencia programada. En su artículo 2, consagra el principio de responsabilidad del generador de un residuo, en cuya virtud, aquel será responsable de ellos desde su generación hasta su valorización o eliminación. Frente a una infracción a la normativa de reciclaje, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de dicha ley, será la Superintendencia del Medio Ambiente la encargada de sancionarlas, en conformidad a lo que establece el Párrafo 3° del Título III de la ley 20.417⁶¹, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Las sanciones pueden consistir en amonestaciones por escrito o multas de hasta 10.000 Unidades Tributarias Anuales, según la gravedad de la infracción.

En cuanto a los aspectos positivos de la ley 20.920, resulta menester destacar que el artículo 8 efectúa una expresa mención al Convenio de Basilea como antecedente directo de la normativa nacional. Resulta interesante que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por Chile en el plano internacional no provino de los organismos creados por el Convenio, sino que de los lineamientos propuestos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ⁶².

Sin embargo, en lo que respecta a los aspectos negativos de la referida ley, encontramos que asimila al generador de residuos con el consumidor, pues en el artículo 3 define al primero como el poseedor de un producto, sustancia u objeto que lo desecha o tiene la obligación de desecharlo, excluyendo en forma expresa de tal categoría a los productores o fabricantes. Incluso, en el

60 Ley 20.920, de 2016.

61 Ley 20.417, de 2010.

62 MATUS et al. (2018), p. 779.

mismo artículo se define al consumidor como todo generador de un residuo de producto prioritario. Esto implica que la responsabilidad del productor y sus obligaciones se extienden hasta la venta del producto al consumidor, endosando en este último la labor de reciclaje, pues recoge la noción de que son los consumidores, y no los productores, los que generan los residuos⁶³.

Por otro lado, una segunda propuesta de solución ante el fenómeno estudiado dice relación con el consumo sostenible y la educación a los consumidores en tal sentido, conceptos que incluso podrían resultar útiles para combatir la clase más compleja de obsolescencia: la subjetiva o de deseabilidad⁶⁴. En efecto, consiste en una nueva forma de consumir, opuesta al consumismo, que se vincula con un consumidor responsable, consciente de sus acciones y de cómo ellas inciden en el medioambiente⁶⁵. Se ha planteado que este consumidor se caracteriza por su comportamiento, pues adquiere productos ecológicos debido a su alta conciencia medioambiental y social⁶⁶. Potenciar la idea de consumo sostenible permitirá que como consumidores seamos más conscientes respecto a las consecuencias del consumo desenfrenado, atendido que las materias primas son finitas, a diferencia de los residuos que, como se indicó, terminan en basureros tecnológicos.

Esta alternativa tiene como fundamento la experiencia europea, pues la Directiva 2009/125/CE⁶⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, y en su artículo 1 establece su objetivo, señalando que contribuye al desarrollo sostenible incrementando la eficacia energética y el nivel de protección del medio ambiente, al tiempo que incrementa la seguridad del abastecimiento energético. Esta Directiva

63 RAGLIANTI (2018), p. 76.

64 MARTÍNEZ y PORCELLI (2016), p. 364.

65 MARTÍNEZ y PORCELLI (2016), p. 366.

66 ACUÑA et al. (2020), p. 385.

67 Directiva 2009/125/CE, de 2009.

pone énfasis en la facilidad de reutilización y reciclado, pues los fabricantes deberán informar a los consumidores los componentes y materiales adecuados para aquellos fines.

Igualmente, es menester esgrimir como tercera alternativa, el énfasis en la reparabilidad de los productos, término clave para combatir de forma eficaz la obsolescencia programada. La reparabilidad cobra relevancia cuando un producto falla y el plazo de garantía legal reconocido en favor del consumidor ha transcurrido, pues podría repararlo él mismo o bien encargar la reparación a un tercero⁶⁸. Como se indicó supra, la falta de repuestos implica enfrentarnos a la obsolescencia indirecta, y surge como un obstáculo técnico para la reparación de los artefactos. Por ello, la doctrina ha abogado por la urgencia en consagrar un derecho de reparación en favor de los consumidores, asegurando que las reparaciones sean sistemáticas y rentables, de manera tal que el consumidor pueda escoger quién, dónde, cuándo y cómo repare un producto⁶⁹.

La noción de reparabilidad se encuentra directamente relacionada con el concepto de durabilidad, y ambas a su vez se vinculan con el desarrollo sostenible, principios que fueron recogidos por el Parlamento Europeo en la resolución del año 2020, denominada: “Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores”. Este instrumento destaca la importancia de estos principios en relación con los objetos de consumo, con la finalidad de proporcionar a los consumidores la información requerida para tomar decisiones de consumo sostenibles; y además, da cuenta de la preocupación del Parlamento Europeo por la adecuada protección de los consumidores en tanto parte vulnerable en el contrato de consumo.

Una cuarta solución, inspirada en la experiencia europea dice relación con la obligación de informar que pesa sobre los proveedores respecto a la durabilidad esperada de los productos. El año 2013 el Comité Económico y

68 GARCÍA (2018), pp. 245-246.

69 GARCÍA (2021), p. 247.

Social Europeo, organismo consultivo de la Unión Europea, fue la primera institución en manifestar su preocupación por la obsolescencia programada, aprobando el dictamen titulado: “Por un consumo más sostenible: la duración de la vida de los productos industriales y la información al consumidor para recuperar la confianza”⁷⁰. Esta propuesta abogaba por la prohibición de la obsolescencia programada en Europa, optando por la reparación para crear más oportunidades laborales y disminuir los desechos tecnológicos, y además por la incorporación de un etiquetado que informe sobre la durabilidad de los productos a los consumidores.

Como corolario de las propuestas formuladas, cobra relevancia la Directiva de la Unión Europea 2019/771⁷¹, cuerpo normativo que, pese a no referirse expresamente a la obsolescencia programada, regula determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes y estimamos que tiene incidencia frente al fenómeno en comento por incorporar a la durabilidad de los productos como un criterio objetivo de conformidad en materia de compraventa. La directiva define a la durabilidad en su artículo 2, N°13 como: “la capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento requeridos en condiciones normales de utilización”, definición que resulta completamente aplicable frente a casos de obsolescencia programada, toda vez que se altera el funcionamiento previsible del producto. Sin perjuicio de esto, la doctrina ha estimado que esta definición resulta escueta, pues no efectúa una mención expresa al transcurso del tiempo⁷².

Por su parte, en el considerando 32 de la referida Directiva, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea mencionan en forma expresa que el objetivo de dicho cuerpo normativo es garantizar una mayor durabilidad de los bienes, lo cual redundaría en lograr patrones de consumo más sosteni-

70 Original en inglés: Towards more sustainable consumption: industrial product lifetimes and restoring trust through consumer information.

71 Directiva (UE) 2019/771, de 2019.

72 GARCÍA (2021), p. 99.

bles y una economía circular. Esta norma merece destacarse pues permite prestar atención a los productos no conformes y así supervisar el mercado, cuestiones esenciales al abordar la obsolescencia programada.

5. CONCLUSIONES

El desarrollo tecnológico, sumado al panorama actual en materia de consumo y al fenómeno de la obsolescencia programada como práctica generalizada de productores y fabricantes destinada a reducir de forma deliberada la vida útil de los artefactos, genera como principal efecto la proliferación de residuos tecnológicos que no se tratan ni reciclan adecuadamente, cuestión que impacta innegablemente en el medioambiente. Esta realidad en la cual estamos inmersos como sociedad hace necesario que la dogmática estudie y analice las consecuencias de la obsolescencia programada y otorgue propuestas de solución ante esta problemática.

Los mecanismos jurídicos para combatir esta práctica transitan entre el derecho público y el derecho privado, teniendo ambos como enfoque la adecuada protección al medioambiente. Sin embargo, el derecho privado, y en específico, el Derecho del Consumo se erige como el mecanismo más eficaz, pues consagra herramientas de fácil acceso para los consumidores afectados.

En efecto, en su mayoría, los ordenamientos jurídicos que han establecido normativa en esta temática lo han hecho con ocasión de la protección a los derechos de los consumidores en tanto sujetos perjudicados en forma directa por la disminución deliberada de la vida útil de los productos, y en tal sentido se propone la importancia de educar en materia de consumo sostenible, economía circular, reparabilidad y obligación de informar sobre la durabilidad de los productos. Sin embargo, no debemos olvidar que el último perjudicado con ocasión de este fenómeno es nuestro entorno, por ello resulta relevante estudiar las distintas herramientas teniendo como horizonte la adecuada protección al medioambiente y no solo mencionarlo como otra de las consecuencias desfavorables de la obsolescencia programada.

Por último, si bien es cierto que resulta necesario generar consciencia respecto al consumismo y a la necesidad de impulsar y promover un consumo sostenible, no debemos olvidar que la responsabilidad no puede ser endosada al consumidor, puesto que su grado de injerencia en la reducción de la vida útil de los productos es tangencial; a diferencia de lo que ocurre con los fabricantes y productores, quienes en virtud de la ética empresarial tienen plena responsabilidad al incurrir en este tipo de prácticas, por lo que el foco debe estar en ellos a la hora de establecer regulaciones o soluciones legales en materia de obsolescencia programada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACUÑA, Omar; SEVERINO, Pedro; GARRIDO, Viviana y MARTÍN, Víctor (2020): “Consumo sustentable y responsabilidad social. Una visión convergente que contribuye al desarrollo sustentable”, en: *Interciencia* (Vol. 45, N°8), pp. 384-389.

BRIGGS, Daniel (2017): “Una lectura ligera acerca de historias oscuras del mundo del consumo”, en SOTO, Jesús (coord.) *Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*, (Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia), pp. 431-458.

CARNEVALLI, Raúl (2008): “Derecho Penal como última ratio. Hacia una política criminal racional”, en: *Revista Ius et Praxis* (N°1), pp. 13-48.

CORREA, Magdalena (2017): “La obsolescencia programada y los derechos del consumidor”, en SOTO, Jesús (coord.) *Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*, (Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia), pp. 43-114.

DELVA, Juan (2022): “El derecho a reparar: obsolescencia, regulación y su impacto en los desechos tecnológicos”, en: *Revista de Derecho Ambiental* (N°18), pp. 13-34.

DEL MASTRO, Addison (2012): *Planned obsolescence: The good and the bad*, Property and Environment Reseach Center. Disponible en: <https://perc.org/2012/07/18/planned-obsolescence-the-good-and-the-bad/> [fecha de última consulta: 12.12.2023].

ECHEVERRI Verónica y OSPINA, Julián (2017). “La obsolescencia programada y los derechos del consumidor”, en SOTO, Jesús (coord.) *Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*, (Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia), pp. 143-168.

ENGEL, Eduardo; MUÑOZ, Ernesto y REPETTO, Andrea (2013): “Hacia una sociedad sin abusos: Propuestas para una Protección Eficaz de los Consumidores”, en: *Informe de Políticas Públicas. Espacio Público* (Vol. 1).

GARCÍA, Mónica (2021): “Tipos de obsolescencia y formas de combatirla desde el derecho privado”, en: *Análisis Jurídico-Político*, pp. 231-252.

GARCÍA, Mónica (2021): “Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12)”, en: *Revista Fomento Social* 76/1, pp. 91-114.

GARCÍA, Belén (2019): “La fiscalidad ambiental en materia de residuos en el nuevo marco de una economía circular”, en: *Crónica Tributaria* (N°170), pp. 31-68.

GUTIÉRREZ, Andrés (2017). “Una mirada constitucional a la obsolescencia programada”, en Soto, Jesús (coord.), *Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*, (Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia), pp. 19-42.

HALTE Á L'OBSOLESCENCE PROGRAMMÉE (2021): “La plainte contre Epson déposée par HOP va-t-elle devenir obsolète?”. Disponible en: <https://www.halteobsolescence.org/la-plainte-contre-epson-deposee-par-hop-va-t-elle-devenir-obsolete/> [fecha de última consulta: 15.12.2023].

HELLMAN, Jacqueline (2018): “La obsolescencia programada y alguno de los retos jurídicos que surgen al abogar por la introducción de un nuevo crimen internacional de carácter medioambiental”, en: *Revista Jurídica UC Asunción*, pp. 131-149.

INCARDONA, Juan (2023): “El antiguo gran basurero electrónico de Ghana se resiste a morir”, en: *El País*. Disponible en: <https://elpais.com/planeta-futuro/2023-05-11/jugarse-la-vida-en-el-gran-cementerio-electronico-de-ghana-inundado-con-la-basura-del-norte.html> [fecha de última consulta: 13.12.2023].

ISLER, Erika (2023): “¿Son los plazos de garantía un límite a la exigencia de la durabilidad de un bien?”, en: *Estudios Socio-Jurídicos* (Vol. 25 N°2), pp. 1-22.

ISLER, Erika (2019a). *Derecho del consumo: Nociones fundamentales*. (Valencia, Tirant Lo Blanch).

ISLER, Erika (2019b). “Del favor debilis al favor consumatore: consideraciones históricas”, en: *Derecho PUCP* (N°82), pp. 35-59.

KIRCHHERR, Julian; REIKE, Denise y HEKKERT, Marko (2017): “Conceptualizing the circular economy: An analysis of 114 definitions”, en: *Resources, Conservation and Recycling* (Vol. 127), pp. 221-232.

LANUX, Tilila (2022): “La lucha contra la obsolescencia programada, entre protección y responsabilidad de los consumidores”, en: *Bioderecho*. es (N°16), pp.1-24.

LATOUCHE, Serge (2014): Hecho para tirar: La irracionalidad de la obsolescencia programada. (Traducc. Rosa Bertran Alcázar, Barcelona, Ediciones Octaedro).

LOISEAU, Virginie (2019): “Obsolescencia programada. Legislación comparada: Ecuador, Francia y Unión Europea”, en: Asesoría Técnica Parlamentaria. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27731/1/Informe_sobre_Obsolescencia_Programada.pdf [fecha de última consulta: 12.12.2023]

LONDON, Bernard (1932): “Ending the depression through planned obsolescence”, en: Library of University of Wisconsin.

MARTÍNEZ, Adriana y PORCELLI, Adriana (2016): “Un difícil camino en pos del consumo sustentable: el dilema entre la obsolescencia programada, la tecnología y el ambiente”, en: Revista Lex (Nº18), pp. 333-378.

MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia y CASTILLO, Marcelo (2018): “Acerca de la necesidad de una reforma urgente de los delitos de contaminación en Chile, a la luz de la evolución legislativa del siglo XXI”, en: Política Criminal (Vol. 13, Nº26), pp. 771-835.

MIROW, Kurt y MAURER, Harry (1982): Webs of Power – International Cartels and the World Economy (Houghton Mifflin Company).

NIETO, Adrián (2012): “Bases para un futuro Derecho Penal internacional del medio ambiente”, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (Nº16), pp. 137-164.

PINOCHET, Ruperto (2015): “Obsolescencia programada y protección del derecho a la información en la Ley 19.496 de Protección de los Consumidores”, en Vidal, Álvaro; Severin, Gonzalo; Mejías, Claudia (edit.) Estudios de Derecho Civil X (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 397-411.

RAGLIANTI, Gianfranco (2018): “Aplicación de principios de democracia ambiental en la Ley 20.920, marco para la gestión de residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y fomento al reciclaje”, en: *Revista de Derecho Ambiental* (año VI, Nº10), pp. 69-98.

REICH, Norbert (1985): *Mercado y derecho*. (Barcelona, Editorial Ariel).

RODRIGUEZ, María (2017): “Obsolescencia de los productos y consumo responsable. Estrategias públicas y sociales hacia un desarrollo sostenible”, en: *Distribución y consumo* (Vol. Nº1), pp. 95-101.

ROBAYO, Wilfredo (2017): “Las empresas globales y la obsolescencia programada”, en Soto, Jesús (coord.) *Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*, (Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia), pp. 363-398.

RUIZ, Mayra y ROMERO, Zilath (2011): “La responsabilidad social empresarial y la obsolescencia programada”, en: *Saber, Ciencia y Libertad*, pp. 127-135.

SÁNCHEZ, Mateo (2017): “La obsolescencia programada en las prácticas comerciales y su relación con el régimen de vicios ocultos y garantías de consumo”, en Soto, Jesús (coord.) *Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*, (Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia), pp. 169-198.

SEDEÑO, José (2021): “Medidas tributarias contra la obsolescencia programada en el marco de la economía circular: perspectiva comparada y posibles líneas de actuación”, en: *Crónica Tributaria* (Nº178), pp. 159-189.

SLADE, Giles (2006): *Made to break: Technology and obsolescence in America* (Estados Unidos, Harvard University Press).

SOTO, Jesús (2013): “En torno a la relevancia jurídica de una estrategia empresarial consolidada y subyacente: La obsolescencia programada”, en: *Derecho Económico*, tomo X, (Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia), pp. 325-428.

SOTO, Jesús (2015): “Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores”, en: *Actualidad Civil* (Nº6), pp. 40-55.

SOTO, Jesús (2017): *Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada* (Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia).

SOTO, Jesús (2021): “EE. UU vs. Apple Inc.: a propósito de los litigios suscitados por la obsolescencia programada tecnológica”, en: *Revistas Jurídicas* (Vol. 18, Nº1), pp. 267-282.

VEGA, Omar (2012): “Efectos colaterales de la obsolescencia tecnológica”. en: *Revista Facultad de Ingeniería, UPTC* (Vol. 21, Nº32), pp. 55-62.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Code de la consommation de Francia, edición actualizada al 30 de noviembre de 2023.

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación de Ecuador, 9 de diciembre de 2016.

Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 21 de octubre de 2009.

Directiva 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, 20 de mayo de 2019.

Ley N°19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 de marzo de 1997.

Ley N°20.920, que establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje. Diario Oficial, 1 de junio de 2016.

Ley N°20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, 26 de enero de 2010.

Ley 6/2019 del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura, 20 de febrero de 2019.

JURISPRUDENCIA CITADA

Jury de Déontologie Publicitaire, sentencia de fecha 3 de julio de 2020, rol N°660-20.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 481 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL ¿CÓMO SE DETERMINA LA EXTENSIÓN DE UNA MEDIDA DE SEGURIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO?¹


ARTICLE 481 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE ANALYSIS. HOW TO DETERMINE A SECURITY MEASURE'S EXTENSION IN THE CHILEAN JUDICIAL SYSTEM?

Humberto Ramírez Larrain*

Resumen

Uno de los aspectos controvertidos en el procedimiento de imposición de medidas de seguridad para enajenados mentales en el ordenamiento jurídico chileno es el relativo a la determinación de la extensión de las medidas de seguridad. Este trabajo tiene por objeto proponer ciertas reglas con el fin de precisar los límites máximos y mínimos que prescribe el artículo 481 del Código Procesal Penal, con base en los principios de proporcionalidad y necesidad. Asimismo, analizar las diversas interpretaciones que los tribunales superiores de justicia han efectuado de la norma referida.

¹ Artículo recibido el 26 de noviembre de 2023 y aceptado el 24 de mayo de 2024.

* Magister en criminología y ejecución penal por la U. Pompeu Fabra. Doctorando por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Abogado de la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional de Valparaíso, Valparaíso, Chile.  0000-0003-4685-4071. Dirección postal: Calle Bernardo O'Higgins 1260, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: humberto.andres.r.l@gmail.com.

Palabras clave

Peligrosidad criminal, duración de las medidas de seguridad, enajenado mental, principio de proporcionalidad, principio de necesidad.

Abstract

One of the controversial aspects in the procedure for imposing security measures for mentally ill persons in the Chilean judicial system pertains to the determination of the extension of the security measures. This paper seeks to propose certain rules in order to specify the maximum and minimum limits prescribed by article 481 of the Criminal Procedure Code, based on proportionality and necessity principles. And to analyze the different interpretations that the high courts of justice have made of the referred norm.

Keywords

Criminal danger, security measures extent, mentally ill, proportionality principle, necessity principle.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de las medidas de seguridad en nuestro país no ha concitado especialmente la atención de nuestra doctrina. Asimismo, el procedimiento de imposición de dichas medidas respecto de enajenados mentales, se encuentra en una situación, incluso, de mayor orfandad que la descrita y no solo por la doctrina, sino que también por el legislador que desde que entró en vigor el Código Procesal Penal (en adelante CPP) no ha modificado norma alguna en el título VII del libro IV.² Lo anterior es problemático, ya que existen diversos nudos críticos y disposiciones con interpretaciones en la jurisprudencia que distan de ser pacíficas.

Este trabajo se enfocará en el examen de las normas de determinación de la extensión temporal de una medida de seguridad respecto de un enajenado mental, particularmente en el artículo 481 del CPP. El problema a analizar

2 CISTERNAS (2021), pp. 116-117.

es la ausencia de un criterio uniforme respecto del sentido y alcance de la disposición en comento por parte de nuestros tribunales, es más y como se verá, la Corte Suprema ha tenido sentencias contradictorias en esta materia, generando con ello una evidente inseguridad jurídica. Nuestro objetivo es intentar entregar reglas unívocas respecto de cómo se regula dicha extensión, especialmente la duración máxima de la medida y que estas puedan ser de utilidad para la judicatura.

Para poder llevar a cabo esta tarea se requiere estudiar tanto la historia de la norma, como también algunos conceptos que son esenciales en materia de medidas de seguridad y las diversas posturas de nuestra jurisprudencia.

Por último, y sin perjuicio que el foco del presente trabajo es el artículo 481 del CPP, también existe una conexión ineludible con otras instituciones del procedimiento en análisis, por ejemplo, la medida cautelar de internación provisional (en adelante IP).

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DURACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA ENAJENADOS MENTALES EN CHILE

De forma previa creemos relevante mencionar algunos antecedentes históricos de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento nacional, lo anterior puesto que comprender la evolución de estas en nuestra legislación, nos será de utilidad para interpretar de forma adecuada el artículo 481 del CPP.

Las medidas de seguridad se incorporan en los ordenamientos jurídicos penales en 1893 en el anteproyecto del Código Penal suizo de Carl Stoops por la influencia de la escuela positivista italiana.³

3 CERESO (2008), p. 29. En términos semejantes GARRIDO (2019), p. 81. Sobre los orígenes en el derecho penal moderno de las medidas de seguridad véase FRISCH (2007), pp.4-11 y GUZMÁN (2008), pp. 53-62.

Su origen en el derecho nacional⁴ estuvo en el Código Penal en el artículo 10 N°1⁵ en sus incisos segundo y tercero. Precepto que ordenaba lo siguiente:

“Cuando un loco o demente hubiere ejecutado un hecho que la lei califica de crimen o incurriere en reiteración de otros que importen simples delitos, el tribunal decretará su reclusión en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal. En otro caso será entregado a su familia bajo fianza de custodia, i mientras no se preste dicha fianza se observará lo dispuesto en el acápite anterior”.

En la legislación referida, en los casos en que era procedente la medida de internación, la duración de esta era de carácter indeterminada, puesto que debía cesar cuando la persona dejaba de ser peligrosa.⁶

4 Para un estudio de la historia de las medidas de seguridad en el derecho nacional véase ULLOA (2017), pp. 51-67 y GAETE y MUÑOZ (2018), pp. 47-50.

5 Para un análisis exhaustivo de la redacción actual del artículo 10 N°1 del Código Penal chileno véase FERNÁNDEZ RUIZ (2021), pp. 294 y siguientes.

6 ULLOA (2017), p. 57.

Cabe precisar que no existía una regulación integral de estas consecuencias jurídicas. De forma expresa se reconocieron en nuestro sistema en el artículo 3° de la ley 11.625,⁷ publicada el 4 de octubre de 1954.⁸ Dicha legislación no se aplicó, manteniéndose en *vacatio legis* hasta que fue derogada en el año 1994 por la ley 19.313.⁹ Resulta relevante destacar que el artículo 1° que enumeraba los sujetos que quedaban sometidos a estas medidas, no indicaba expresamente a los enajenados mentales.¹⁰ Al contrario, eran medidas de seguridad que aludían a sujetos imputables o a lo más con imputabilidad

7 “Artículo 3°.- Son medidas de seguridad las siguientes:

1°) Internación en casa de trabajo o colonia agrícola por tiempo indeterminado que no podrá exceder de cinco años;

2°) Internación curativa en establecimientos adecuados por tiempo absolutamente indeterminado;

3°) Obligación de declarar domicilio o de residir en un lugar determinado por tiempo que no podrá exceder de cinco años;

4°) Prohibición de residir en lugar o región determinados por un plazo no superior a cinco años;

5°) Sujeción a la vigilancia del Patronato de Reos que corresponda por un tiempo que no podrá exceder de cinco años;

6°) Caución de conducta por un tiempo que no podrá exceder de cinco años;

7°) Multa de quinientos a cincuenta mil pesos, y

8°) Incautación y pérdida de dinero o efectos.

Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no estén expresamente establecidas por la ley y fuera de los casos previstos por ella”.

Norma que tiene similitudes claras con las disposiciones españolas en la materia de 1933 y la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970. TAPIA (2013), p. 580. Mismo sentido ULLOA (2017), p. 59. Para un estudio en detalle de la ley de Peligrosidad y rehabilitación social mencionada véase BERISTAIN (1974), pp. 101 y siguientes y JORGE (1976), pp. 197 y siguientes.

8 Para un estudio pormenorizado de dicha norma véase NOVOA (2005), pp. 376-385.

9 TAPIA (2013), p. 581. Respecto a los motivos por los cuales no entro en vigencia la ley 11.625 véase ETCHEBERRY (1999), pp. 233-234; HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 555 y ULLOA (2017), p.61.

10 ULLOA (2017), p. 60. El artículo en cuestión disponía: “Artículo 1°.- Quedan sometidos a las disposiciones del presente Título y sujetos a las sanciones que como medidas de seguridad establece:

1°) Los que no teniendo hogar fijo o viviendo en el de otra persona por mera tolerancia o complacencia, carezcan de medios lícitos de subsistencia y sin estar impedidos para el trabajo, no ejerzan habitualmente profesión u oficio;

2°) Los que sin la competente licencia, pidan habitualmente limosna en lugares públicos o de acceso al público; los que con motivo falso obtengan licencia para pedir limosna o continúen pidiéndola después de haber cesado la causa por la que la obtuvieron; y los que exploten la mendicidad ajena, especialmente, si emplean con tal fin a menores de edad, enfermos mentales, lisiados o defectuosos;

3°) Los que hayan sido condenados por ebriedad más de tres veces en un año y los que sean calificados, previo examen médico, como ebrios consuetudinarios;

4°) Los toxicómanos;

disminuida. Aquellas eran de carácter predelictual y sancionaban la mera peligrosidad social.¹¹ En cuanto a su extensión, el artículo 3° N°2 prescribía que la internación curativa podía ser perpetua. No existían normas legales que reglaran su duración, la cual en definitiva no estaba tutelada por el principio de legalidad.¹² A mayor abundamiento, el artículo 31¹³ disponía que en el caso que se cometiere un delito por alguna de las personas indicadas en el artículo 1° el tribunal tenía la facultad de aplicar una medida de seguridad con posterioridad al cumplimiento de la pena.¹⁴

5°) Los que por cualquier medio induzcan, favorezcan, faciliten o exploten las prácticas homo-sexuales, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 365, 366, 367 y 373 del Código Penal;

6°) Los que oculten su verdadero nombre, disimulen su personalidad o falseen su domicilio, mediando requerimiento legítimo hecho por la autoridad o sus agentes, y los que utilicen o tengan en su poder documentos de identidad falsos;

7°) Los que habiendo sido condenados por delitos contra el patrimonio, sean sorprendidos con especies cuyo modo legítimo de adquisición no expliquen satisfactoriamente, o con instrumentos, llaves, mecanismos o artificios habitualmente empleados para la comisión de delitos de robo;

8°) Los que comerciando habitualmente en especies de dudosa procedencia, contravengan las disposiciones legales o reglamentarias relativas a la adquisición o expendio de dichas especies y a su oportuna contabilización, y

9°) Los que hayan reincidido o reiterado en toda clase de hechos punibles en los que sea de presumir la habitualidad criminal”.

11 ETCHEBERRY (1999), p. 234. En análogo sentido GUZMÁN (2008), p. 79; TAPIA (2013), p. 582; ULLOA (2017), p. 60 y HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 555.

12 ETCHEBERRY (1999), p. 234.

13 “Artículo 31°.- Si se procede en contra de un individuo por estado antisocial y por crimen o simple delito, sea que el procedimiento por delito comience antes o después del que corresponda al estado antisocial, las causas se acumularán ante el Juez que conozca del delito, desde que haya declaración de reo. En este caso, se seguirá el procedimiento que corresponda a los delitos; pero ni el querellante particular ni el actor civil tendrán derecho a intervenir en lo relativo al estado antisocial, en lo que no se les considerará como partes.

En tales casos la acusación judicial se hará extensiva al estado antisocial y la causa terminará por una sola sentencia. Si la sentencia es absolutoria y procede aplicar medidas de seguridad por el estado antisocial del imputado, éstas se impondrán en el fallo y cumplirán una vez ejecutoriada la sentencia definitiva. Si la sentencia es condenatoria y se establece en ella la existencia de un estado antisocial será facultativo para el Tribunal, según las circunstancias, aplicar las medidas de seguridad que correspondan para ser cumplidas después de la pena.

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo prescrito en el artículo 23°”.

14 GUZMÁN (2008), p. 79.

La ley 18.857 publicada el 6 de diciembre de 1989 derogó el inciso segundo y tercero del artículo 10 N°1 del Código Penal. Además, dicha normativa agregó un libro cuarto en el Código de Procedimiento Penal. En cuanto a lo que nos interesa, en el título tercero de dicho libro se regulan las “medidas aplicables a los enajenados mentales”, en concreto en los artículos 682 y siguientes.¹⁵

En aquel título se halla la primera disposición en el ordenamiento nacional que reguló la determinación de la extensión de las medidas de seguridad. El artículo 693 del Código de Procedimiento Penal dispone:

“Artículo 693.- La internación como medida de seguridad sólo podrá durar mientras subsistan las condiciones que la hicieron necesaria, y no podrá extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad prescrita en la sentencia, o del tiempo que corresponda a la pena mínima probable, el que será señalado por el juez en el fallo.

Se entiende por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescriba para el delito o delitos por los cuales se ha procesado o acusado al procesado. Sin embargo, cumplido el plazo de internación, el procesado pasará a disposición de la autoridad sanitaria, si su libertad constituye riesgo”.

Esta norma prima facie regula la determinación de la extensión temporal de la medida de seguridad a imponer, sin embargo, y como bien destaca Ulloa Eyzaguirre, no estaba reglada la extensión de la medida de custodia y tratamiento, y respecto de la internación, cumplido el plazo, el procesado pasaba a disposición de la autoridad sanitaria, si su libertad constituía un riesgo.¹⁶ En conclusión, la medida de seguridad podía tener una duración indeterminada, subordinada a que el procesado aún fuese peligroso.

15 Respecto al estado de la regulación de las medidas de seguridad previo a la reforma véase ETCHEBERRY (1999), pp. 230-234.

16 ULLOA (2017), p. 86.

Como bien sabemos el año 2000 entra a regir el CPP. En el mensaje de dicho cuerpo legal se hace referencia al procedimiento relativo a las medidas de seguridad, expresando, en lo pertinente:

“Entre las innovaciones que vale la pena resaltar se encuentra la incorporación de garantías básicas en el procedimiento aplicable a los inimputables por enajenación mental. Entre estas garantías se encuentran las de limitar las posibilidades de aplicación de una medida de seguridad a aquellos casos en que se acredite judicialmente la existencia de un hecho típico y antijurídico, el reconocimiento del derecho a defensa del afectado, la limitación de la duración de la medida aplicable al tiempo correspondiente a la pena mínima asignada al delito de que se trate y el establecimiento del control judicial de las medidas de seguridad”.¹⁷

En conformidad al mensaje, la nueva regulación tiene como fin garantizar el derecho al debido proceso de los inimputables por enajenación mental¹⁸ (puesto que la anterior no lo hacía).¹⁹ Asimismo, se indica explícitamente que el límite de la duración de la medida será la pena mínima asignada al ilícito respectivo.

El título VII del libro IV del CPP consagra la regulación del “Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad”. El procedimiento en cuestión cuenta con 11 artículos (del 455 al 465) y en materia de ejecución se le añaden dos normas especiales que son los artículos 481 y 482. Asimismo, el artículo 456 se remite en lo no regulado, y siempre y cuando no sea contradictorio, al libro segundo del CPP, es decir al procedimiento ordinario.

La única norma que regula la determinación de la duración de la medida de seguridad en el CPP, es el artículo 481 (ubicado en el párrafo relativo a la ejecución de la medida de seguridad). Aquel dispone:

17 Mensaje Código Procesal Penal Chileno.

18 En términos análogos véase fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1309-2019, de 30 de julio de 2019 (c° 7, c°8 y c°9).

19 En este sentido véase HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 557.

“Duración y control de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo.

Se entiende por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescribiere para el delito o delitos por los cuales se hubiere dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusado, según correspondiere.

La persona o institución que tuviere a su cargo al enajenado mental deberá informar semestralmente sobre la evolución de su condición al ministerio público y a su curador o a sus familiares, en el orden de prelación mencionado en el artículo 108.

El ministerio público, el curador o familiar respectivo podrá solicitar al juez de garantía la suspensión de la medida o la modificación de las condiciones de la misma, cuando el caso lo aconsejare.

Sin perjuicio de lo anterior, el ministerio público deberá inspeccionar, cada seis meses, los establecimientos psiquiátricos o instituciones donde se encontraren internados o se hallaren cumpliendo un tratamiento enajenados mentales, en virtud de las medidas de seguridad que se les hubieren impuesto, e informará del resultado al juez de garantía, solicitando la adopción de las medidas que fueren necesarias para poner remedio a todo error, abuso o deficiencia que observare en la ejecución de la medida de seguridad.

El juez de garantía, con el solo mérito de los antecedentes que se le proporcionaren, adoptará de inmediato las providencias que fueren urgentes, y citará a una audiencia al ministerio público y al representante legal del

enajenado mental, sin perjuicio de recabar cualquier informe que estimare necesario, para decidir la continuación o cesación de la medida, o la modificación de las condiciones de aquélla o del establecimiento en el cual se llevara a efecto”.

Desde ya podemos adelantar, que el inciso primero y el inciso segundo, regulan un límite máximo y un límite mínimo. El mínimo, vinculado estrechamente al principio de necesidad, preceptúa, algo casi intuitivo, que la medida de seguridad debe perdurar siempre y cuando se mantenga la peligrosidad criminal del imputado. En la vereda opuesta, el máximo es una manifestación del principio de proporcionalidad: la medida nunca puede durar más que la pena mínima probable o la sanción privativa o restrictiva de libertad que se le hubiera podido imponer. Desarrollaremos dichos conceptos más adelante.

Por último, el artículo 457 del CPP regula las medidas de seguridad susceptibles de ser impuestas. Estas son la de internación en establecimiento psiquiátrico y de custodia y tratamiento. El criterio que otorga esta norma para determinar qué medida a imponer es la gravedad del caso, término que también analizaremos en los párrafos que siguen.

3. FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD: LA PELIGROSIDAD

Falcone define las medidas de seguridad como “una consecuencia jurídica del delito, distinta de la pena, consistente en la privación o restricción de bienes jurídicos, fundada en la peligrosidad criminal del sujeto, con exclusiva función de prevención especial”.²⁰

20 FALCONE (2007), p. 237. Ortiz y Arévalo las definen indicando que “Consistirían en la específica consecuencia jurídica que, esencialmente con fines preventivos-especiales, el Estado impone a través del Derecho Penal como reacción ante la peligrosidad-atribuida en los términos antes expuestos-de quien ha cometido un delito”. ORTIZ Y ARÉVALO (2013), pp.438-439. Cuello Calón las definió como “Las medidas de seguridad son especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por el Estado a determinados delincuentes peligrosos para lograr su readaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y

Para poder desentrañar la interpretación del artículo 481 del CPP más ajustada a la naturaleza de una medida de seguridad, es necesario examinar su esencia: la peligrosidad. Concepto que es trascendente tanto para determinar el presupuesto de imposición y mantención de las medidas.

A nivel doctrinal existe consenso en que la peligrosidad criminal es el fundamento de las medidas.²¹ Empero, es un concepto de escaso desarrollo doctrinal y que debe ser abordado con mucha cautela.²² A mayor abundamiento, está siendo reemplazado, en ciertos ordenamientos jurídicos de Europa, por el concepto de riesgo (violence risk assessment), que superaría el carácter subjetivo de la peligrosidad.²³ Sin perjuicio de aquellos reparos, intentaremos dar algunas nociones de peligrosidad. La primera limitación a efectuar, es que la peligrosidad debe ser índole criminal, es decir, “la probabilidad (que no mera posibilidad dada la gravedad de la intervención penal que con base en que la misma cabe llevar a cabo) de comisión de hechos delictivos en el futuro”.²⁴ Lo anterior conlleva a excluir la peligrosidad social, la cual pretende exclusivamente impedir conmociones de orden social.²⁵ La peligrosidad social de una persona alude a “la probabilidad de que aquella realice comportamientos antisociales no necesariamente constitutivos de delito”.²⁶ Este tipo de peligrosidad constituye una afectación flagrante al

curación) o su separación de la misma (medidas de seguridad en sentido estricto), o, aun cuando no aspiren específicamente a las anteriores finalidades, dirigidas también a la prevención de nuevos delitos”, CUELLO (1956), p. 23.

21 En este sentido véase GRACIA et al (2016), p. 192; MIR (2016), p. 821; HARBOTTLE (2017), p.120; ROMEO (2018), p.40 y VERA (2012), p.63 .

22 PUENTE (2021), p.42. En términos semejantes HARBOTTLE (2017), p.120 y MARTÍNEZ (2014), p.4.

23 ROMEO (2018), p. 40. En términos análogos MARTÍNEZ (2014), pp.7-8; PUENTE (2021), pp.96-97. Para un análisis del concepto de riesgo y su comparación con el de peligrosidad véase MARTÍNEZ (2018), pp.486-489.

24 URRUELA (2009), p.67. En sentido similar JORGE (1976), p.96; MARTÍNEZ (2014), p.7; CERZO (2008), p. 29 y MUÑOZ y GARCÍA (2007), p. 52.

25 VELÁSQUEZ (1996), p. 189.

26 GONZÁLEZ (2017), p.124. En términos similares CERZO (2008), p. 29 y HEGGLIN (2006), p. 94.

principio de legalidad, puesto que no puede determinarse de que peligro en concreto se trata, quedando, a criterio del tribunal respectivo, que es ser peligroso socialmente.²⁷

En segundo lugar, la peligrosidad puede ser clasificada en predelictual y postdelictual. La primera no requiere de la comisión previa de un delito para ser decretada. La segunda se encuentra condicionada a que el sujeto peligroso ejecute un hecho típico y antijurídico con anterioridad.²⁸ La preexistencia de un hecho delictivo que motiva la imposición de la medida es un requisito esencial para la determinación de la peligrosidad criminal, lo anterior puesto que configura el cimiento de hecho para la formulación del juicio de peligrosidad.²⁹

Sanz Moran sintetiza los diversos tipos de peligrosidad comentados, indicando que “el binomio peligrosidad postdelictual-predelictual se refería a la exigencia o no de un delito previo para la declaración de aquella, mientras que el contraste entre peligrosidad social y criminal tendría que ver con la probabilidad de comisión futura de acciones socialmente dañosas o de delitos en sentido estricto, respectivamente”.³⁰

No cabe duda alguna que hoy las medidas tienen carácter postdelictual,³¹ precisamente por ser una consecuencia jurídica del delito y ser este el que les confiere legitimidad.³²

27 En este sentido HEGGLIN (2006), p. 94.

28 ORTIZ y ARÉVALO (2013), p.483. En los mismos términos GAETE y MUÑOZ (2018), p. 36.

29 ZIFFER (2008), p. 218.

30 SANZ (2003), p. 89.

31 TAPIA (2013), p. 577. En idéntico sentido FALCONE (2007), p. 238; PUENTE (2021), p.342; SANZ (2003), pp.119-122 y FRISCH (2007), pp.28-29.

32 FRISCH (2007), p. 28.

Explicado lo anterior, cabe analizar el CPP con el fin de determinar si los conceptos antes desarrollados son recogidos. Efectivamente en el CPP solo existen medidas postdelictuales.³³ Aquello lo concluimos de la lectura de los artículos 455 y 463 letra c) del texto ya mencionado³⁴ que requieren la comisión previa de un hecho típico y antijurídico.³⁵

El concepto de peligrosidad contenido en el artículo 455 del CPP (criterio que es repetido en el artículo 464 del CPP para efectos de imponer la medida cautelar de internación provisional) aluden a un riesgo de atentado “contra sí mismo o contra otras personas”. Dicho término no es compatible con una peligrosidad de carácter criminal como la definida con anterioridad.³⁶ Es una concepción de peligrosidad excesivamente amplia,³⁷ que incluso va más allá que la peligrosidad social.³⁸

La afirmación anterior se sostiene en dos puntos:

33 Lo mismo se puede concluir del Código Penal español al revisar los artículos 6.1 y 95.1. A diferencia de lo prescrito por el inciso primero del artículo 34 del Código Penal argentino. Para un examen de como dicha norma, en la práctica, genera una medida de seguridad predelictual véase IRIGOYEN (2005), pp. 17-18.

