

ediciones
DER



REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES

Año 2017 • Nº 4

ediciones
DER



REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES

Año 2017 - N° 4

REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES N° 4

© Instituto de Estudios Judiciales

2018 DER EDICIONES LIMITADA

Santa Magdalena 10, oficina 26, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile.

Teléfono +56 22 906 00 02

www.derediciones.com

ISSN 0719-8779

Primera edición enero de 2018 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 1.700 ejemplares

Impresores: Andros Impresores

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES

HAROLDO BRITO CRUZ

Presidente

MAURICIO OLAVE ASTORGA

Vicepresidente

FRANCO BRZOVIC GONZÁLEZ

Tesorero

RODRIGO CARVAJAL SCHNETTLER

Secretario General

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ

Consejero

LEOPOLDO LLANOS SAGRISTÁ

Consejero

SERGIO ROJAS ABARZÚA

Consejero

XIMENA OSORIO URZÚA

Directora Académica

COMITÉ EDITORIAL

DIRECTOR

Rodrigo Carvajal Schnettler
Juez del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago
Profesor de D. Procesal U. del Desarrollo, Chile

DIRECTOR ALTERNO

Mauricio Olave Astorga
Consejero del Instituto de Estudios Judiciales
Juez del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de
Santiago
Profesor de D. Procesal U. de Talca, Chile

CONSEJEROS

Omar Astudillo Contreras
Ministro de la Corte de Apelaciones
de Santiago, Chile
Profesor de D. del Trabajo, Pontificia
U. Católica de Chile

Fernando Atria Lamaitre
Profesor de D. Constitucional y Ciencias del
Derecho, U. de Chile, Chile

Luis Avilés Mellado
Juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago,
Chile
Profesor Invitado, U. Adolfo Ibáñez, Chile

Enrique Barros Bourie
Profesor de D. Civil, U. de Chile

Gerardo Bernaldes Rojas
Juez del Primer Juzgado de Letras de Talca, Chile
Profesor de D. Constitucional y Procesal,
U. de Talca, Chile

Andrés Bordalí Salamanca
Decano Facultad de Derecho, U. Austral de Chile
Profesor de Jurisdicción, U. Austral de Chile

Haroldo Brito Cruz
Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Chile
Profesor de D. Procesal, U. de Talca, Chile

Eduardo Caamaño Rojo
Profesor de D. del Trabajo,
Pontificia U. Católica de Valparaíso, Chile

José Luis Díez Schwerter
Profesor de D. Civil, U. de Concepción, Chile

Rafael Gómez Balmaceda
Profesor de D. Comercial, U. de Chile

Milton Juica Arancibia
Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Chile
Profesor de D. Procesal, U. Andrés Bello, Chile

María Inés Horvitz
Profesora de D. Penal, U. de Chile

Macarena Rebolledo Rojas
Jueza del Juzgado de Familia de Valdivia, Chile
Profesora de D. Civil, U. Austral de Chile

Mauricio Rettig Espinoza
Juez del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de
Santiago, Chile
Profesor de D. Penal,
U. Alberto Hurtado, Chile

José Pedro Silva
Profesor de D. Procesal, Pontificia
U. Católica de Chile

Raúl Tavolari Oliveros
Profesor de D. Procesal, U. de Chile y
U. de Valparaíso, Chile

María Francisca Zapata García
Jueza del Primer Juzgado de de Santiago, Chile
Profesora, U. de Chile

Francisco Zúñiga Urbina
Profesor de D. Constitucional, U. de Chile

COMITÉ INTERNACIONAL

Armando Segundo Andruet
Magistrado de la Provincia de Córdoba, Argentina
Profesor de Filosofía del Derecho, U. Católica de Córdoba, Argentina

Alberto M. Binder
Profesor de D. Procesal en Postgrado,
U. de Buenos Aires, Argentina

Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado del Tribunal Supremo, España

Franco Ippolito
Magistrado Consejero de la Corte de Casación, Italia

Ramón Sáez Valcárcel
Magistrado de la Audiencia Nacional, España

Secretario de Redacción
Cristián Bahamonde Guasch

ÍNDICE
Nº 4 AÑO 2017

PRESENTACIÓN	1
ENTREVISTA A ENRIQUE BARROS	7

I. ESTUDIOS JUDICIALES

Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en el proyecto de Código Procesal Civil	15
<i>Juan Carlos Marín González</i>	
Violencia en contra de la mujer cometida por su (ex) pareja y las medidas cautelares.....	47
<i>María Francisca Zapata García</i>	
La exigencia del subprincipio de necesidad en la prisión preventiva y su formulación como argumento contrafactual.....	71
<i>Pablo Orlando Contreras Guerrero</i>	
La potestad cautelar del juez de familia. Sus alcances y límites	103
<i>José Alejandro Duque Villa</i>	
El contenido de la <i>dirección laboral común</i> en la configuración del grupo de empresas o unidad económica	143
<i>Irene Rojas Miño</i>	
La huelga en el Derecho chileno	159
<i>José Luis Ugarte Cataldo</i>	