34 El artículo 455 dispone “Procedencia de la aplicación de medidas de seguridad. En el proceso penal sólo podrá aplicarse una medida de seguridad al enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico y siempre que existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas” y el 463 letra c) dictamina “c) La sentencia absolverá si no se constatare la existencia de un hecho típico y antijurídico o la participación del imputado en él, o, en caso contrario, podrá imponer al inimputable una medida de seguridad”. En sentido semejante el artículo 95.1 circunstancia primera y el artículo 6.1, ambos del Código Penal español.

35 Sin perjuicio que no lo indica expresamente, a nuestro criterio, también se exige que la conducta sea punible. Por ejemplo, si concurre la excusa legal absolutoria prescrita en el artículo 489 del CP no se podrá imponer una medida de seguridad.

36 En semejantes términos véase FALCONE (2007), p. 251 y ULLOA (2017), pp.111-112. En contra CISTERNAS (2021), p.117 quien indica que la norma en examen se refiere a la comisión futura de delitos contra bienes jurídicos personalísimos. Creemos que las conclusiones de este último autor sobre la norma son pretensiones de lege ferenda que no se desprenden de la literalidad del texto, y por sobre todo cuando se ha podido verificar la imposición de cautelares solo por existir intentos suicidas.

37 FALCONE (2007), p. 251.

38 ULLOA (2017), p.111.

i) El término “atentar contra otras personas”, no necesariamente alude a un riesgo de reiteración delictiva. Podemos perfectamente elucubrar, teniendo a la vista la amplitud del concepto, en atentados contra un tercero que no constituyan una conducta penalmente trascendente.

ii) En un segundo orden de cosas, es posible imponer una medida de seguridad o la cautelar de internación provisional, por existir riesgo de autoagresión, lo cual evidentemente no da cuenta de probabilidad de conducta delictiva futura alguna.

La jurisprudencia nacional ha entendido que es suficiente que se acredite el peligro para sí mismo (riesgo suicida) para decretar una medida de seguridad o la IP, sin necesidad de probar un peligro de comisión futura de delitos. En este sentido la Corte de Apelaciones de Valparaíso rol 1432-2022(considerando cuarto):³⁹

“Cuarto: Que, asimismo, de la revisión de los autos se colige que respecto de la amparada, se cumplen las exigencias previstas en el artículo 464 del Código Procesal Penal, toda vez que la insuficiencia en sus facultades mentales hace temer que atentara contra sí, ya que como ha dado cuenta en estrados la defensa, la interna ha tenido episodios de intento suicida”.⁴⁰

39 La resolución en comento que acoge la acción de amparo interpuesta por la defensa pública, fue apelada por esta en aquella parte que decretó la internación provisional, precisamente por no estar acreditada la peligrosidad criminal. La Corte Suprema la confirmó (por mayoría), en fallo rol N° 66.618-2022, de 25 de agosto de 2022. Resulta interesante el voto de minoría del ministro Leopoldo Llanos, quien resolvió: “Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Llanos, quien estuvo por revocar la sentencia en alzada y, consecuentemente, acoger la acción de amparo, teniendo presente para ello que de los antecedentes expuestos aparece que una medida cautelar de menor intensidad -como la de arresto domiciliario de la letra a) del Artículo 155 del Código Procesal Penal, no decretada anteriormente en este procedimiento, resulta proporcional al mérito de la causa en lugar de la internación provisional, habida cuenta que no existe riesgo para terceros”.

40 En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 2501-2022, de 5 de enero de 2023.

4. LA PELIGROSIDAD COMO ELEMENTO CENTRAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DURACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD Y QUE MEDIDA DE SEGURIDAD EN DEFINITIVA IMPONER

Teniendo claro que nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 455 del CPP requiere para imponer una medida de seguridad la comisión previa de un hecho típico y antijurídico por parte del imputado y que además existan antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas, es decir, con las críticas ya formuladas, que sea “peligroso”. Es este último concepto que, como fundamento de la medida de seguridad, determina su extensión y también la medida a imponer en concreto.

Ahora bien, existen diversos principios que son fundamentales al momento de aplicar una medida de seguridad, a saber: i) legalidad; ii) irretroactividad; iii) necesidad y iv) proporcionalidad.⁴¹ A nuestro criterio, los dos últimos, requieren ser examinados para poder fijar que reglas consagra el artículo 481 del CPP para determinar la extensión de la medida de seguridad y si estos criterios informadores están recogidos. Desde ya adelantamos que el principio de necesidad lo vincularemos con el límite mínimo y el de proporcionalidad con el límite máximo.

4.1. Límite mínimo

El artículo 481 del CPP en su inciso primero dispone que las medidas “(...) sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias (...)”.

- Necesidad

41 URRUELA (2001), p.168. Sanz Moran postula que los principios informadores son: legalidad (incluye retroactividad), postdelictualidad, peligrosidad criminal, proporcionalidad y ultima ratio, SANZ (2003), p. 111.

Dicho principio “prohíbe que la medida se extienda más allá del límite estrictamente necesario para prevenir la peligrosidad del autor. Por ello, si dicha necesidad desaparece antes del tiempo máximo dado por la pena asignada al delito cometido, debe cesar inmediatamente la aplicación de la medida de seguridad”.⁴² Lo que se busca, en definitiva, es que la medida pueda responder apropiadamente al fin preventivo especial que la fundamenta.⁴³

Este principio posee dos facetas: la primera, de carácter positivo, que alude a que la medida no puede exceder el tiempo necesario para prevenir la peligrosidad criminal del imputado.⁴⁴ La otra, de carácter negativo, consiste en que la medida debe concluir una vez que el condenado deje de ser peligroso.⁴⁵ El principio en cuestión se encuentra contemplado en el artículo 481 del CPP,⁴⁶ empero, al menos explícitamente, solamente en su dimensión negativa.⁴⁷ Sin embargo, somos de la opinión que, sin perjuicio de no mencionarse su dimensión positiva de forma expresa, esta sí se encuentra captada por el ordenamiento jurídico nacional. El artículo 481 del CPP sí habilita a la judicatura a determinar un plazo menor al de la pena mínima probable como duración de la medida de seguridad, si es que estima ex ante que aquel plazo es suficiente para prevenir la peligrosidad del autor. Pensemos, verbigracia, en un delito consumado de homicidio simple, la pena mínima probable (el límite máximo de duración) es de 10 años y 1 día, podría el tribunal en conformidad al artículo 481 del CPP, perfectamente fijar un plazo de duración de la medida de seguridad de 6 años, fundamentándolo debidamente. Sin embargo, una vez firme la sentencia todas las modificaciones que habilita el artículo 481 del CPP son para favorecer al sancionado. Siguiendo el mismo ejemplo, si el imputado evoluciona de forma desfavorable, no podría el

42 HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 560.

43 URRUELA (2001), p.192. En el mismo sentido GONZÁLEZ (2017), p. 127; ZIFFER (2008), p. 115 y HARBOTTLE (2017), p. 123.

44 ULLOA (2017), p. 83. En sentido semejante HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 597.

45 URRUELA (2001), p.193. En idéntico términos ULLOA (2017), p. 83.

46 Se encuentra tipificado expresamente en el Código Penal español en el artículo 6.2, en particular al prescribir “(...) ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor” y también en el Código Penal Alemán en el parágrafo § 62.

47 ULLOA (2017), p.83.

juzgado de garantía extender en 1 año más la medida de seguridad bajo el argumento que no se ha paleado la peligrosidad del sujeto y que no se han superado los límites máximos de la pena mínima probable.

En relación con el principio de necesidad, la Corte Suprema en fallo rol 8228-2022 de 2 de febrero de 2023(c° 15), indicó:

“(…) de forma tal que esta Corte no advierte alguna errónea aplicación del derecho en lo decidido por el Tribunal a quo, ya que se ajusta a las posibilidades que el artículo 481 del Código Procesal Penal otorga en lo relativo a la determinación de la extensión máxima de la medida, considerando además que ésta por su naturaleza no es una pena y que, en todo caso, su duración se vincula a la existencia de una situación de riesgo, por lo que el Tribunal se limita a establecer un límite temporal máximo, que de todos modos puede ser desatendido a favor del requerido si las circunstancias que justifican la necesidad de intervención se desvanecen con antelación”.

A fortiori, el principio de necesidad posee una perspectiva genérica y otra específica. La primera, se refiere a si el imputado es peligroso o no, y, por tanto, si es necesaria una medida de seguridad. La segunda, a qué medida en concreto es la idónea en atención a la peligrosidad del imputado.⁴⁸ La vertiente general está consagrada en el artículo 455 del CPP, con las críticas ya esbozadas. En cuanto a la especial en estricto rigor no se encuentra consagrada en el artículo 481 del CPP, sin embargo, sí está plasmada en el artículo 457 de CPP. Lo anterior, ya que el concepto “gravedad del caso” de dicha disposición no se refiere, a nuestro criterio, a la gravedad del ilícito cometido,⁴⁹ sino que, a la intensidad de la peligrosidad manifestada por el imputado, por lo cual la internación deberá decretarse solo cuando la custodia y tratamiento no sea idónea para hacer frente a la alta peligrosidad de la

48 URRUELA (2001), p. 194.

49 Falcone destaca que no es pacífico que se entienda por gravedad del caso, indicando que la jurisprudencia nacional ha postulado que se debe relacionar con la magnitud del ilícito cometido. Dicho autor cuestiona que lo anterior pueda ser determinante, si es que la peligrosidad del encartado es menor. FALCONE (2007), p. 253.

persona en contra de quien se acogió el requerimiento respectivo, obviamente siendo fundamentado lo anterior por el tribunal de juicio oral en lo penal y amparado en la prueba pericial rendida.

Falcone sostiene que el principio de necesidad obliga a la jurisdicción a la menor intervención posible, por tanto, la medida solo se debe aplicar cuando la pena no sea procedente y entre las diversas medidas de seguridad se debe optar por la menos lesiva desde la perspectiva de garantías fundamentales del destinatario.⁵⁰ Por lo cual, la judicatura siempre debe privilegiar la custodia y tratamiento, salvo que se acredite mediante prueba pericial y se fundamente por el tribunal que dicha medida de seguridad no es idónea para hacer frente a la peligrosidad del sujeto y lograr los fines preventivos especiales buscados.⁵¹ Esta aseveración se desprende del inciso primero del artículo 457 del CPP, que fija como criterio para decretar una u otra medida la “gravedad del caso”, lo cual como hemos referido, debe entenderse en relación con la peligrosidad criminal.

El principio en examen obliga a un seguimiento constante de la medida, de tal forma se puede evaluar su necesidad, mantención, substitución, suspensión o cese.⁵² Esta última dimensión encuentra consagración en el artículo 481 del CPP,⁵³ pero resulta llamativo que el órgano encargado de inspeccionar semestralmente sea el Ministerio Público, quien precisamente interpuso el requerimiento de medidas de seguridad, y no la Defensoría Penal Pública.⁵⁴

En función de lo expuesto, podemos formular las siguientes reglas de determinación de la extensión de la medida de seguridad, en concreto de su presupuesto de imposición, duración y su límite mínimo:

50 FALCONE (1995), p. 77. Esta idea está desarrollada en el Código Penal Alemán parágrafo § 72.

51 URRUELA (2009), p. 36.

52 GONZÁLEZ (2017), p. 127. En el mismo sentido FALCONE (1995), pp. 77-78. Para un examen detallado de la necesidad del control judicial de la medida de seguridad de internamiento véase HEGGLIN (2006), pp. 213 y ss.

53 En el Código Penal español está consagrada una norma semejante en el artículo 97.

54 HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 599.

Necesariamente para que se decrete una medida de seguridad se debe acreditar en el juicio oral la existencia de antecedentes calificados que permitan presumir la peligrosidad del imputado, como asimismo la comisión previa de un hecho típico, antijurídico, y a nuestro parecer, además punible.⁵⁵ Todo lo cual se explicita en el artículo 455 del CPP.

Dicha peligrosidad para darle un contenido ajustado a los fines preventivos especiales⁵⁶ de las medidas, debe ser entendida en términos de peligrosidad criminal, es decir como un juicio de pronóstico sobre el riesgo de comisión futura de conductas delictivas. Agregamos nosotros que no se debe tratar de cualquier tipo de ilícitos, sino que se acredite un riesgo de reincidencia respecto de tipos penales de cierta gravedad. Refrenda esta aseveración el inciso primero y segundo del artículo 481 del CPP que aluden a sanciones privativas o restrictivas de libertad. No procedería la aplicación de medida de seguridad alguna respecto de delitos sancionados exclusivamente con penas pecuniarias, por ejemplo.

La peligrosidad criminal debe estar presente al momento de imposición de la medida (el juicio oral). Si el sujeto era altamente peligroso cuando cometió el hecho, pero producto que estuvo sujeto un año a internación provisional siendo tratado en un hospital psiquiátrico y se logró estabilizar y disminuir considerablemente su riesgo, creemos que aquello debe tener

55 Por ejemplo, si concurre la excusa legal absoluta prescrita en el artículo 489 del CP no se podrá imponer una medida de seguridad. Aquello lo concluimos del principio general del artículo 481 del CPP que prescribe “en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponerse”. Dicha fórmula pretende que el enajenado mental no reciba nunca un trato más gravoso que al acusado al cual se le impone una pena. Así las cosas, si a una persona no se le podría penar por un delito por concurrir una excusa legal absoluta, entonces no procede la imposición de una medida de seguridad. Misma conclusión habría que arribar con causales de extinción de la responsabilidad penal como la prescripción de la acción o de la pena. Sobre la aplicación de la prescripción respecto de las medidas de seguridad véase GRACIA et al (2016), p. 207.

56 La posición mayoritaria en la doctrina sostiene que las medidas de seguridad cumplen fines preventivos especiales. Véase en aquel sentido FALCONE (2007), p. 244; ZIFFER (2008), p. 30 y MALDONADO (2011), p. 398.

como corolario la no imposición de la medida de seguridad.⁵⁷ Este colofón es coherente con el artículo 455 del CPP, ya que aquella norma postula un juicio prospectivo sobre la conducta del sujeto.⁵⁸ Dicho sencillamente, la culpabilidad consiste en un juicio acerca el pasado y la peligrosidad en un juicio sobre un estado actual que versa sobre una conducta futura.⁵⁹

La extensión mínima de la medida de seguridad esta prescrita en el inciso primero de la disposición en comento, que en lo pertinente indica “(...) sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias (...)”. La medida debe quedar sin efecto si la persona a la cual se le impuso deja de ser peligrosa. Aquello es coherente con el fin preventivo especial que se les asigna a estas consecuencias jurídicas.

El inciso tercero y los incisos siguientes del artículo 481 del CPP le confieren al juez de garantía la facultad de modificar, cesar o suspender la medida de seguridad. Si existe una evolución positiva del sujeto se puede modificar la medida, por ejemplo, pasar de la internación a custodia y tratamiento, o incluso dejarla sin efecto.⁶⁰ A nuestro juicio, nunca empeorar la condición del imputado.

Al momento de imponer la medida de seguridad el tribunal puede fijar una duración menor a la pena mínima probable, justificándolo con base en la peligrosidad criminal del requerido. La cual no puede ser ampliada.

57 Muñoz Conde y García Aran sobre el punto sostienen que “la peligrosidad criminal como fundamento de la aplicación de la medida de seguridad supone la formulación de un pronóstico de comisión de futuros delitos basado en el estado que presenta el sujeto. La peligrosidad criminal no puede presumirse por el hecho de estar el sujeto en uno de los supuestos de peligrosidad (por ejemplo, por padecer una anomalía mental que le exime de responsabilidad), sino que debe ser establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia, sin que la aplicación de la medida deba llevarse a cabo de manera automática” en MUÑOZ y GARCÍA (1996), pp. 311-312.

58 Véase voto de minoría en fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1792-2022, de 30 de agosto de 2022.

59 BERISTAIN (1974), p. 87.

60 En el mismo sentido HORVITZ et al (2008), p. 135.

La internación en establecimiento psiquiátrico, en conformidad al principio de necesidad debe ser la ultima ratio, reservada para los casos de mayor riesgo de reiteración delictiva.

4.2. Límite máximo

El artículo 481 del CPP en su inciso primero y segundo dispone:

“(...) en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo.

Se entiende por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescribiere para el delito o delitos por los cuales se hubiere dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusado, según correspondiere”.

- Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad⁶¹ nace precisamente para ser aplicado a las medidas de seguridad (después se extendió también a las penas).⁶² El principio en cuestión “se compone de tres elementos: la aptitud o idoneidad de la medida para alcanzar la finalidad propuesta; la necesidad de la medida, la cual depende de la ausencia de una medida menos gravosa; y la razonabilidad de la medida, también denominada como proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”.⁶³ En este acápite nos estamos refiriendo al principio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual dispone que “la

61 Entendemos por este principio que las penas y medidas de seguridad “deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito” MUÑOZ y GARCÍA (2007), p. 83.

62 MIR (2016), p. 138.

63 FERNÁNDEZ (2010), p. 52. En el mismo sentido URRUELA (2009), pp. 31-32; BERNAL (2007), p. 41; VILLAVARDE (2008), pp. 183-186 y HASSEMER (2012), pp. 194-196.

importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido”.⁶⁴ El sentido estricto sirve de barrera para contener la indeterminación temporal propia de las medidas de seguridad.⁶⁵

Este principio está vinculado con el hecho que la medida no es una terapia neutra, sino más bien una irrupción punitiva en la libertad personal y seguridad individual.⁶⁶ Materialmente, la medida es idéntica a la pena en cuanto a su contenido afflictivo. Usualmente, la única diferencia radica en el lugar donde se cumple⁶⁷ (y a veces ni siquiera eso).⁶⁸

El principio de proporcionalidad sí está recogido en el CPP, en concreto en el artículo 481, que en sus incisos primero y segundo, regula la extensión máxima de la medida de seguridad⁶⁹ en atención a la pena mínima probable, definiendo dicho término. Son todos elementos que crean una relación de concordancia entre el delito cometido y la medida de seguridad a imponer.⁷⁰

64 BERNAL (2007), p. 42.

65 SANZ (2003), p. 179.

66 OLIVER (2007), p. 162. En el mismo sentido CURY (2020), p. 130; SILVA (1995), p. 80; IRIGOYEN (2005), p. 11 y ETCHEBERRY (1999), p. 230. En términos semejantes Corte Suprema, Rol N°38.278-2021, de 17 de junio de 2021(c° 6).

67 OLIVER (2007), p. 162. Incluso algunos indican que pueden ser más afflictivas que las penas, en aquel sentido véase AGUDELO (1984), pp. 47-51; ANTOLISEI (1960), p. 560; CUELLO (1956), p. 22; VELÁSQUEZ (1996), p. 186; HARBOTTLE (2017), p.124 e IRIGOYEN (2005), p. 12. En contra indicando que la medida no deviene necesariamente, a diferencia de la pena, en un mal LUZÓN (2016), p. 6. En sentido semejante, señalando que la medida carece de contenido afflictivo, sin perjuicio de su evidente restricción a derechos fundamentales, RODRÍGUEZ (1978), p. 131.

68 Respecto de internaciones provisionales que se cumplen en complejos penitenciarios véase fallos de la Corte Suprema, Rol N°79.843-2023, de 8 de mayo de 2023; Rol N°119.358-2023, de 15 de junio de 2023; Rol N°64.530-2023, de 17 de abril de 2023; Rol N°5522-2024, de 26 de febrero de 2024 y Rol N°9285-2024, de 12 de marzo de 2024.

69 En este sentido véase GUZMÁN (2008), p. 80; HORVITZ y LÓPEZ (2004), p.565 y ULLOA (2017), p. 84. En el derecho comparado se consagran normas que limitan la extensión de las medidas de seguridad, por ejemplo el Código Penal español en los artículos 6.2, 95.2 y 101.1(en particular respecto de la medida de internación), el Código Penal alemán en el parágrafo 62 y el Código Penal peruano en el artículo 73.

70 Critican la aplicación del principio de proporcionalidad (así entendido) a las medidas de seguridad GUZMÁN (2008), pp. 72-73; GIL et al (2018), p.36 y URRUELA (2001), pp. 179-180.

El principio de proporcionalidad es esencial en relación con las medidas de seguridad, puesto que, al no poder concurrir al principio de culpabilidad como límite al reproche penal, se hace necesario establecer un límite en su imposición, evitando que una persona peligrosa por un hurto de poca monta pueda pasar largos años internado en un hospital.⁷¹ Falcone concluye “la proporcionalidad es entonces el principio que permite otorgar un límite a la aplicación de medidas de seguridad —en atención especialmente a la dignidad del sujeto— al establecer una relación entre ciertos elementos de juicio comparativos y la gravosidad que implica la medida correspondiente al caso de que se trata”.⁷² Otros entienden que el concepto central en esta materia es la peligrosidad, por tanto los límites máximos a la extensión temporal de la medida no deben estar restringidos por el delito cometido,⁷³ sino más bien esta debiera durar lo necesario para poder cumplir sus fines preventivos especiales.⁷⁴ Por último, también se presenta una posición intermedia, más cercana a la que sostiene que la medida debe durar hasta que desaparezca el riesgo, que, a grandes rasgos, postula que debe estar limitada temporalmente pero no por el delito cometido, sino que por los delitos que se espera que el sujeto peligroso pueda en el futuro perpetrar.⁷⁵

71 MIR (2016), p. 138. En este orden de ideas véase FALCONE (2007), p. 246. En contra URRUELA (2001), p.186 y CERESO (2008), p. 34.

72 FALCONE (1995), pp. 74-75.

73 SILVA (1995), pp. 88-89; GRACIA et al (2016), pp. 197-198; URRUELA (2001), pp. 179-180; AGUDO et al (2017), p.107; ANTOLISEI (1960), p.560; GIL et al (2018), p. 38; SANZ (2007), p.12; VERA (2012), p.91(notas N°103); CERESO (2008), pp. 33-34 y NÁQUIRA (2013), p.325. Contrargumenta Martínez Garay que ante la dificultad de determinar de manera fiable la peligrosidad de un individuo, el único criterio que entrega certeza jurídica en cuanto a la determinación de la medida de seguridad es el de la proporción de esta con el hecho cometido, MARTÍNEZ (2014), pp.57-58. En sentido similar ZIFFER (2008), p.130.

74 La crítica principal que se le efectúa a la procedencia del principio de proporcionalidad en relación con las medidas de seguridad es el que se pregunta Falcone Salas “qué hacer en caso que la medida no alcance a satisfacer, dentro del tiempo que fue determinado por el tribunal, la prevención especial o, dicho de otra manera, qué hacer si la peligrosidad subsiste tras la expiración de la medida”, FALCONE (2007), p. 247. Estableciendo medidas de seguridad de plazo indeterminado (hasta que desaparezca la peligrosidad) el Código Penal argentino en sus artículos 34 N°1 inciso segundo y 52. También, el Código Penal italiano en su artículo 207.

75 ORTIZ y ARÉVALO (2013), pp. 488-489. En sentido parecido GONZÁLEZ (2017), p. 127. Criterio similar recoge el Código Penal alemán en el parágrafo 62. Señalan que dicha disposición del Código alemán consagra adecuadamente el principio de proporcionalidad

Sobre la base de lo explicado, y lo prescrito en el inciso primero y segundo del artículo 481 del CPP, podemos proponer las siguientes reglas de determinación de la extensión máxima de la medida de seguridad:

En una primera aproximación se podría afirmar que dichos incisos disponen dos límites máximos. El primero la pena mínima probable, entendiendo por esta, conforme a aquella norma, el tiempo mínimo de privación de libertad que la ley prescribe para el ilícito respectivo (en abstracto) y el segundo la sanción que hubiere podido imponérsele si fuese imputable (en concreto), es decir determinar la extensión de la medida conforme a las reglas generales.

Dicho lo anterior, es posible que mediante estas dos fórmulas lleguemos a duraciones diversas. Pensemos en el delito de lesiones graves (autor, consumado), el cual tiene un reproche en abstracto de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años). La pena mínima probable es de 541 días, pero el segundo criterio podría llegar a una extensión superior (o inferior), teniendo a la vista la concurrencia de modificatorias y la extensión del mal causado. Supongamos que se fundamenta la extensión de la medida en 3 años en atención a que concurre una agravante (ninguna atenuante), la mayor extensión del mal causado y la alta peligrosidad del sujeto.

¿Se ajusta a derecho dicha extensión de 3 años? Se podría sostener que no existe ilegalidad alguna, precisamente porque la norma le entrega a la judicatura dos límites alternativos. Esta conclusión, a nuestro parecer, es errada. Lo anterior, puesto que el artículo en estudio utiliza la expresión “en ningún caso”, lo que nos lleva a concluir que la magistratura no puede exceder ninguno de los dos límites indicados al momento de fijar la extensión de la medida de seguridad.⁷⁶

AGUDO et al (2017), p.108 y URRUELA (2001), pp. 187-188. Definiendo dicho artículo como una formulación vaga véase JAKOBS (1997), p. 42. También lo analizan críticamente MAURACH et al (1995), pp. 865-866.

76 Véase en este sentido fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°198-2023, de 8 de mayo de 2023, (e° 5).

La solución que ha dado Falcone⁷⁷ y parte de la jurisprudencia,⁷⁸ como se explicará, es que ante dicha dicotomía, se debe optar por la extensión menor. Así las cosas, si la pena en abstracto es menor, ese será el límite máximo de la medida. En cambio, si mediante la aplicación de las reglas de determinación judicial de la pena, se puede llegar a una duración inferior se debe elegir esta última.

Nuestra postura ofrece un ejercicio hermenéutico distinto. En primer orden de cosas, debemos desechar el criterio que sostiene que existen dos límites alternativos y la magistratura puede escoger facultativamente cualquiera de ellos. Dicho colofón conllevaría a que en la práctica el concepto de pena mínima probable sería inútil.⁷⁹ Asimismo, se trataría al enajenado mental igual (o peor) que el imputable, sin considerar que, al no ser culpable, precisamente por ser inimputable, no se le puede efectuar juicio de reproche alguno, y la ausencia de este reproche, debe derivar en un tratamiento más benigno que al sujeto imputable, al cual sí se le puede culpar de haber elegido la conducta ilícita pudiendo (teóricamente) haber actuado de otro modo. Por último, omite la relevancia que posee el término “en ningún caso”, el cual elimina cualquier posibilidad de preterir la pena mínima probable.

Ahora bien, el planteamiento que sostiene que entre ambos límites debe optarse por el menor, a nuestro juicio, es incompleto, no pondera el fundamento y finalidad de la medida de seguridad y cuál es el principio que inspira la norma en examen. Es necesario recordar, que la esencia de la medida de seguridad es hacer frente a la peligrosidad criminal manifestada por el sujeto activo, y que su finalidad es preventiva especial. Asimismo, el principio de proporcionalidad, en este escenario, tiene como propósito evitar las medidas de duración indeterminada. Que es precisamente lo que buscaba el mensaje del CPP al consagrar la pena mínima probable como un límite cierto (y máximo) de la extensión de las medidas de seguridad.

77 FALCONE (2007), p. 253.

78 En este sentido fallo de la Corte Suprema, Rol N°82.319-2021, de 28 de octubre de 2022.

79 Véase en este sentido fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1000-2015, de 28 de julio de 2015 (c° 7).

En función de lo expuesto, debemos excluir la ponderación de circunstancias modificatorias.⁸⁰ En nuestra opinión estas no son aplicables a las medidas de seguridad, por no ser compatible el fundamento de dichas circunstancias con la esencia misma de las medidas que es la peligrosidad criminal. Refuerza lo aseverado, el hecho que las medidas de seguridad prescritas en el CPP solo son aplicables a inimputables por enajenación mental, a quienes precisamente no se les puede reprochar la conducta ejecutada.⁸¹ Si en toda modificatoria de responsabilidad penal, en mayor o menor medida, subyacen factores vinculados con la culpabilidad,⁸² necesariamente deben aplicarse a aquellos a quienes se puede culpar. Por otro lado, si la peligrosidad en nuestro ordenamiento penal no obra como fundamento de la responsabilidad penal, resulta una consecuencia lógica que no puede ser invocada como justificación de una modificatoria de dicha responsabilidad.⁸³

Aclarado aquello, postulamos un límite único. La pena mínima probable del delito por el cual se acogió el requerimiento, es decir, el tiempo mínimo de privación de libertad asignado por la ley es el plazo de duración máxima de la medida de seguridad.

Ahora bien ¿qué entenderemos por el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescribiere? El tiempo mínimo es aquel que determina el legislador. Los factores que se deben tener presentes para el proceso de determinación legal de la pena son: a) la pena prescrita por la ley al delito; b) la etapa de desarrollo y c) el grado de participación.⁸⁴ Pensemos en un delito de parricidio en grado de desarrollo frustrado a título de autor, la pena mínima probable es de 10 años y 1 día, esa es la duración máxima de la medida de seguridad.

80 En contra HORVITZ et al (2008), p. 131.

81 Acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho al estimar que no concurre la calificante de alevosía contra un enajenado mental Corte Suprema, Rol N°251.298-2023, de 9 de febrero de 2024.

82 RODRÍGUEZ (2011), pp. 415-416.

83 RODRÍGUEZ (2011), p. 416.

84 MATUS y RAMÍREZ (2019), p. 349.

Es útil aclarar que el concepto de “pena mínima probable” no es sinónimo del vocablo “mínimum” prescrito en el artículo 67 del CP. El primero, como ya hemos aludido, se refiere al tiempo mínimo de privación o restricción de libertad dispuesto por la ley. El segundo a la mitad inferior de una pena que corresponde a un grado de una divisible. Graficando lo anterior, la pena mínima probable de un delito de lesiones menos graves (autor, consumado) es de 61 días. El *mínimum* de la pena del mismo ilícito va de 61 días a 300 días. La diferencia es inconcusa.

¿Se aplican las reglas especiales de determinación legal de la pena, como por ejemplo el artículo 450 del CP? Creemos que la respuesta es negativa por dos motivos: El primero porque dicha norma precisamente es una excepción al principio de proporcionalidad (como también lo es el artículo 18 de la ley 20.000), y el artículo 481 del CPP es la aplicación de este principio en materia de medidas de seguridad. En segundo lugar, existe un conflicto entre los fines preventivos especiales positivos que pretende una medida de seguridad y una norma de carácter agravatorio como la referida, su coexistencia al buscar fines diversos no es posible.⁸⁵

En cuanto a la aplicación del artículo 449⁸⁶ del Código Penal respecto de las medidas de seguridad, este debe ser excluido, por los siguientes argumentos. El primer motivo está vinculado con la finalidad de las medidas de seguridad, que como hemos explicado, es esencialmente preventiva especial. El marco rígido en estudio tiene su fundamento en fines preventivos generales. En concreto, dotar al sistema criminal de herramientas más severas para sancionar la reincidencia.⁸⁷ Como hemos expuesto en párrafos anteriores, siendo la reincidencia una modificatoria, no es predicable su aplicación en relación con los enajenados mentales. Refrenda este primer

85 Sobre la incompatibilidad del artículo 450 del CP con las sanciones dispuestas en la ley 20.084, precisamente por el fin preventivo especial positivo que inspira a dicha normativa véase fallo de la Corte Suprema, Rol N°49.322-2021, de 19 de julio de 2023.

86 Para un estudio en detalle de este artículo véase BESIO (2023), pp.187-223 y URIBE (2022), pp. 155-208.

87 BESIO (2023), pp.199-200.

argumento, el hecho que la comunidad considera que los delitos cometidos por los inimputables no afectan la vigencia de las normas y la credibilidad de la amenaza contenida en los tipos penales.⁸⁸

Otra razón que abona a lo expuesto es la historia de la ley 20.931 (que incorporó el sistema de determinación de pena en comento), la cual es explícita sobre tres puntos que son relevantes: i) que los delitos contra la propiedad sean sancionados con la pena tipificada en abstracto; ii) que los condenados por delitos de robo con violencia, robo con intimidación o robo en lugar habitado que gocen de irreprochable conducta anterior puedan acceder a penas substitutivas y iii) que los reincidentes deban ser castigados con penas más altas y así no puedan acceder a reproches en libertad, sino de carácter efectivo.⁸⁹ Como se puede apreciar estas motivaciones no tienen conexión con las medidas de seguridad, su fundamento y fines.

Lo señalado también, *mutatis mutandi*, se puede afirmar respecto de otros marcos rígidos como aquellos reglamentados en el artículo 17 B de la ley 17.798 o en el artículo 196 bis de la ley 18.290.

En relación con el artículo 351 del CPP⁹⁰, esta norma sí posee aplicación en materia de medidas de seguridad, ya que existe una remisión expresa del artículo 456 del CPP. Si la procedencia de dicha regla de determinación tiene como consecuencia una duración menor de la pena mínima probable (que la que se obtendría mediante el artículo 74 del CP), será aquella el límite máximo. Por ejemplo, supongamos el caso de un enajenado mental respecto del cual se acoge un requerimiento por cinco delitos de desacato (con los reparos de tipicidad de aquel delito respecto de enajenados mentales)⁹¹ la extensión máxima de la medida de seguridad será de 3 años y 1 día, ya que

88 HORVITZ et al (2008), p. 129.

89 Véase el mensaje, de 23 de enero de 2015, Historia de la ley 20.931, p. 6.

90 Para un estudio en detalle de la disposición en comento véase OLIVER (2013), pp. 167-188 y BESIO (2015) pp. 543-596.

91 Sobre esta materia véase Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°2223-2016, de 6 de enero de 2017 y Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2985-2023, de 19 de julio de 2023.

imponer una medida de seguridad de 541 días por cada ilícito claramente lleva a una extensión mayor. Ahora bien, si la aplicación del artículo 74 del CP tiene como efecto una duración menor se deberá aplicar este en conformidad al inciso tercero del artículo 351 del CPP.

Debido a su especial relevancia en materia de medidas de seguridad, puesto que es de usual ocurrencia que las víctimas en los hechos típicos cometidos por enajenados mentales sean sus familiares,⁹² es menester pronunciarnos sobre la procedencia de la agravante especial⁹³ del artículo 400 del CP respecto de los enajenados mentales. La jurisprudencia en esta materia se encuentra dividida, encontrando fallos que aseveran su compatibilidad con el artículo 481 del CPP y otros que sostienen su improcedencia.⁹⁴ A nuestro juicio, siendo una circunstancia modificatoria, la pena mínima probable se determina sin la aplicación de aquella.

El límite máximo propuesto entrega certeza jurídica en cuanto a la extensión de la medida. La pena mínima probable obra como una frontera infranqueable que en ningún caso puede superarse, siendo la manifestación directa del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior es coherente con el espíritu del mensaje del CPP y permite superar lo contrainstitutivo que parece tratar de la misma o de forma más severa a un enajenado mental respecto de un imputable, cuando el primero es incapaz de discernir lo lícito de lo ilícito y guiar su conducta conforme a ello (y el segundo sí).

92 CISTERNAS (2021), pp. 123-124.

93 Sobre su naturaleza como circunstancia modificatoria véase GARRIDO (2010), pp. 173-174 y MATUS y RAMÍREZ (2019), p. 123.

94 Aseverando que el artículo 400 del CP no es aplicable respecto de las medidas de seguridad fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°273-2024, de 12 de marzo de 2024 (c°9) y Rol N°2547-2023, de 24 de noviembre de 2023(c°11). En contra fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°102-2022, de 18 de abril de 2022. La Corte Suprema, en Rol N°14.570-2022, de 21 de febrero de 2023, indicó que la pena mínima probable se determina sin la aplicación previa del artículo 400 del CP, puesto que esta es una modificatoria. Mismo sentido Corte Suprema, Rol N°251.298-2023, de 9 de febrero de 2024.

Ahora bien, nos debemos hacer cargo que el artículo querámoslo o no, sí prescribe “en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele” ¿cómo interpretamos esta parte de la disposición de forma armónica con nuestra propuesta? Aquella parte del precepto, debe ser interpretada de la siguiente manera: el enajenado mental, en ningún caso, puede recibir un trato más severo que el imputable (pero sí más benigno). En ese orden de ideas, si concurre una excusa legal absoluta, no puede aplicarse una medida de seguridad (aunque la conducta sea típica, antijurídica y el imputado peligroso). Además, hace aplicable una serie de instituciones que es discutible que efectivamente procedan respecto de las medidas de seguridad: la prescripción, el principio de irretroactividad de la ley penal (salvo que sea más favorable para el imputado), los abonos tanto homogéneos⁹⁵ como heterogéneos, concurso ideal y la media prescripción (creemos que comparte la misma naturaleza jurídica que la prescripción).⁹⁶ Por último, al requerir una sanción privativa de libertad o restrictiva, conlleva a concluir que delitos sancionados únicamente con penas de multa, aunque el sujeto activo sea peligroso, deben ser sobreesidos definitivamente.

5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 481 DEL CPP

El sentido y alcance que los tribunales superiores le han otorgado a las reglas de determinación de duración de las medidas de seguridad ha sido dispar. Incluso la Corte Suprema no ha tenido una única posición.

De la jurisprudencia de tribunales superiores revisada logramos clasificar las interpretaciones sostenidas en 4 criterios:

95 Véase sobre la procedencia de los abonos homogéneos en materia de medidas de seguridad fallos de la Corte Suprema, Rol N°31.650-2022, de 12 de julio de 2022 y Rol N°1621-2013, de 21 de marzo de 2013. En sentido semejante fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3196-2023, de 31 de julio de 2023.

96 En el mismo sentido PARRA (2019), p. 277. En contra, indicando que la media prescripción no tiene la misma naturaleza que la prescripción fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°605-2023, de fecha 3 de mayo de 2023 (considerando décimo).

La que afirma que la medida de seguridad está sujeta a las mismas normas de determinación de las penas, aplicándose los artículos 65 y siguientes del Código Penal, siendo concurrentes tanto atenuantes como agravantes, es decir para fijar su límite máximo no existe sustancialmente diferencia alguna entre la medida y la pena.⁹⁷

En segundo lugar, la que esgrime que el inciso primero del artículo 481 del CPP entrega dos criterios alternativos, a saber: “y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo”. Es decir, el tribunal está facultado para fijar el límite máximo de duración de la medida de seguridad sobre la base de dos reglas alternativas, la pena mínima probable (una regla en abstracto) o que no exceda la sanción privativa o restrictiva de libertad que le habría correspondido en el caso concreto aplicando las reglas de determinación de pena (artículos 65 y siguientes del CP). Lo cual en la práctica tiene como corolario efectos semejantes a la primera posición, que es aplicar las normas de determinación de pena a la medida de seguridad. En definitiva, no se aprecia una diferencia relevante en la forma de fijar la duración máxima de la medida y de la pena.⁹⁸

La tercera postura se asemeja a la anterior en cuanto a que parte de la base que efectivamente el artículo en comento posee dos límites máximos: la pena mínima probable o la sanción privativa de libertad que se podría haber impuesto. Sin embargo, se diferencia de la anterior, en que concluye que en el caso que ambos límites máximos conlleven a un resultado diferente, se debe seleccionar el de menor extensión, teniendo a la vista el fin y funda-

97 Véase en este sentido fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°2173-2014, de fecha 30 de enero de 2015.

98 Véase en este sentido fallos de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°258-2021, de 12 de abril de 2021; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°102-2022, de 18 de abril de 2022; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1794-2023, de 14 de septiembre de 2023 y fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1444-2010, de 6 de diciembre de 2010.

mento de las medidas de seguridad.⁹⁹ Este razonamiento a nivel doctrinal lo desarrolla Falcone, quien explica “Por otra parte, la ley adscribe al criterio español en cuanto a la duración de la medida. Se establece correspondencia con la pena que hubiese podido imponerse al sujeto o con la pena mínima probable. En este punto, parece lógico entender que la ley ha señalado dos límites porque debe preferirse el más bajo que resulte en el caso particular. Esto, sin perjuicio que la medida cese antes, si deja de existir peligrosidad”.¹⁰⁰

La última lectura es aquella que asevera, en síntesis, que el límite temporal máximo de la medida de seguridad es la pena mínima probable, entendiendo por ella, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley asigne para el delito o los delitos respecto de los cuales se acogió el requerimiento. Explicado de forma más gráfica: si se acoge un requerimiento de medidas de seguridad respecto de una persona por un delito de amenazas (autor y consumado) del artículo 296 N°3 del CP (castigado con una pena de presidio menor en su grado mínimo) el límite temporal máximo es de 61 días.¹⁰¹

Producto de estas severas discrepancias en materia hermenéutica se recurrió por parte de la Defensoría Penal Pública ante la Corte Suprema con el fin de unificar jurisprudencia mediante la causal del artículo 373 b) del CPP. Sin embargo, hasta la fecha dicho tribunal ha tenido opiniones contradictorias.

En fallo rol 82.319-2021 de fecha 28 de octubre de 2022¹⁰² dicha Corte adopta la siguiente posición (que es el criterio recién citado de Falcone):

99 En estos términos véase sentencia de reemplazo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N°551-2021, de 13 de septiembre de 2021; fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°198-2023, de 8 de mayo de 2023; fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°2547-2023, de 24 de noviembre de 2023 y fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 273-2024, de 12 de marzo de 2024.

100 FALCONE (2007), p. 253.

101 En dicho sentido véase fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°2150-2022, de 17 de octubre de 2022; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1345-2013, de 22 de octubre de 2013; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1309-2019, de 30 de julio de 2019 y Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°1080-2020, de 11 de enero de 2021.

102 Para un análisis de dicho fallo véase Rodríguez (2023), pp.107-117.

“5) Que con la frase: “en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable”, la norma entrega dos formas de calcular el límite máximo de la extensión. En primer lugar, dice que no debe ser superior a la pena que hubiera podido ser impuesta, lo que nos orienta a una determinación de pena judicial, es decir, en concreto, considerando todas las reglas, inclusive las modificatorias de responsabilidad penal. Luego refiere que no puede superar el tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, lo que, comparando con lo dicho en primer término, debe interpretarse referido a la pena mínima establecida en la ley.

6) Que cabe ahora resolver cuál de esos dos límites debe ser aplicable en cada caso, cuando estas dos alternativas sean diversas. Atendiendo que se trata de la aplicación de una medida que pretende proteger y orientar al inimputable, así como proteger a los terceros que el requerido pudiera poner en riesgo con sus conductas, debe preferirse la menor que resulte de la aplicación de las dos posibles reglas a aplicar”.¹⁰³

Un par de meses después la Corte Suprema en fallo rol 8.228-2022 de fecha 2 de febrero de 2023 rechaza un recurso de nulidad argumentando:

“Decimoquinto: (...) los sentenciadores determinan la duración de la medida de seguridad tomando como referencia la duración de la pena que se habría aplicado en caso que el requerido hubiese sido imputable, optando así por una de las alternativas que permite el artículo 481 del Código Procesal Penal, opción que los sentenciadores vinculan con la recomendación del especialista que examinó al requerido, lo cual se condice con el elemento terapéutico asociado a la medida de seguridad aplicada en el presente caso, de forma tal que esta Corte no advierte alguna errónea aplicación del derecho en lo decidido por el Tribunal a quo, ya que se ajusta a las posibilidades que el artículo 481 del Código Procesal Penal otorga en lo relativo a la deter-

103 En idéntico sentido fallos de la Corte Suprema, Rol N°14.570-2022, de 21 de febrero de 2023 y Rol N°251.298-2023, de 9 de febrero de 2024.

minación de la extensión máxima de la medida, considerando además que ésta por su naturaleza no es una pena y que, en todo caso, su duración se vincula a la existencia de una situación de riesgo, por lo que el Tribunal se limita a establecer un límite temporal máximo, que de todos modos puede ser desatendido a favor del requerido si las circunstancias que justifican la necesidad de intervención se desvanecen con antelación”.¹⁰⁴

Para finalizar este acápite, podemos concluir que no existe una postura unívoca en sede jurisprudencial. Sin perjuicio, que nosotros sostenemos que la medida de seguridad tiene un único límite temporal máximo, que es la pena mínima probable, el criterio de Falcone y recogido por la Corte Suprema, la Corte de La Serena, de Valdivia y Valparaíso en algunos fallos, va en la dirección correcta.

6. OTRAS PROYECCIONES DEL ARTÍCULO 481 DEL CPP

Existen otros ámbitos donde el sentido y alcance del artículo 481 del CPP, en particular las normas de determinación de la extensión de las medidas de seguridad, tienen una influencia sustancial. Estos son:

6.1. La medida cautelar de internación provisional

Existe una íntima conexión entre el artículo 481 y la medida cautelar de internación provisional. La clave radica en el inciso segundo del artículo 464 que nos remite a los artículos 139 y siguientes del CPP. Particular importancia posee el inciso segundo del artículo 152 del CPP, que crea una relación de correspondencia entre el tiempo sujeto a una medida cautelar privativa de libertad y la mitad de la sanción esperable en caso de dictarse sentencia condenatoria o el reprobche ya impuesto en dicho fallo.¹⁰⁵ En este orden de ideas, la IP necesariamente debe guardar una relación de proporción con

104 En el mismo sentido fallo de la Corte Suprema, Rol N°137-2023, de 20 de junio de 2023.

105 Sobre esta materia véase fallo de la Corte Suprema, Rol N°121.274-2022, de 12 de octubre de 2022.

la extensión de la eventual medida de seguridad a imponer o la impuesta. Siendo lo anterior así, la forma en que determinemos el límite máximo de una medida de seguridad tiene un efecto trascendente, en la decisión de decretar o mantener una medida cautelar privativa de libertad (como la IP o el arresto domiciliario). Por ejemplo, si el imputado se encuentra formalizado por un delito de amenazas no condicionales (art. 296 n°3 CP) y lesiones menos graves (art. 399 CP), que el límite máximo de extensión de la medida de seguridad, en conformidad al criterio adoptado, es la pena mínima probable (el tiempo mínimo de privación de libertad que prescribe la ley), por lo cual sería 61 días por cada delito (122 en total). La IP en caso de decretarse (que ya parece desproporcionado teniendo a la vista la exigua duración máxima de la medida), debiera cesar al cumplirse la mitad del tiempo mínimo (61 días), y bajo ninguna circunstancia extenderse más de 122 días.¹⁰⁶

6.2. El condenado que durante el cumplimiento de su pena cae en enajenación mental

El artículo 482 del CPP prescribe:

“Condenado que cae en enajenación mental. Si después de dictada la sentencia, el condenado cayere en enajenación mental, el tribunal, oyendo al fiscal y al defensor, dictará una resolución fundada declarando que no se deberá cumplir la sanción restrictiva o privativa de libertad y dispondrá, según el caso, la medida de seguridad que correspondiere. El tribunal velará por el inmediato cumplimiento de su resolución. En lo demás, regirán las disposiciones de este Párrafo”.

106 En este sentido véase SEPERIZA (2016), pp.197-198. Asimismo, dejando sin efecto la medida cautelar de internación provisional en atención al tiempo transcurrido véase fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1555-2023, de 5 de septiembre de 2023 y fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°52-2020, de 25 de marzo de 2020, en sus considerandos séptimo a décimo. En contra fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1544-2022, de 18 de agosto de 2022.

El supuesto de esta disposición es que una persona condenada a una pena cae en enajenación mental durante el cumplimiento de esta. Las posibilidades que otorga la norma, son dos:

Interrumpir la sanción y si el penado no es peligroso criminalmente, se debe decretar el sobreseimiento definitivo. Lo anterior se fundamenta en que el mismo artículo indica que según el caso se debe decretar la medida que corresponda. El término “según el caso” es, a nuestro criterio, una referencia a que depende si el sujeto es peligroso en los términos del artículo 455 del CPP. Confirma aquello la remisión al artículo 481 (“disposiciones de este párrafo”), ya que, si el sujeto deja de ser peligroso, en conformidad al principio de necesidad, la medida debe cesar. Por último, un principio esencial de las medidas de seguridad, y lo recoge el CPP en el artículo 455, es que no hay medida sin peligrosidad.

Interrumpir la pena y decretar una medida de seguridad si la persona es peligrosa, la cual será internación o custodia y tratamiento dependiendo de la intensidad de la peligrosidad del sujeto.

Es en este segundo supuesto donde se proyecta la trascendencia de como determinamos el límite máximo de la medida de seguridad. Supongamos que un sujeto X fue condenado a la pena de 12 años de presidio mayor en su grado medio como autor de un delito de homicidio simple. Y a los 8 años cae en enajenación mental, se substituye la pena por una medida de seguridad, los 4 años restantes que debe cumplir ¿cómo calculo la pena mínima probable? Existen tres alternativas:

Se debe cumplir íntegramente lo que restaba de pena, salvo que la persona deje de ser peligrosa.¹⁰⁷ Esta postura tiene el gran inconveniente que omite la remisión del artículo 482 a las disposiciones de este párrafo, que solo es una, el artículo 481 del CPP y que no solo consagra el límite mínimo de duración de la medida, sino también el máximo.

Calcular la pena mínima probable del delito por el cual fue condenado y fijarla como la extensión temporal máxima de la medida de seguridad. Siguiendo el ejemplo del delito de homicidio simple, la duración máxima de la medida debiera ser de 10 años y 1 día. Los problemas de esta solución, que nos parece prima facie la correcta, son que si el condenado ya ha cumplido esa pena mínima probable (supongamos que lleva 10 años y dos días cumplidos de los 12) cuando cae en enajenación mental y el informe indica que es peligroso, es improbable que el tribunal acceda a la petición de la defensa del cese de la pena, más teniendo a la vista que no se cumplirían en lo más mínimo los fines preventivos especiales de una medida de seguridad. Por otro lado, si el fundamento de la medida es la peligrosidad y el principio de proporcionalidad viene a servir como una herramienta para restringir la extensión indefinida de la medida de seguridad, es difícil de explicar porque se aplica a la totalidad de la pena, en especial, respecto del tiempo en el cual la persona aún no caía en enajenación mental. Por último, es menester recordar que la imposición de una medida requiere una prognosis de la conducta de un sujeto, es decir un juicio de su posible conducta a futuro, es ello lo que hace que no sea coherente con sus fines aplicar el artículo 481 del CPP de forma retroactiva, como si la persona hubiese sido enajenada mental al momento de imponerse la pena primigenia.

La tercera opción, y que es en definitiva la que proponemos, es calcular la pena mínima probable respecto del saldo de pena que faltaba por cumplir. Siguiendo con el ejemplo, si se cumplió 8 años de los 12. Restan 4 años. El

107 En este sentido fallo de la Corte Suprema, Rol N°252.080-2023, de 3 de enero de 2024 (confirmando fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°2793-2023, de 16 de diciembre de 2023).

saldo es una pena de presidio menor en su grado máximo y la pena mínima probable dentro de ese grado es de 3 años y 1 día. De tal manera, la medida no duraría el saldo de la pena completa, sino que su extensión máxima sería de 3 años y 1 día. Otro ejemplo, si el penado hubiese cumplido 10 años y le restaran dos años, la pena mínima probable, siguiendo la misma lógica, respecto del saldo es de 541 días, por consiguiente, aquella sería la duración máxima de la medida de seguridad. Esta posición salva los inconvenientes de las anteriores, puesto que aplica el artículo 481, pero mirando a futuro y logra un equilibrio entre la peligrosidad diagnosticada (y no tratada aún) y el principio de proporcionalidad.

7. CONCLUSIONES

Como requisito básico para imponer una medida de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico se requiere que el enajenado mental haya cometido un hecho típico, antijurídico y punible. Además, que sea peligroso criminalmente y que aquella peligrosidad este presente al momento de imponer la medida en el juicio oral.

Es menester reformar el concepto de peligrosidad que disponen los artículos 455 y 464 del CPP, y compatibilizarlo con una peligrosidad de carácter criminal. Actualmente estas disposiciones habilitan a decretar una medida de seguridad solo por existir un riesgo de autoagresión, sin que sea menester acreditar un peligro de reiteración delictiva.

El límite mínimo de duración de las medidas de seguridad es mientras el sujeto sea peligroso criminalmente, si deja de serlo, la medida debe finalizar. Si evoluciona positivamente, debe modificarse. La internación en un establecimiento psiquiátrico es la última opción para los casos de sujetos altamente peligrosos. Lo anterior, se fundamenta en el principio de necesidad.

El límite máximo de extensión de la medida es uno solo, la pena mínima probable, que es el tiempo mínimo de privación de libertad que la ley fija para el delito. Se deben aplicar las reglas de los artículos 50 a 54 del Código Penal dentro de este análisis, excluyendo cualquier examen de determinación judicial de la pena (por ejemplo, la concurrencia de modificatorias). Lo anterior, se fundamenta en el principio de proporcionalidad.

Como consecuencia de lo anterior, la medida de seguridad jamás podrá ser de carácter indeterminada o perpetua. Una medida a perpetuidad, no solo vulnera el principio de proporcionalidad, sino que infringe el tenor del artículo 481 del CPP, que precisamente prescribe un plazo de duración determinado de las medidas de seguridad, lo cual es incompatible con una extensión eterna.

Es recomendable, desde una óptica de lege ferenda una modificación del artículo 481 del CPP, que permita superar los problemas interpretativos existentes en la jurisprudencia nacional. Desde ya sugerimos como límite máximo de duración de las medidas de seguridad el propuesto en este trabajo. La disposición propuesta podría rezar de la siguiente manera: “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena mínima abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, debiendo finalizar una vez que no existan antecedentes calificados de un peligro de reiteración delictiva. Se entiende por pena mínima el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley, previa aplicación de los artículos 50 a 54 del Código Penal, prescribiere para el delito o delitos imputados. En ningún caso la medida de seguridad podrá ser de duración indeterminada o perpetua”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUDELO BETANCUR, Nódier (1984): *Inimputabilidad y responsabilidad penal* (Bogotá, Editorial Temis).

AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique, JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel (2017): *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito* (Madrid, Editorial Dykinson).

ANTOLISEI, Francesco (1960): *Manual de derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Editorial UTEHA).

BERNAL PULIDO, Carlos (2007): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, tercera edición* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

BERISTAIN, Antonio (1974): *Medidas penales en Derecho contemporáneo* (Madrid, Editorial Reus).

BESIO, Martín (2015): “Aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal”, en: *Política Criminal* (Vol. 10, N°20), pp. 543-596.

BESIO, Martín (2023): “Ámbito y estructura general de aplicación del artículo 449 del Código Penal chileno” en: *Política Criminal* (Vol. 18, N°35), pp. 187-213.

CEREZO MIR, José (2008): *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Editorial B de F).

CISTERNAS VÁSQUEZ, Nicolás (2021): “Criterios jurisprudenciales para la determinación de peligrosidad en personas inimputables por enajenación mental”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. (Año XI, número 10), pp. 114-142.

CUELLO CALÓN, Eugenio (1956): Las medidas de seguridad. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1956-10000900032. [Fecha de última consulta: 19.09.2023].

CURY URZÚA, Enrique (2020): Derecho penal. Parte general (Santiago, Ediciones UC), tomo I.

ETCHEBERRY, Alfredo (1999): Derecho Penal. Parte general, tercera edición, revisada y actualizada, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

FALCONE SALAS, Diego (2007): “Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (Vol. XXIX), pp. 235-256.

FALCONE SALAS, Diego (1995): Las medidas de seguridad y la responsabilidad penal. Tesis para optar a grado de licenciado en ciencias jurídicas.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2010): “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?” en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Año 17 N°1), pp. 51-99.

FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel (2021): “Los desórdenes mentales en el código penal chileno: un estudio sobre la inimputabilidad”, en: Revista de Derecho Valdivia (Vol.34, N°2), pp. 293-312.

FRISCH, Wolfgang (2007): “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho”, en: InDret 3, s/p.

GAETE ROJAS, Carla; MUÑOZ LEVILL, Cristian (2018): Las medidas de seguridad en Chile: Una aproximación desde el derecho constitucional. Tesis para optar a grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.

GARRIDO MONTT, Mario (2019): Derecho Penal. Parte General, segunda edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

GARRIDO MONTT, Mario (2010): Derecho penal. Parte especial, cuarta edición, (Santiago, Editorial jurídica de Chile), tomo III.

GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José (2018): Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España (Madrid, Editorial Dykinson).

GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen (2016): Lecciones de consecuencias jurídicas del delito (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (2017): “Medidas de corrección y seguridad”, en: ROCADE AGAPITO, Luis (dir.), Las consecuencias jurídicas del delito (Valencia, Tirant Lo Blanch).

GUZMÁN DALBORA, José Luis (2008): La pena y la extinción de la responsabilidad penal, (Santiago, Legal Publishing).

HASSEMER, Winfried (2012): “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales” en: ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española), Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo (Barcelona, Editorial Atelier).

HARBOTTLE QUIRÓS, Frank (2017): “Inimputabilidad, peligrosidad criminal y medidas de seguridad curativas: mitos y realidades”, en: Revista de la Facultad de Derecho, N°42, pp. 77-99.

HEGGLIN, María Florencia (2006): Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad (Buenos Aires, Editores del Puerto).

HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián (2004): Derecho procesal penal chileno (Santiago, Editorial jurídica de Chile), tomo II.

HORVITZ LENNON, María Inés; VALENZUELA SALDIAS, Jonathan; AGUIRRE BRAVO, Luppy (2008): “El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno”, en: Revista de Estudios de la Justicia N°10, pp. 105-139.

IRIGOYEN TESTA, Luciana (2005): “Problemas constitucionales a partir de la indeterminación temporal en la medida de seguridad de reclusión manicomial prevista en el art. 34 inc. 1º del código penal argentino”, en: Revista Pensamiento Penal, s/p.

JAKOBS, Gunther (1997): Derecho penal. Parte general, segunda edición corregida, (Madrid, Editorial Marcial Pons).

JORGE BARREIRO, Agustín (1976): Las medidas de seguridad en el Derecho español (Madrid, Editorial Civitas).

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016): Lecciones de derecho penal. Parte general, tercera edición, ampliada y revisada, (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

MALDONADO, Francisco (2011): ¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo, en: *Política Criminal* (Vol. 6, N°12), pp. 387-447.

MARTÍNEZ GARAY, Lucia (2014): La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad, en: *InDret* 2, pp. 17-104.

MARTÍNEZ GARAY, Lucia (2018): “Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso *State v Loomis*”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (N°20), pp. 485-502.

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2019): *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch).

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2019): *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte especial, tercera edición actualizada*, (Valencia, Tirant lo Blanch).

MAURACH, Reinhart; HEINZ GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz (1995): *Derecho penal. Parte General* (Buenos Aires, Editorial Astrea), tomo II.

MIR PUIG, Santiago (2016): *Derecho penal. Parte general, décima edición, actualizada y revisada*, (Barcelona, Editorial Reppertor).

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes (2007): *Derecho Penal. Parte General, séptima edición*, (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes (1996): *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial).

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (2013): “Imputabilidad y alteración de la percepción: Exención y atenuación de la responsabilidad criminal”. Tesis para optar a grado de doctor en derecho penal y política criminal.

NOVOA MONREAL, Eduardo (2005): Curso de Derecho Penal chileno. Parte general, tercera edición, (Santiago, Editorial jurídica de Chile), tomo II.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2007): Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2013): “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: La reiteración de delitos de la misma especie”, en: Revista de Derecho Valdivia (Vol.26, N°2), pp. 167-188.

ORTIZ QUIROGA, Luis; ARÉVALO CUNICH, Javier (2013): Las consecuencias jurídicas del delito (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PARRA NÚÑEZ, Francisco (2019): “Los efectos de la media prescripción”, en: Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (Vol. 87, N°246), pp. 247-285.

PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo (2021): La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal (Madrid, Editorial Marcial Pons).

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2011): “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal” en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. XXXVI), pp. 397-428.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1978): Derecho penal. Parte general (Madrid, Editorial Civitas).

RODRÍGUEZ VEGA, Manuel (2023): “Extensión máxima de la medida de seguridad contra inimputable por enajenación mental”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época (Vol. XLVIII, N°2 (2023)), pp. 107-122.

ROMEO CASABONA, Carlos (2018): “Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad”, en: *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, (N°13), pp. 39-55.

SANZ MORÁN, Ángel José (2003): *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal* (Valladolid, Lex Nova).

SANZ MORÁN, Ángel José (2007): “El tratamiento del delincuente habitual”, en: *Política Criminal* (Vol. 2, N° 4), pp. 1-16.

SEPERIZA WITTEWER, Iván (2016): “La internación provisional de imputados en situación de enajenación mental en el marco del proceso penal: Análisis de causas del Juzgado de Garantía (2008-2013)”, en: *Revista Nova Criminis* (Vol. 7, N°11), pp. 173-228.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1995): “Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables”, en: *Revista del instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, pp. 79-93.

TAPIA BALLESTEROS, Patricia (2013): “Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española”, en: *Política Criminal* (Vol. 8, N°16), pp. 574-599.

ULLOA EYZAGUIRRE, Tamara (2017): “Evolución de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables por enajenación mental en el ordenamiento jurídico chileno. Análisis crítico de Derecho Comparado”, en: *Revista de Derecho Universidad San Sebastián* (N°23), pp. 46-118.

URIBE MONDACA, Daniela (2022): “Algunos problemas relativos a la determinación de la pena en el artículo 449 del Código Penal”, en: OLIVER, Guillermo (Dir.), Problemas actuales de determinación de la pena en el Derecho penal chileno (Valencia, Tirant lo Blanch).

URRUELA MORA, Asier (2009): Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica (Granada, Editorial Comares).

URRUELA MORA, Asier (2001): “Los principios informadores del derecho de medidas en el código penal de 1995”, en: Revista de derecho penal y criminología (N°8), pp. 167-194.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1996): “Las medidas de seguridad. Aproximaciones al Código Penal panameño de 1982”, en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas (N°96), pp. 178-204.

VERA VEGA, Jaime A. (2012): “Las medidas de seguridad en la ley de responsabilidad penal adolescente”, en: Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal (N°12), pp. 57-102.

VILLAVERDE, Ignacio (2008): “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, en: CARBONELL, Miguel (ed.): El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

ZIFFER, Patricia S. (2008): Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal (Buenos Aires, Editorial Hammurabi).

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 22 de octubre de 2013, rol N°1345-2013.

Corte Suprema, sentencia de fecha 21 de marzo de 2013, rol N°1621-2013.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 28 de julio de 2015, rol N°1000-2015.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 6 de enero de 2017, rol N°2223-2016.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 30 de julio de 2019, rol N°1309-2019.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de fecha 25 de marzo de 2020, rol N°52-2020.

Corte Suprema, sentencia de fecha 17 de junio de 2021, rol N°38.278-2021.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 19 de julio de 2023, rol N°2985-2023.

Corte Suprema, sentencia de fecha 19 de julio de 2023, rol N°49.322-2021.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 18 de agosto de 2022, rol N°1544-2022.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de fecha 11 de enero de 2021, rol N°1080-2020.

Corte Suprema, sentencia de fecha 28 de octubre de 2022, rol N°82.319-2021.

Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de fecha 13 de septiembre de 2021, rol N°551-2021.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 5 de enero de 2023, rol N°2501-2022.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2023, rol N°1555-2023.

Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de fecha 8 de mayo de 2023, rol N°198-2023.

Corte Suprema, sentencia de fecha 3 de enero de 2024, rol N°252.080-2023.

Corte Suprema, sentencia de fecha 9 de febrero de 2024, rol N°251.298-2023.

Corte Suprema, sentencia de fecha 26 de febrero de 2024, rol N°5522-2024.

Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de marzo de 2024, rol N°9285-2024.

EL INJUSTO DE LA “PERSUASIÓN COERCITIVA” EN EL DERECHO PENAL CHILENO: ESPECIALMENTE EL CASO “ANTARES DE LA LUZ”¹


THE UNJUST OF “COERCIVE PERSUASION” IN CHILEAN CRIMINAL LAW: ESPECIALLY THE CASE “ANTARES DE LA LUZ”

Carlos Bardavío Antón*

Resumen

En un mundo de libertades las sectas también deben tener su espacio. Sin embargo, algunas de estas, al igual que puede suceder con cualquier otro grupo, utilizan un proselitismo que puede mermar o anular la capacidad de la voluntad de sus adeptos, y a través de este daño producir otros en la misma víctima o utilizarla contra otras. Esta dinámica ha sido denominada por la literatura especializada como persuasión coercitiva, pero su fundamento no radica en que se desarrolle por medio de un grupo, sino que el grupo es un plus por el cual tradicionalmente se ha conocido la problemática de las víctimas, mientras que su naturaleza injusta radicaría en el ataque a la capacidad de libre voluntad y, por lo tanto, puede operar en cualquier relación. Trataremos de determinar la naturaleza penal y las problemáticas

¹ Artículo recibido el 14 de febrero de 2024 y aceptado el 17 de junio de 2024.

* Doctor en Derecho por la U. de Sevilla. Profesor contratado, Universidad Internacional de la Rioja y director Bardavío Abogados, Madrid, España.  0000-0003-3759-4167. Dirección postal: Calle Infanta Mercedes 111, 1º, oficina 1, Madrid, España. Correo electrónico: carlos.bardavio@unir.net.

que genera su tratamiento con los modelos tradicionales, observando cómo ciertas delimitaciones dogmáticas pueden ayudar al tratamiento tipológico y a la responsabilidad de cada interviniente.

Palabras clave

Antares de la Luz, coacciones, persuasión coercitiva, sectas coercitivas.

Abstract

In a world of freedom, cults must also have their space. However, some of these, as can happen with any other group, use a proselytism that can diminish or nullify the capacity of the will of its followers, and through this damage produce others in the same victim or use it against others. This dynamic has been called by the specialized literature as coercive persuasion, but its foundation does not lie in the fact that it is developed through a group, but rather that the group is a plus by which the problems of the victims have traditionally been known, while its unjust nature would lie in the attack on the capacity for free will. and therefore, can operate in any relationship. We will try to determine the criminal nature and the problems generated by its treatment with traditional models, observing how certain dogmatic delimitations can help the typological treatment and responsibility of each intervening.

Keywords

Antares de la Luz, coercion, coercive persuasion, coercive cults.

1. INTRODUCCIÓN: DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE SECTA, SECTA CRIMINAL Y SECTA COERCITIVA

El objeto de este estudio es aclarar si los estudios sobre sectas que en las últimas décadas exponen los efectos dañinos de ciertas dinámicas de control y de manipulación, constituyen un injusto autónomo y diferenciado de los delitos tradicionales en las relaciones no sólo grupales sino también duales.

Cabe empezar explicando que la fenomenología de las denominadas sectas es confusa. En las ciencias que han estudiado su problemática (sociología, psicología, criminología, jurídica, etc.) no existe acuerdo mayoritario ni en su definición, terminología ni en la unidad de su diferenciación respecto a otras tipologías grupales, lo que dificulta su análisis². Esto no significa que no exista cierto consenso sobre la fenomenología dañina como veremos infra.

El término moderno de secta³ se entiende separado –cuando no contrapuesto– al de iglesia tradicional. Las iglesias designan una institución, que puede pretenderse a sí misma obligatoria, cuya adscripción personal es desde el nacimiento⁴, mientras que en las sectas la adscripción es voluntaria, exclusiva, meritocrática y por deber social. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “secta” como “comunidad cerrada de carácter espiritual, guiada por un líder que ejerce un poder carismático sobre sus adeptos.”. En este sentido, tanto la calificación de secta o sectario como la de sectarismo no evocan más que la opinión del interlocutor, esto es, no constituye concepto normativo. Sin embargo, la última acepción de DRALE, la referida al “poder carismático” tiene connotaciones psicológicas y sociológicas importantes. La palabra “carismático” proviene del griego *kharisma*, que significa “gracia” o “don divino”. Originalmente, se usaba para referirse a un don o cualidad especial otorgada por la divinidad. Con el tiempo, evolucionó para describir a personas que poseen una cualidad magnética, encantadora o inspiradora, que les permite influir positivamente en los demás. Por eso, la palabra “carismático” tiene cierta relación semántica con la palabra “fascinante” en términos de su capacidad para atraer o cautivar a otros.

La palabra “fascinante” proviene del latín *fascinans*, derivado del verbo *fascinare*, que significa “hechizar” o “encantar”. Esta palabra se relaciona con la capacidad de ejercer un poder de atracción o encanto sobre otros, similar

2 BARDAVÍO (2018), pp. 396 y ss.

3 WEBER (1998), pp. 153 y ss. y 265 y ss.

4 WEBER (1978), pp. 114 y ss.

al concepto de “carismático”. Entonces, aunque las raíces etimológicas son diferentes, tanto “carismático” como “fascinante” se utilizan para describir a individuos que tienen la habilidad de cautivar a otros y ejercer una influencia sobre ellos, lo que puede generar admiración, respeto o seguimiento, pero también por otro lado control o dominio.

Por otro lado, la palabra “fanatismo” tiene un origen etimológico diferente. Proviene del latín *fanaticus*, que significa “perteneciente al templo” o “entusiasta religioso”. Sin embargo, si bien los términos, “carismático”, “fascinante” y “fanatismo” no tienen una relación etimológica directa, los dos primeros están relacionados con la idea de atractivo o encanto, mientras que “fanatismo” está más ligado a la devoción extrema o a la pasión desmedida por una causa, idea o creencia. Es decir, no podemos obviar que, aunque el diccionario trata el concepto de secta de manera que el líder ejerce un poder carismático o fascinante, también es cierto que en el acervo social existe la tendencia a interpretar la palabra secta como grupo de personas que siguen “fanáticamente” a su líder, esto es, de forma desmedida, lo cual evoca la idea de control, dominio o incapacidad crítica y, por lo tanto, en este sentido, como poder absoluto del líder sobre sus miembros, es decir, como forma de control o de dominio. Desde este prisma, podría concebirse en mejores términos que el concepto de secta tiene una sutil vertiente normativa en el sentido de que nadie puede depositar por entero su voluntad en otro, pues, en dicho caso se pierde esta voluntad, elemento constitutivo de la dignidad humana. Sin embargo, no basta con esto, es decir, no basta con el acervo social.

A lo largo del presente estudio señalaremos diversas investigaciones que avalan la naturaleza dañina de este tipo de grupos y relaciones donde se ejerce un poder carismático, fascinante, fanático y prácticamente absoluto, así como las herramientas de detección que son útiles para acotar una concepción normativa.

Se han denominado por un sector “sectas destructivas” a aquellas en las que se crea un vínculo afectivo de sectadependencia, adicción⁵, o cuando se producen trastornos de la personalidad. Otro sector las ha denominado “nuevos movimientos religiosos”⁶. Específicamente, en el mundo anglosajón se utiliza la palabra cults. En Alemania se las denomina “psicogrupos” cuando se utilizan técnicas pseudo-terapéuticas⁷. En Francia se ha analizado la problemática como “derivadas sectarias”⁸. Y en España, la terminología que se está imponiendo en la psicología es la de grupo de “manipulación psicológica” o “persuasión coercitiva”⁹, destacándose así las relaciones abusivas que se pueden producir en cualquier grupo o relación social. Tanto es así que se comienza a asociar la persuasión coercitiva a ciertas dinámicas de la violencia de género¹⁰ o en relaciones duales¹¹ fuera de contextos organizativos, e incluso en el adoctrinamiento terrorista¹², lo cual fundamenta en parte profundos estudios sobre esta temática en la doctrina penal.

En nuestra opinión, consideramos que la terminología persuasión coercitiva es la más adecuada en el ámbito penal para centrar la problemática de lo injusto de los comportamientos contra la libertad en relación al comentado poder fascinante y fanatizador en este tipo de grupos, pero que no depende de que se realice grupalmente como veremos. El sustantivo persuasión se refiere a la dinámica de la captación y/o convencimiento, y el adjetivo coercitiva ayuda a asociarlo al concepto jurídico-penal de coacción, es decir, como obligación antinormativa o, al menos, como provocación de falta de

5 CUEVAS y CANTO (2006), pp. 61-63.

6 MOTILLA (1990), pp. 40 y 41.

7 PARLAMENTO ALEMÁN (1998), pp. 79 y 80.

8 FOURNIER y MONROY (1999); FOURNIER y PICARD (2004), pp. 32 y ss.; Informe al Primer Ministro, MIVILUDES (2003), pp. 5 y ss.

9 LANGONE (1992), pp. 206-218; CUEVAS (2016), p. 57 y pp. 261 y ss.; ALMENDROS et al. (2011), pp. 157-182.

10 BARDAVÍO (2023b), pp. 1 y ss.; ESCUDERO et al. (2005), pp. 59-91; CUEVAS (2016), p. 218 y pp. 283 y ss.; RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA et al. (2005), p. 311; TOBIAS y LALICH (1999), pp. 28 y ss.

11 BARDAVÍO (2023b), pp. 1 y ss.; CUEVAS (2016), p. 218 y pp. 283 y ss.; RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA et al. (2005), p. 304; TOBIAS y LALICH (1999), pp. 28 y ss.

12 MOYANO (2010), pp. 118 y ss.

voluntad, lo que concuerda con la explicación señalada antes del poder del líder, no en sentido positivo (carismático), sino negativo, esto es, como poder fanatizador, absoluto o cosificador. Esto es, el objeto de análisis de este trabajo es el puramente jurídico-penal, por lo que trataremos de trasladar las conclusiones de la psicología y de la sociología a conceptos normativos.

Debemos matizar ya desde el inicio, tal y como trataremos de demostrar, que la persuasión coercitiva no depende siempre del contexto grupal, a pesar de que los casos que popularmente se han conocido sucedieron en grupos humanos (suicidios colectivos de los Davidianos y los de El templo del pueblo, entre otros muchos¹³), porque el ataque como forma de poder, dominio y/o control, no depende de que se ejerza por un grupo o en grupo, sino que puede ser ejercido por una persona contra otra u otras en relaciones coercitivas duales, por ejemplo, basta señalar ciertas dinámicas de la violencia de género, intrafamiliar o doméstica. Por este motivo, la naturaleza dañina de las sectas coercitivas o grupos coercitivos de cualquier índole (no sólo religioso) subyace del eje motriz de la persuasión coercitiva, mediante técnicas o factores que la psicología más autorizada que vamos a estudiar ha asociado a una forma de abuso psicológico o control, y que en este trabajo concluiremos que se asemeja al concepto normativo de violencia.

Desde este planteamiento se puede empezar a construir una diferenciación normativa entre qué injusto consistiría dicha dinámica y el derecho a la libertad religiosa, de conciencia, o el proselitismo, que ayude a precisar el injusto, su imputación objetiva y los criterios de culpabilidad y exigibilidad, y para ello resulta adecuado nutrirse de otras ciencias y de la propia sociedad.

2. TÉCNICAS DE PERSUASIÓN COERCITIVA

La psicología que estudia esta problemática ha convenido en señalar ciertas prácticas que, aunadas a factores multisectoriales, constituyen medios idóneos para mermar o anular las capacidades inherentes de las personas.

13 Ampliamente, BARDAVÍO (2018), pp. 381 y ss.

Estas técnicas se han estudiado desde diferentes prismas y modelos científicos. El modelo del lavado de cerebro¹⁴ está basado en la posibilidad de controlar la voluntad de las personas (reforma del pensamiento¹⁵, persuasión coercitiva¹⁶, debilidad, dependencia y temor -Síndrome DDD¹⁷-; o el MK-Ultra¹⁸). El modelo causal sociológico y antropológico¹⁹ se basa en las relaciones que se producen en el sistema sectario desde la perspectiva del converso/adepto. En nuestra opinión, este último modelo analiza el sectarismo más convenientemente como interacción del trinomio sociedad/individuo/rol²⁰. Entonces, se trata más bien de analizar si el poder al que nos hemos referido, inherente a la secta, puede producir el efecto de limitación de la capacidad de libre voluntad.

En este sentido, los factores que suelen señalarse en los estudios de estos casos son, alternativa o acumulativamente, la credibilidad en la fuente y su poder, el atractivo de la fuente, la semejanza, la reciprocidad, la coherencia, la validación social, la simpatía y la confianza, entre otras, que subyacen en formas de control, como el control ambiental, cognitivo, volitivo, social, emocional, familiar y de la capacidad crítica²¹. Estas formas de control son las que reclama la psicología especializada como abusos psicológicos dañinos de la personalidad.

Estas técnicas descritas se han catalogado por algunos especialistas en psicología en cuatro estrategias manipuladoras con diecisiete técnicas coercitivas diferentes²² que pueden dar como resultados formas de control abusivo:

14 SINGER y LALICH (1997), p. 77; DE LA CALLE (1990), p. 179; JORDÁN (1987), p. 258.

15 LIFTON (1961), pp. 419-425.

16 SCHEIN (1961), p. 400.

17 FARBER et al. (1957), pp. 271-285.

18 CUEVAS y CANTO (2006), pp. 54-56; CUEVAS (2016), pp. 235 y ss.

19 LOFLAND y STARK (1965), pp. 862-875.

20 CUEVAS y CANTO (2006), pp. 48 y 49; CUEVAS (2016), pp. 243 y ss.

21 CUEVAS y CANTO (2006), pp. 39 y ss.; CUEVAS (2016), pp. 165 y ss.

22 CUEVAS (2016), p. 288; RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA et al. (2015), pp. 31-39.

1. Técnicas de Control Ambiental	1. Aislamiento 2. Control de la información 3. Dependencia Existencial 4. Debilitamiento Psicofísico
2. Técnicas de Control Emocional	5. Activación emocional del gozo 6. Miedo, Culpa y Ansiedad 7. Aplicación selectiva de premios y castigos
3. Técnicas de Control Cognitivo	8. Denigración del Pensamiento Crítico 9. Uso de la Mentira y el engaño 10. Demanda de Condescendencia 11. Control de la Atención 12. Control sobre el Lenguaje 13. Alteración de las fuentes de autoridad
4. Técnicas Disociativas	14. Uso de Drogas 15. Negación de tratamiento / auxilio médico y/o negación a la prescripción de tratamientos 16. Cánticos, mantras, hablar en lenguas, meditación, oración, no pensar

Fuente: CUEVAS (2016), p. 288.

Además, los estudios especializados en psicología desde hace décadas han creado herramientas de detección de este tipo de abuso como una fenomenología dañina de la personalidad²³. En este sentido, la literatura especializada en psicología analiza este tipo de abusos en el eje central del control, pero tomándolo como una forma de control sutil muchas de las veces antes de convertirse en explícito, pero también como un ataque progresivo, imperceptible por la víctima e indirecto al mediar cierta participación inconsciente de la víctima. Para mayor determinación, también la sociología²⁴ junto a la

23 ANTELO et al. (2021), pp. 286-295; anteriormente, ALMENDROS et al. (2004), pp. 132-138; CHAMBERS et al. (1994), pp. 88-117; RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA et al. (2015), pp. 31-39; SALDAÑA et al. (2018), pp. 421-436; SALDAÑA et al., 2015.

24 DEL PICÓ (2015); FOURNIER y PICARD (2004); FOURNIER y MONROY (1999); GALILEA (1988); HALLET (2002); LAGOS (2004); LAGOS (1996); MUÑOZ (2004); PICHON (1971); PRADO (2007); PRADO (1984); PRAT (2007); RODRÍGUEZ (2000), pp.

criminología²⁵ y la psicología²⁶ definen a este tipo de controles como abusivos o destructivos por mor de una autoridad incriticable, una deficitaria credibilidad de la fuente, el uso del miedo, poseer una estructura totalitaria y propiciar la obediencia y la conformidad grupal. En definitiva, estas técnicas constituyen factores que disminuyen o anulan la capacidad de libre voluntad de las personas.

A continuación, haremos un breve repaso de la evolución normativa de esta clase de injusto en el marco comparado de Europa y Latinoamérica, para después responder a la ubicación tipológica y a lo injusto en la normativa jurídico-penal chilena.

3. EL INJUSTO DE LA PERSUASIÓN COERCITIVA

3.1. Derecho comparado

Conviene aclarar que prácticamente ningún país tiene una regulación específica contra el fenómeno de la persuasión coercitiva en el ámbito penal, si bien existen algunos casos aislados. En Latinoamérica existe normativa preventiva y asistencial, en concreto, en la provincia de Córdoba (Argentina)²⁷, algunos intentos en Colombia²⁸, recientemente en Panamá mediante un anteproyecto de ley que está pendiente de aprobación²⁹ y, en México,

63 y ss.; RODRÍGUEZ CARRASCO (2005); SAZO (2010), pp. 241-263; URREA (1992).

25 ALONSO (2010), pp. 62 y ss.

26 BARDAVÍO (2018), pp. 435 y ss.; CUEVAS (2016), pp. 24 y ss.; CUEVAS y CANTO (2006), pp. 65 y ss.; LANGONE (1992), pp. 206-218; SINGER y LALICH (1997); TOBIAS y LALICH (1999).

27 Ley 9891 de Prevención y Asistencia a las Víctimas de Grupos que usan Técnicas de Manipulación Psicológica, Decreto 564 del 3 de junio de 2013.

28 Proyecto de ley 055 de 2010 de reforma del CP Colombiano iba a incluir un tipo específico de constreñimiento religioso; BARDAVÍO (2018), pp. 459 y ss.

29 Anteproyecto de ley núm. 137 de 16 de septiembre de 2020 modificaría el art. 88 del CP de Panamá, añadiendo un N°16 a las agravantes comunes: "actuar en nombre o como parte de un culto pretendidamente religioso".

donde en 2016 el Senado de México estudió la posibilidad de promulgar una ley administrativa y penal que prohibiera el proselitismo religioso en los domicilios en casos de insistencia.

Más recientemente en México, el 16 de febrero de 2022, el Partido Verde Ecologista de México en el Estado de Guanajuato ha presentado una iniciativa de Ley de Asistencia a Víctimas de Coaching Coercitivo, Sectas y Líderes Grupales o Unipersonales que Ejercen Persuasión y Abusos en el Estado de Guanajuato, y se reforma el artículo 213 del Código penal en el estado de Guanajuato³⁰. Su art. 2 resalta que se entenderá por persuasión coercitiva:

“es el sistema de captación grupal y/o individual, argumentando una supuesta transformación personal a través de la realización de actividades con el propósito o el efecto de crear, mantener o explotar el sometimiento psicológico o físico de las personas que participan en estas actividades”.

Dicha iniciativa pretende también la reforma del art. 213 del Código penal del Estado de Guanajuato, ampliando el tipo delictivo de la extorsión. La reforma pretendida es meritoria en cuanto a la inclusión de términos propios de la fenomenología criminal, si bien entremezcla conductas propias de coacciones o extorsiones directas y explícitas, las amenazas y los trastornos o lesiones psicológicas que no siempre se dan, esto es, no toda coacción, amenaza, abuso, etc. da como resultado una lesión psicológica³¹. Esto se debe a que se trata la problemática criminal como una forma de extorsión explícita cuando, en verdad, como trataremos de demostrar, se trata de dominios de la voluntad sutiles e indirectos, mediante los cuales posteriormente se pueden generar otros perjuicios más explícitos en la víctima (lesiones psicológicas, estafas, trata de personas, agresiones sexuales, etc.).

30 Web del Congreso de Guanajuato, México, respecto a la iniciativa de ley referida: https://www.congresogto.gob.mx/expedientes_legislativos_digitales/iniciativas/4906.

31 Web de la iniciativa de ley: https://www.congresogto.gob.mx/expedientes_legislativos_digitales/iniciativas/4906.

En Europa, Italia trató de implantarlo a través del delitto di plagio. En concreto, el art. 603³² CP italiano tipificaba este delito, sin embargo, fue declarado inconstitucional³³. No obstante, el vigente art. 613 CP italiano sanciona el delito sobre el estado de incapacidad adquirida mediante violencia³⁴. En Alemania, como medida contra la usura, se tipificó un tipo penal que tiene ciertas reminiscencias de una modalidad criminal de la persuasión coercitiva, ya que atiende a la falta de juicio o la debilidad relevante de voluntad³⁵.

En el año 2001, en Francia se aprobó la ley About-Picard, 2001/504, de 12 de junio de 2001, que tipificó el delito de manipulación mental en el art. 223-15-2 del CP. En nuestra opinión, y críticamente, los trastornos psíquicos que se derivan del sometimiento no están contemplados en el tipo salvo en casos extremos, y solo la estafa puede ser perseguida bajo este presupuesto en referencia a un perjuicio grave³⁶. Asimismo, la referencia del tipo al ejercicio de presiones graves o reiteradas o de la aplicación de técnicas criminaliza la creación de la vulnerabilidad, pero no hace distinción penológica en cuanto a la creación y al aprovechamiento, y puesto que tan solo se refiere a la creación de una vulnerabilidad del juicio, se exige un requisito que impide la criminalización de conductas que produzcan exclusivamente la falta de capacidad de libre voluntad sin afección al juicio o al estado psicológico.

En Bélgica se aprobó la ley de 26 de noviembre de 2011 que modifica y completa el Código penal para tipificar en su artículo 442 quater el abuso de una posición de debilidad de las personas dentro del capítulo dedicado al acoso. Asimismo, en el art. 442 bis se tipifica dicho abuso como agravante en el delito de acoso, y en el apartado décimo del art. 433 se criminaliza como

32 El tipo rezaba: “Quien somete a una persona al propio poder, reduciéndola a un estado de total sujeción, será castigado con la reclusión de cinco a quince años”.

33 Sentencia N°96 del Tribunal Constitucional italiano de 8 de junio de 1981. Ampliamente, MARTÍN, 2000, pp. 321 y ss.

34 El tipo señala: “con cualquier otro medio, pone a una persona, sin su consentimiento, en estado de incapacidad de entender o querer”.

35 FOURNIER y PICARD (2004), pp. 215 y ss. El Parlamento alemán se planteó la persuasión coercitiva en las empresas piramidales, psicomercado, Endbericht der Enquete-Kommission (1998), pp. 79 y ss. y 147 y ss.

36 Desde una perspectiva psicológica, HIRIGOYEN (2012), pp. 10 y 11 y pp. 48 y ss.

delito contra el patrimonio el abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la venta, alquiler o cuando se proporcionen bienes para lograr un beneficio anómalo³⁷.

En España se presentó en 1995 unas enmiendas al Proyecto de CP³⁸ que planteaban la protección penal del Derecho a la formación de la conciencia, pero fueron rechazadas por la indeterminación normativa y probatoria que se recogía en la formulación tipológica. No obstante, se introdujo en el art. 515.3 CPE (actualmente art. 515.2) una figura delictiva que criminaliza la asociación “que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”. Sin embargo, este precepto nunca ha sido aplicado en nuestro ámbito de estudio después de más de 25 años de vigencia, en nuestra opinión, por la indeterminación de los conceptos “alteración o control de la personalidad”³⁹.

Recientemente, en el Reino Unido y en Irlanda se ha regulado penalmente una forma de persuasión coercitiva (coercive control) como violencia específica en el ámbito de las relaciones sentimentales y familiares, sin embargo, ninguna de las leyes determina las formas de control específicas tratadas por la literatura científica, sino que se refieren a una forma de control explícito, dejando sin sanción la misma conducta realizada en otros ámbitos⁴⁰. No obstante, la ley del Reino Unido es interesante porque criminaliza una forma entre la imprudencia y el dolo en casos en los que el autor, aún sin saberlo, “debería saber” que su comportamiento (control) tiene un resultado perjudicial para la víctima⁴¹.

37 BARDAVÍO (2018), pp. 474 y ss.; BARDAVÍO (2017), pp. 1 y ss.

38 Enmienda núm. 499, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 6 de marzo de 1995, Serie A, N°77-6, p. 232, y Enmienda núm. 706 de 21 de septiembre de 1995, N°87, p. 297.

39 Sobre la crítica a un caso particular en España, la Sentencia de la Audiencia provincial de Pontevedra N°33/2018, de 28 de diciembre, ampliamente, BARDAVÍO (2019), pp. 1 y ss.

40 En Reino Unido, Section 76, Serious crime act, 2015, the offence of controlling and coercive behavior in an intimate or family relationship. En Irlanda, Section 39, Domestic Violence, Act, 2018.

41 Fundamentando en España la posibilidad de la comisión por imprudencia grave, en acción y resultado, BARDAVÍO (2018), pp. 530 y ss.

3.2. Aplicación en el Derecho penal chileno

La respuesta jurídico-penal en los países citados anteriormente se ha de adaptar a la especialidad del conjunto normativo de Chile, al objeto de precisar qué figura criminalizaría la dinámica comportamental expuesta de la persuasión coercitiva referida al dominio y/o control de terceros, sea en grupo, o en relaciones duales o de escasos miembros, y a través de esta, en su caso, utilizarse para la comisión delictiva de otros injustos contra los mismos o contra otros terceros diferentes, o si se precisa de una nueva tipificación. Asimismo, hay que advertir que el estudio de esta problemática en Chile es prácticamente inexistente⁴², lo cual nos ha obligado a remitirnos a estudios europeos y norteamericanos fundamentalmente.

No obstante, en las últimas décadas ha habido ciertos intentos de dar solución jurídica a la problemática⁴³, pero han sido infructuosas por la compleja delimitación entre la libertad religiosa y de conciencia y un injusto de este tipo. En concreto, el 8 de noviembre de 1995 se presentó un proyecto de ley en la Cámara de Diputados⁴⁴ que proponía una modificación al CP centrada en criminalizar, como sucede en el CP español, cualquier forma de obligación de pertenecer o asistir a algún culto, pero también para criminalizar la creación de sectas o movimientos religiosos que realicen actos delictivos bajo el auspicio de la libertad religiosa. Posteriormente, el 29 de octubre del 2006 se presentó otro proyecto de ley de reforma del Código penal incorporando la figura de abuso de la credulidad popular⁴⁵. Asimismo, en 2007 dos grupos de diputados presentaron dos proyectos de ley. El primero de ellos proponía el 5 de junio de 2007 la ley que introduce modificaciones

42 GALILEA (1998); HALLET (2002); LAGOS (2004); LAGOS (1996); MUÑOZ (2004); PRADO (2007); PRADO (1984); RODRÍGUEZ CARRASCO (2005); SAZO (2010), pp. 241-263; PICHON (1971); URREA (1992).

43 Al respecto, el Informe de 2003 de la Comisión especial en la Cámara de Diputados para la investigación sobre la existencia y las actividades de las sectas, disponible en: http://www.cesnur.org/2002/chile_report.htm.

44 Proyecto de Ley Perfecciona normas penales sobre libertad de culto, del 8 de noviembre de 1995, Boletín de la Cámara de los Diputados N°1728-07.

45 Boletín del Senado de la República N°4.459-07, Sesión, 47ª, de 30 de agosto de 2006.

en materia de libertad de religión y culto⁴⁶ para criminalizar a grupos que a través de medios coercitivos o amenazantes obliguen la participación de un individuo en dicha agrupación. El otro, presentado el 22 de noviembre de 2007, se refiere al Proyecto de Ley que modifica la ley 19.638, que establece normas sobre la constitución de iglesias y organizaciones religiosas, en materia de creación de un consejo de libertad religiosa y otros⁴⁷, para limitar la constitución jurídica de iglesias y organizaciones religiosas y para la creación de un consejo de libertad religiosa en caso de que persigan finalidades distintas a las propias.

Pues bien, en Chile el art. 138 CP criminaliza el ataque a la libertad religiosa. Este tipo penal es muy similar al recogido en España en el art. 522 CPE. Parte de la doctrina⁴⁸ crítica que el tipo penal español resulta incompleto al no proteger el derecho a la formación de conciencia, cuestión que también cabe criticar al tipo penal chileno. En nuestra opinión, sólo si se asimila la persuasión coercitiva al concepto normativo de violencia se podría aplicar el art. 138 CP en determinados casos dirigidos a impedir la libertad religiosa, pero cabe aclarar que la finalidad del autor o grupo no siempre es ésta, sino una consecuencia de la finalidad directa, por ejemplo, estafar, abusar, dominar, etc., lo cual desnaturaliza la aplicación del 138 CP en el mismo sentido expuesto al manifestado respecto al art. 522 CPE, es decir, estos tipos no están destinados a criminalizar conductas violentas sobre la capacidad general de la voluntad, sino actos concretos en el ejercicio de la libertad de conciencia o religiosa.

Asimismo, muchas víctimas denuncian que en verdad han sido engañadas. Efectivamente, dentro de la persuasión coercitiva suelen mediar distintos grados de engaño sobre la realidad como forma de control⁴⁹. Esto tiene su fundamento en que algunas de dichas técnicas suelen aplicarse en la víctima a través de la distorsión de la realidad, lo que posee igual potencialidad

46 Boletín de la Cámara de los Diputados N°5074-07.

47 Boletín de la Cámara de los Diputados N°5510-07.

48 MARTÍN (2000), pp. 270 y 271; GOTI (2001), pp. 149 y 50.

49 CUEVAS (2016); RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA et al. (2015).

de incapacitación de la voluntad. Similarmente, parte de la doctrina penal ha dado relevancia a los medios indirectos y al ardid como una forma de violencia⁵⁰. Por nuestra parte proponemos denominar “engaño coercitivo” a aquellas conductas que, si bien aisladamente no constituyen per se un medio violento, sus efectos (resultados) son semejantes a las dinámicas referidas de persuasión coercitiva más graves asociada a las coacciones⁵¹. De hecho, en España, parte de la doctrina ha fundamentado la inclusión del engaño en algunos tipos por conductas persuasivas cuando se hace creer a otro lo que no es cierto⁵².

Por ejemplo, en Chile, la asimilación de la persuasión coercitiva al concepto de violencia o engaño podría llevar a aplicar, aunque muy forzosamente, el tipo del secuestro del art. 141 CP. A este respecto, el delito de secuestro se puede cometer por cualquier medio porque los medios son irrelevantes, entonces, también por medio de conductas violentas, pero también mediante sustancias narcóticas o técnicas de hipnosis, e inclusive con medios más novedosos como la persuasión coercitiva, máxime cuando el propio CP parece asimilarla a la tortura en el art. 150 A. Si bien, en nuestra opinión, no es la intencionalidad de anular la libertad de movimientos lo que directamente se pretende conseguir en la mayoría de supuestos de nuestro ámbito de estudio⁵³, lo que nos lleva a concluir que el tipo del secuestro tampoco se refiere a la anulación de la libre capacidad de la voluntad, sino a la producción de ésta en sentido ambulatorio.

De otra parte, existe cierta correlación entre la tortura (art. 150 A y ss. CP) y los tratos degradantes realizados con ciertas técnicas psicológicas y las técnicas de persuasión coercitiva, por el efecto de despersonalización o cosificación. En concreto, en España, parte de la doctrina delimita el con-

50 JAKOBS (1997a), pp. 456 y 457.

51 Sólo en caso de no apreciarse una tendencia interna intensificada, PÉREZ-MADRID (1995), p. 204 y pp. 288 y ss.

52 MARTÍN (2000), p. 328; detención ilegal por engaños, POLAINO (1982), p. 106.

53 En España, como detención ilegal sin perjuicio de que en ocasiones sean coacciones, REDONDO (2011), p. 78; CUGAT (2010), p. 106. Con la regulación actual basta, MAQUEDA (2004), pp. 229 y ss.

cepto normativo de trato degradante del tipo de torturas a los sufrimientos físicos o psíquicos que tengan el fin de afectar a la capacidad de voluntad, conocimiento, discernimiento y decisión, lo que hace que se confunda la relación entre este delito y las dinámicas coercitivas descritas. No obstante, en nuestra opinión, ni la autoridad moral o religiosa pueden incluirse como función pública exigida en el tipo chileno.

También, según lo visto supra, se puede relacionar la persuasión coercitiva como un delito permanente en el resultado. Esto se motiva en que la incapacitación de la voluntad permanece en el tiempo asociada al dominio del autor o grupo, lo cual, a su vez, lleva a la facilidad de que, con el tiempo y la intensidad, aparezcan lesiones psicológicas graves⁵⁴ por su perdurabilidad (arts. 397 y ss. CP). No nos referimos a daños psicológicos (o el daño moral), que per se no son constitutivos de delitos, sino a aquellos que se cronifican y afectan seriamente a la psique con detrimento físico en el modo descrito en el art. 398 del CP chileno. Interesa entonces aquí la aplicabilidad del art. 398 CP que se refiere a las lesiones graves “abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu”. Sin embargo, este resultado lesivo muchas de las veces no se da, ha desaparecido o no puede ser comprobado, por lo que supondría más bien un plus de gravedad, es decir, no representa la esencia de lo injusto de la persuasión coercitiva, pues esta se da previamente como injusto contra la voluntad lo que provoca posteriormente y, en su caso, la lesión psicológica, y sin perjuicio de los concursos correspondientes.

Asimismo, se podría ubicar dicha fenomenología criminal en el delito de trata de personas del art. 411 quáter CP al afectar a bienes jurídicos como la libertad, la dignidad o integridad moral. Este tipo penal está destinado a la lucha contra la explotación⁵⁵ con fines económicos por medio de la violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o la dependencia de la víctima, tipo que

54 CUGAT (2010), pp. 96-101.

55 En la doctrina chilena, AGUILAR (2012); CARNEVALI (2013), pp. 170 y ss.; MOYA (2016), pp. 51 y ss.; SOTO (2009), pp. 170-184.

difícilmente puede aplicarse sino bajo la interpretación que proponemos de la asimilación normativa de la persuasión coercitiva y el concepto de violencia o engaño coercitivo, pero sólo para aquellas situaciones de explotación. Esto precisa, por un lado, además del dolo una finalidad específica que, en nuestra opinión, está vinculada a un beneficio propio o para tercero y, por otro lado, que existan terceros no dolosos (el demandante es desconocedor de lo injusto) que concurran para materializar la explotación o prácticas análogas. Esto se debe a un motivo, en caso de que dichas finalidades se realicen sin intervención de tercero se trataría de una simple autoría en beneficio propio de delitos comunes, o en caso de que exista la intervención de terceros dolosos en beneficio propio o ajeno sin intervención de terceros de buena fe que materialicen el beneficio para los anteriores, se trataría más bien de la comisión de los delitos comunes en coautoría funcional. De este modo, esta figura supone una modalidad cuantitativa y cualitativamente mayor que el injusto propio de la persuasión coercitiva, que sólo en casos tasados podrá aplicarse sin perjuicio de los concursos.

4. CONSIDERACIONES PROPIAS SOBRE LO INJUSTO DE LA PERSUASIÓN COERCITIVA Y FUNDAMENTO DE PUNIBILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

Los términos persuasión coercitiva son adecuados para centrar la problemática penal de las técnicas que modifican la voluntad, pero no en un sentido general, puesto que cualquier comportamiento puede modificar la voluntad de otro (neutral o cotidianamente), sino de forma antijurídica. En nuestra opinión, el bien jurídico del delito de coacciones no es la libertad de obrar en general en sentido amplio, sino en sentido normativo⁵⁶. Además, partimos de la idea de que el objeto de protección del delito de coacciones es una libertad garantizada, pero a la vez limitada en la prohibición de coaccionar: que el comportamiento coaccionador no pueda determinarse antes de la norma sino que se co-determina por medio de ésta⁵⁷. De tal manera, para

56 JAKOBS (1997a), p. 455.

57 JAKOBS (1997a), p. 462.

saber si se está ante un delito de coacciones habrá que comprobar, como comenta JAKOBS, si “el comportamiento no libre de la víctima aporta un plus de libertad al autor”⁵⁸. En este sentido, JAKOBS⁵⁹ se refiere a que el efecto coactivo se relaciona con las menos alternativas de comportamiento de las que se deberían dejar jurídicamente garantizadas.

Entonces, resulta relevante delimitar el objeto del ataque en el delito de coacciones para ubicar aquí, en su caso, la persuasión coercitiva. No trata dicha dinámica, como veíamos en algunos países europeos, de la vulneración de la capacidad cognitiva, de decisión o ejecución, sino previamente, como HIGUERA resalta respecto a la configuración típica del delito de coacciones, de si “el ataque va dirigido, o contra la libre formación de la voluntad o capacidad misma de la voluntad, quedando por tanto afectadas, y vulneradas, la libre decisión de la voluntad, y la libre ejecución de la misma; o contra la libre ejecución en concreto de la voluntad”⁶⁰. Es decir, se trata también de proteger el estado previo de la manifestación de la voluntad, antes de la capacidad de libre decisión y ejecución, cuestión que insólitamente los códigos penales no protegen claramente.

Entonces, la problemática estriba en que tanto el delito de coacciones como el de amenazas (también el de detención ilegal) parecen proteger el mismo bien jurídico, entendido genéricamente como la libertad personal. Por eso la doctrina penal ha discutido si el ataque a la capacidad de decisión se trata de un delito de coacciones o de amenazas.

Trataremos de resumir la problemática. En la concepción clásica el concepto normativo violencia se concebía como fuerza físico-mecánica (*vis corporis corpori afflicta*), sin embargo, la evolución doctrinal ha ampliado el concepto de violencia más allá de lo estrictamente físico o material. Al respecto, BINDING⁶¹ mantuvo que la violencia sólo podía ser entendida

58 JAKOBS (1997a), p. 470.

59 JAKOBS (1997c), p. 468; JAKOBS (2019), pp. 194 y ss.

60 HIGUERA (1983), p. 304.

61 BINDING (1969), pp. 83 y ss.; HIGUERA (1983), p. 90; MIR (1977), pp. 280-284.

como vis absoluta, esto es, contra la capacidad de formación y actuación de la voluntad y únicamente ésta aparece en el delito de coacciones, negando que la vis compulsiva (intimidación), esto es, la libertad de decisión conforme a motivos propios se incluyera en el delito de coacciones sino en el delito de amenazas. De este modo, el criterio de la violencia como desarrollo de la fuerza ya ha sido superado gracias, en gran parte, a que se comenzó a concebir la vis compulsiva o intimidación y la fuerza en las cosas o vis in rebus dentro del concepto de violencia, pero también por mor de la aparición de nuevas formas de violencia, tales como la hipnosis, el suministro de narcóticos y otras sustancias o la violencia por omisión. Es más, la doctrina dominante en Alemania consideraba que la producción de miedo, o sea, vis compulsiva, en el sujeto pasivo, podía ser entendida como violencia para el tipo de coacciones, a diferencia de parte de la doctrina española⁶². Y, por otro lado, un sector de la doctrina considera que el elemento diferenciador de la violencia o intimidación coactiva y el tipo de amenazas es la temporalidad del mal, más lejano en relación al bien jurídico que se protege en el delito de amenazas: la libertad de elegir los motivos y estímulos de una decisión.

Por nuestra parte, siguiendo a un sector de la doctrina, la acción de impedir ejecutar la decisión de comenzar un proceso de deliberación es una tentativa de coacciones, pero otros reconducen la tentativa al delito de amenazas condicionales, y es precisamente aquí, en las amenazas, donde existen las discrepancias. Parte de la doctrina ubica en el proceso de formación de la voluntad el bien jurídico, mientras que otros ubican el ataque en la libertad de decisión de conducta y la seguridad personales. Estas discrepancias se deben a la tipificación separada y autónoma de las coacciones respecto a las amenazas condicionales y simples amenazas en el CP español (arts. 172, y 169 a 171) y chileno (arts. 494 N°16, y 296 y 297) a diferencia de otros códigos como el alemán⁶³. La opinión generalizada de la doctrina alemana y chilena se debe a que las amenazas condicionales se hallan ubicadas como

62 HIGUERA (1983), pp. 118 y 119; MIR (1977), p. 284.

63 Con abundante doctrina, BASCUÑÁN (1994), pp. 191-306; la violencia como coerción, BASCUÑÁN (1994), p. 202; BASCUÑÁN (2004), p. 531 y ss.; MALDONADO (2018), pp. 1-41; MATUS y RAMÍREZ (2015), pp. 219 y ss.

tipo de coacciones (si bien en Chile la doctrina está dividida respecto a si se trata de un tipo contra la seguridad individual o contra la autodeterminación en general/libertad⁶⁴), mientras que en España, desde antaño, la ubicación sistemática se halla diferenciada entre delito de coacciones y delito de amenazas condicionales e incondicionales, lo que ha producido en la doctrina la habitual confusión del tipo de ataque y de bien jurídico.

Por eso parte de la doctrina entiende que el bien jurídico de las amenazas condicionales no es el mismo que el de las incondicionales, en las que el bien jurídico sería el sentimiento de seguridad o la tranquilidad del ánimo, mientras que en las condicionales el bien jurídico sería la misma libertad de decisión, libertad que se confunde con la libertad de decisión del delito de coacciones. Ahora bien, en nuestra opinión, la premisa básica del delito de amenazas condicionales es que el sujeto pasivo sienta, en mayor o menor medida, una amenaza sobre alguno de sus derechos, de forma que sienta la inseguridad cognitiva o, dicho de otro modo, el delito de amenazas precisa que el contenido material además de comunicarse al sujeto haya sido comprendido como tal, a diferencia de las coacciones violentas que pueden ser imperceptibles (narcóticos).

En definitiva, nos acogemos a la línea doctrinal de JAKOBS, que en sus propias palabras se refiere a que “(s)ólo la pérdida de una libertad jurídicamente reconocida (de manera más precisa: libertad jurídicamente reconocida con carácter general; en contextos especiales—situaciones de justificación— puede perderse la libertad) puede constituir el resultado de las coacciones”⁶⁵. En nuestra opinión, el eje central del tipo de coacciones gira en torno al efecto normativo de la coacción, y no en cuanto al medio empleado para la

64 BASCUÑÁN (1994), pp. 267 y ss.; MALDONADO siguiendo a ETCHEBERRY critica la configuración actual de las amenazas en Chile, reclamando nueva legislación, MALDONADO (2018), pp. 1, 20 y ss. y 37 y ss. Afirma que “de lege ferenda consideramos adecuado regular una hipótesis de coerción... con independencia de su sentido de futuro”, MALDONADO (2018), p. 37.

65 JAKOBS (1997a), p. 445; JAKOBS (1997d), pp. 444 y 446, nota N°26; JAKOBS (2019), pp. 194 y ss.

coacción⁶⁶, por lo tanto, habrá que determinar si el resultado jurídico posee una entidad suficiente en la capacidad de libertad de la voluntad. Entonces, la afección a la libertad de decisión es propiamente de las amenazas, por lo que cuando se restringe la capacidad de decisión estaremos en el campo de las coacciones. Y si bien el derecho chileno criminaliza la coacción como falta (art. 494 N°16), lo cierto es que el desvalor de la acción y del resultado descritos de la persuasión coercitiva no guardan relación con la escasa gravedad de la falta de coacciones.

Dicho todo lo cual, en nuestra opinión, la afección a la capacidad de libre voluntad es equiparable a la eliminación/restricción de alternativas comportamentales y normativas a las que se refiere JAKOBS, pero en este caso como una forma de impedimento a la capacidad o a la formación de libre voluntad por causas exógenas, sociales, no estrictamente psicológicas, de modo que dicha restricción o incapacidad se acerca más a una cuestión de déficit de socialización. Al respecto, JAKOBS comenta que inclusive el déficit de socialización puede propiciar una causa de inexigibilidad en supuestos excepcionales⁶⁷. Planteado así, el resultado injusto de la persuasión coercitiva es un mundo tan limitado (sistema totalitario) que produce deficiencias en la formación libre de la voluntad. Esto se asemeja a un déficit de socialización por educación totalitaria o criminal atribuido a tercero como en otros casos expone el propio JAKOBS, cuya trascendencia es la imputación de dicho injusto y sin perjuicio de una causa de inexigibilidad como el estado de necesidad exculpante⁶⁸ para la víctima que interviene en injustos por dicha causa.

En este sentido, la persuasión coercitiva se produce por la eliminación o restricción del horizonte de expectativas, lo cual constituye otra forma de violencia pero especial respecto a otras formas de violencia (de géne-

66 Similarmente: “resultan irrelevantes los caracteres del modo comisivo, sea que se exprese a través de la fuerza o la violencia física o mediante alguna forma de coacción moral o inmaterial”, MALDONADO (2018), pp. 1 y 37 y ss.

67 JAKOBS (1997b), 20/24.

68 JAKOBS (1997b), 20/24; BARDAVÍO (2018), p. 657.

ro, intrafamiliar, laboral, etc.)⁶⁹. Sirviéndonos de las conclusiones de los estudios en psicología citados supra, consideramos que esto se debe a su imperceptibilidad, sutileza, progresividad y forma indirecta de administración. Imperceptible porque según lo expuesto aquí el ataque no es sentido por la víctima. Sutil porque los comportamientos del autor aisladamente son neutros, pero todos unidos adquieren sentido criminal. Progresiva porque el resultado material depende de cierto tiempo, de la intensidad y de la tipología de víctima. Y es indirecta porque se precisa en los primeros estadios de cierta participación de la víctima mediante el consentimiento de aparentes comportamientos mundanos (neutros). Además, la violencia se produce en unidad de acción y fundamenta un plus de gravedad por el aseguramiento del ataque y del resultado como forma alevosa generalmente. En dicha dinámica también se genera una confianza especial pero deficitaria que fundamenta también la mayor gravedad como abuso de confianza. Y, asimismo, se crea y/o se utiliza una autoridad no criticable pero totalitaria que fundamenta también una mayor gravedad como abuso de superioridad. Esto fundamenta la necesidad de un tipo específico autónomo, no sin problemas concursales y de configuración típica⁷⁰.

Cabe precisar que la persuasión coercitiva, si bien puede realizarse en relaciones duales, tiene la especial peculiaridad que se facilita mediante la organización (sistema de injusto). Precisamente esta es la cara más visible de la problemática y alcanza cotas terribles en los famosos suicidios masivos (o asesinatos) que han ocurrido a lo largo de la historia reciente. En este

69 En este sentido, la violencia de género (o intrafamiliar, o doméstica) es un tipo específico de violencia que ha sido ampliamente analizado por diversas disciplinas, lo que ha contribuido a su comprensión y a su penalización. Dentro de sus formas, la violencia psicológica presenta similitudes con la persuasión coercitiva en grupos sectarios. Existen ciertas similitudes para entender mejor las dinámicas de la violencia de género psicológica, tanto aquellas en las que la víctima conscientemente justifica el maltrato como aquellas en las que no lo reconoce como tal. También la persuasión coercitiva, sutil e indirecta, hace que la víctima no reconozca la violación de sus derechos fundamentales, como la libre voluntad, en contextos coercitivos. Esta comparación revela una conexión entre ambos tipos de injustos, aunque con diferencias significativas. Así y con amplia doctrina al respecto, BARDAVÍO (2023b), pp. 1 y ss.

70 Sobre una propuesta de tipo delictivo en España, BARDAVÍO (2018), pp. 690 y ss.; sobre propuesta penal en México: BARDAVÍO (2020), pp. 50 y ss.; BARDAVÍO (2023a), pp. 269 y ss.

sentido, Chile dispone de armas jurídicas (arts. 292 CP) para combatir este tipo de organizaciones, pero a nuestro modo de ver se precisa comprender la persuasión coercitiva como injusto autónomo previo a otros resultados (lesiones psicológicas, trata de personas, suicidios/homicidios), inclusive previo a la forma organizativa, es decir, la fórmula organizativa supone un plus cualitativo al injusto de la persuasión coercitiva.

Esto nos lleva también a una problemática sobre los aparatos organizados de poder. En principio, la punibilidad de una secta coercitiva se fundamentaría en la peligrosidad de utilización de supuestos instrumentos mediante la persuasión coercitiva en un modelo de aparato organizado de poder en autoría mediata. Sin embargo, esta forma de resolver la problemática trata a los miembros intermedios como instrumentos por su fungibilidad⁷¹. En nuestra opinión, este modelo no resuelve convenientemente los casos en los que no existe un dominio de la voluntad pleno o no existe un error invencible, esto es, no resuelve los casos en los que los miembros tienen márgenes (horizontes) de libertad a pesar de una persuasión coercitiva (menos intensa). Estos casos sólo pueden ser explicados, en nuestra opinión, mediante un concepto estricto de responsabilidad (también los de fungibilidad de los miembros). Por nuestra parte, consideramos que estos casos se ajustan mejor a la coautoría como fundamenta en términos generales parte de la doctrina⁷², por ejemplo cuando en nuestro ámbito de estudio se utiliza a la víctima de la persuasión coercitiva contra sus propios bienes o contra los de terceros, pero con títulos de responsabilidad independientes según cada injusto propio (a cada interviniente se le imputa la ejecución como injusto propio), pudiéndose aplicar en casos de menor intensidad, sobre todo cuando no se aprecia un trastorno psicológico claro o una lesión psicológica, una causa de inexigibilidad como el estado de necesidad exculpante⁷³ de forma incompleta para la víctima que interviene en injustos por dicha causa.

71 ROXIN (2000), pp. 269-279.

72 Defiende la coautoría en aparatos organizados de poder, JAKOBS (2000), pp. 249-268.

73 JAKOBS (1997b), 20/24; BARDAVÍO (2018), p. 657.

En España, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 352/2021, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1493) en el caso Miguelianos acoge la terminología de persuasión coercitiva (FJ 7º) y la define siguiendo las recomendaciones de BARDAVÍO⁷⁴. En este sentido, el TSE define la persuasión coercitiva como un injusto asociado a la limitación o anulación de la capacidad de la libre voluntad por la producción de un horizonte de expectativas comportamentales limitado o anulado, sin perjuicio de otros resultados injustos. Añade que la eliminación o restricción del horizonte de expectativas sería comparable a la creación de un déficit de socialización mediante una forma de violencia, si bien, sería una violencia diferente a otras por ser más sutil, indirecta, progresiva e imperceptible para la víctima.

De este modo, la persuasión coercitiva no se trata de un simple medio comisivo (arma / intensidad del efecto coactivo), sino que al constituir un medio que afecta especialmente a la capacidad de la voluntad (similarmente a los narcóticos), merece, al igual que otras formas de violencia (doméstica, laboral) la autonomía típica reclamada como forma de violencia especial, esto es, que la víctima se comporte por dicha persuasión coercitiva de un modo determinado, ya sea tanto si la violencia impida absolutamente (vis absoluta) o limite (vis compulsiva) el comportamiento. Entonces, para nosotros el elemento central de la violencia de las coacciones es la incapacidad de organización en relación a derechos garantizados y a sus equivalentes funcionales, tal y como argumenta JAKOBS⁷⁵. El sistema penal no ha de valorar, entonces, el efecto natural de la violencia sino el efecto antijurídico de ésta en la capacidad de voluntad, y por eso estas técnicas o factores psicológicos (multifactoriales) se han de reformular en conceptos normativos como formas de control. Concretamente, en nuestra opinión, se pueden determinar en los siguientes conceptos normativos que a la vez sirven de criterios de imputación objetiva⁷⁶:

74 BARDAVÍO (2018), pp. 517 y ss.; BARDAVÍO (2019), pp. 15 y 18.

75 JAKOBS (1997d), p. 447, nota 31, p. 449 y nota 33, y pp. 452 y ss.; JAKOBS (2019), pp. 194 y ss.

76 BARDAVÍO (2018), pp. 579 y ss.

a) Desconocimiento del riesgo e irrevocabilidad del consentimiento: la víctima no sabe en qué grupo está entrando, está desinformada de los dogmas/ideales/tratamientos a los que se someterá en su totalidad. Esto genera una heteropuesta en peligro en la que el autor o grupo (dinámica comportamental), conscientemente o imprudentemente, oculta la totalidad del riesgo y dicha ocultación fundamenta un principio de dominio antijurídico de la voluntad.

b) Déficit de garantía de expectativa cognitiva o confianza especial deficitaria. A través de la ocultación del riesgo se crea la apariencia de una garantía y a través de ésta una confianza tan especial que reduce las expectativas sociales y jurídicas de la víctima (comunidad de riesgo).

De aquí se extrae que la persuasión coercitiva no siempre supone un dominio pleno pues en la ocultación del riesgo o en la confianza deficitaria existen márgenes de libertad de la víctima que producen cierta distorsión en la capacidad de culpabilidad y produce muchas veces que no exista un trastorno objetivo clásico. En este sentido, la persuasión coercitiva sería el delito-fin del autor coercitivo pero también el de las sectas coercitivas, y a través de este, ahora como delito medio, se pueden perpetrar otros contra la misma víctima como las lesiones psíquicas (resultado posterior/tardío), la trata de personas, abusos sexuales, delitos patrimoniales o la inducción al suicidio colectivo/homicidio colectivo, o servirse de ésta para que cometa delitos contra terceros.

Por todo ello, en los últimos años parte de la doctrina, especialmente la española⁷⁷, ha reclamado la regulación de un delito de persuasión coercitiva, sin embargo, en Chile, la cuestión aún no ha sido estudiada en profundidad, lo que apoya una formulación de lege ferenda, sin embargo, en Chile aún quien seguramente se pregunte por qué el mero ejercicio de la coerción psicológica (en nuestro caso como dinámica sutil, imperceptible, indirecta

77 BARDAVÍO (2017), pp. 1 y ss.; BARDAVÍO (2018), pp. 690 y ss.; BARDAVÍO (2020), pp. 50 y ss.; BARDAVÍO (2023a), pp. 269 y ss.; JORDÁN (1991), pp. 42 y de 94-103, p. 97; MARTÍN (2000), pp. 320 y ss. y p. 326; MOTILLA (1990), p. 186; PÉREZ-MADRID (1995), pp. 324 y 325.

y progresiva), hasta el punto de anular la voluntad de otra persona, debiera ser delictivo. La respuesta es obvia, la anulación de la capacidad de libre voluntad ataca la esencial del ser humano, su dignidad, y lo cosifica a estratos similares a la esclavitud, a la servidumbre y en casos especiales al dominio de la violencia de género, intrafamiliar o doméstica (malos tratos psicológicos como “violencia de control”) según lo expuesto.

5. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: CRÍTICA A LA SENTENCIA SOBRE EL CASO CHILENO DE LA SECTA “ANTARES DE LA LUZ”

En Chile en el año 2016 y en el seno del grupo denominado Antares de la Luz, una integrante dio a luz a un bebé al que se le apodó Adefesio. La madre del recién nacido permitió que otro miembro del grupo, el líder, sacrificara al bebé con el fin de salvar el mundo al considerarlo el Anticristo. La Sentencia⁷⁸ condenó a la madre a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo como autora del delito de parricidio consumado, a otro integrante con la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo como autor del delito de homicidio calificado consumado, y condenó también a los restantes miembros del grupo a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio como encubridores, si bien apreció el art. 15° bis de la ley 18.216 sustituyendo la pena a los últimos por la pena de libertad vigilada intensiva. La Sentencia no apreció ninguna eximente o atenuante por enajenación mental o miedo insuperable supuestamente causado por el líder del grupo en los demás autores del delito ni en los encubridores. En relación al líder del grupo y ejecutor material del hecho, Ramón Gustavo Castillo Gaete, quien dentro del grupo respondía al nombre de Antares de la luz, mismo que da nombre al grupo sectario, no pudo ser enjuiciado al quedar extinguida la responsabilidad penal por su fallecimiento durante el tiempo de la prisión provisional.

78 Juzgado de Garantía de Quilpué, Rit N°1847-2013, de fecha 6 de marzo de 2017, ratificada por la 3ª Sala Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°425-2017 de fecha 18 de abril de 2017.

En primer lugar, nos centraremos en la responsabilidad de los intervinientes. Posteriormente, en relación a las conclusiones a las que lleguemos, analizaremos la posible responsabilidad del líder en la causación de los hechos y si medió una persuasión coercitiva de este contra los demás intervinientes.

A continuación, reproducimos fielmente parte de los hechos de la Sentencia al objeto de no perder detalle de los mismos y analizar posteriormente los fundamentos de la Sentencia y su crítica.

“Desde a lo menos el año 2009, los imputados formaron un grupo liderado por Ramon Gustavo Castillo Gaete, quien se hacía llamar “Antares de la Luz”, con el fin de vivir en comunidad, consumir drogas y someterse a supuestos rituales de sanación.

Durante los primeros meses del año 2012, encontrándose Natalia Guerra Jecquier embarazada del líder de la agrupación, Ramón Gustavo Castillo Gaete, este último decidió dar muerte a su hijo, una vez que éste naciera.

Durante el año 2012 y bajo las órdenes de Castillo Gaete, los imputados utilizaron diversas propiedades en distintas zonas del país. Así, en la V Región, el domicilio (...) fue destinado por los imputados para que Guerra Jecquier se ocultara durante el embarazo, siendo custodiada por Vargas San Martín; la Parcela (...) fue destinada por los imputados para la permanencia del resto del grupo y, finalmente, la parcela (...) sector de Colliguay, comuna de Quilpué, fue destinada por Castillo Gaete para efectuar los rituales de la secta y causar la muerte del recién nacido.

El día 18 de noviembre de 2012 Guerra Jecquier comienza a sentir los síntomas del trabajo de parto, noticia que es transmitida por VARGAS SAN MARTÍN a CASTILLO GAETE, quien se encontraba en el sur del país (...) junto a Undurraga Atria y Álvarez Fuenzalida, desde donde instruyó a Guerra Jecquier y Vargas San Martín de permanecer en el lugar esperando su

arribo. En paralelo, Castillo Gaete ordenó a Franchy Arana que se trasladase a Los Andes a colaborar con la situación, cumpliendo todos los mencionados estos cometidos.

El día 20 de noviembre de 2012 se reúnen en Los Andes, Castillo Gaete y Undurraga Atria con las mujeres que ya estaban en el lugar, llegando finalmente Pastén Rojas, en un segundo vehículo. En tanto, permanecían en la vivienda de Mantagua, esperando las indicaciones de Castillo Gaete, Álvarez Fuenzalida y López Núñez. (...). Ante la imposibilidad de que se produjera el parto, Castillo Gaete dispone el traslado de Guerra Jecquier a la Clínica Reñaca de Viña del Mar, internándose en el lugar en compañía de Vargas San Martín. (...) Con fecha 21 de noviembre de 2012, a las 06:31 horas, en dependencias de la Clínica Reñaca, Viña del Mar, nació vivo el hijo de Guerra Jequier y Castillo Gaete, siendo nombrado “Jesús Guerra Guerra”. Castillo Gaete, una vez que dan el alta a la madre y al recién nacido, el día 22 de noviembre, ordenó el traslado de ambos a la casa de Los Andes, sin que se inscribiera en el Registro Civil el nacimiento.

Con fecha 23 de noviembre de 2012 (...) se reunieron finalmente en el interior del Fundo Los Culenes de Colliguay, los imputados Ramón Gustavo Castillo Gaete, David Fabián Pastén Rojas, Pablo Undurraga Atria, Natalia Guerra Jequier, María del Pilar Álvarez Fuenzalida, Carolina Alejandra Vargas San Martín, Josefina Isabel López Núñez.

Con la finalidad de dar muerte a su hijo recién nacido, Castillo Gaete dispuso una hoguera en un hoyo en el suelo en el patio de la casa, ordenando a Undurraga Atria llevar a Guerra Jequier y al recién nacido hasta la hoguera. Mientras, al resto del grupo Castillo Gaete les ordenó quedarse en las cercanías del lugar, instruyendo a Pastén Rojas, Álvarez Fuenzalida y a Vargas San Martín de permanecer a la entrada del predio...

Luego, Guerra Jequier, desnudó al recién nacido, le puso un calcetín en la boca, la cual tapó con cinta adhesiva, y junto con Undurraga Atria lo amarró de pies y manos y lo colocó sobre una tabla de madera, entregándoselo ambos a Castillo Gaete, quien lanzó al recién nacido, vivo, al fuego, causándole la muerte en el lugar.

Luego de haber dado muerte al lactante, Castillo Gaete ordenó a Undurraga Atria, Pastén Rojas, Álvarez Fuenzalida, Vargas San Martín, López Núñez y a GUERRA JEQUIER tapar la hoguera con piedras y tierra, permaneciendo en el lugar todos juntos hasta fines de 2012.

A fines de noviembre de 2012, Franchy Arana llegó al fundo Los Culenes, Colliguay, Quilpué, lugar donde tomó conocimiento de la muerte del lactante, permaneciendo en el lugar junto con los otros imputados hasta fines de diciembre de 2012, momento en que se levanta el campamento y se retiran del lugar, sin que ninguno de los imputados ya individualizados denunciara la muerte del recién nacido ocurrida el 23 de noviembre del referido año.

Posteriormente, en febrero de 2013, Castillo Gaete ordenó a Pastén Rojas y López Núñez, ocultar los restos carbonizados del fallecido y un cuchillo, cuestión a que accedieron los imputados, concurriendo al Fundo Los Culenes, Colliguay, Quilpué, lugar donde removieron los restos del fallecido y escondieron el cuchillo encontrado en el lugar.

Finalmente, durante el mes de febrero del año 2013 la imputada Francisca Ángela Ceroni Espinoza, tomó cabal conocimiento de que Natalia Guerra Jequier tuvo un hijo de Ramón Castillo Gaete, a quien se le atribuyó ser el anticristo “Lucifer”, razón por la cual le dieron muerte luego de nacer junto con Undurraga Atria. Esta información fue proporcionada a Ceroni Espinoza por el propio Castillo Gaete, quien además le indicó que era perseguido por la Policía de Investigaciones de Chile. Una vez tomado conocimiento del hecho, Ceroni Espinoza colaboró proporcionando la fuga de Castillo Gaete a Perú, acompañándolo al aeropuerto de Santiago, lugar desde donde éste

salió con destino a Perú (...), el día 19 de febrero de 2013, siguiéndolo posteriormente Ceroni Espinoza, el día 24 de febrero de 2013 acompañándolo en la República del Perú durante su estadía, para finalmente regresar a Chile el día 29 de abril de 2013”.

Pues bien, razona la Sentencia en el apartado noveno la falta de apreciación de la atenuante de semi-imputabilidad del art. 11, N°1 CP. Esta atenuante fue solicitada por las defensas con base a un delirio místico compartido. La Sentencia no aprecia tal delirio porque se afirma que “requiere de un agente inductor, quien debe padecer de trastorno psicótico, y ante la muerte del líder de la secta, en esta instancia no se puede determinar”.

Así las cosas, sin perjuicio de las valoraciones de la pericial sobre la que se basa la Sentencia, lo cierto es que, en la actualidad, la mayoría de estudios sobre la personalidad de este tipo de autores no aprecian como norma general trastornos psicóticos, sino personalidades complejas como el narcisismo, el fanatismo, etc.⁷⁹. Esta imagen sacralizada de que los líderes de este tipo de grupos padecen generalmente un trastorno está denostada en la literatura científica actual y, además, en su caso, no excluye que quien padece un trastorno grave pretenda no sólo dominar al grupo espiritualmente, sino también lucrarse, pues ánimos concurrentes son compatibles.

De otra parte, no se precisa en el Derecho penal que un tercero haya ocasionado la eximente para apreciarla, pues ésta puede proceder de elementos tanto exógenos (déficit de socialización atribuible al propio autor) como endógenos o, en su caso, sin apreciarse la responsabilidad del tercero, determinar simplemente ese déficit o trastorno, esto es, sin imputación a tercero.

La cuestión sobre el delirio místico compartido alegado es cierto que contaba con la problemática de la prueba psicológica, pero tal y como hemos tratado de explicar en este trabajo, en muchos casos antes de una grave

79 Ampliamente, con los estudios que se citan, CUEVAS (2016) pp. 65 y ss.; CUEVAS y CANTO (2006) p. 66.

afección psíquica que se objetive en un trastorno, la persuasión coercitiva, al tratarse de una forma de violencia y/o engaño coercitivo, puede constituir una forma de control que restrinja o anule la capacidad de voluntad, asociada a un déficit de socialización atribuible a tercero por educación totalitaria y/o criminal y que podría amparar una causa de inexigibilidad en el estado de necesidad exculpante⁸⁰.

Además, la Sentencia fundamenta la denegación de la atenuante en el lejano tiempo desde el hecho hasta la elaboración de los informes de las defensas. Olvida la Sentencia a nuestro parecer que, en verdad, el tiempo también supone un factor que puede determinar la desaparición del trastorno. El razonamiento de la Sentencia obvia aquí que se trataría de un delito permanente y que desaparece tras el dominio del autor (fallecido casi tres años antes de la Sentencia), es decir, una cuestión es el delito de coacciones y otra el resultado de las lesiones psicológicas. La falta de prueba de pericial psicológica sobre un trastorno no desvirtuaría la prueba del completo o parcial dominio de la capacidad de la voluntad sobre la víctima, pues del propio contexto se puede deducir la coacción o sintomatología asociada a la coacción, o en su caso, sintomatología que sin constituir un trastorno grave avale la dinámica criminal⁸¹.

Tampoco podemos estar de acuerdo con la Sentencia cuando alega que la madre del bebé “demuestra un alto nivel en el test de sentido común, y en el de autodeterminación, lo cual resulta incoherente con el delirio místico compartido”. En este punto, la Sentencia parece desconocer que muchas víctimas muestran una alta cualificación y capacidad crítica en aspectos ajenos a los dogmas impuestos, pues los adeptos mientras están bajo el dominio también pueden parecer normales por una aparente “pseudopersonalidad”⁸².

80 JAKOBS (1997b), pp. 20-24.

81 Así, CUEVAS (2016), p. 63.

82 CUEVAS (2016), p. 221.

Tampoco acaba de comprenderse la problemática cuando la Sentencia asocia el contexto coercitivo con el presupuesto de una incomunicación plena. Los más recientes estudios⁸³ sobre la materia niegan que este tipo de grupos o relaciones precisen de una comunicación extremadamente cerrada e intangible al mundo, sino que puede ser abierta, pero con el importante matiz de que la comunicación del exterior es rechazada (enemistad) si se enfrenta a los dogmas del grupo o a sus relaciones, esto es, porque sufren una despersonalización parcial⁸⁴, causándose dependencia, sumisión y sometimiento⁸⁵.

Y más incorrecta nos parece que es la afirmación de que un grupo sectario coercitivo precise de un alto número de miembros. Los estudios en la materia refieren que no se precisa de un elevado número de miembros para que funcione coercitivamente el grupo. El tamaño es sólo un elemento descriptivo y en ocasiones factorial⁸⁶, en su caso ayudará a la intercambiabilidad de los miembros y sus funciones (fungibilidad), pues la persuasión coercitiva es posible en relaciones duales⁸⁷.

Finalmente, la Sentencia alega que los sujetos tenían conciencia de la ilicitud. Y, en nuestra opinión, entremezcla la institución del tipo subjetivo y la culpabilidad, además el conocimiento de la ilicitud no excluye la imposibilidad de obrar de otra manera dentro de la institución de la culpabilidad o de la inexigibilidad, ni descarta la autoría mediata referida al dominio de la voluntad por coacción o la coautoría con responsabilidad eximida o atenuada según lo fundamentado supra (anulación/limitación de la voluntad). La problemática no es una cuestión de desconocimiento de lo ilícito, sino de si conociendo lo ilícito se pudo o no actuar de otra manera. En este tipo de grupos o relaciones se ha de indagar no sólo sobre el resultado psicológico,

83 Así y los estudios que se citan, CUEVAS (2016), p. 30.

84 Similarmente en la psicología, CUEVAS (2016), p. 244; RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA (2013), pp. 1-14.

85 RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA (2013), pp. 1-14.

86 CUEVAS (2016), pp. 97 y 139.

87 RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA (2005), pp. 299-314.

sino especialmente si la estructuración organizativa y la comunicación que se realiza entre los intervinientes configuran una unidad social que altera o anula la exigibilidad de una conducta conforme a Derecho.

Pues bien, nuestra conclusión es que cabe la posibilidad que los intervinientes en los hechos pudieran haber sufrido una persuasión coercitiva como delito previo al fatal desenlace, y esta circunstancia no es preciso que haya que imputársela a un tercero, al líder, en la sentencia, pues tampoco se precisa en caso de acreditarse una inimputabilidad o estado de necesidad exculpante en sentencia que estas sean penalmente castigadas contra quien la produce, pues aquí bastaría con su acreditación, cuestión que según se ha expuesto no se consiguió por seguir una línea obsoleta de la fenomenología, si bien las bajas penas a los intervinientes demuestra cierta comprensión de la misma.

Esta aparente comprensión puede deberse al fundamento que hemos esgrimido aquí: el déficit de socialización intenso atribuible a un tercero. Es más, recientemente en España, si bien el delito de asociación ilícita (coercitiva) del art. 515.2 CP español por alteración o control de la personalidad nunca se había aplicado durante casi treinta años de vigencia, recientemente el Juzgado de lo penal núm. 1 de Guadalajara (Juicio Oral núm. 253/2023), en Sentencia núm. 142/2024, de 27 de mayo, condenó a un sujeto que se hacía pasar por Lama (“Losel”) por construir una secta destructiva o coercitiva y alterar y controlar la personalidad de varios de sus adeptos, procedimiento que quien suscribe estas líneas llevó en defensa de las víctimas, y cuya Sentencia declaró llamativamente lo siguiente:

“De conformidad por las partes ha quedado acreditado, que, el acusado (...) lideraba la asociación “Sendero del Viento” (...) habiéndose pasar por Lama, empleando técnicas de control de la personalidad, coactivamente para que los perjudicados (...) realizaran todo tipo de acciones a su antojo, llegando estos a costear mediante la entrega del “diezmo” la compra de alimentos, objetos, o la práctica de sus enseñanzas, y de sesiones de fisioterapia, retiros

espirituales, así como la extracción de microchip en el cuerpo, implantados según el acusado en sus cuerpos por extraterrestres, y viajes al extranjero, que el acusado disfrutaba empleando el dinero recaudado”.

Si bien es la primera condena en España por este delito, que se haya tenido que esperar casi treinta años habla en contra de la técnica jurídica del tipo, por lo que presenta un tipo penal defectuoso del que se extrae la necesidad de su mejora técnica sin perjuicio de tipificación autónoma del delito de persuasión coercitiva. Otro dato llamativo de este caso español es que tras denunciar las víctimas en 2017, el Ministerio público trató a través de un médico del juzgado incapacitar a las víctimas e internarlas involuntariamente en centro psiquiátrico, lo cual constituyó una forma de revictimización institucional, pero a la vez esto representaba la escasa formación de fiscales y de otros profesionales respecto a esta fenomenología criminal.

En este sentido, la pregunta que subyace finalmente es qué hubiera pasado en este caso si estas dos víctimas hubieran cometido algún delito por orden del autoproclamado y falso Lama Losel, pues a quien se le “convence” bajo el control y la alteración de la personalidad de que tiene en el cuerpo unos implantes extraterrestres (y se deja propinar treinta palazos para desactivarlos⁸⁸), no hubiera sido muy difícil que hubieran seguido la mencionada orden. Dicho de otra manera, las víctimas hubieran sido posteriormente victimarios, pero este comportamiento no elimina la posibilidad en ciertos casos intensos de dominio de la voluntad bajo la persuasión coercitiva de que los autores puedan ser irresponsables o atenuarse la responsabilidad bajo los presupuestos señalados en este estudio.

Entonces, volviendo al caso Antares de la Luz, similarmente a lo que acabamos de exponer, la comprensión que demuestran la juzgadora mediante unas penas claramente bajas respecto a los comportamientos de los

88 Véase la infinidad de noticias al respecto, por ejemplo, el diario digital 20minutos: <https://www.20minutos.es/noticia/5359106/0/carlos-bardavio-azote-legal-falso-lama-losel-mi-cliente-le-dio-paladas-pecho-para-desactivar-un-implante-extraterrestre/>.

condenados, nos lleva a concluir que efectivamente en la Sentencia rezuma dicha posibilidad, si bien la falta de formación técnica de este tipo de fenomenología tan compleja hizo quizá que no se pudiera fundamentar la aparente comprensión del comportamiento de los intervinientes. Quizá esta sentencia española abra la posibilidad para que en futuros casos, tanto en España como en Chile y otros países, se realice un estudio más detenido, tanto psicológicamente como técnico y jurídico-penal.

Con este trabajo creemos que hemos asentado las bases para un mayor detenimiento y futuras investigaciones en el estudio de este tipo de relaciones coercitivas tan especiales y/o en organizaciones tan subrepticias y embarrulladas que requieren, por otra parte, de conocimientos especializados en psicología y sociología sobre la fenomenología, pero también de soluciones dogmáticas especiales.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA. Vistas las técnicas de control y distorsión sobre las que concluye la literatura científica y los tipos analizados, es posible la criminalización de conductas que atentan contra la capacidad o formación de la libertad de voluntad y mediatamente la capacidad de decidir, la capacidad de ejecución de la voluntad y la libertad. Sin embargo, al no existir un tipo específicamente diseñado para combatir conductas de persuasión coercitiva, su persecución se difumina en los tipos tradicionales creando problemas de imputación.

SEGUNDA. La fenomenología de la persuasión coercitiva puede ubicarse, de lege ferenda, más exactamente en un tipo de coacciones agravado contra la capacidad de formación de la libre voluntad, acorde a la gravedad de determinadas acciones y sus resultados, e independiente del delito contra la integridad psíquica, pero sin perjuicio de los posibles concursos. El ataque es una forma especial de violencia indirecta, progresiva, sutil e imperceptible que al menos limita la capacidad de la libertad de la voluntad.

El análisis también arroja que las técnicas de persuasión coercitiva suponen fórmulas de “engaño coercitivo” que pueden incluirse en el concepto de violencia del injusto de coacciones. Asimismo, la dinámica criminal habitual de la persuasión coercitiva recoge varias figuras agravantes (alevosía, abuso de superioridad y abuso de confianza) que facilitan el ataque violento y la indefensión de la víctima. Todo ello sin perjuicio de los concursos según los casos, por ejemplo, cuando se afecte a la salud psíquica, esto es, un segundo resultado.

TERCERA. Consideramos que con un injusto autónomo de persuasión coercitiva se diferencia jurídico-penalmente la progresividad del ataque injusto en relaciones duales o grupales de cualquier tipo, no sólo en grupos religiosos, de manera que también se consigue diferenciar la organización criminal coercitiva de la organización criminal.

CUARTA. El fundamento de punibilidad de dicha dinámica deviene de la disminución o anulación de la capacidad de libre voluntad de las personas atribuible a tercero, motivo bastante para que sea el Derecho penal quien intervenga con una pena. Esta fundamentación no ataca la libertad religiosa o de conciencia, sino todo lo contrario, la garantiza ante excesos y abusos de terceros que amparándose en estas libertades aprovechan la ocasión para dominar y controlar a los ciudadanos, propiciándose de tal modo que sirvan de (quasi-)instrumentos contra sí mismo o terceros (abusos o agresiones sexuales, estafas, trata de personas, asesinatos colectivos, etc.).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR, Cristian (2012): Delitos sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming, doctrina y jurisprudencia (Santiago de Chile, Metropolitana).

ALMENDROS, Carmen; GÁMEZ-GUADIX, Manuel; CARROBLES, José Antonio y RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro (2011): “Abuso psicológico en grupos manipuladores”, en: Behavioral Psychology/Psicología Conductual, monográfico dedicado a Abuso psicológico (Vol. 19, N°1), pp. 157-182.

ALMENDROS, Carmen; CARROBLES, José Antonio; RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro y JANSÁ, Joseph (2004): “Propiedades psicométricas de la versión española de la Group Psychological Abuse Scale, Psychometric properties of the Spanish version of the Group Psychological Abuse Scale”, en: Psicothema (N°16), pp. 132-138.

ALONSO, Ferran (2010): “Tratamiento jurídico y policial de las dinámicas de persuasión coercitiva: Las erróneamente llamadas “sectas” o “sectas destructivas””, en: International Journal of Cultic Studies (Vol. 1, N°1), pp. 61-74.

ANTELO E. / SALDAÑA O. / GUILERA G. / RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, A. (2021): “Psychosocial Difficulties in Survivors of Group Psychological Abuse: Development and Validation of a New Measure Using Classical Test Theory and Item Response Theory”, en: Psychology of Violence (Vol. 11, N°3), pp. 286-295.

BARDAVÍO ANTÓN, Carlos (2023a): Sectas criminales y coercitivas en Derecho penal mexicano. Tratamiento legislativo y dogmático comparado de la persuasión coercitiva y propuesta legislativa (México, La Ley-Bosch México).

BARDAVÍO ANTÓN, Carlos (2023b): “Violencia de género psicológica y persuasión coercitiva: dos violencias especiales ¿y una misma raíz de lo injusto?”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Nº25-09), pp. 1-53.

BARDAVÍO ANTÓN, Carlos, (2020): “Persuasión coercitiva” y organizaciones criminales en el derecho penal mexicano”, en: Revista Jurídica Ibero, Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (Nº6), pp. 13-65.

BARDAVÍO ANTÓN, Carlos (2019): “La “víctima-autor” en la “persuasión coercitiva”. Comentario a la Sentencia de los “Miguelianos”, Orden de San Miguel Arcángel, de la Sección 4ª de la Audiencia provincial de Pontevedra núm. 33/2018, de 28 de diciembre de 2018”, en: La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario (Nº137), pp. 1-35.

BARDAVÍO ANTÓN, Carlos (2018): Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios (Barcelona, J.M. Bosch Editor).

BARDAVÍO ANTÓN, Carlos (2017): “La relevancia típica de la “persuasión coercitiva”: propuesta de tipificación”, en: La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario (Nº128), pp. 1-31.

BASCUÑÁN, Antonio (2004): “Delitos contra intereses personalísimos”, en: Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, pp. 531-556.

BASCUÑÁN, Antonio, (1994): “La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Tomo 47, Nº3), pp. 191-306.

BINDING, Karl, 1969: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, reimpresión de la 2ª edición de 1902 (Leipzig), tomo I.

CARNEVALI, Raúl (2013): “La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile”, en: *Revista de Diritto Penale Contemporaneo* (Nº4), pp. 170-185.

CHAMBERS, Williams; LANGONE, Michael, DOLE, Arthur y GRICE, James (1994): “The Group Psychological Abuse scale: A measure of the varieties of cultic abuse”, en: *Cultic Studies Journal* (Vol. 11, Nº1), pp. 88-117.

CUEVAS, José Miguel, (2016): *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales* (Málaga, Publicaciones y Divulgaciones, Facultad de Psicología, Universidad de Málaga).

CUEVAS, José Miguel y CANTO, Jesús, M. (2006): *Sectas. Cómo funcionan, cómo son sus líderes, efectos destructivos y cómo combatirlos* (Málaga Ediciones Aljibe).

CUGAT, Miriam (2010): *Sectas y sectarios ante el Derecho penal*, (Navarra, Revista de Derecho y proceso penal, Nº22, Aranzadi-Thomson Reuters).

DEL PICÓ, Jorge, (2015): “Sectas religiosas socialmente peligrosas en Chile: caracterización, régimen aplicable y armonización de los principios jurídicos de libertad religiosa y orden público en su consideración jurisdiccional y administrativa”, en: *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (Nº39), 2015.

ESCUADERO, Antonio; POLO, Cristina; LÓPEZ, Marisa y AGUILAR Lola (2005): “La persuasión coercitiva, modelo explicativo del mantenimiento de las mujeres en una situación de violencia de género”, en: *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* (Nº25), pp. 59-91.

FARBER, Isabel; HARLOW, Harry y WEST, Louis Jolyon (1957): “Brainwashing. Conditioning and D.D.D.”, en: *Sociometry* (Nº20), pp. 271-285.

FOURNIER, Anne y MONROY, Michel, (1999): *La dérive sectaire* (París, PUF).

FOURNIER, Anne y PICARD, Catherine (2004): *La falsa espiritualidad y la manipulación de los individuos. Sectas, democracia y mundialización* (Traducc. Lucas Vermal, Barcelona, Paidós).

GALILEA, Carmen (1988): *Sectas modernas y el contexto socio-religioso en Chile* (Santiago, Centro Bellarmino CISOC).

GOTI, Juan (2001): “Tratamiento jurídico de las sectas en España”, en: *Estudios de Juventud, ejemplar dedicado a Juventud, Creencias y Sectas* (N°53), pp. 141-152.

HALLET, Carlos (2002): *Religión y sectas* (Santiago, Ediciones Paulinas).

HIGUERA, Juan Felipe (1983): *El delito de coacciones*, 2ª edición, revisada y ampliada, (Barcelona, Bosch).

HIRIGOYEN, Marie-France (2012): *El abuso de debilidad: y otras manipulaciones* (Traducc. Núria Petit Fontseré, Barcelona, Paidós).

JAKOBS, Günther (2019): “Observaciones no ortodoxas sobre el tipo objetivo de las coacciones”, en: *letra: Derecho penal* (Año IV, N°6), pp. 187-203.

JAKOBS, Günther (2000): “La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva”, en: *Bases para una teoría funcional del Derecho penal* (Lima, Palestra), pp. 249-268.

JAKOBS, Günther (1997a): “Coacciones por medio de violencia”, en: *Estudios de Derecho penal* (Traducc. Carlos J. Suárez González, Madrid, Civitas), pp. 439-459.

JAKOBS, Günther (1997b): Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación (Traducc. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid Marcial Pons).

JAKOBS, Günther (1997c): “Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad”, en: JAKOBS, Günther, Estudios de Derecho penal (Traducc. Carlos J. Suárez González, Madrid, Civitas), pp. 461-480.

JAKOBS, Günther (1997d): “Las coacciones por medio de violencia”, en: JAKOBS, Günther, Estudios de Derecho penal (Traducc. Carlos J. Suárez González, Madrid, Civitas), pp. 439-460.

JORDÁN, María Luisa (1991): Las sectas pseudorreligiosas (Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones).

JORDÁN, María Luisa (1987): “Aproximación al tema de las sectas pseudorreligiosas”, en: Dimensiones Jurídicas del Factor Religioso. Estudios en homenaje al Profesor López Alarcón (Murcia, Universidad de Málaga), pp. 255-266.

LAGOS, Humberto (2004): Sectas religiosas y satanismo. Una lectura pedagógica (Santiago, Icthus el Editor).

LAGOS, Humberto (1996): La máscara derrumbada. Sociología de las sectas religiosas (Santiago, Ediciones ChileAmérica CESOC).

LANGONE, Michael (1992): “Psychological abuse”, en: Cultic Studies Journal (Nº9), pp. 206-218.

LIFTON, Robert (1961): Thought Reform and Psychology of Totalism: A Study of Brainwashing in Red China (Nueva York, Norton), pp. 419-425.

LOFLAND, John y STARK, Rodney (1965): “Become a World-Saber: a theory of ámaraión to a deviant perspective”, en: *American Sociological Review* (Nº30), pp. 862-875.

MALDONADO, Francisco (2018): “Amenazas y coacciones en el Derecho Penal Chileno”, en: *Política criminal* (Vol. 13), N°25, pp. 1-41.

MAQUEDA, María Luisa (2004): “Las sectas destructivas ante el Derecho”, en: *Eguzkilore* (N°18), pp. 229-246.

MARTÍN, Isidoro (2000): *El Derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal* (Valencia, Tirant lo Blanch).

MARTIN, Paul; LANGONE, Michael; DOLE, Arthur y WILTROUT, Jeffrey (1992): “Post-cult symptoms as measured by the MCMI before and after residential treatment”, en: *Cultic Studies Journal* (Vol. 9, N°2), pp. 219-250.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ Cecilia (2015), *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Thomson Reuters), tomo I.

MIR, Santiago (1977): “El delito de coacciones en el Código penal”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Tomo 30, N°2), pp. 269-306.

MOTILLA DE LA CALLE, Agustín (1990): *Sectas y Derecho en España* (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas).

MOYA, Clara (2016): “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, en: *Política Criminal* (Vol. 11, N°22), pp. 521-547.

MOYANO, Manuel (2010): *Factores psicosociales contribuyentes a la radicalización islamista de jóvenes en España: construcción de un instrumento de evaluación* (Granada, Universidad de Granada).

MUÑOZ, David (2004): Sectas religiosas y campo simbólico (Santiago, Cuadernos de criminología, Policía de Investigaciones de Chile).

PÉREZ-MADRID, Francisca (1995): La tutela penal del factor religioso en el Derecho español (Navarra, EUNSA Ediciones Universidad de Navarra).

PICHON, Jean Charles (1971): Historia universal de las sectas y sociedades secretas (I) (Barcelona, Bruguera).

POLAINO, Miguel (1982): El delito de detención ilegal (Pamplona, Aranzadi).

PRADO, Juan Guillermo (2007): La estampida de los fieles. Los censos y la evolución religiosa en Chile (Valparaíso, Editorial Alba S.A).

PRADO, Juan Guillermo (1984): Sectas juveniles en Chile (Santiago, Editorial Covadonga).

PRAT, Joan (2007): El estigma del extraño. Un ensayo antropológico sobre sectas religiosas, 3ª edición (Barcelona, Ariel).

REDONDO, Álvaro (2011): “El delito sectario en la reciente jurisprudencia”, en: Diario La Ley Penal (Nº84), pp. 73-84.

RODRÍGUEZ, Pepe (2000): Adicción a sectas (Barcelona, Ed. B).

RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro; SALDAÑA, Omar; ALMENDROS, Carmen; MARTÍN-PEÑA, Javier; ESCARTÍN, Jordi y PORRÚA-

GARCÍA, Clara (2015): “Group psychological abuse: Taxonomy and severity of its components”, en: European Journal of Psychology Applied to Legal Context (Vol. 7, Nº1), pp. 31-39.

RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro; ALMENDROS, Carmen; ESCARTÍN, Jordi; PORRÚA-GARCÍA, Clara; MARTÍN-PEÑA, Javier; JAVALOY, Federico y CARROBLES, José Antonio (2005): “Un estudio comparativo de las estrategias de abuso psicológico: en pareja, en el lugar de trabajo y en grupos manipulativos”, en: *Anuario de Psicología* (Vol. 36, N°3), pp. 299-314.

RODRÍGUEZ, Pedro (2005): “El problema de las sectas: criterios para una aproximación analítica”, en: *Revista Ciencias Religiosas* (Vol. XIV).

ROXIN, Claus (2000): *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, (Traducc. de la 7ª ed., 1999 alemana, Madrid-Barcelona, Marcial Pons).

SALDAÑA, Omar; RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro y ALMENDROS, Carmen (2018): “The psychological abuse experienced in groups scale: psychometric properties of the spanish version”, en: *Behavioral Psychology/Psicología Conductual* (Vol. 26, N°3), pp. 421-436.

SALDAÑA, Omar; TORRES, Álvaro; RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro y ALMENDROS, Carmen (2015): “Modelo de consecuencias psicosociales del abuso psicológico grupal”, en: *Psicología Social* (N°3), pp. 1-3. Disponible en <http://hdl.handle.net/2445/65097> [Fecha de última consulta el 1.03.2023].

SAZO, Nicolás (2010): “Entre locos y sinvergüenzas. Deslegitimación y subalternización de las sectas en Chile”, en: *Revista Cultura y Religión* (Vol. IV, N°2), pp. 241-263.

SCHEIN, Edgar; SCHNEIER, Inge y BARKER, Curtis (1961): *Coercive Persuasion: A socio-psychological Analysis of the Brainwashing of American Civilian Prisoners by the Chinese Communists* (Nueva York, W. W. Norton).

SINGER, Margaret y LALICH Janja (1997): *Las sectas entre nosotros* (Barcelona, Gedisa).

SOTO, Francisco (2009): “Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo”, en: Revista Jurídica del Ministerio público (N°39), pp. 170-184.

TOBIAS, Madeleine Landau y LALICH, Janja (1999): El terrible poder de las sectas, (Traducc. Pilar Tutor Alvariño, Barcelona, Tikal).

URREA, Juan (1992): Los nuevos movimientos religiosos en América Latina, Santiago, Ediciones Paulinas.

WEBER, Max (1998): La ética protestante y el espíritu del capitalismo, NAVARRO PÉREZ, Jorge, edit., (Madrid, Editorial Istmo).

WEBER, Max (1978): Sociología de la religión (Buenos Aires, La Pléyade).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Penal Francés, 1 de marzo de 1994.

Código Penal Italiano 19/19/1930, Real Decreto N°1398.

Domestic Violence Act, Irlanda, 2018.

Endbericht der Enquete-Kommission “Sogenannte Sekten und Psychogruppen”, “Las llamadas sectas y psicogrupos”, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/10950, Wahlperiode, de 9 de junio de 1998.

Ley 9891, 3/6/2013, Prevención y Asistencia a las Víctimas de Grupos que usan Técnicas de Manipulación Psicológica, Decreto 564, Boletín oficial de la Provincial de Córdoba, de 25 de junio de 2013.

Ley, 26/11/2011, Modifica y completa el Código penal de Bélgica.

Ley 2561 del Código Penal, 12 de noviembre de 1984.

Ley Orgánica 10/1995, 23/11/1995, del Código Penal, BOE N°281, de 24/11/1995.

Proyecto de Ley 055, 18/10/2010, Capítulo dedicado a los delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos, iba a incluir un tipo específico de Constreñimiento religioso, Bogotá, D. C., 23 de agosto de 2010.

Proyecto de Ley, 22/11/2007, Modifica la ley 19.638, que establece normas sobre la constitución de iglesias y organizaciones religiosas, en materia de creación de un concejo de libertad religiosa y otros, Boletín de la Cámara de los Diputados N°5510-07.

Proyecto de Ley, 30/8/2006, Modifica el Código penal que introduce la figura de abuso de la credulidad popular, Boletín del Senado de la República N°4.459-07.

Proyecto de Ley, 5/6/2007, Introduce modificaciones en materia de libertad de religión y culto, Boletín de la Cámara de los Diputados N°5074-07.

Proyecto de Ley, 8/11/1995, Perfecciona normas penales sobre libertad de culto, Boletín de la Cámara de los Diputados N°1728-07.

Proyecto del Código Penal, 6/3/1995, Enmienda N°499, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 77-6, p. 232, y Enmienda núm. 706, 21/9/1995, N°87, p. 297 del Reino de España.

Rapport au Premier Ministre, MIVILUDES, La Documentation Française, France, 2003.

Serious crime act, the offence of controlling and coercive behaviour in an intimate or family relationship, Reino Unido, 2015.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional Italiano, sentencia de fecha 8 de junio de 1981, N°96.
Juzgado de Garantía de Quilpué, sentencia de fecha 6 de marzo de 2017,
rit N°1847-2013.

3ª Sala Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 18 de abril
de 2017, rol N°425-2017.

4º Audiencia provincial de Pontevedra, sentencia de fecha 28 de diciembre
de 2018, núm. 33/2018.

Tribunal Supremo Español, sentencia de fecha 29 de abril de 2021, núm.
352/2021.

Juzgado de lo Penal núm. 1 de Guadalajara, sentencia de fecha 27 de mayo
de 2024, núm. 142/2024.

LAS UNIONES DE HECHO COMO *EX VARIIS CAUSARUM FIGURIS*¹


DE FACTO UNIONS AS *EX VARIIS CAUSARUM FUGURIS*

Mar del Rosario Guridi Rivano*

Resumen

El presente artículo examina las uniones de hecho o las convivencias estables y las considera como hechos generadores de obligaciones. Hay que reconocer que las uniones de hecho son suficientes para crear por sí mismas derechos y obligaciones entre los convivientes, sin la necesidad de recurrir a un acuerdo y/o contrato. Esta postura demanda un recorrido histórico crítico que busca soluciones del pasado para enfrentar los actuales inconvenientes que vive Chile en la materia. Justamente son los desamparos de convivientes lo que ha motivado el pronunciamiento del Derecho en todos los tiempos. Las confrontaciones legales entre el matrimonio, el acuerdo de unión civil y las convivencias de hecho continúan en una sociedad que ya no es capaz de distinguir las causas que las originan. Se debe considerar que siendo todas instituciones afines, que presentan características afines, y que, por tanto, debiera corresponderles un tratamiento afín, al parecer, están destinadas a la confrontación.

¹ Artículo recibido el 23 de enero de 2024 y aceptado el 24 de mayo de 2024.

* Doctora en Derecho por la Pontificia U. Católica de Chile. Coordinadora del área de Ciencias del Derecho de la U. Andrés Bello, Santiago, Chile.  0000-0002-3506-4210. Dirección postal: calle Bellavista 0121, Santiago, Chile. Correo electrónico: marguridi@gmail.com.

Es preciso recordar que en Derecho Romano todos aquellos hechos que no podían enmarcarse en las fuentes de las obligaciones tradicionales se denominaban *ex variis causarum figuris*. Para la dogmática chilena y para la jurisprudencia, los derechos y obligaciones sólo nacen cuando existe un hecho tipificado como generador de obligaciones, y dentro de tal catálogo no hay espacio para la convivencia o uniones de hecho y para la conciencia de quienes en su amor puro y libre se tratan como marido y mujer.

Una primera comparación de los institutos radica en que el matrimonio se funda en una voluntad nupcial expresada en el contrato, lo propio sucede con el acuerdo de unión civil, la voluntad se proyecta en un contrato, en cambio, en las uniones de hecho la voluntad se halla en la convivencia. Es este consorcio de vida formado entre quienes cohabitan insuficiente para que los juristas vean en él una causa de obligaciones.

Palabras clave

Uniones de hecho, fuente de obligaciones, comunidad de bienes, matrimonio.

Abstract

This article examines *de facto* unions or stable cohabitations and considers them as events that generate obligations. It must be recognized that *de facto* unions are sufficient to create by themselves rights and obligations between the cohabitants, without the need to resort to an agreement and/or contract. This position demands a critical historical journey that seeks solutions from the past to face the current problems that Chile is experiencing in this matter. It is precisely the helplessness of cohabitants that has motivated the pronouncement of the Law at all times. The legal confrontations between marriage, the civil union agreement and *de facto* cohabitation continue in a society that is no longer capable of distinguishing the causes that originate them. It should be considered that since all institutions are related, that present similar characteristics, and that, therefore, should be treated in a similar way, it seems that they are destined for confrontation.

It is necessary to remember that in Roman Law all those facts that could not be framed in the sources of traditional obligations were called *ex variis causarum figuris*. For Chilean dogmatics and for jurisprudence, rights and obligations only arise when there is a fact classified as generating obligations, and within such a catalog there is no space for coexistence or *de facto* unions and for the conscience of those who in their pure love and free treat each other as husband and wife.

A first comparison of the institutes is that the marriage is based on a nuptial will expressed in the contract, the same happens with the civil union agreement, the will is projected in a contract, on the other hand, in *de facto* unions the will is in coexistence. This consortium of life formed between those who cohabit is insufficient for lawyers to see in it a cause of obligations.

Keywords

De facto unions, source of obligations, community of property, marriage.

1. INTRODUCCIÓN

Las convivencias constituyen hechos generadores de obligaciones. El problema es enmarcarlas dentro del sistema de las fuentes de las obligaciones. La dificultad consiste en que el Código Civil chileno reconoce como fuentes de las obligaciones la clasificación tradicional o clásica que alude al contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley².

Debe considerarse que Chile es el único país de Latinoamérica que no regula a las convivencias de hecho. Reconociendo la existencia de un subsistema jurídico, donde Chile se mantiene al margen en la materia.

El Corpus Iuris Civiles como órgano al que se siempre se retorna, o que es indispensable para su subsistencia, reconocía la existencia de las fuentes tradicionales de las obligaciones, y la pregunta que corresponde hacer es si

2 Se desprende de la correlación de los artículos 578, 1437 y 2284 del Código Civil chileno.

este es una enumeración cerrada o abierta de las fuentes. Y Luego, conviene preguntarse si es conveniente retomar la clasificación que regulaba Gayo al señalar que son fuentes de las obligaciones los contratos, los delitos y todo hecho capaz de generar obligaciones, tal como lo hace el Código Civil italiano en la actualidad.

Ciertas instituciones, como la convivencia entre dos personas requirieron de estudios, de imaginación y creatividad para poder lograr la aplicación de normas jurídicas para resolver los conflictos que se originaban al término de dicha convivencia. Lo anterior porque es importante reconocer la pluralidad de los pueblos, y asimismo la integración que hubo en la época de descubrimiento y conquista para alcanzar posteriormente la identidad propia de América latina. Son justamente las elaboraciones jurídicas que surgieron en dicho periodo las que enriquecen el sistema jurídico, pues hubo que dar una interpretación particular del sistema romano.

A través de esas interpretaciones es que Chile se ha ido abriendo a una noción de familia más amplia como lo señala la ley 21.150 y que se engloba dentro del tratamiento latinoamericano para el reconocimiento de las convivencias. Es así como se proyecta este subsistema jurídico.

2. LAS UNIONES DE HECHO Y EL MATRIMONIO

El matrimonio siempre fue el punto de partida del Derecho de Familia. Sin embargo, el enfoque debe cambiarse a la persona humana. Y a su derecho a formar una familia, ya que implica su proyecto identitario, y lo último es que ésta sea protegida por el Estado³.

3 Art. 1 inciso segundo CPR: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

Ante la falta de definición de la familia por parte del Código Civil, la doctrina⁴ ha intentado referirse a ella determinando su composición y sus funciones. Sin embargo, hoy en día la ley 21.150⁵ se ha encargado de llenar este vacío, pues es la única norma que define a la familia.

Las convivencias y el matrimonio son dos instituciones similares, que presentan características similares, sin embargo, pareciera que están destinadas a confrontarse.

Ante esta realidad y a múltiples solicitudes que se presentaban en los tribunales de justicia para resolver los conflictos que se generaban como consecuencia del término de una relación de convivencia (bien sea por ruptura de la relación o bien por muerte de uno de los convivientes) el Estado se vio en la necesidad de estar al día del contexto histórico social que se estaba viviendo.

Habrà que descubrir, en este párrafo, los principios que rigen la materia⁶, ellos como niveles mínimos de resguardo de los intereses particulares. Es en este aspecto que se reconocen como tales los siguientes: la protección de la

4 RODRÍGUEZ PINTO (2018), p. 19 "...la familia es el nombre que recibe una comunidad de vida unida o entrelazada por relaciones personales, que son relaciones conyugales, relaciones de paternidad y maternidad, es decir, filiación, y otras"; COURT (2009), p. 4: "Vulgarmente se denomina "familia" a la reunión de personas que viven bajo el mismo techo, sometidas a la dirección y recursos del jefe de la casa"; RAMOS PAZOS (2007), p. 11: "Etimológicamente familia procede de la voz *famulus*, que a su vez deriva del osco *famel*, que significa siervo, y más remotamente del sánscrito *vama*, hogar o habitación, significando por consiguiente el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa".

5 Artículo 1 N°3 letra a) "1) Familia: núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos."

6 MEDINA (2016), p. 102, señala lo siguiente: "Además de los principios generales del Derecho, existen principios propios del Derecho de Familia en general y principios generales de algunas instituciones en particular. Ello es aceptado por Bobbio, quien dice que los principios de Derecho pueden clasificarse según la materia que regulan, en este sentido dice 'los hay generales de derecho sustancial que disponen máximas para todos los particulares, de derecho procesal y de hermenéutica jurídica, destinados a los jueces, y generales de organización dirigidos a los legisladores y conforme a su ámbito de validez, los hay dentro de un instituto, de una materia, de una rama jurídica'. Estos últimos son los principios del Derecho de Familia, los cuales nos

familia⁷, este principio encuentra cabida a nivel internacional como nacional, y así la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 16.3 señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En el mismo sentido, los artículos 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 10.1⁸ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica artículo 17.1. En cuanto a la normativa interna comienza la Constitución de la República reconociendo que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad en el artículo 1 inciso segundo. A continuación, la ley 19.947 que en la historia de ella señala: “la familia constituye un lugar central y decisivo en la experiencia humana. La identidad y la intimidad de los hombres y mujeres se forjan y se desarrollan en la familia. Los sentimientos de felicidad o infelicidad de las personas están fuertemente asociados a la vida familiar. Esta es un instrumento privilegiado de socialización de las nuevas generaciones. A través suyo se transmiten creencias, valores, usos y costumbres”. Asimismo, lo sostiene Díez-Picazo y Gullón: “La familia es vehículo de transmisión de pautas de comportamiento, de tradiciones, hábitos, usos y creencias. A la familia se le atribuye un importante papel en la preparación del individuo para su inserción en la vida social y, por ende, en la educación”⁹. Y de esta forma debe ser protegida, así lo señala Jorge

interesa individualizar porque indiscutiblemente han variado en el último siglo debido a los grandes cambios que ha sufrido la familia del siglo XXI y, en consecuencia, el Derecho de Familia”. Luego agrega: “...los principios generales del Derecho de Familia son proposiciones directivas o estándares a los que se puede recurrir para resolver los casos no previstos en la ley, que además contribuyan al esclarecimiento del sentido de las normas y sirven de directiva y límite al legislador cuando crea las normas”.

7 LEPÍN (2014), p. 13; asimismo véase la protección constitucional de la Familia en QUINTANA VILLAR (2013), pp. 15-17.

8 “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

9 DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2013), p. 26.

del Picó, Soto Kloss, e incluso las leyes protegen a la familia y esta protección alcanza más allá de la ruptura matrimonial, desarrollando una serie de mecanismos de protección para quienes son más vulnerables.

Finalmente es el Estado de Chile, quien debe velar por su cumplimiento y adoptar todas las medidas que permitan desarrollar este derecho, combatiendo las discriminaciones y las violaciones a este derecho humano.

Las familias buscan organizarse con el fin de proteger los intereses comunes y el de sus miembros. La organización tradicional ha sido el matrimonio. Pero éste en sus orígenes no gozaba del carácter de negocio jurídico, sino que constituía un hecho social, el que sin duda alguna generaba consecuencias jurídicas.

2.1. Las fuentes de las obligaciones

Toda obligación tiene su origen en un hecho¹⁰, que es la causa eficiente de la relación jurídica que nace entre los intervinientes y que los vincula a cumplir con una determinada prestación. Todas tienen su respaldo en la

10 Como señala ARANGIO-RUIZ (1952), p. 325, “llamamos fuentes de las obligaciones a los hechos jurídicos que son presupuestos de su nacimiento. En general, son hechos de la voluntad humana; pero los hay ilícitos y lícitos”; en el mismo sentido véase a SCIALOJA (1927), p. 52 quien señala: “L’único elemento comune a tutti i vincoli che rientrano in questa categoria, e che perciò può essere elevato a contrasegno di essa a me pare che sia l’esistenza d’uno stato di fatto. Esiste in tutte queste obbligazioni un fatto umano (volontario, involontario) o naturale, il quale da solo o in concorso con altre circostanze, fissate dalla legge, determina il sorgere del vincolo. Così nella gestione d’affari altrui l’obbligo del dominus risulta dal fatto che una persona ha gerito un suo affare senza mandato; nella costruzione sul suolo altrui l’obbligo del proprietario si fonda sul fatto della costruzione; per gli alimenti l’obbligazione deriva dal fatto che esiste tra creditore e debitore una determinata parentela, e così via. Naturalmente oltre il fatto principale e determinante possono esistere nei vari casi altri presupposti necessari per l’avveramento delle conseguenze giuridiche”; DE DIEGO (1929), p. 235; asimismo, véase a COVIELLO (1949), p. 342 en el siguiente sentido: “Se llaman hechos jurídicos todos los acontecimientos a los que el derecho objetivo atribuye como consecuencia la adquisición, la pérdida o la modificación de un derecho subjetivo”. Continúa señalando que la distinción entre hechos del hombre o de la ley no es precisa “...porque así como la voluntad del hombre no basta por sí sola para producir consecuencias jurídicas, la ley no las hace depender de ella; así también la sola ley misma no produce por sí consecuencias jurídicas si no se realizan algunos hechos”. Y por último, “...todos los hechos, voluntarios o no, son hechos jurídicos en cuanto producen

ley¹¹ o derivan de esta, como causa mediata¹². Sin embargo, como causas inmediatas se encuentran los hechos. Principalmente se distinguen entre estos hechos los contratos y los delitos¹³.

Pero bien se puede determinar la existencia de situaciones que no son ni contractuales ni delictivas que generan, no obstante, obligaciones. Difícil es establecer cuál es la fuente que las genera,¹⁴ entendida como el origen, la causa de la cual nace una obligación, o bien el fundamento de ellas.

Frente a estas situaciones los tribunales de justicia son los llamados a resolver los conflictos, de esta naturaleza, que se presentan en la sociedad. Fundándose en el principio de inexcusabilidad¹⁵ de los jueces, que se traduce en que a falta de ley que regule una determinada materia, el juez deberá recurrir a los principios generales del derecho o a la equidad natural para resolver el problema. Ante estas situaciones descritas se debe tener presente lo que señala Barbero: que del hecho nace el derecho¹⁶.

consecuencias jurídicas”; luego, véase el considerando noveno del fallo CORTE SUPREMA (2007), pp. 138-143 “Gerardo Cancino Espinoza y otros con Empresa de Servicios Sanitarios del Maule (Essam S.A.)” que señala: “Que toda obligación tiene una fuente, es decir, “un hecho jurídico que la hace nacer” (Ob. Citada, pág. 67) y nuestro Código Civil, en esta materia, ha adoptado la clasificación que la doctrina clásica realiza de esas fuentes...”.

11 Como se verá más adelante la ley no siempre fue considerada una fuente de las obligaciones, en Roma el acto de parte era la principal causa de las obligaciones, sin embargo, ya en Derecho Justiniano se conoce la general *conditio ex lege*. Los juristas y filósofos del Derecho romano común fueron abriendo camino a considerar a la ley como fuente de las obligaciones y así Grocio, Domat y Pothier se atrevieron a elevarla a la categoría de fuente de las obligaciones independiente autónoma. Véase en BETTI (1970), pp. 49-50.

12 GIORGI (1930), pp. 11.

13 Para Betti la expresión *obligationem contrahere* es entendida como el negocio o acto constitutivo de intereses apto para crear un vínculo obligatorio, en BETTI (1970), p. 8; SAMPER (2000), p. 249. Gayo establece una división general y sostiene que toda obligación nace de contraerla o de delinquir.

14 Gayo las reconocía y agrupaba como... *aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Véase en D 44.7, Gaius, libro secundo aureorum *De obligationibus et actionibus*. En adelante en las referencias al *Corpus Iuris* se utilizará GARCÍA DEL CORRAL (1987), Coing señala que estas figuras se cubren con las obligaciones derivadas de cuasicontratos y cuasidelitos, véase en COING (1996), p.499.

15 Art. 76 inciso segundo de la Constitución Política de la República de Chile; Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales de Chile.

16 BARBERO (1967), p. 333.

Pues bien, preciso es determinar qué situación surge primero y de qué manera el ordenamiento jurídico responde frente a obligaciones que demandan protección y reconocimiento, y sin tener una causa determinada que fije su nacimiento. Una de las principales tareas del sistema jurídico es regularlas y esquematizarlas, determinando sus efectos. Sin embargo, no todas quedan bajo el mismo orden legal. Y en el mismo sentido el autor continúa y agrega que: “la ley no produce la relación sino a consecuencia de “hechos”, de manera que el hecho asume, entre la relación y la ley, un significado de mediación, como condición determinante de la causalidad de la ley en la producción de la relación. En este sentido, los “hechos” se nos presentan a su vez como fuentes mediatas de la relación obligatoria: fuentes de diversa índole, y correspondientemente, de diferente efecto jurídico”¹⁷.

Debido a ello se reconoce que en la legislación nacional existen ciertas circunstancias que, sin ser derechos, se estudian como hechos espontáneos que nacen como reflejos, a veces de manera voluntaria, otras veces en forma involuntaria, a las situaciones de derecho, y los acompañan a lo largo de sus análisis. Corresponde destacar que no forman derechos, pero sí se debe considerar que de ellos emanan consecuencias jurídicas, y, por tanto, al examinarlos no se entienden sin la situación legal de la que participan. Varias de estas situaciones se encuentran en el Código Civil chileno.

Algunas de esas situaciones han sido denominadas cuasicontratos. Bien es sabido que dicha nomenclatura obedece a un error histórico. Estas figuras tienden a ser equiparadas a las fuentes de las obligaciones a las que se asemejan, reconociendo su autonomía como fuentes, aun cuando su denominación no es precisa. La equiparación proviene respecto a los efectos jurídicos que producen, aun cuando no sean considerados como contratos, no obstante compartir normativa jurídica ¹⁸.

17 BARBERO (1967), p. 334.

18 RIPERT y BOULANGER (1965), p. 209, al señalar que las expresiones *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto* debían considerarse como una asimilación, más no como una clasificación; el problema que se presentó es que esta equiparación al utilizar la expresión *cuasi* pasó a tener un valor característico y delimitativo propio, lo que condujo a considerarlos posteriormente como

Se debe advertir que no sucede lo mismo entre el contrato de matrimonio regulado en el art. 102 del Código Civil y las uniones de hecho o relaciones de convivencia¹⁹ (antiguamente llamado concubinato), único que no encuentra regulación legal, pero que con el tiempo ha ido teniendo reconocimiento, primero a través de la jurisprudencia, lo que motivó a la doctrina²⁰ a pronunciarse. Posteriormente, a través de leyes especiales que introducen modificaciones en el Código Civil²¹, en las normas relativas al

fuentes autónomas de las obligaciones, lo anterior véase en BETTI (1970), p. 30.

19 La falta de regulación del concubinato o convivencia en el Código Civil se debe a la época de su dictación y a las influencias sobre el matrimonio. Andrés Bello señala que todo lo referente al matrimonio en los proyectos se siguen las reglas del Derecho Canónico y queda entregado a la Iglesia Católica todo lo referente al contrato, véase en BELLO (1981), p. 99; René Ramos Pazos ha tratado de dar un concepto de concubinato señalando lo siguiente: “lo que caracteriza al concubinato es el hecho de que la pareja mantenga relaciones sexuales fuera del matrimonio, con cierto grado de estabilidad y duración, realizando un género de vida semejante a las unidas por vínculo matrimonial”, véase en RAMOS PAZOS (2007), p. 620, entre otros conceptos; tener presente que hoy en día la terminología legal para referirse a estas situaciones es utilizar la expresión convivencia o uniones no matrimoniales, quedando en desuso la expresión concubinato, pues sólo se refería a uniones heterosexuales y por el carácter peyorativo que implicaba dicha expresión, véase en BARRIENTOS GRANDÓN (2009), p. 17; a su turno la jurisprudencia también ha dado un concepto señalando lo siguiente: “la unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital, con todas las apariencias de un matrimonio legítimo”, véase en Duhalde con Moreira Corte Suprema, rol N°13595-1989, de fecha 25 de julio de 1989.

20 Véase en ÁLVAREZ NÚÑEZ (1968), pp. 5-31; MEZA BARROS (1979), pp. 423-435; WATKINS SEPÚLVEDA (1991), pp. 265-294; MARTINIC GALETOVIC (1991), pp. 67-81; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, (1992), pp. 211-213; TURNER SAELZER (2005), pp. 233-244; LÓPEZ DIAZ, (2005), pp. 85-100; DONOSO VERGARA y RIOSECO LÓPEZ (2007), p. 620; BARRIENTOS GRANDÓN (2009), pp.5-102; TURNER SAELZER (2011), pp. 43-56, 2011; FIGUEROA YÁÑEZ (2011), pp. 67-83; TURNER SAELZER (2011), pp. 225-234, 2011; HERNÁNDEZ PAULSEN (2011), pp. 235-269; AEDO BARRENA y MONDACA MIRANDA (2011), pp. 271-288; ARREDONDO ESPINOZA, Danilo (2013), pp.13-118.

21 Ley N°14.908, de 1962; artículo 210 del Código Civil modificado por la Ley N° 19.585, de 1998; Ley N° 19.968, de 2004.

derecho del trabajo y previsión social²², en materia penal²³ y de violencia intrafamiliar²⁴. Lo que, sin embargo, no ha sido suficiente para quienes demandan una postura más protectora e igualitaria por parte del Estado²⁵.

Sin embargo, para algunos este proceso pudo culminar con la publicación de la ley 20.830, que crea el acuerdo de unión civil. En el título final, y se sostendrá que dicha ley no es suficiente, pues no abarca todas las situaciones que podrían presentarse en materia de convivencia y, asimismo, se puede aseverar que Chile es el único país de Latinoamérica que no regula las uniones de hecho. Luego, hay que destacar que en los Código Civiles de Latinoamérica se reconoce y logra plasmarse la pluralidad de sus propios pueblos²⁶.

Finalmente, las uniones de hecho o relaciones de convivencia estables se puede afirmar que se está ante hechos o relaciones obligatorias que participan de efectos legales de contratos.

2.2. Las uniones de hecho como fuentes de obligaciones

La explicación que las uniones de hecho queden fuera del esquema del matrimonio y de las fuentes de las obligaciones debe buscarse en sus orígenes.

22 Ley N°15.386, de 1963; Ley N°16.744, de 1968; Ley N°18.490, de 1986; Decreto Ley N°3.500, de 1980; a propósito de la inasistencia a trabajar revista en el art. 160 N°3 del Código del Trabajo pasa a tener el carácter de justificado si se fundamenta en el cuidado de la pareja no unida en matrimonio.

23 Particularmente el art. 108 letra c del Código Procesal Penal y Ley N°18.314, de 1984.

24 Ley N°20.066, de 2005.

25 Ello se logra con la entrada en vigor de la Ley N°20.830, de 2015, que crea el acuerdo de unión civil, publicada en el Diario Oficial con fecha 21 de abril de 2015. Se debe recordar que el proyecto de ley consistía en el Boletín N°7873-07 refundido con el Boletín N°7011-07, el que no fue objeto de observaciones por Su Excelencia el vicepresidente de la República, según consta de su Mensaje N°1235-362, de fecha 28 de enero de 2015, despachado totalmente por el Congreso Nacional.

26 SCHIPANI (2010), p. 420.

Justamente se está en presencia de una situación de hecho que dio origen al derecho²⁷. El matrimonio en el Derecho Romano no era concebido como un contrato o como una relación jurídica, tal como se concibe hoy en día, sino más bien era un hecho social²⁸ que producía efectos jurídicos entre un hombre y una mujer, formando una comunidad de vida, y para ello se requería la concurrencia de requisitos como la *affectio maritalis* y el *conubium*²⁹. Kaser señala que la concepción romana regula el matrimonio como un hecho social y a pesar, de la relevancia no es considerado como un negocio jurídico, lo preponderante era crear una comunidad de vida en la consciencia de los contrayentes³⁰. La diferencia con el *concubinatus* es que era considerado solo como una comunidad de vida sexual entre un hombre y una mujer, no reconocida como matrimonio, la que era tolerada dentro de ciertos límites, sobre todo en aquellos casos en que el matrimonio no era legalmente posible³¹.

27 AMUNÁTEGUI PERELLÓ (2011), p. 86: “La voluntad matrimonial en el Derecho Romano no coincide con nuestra noción de consentimiento inicial al contraer matrimonio. Al no considerarse el matrimonio como un contrato, la voluntad necesaria para entrar en dicho estado era de carácter permanente y no puntual como en los sistemas jurídicos modernos. No bastaba un “sí” para considerarse casado, sino que era más bien un querer continuo que se manifestaba en una conducta inequívoca por parte de los contrayentes”; SAMPER (2012), p. 262 el matrimonio es una situación de convivencia permanente entre un hombre y una mujer romanos, púberes y honorables. Agrega también que el matrimonio entre extranjeros no tenía el carácter de *iustum*. Y cuando la unión se realizaba contraviniendo prohibiciones de orden social se reconoce como *concubinatus*, que posteriormente la legislación cristiana lo considera como verdadero matrimonio, por ejemplo el que se daba entre un senador con una liberta o un militar activo con personas que ejercen profesiones infames como los actores y las meretrices. El matrimonio no requiere de ninguna solemnidad basta el *consensus* inicial, y el *affectio maritalis*. El matrimonio pagano parece ser considerado más bien una situación de hecho que de derecho, y por eso no se le aplica el *ius postliminii*. El autor agrega lo siguiente “El cristianismo tendió a dar mayor relevancia al *consensus* inicial y a prescindir de la *affectio maritalis*, como modo de asegurar jurídicamente la indisolubilidad: con ello la relación matrimonial adquiere categoría de *ius* en armonía con su carácter sacramental. La legislación del Bajo Imperio, sin embargo, muestra más bien una tendencia de compromiso entre la antigua concepción pagana y los postulados de la nueva religión, y solo llega a restringir y reglamentar la posibilidad del repudio, sin suprimirla en absoluto. La concreción jurídica del matrimonio cristiano es obra del Derecho Canónico”.

28 Véase en GUZMÁN BRITO (1996), pp. 334-356; AMUNÁTEGUI PERELLÓ (2011), p. 152.

29 KASER (1968), pp. 256-257.

30 KASER (1968), p. 263.

31 KASER (1968), p. 268.

Por lo tanto, en la historia de las familias se ha analizado que las uniones de hecho o convivencias estables son una forma de organización familiar, independiente de su categoría de fuente generadora de obligaciones.

Lo cierto es que ha tenido reconocimiento en derecho comparado para luego radicarse definitivamente en la legislación chilena con la aprobación de la ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil. Se crea un sistema respecto a los efectos de la relación de convivencia similar al del matrimonio, por tanto, ambas instituciones se ven en principio, equiparadas ante la ley (aun cuando mantienen ciertas diferencias).

Aun así, el reconocimiento paulatino se inicia frente a reclamaciones de convivientes que demandaban igualdad en derechos como si fueran cónyuges, o incluso existiendo cónyuges, los convivientes habían participado en la creación de la familia y, consecuentemente, en la formación del patrimonio familiar. La jurisprudencia tuvo que pronunciarse. No obstante, el tratamiento dado por ella sufrió variaciones.

Actualmente las relaciones de convivencia entre dos personas pueden regularse a través de la ley 20.830, sólo si cumplen los requisitos que la misma establece. Cumplidos estos los convivientes adquieren el estado civil de convivientes civiles, quienes conservarán la propiedad, goce y administración de todos los bienes adquiridos antes de la celebración del contrato “Acuerdo de unión civil” y de todos los bienes que adquieran durante la vigencia del mismo, a menos que se sometan expresamente a las reglas consideradas en el art. 15 de la ley, la que señala que se regirán por las reglas dadas para la comunidad de bienes, exceptuando los bienes muebles de uso personal. Las partes deberán pactar expresamente que se regirán por las normas contempladas para la comunidad. Como es sabido, la comunidad de bienes, en cuanto cuasicontrato, no tiene su origen en un acuerdo de voluntades, la característica principal de estos institutos justamente es la ausencia de un acuerdo de voluntades. No obstante, la ley 20.830 altera la esencia de una situación de hecho, puesto que, si quieren someterse a un régimen de

comunidad de bienes, deberán señalarlo expresamente. Ello, si se piensa que todos los convivientes se someterán voluntariamente a la celebración de esta convención, fácil y sencilla sería su aplicación.

El problema surge cuando hay convivientes que no quieran o no puedan celebrar el acuerdo,³² ante lo que cabe preguntarse: ¿Cómo se enfrentará el conflicto patrimonial de esas uniones de hecho? Pues bien, la ley 20.830 omite dichas circunstancias, y es por ello, por lo que es necesario realizar el recorrido anterior para definir si las uniones de hecho pueden considerarse como fuentes de obligaciones o *ex variis causarum figuris*, en términos de Gayo.

Frente a esto, se sostiene que la comunidad de bienes puede tener su origen en las uniones de hecho o en las relaciones de convivencia, independiente de algunos de los requisitos que la jurisprudencia nacional ha mencionado como necesarios para su reconocimiento³³, y ello también independiente de la ley que busca como salida a estos conflictos patrimoniales que pudieren presentarse entre los convivientes considerando la existencia de una comunidad de bienes sólo si las partes lo pactan. Finalmente, lo que se busca es determinar la causa que motiva u origina las obligaciones que se deben los cohabitantes, si esa causa es el simple hecho de la avenencia, o bien, si se requiere la concurrencia de otros presupuestos establecidos en la jurisprudencia.

32 Puesto que para su celebración se requiere de la concurrencia de ciertos requisitos a saber: conforme al art. 5 inciso segundo del Proyecto de Ley del acuerdo de vida en pareja y de los convivientes civiles, que estos no podrán encontrarse unidos por vínculo matrimonial no disuelto ni por acuerdo de vida en pareja vigente. Quizás forzoso resulta hacer un paragón, pero no se puede olvidar lo expuesto por Andrés Bello en el Mensaje del Código Civil a propósito del dominio que: "...caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos...". La existencia de una Ley de Matrimonio Civil que consagra el divorcio vincular y la existencia de una ley que regula la convivencia entre dos personas, no obliga a que las personas regulen de manera ordenada su situación afectiva y patrimonial. Ello constituye una ilusión o fantasía para quienes legislan.

33 La jurisprudencia ha sostenido que los requisitos para estar ante una comunidad de bienes este convivientes deben cumplirse y probarse los siguientes requisitos: a) Existencia de bienes; b) Existencia de una unión de hecho entre los comuneros (convivientes); c) Realización de aportes de ambos comuneros; d) Acreditar que los bienes fueron adquiridos durante el periodo que se mantuvo la convivencia; e) No encontrarse casado con una tercera persona bajo el régimen de sociedad conyugal, y f) Que sea declarada judicialmente.

3. EL ESCENARIO LATINOAMERICANO ACERCA DE LAS UNIONES DE HECHO

Ha sido interesante examinar la normativa que ofrece el derecho en la región, siendo Chile el único país de Latinoamérica que renuncia a regular y finalmente reconocer de manera acabada que de las uniones de hecho también nacen derechos y obligaciones.

En Centroamérica, no se ha dejado escapar la oportunidad de regular este tipo de uniones, recociéndolas y regulando sus consecuencias jurídicas en sus respectivas constituciones políticas³⁴.

En este trabajo se han distinguido tres criterios para abordar las tesis adoptadas por los países latinoamericanos acerca de las uniones de hecho, estos son un primer criterio de equiparación entre el matrimonio y las convivencias estables; un segundo criterio objetivo que establece un determinado plazo para brindar protección a las uniones de hecho, y, por último, un criterio alternativo que recoge una acción específica que protege las relaciones de hecho frente a eventuales conflictos derivados de su quiebre o terminación.

3.1. Criterio de equiparación entre matrimonio y uniones de hecho

Diferentes legislaciones han adoptado una actitud equiparadora entre las uniones de hecho y el matrimonio. Las razones para ello son múltiples, pero principalmente busca conciliar el derecho a formar una familia sin necesidad de recurrir a un modelo normativo, pero que igualmente es digno de protección, pues en ellas -las familias- son centro de relaciones afectivas y, además son el primer ambiente donde niños, niñas y adolescentes desarrollarán sus vínculos socioafectivos, lo que es merecedor de protección jurídica.

34 En este sentido véase la Constitución Política de la República de El Salvador artículo 33; asimismo, en la Constitución Política de Honduras artículo 112; luego, en la Constitución Política de Nicaragua véase el artículo 72; también, véase el artículo 58 de la Constitución Política de Panamá, y en la Constitución Política de Guatemala, véase el artículo 48.

Con este razonamiento se distinguen en nuestra región a Venezuela, Bolivia, Brasil y Paraguay.

El Código Civil de Venezuela³⁵, también presume la comunidad entre convivientes, pero a diferencia de Argentina y Colombia, si uno de los convivientes tiene matrimonio vigente, la comunidad no se forma. Luego, el Código de la Familia de Bolivia, es bastante completo en la reglamentación de las uniones conyugales libres o, de hecho. Puesto que dispone toda una normativa referente a las uniones indígenas, uniones sucesivas y uniones irregulares, no obstante, la regla general sostiene que “Las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compatible con la naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación”³⁶. Por su parte, la unión estable en Brasil es considerada una entidad familiar y en cuanto a sus bienes se entiende que se forma una comunidad parcial de bienes³⁷. Ahora bien, si están impedidos de casarse dicha unión se entiende que forma un concubinato³⁸. En Paraguay igualmente el Código Civil las establece y las denomina uniones de hecho, éstas producen los mismos efectos que el matrimonio³⁹.

35 Artículo 767: “Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado”.

36 Artículo 159.

37 Artículos 1.723 y 1.725 del Código Civil de Brasil.

38 Art. 1.727 del Código Civil de Brasil “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

39 Artículo 220 del Código Civil de Paraguay: “La unión concubinaria, cualquiera sea el tiempo de su duración, podrá dar lugar a la existencia de una sociedad de hecho, siempre que concurren los requisitos previstos por este Código para la existencia de esta clase de sociedad. Salvo prueba contraria, se presumirá que existe sociedad toda vez que las relaciones concubinarias hayan durado más de cinco años”. Luego dispone en el artículo: “La sociedad de hecho formada entre concubinos se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones que regulan

3.2. Criterio objetivo: se exige un periodo de tiempo de las uniones de hecho para brindar protección

Se han analizado legislaciones que adoptan un criterio objetivo el que responde a la necesidad de acreditar el tiempo que han durado las uniones de hecho o relaciones de convivencias para reconocer los mismos derechos que los de un matrimonio.

Con este criterio se reconocen las legislaciones de Argentina, Colombia y Uruguay.

Y así se debe destacar que, por ejemplo, en Argentina⁴⁰, se han resuelto estos conflictos estableciendo una presunción consistente en que si la convivencia se ha mantenido durante un cierto lapso se entiende incluso que el conviviente excluye al cónyuge supérstite en los derechos a la pensión. En Colombia se establece la presunción, de acuerdo con la existencia de cierto lapso e independiente de la existencia de un matrimonio, declarando que entre los compañeros permanentes se podrá formar una sociedad patrimonial, y la única advertencia es que, si uno o ambos convivientes tienen sociedad conyugal con una tercera persona, esta sociedad debe estar

la comunidad de bienes matrimoniales. El carácter de comunes que revistan los bienes que aparezcan registrados como pertenecientes a uno solo de los concubinos, no podrá ser opuesto en perjuicio de terceros acreedores³⁷.

40 ¹ Ley N°23.570, de 1988. Derecho a pensión. Convivientes en aparente matrimonio, 25 de julio de 1988, artículo 1°, inciso primero.

disuelta y liquidada por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho⁴¹. En el mismo sentido lo ha previsto la unión concubinaria⁴² de Uruguay.

Luego, no se puede dejar de mencionar lo que sucede en Costa Rica en el artículo 242 del Código de la Familia se regulan las uniones de hecho, y se sostiene que después de un periodo de tiempo esta surtirá los mismos efectos que un matrimonio⁴³. Asimismo, México consagra el derecho a suceder que

41 Ley N°54, de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, 28 de diciembre de 1990, artículo 2° modificado por la Ley N°979, de 2005. El Artículo 1°: “A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

Agrega el artículo 2°: “Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;
- b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inicio la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.

2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo”.

42 Ley 18.246, de 2008. Señala en el artículo 1°. (Ámbito de aplicación). - “La convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a las uniones de hecho no reguladas por ésta”. Luego, agrega en los incisos segundo y tercero del artículo 5° lo siguiente: “El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria. Constituida esta sociedad de bienes, se disuelve la sociedad conyugal o la sociedad de bienes derivada de concubinatio anterior que estuviere vigente entre uno de los concubinos y otra persona”.

43 Artículo 242 del Código de la Familia de Costa Rica: “La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios de matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa”.

tienen los concubinos de acreditarse un lapso⁴⁴. Los casos anteriormente relatados se diferencian de lo que ocurre en la legislación nacional, que no dispone ninguna norma al respecto y donde, además, la jurisprudencia ha sido clara en sostener que el concubinato no constituye presunción de comunidad⁴⁵. Luego, agregar que en la tramitación de la ley 20.830, se exigía en forma enfática que el vínculo formado entre personas convivientes se probase por cualquier medio de prueba, sin establecer como condición un período mínimo o máximo de convivencia⁴⁶.

3.3. Criterio alternativo para la solución de los conflictos de las uniones de hecho o relaciones de convivencia

Por último, cabe mencionar legislaciones que adoptan las dos tesis anteriores, pero que además tienen la novedad de incorporar una acción especial para demandar los perjuicios sufridos producto de la ruptura de una unión convivencial estable.

Artículo 243: “Para los efectos indicados en el artículo anterior, cualquiera de los convivientes o sus herederos podrá solicitar al Tribunal el reconocimiento de la unión de hecho. La acción se tramitara por la vía del proceso abreviado, regulada en el Código Procesal Civil, y caducara en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante”.

Artículo 244: “El reconocimiento judicial de la unión de hecho retrotraerá sus efectos patrimoniales a la fecha en que se inició esa unión”.

44 Artículo 1.635 del Código Civil mexicano: “La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará”.

45 Corte Suprema, Rol N°6365-2008, 10 de noviembre de 2009. En oposición véase el fallo Corte Suprema, Rol N°13.242-2022, 4 de noviembre de 2022, en el que se reconoce en el considerando 9° que: “...el concubinato resulta ser una base empírica que propicia el desarrollo unificado de la gestión patrimonial entre los integrantes de la pareja de vida, particularmente, si como ocurre en el presente caso, tenían una hija común”. Continúa el fallo en el considerando 10° señalando que: “...se permite configurar una presunción judicial en cuanto a la existencia de una comunidad patrimonial, particularmente si, como ocurre en la especie, la relación entre los convivientes se prolongó durante más de 15 años, presunción que, unida a otras pruebas puede conducir al establecimiento de tal comunidad”.

46 BCN (2013), p. 48, en la intervención del Movimiento de integración y Liberación Homosexual, en el mismo sentido opinó la representante de la Corporación Humanas, p. 51.

Con este razonamiento destacan las legislaciones de Ecuador⁴⁷ y Perú⁴⁸ entienden que las uniones de hecho entre un hombre y una mujer que se encuentran libres de unión matrimonial con otra persona, bajo cierto lapso y condiciones, generan los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas por matrimonio incluso en lo relativo a la sociedad conyugal. Una novedad consagra el inciso cuarto del artículo 326 del Código Civil peruano al establecer la acción de enriquecimiento sin causa a los convivientes que no reunieren los requisitos establecidos en la norma para entender que se forma una unión de hecho y una sociedad de gananciales.

En conclusión, lo que se advierte es que las legislaciones han separado las nociones de familia y matrimonio⁴⁹. Y ello inició que se optara directamente por el reconocimiento del matrimonio igualitario⁵⁰, no olvidar que gran parte del problema se centra en la posibilidad de acceder a un sistema jurídico similar al matrimonio, especialmente para parejas del mismo sexo.

47 Véase el título VI, Libro I, artículos 222 a 232 del Código Civil de Ecuador llamado de las Uniones de Hecho; asimismo véase a MARTÍNEZ (2017), p. 16 señala: “Como resultado de la vigencia del concubinato en la realidad social, el Derecho en Ecuador y a nivel global se vio obligado a regularlo con normas similares o iguales a las prescritas para el matrimonio, por lo cual mantiene un status jurídico equivalente a este, que lo convierte, no en una unión de hecho, sino en una unión de Derecho, aplicable incluso para las parejas homosexuales”.

48 Artículo 326 Código Civil peruano.

49 ZÚÑIGA y TURNER (2013), pp. 284-285; en España se ha dispuesto por GETE-ALONSO (2018), pp. 808-809 sostiene lo siguiente: “En todo caso, después de la STC 93/2013 de 23 de abril, está claro que para la constitución de la pareja se exige la voluntad expresa de las partes pues (FJ 7) <<(...) la relación more uxorio se basa precisamente en una decisión libre de los convivientes de mantener una relación en común, no necesariamente formalizada jurídicamente, que, como regla de principio, excluye el estatus jurídico imperativo de derechos y obligaciones característicos de la institución matrimonial (...) la atribución ex lege de la condición de pareja estable por la mera concurrencia de alguna de tales circunstancias, dando lugar a una calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho, a la que se asociará la aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal, prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes (...) no resulta respetuosa del derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE. Únicamente resultaría acorde con tal derecho y respetuoso de la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter dispositivo (...)>>”.

50 En Chile el 10 de marzo del año 2022 se publicó la ley 21.400, que modificó el Código Civil y la ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilitar el matrimonio igualitario.

Una de las iniciativas más influyentes y audaces fue el denominado pacto civil de solidaridad y concubinato francés⁵¹. En Francia, existe la posibilidad de regular el orden familiar de tres formas, optando por la unión libre, el pacto de solidaridad, o bien el matrimonio igualitario⁵². Por otro lado, en Italia, el año 2016 se reglamentaron las uniones civiles con un régimen comunitario de bienes⁵³, no obstante, es importante señalar que mantiene la independencia respecto de las normas del matrimonio, las que únicamente se aplican para efectos de asegurar el cumplimiento de los derechos y deberes⁵⁴.

Lo cierto es la legislación nacional debe adecuarse al panorama latinoamericano, pues hoy en día es el único país que se encuentra en un plano de retraso ante el reconocimiento de las uniones de hecho y las comunidades de bienes que se forman en los hechos.

4. LAS UNIONES DE HECHO COMO PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD

La jurisprudencia nacional ha excluido que las relaciones de convivencia o uniones estables sean fuente de obligaciones o particularmente que sean fuentes de comunidad. Y así han señalado que la convivencia no constituye presunción de comunidad de bienes, y, por tanto, por sí misma no es suficiente para generar derechos y obligaciones.

51 Ley 99-944 de 15 de noviembre de 1999 que modifica el Code Civil e introduce en el libro I un título denominado *Du pacte civil de solidarité et du concubinage*. Lo define en el artículo 515-1 del Code de la siguiente manera: “Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeurs, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune”.

52 BORILLO (2014), p. 541, sostiene lo siguiente: “La coexistencia de tres formas jurídicas de cohabitación se encuentra justificada por los diferentes grados de compromiso que las parejas -que optan por una u otra de dichas formas- desean para la organización de su vida en común. La jerarquía entre la unión libre, el PaCs y el matrimonio se corresponde con la manera más o menos pública con la que los individuos entienden organizar su vida familiar. A mayor grado de publicidad, mayor grado de formalidad y más derechos, pero también un número más importante de obligaciones y una mayor estabilidad”; también puede verse el proceso de este reconocimiento a través de la jurisprudencia francesa, véase en CARRAUD (1936), pp. 72 y ss.

53 Artículo 13 de la Ley 76, de 2016.

54 Artículo 20 de la Ley 76, de 2016; asimismo véase en MASCIA (2006), pp. 68-70.

Para acreditarse la comunidad de bienes es necesario que se cumplan los requisitos o condiciones que son los que conforman la comunidad de bienes, según la propia jurisprudencia. Estos son: a) existencia de bienes; b) existencia de una unión de hecho entre los comuneros (convivientes); c) Realización de aportes de ambos comuneros; d) Acreditar que los bienes fueron adquiridos durante el periodo que se mantuvo la convivencia; e) No encontrarse casado con una tercera persona bajo el régimen de sociedad conyugal, y f) Que sea declarada judicialmente.

4.1. Tesis de la jurisprudencia nacional

La jurisprudencia nacional desde el siglo XIX ha enfrentado y resuelto los conflictos que nacen en el momento de la ruptura de una unión de hecho, bien sea que la ruptura se deba al quiebre de la relación o bien al fallecimiento de uno de los convivientes.

El problema giró en torno a la distribución de los bienes, pues con el producto del trabajo de ambos convivientes se enriquecía el patrimonio de uno, lo que era lógico, pues no existía un sistema económico para aquellas familias que se formaban de hecho.

Entonces, cómo resolver los conflictos económicos derivados del quiebre cuando ambos convivientes habían participado en la creación de la familia y en la formación del patrimonio familiar.

En un comienzo se sostuvo que, al término de una relación de convivencia, bien sea por separación o fallecimiento, debía remunerarse los servicios prestados por uno de los convivientes al otro⁵⁵, también se llegó a sostener la existencia de un cuasicontrato innominado⁵⁶. Más adelante se sostuvo el reconocimiento de una sociedad de hecho y, finalmente la gran mayoría acoge la existencia de una comunidad de bienes entre los convivientes, pero

55 CORTE SUPREMA (1904), pp. 277-281.

56 CORTE SUPREMA (1920), pp. 256-260.

cumplíendose los requisitos que la misma jurisprudencia señala. Una postura que en Chile no ha tenido reconocimiento, pero si en derecho comparado es aquella que señala que las consecuencias patrimoniales deben afrontarse desde la reparación del enriquecimiento sin causa⁵⁷.

4.2. Las uniones de hecho como fuentes de comunidad

La jurisprudencia nacional ha resuelto considerar que al término de una convivencia entre dos personas se forma un cuasicontrato de comunidad de bienes, o bien una sociedad de hecho, lo que es indiferente en cuanto a los efectos de uno u otro, concurriendo una serie de requisitos, que la misma jurisprudencia se encarga de señalar. Faltando cualquiera de las condiciones no se forma una comunidad de bienes o de una sociedad de hecho⁵⁸.

57 Principalmente el reconocimiento de esta postura se encuentra en la Corte de Casación francesa y en el Tribunal Supremo español. El primero fue un fallo de fecha 19 de mayo de 1969, en el que se acogió la demanda de la concubina, la que al término del concubinato que se prolongó por 5 años colaboró con su concubino en la atención del café, no siendo remunerada (Citado por RAMOS PAZOS (2007), p. 636. Sin embargo, en Francia la ley de 15 de mayo de 1999 reguló el “Pacto Civil de Solidaridad” el que adopta el régimen de comunidad de bienes. Por otro lado, el Tribunal Supremo español ha recurrido al enriquecimiento sin causa, para obtener una indemnización, siempre que el aumento patrimonial obtenido durante los años de convivencia se deba en parte a la colaboración del compañero, mientras que el empobrecimiento de éste derive de la no retribución por trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales y en la atención doméstica del mismo. Véase en ARREDONDO ESPINOZA (2013), p. 32 y en DONOSO VERGARA y RIOSECO LÓPEZ (2007), pp. 32-33. Se debe mencionar, no obstante, que el Tribunal Supremo español a pesar de recibir demandas que reclamen la formación de una copropiedad o bien aportaciones a una sociedad universal, la jurisprudencia sigue la línea de conceder una indemnización a cargo del que la origina, fundada en la idea del enriquecimiento sin causa, véase en DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2013), p. 67.

58 Véase DONOSO VERGARA y RIOSECO LÓPEZ (2007), pp. 53-63; también en ARREDONDO ESPINOZA (2013): p. 52; la jurisprudencia lo considera en Corte Suprema, Rol N°856-2009, de fecha 12 de agosto de 2010.

Si bien los efectos del reconocimiento de una comunidad de bienes o bien la formación de una sociedad de hecho son los mismos⁵⁹, en cuanto a los requisitos particulares de uno y otro difieren absolutamente si se analizan las instituciones de manera independiente.

Se debe recordar que la comunidad de bienes tiene reconocimiento primero, como cuasicontrato, al ser mencionado en el artículo 2.285 del Código Civil, y luego se regula de manera orgánica en el párrafo tercero del título XXXIV del libro IV entre los artículos 2.304 a 2.313. Se señala que la comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato. Se entiende por cuasicontrato un hecho voluntario, lícito y no convencional que genera obligaciones⁶⁰. El código se refiere en diversas normas a situaciones que dan origen a una comunidad de bienes, a modo ejemplar a propósito de una sucesión hereditaria, en la accesión de bienes muebles a muebles, al momento de disolverse la sociedad conyugal, entre otros casos. Por tanto, lógico es pensar que cada vez que un hecho voluntario de una parte o varias, siendo lícito y no convencional, que genere obligaciones forme un cuasicontrato. Y particularmente será una comunidad de bienes si se reúnen los requisitos del artículo 2.304.

Por otro lado, se entiende que se estará en presencia de una sociedad de hecho cuando esta no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, permitiendo a cada uno de los socios pedir que se liquiden las operaciones en que participaron y retirar sus aportes⁶¹.

59 Postura sostenida y apoyada por BARRIENTOS GRANDÓN (2009), p. 69-71, se apoya en jurisprudencia que sienta como pauta la indiferencia de la distinción entre la comunidad de bienes y la sociedad de hecho. En oposición ARREDONDO ESPINOZA, Danilo (2013), p. 59-62.

60 Véase, FUEYO LANERI (1958), p. 47; PESCIO (1961), p. 19; ABELIUK (2003), p. 170; ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2004), p. 55; BARCIA LEHMANN (2007), p. 223; en oposición a esta concepción véase a RIPERT y BOULANGER (1965), p. 217, para quien los cuasicontratos son hechos involuntarios e ilícitos.

61 Inciso primero del art. 2.057 Código Civil.

No obstante, lo mencionado precedentemente llama la atención que la jurisprudencia nacional demande la concurrencia de requisitos específicos para que se forme la comunidad de bienes, y particularmente los que dicen relación con los aportes que deben efectuar los comuneros o convivientes y con la exigencia de no encontrarse casado con una persona bajo el régimen de sociedad conyugal. Puesto que para estar en presencia de una comunidad de bienes lo preponderante es que las partes tengan derechos de idéntica naturaleza y que no hayan pactado ninguna forma de administración. La exigencia de realizar aportes sería propia cuando la solución dada sea la existencia de una sociedad de hecho, mas no de una comunidad de bienes.

Sin perjuicio que la formación de un cuasicontrato de comunidad o el reconocimiento de una sociedad de hecho sea la solución dada por la jurisprudencia, es curioso, pues, como se expresó precedentemente, se reconocen diferencias sustanciales entre ellas⁶². Seguidamente, no es procedente utilizar la palabra cuasicontrato, pues no es la expresión más acertada.

5. CONCLUSIONES

En Derecho Romano, todos aquellos hechos que creaban obligaciones, que no podían ser consideradas como contratos o delitos, se enmarcaban como *ex variis causarum figuris* (hoy esta tendencia la continúa el Código Civil italiano en su artículo 1.173 que reconoce como fuente de obligaciones cualquier acto o contrato idóneo capaz de producirlas, en conformidad al ordenamiento jurídico). Y desde ahí la importancia de estudiar estos hechos como fuentes o causas. Lo anterior obedece a confrontar problemas actuales y afrontar los desafíos que representan para el derecho actual con el análisis de una categoría que proviene desde el Derecho romano y que ha tenido distintas transformaciones a lo largo de la historia.

62 ARREDONDO ESPINOZA (2013), p. 61 las principales diferencias dicen relación con el origen para que se forme cada una de estas instituciones y la segunda diferencia sustancial dice relación con el pasivo y la responsabilidad de las obligaciones contraídas con terceros.

Se trata de un hecho espontáneo que nace de forma voluntaria y que acompañan el análisis de una situación legal o de derecho, el matrimonio y el acuerdo de unión civil. Esta institución espejo –unión de hecho– se encuentra subordinada a la situación de derecho. Figura tan despreciada por códigos y doctrinas, al lado de su referente.

Es así como las uniones de hecho o relaciones de convivencia deben ser consideradas por sí mismas como hechos generadores de derechos y obligaciones. Y reconocer la validez a diversos hechos jurídicos, de la naturaleza más amplia, los que en varias ocasiones se entremezclan con diversos factores, pero que por sí mismos gozan de la aptitud de hacer nacer obligaciones. Por ello, se hace necesario reestructurar el sistema del acuerdo de unión civil e incorporar una norma que le confiere validez a las uniones de hecho, tal como lo ha hecho todo el sistema jurídico latinoamericano.

Puesto que el Derecho es regulador de la vida social y, por tanto, debe registrar y abrigar nuevas formas de generar derechos y obligaciones, y para ello concebir que las uniones de hecho son creadoras de obligaciones tal como lo son el acuerdo de unión civil y el matrimonio.

Desde ya invito a despojarse de la concepción de Napoleón aún radicada en nuestra legislación y abrir los brazos a un sistema amplio de reconocimiento de las uniones de hecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK, René (2003): *Las Obligaciones*, cuarta edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

AEDO BARRENA, Cristián y MONDACA MIRANDA, Alexis (2011): “Regulación de las parejas de hecho: sobre por qué no equipararlas al matrimonio. Una reflexión desde el caso español”, en: Estudios de Derecho Civil Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009, pp. 271-288.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (2004): Tratado de las Obligaciones, segunda edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), volumen I.

ÁLVAREZ NÚÑEZ, Carlos (1968): “Algunas consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato”, en: Revista de Derecho Universidad de Concepción, (Nº 143, año XXXVI), pp. 5-31. Disponible en https://www.revistadederecho.com/info_revista.php?id_revista=143. [Fecha de última consulta 13.2024].

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2011): El matrimonio en Plauto: Problemas relativos a la familia romana en el siglo II a.C. a través de la comedia (Berlín, Editorial Académica Española).

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (1952): Instituciones de Derecho Romano (Traducc. José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Editorial Depalma).

ARREDONDO ESPINOZA, Danilo (2013): Situación de los Bienes Adquiridos en Unión de Hecho (Santiago, Editorial El Jurista).

BARBERO, Domenico (1967): Sistema del Derecho Privado. Obligaciones (Traducc. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América), tomos III y IV.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2007): Lecciones de Derecho Civil chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2009): *De las Uniones de Hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, segunda edición (Santiago, Legal Publishing Chile).

BCN (2013): “Historia de la ley 20.830”, en: Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 48-90. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/3990/HLD_3990_43cf2b7dff4f8dc8560dacd1a1d451c.pdf. [Fecha de última consulta: 13 de marzo de 2024].

BELLO, Andrés (1981): *Obras completas, Derecho Romano*, segunda edición facsimilar (Caracas, Fundación La Casa de Bello), tomo XVII.

BETTI, Emilio (1970): *Teoría general de las obligaciones* (Traducc. José Luis De Los Mozos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), tomo II.

BORILLO, Daniel (2014): “Uniones libres, convivenciales y conyugales en el Derecho francés”, en: *Revista de derecho privado y comunitario* (Vol. N°3), pp. 523-545.

CARRAUD, Marcellin (1936): “De la liquidation des biens a la cessation du concubinage”. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Université de Dijon. Disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9807001b/f5.item.texteImage> [Fecha de última consulta: 13.03.2024].

COING, Helmut (1996): *Derecho Privado europeo* (Traducc. Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado), tomo I.

CORTE SUPREMA (1904): “Díaz Vargas con Carvajal”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año II, pp. 277-281.

CORTE SUPREMA (1920): “Alarcón con Galdames”, en: *Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo XIX, pp. 256-260.

CORTE SUPREMA (2007): “Gerardo Cancino Espinoza y otros con Empresa de Servicios Sanitarios del Maule (Essam S.A.)”, en: Tratado de Jurisprudencia y Doctrina, Acto jurídico, obligaciones y contratos, pp. 138-143.

COURT, Eduardo (2009): Curso de Derecho de Familia. Matrimonio - regímenes matrimoniales- uniones de hecho (Santiago de Chile, Legal Publishing).

COVIELLO, Nicolas (1949): Doctrina general del Derecho Civil (Traducc. Felipe de J. Tena, México, Unión tipográfica editorial hispano-americana).

DE DIEGO, Clemente (1929): Instituciones de Derecho Civil español, (Madrid, Imprenta de Juan Pueyo) tomo I.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2013): Sistema del Derecho Civil. Derecho de Familia, undécima edición (Madrid, Editorial Tecnos), vol. IV, tomo I.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1992): “Comentario de Jurisprudencia. Precario. Comodato precario. Convivencia. Prueba del dominio” en: Revista de Derecho Universidad de Concepción, (Nº192), pp. 211-213.

DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés (2007): El concubinato ante la jurisprudencia chilena (Santiago, LexisNexis).

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2011): “El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio”, en: Estudios de Derecho Civil Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009, pp. 67-83.

FUEYO LANERI, Fernando (1958): Derecho Civil. De las obligaciones (Santiago, Roberts y Cía. Ltda., Editores), primer volumen, tomo IV.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso (1987): *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (Traducc. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, Jaime Molinas, Editor-Consejo de Ciento).

GETE-ALONSO, María del Carmen (2018): “Registros y relaciones económicas entre cónyuges y miembros de parejas estables” en: *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, directores Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 795-814.

GIORGI, Jorge (1930): *Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno*, segunda edición. (Madrid, Editorial Reus S.A.).

GUZMÁN BRITO, Alejandro (1996): *Derecho Romano Privado* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) tomo I.

HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2011): “Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo en el Estado democrático de derecho”, en: *Estudios de Derecho Civil Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009*, pp. 235-269.

KASER, Max (1968): *Derecho Romano Privado*, quinta edición (Traducc. José Santa Cruz Tejeiro, Madrid, Editorial Reus S.A.).

LEPÍN, Cristian (2014): “Los nuevos principios del derecho de familia” en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 23), pp. 9-55.

LÓPEZ DIAZ, Carlos (2005): *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, tercera edición (Santiago, Chile, Librotecnia), tomo I.

MASCIA, Alberto (2006): *Famiglia di Fatto: riconoscimento e tutela*, (Mantelica, Halley Editrice SRL).

MARTÍNEZ, Juan (2017): “El concubinato: concepción social y jurídica como alternativa válida al matrimonio y su inclusión como unión de derecho en Ecuador”, en: Revista Interdisciplinaria de Investigación Espirales (Nº6).

MARTINIC GALETOVIC, María Dora (1991): “El concubinato y figuras afines: Un caso de marginalidad jurídica”, en: Familia y Personas, pp. 65-81.

MEDINA, Graciela (2016): “Principios del derecho de Familia”, en: Revista Jurídica Argentina La Ley, pp. 101-118.

MEZA BARROS, Ramón (1979): Manual de Derecho de la Familia, segunda edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

PESCIO, Victorio (1961): Comentario acerca de las fuentes de las obligaciones, de la voluntad unilateral y la teoría del contrato en el Derecho civil chileno y comparado (Valparaíso, Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso).

QUINTANA VILLAR, María Soledad (2013): Derecho de Familia (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

RAMOS PAZOS, René (2007): Derecho de Familia, quinta edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1965): Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol. Obligaciones, segunda parte (Traducc. Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley), tomo V.

RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2018): Manual de Derecho de Familia (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SAMPER, Francisco (2000) Instituciones Jurídicas de Gayo. Texto y traducción (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SAMPER, Francisco (2012): Derecho Romano, tercera edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

SCHIPANI, Sandro (2010): “Reconocimiento del subsistema latinoamericano, interpretación sistemática y unificación del derecho”, en: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Volumen N°149), pp. 413-430.

SCIALOJA, Antonio (1927): Saggi di vario diritto (Roma, Società editrice del foro italiano).

TURNER SAELZER, Susan (2005) “Sentencia sobre los efectos de la terminación de una unión more uxorio y su relación con régimen matrimonial vigente (Corte Suprema)”, en: Revista de Derecho Valdivia (vol. 18, N° 2), pp. 233-244.

TURNER SAELZER, Susan (2011): “Tendencias constitucionales relativas a la protección de la familia”, en: Estudios de Derecho Civil Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009, pp. 43-56.

TURNER SAELZER, Susan (2011): “Uniones de hecho y su regulación legal”, en: Estudios de Derecho Civil Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009, pp. 225-234.

WATKINS SEPÚLVEDA, Ana María (1991): Divorcio o Hipocresía Legal, (Santiago, Editorial e Impresora Alborada S.A.).

ZÚÑIGA, Yanira y TURNER, Susan (2013): “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección (N°2), pp. 269-301.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil de Brasil.

Código Civil de Chile.

Código Civil de Ecuador.

Código Civil de Italia.

Código Civil de México.

Código Civil de Paraguay.

Código Civil de Perú.

Código Civil de Venezuela.

Código de la Familia de Bolivia.

Código de la Familia de Costa Rica.

Código del Trabajo de Chile.

Código de Procedimiento Civil de Chile.

Código Orgánico de Tribunales de Chile.

Código Procesal Penal de Chile.

Constitución Política de la República de Chile.

Decreto Ley N° 3.500, que establece un sistema de pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivencia derivado de la capitalización individual obligatoria en una administradora de fondos de pensiones (AFP). Diario Oficial, 13 de noviembre de 1980.

Ley 54, define las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Gaceta Oficial de la República Italiana, 28 de diciembre de 1990.

Ley 76, introdujo en el ordenamiento italiano las uniones civiles. Gaceta Oficial de la República Italiana, 20 de mayo de 2016.

Ley 99-944, que modifica el Code Civil e introduce en el libro I un título denominado Du pacte civil de solidarité et du concubinage. Diario Oficial de la República Francesa, 15 de noviembre de 1999.

Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Diario Oficial, 5 de octubre de 1962.

Ley N°15.386, sobre la revalorización de pensiones. Diario Oficial, 11 de diciembre de 1963.

Ley N°16.744, establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Diario Oficial, 1 de febrero de 1968.

Ley N°18.246, reconoce derechos y obligaciones a quienes hayan convivido en unión concubinaria. Diario Oficial, 10 de enero de 2008.

Ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad. Diario Oficial, 17 de mayo de 1984.

Ley N°18.490, establece seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados. Diario Oficial, 4 de enero de 1986.

Ley N° 19.585, Modifica el código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario Oficial, 26 de octubre de 1998.

Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia. Diario Oficial, 30 de agosto de 2004.

Ley N° 20.066, establece ley de violencia intrafamiliar. Diario Oficial, 7 de octubre de 2005.

Ley N° 20.830, que crea el acuerdo de unión civil. Diario Oficial, 21 de abril de 2015.

Ley N° 21.150, modificó la Ley 20.530 y crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Diario Oficial, 16 de abril de 2019.

Ley N° 21.400, que modificó el Código Civil y la ley de Matrimonio Civil. Diario Oficial, 10 de marzo del año 2022.

Ley N° 23.570, sobre las jubilaciones y pensiones, y al derecho a pensión del viudo o viuda y del conviviente. Boletín Oficial, 25 de julio de 1988.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de julio de 1989, rol N°13595-1989.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 11 de abril de 2004, rol N°1895-2020.

Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de noviembre de 2009, rol N°6365-2008.

Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de agosto de 2010, rol N°856-2009.

Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de noviembre de 2022, rol N°13.242-2022.

EL DELITO DE BENEFICIO CLANDESTINO DE GANADO¹

THE CRIME OF CLANDESTINE PROCESSING OF LIVESTOCK ANIMALS

Gonzalo Bascur Retamal*


Resumen

El texto realiza un análisis dogmático del tipo delictivo previsto en el artículo 3 de la ley 11.564, focalizado en castigar la actividad de procesamiento ilegal de carne de ganado para su comercialización con fines de alimentación humana en todas sus etapas, ofreciendo una propuesta interpretativa de su contenido, con especial énfasis en sus condiciones de aplicación y en las consecuencias jurídicas que implica su perpetración.

Palabras clave

Derecho penal, delitos contra la salud pública, delitos de peligro, leyes penales especiales.

¹ Artículo recibido el 05 de marzo de 2024 y aceptado el 06 de junio de 2024.

* Abogado U. de Talca. Magíster en Derecho Penal por la U. de Talca y U. Pompeu Fabra. Profesor de Derecho Penal de la U. Austral de Chile, Puerto Montt, Chile.  0000-0003-1149-1012. Dirección postal: Vía Azul, N°950, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: gonzalo_bascur@hotmail.com.

Abstract

The text makes a dogmatic analysis of the criminal offense provided for in article 3 of law N°11.564, focused on punishing the activity of illegal processing of cattle meat for its commercialization for human food purposes in all its stages, offering an interpretative proposal of its content, with special emphasis on its conditions of application and on the legal consequences of its perpetration.

Keywords

Criminal law, crimes against public health, dangerous crimes, special criminal laws.

1. INTRODUCCIÓN

Luego de casi 70 años de vigencia, la Ley 11.564, publicada el 17 de agosto de 1954,² continúa siendo intensamente aplicada en la praxis,³ aunque ha sido prácticamente relegada al olvido por la dogmática nacional.⁴ El presente texto contribuye a subsanar dicha omisión.

Este cuerpo normativo, en su artículo 3, tipifica una serie de comportamientos vinculados a la actividad de “beneficio clandestino”, todos destinados a sancionar el fenómeno del faenamiento ilegal de carne de ganado.⁵ En lo que sigue, se realiza una propuesta de interpretación sobre los aspectos que consideramos fundamentales para la aplicación de la disposición, esto es, cuestiones relativas a la subsunción (tipo objetivo y accidentes del delito), imputación (tipo subjetivo) y concernientes a la sanción (pena y concursos),

2 Las referencias sobre articulado se comprenden efectuadas a este cuerpo legal, salvo que expresamente se indique lo contrario.

3 Una búsqueda superficial de la materia en el repositorio institucional del Poder Judicial arroja casi 300 sentencias dictadas sobre este asunto, en su mayoría, por Juzgados de Garantía en procedimientos simplificados auto-incriminatorios (artículo 395 del Código Procesal Penal, CPP).

4 Más allá de la tesis de FIGUEROA (2016), y de breves referencias en BALMACEDA (2021), pp. 837-839, y en MATUS y RAMÍREZ (2015), pp. 101-102, hasta donde alcanzamos a ver, no se advierten estudios en la materia.

5 FIGUEROA (2016), p 30.

todo ello presentado bajo el esquema tradicional de exposición de la parte especial, empleando principalmente el método dogmático-jurídico, examinándose la normativa desde una perspectiva exegética y valiéndose también de consideraciones lógico-jurídicas.

Ahora bien, una interpretación armónica de los artículos 1, 2 y 4 permite comprender que se denomina “beneficio” a la matanza de ganado ejecutada con fines de comercialización. Y por “beneficio clandestino”, el ejecutar dicha conducta con infracción a la normativa administrativa que rige la materia, en el sentido de realizarse fuera de los locales o establecimientos autorizados legalmente (artículo 2). Luego, según el artículo 1 inciso 1°, un “matadero clandestino” sería “todo local o establecimiento en que se realice el beneficio habitual de animales [...] y cuya instalación se hubiere efectuado sin las autorizaciones legales correspondientes”.⁶ En definitiva, se trata de un cuerpo normativo breve, integrado por 8 disposiciones, todas orientadas a la sanción de conductas relativas a la comercialización ilegal de un tipo específico de alimento (carne de ganado) al margen de la regulación administrativo-sanitaria aplicable.

Por lo anterior, es relevante la normativa extrapenal que regula esta actividad, en la medida que la relación de accesoriedad entre el derecho penal y el derecho administrativo, implica en este contexto que este último tiene capital relevancia interpretativo-contextual en la aplicación del primero.⁷ En este sentido, el Decreto Supremo N°94, del año 2008, del Ministerio de Agricultura (en adelante: DS 94),⁸ en su artículo 1, 1ª oración, declara que “se entiende por mataderos los establecimientos donde se beneficia y faena ganado [...] destinado a la alimentación humana”,⁹ definición que interpretada armónicamente con el objeto del beneficio clandestino (artículo 2 inciso

6 Corchetes añadidos.

7 Por todos, VAN WEEZEL (2023), pp. 93-94.

8 Titulado: “Aprueba reglamento sobre estructura y funcionamiento de mataderos, establecimientos frigoríficos, cámaras frigoríficas y plantas de desposte y fija equipamiento mínimo de tales establecimientos”.

9 Corchetes añadidos.

1°) da cuenta que las acciones típicas del artículo 3 tienen como referencia la actividad de beneficio (y faena) de ganado “mayor”, dado por bovinos o vacunos y equinos, como de ganado “menor”, vale decir, porcinos, caprinos y ovinos (o ovejunos).

La industria de la carne de ganado tiene particular relevancia económica en nuestro país, y el correlato de tal importancia es la connotación sanitaria de su consumo masivo. Por ello, el DS 94 sólo constituye una manifestación de la específica regulación prevista en la ley 19.162, de 1992,¹⁰ coloquialmente denominada “ley de la carne”, cuyos objetivos principales, según su artículo 1, son regular la industria cárnica, conformada por mataderos y frigoríficos, regular los establecimientos o industrias que, en cualquier forma o circunstancia, procesen, desposten o manipulen carne para la venta al por mayor y al detalle, los medios de transporte de ganado y de la carne, la refrigeración de las carnes, y la clasificación del ganado mayor y menor, tipificando sus canales, el desposte y la denominación de los cortes básicos, según las normas reglamentarias dictadas al efecto.¹¹

Ahora bien, el procesamiento de carne de ganado con fines económicos de alimentación humana sin cumplir con los estándares sanitarios, redirige claramente el fin de protección de las figuras tipificadas en la ley 11.564 hacia

10 La ley se denomina: “Establece sistema obligatorio de clasificación de ganado, tipificación y nomenclatura de sus carnes y regula funcionamiento de mataderos, frigoríficos y establecimientos de la industria de la carne”.

11 El inciso 2° del artículo 1 dispone: “No se considerarán mataderos clandestinos los locales ubicados en explotaciones agrícolas, industriales o mineras destinados al beneficio de animales para su aprovisionamiento”. Se trata de producción de ganado para el auto aprovisionamiento en determinadas actividades agropecuarias, entre las cuales debería considerarse a la propia ganadería. FIGUEROA (2016), pp. 34-37. Al respecto, véase Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, Rit N°135-2020, de fecha 29 de junio de 2021, y Rit N°45-2019 de fecha 28 de mayo de 2019. Por otra parte, el inciso 2° del artículo 2 indica: “Las Municipalidades otorgarán permisos para el beneficio de animales en locales no autorizados cuando el volumen de los productos beneficiados o la continuidad o distancia de las faenas lo requiera”. Como explica FIGUEROA (2016), p. 38, el DS 94 especifica la regulación en sus artículos 36 y 37, considerando a estas instalaciones, denominadas como faenamamiento para autoconsumo, como mataderos.

la salud humana en su dimensión colectiva,¹² en la medida que el bien jurídico protegido se despende de la relación de accesoriedad administrativa que informa la regulación, esto es, aspectos sanitarios,¹³ especialmente, asociados a la evitación de la propagación de enfermedades entre humanos.¹⁴ De esta forma, dependiendo de la perspectiva que se asuma para su reconstrucción, el bien jurídico consistiría, o bien en la salud pública,¹⁵ entendida como un objeto protegido de orden colectivo o supraindividual, dotado de autonomía conceptual y valorativa frente a los posibles bienes jurídicos individuales involucrados en la configuración de su ofensa (y por ello, susceptible de ser lesionada o puesta en peligro),¹⁶ o bien como una metáfora para expresar una especial forma de exponer a un peligro de lesión a la salud individual de dos o más personas (una forma de comisión de esta clase de atentados, caracterizada por su alcance masivo o colectivo).¹⁷

Lo relevante en este punto, más allá de las cuestiones de legitimación implicadas en uno u otro caso, es que no vislumbramos efectos de restricción interpretativa sobre las circunstancias típicas (subsunción) que sean mayormente relevantes de asumir una u otra aproximación de la ofensividad, en la medida que, como se verá, la forma en que se describen los comportamientos ya recorta del alcance típico diversos actos no relacionados con el compromiso de la dimensión pública de la salud, mediante la introducción de diversas técnicas de tipificación, tales como la exigencia de precisos elementos subjetivos (letras b) y c) o determinada conexión con un delito

12 LONDOÑO (2019), p. 418.

13 MATUS y RAMÍREZ (2015), p. 101.

14 WILENMANN (2018), pp. 446-447.

15 FIGUEROA (2016), p. 6, 32. Véase, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, Rit N°184-2020, de fecha 26 de diciembre de 2020.

16 En este sentido, véase VARGAS (2024), pp. 128-133.

17 Desde una perspectiva tradicional, que asume una configuración probabilística del concepto de peligro para la salud individual a través de la ejecución de comportamientos con alcance masivo (peligro común), véase el desarrollo efectuado por LONDOÑO (2019), pp. 421-423. Para una perspectiva novedosa en nuestro medio, que involucra una noción práctica de peligro (abstracto) de carácter general, entendido como la erosión de ciertas medidas de precaución heterónomamente dispuestas por el Estado para el aseguramiento del goce de la salud individual por parte de cualquier titular, véase MAÑALICH (2022), pp. 571-576.

antecedente (letra d). Empero, el carácter colectivo o supraindividual del bien jurídico, propuesta a la que adherimos para efectuar la reconstrucción interpretativa (salud pública), sí importa para efectos de la aplicación de las normas de sanción, dando cuenta de un concurso efectivo de delitos (y no aparente) si es que los hechos convergen con otra clase de realizaciones típicas cualitativamente diversas,¹⁸ como particularmente sucede en este contexto entre estas figuras e ilícitos contra la propiedad tales como el abigeato y la receptación, en la medida que representan un contenido distinto de injusto y por ello, su inclusión en la determinación de la sanción no quebrantaría el principio *ne bis in idem*.

En lo que sigue, se desarrollan las cuestiones que se consideran de mayor importancia relativas a la subsunción e imputación de este tipo delictivo (tipicidad y formas especiales de aparición), así como las particularidades que exhibe con relación a su estatuto de sanción.

2. TIPICIDAD

Como se dijo, el artículo 3 tipifica los delitos asociados al ciclo ilegal de procesamiento de carne de ganado, bajo cuatro literales que buscan comprender todas las etapas que involucra esta actividad delictiva. En todas sus variantes, se trata de delitos de mera actividad, dos de ellos diseñados como construcciones típicas por incongruencia subjetiva (letras b y c)¹⁹ y otro como delito de conexión (letra d).²⁰

18 Es importante aclarar que comprendemos el concurso aparente de delitos como la concurrencia de la efectiva realización de dos o más infracciones que resultan coincidentes en su contenido de significación delictiva, y consecuentemente, consideramos que no se trata de un problema de interpretación de las respectivas figuras, y que, por ello, se excluirían entre sí, situándose de esta manera el asunto del tratamiento de su convergencia en la aplicación de las respectivas normas de sanción (determinación de la pena). Fundamental en nuestro medio, MALDONADO (2020), pp. 494-519; MAÑALICH (2016), pp. 501-516.

19 Se trata de tipos delictivos cargados con elementos subjetivos de tendencia interna trascendente, que recortan el tipo objetivo vía extensión del lado subjetivo, MAURACH y ZIPF (1994), p. 356.

20 Esto es, un tipo delictivo en que su punibilidad depende de la existencia previa de un delito antecedente o de referencia, MAURACH y ZIPF (1994), p. 407.

En este sentido, el contenido de injusto contra la salud pública se materializa en diversas circunstancias típicas específicas, representativas de la difusión de la carne hacia terceros consumidores: en las propiedades del objeto de la conducta tratándose de la letra a), esto es, tratarse efectivamente de actos relacionados a un matadero clandestino (un establecimiento que opera de forma habitual);²¹ en el móvil de la acción exigido en el caso de la letra b), vale decir, que la conducta de trasladar ganado sea ejecutada hacia dicha clase de establecimiento específicamente para la actividad de beneficio ilegal (y no para faenamiento lícito);²² también en el móvil de la conducta tratándose de la letra c), esto es, colaborar de cualquier forma en un faenamiento ilegal siempre cuando se verifique con fines de comercialización hacia terceros (y no auto consumo, por ejemplo), y, finalmente;²³ en la advertencia (dolo) del origen de los productos (beneficio clandestino) que se transportan, comercializan o expenden, tratándose de la conducta tipificada en la letra d), además de la propia significación de las acciones, que reflejan su intermediación hacia terceros.²⁴

En sí, la disposición constituye un tipo mixto-alternativo o de tipicidad reforzada,²⁵ en la medida que establece cuatro formas alternativas de comportamiento.²⁶ Por lo mismo, no es infrecuente que se realicen imputaciones sobre un mismo autor que abarquen más de una variante de conducta, por ejemplo, realizar actos de faenamiento y desposte ilegal (letra c) y de expendio hacia terceros del producto (letra d), sin que ello multiplique la cantidad de instancias de realización del delito bajo la forma de un concur-

21 La disposición castiga: “El que instalare o regentare un matadero clandestino”.

22 La disposición castiga: “El que a sabiendas enviare o llevare animales para su beneficio a un matadero clandestino”.

23 La disposición castiga: “El que interviniere en cualquier forma en el beneficio clandestino”.

24 La disposición castiga: “El que interviniere en cualquier forma en el transporte o comercio o expendio de carne provenientes del beneficio clandestino, sabiendo su origen o no pudiendo menos de conocerlo”.

25 Véase, Juzgado de Garantía de Punta Arenas, Rit N°2403-2020, de 22 de noviembre de 2022; Juzgado de Garantía de Loncoche, Rit N°99-2017, de 22 de agosto de 2017.

26 Esto supone que la realización de dos o más comportamientos por un mismo sujeto no multiplicaría las instancias de realización del tipo (concurso), sino que constituiría una unidad típica de acción (un solo delito). Por todos, COUSO (2011), pp. 635-636.

so homogéneo, pues como se dijo, se trata de un caso de unidad típica de acción. Lo anterior empero, puede tener incidencia para la determinación de la específica sanción a imponer, tal como se verá respecto del amplísimo marco penal que acarrea la realización de las conductas.

Asimismo, dado que se trata de actividades clandestinas, es bastante común, pero no exclusivo, que la materia prima consista en animales ilícitamente apropiados, de modo que el concurso entre estas figuras y el tipo delictivo de abigeato²⁷ o receptación²⁸ es una cuestión bastante recurrente en la praxis. En este sentido, en la medida que se trata de contenidos de ilicitud independientes y cualitativamente diversos, dados por la salud pública y por la propiedad, la situación concursal corresponde a una de carácter efectiva y no aparente, debiendo ser tratada (sancionada) con arreglo a la normas concursales generales (concurso real, medial o ideal, dependiendo del caso concreto y del supuesto concursal que represente: pluralidad o unidad de hecho, o conexión de medio a fin).

A continuación, se desarrollan las cuatro variantes de comportamiento previstas en el tipo delictivo del artículo 3.

2.1. Instalar o regentar un matadero clandestino (letra a) del artículo 3)

El literal a) castiga al que “instalar” o “regentare” un “matadero clandestino”.

Como se dijo, el concepto de matadero clandestino se halla definido en el artículo 1 inc. 1° como todo establecimiento donde se realice el beneficio de ganado, instalado en contravención a la normativa legal, siempre cuando

27 Véase, Juzgado de Letras y Garantía de Cochrane, Rit N°86-2017 de fecha 03 de abril de 2018; Juzgado de Garantía de Coyhaique, Rit N°1614-2019 de fecha 03 de abril de 2018.

28 Juzgado de Garantía de San Pedro de la Paz, Rit N°2466-2016 de fecha 04 de enero de 2018; Juzgado de Garantía de Osorno, Rit N°5916-2016 de fecha 01 de agosto de 2017.

la actividad se realice de manera “habitual”.²⁹ Esta última exigencia, en concordancia con la definición del inc. 1° del artículo 1, debe comprenderse como una propiedad objetiva del objeto de la acción, el matadero, que lo caracteriza como dirigido a la realización permanente de la actividad a futuro (el beneficio), vale decir, que satisface características que dan cuenta de su vocación de continuidad. A esto debe añadirse que dicha actividad debe ser realizada con fines ulteriores de comercialización,³⁰ de modo que un local destinado a la auto-producción no realizaría el tipo,³¹ sin perjuicio de generar responsabilidad sanitario-contravencional.

De esta forma, por “instalar” se abarcan las acciones que representan la construcción y consolidación de los elementos que integran el matadero, acción que exhibe un amplio rango de cobertura, que comprendería desde los actos de trabajo físico, vale decir, de construcción propiamente tal, equipamiento y también aquellos de dirección de la obra. Nos parece que la extensa gama de sanciones previstas en el inc. 1° del artículo 3 posibilita esta lectura, sin imponer necesariamente parámetros de interpretación restrictiva con relación a la naturaleza de los aportes. La inclinación objetiva a una actividad que perdura en el tiempo (habitualidad), explica que resulte típica una conducta ejecutada incluso antes del inicio del funcionamiento de las instalaciones. Se trata de una hipótesis de anticipación en el castigo de la actividad ilícita central (el beneficio clandestino) que refleja el interés del legislador en castigar todo supuesto asociado a esta.

Por otra parte, la acción de “regentar” significa realizar labores de administración, dirección o jefatura sobre el establecimiento,³² hipótesis que supone que este se halle en funcionamiento o producción, por contraposición a la primera alternativa. En bastantes casos se identifica al regente con el

29 Véase, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, Rit N°191-2021 de fecha 27 de octubre de 2022.

30 Véase, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, Rit N°184-2020 de fecha 26 de diciembre de 2021.

31 Incluso, tales establecimientos constituyen una excepción al concepto de matadero clandestino, prevista en el inciso 2° del artículo 1, como se dijo.

32 Similar, FIGUEROA (2016), p. 39.

propietario del inmueble donde opera la instalación. Los indicios de operación resultan capitales para acreditar esta circunstancia,³³ tales como el hallazgo de sierras, serruchos, combos, cuchillos, pesas metálicas, tijeras,³⁴ cuchillos, palas, hachas, ganchos metálicos, bolsas de nylon, botas, guantes, sacos, cuerdas,³⁵ carne faenada, restos orgánicos cuero, grasa,³⁶ etc. Tal como se dijo, debe tratarse de una operación con tendencia a la continuidad temporal, de forma que dirigir un faenamiento ilegal aislado, esporádico u ocasional sobre cabezas de ganado, no realiza la tipicidad objetiva de esta variante, sin perjuicio de lo que se dirá de la letra c).

En este sentido, en la medida que la definición legal de matadero clandestino exige que la “instalación” del mismo haya sido ilegal, pero no su posterior funcionamiento, de modo que quien se aprovisiona de animales de origen ilícito en una instalación legalmente originada no incurre en esta variante típica, en la medida que la normativa otorga especial importancia al “lugar” en que se ejecuta la conducta, sin perjuicio de incurrir en la variante de aprovechamiento de la letra d).

El castigo de quienes materialmente ejecutan las labores de faena sin detentar una posición de control también se castiga según la letra c), como se verá (intervenir en un beneficio clandestino).³⁷

El tipo es doloso, incluyendo el dolo eventual. Aquí hay dos cuestiones que destacar.

En primer lugar, la representación del agente debe abarcar la naturaleza permanente del funcionamiento del establecimiento, incluyendo que la manutención tiene como finalidad la comercialización (artículo 2 inc. 1°), lo cual

33 Véase, Juzgado de Garantía de Quilpué, Rit N°3767-2021 de fecha 23 de marzo de 2023.

34 Véase, Juzgado de Garantía de Victoria, Rit N°974-2022 de fecha 02 de noviembre de 2023; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, Rit N°86-2021 de fecha 27 de septiembre de 2021.

35 Véase, Juzgado de Garantía de Río Negro, Rit N°399-2018 de fecha 18 de febrero de 2019.

36 Véase, Juzgado de Garantía de Curacaví, Rit N°176-2018 de fecha 24 de septiembre de 2018.

37 Véase, Juzgado de Letras y Garantía de Peralillo, Rit N°410-2018 de fecha 10 de septiembre de 2018.

cobra relevancia especialmente en la imputación de la acción de instalación. No se trata en este caso de un especial elemento subjetivo del tipo, sino que de propiedades asociadas a la circunstancia típica objetiva que integran el objeto de la acción (un matadero como lugar en que se desarrolla la actividad de beneficio).

En segundo lugar, se debe advertir que el establecimiento operará o que derechamente funciona al margen de la normativa extrapenal aplicable, lo cual cobra especial relevancia para la imputación de quienes intervienen en la instalación del establecimiento (advertencia del ulterior funcionamiento ilegal). En la medida que esta propiedad constituye un elemento normativo del tipo objetivo representativo de una circunstancia que integra la fisonomía del hecho típico, nos parece que un error a su respecto debe ser tratado como un error de tipo, excluyendo la configuración del injusto subjetivo al no contemplarse una variante imprudente de esta modalidad.³⁸ Lo anterior, por cuanto en este caso específico,³⁹ el estatus conferido al sitio del faenamiento por la reglamentación extrapenal constituye una circunstancia de hecho (o *factum*) cuya única peculiaridad radica en hallarse configurada normativamente (esto es, consistir en un hecho definido por reglas convencionales), de manera que su advertencia resulta crucial para atribuir la capacidad actual de evitación del agente para incurrir en el comportamiento típico (el dolo), y con ello, realizar el injusto.⁴⁰

2.2. Enviar o llevar (a sabiendas) ganado para su beneficio a un matadero clandestino (letra b) del artículo 3)

El literal b) sanciona al que “enviare” o “llevaré” animales “para su beneficio” a un “matadero clandestino”, lo cual debe ser ejecutado “a sabiendas”.

38 Sobre esta clase de error en nuestro medio, esto es, sobre un elemento típico de antinormatividad, véase DE LA FUENTE (2024), pp. 208-223.

39 Para una solución diferenciada para el tratamiento de esta clase de error según la función que desempeña el componente de la respectiva norma según el intérprete (irrelevancia, error de tipo y error de prohibición), véase LUZÓN (2016), p. 426.

40 En esta línea, HILGENDORF y KINDHAUSER (2023), pp. 254-255.

La acción típica de “enviar” comprende al sujeto que da la orden o indicación de trasladar a una o más piezas de ganado hacia un determinado lugar (como se verá, un matadero clandestino), o bien el hecho de quien realiza los actos preliminares tendientes al transporte (por ejemplo, la carga de los animales en un vehículo motorizado).

Por “llevar”, se describe la acción de quienes materializan el movimiento del ganado, ejecutando la acción de trasladar físicamente a los animales, por ejemplo, bajo el rol de conductor, copiloto o quien asegura al ganado, generalmente a través de vehículos motorizados (automóviles, buses o camiones) diseñados o acondicionados para llevar esta clase de carga.

Esta última variante típica, vale decir, que se incrimine la traslación de animales para faenamiento, explica que se considere como un comportamiento que habitualmente resulta ostensible como flagrancia delictiva de este ilícito (artículo 130 letra a) CPP), razón que explica la introducción del artículo 8 por la ley 20.596, de 2012,⁴¹ disposición que indica: “Para los efectos del control de identidad, Carabineros de Chile estará facultado para revisar los vehículos que transiten en zonas rurales o que pasen por tenencias o retenes, debiendo exigir la boleta, factura, guía de despacho o el formulario de movimiento animal, según sea el caso”. Esta regla concuerda con lo dispuesto en el artículo 448 quáter inciso 3° del Código Penal (CP),⁴² referido al tipo de abigeato, en la medida que se trata fenomenológicamente

41 Titulada: “Mejora la fiscalización para la prevención del delito de abigeato”.

42 La disposición indica: “Para los efectos previstos en el inciso primero [abigeato por tenencia injustificada de ganado], en los casos de traslado de animales o de partes de los mismos, realizado en vehículos de transporte de carga, Carabineros de Chile deberá exigir, además del formulario de movimiento animal, la boleta, factura o guía de despacho correspondiente, a efectos de acreditar el dominio, posesión o legítima tenencia de las especies. Ante la imposibilidad de acreditar dicho dominio, posesión o legítima tenencia, según corresponda, por carecer de los mencionados documentos o por negarse a su exhibición, los funcionarios policiales se incautarán de las especies, sus partes y del medio de transporte, dando aviso a la fiscalía correspondiente para el inicio de la investigación que proceda, al Servicio de Impuestos Internos ante un eventual delito tributario, a la autoridad sanitaria competente para que instruya sumario sanitario y al Servicio Agrícola y Ganadero para determinar la eventual existencia de infracciones a la normativa agropecuaria”. Corchetes añadidos.

de ilícitos emparentados: generalmente la sustracción de ganado se realiza para lucrar con su ulterior beneficio clandestino.⁴³ De esta forma, la falta de documentación que dé cuenta de la trazabilidad del origen del ganado y que justifique su transporte se transforma en un indicio de la comisión de alguno de estos delitos.⁴⁴ En este contexto, es de especial relevancia la normativa administrativa dada por el Decreto Supremo N°240, de 1993, del Ministerio de Agricultura.⁴⁵

Ambas conductas son caracterizadas por una especial finalidad concretada en una exigencia subjetiva especial, o un elemento subjetivo especial del tipo, dado por el objetivo de que los animales sean beneficiados en un matadero clandestino,⁴⁶ esto es, para que se les dé muerte con fines de comercialización ulterior, pero no en cualquier lugar, sino que específicamente en una instalación no autorizada donde habitualmente se desarrolla dicha actividad.

Este comportamiento exhibe un ámbito importante de superposición con aquel tipificado en la letra c), en la medida que enviar o trasladar animales se subsume asimismo en intervenir de cualquier forma en un beneficio clandestino.

El elemento subjetivo referido a esta variante como un delito de tendencia interna trascendente, sea de resultado (re)cortado o mutilado en dos actos,⁴⁷ según sean los mismos sujetos quienes posteriormente beneficien a los animales o no.⁴⁸ Como se advierte, la configuración de este elemento de tendencia ha sido en la praxis el gran obstáculo para la imputación de esta conducta, lo cual se confirma ante la prácticamente inexistente jurisprudencia al respecto.

43 BALMACEDA (2021), pp. 837-839.

44 FIGUEROA (2016), p. 39.

45 Titulado: “Reglamento general de transporte de ganado y carne bovina”.

46 Similar, FIGUEROA (2016), p. 39.

47 Véase ROXIN (1997), p. 317, y con mayor especificidad, POLAINO (1999), pp. 892-894.

48 Reconoce esta posibilidad, BALCARCE (2009), p. 172.

Subjetivamente, y según una extendida opinión, la exigencia de un elemento de intención trascendente excluiría la imputación por dolo eventual,⁴⁹ restringiéndola en este caso a dolo directo.

Luego, el tipo exige que las acciones se ejecuten “a sabiendas”, expresión, que, como se sabe, abre un intenso debate acerca de su significado a nivel sistemático en la ley chilena,⁵⁰ orientando más bien su utilización reciente por el legislador a un problema de parte especial.⁵¹ En este contexto, tomando en cuenta el establecimiento del referido elemento de tendencia interna trascendente, consideramos que la fórmula es empleada solamente para recalcar la importancia que reviste comprobar el conocimiento efectivo que el autor posee sobre la destinación de los animales enviados o trasladados (a ser beneficiados en un matadero clandestino),⁵² en la medida que es dicha finalidad la que impregna el injusto típico contra la salud pública en la ejecución de los comportamientos. No se trataría entonces de un reforzamiento del dolo sino que del contenido que integra el conocimiento que demanda el referido elemento subjetivo. De esta forma, se trataría de una cláusula inevitablemente redundante en cierta medida, pero que consideramos que se justificaría en la relevancia que le otorga el legislador a dicha representación o advertencia para la configuración del hecho antinormativo.⁵³

El hecho se consuma con la sola realización de la acción, verificado el móvil exigido por el tipo, aunque, en la praxis, sean descubiertos por los hitos constitutivos de su terminación (por ejemplo, el hallazgo de los animales vivos con indicios de ser próximamente descuartizados).

49 HERNÁNDEZ (2011), p. 89.

50 DE LA FUENTE (2024), pp. 223-229.

51 HERNÁNDEZ (2011), pp. 74-75.

52 Como destaca DE LA FUENTE (2024), p. 228, el empleo de esta expresión en un tipo penal podría estar orientado a subrayar una exigencia cognitiva con relación a una circunstancia previa o coetánea a la ejecución del hecho, en tanto conocida y no meramente anticipada o prevista por el autor.

53 DE LA FUENTE (2024), p. 226, puntualiza que, en este preciso contexto, el legislador ha estado expuesto a redundancias e inconsistencias.

En la medida que la específica intención de las acciones se relaciona con la muerte de los animales, a diferencia de la conducta prevista en la letra d), se comprende que el ganado de ser transportado vivo. Esto produce que se pueda generar una situación de concurso con el tipo de abigeato, especialmente con las variantes tipificadas en el artículo 448 bis inciso 1° CP (concurso medial), esto es, con el hurto o robo de animales (en su fase de terminación de la intención trascendente dada por la detención de las piezas de ganado), y con los tipos específicos de los artículos 448 bis N°3⁵⁴ (concurso medial) y 448 quáter 1ª oración CP (concurso ideal).⁵⁵ Tal como fue adelantado, se trata de un concurso efectivo de delitos y no de un posible concurso aparente, en la medida que se trata de infracciones de contenido cualitativamente diversas (delitos contra la salud pública y la propiedad, respectivamente).

2.3. Intervenir en cualquier forma en un beneficio clandestino (letra c) del artículo 3)

El literal c) castiga al que “interviniere” en “cualquier forma” en un “beneficio clandestino”.

Como se aprecia, la figura no requiere como circunstancia típica o elemento subjetivo alguna referencia hacia un “matadero clandestino”, cuestión que erige a esta variante como una de las más aplicadas en la praxis dado que puede tratarse de una actividad habitual o esporádica, realizada en cualquier lugar.

54 La disposición castiga al que “[e]xpida o porte certificados falsos para obtener guías o formularios o haga conducir animales ajenos sin estar debidamente autorizado”. Como explica OLIVER (2013), pp. 408-409, en la medida que la pena del abigeato se determina teniendo como referencia alguna variante de hurto o robo, esta figura específica no tendría asignada penalidad alguna.

55 La disposición indica: “Se castigará como autor de abigeato a aquel en cuyo poder se encuentren animales o partes de los mismos referidos en este Párrafo, cuando no pueda justificar su adquisición o legítima tenencia y, del mismo modo, al que sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas dichas especies animales”. Sin embargo, esta figura genera un importante problema aplicativo en la medida que no establece la pena para su realización. OLIVER (2013), p. 411.

En este punto, como fue adelantado, es vital la descripción de “beneficio clandestino” establecida en el inciso 1° del artículo 2, dada por la acción de matar una o más piezas de ganado con el fin de comercializar su carne, realizada en contravención a la normativa extrapenal aplicable (“fuera de los locales o establecimientos autorizados legalmente”).

De esta forma consideramos que su inclusión en el tipo implica un elemento subjetivo especial de tendencia interna trascendente: la intervención en la muerte del animal debe realizarse con la intención de comercializar ilegalmente su carne en forma posterior.⁵⁶ En este sentido, de manera similar a la conducta de la letra b), esta figura constituye un tipo mutilado en dos actos o un delito de resultado (re)cortado, dependiendo de si la comercialización es desarrollada por el mismo sujeto que benefició al animal o no.

La descripción es sumamente amplia, esto es, intervenir de cualquier forma en una actividad de beneficio al margen de la regulación legal, de modo que abarca tanto a la acción central consistente en dar muerte al animal, como también a las conductas accesorias que puedan darse en el caso concreto,⁵⁷ tales como transportar al ganado hacia el lugar elegido, sujetarlo, extraer sus órganos mientras se quita la vida e incluso, vigilar simultáneamente el acto ante posibles terceros. Las posteriores conductas de descuartizamiento, despostado e intermediación no dan lugar a esta variante,⁵⁸ aunque sí a la tipificada en la letra d).

56 En esta línea, FIGUEROA (2016), pp. 36-38, aunque dudoso en p. 40.

57 Véase, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, Rit N°112-2020 de fecha 02 de septiembre de 2022.

58 En tanto aportaciones post-consumativas, podrían dar lugar a conductas de encubrimiento por aprovechamiento del artículo 17 numeral 1° CP, caso en el cual la subsunción simultánea con el tipo del artículo 3 letra c) habría de originar un concurso aparente zanjado, desde la perspectiva tradicional, a favor de la sanción de esta última disposición en razón del principio de subsidiariedad tácita o material (las formas más intensas de intervención desplazan a las de menor entidad). Por todos, descriptivamente, MAÑALICH (2005), pp. 1045-1046.

Debido a lo anterior, consideramos que se trata de una variante genérica de comportamiento apta para subsumir sin mayor problema las acciones tipificadas en las letras a) y b), esto es, instalar y regentar un matadero, como también enviar y transportar animales para labores de faenamiento.

Esta extensión de la descripción típica dificulta la apreciación de actos de colaboración accesorios (complicidad), pero se compensa por el amplio rango de sanción que el tipo otorga al adjudicador, como se verá.

En la praxis, tal como se dijo respecto a la letra b), la conducta de trasladar al ganado es de vital importancia en la persecución penal, en la medida que la detención del ganado en un vehículo motorizado autoriza a la policía para realizar un control de identidad y solicitar la documentación que refleje la trazabilidad del bien (artículos 8 e inciso 3° del artículo 448 quáter CP). Cuestión que, empero, acarrea el problema probatorio de acreditar el móvil de posterior comercialización ilegal,⁵⁹ más allá de la flagrancia por abigeato que pueda generarse.

El delito se consuma con la ejecución de la acción colaborativa, con la intención de vender el producto del faenamiento.⁶⁰

El beneficio puede ser realizado de manera habitual u ocasional. Aquí es relevante distinguir. Si se trata de la intervención en el beneficio habitual de ganado, en definitiva, se castiga, por regla general, al operario o de un matadero clandestino, a diferencia de la conducta de la letra a), que sanciona al regente del mismo. Sin embargo, como se dijo, igualmente pueden verificarse operaciones de faenamiento ilegal habitual, generalmente por bandas criminales, en lugares o circunstancias diferentes a un matadero clandestino como establecimiento especialmente destinado a la actividad, tales como

59 Véase, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, Rit N°90-202 de fecha 24 de octubre de 2022.

60 Por lo mismo, resulta cuestionable el castigo de quienes adquieren el producto, pero no intervienen en la operación de beneficio, tal como se consagra en Juzgado de Garantía de Traiguén, sentencia de fecha 26 de diciembre de 2023, Rit N°555-2023.

otras estructuras (graneros, bodegas, etc.) o inclusive, el suelo del lugar en que han sido obtenidos los animales, generalmente, sustraídos. Respecto del beneficio de carácter esporádico, el tipo también abarca una única acción de beneficio clandestino, en cualquier lugar que se realice,⁶¹ siempre cuando se verifique el elemento subjetivo de tendencia ya aludido.⁶²

El tipo es doloso, excluyendo al dolo eventual por la exigencia del especial elemento subjetivo de intención trascendente. El autor debe advertir que se encuentra matando o colaborando con el dar muerte a un animal fuera del marco regulatorio, siempre con la intención de comercializar con su carne posteriormente. Como se dijo previamente en relación con la letra b), consideramos que un error sobre el carácter ilícito de la actividad de faena, al establecerse como una propiedad normativa de la acción, y por ende, una circunstancia fáctica de naturaleza institucional que integra el hecho típico, configura un error de tipo que determina la impunidad del hecho.

Concursalmente, la realización puede converger con la figura de abigeato del inciso 3° del artículo 448 ter (concurso ideal),⁶³ con la tenencia de “partes” de un animal como forma de abigeato prevista en el artículo 448 quáter, 1ª oración CP (concurso real), con el tipo posesorio del artículo 448 quáter inciso 1°, 2ª oración CP (concurso medial),⁶⁴ además de las acciones previas de apropiación sobre el ganado (concurso real o medial, dependiendo del caso). Como fue adelantado, en todos los casos se trata de un concurso efectivo y no aparente de delitos, a tratarse con arreglo a las normas concursales de aplicación general.

61 Véase, Juzgado de Garantía de Río Negro, Rit N°892-2019 de fecha 21 de octubre de 2020; Juzgado de Garantía de Valdivia, Rit N°5896-2020 de fecha 27 de octubre de 2021; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal Viña del Mar, Rit N°280-2017 de fecha 06 de septiembre de 2017.

62 Véase, Juzgado de Garantía de Osorno, Rit N°1885-2018 de fecha 18 de diciembre de 2018; Juzgado de Garantía de Temuco, Rit N°8132-2017 de fecha 13 de agosto de 2018.

63 La disposición señala: “Será castigado como autor de abigeato el que beneficie o destruya una especie para apropiarse de toda ella o de alguna de sus partes”. Lo destaca, FIGUEROA (2016), pp. 17-18. Sin embargo, OLIVER (2013), p. 411, apunta que la figura no tiene asignada pena alguna.

64 La disposición señala: “El porte de armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados para el faenamiento de animales por quien no diere descargo suficiente de su tenencia, se castigará de conformidad a lo establecido en el artículo 445”.

2.4. Intervenir en cualquier forma en el transporte, comercio o expendio de carne proveniente de beneficio clandestino (letra d) del artículo 3)

El literal d) sanciona al que “interviniere” en “cualquier forma” en el “transporte” o “comercio” o “expendio” de carne “provenientes del beneficio clandestino”, “sabiendo” su “origen” o “no pudiendo menos de conocerlo”.

A diferencia de las letras b) y c), esta figura castiga la fase de aprovechamiento de la acción de beneficio clandestino,⁶⁵ provenga o no la carne desde un matadero clandestino.

La descripción es relevante en la medida que los actos de faenamiento ilegal ocasional suelen ocupar mayormente a la praxis, en la medida que son descubiertos una vez se ha dado muerte al ganado, generalmente, como fue adelantado, cuando se transporta el botín, sin contar con la documentación administrativo-sanitaria.⁶⁶

La descripción de la acción es igual de amplia que tratándose de la letra c): intervenir de cualquier forma en una determinada actividad. Por ello, para dotarla de sentido es necesario vincularla a las tres actividades de referencia: transporte, comercio o expendio.

Por “transporte” se comprende a la movilización del resultado de la acción de beneficio: la carne ya faenada del animal muerto.⁶⁷ Como se dijo, se comprende al conductor,⁶⁸ copiloto y personal auxiliar del medio en que se traslada la carne.

65 Para FIGUEROA (2016), p. 40, se trataría de la fase de “agotamiento”.

66 Por ello cobran suma relevancia en la praxis, como se dijo, las reglas del artículo 8 y del inciso 3° del artículo 448 quáter CP.

67 Véase, Juzgado de Letras y Garantía de Porvenir, Rit N°124-2022 de fecha 22 de diciembre de 2022; Juzgado de Garantía de Osorno, Rit N°334-2020 de fecha 26 de enero de 2022.

68 Véase, Juzgado de Letras y Garantía de Porvenir, Rit N°205-2021 de fecha 04 de abril de 2023.

Luego, por intervención en el “comercio” se abarcan los actos de intermediación hacia terceros distribuidores (o “minoristas”), en la medida que el vocablo “expendio” es el que representa la entrega del producto al consumidor final. En ambos casos, la realización de actos de faenamamiento, descuartizamiento o desposte integran el rango de cobertura típico. Como ejemplo prototípico de actos de expendio, se da la venta en un comercio establecido de carne faenada irregularmente.⁶⁹

En la medida que las tres posibles conductas (transporte, comercio y expendio) implican la posesión o tenencia de la carne beneficiada, esta hipótesis se asemeja bastante a la fisionomía de la receptación.⁷⁰ Por lo anterior, generalmente se producirá un concurso efectivo de delitos con este último ilícito (concurso ideal) o con el tipo de abigeato del artículo 448 quáter inciso 1° (concurso real).⁷¹

Se exige una circunstancia típica situacional que transforma a esta variante en un “delito de conexión”: la carne debe provenir de la realización del delito tipificado en la letra c), esto es, de una acción de beneficio clandestino, aspecto que, nuevamente, aproxima a esta variante al delito de receptación. Y ello no es casual en la medida que, precisamente, se castiga la fase de aprovechamiento o disfrute de un ilícito previo.

Directamente vinculado a lo anterior, el dolo, además de captar la realización de la actividad, debe abarcar el origen de la carne,⁷² esto es, de la realización de una actividad de beneficio clandestino. La formulación de la exigencia subjetiva es similar al tipo de receptación. Por una parte, se castiga la realización del acto “conociendo” el origen, expresión redundante en la medida que el dolo es el criterio de imputación por defecto, lo cual incluye

69 Véase, Juzgado de Garantía de Temuco, Rit N°2968-2022 de fecha 28 de junio de 2022. Asimismo, Juzgado de Garantía de Melipilla, Rit N°1861-2022 de fecha 26 de julio de 2023.

70 Véase, Juzgado de Garantía de Puerto Varas, Rit N°2786-2016 de fecha 29 de marzo de 2017.

71 Véase, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, Rit N°50-2022 de fecha 28 de junio de 2022.

72 Véase, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, Rit N°38-2022 de fecha 10 de octubre de 2023.

su dimensión cognoscitiva. Pero alternativamente, la figura señala que el autor puede comportarse “no pudiendo menos de conocer” el ilícito previo. Esta expresión, a propósito del artículo 456 bis A inciso 1° CP (receptación), ha sido objeto de diversas interpretaciones en nuestro medio,⁷³ pero aquí consideramos que aludiría a comportamientos dolosos en todo su espectro, incluyendo al dolo eventual, desempeñando la función de constituir un llamado de atención al juzgador sobre el parámetro de atribución del dolo a partir de las particulares circunstancias situacionales que rodean la ejecución de esta clase de conductas.⁷⁴

Esta exigencia subjetiva respecto del factor de conexión (el conocimiento efectivo del origen de la carne), nos parece que representa el equivalente funcional de los elementos subjetivos requeridos por las modalidades de las letras b) y c), esto es, componentes típicos destinados a restringir por la vía subjetiva el rango de cobertura de las acciones típicamente relevantes.

3. FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN

Se trata de un tipo de mera actividad, esto es, uno cuya consumación depende de la sola ejecución del comportamiento típico, sin requerir la producción adicional de un resultado. Por ende, la tentativa es punible, no así la frustración. Luego, si bien teóricamente lo anterior es plausible, debido a la amplísima formulación de las conductas típicas, es difícil imaginar casos prácticos de tentativa, cuestión que, atendido el amplísimo marco penal diseñado por el legislador, podría obedecer a un propósito claro de la regulación.

Según las reglas generales, a esta figura le resultan aplicables todas las reglas sobre intervención delictiva (artículos 14 a 17 CP). No obstante, debido a la amplia formulación de las conductas de las letras c) y d), esto es,

73 Por todos, OSSANDÓN (2008), pp. 57-63.

74 En esta línea, podría considerarse dicha expresión como un indicador de dolo, tal como lo expone MAÑALICH (2020), pp. 30-38, esto es, un señalamiento al tribunal de tomar en consideración circunstancias objetivas que representen por sí mismas (indicativas), el nivel de representación mínimo para atribuir dolo (eventual).

“intervenir en cualquier forma”, también resulta complejo imaginar casos prácticos y no teóricos de intervención principal o accesoria. Las acciones concertadas entre dos o más intervinientes que representen alguna de las variantes del artículo 3 pueden dar lugar a casos de coautoría, sancionados como acto propio de la respectiva variante en virtud de un concurso aparente por especialidad.

En la medida que la letra d) tipifica actos de aprovechamiento sobre efectos del delito, su configuración da lugar a un concurso aparente por especialidad zanjado en desmedro de la aplicación del artículo 17 número 1 CP.

4. REGLAS DE SANCIÓN

4.1. Marco penal

Se trata de un simple delito sancionado curiosamente con la posibilidad de imponer penas alternativas, de manera aislada o conjuntamente. Así, el inciso 1° del artículo 3 dispone que los responsables “[s]ufrirán la pena de presidio menor en su grado medio a máximo o multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o ambas conjuntamente”.

Vale decir, tratándose de la pena corporal, se establece una sanción que va desde 541 días hasta 5 años de privación de libertad (presidio menor en sus grados medio a máximo), mientras que tratándose de la pena de multa, una sanción que oscila entre 11 hasta 15 unidades tributarias mensuales (UTM).

En principio, queda a elección del juzgador cuál o cuáles penas imponer, sin la previsión de parámetros objetivos que orienten sobre la determinación de la pena. Precisamente en el contexto de tipos mixtos-acumulativos, se ha propuesto como criterio racional de aplicación de penas el considerar la

lesividad variable de las diferentes hipótesis, relegando la sanción de mayor afflictividad para los casos más graves, y las de menor severidad comparativa para los supuestos representativos de menor injusto.⁷⁵

En este sentido, circunstancias como el rol que ocupa el autor en el contexto de la realización típica (por ejemplo, regente por contraposición a operario), la realización de más de una modalidad de la conducta por el mismo agente (transporte y de beneficio clandestino) o inclusive la dimensión de la operación (beneficio de una pieza de ganado en vez de un rebaño), son factores asociados a la dimensión cuantitativa del injusto que pueden ser ponderados al momento de la fijación de la sanción.

Sin embargo, lo anterior es plenamente aplicable desde la perspectiva procesal para un caso conocido en un juicio oral. Pues en la medida que el tribunal no puede modificar la clase de sanción propuesta en estos ilícitos por el Ministerio Público si el caso es tramitado bajo el procedimiento abreviado (artículo 412 inciso 1° CPP) o simplificado (artículo 395 inciso 4° CPP), en la práctica será el acusador quien elija la clase y cuantía de pena, generalmente escuetos montos de multa con el objetivo de lograr una condena bajo modalidad de auto-incriminación (la aceptación de hechos o de responsabilidad).⁷⁶

El artículo 7 dispone que la multa deberá ser enterada a favor de la Municipalidad respectiva, esto es, de aquella bajo cuya competencia territorial jurisdiccional se realizó el delito.

75 CARRASCO (2023), p. 13.

76 Ejemplificativamente, véanse Juzgado de Garantía de La Unión, Rit N°985-2018 de fecha 04 de febrero de 2019; Juzgado de Garantía de Coyhaique, Rit N°909-2018 de fecha 02 de enero de 2019; Juzgado de Garantía de Osorno, Rit N°1885-2018 de fecha 18 de diciembre de 2018; Juzgado de Garantía de Molina, Rit N°1892-2017 de fecha 30 de octubre de 2018.

4.2. Comiso

El inciso 1° del artículo 4 dispone que serán decomisados los animales “en pie” y los “ya beneficiados”, así como los “enseres” destinados a la matanza. Su inciso 2° añade a los “vehículo de transporte” en que se haya realizado (en su interior) el beneficio clandestino, siempre cuando el dueño estuviere en conocimiento del uso dado al objeto.⁷⁷

Esta disposición también consagra desde antaño una regulación específica del comiso de ganancias. El inciso 1° dispone que se decomisarán “el producto” de las ventas de carnes del respectivo matadero o en las faenas de beneficio clandestino (que sea encontrado). Luego, el inciso 3° añade que,⁷⁸ en el caso de que los animales o sus partes decomisadas por disposición de la autoridad sanitaria se ordene que sean expandidas y no eliminadas, el producto de su venta deberá ser puesto a disposición del tribunal y considerado también decomisado (a favor de la Municipalidad respectiva, según el artículo 7).

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Consideramos que el artículo 3 de la ley 11.564 constituye un tipo delictivo ofensivo del bien jurídico colectivo salud pública, en la medida que incrimina diversos actos que integran la actividad de faenamiento ilegal y comercialización de carne de ganado para consumo humano sin cumplir con la reglamentación sanitaria vigente. Se trata de un tipo mixto-alternativo o de tipicidad reforzada, que contempla cuatro modalidades de conducta en los literales a), b), c) y d) del artículo 3, todas de naturaleza dolosa.

77 Para FIGUEROA (2016), p. 41, la regla abarcaría, además de automóviles, buses y camiones, naves, aeronaves, trenes, etc.

78 La disposición indica: “El juez que conociere del proceso ordenará entregar de inmediato a la autoridad administrativa correspondiente los animales en pie y las carnes provenientes del beneficio clandestino, a fin de que disponga su expendio o eliminación, previo examen de ellas por la autoridad sanitaria respectiva. El producto de la venta, en su caso, será puesto a disposición del tribunal y el comiso recaerá sobre dicho producido”.

Del análisis de la normativa es posible advertir que se distingue básicamente entre dos clases de comportamientos. La primera consiste en la acción de intervenir de cualquier forma en una actividad de matanza de ganado con fines de comercialización al margen de la normativa administrativo-sanitaria (letra c), dando forma al hecho nuclear en el marco del contexto del faenamiento ilegal (el beneficio clandestino). Mientras que la segunda (letra d), consiste en los actos de aprovechamiento que surgen posteriormente de realizado el acto de beneficio, esto es, el comercio o expendio de los efectos del hecho antecedente (además del transporte en dicho contexto).

Finalmente, se establece como sanción la posibilidad disyuntiva o acumulativa de una pena privativa de libertad y/o una pena de multa, circunstancia que confiere al aplicador del derecho un amplio rango de acción que se aviene con la relativa extensión en la formulación de las conductas típicas, que inclusive diluye la posibilidad práctica de considerar formas de intervención delictiva distintas a la autoría directa como también de apreciar etapas imperfectas de ejecución (tentativa).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BALCARCE, Fabián (2009): *Introducción a la Parte Especial del derecho penal* (Buenos Aires, BdeF).

BALMACEDA, Gustavo (2021): *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, cuarta edición actualizada (Santiago, Librotecnia), tomo II.

CARRASCO, Edison (2023): “Estatuto normativo de las penas conjuntas y alternativas en la legislación penal chilena. Algunos modos de aplicación y uso legal y judicial”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Vol. 30), pp. 1-20.

COUSO, Jaime (2011): “Comentario previo a los Arts. 74 y 75. El régimen concursal en el derecho chileno. Tratamiento doctrinario y jurisprudencial”, en: Hernández Basualto, Héctor y Couso Salas, Jaime (Dirs.), Código Penal Comentado, Libro Primero (arts. 1° a 105), Doctrina y Jurisprudencia (Santiago, Legal Publishing).

DE LA FUENTE, Felipe (2024): “Capítulo VI. Imputación subjetiva y error en el derecho penal económico”, en: Navas Mondaca, Iván (Dir.), Derecho Penal Económico, Parte General (Valencia, Tirant lo Blanch).

FIGUEROA, Marcelo (2016): “Análisis teórico, práctico, del abigeato y ley de mataderos clandestinos, en Chile”. Tesis para optar a magíster en derecho con mención en derecho penal. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/130272> [Fecha de última consulta: 05.03.2024].

HERNÁNDEZ, Héctor (2011): “Comentario Artículo 1°”, en: Hernández Basualto, Héctor y Couso Salas, Jaime (Dirs.), Código Penal Comentado, Libro Primero (arts. 1° a 105), Doctrina y Jurisprudencia (Santiago, Legal Publishing).

HILGENDORF, Eric y KINDHAUSER, Urs (2023): Código Penal Alemán Comentado, Parte General, Comentario Teórico y Práctico (Buenos Aires, Editorial Hammurabi), tomo I.

LONDOÑO, Fernando (2019): “Comentario previo al § 14 del Título VI”, en: Hernández Basualto, Héctor y Couso Salas, Jaime (Dirs.), Código Penal Comentado, Parte Especial, Libro Segundo, Título VI (arts. 261 a 341), Doctrina y Jurisprudencia (Santiago, Legal Publishing).

LUZÓN, Diego-Manuel (2016): Derecho Penal, Parte General, tercera edición ampliada y revisada (Montevideo y Buenos Aires, Editorial B de F).

MALDONADO, Francisco (2020): “Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales”, en: *Política Criminal* (Nº30), pp. 493-525.

MAÑALICH, Juan Pablo (2005): “El concurso de delitos. Bases para su reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (Nº74), pp. 1021-1211.

MAÑALICH, Juan Pablo (2016): “El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles”, en: Cárdenas, Claudia y Ferdman, Jorge (Coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (Santiago: Thomson Reuters).

MAÑALICH, Juan Pablo (2020): “El dolo como creencia predictiva”, en: *Revista de Ciencias Penales* (Nº1), pp. 13-42.

MAÑALICH, Juan Pablo (2022): “¿La salud pública como bien jurídico colectivo? Una contribución a la teoría general de la parte especial”, en: Urquiza, José y Flores, Allen (Dirs.), *Código Penal del bicentenario* (Lima, Gaceta Jurídica).

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2015): *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, tercera edición* (Santiago, Legal Publishing), tomo II.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz (1994): *Derecho Penal, Parte General, Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible* (Buenos Aires, Editorial Astrea), tomo I.

OLIVER, Guillermo (2013): *Delitos contra la propiedad* (Santiago, Legal Publishing).

OSSANDÓN, María Magdalena (2008): “El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo”, en: *Ius et Praxis* (N°1), pp. 49-85.

POLAINO, Miguel (1999): “Dolo y elemento subjetivo del injusto en los delitos de manifestación a la luz del Código Penal de 1995”, en: Romeo Casabona, Carlos; Cerezo Mir, José; Suárez Montes, Rodrigo y Beristain Ipiña, Antonio (Eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López* (Granada, Comares).

ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid, Editorial Civitas), tomo I.

VAN WEEZEL, Álex (2023): *Curso de Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Ediciones UC).

VARGAS, Tatiana (2024): “Capítulo IV. Delitos contra la salud de los consumidores”, en: Navas Mondaca, Iván (Dir.), *Derecho Penal Económico, Parte Especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).

WILENMANN, Javier (2018): “Causación lícita de lesiones o de la muerte de animales en el sistema jurídico chileno tras la Ley N° 21.020”, en: Chible Villadangos, María José y Gallego Saade, Javier (Eds.), *Derecho Animal, Teoría y Práctica* (Santiago, Thomson Reuters).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Penal chileno.

Decreto Supremo N°240, de 1993, del Ministerio de Agricultura, reglamento general de transporte de ganado y carne bovina. *Diario Oficial*, 26 de octubre de 1993.

Decreto Supremo N°94, del año 2008, del Ministerio de Agricultura, aprueba reglamento sobre estructura y funcionamiento de mataderos, establecimientos frigoríficos, cámaras frigoríficas y plantas de desposte y fija equipamiento mínimo de tales establecimientos. Diario Oficial, 02 de junio de 2009.

Ley 11.564, dispone que todo local o establecimiento en que se realice el beneficio habitual de animales vacunos, equinos, ovejunos, caprinos y porcinos, y cuya instalación se haya efectuado sin las autorizaciones legales será considerado matadero clandestino. Diario Oficial, 17 de agosto de 1954.

Ley 19.162, establece sistema obligatorio de clasificación de ganado, tipificación y nomenclatura de sus carnes y regula funcionamiento de mataderos, frigoríficos y establecimientos de la industria de la carne. Diario Oficial, 07 de septiembre de 1992

Ley 19.696, establece Código Procesal Penal. Diario Oficial, 12 de octubre de 2000.

Ley 20.596, mejora la fiscalización para la prevención del delito de abigeato. Diario Oficial, 04 de julio de 2012.

JURISPRUDENCIA CITADA

Juzgado de Garantía de Temuco, sentencia de fecha 13 de agosto de 2018, rit N°8132-2017.

Juzgado de Garantía de Curacaví, sentencia de fecha 24 de septiembre de 2018, rit N°176-2018.

Juzgado de Garantía de Molina, sentencia de fecha 30 de octubre de 2018, rit N°1892-2017.

Juzgado de Garantía de Osorno, sentencia de fecha 18 de diciembre de 2018, rit N°1885-2018.

Juzgado de Garantía de Coyhaique, sentencia de fecha 02 de enero de 2019, rit N°909-2018.

Juzgado de Garantía de La Unión, sentencia de fecha 04 de febrero de 2019, rit N°985-2018.

Juzgado de Garantía de Río Negro, sentencia de fecha 18 de febrero de 2019, rit N°399-2018.

Juzgado de Garantía de Río Negro, sentencia de fecha 21 de octubre de 2020, rit N°892-2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, sentencia de fecha 27 de septiembre de 2021, rit N°86-2021.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, sentencia de fecha 02 de septiembre de 2022, rit N°112-2020.

Juzgado de Garantía de Temuco, sentencia de fecha 28 de junio de 2022, rit N°2968-2022.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, sentencia de fecha 24 de octubre de 2022, rit N°90-2021.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, sentencia de fecha 27 de octubre de 2022, rit N°191-2021.

Juzgado de Garantía de Melipilla, sentencia de fecha 26 de julio de 2023, rit N°1861-2022.

Juzgado de Garantía de Porvenir, sentencia de fecha 04 de abril de 2023, rit N°205-2021.

Juzgado de Garantía de Quilpué, sentencia de fecha 23 de marzo de 2023, rit N°3767-2021.

Juzgado de Garantía de Victoria, sentencia de fecha 02 de noviembre de 2023, rit N°974-2022.

Juzgado de Garantía de Traiguén, sentencia de fecha 26 de diciembre de 2023, rit N°555-2023.

Juzgado de Garantía de Punta Arenas, sentencia de fecha 22 de noviembre de 2022, rit N°2403-2020.

Juzgado de Garantía de Coyhaique, sentencia de fecha 26 de enero de 2022, rit N°334-2020.


**RECENSIÓN. HERRERA GONZÁLEZ, PATRICIO:
EN FAVOR DE UNA PATRIA DE LOS TRABAJADORES.
HISTORIA TRANSNACIONAL DE LA
CONFEDERACIÓN DE TRABAJADORES DE AMÉRICA
LATINA (1938-1953),
IMAGO MUNDI, MÉXICO, 2022¹**

Daniela Marzi Muñoz*

El libro “En favor de una patria de los trabajadores. Historia transnacional de la Confederación de trabajadores de América Latina (1938-1953)”, cuya autoría pertenece al profesor de la Universidad de Valparaíso, Patricio Herrera González y su edición a Imago Mundi; al Centro de estudios Históricos de los Trabajadores y las Izquierdas y al Centro de estudios históricos de El Colegio de Michoacán –este último por el cual el profesor Herrera es Doctor– se une a una bibliografía coherente, en que los títulos hablan entre sí y mejoran vez a vez las conclusiones que se pueden obtener luego de su lectura.

El libro que se reseña, está compuesto por una introducción y cuatro capítulos, llamados 1. “La unidad obrera continental (1935-1938); 2. La CTAL y la implementación de su proyecto sindical continental, 1938-1943; 3. Las Conferencias americanas del trabajo: cooperación, redes y conflictos entre la CTAL y la OIT, 1936-1946; 4. Entre la esperanza por un “mejor porvenir” y la derrota de la unidad de la CTAL (1944-1953), más una sección

¹ Artículo recibido el 05 de diciembre de 2023 y aceptado el 15 de abril de 2024.

* Doctora en Derecho por la U. Autónoma de Madrid. Ministra Tribunal Constitucional de Chile, Santiago, Chile.  0009-0005-5944-4858. Dirección Postal: Errazuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: daniela.marzi@uv.cl.

de conclusiones y cuatro apéndices: A. Fotografías; B. Pacto por la unidad de los trabajadores de América. A los obreros de la ciudad y el campo; C. Mensaje al proletariado de la América Latina; D. Biografías de dirigentes obreros firmantes del pacto.

El autor se puede precisar de tener una escritura reconocible que emana del estudio riguroso, exhaustivo de una figura que pueda ser recuperada y redimensionada. Parece que todo comenzara con una persona de la historia como obsesión, de manera que casi pudiera tocarla u olerla, para luego situarla con un trabajo historiográfico apegado a las fuentes. Sostenido firmemente en las fuentes llega a sus conclusiones, y es probable que su reflexión sea una nueva forma de mirar esa realidad ya ocurrida, cubierta por capas y capas de hechos posteriores. Así lo hizo antes con Moisés Poblete², investigador e importante funcionario del BIT que circuló por el continente y que es representado como una especie de causa de por qué la seguridad social fue tan homogénea en la región, o valorado en tanto las consecuencias de su preocupación por el trabajo indígena y su obra “Las condiciones de vida y de trabajo de la población indígena del Perú” de 1938, explican algo que suele ser desconocido como el por qué el Convenio Internacional sobre los derechos de estos pueblos se aloja en la O.I.T.

El mismo camino hace esta vez con un contemporáneo e interlocutor de Poblete: el dirigente sindical y político mexicano Vicente Lombardo Tolezano, disputando la imagen que se ha dado de él como un operador político comunista y dando cuenta de su pensamiento de avanzada, que entendía la lucha obrera como una fuerza cuya potencia dependía de la unidad de la clase, lo que no implicaba en caso alguno un pensamiento único.

A través del camino de Lombardo se cruzan otras puertas que llevan a las complejidades de determinados períodos históricos, como el de la entre-guerras y posguerra de la segunda guerra mundial, en que particularmente

2 HERRERA (2018), pp. 77-96.

interesante es ver la debacle moral de las fuerzas demócratas antes la caída de la República española y la tiranía de Franco, en que la economía occidental se amiga con la dictadura, aunque la condene en el discurso público.

Esa mirada crítica de su investigación tiene una constante respecto de la más importante organización internacional relacionada con el trabajo, la O.I.T, y que se encuentra en el presente libro también. Desde magníficas obras anteriores Herrera ha abordado sus dilemas y nos explica la oportunidad que constituyó América para una O.I.T que perdía espacio en Europa y las dificultades que tenía para lidiar con problemas propios de este continente como el trabajo indígena y el trabajo campesino³. En eso la historiografía inocula respecto a relatos voluntaristas en que se mira al ámbito internacional de los derechos humanos como algo parecido a una “revelación de consciencia” y no –en mayor medida y en forma más verosímil– como el producto de grandes choques de intereses geopolíticos⁴. Herrera nos advierte desde el principio que no hace “historiografía de binomios” sino que sus objetos de estudio son revelados con sus luces y sombras las que incluso muchas veces son verdaderas tinieblas. Pero también busca destellos perdidos, como los pasajes del movimiento de trabajadores americano en que se logró una importante integración y capacidad de articularse como un interlocutor político válido, como ocurre con la CTAL (Confederación de trabajadores de América), creada en 1938 y su antecedente la Confederación Sindical Latinoamericana.

3 HERRERA y HERRERA (2013), pp. 199-242.

4 Considerar el contexto en que se crea un Sistema Internacional, es crucial para su correcta intelección, pues éstos se crean con objetivos y en escenarios determinados, y como enseña la profesora Cecilia Medina, asimismo todo el Derecho, que no surge ni del vacío ni de la nada. “Una organización internacional nace cuando existe un propósito común entre un grupo de Estados para solucionar problemas que trascienden sus fronteras. Por ello, las normas y disposiciones que la regulan se crean dentro de las circunstancias políticas, sociales y económicas existentes en esos Estados”, MEDINA (2009), pp. 15 y ss.

El autor nos da cuenta de encrucijadas permanentes para el movimiento de trabajadores, como la búsqueda de conciliar las condiciones concretas y contingentes de trabajo de los connacionales y la vocación internacionalista y, al mismo tiempo, antiimperialista del sindicalismo: cuánta reforma y cuánta revolución.

Y de ambas fue quedando un fruto importante como ocurre con la legislación social, y también con el vínculo sindicato y democracia. Con el libro de Herrera se nos devuelve un pensamiento político profundo: el compromiso con la democracia —que alcanzó para la solidaridad con los refugiados españoles— o las intervenciones de Lombardo Toledano en que planteara que sin la integración de las poblaciones indígenas y la resolución satisfactoria de su problema económico no habrá justicia e igualdad en América (Primer congreso indigenista interamericano, México 1940). Esa densidad intelectual y política fue destroncada y ahí hay una historiografía en deuda.

En las conclusiones del libro, que más que conclusiones propiamente tal suenan como una reflexión final, que parece escrita a distancia del término de la investigación y que tiene un tono mucho más personal, porque declara quien es el como investigador, se presenta a sí mismo como uno que contesta a sus colegas que buscan la analogía europea en América, esto es, determinar el grado de atraso en el tiempo de América Latina respecto de Europa. En tal sentido señala: “Estas afirmaciones forman parte de la interpretación historiográfica con América Latina. Reproducen una serie de acontecimientos y lugares comunes que poco o nada contribuyen a reconstruir “huellas” del devenir histórico de cientos de miles de hombres y mujeres que integran los movimientos de trabajadores asalariados del continente, al menos desde 1850, con el objetivo de construir un mejor porvenir para los suyos. También, los estudios de estos historiadores corroboran la ausencia de una investigación específica, carecen de fuentes de primera mano para sostener sus perspectivas y reiteran sin mayor autocrítica “sentencias” que

poco o nada tienen que ver con las experiencias, prácticas y representaciones que tuvieron los individuos y sus colectivos a la hora de instrumentar sus movimientos políticos y sociales”⁵.

En los apéndices comparte archivos preciosos, destaco la foto del apéndice A⁶ en que flamea la bandera del MEMCH (Movimiento pro emancipación de la mujer) en la bienvenida de las delegaciones de trabajadores en el puerto de Corral a Vicente Lombardi Toledano como líder de la CTAL en 1942, que sintetiza y prueba en una imagen lo que ya ha declarado antes Herrera: la falta de estudios que investiguen la contribución del movimiento de mujeres en la política y el sindicalismo, pero trabajado como un hecho que debe ser recuperado y el gesto de poner algo donde nunca lo hubo.

Cierro con un extracto del Apéndice B, en que el autor nos comparte un precioso archivo: la declaración de 14 de enero de 1936, en la ciudad de Santiago, de militantes sindicales de toda América, “Pacto por la unidad de los trabajadores de América. A los obreros de la ciudad y el campo”, que pienso refleja todo lo que he querido relevar de este libro: “La suerte del proletariado de la América Latina está estrechamente ligada a la economía de cada país semicolonial. Ante el peligro común solo la acción conjunta del proletariado puede salvar los destinos de América. No es preciso que los trabajadores todos piensen del mismo modo, que todos sustenten la misma doctrina política, que todos opinen igual respecto de las características de la sociedad futura; no es un menester denominador ideológico para intentar la defensa activa de sus intereses: basta con un programa mínimo de acción, con un programa igual para todos, que garantice sus derechos fundamentales, libertad de asociación profesional, libertad de reunión y de manifestación públicas; libertad de expresión de ideas; libertad de prensa; derecho de huelga; derecho a la tierra para los campesinos; salarios humanos; seguro contra el paro y contra riesgos profesionales; disolución de las milicias privadas o semioficiales, al margen del ejército regular; respeto a

5 HERRERA (2022), p. 180.

6 Íbid, p. 210.

la acción cívica de los trabajadores; respeto por los partidos políticos de la clase obrera y campesina; mantenimiento del régimen político del sufragio universal y del voto secreto”⁷.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

HERRERA Fabian y HERRERA, Patricio (2013): *América Latina y la Organización Internacional del Trabajo: redes, cooperación técnica e institucionalidad social (1919-1950)*, (Instituto de Investigaciones Históricas Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México).

HERRERA, Patricio (2018): “Colaboraciones técnicas y políticas trasatlánticas: América Latina y la OIT (1928-1946)”. En: *Estudios Internacionales* (vol. 50, N°189), pp. 77-96.

HERRERA, Patricio (2022): *En favor de una patria de los trabajadores. Historia transnacional de la Confederación de trabajadores de América Latina (1938-1953)*, (México, Imago Mundi).

MEDINA, Cecilia (2009): “Los cuarenta años de la Convención Americana de derechos humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”. En: *Anuario de Derechos Humanos* (N°5), pp. 15-34.

7 *Íbid*, pp. 225-226.