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

Incorporación de Derecho Internacional de los Derechos Humanos al resolver recurso de amparo: <i>Lorenza Cayuhán c/ Gendarmería</i> (Corte Suprema, 1 de diciembre de 2016)	185
<i>Macarena Rebolledo Rojas</i>	

El recurso de <i>habeas corpus</i> como vía para impugnar las medidas cautelares personales dictadas por un Tribunal de apelación.....	199
<i>Julián López Masle</i>	
La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema.....	231
<i>Luis Cordero Vega</i>	

III. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Tratado de las Medidas Cautelares. Doctrina, Jurisprudencia, Antecedentes históricos y Derecho Comparado. Marín González, Juan Carlos, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 2016, 680 pp.	253
<i>Agustina Alvarado Urizar</i>	
Sana crítica, un sistema de valoración racional de la prueba. Javier Maturana Baeza, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, 616 pp.	259
<i>Mauricio Olave Astorga</i>	
INSTRUCCIONES PARA LOS COLABORADORES DE LA REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES	265

PRESENTACIÓN

El *Instituto* de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda, en la continuidad del esfuerzo por estimular el debate acerca de nuestro sistema de justicia, ofrece el número cuatro de su *Revista de Estudios Judiciales*.

En esta ocasión, el Comité Editorial de la *Revista* nos encomendó circunscribir su contenido a un ámbito específico de la teoría y práctica jurídica. Debía tratarse de una mirada renovada a un segmento del conocimiento de la mayor relevancia para la efectividad en la protección de derechos e intereses de los justiciables en nuestro medio.

El encargo fue incluir en este número de la publicación un tratamiento más fresco a las medidas cautelares en nuestro ordenamiento. Naturalmente, hurgamos de inmediato en el campo del Derecho que nos resultaba más afín con el plan discursivo que se nos impuso: el Derecho Procesal. Tan pronto fueron requeridos, conocidos procesalistas de nuestro medio se agolparon digitalmente en las cuentas de correo electrónico de la *Revista* y el *Instituto*, exteriorizando gentilmente su propósito de aportar a la publicación. Desde luego nuestra más profunda gratitud a todos ellos por el interés manifestado tan tempranamente.

Sin embargo, nuestro afán nos enfrentaba a un trance complejo. No era fácil declinar los ofrecimientos que recibíamos. Motivados por un propósito encomiable, los referidos colegas proponían abordar puntos interesantes, pero que no necesariamente cumplían con el enfoque innovador que motivó la convocatoria del presente número de la *Revista*. Sin duda resultaban atractivos esfuerzos de sistematización sobre los antecedentes en el derecho histórico y comparado de las medidas cautelares, la finalidad de las mismas, sus requisitos, sus clases o categorías, su regulación en el ámbito del Código de Procedimiento Civil y sus efectos generales. Pero, con una alta dosis de intuición, nos arriesgamos a desestimar por ahora tales aportes, empeñándonos en la búsqueda de tópicos sobre la potestad cautelar que nos parecieran novedosos desde su enunciación misma.

La decisión referida tuvo un importante costo. Sufrimos un serio contratiempo, pues todo indicaba que la mirada que proponíamos no encontraba un cauce definido en nuestros propios requerimientos ni en las propuestas de nuestros colaboradores.

Casi por accidente, mientras me encontraba en la celebración del cumpleaños de un amigo, el hijo de este, de 9 años, me solicitó participar en una actividad escolar del ramo de ciencias sociales, denominada *show & tell*. Se trataría de algo similar a las disertaciones de nuestra pretérita época escolar, según conseguí entender. Dada la coincidencia de que el peticionario es mi orgulloso ahijado, no estaba en condiciones de negarme. Sin más información, me vi sentado en horas de la mañana de un helado día de junio, encogido en una silla de reducidas proporciones y expuesto frente a una veintena de niños, mientras el único de ellos que me conocía, ponderaba mis supuestos méritos en la promoción del bienestar en la comunidad desde mi cargo de juez penal.

Sin saber qué decir sobre la presentación y exposición que me precedió, preferí enfrentar sin más rodeos las preguntas de un auditorio ávido de respuestas concluyentes. Uno de los niños me preguntó en el acto: ¿qué se hace con el que roba?; otro inquirió sobre quién puede ser ladrón, si él puede serlo y qué le pasaría si lo fuera. Otro preguntó sobre qué se haría con la pistola empleada. Luego de la avalancha de dudas, les expliqué que a quien se acusa de robo se le juzga en un juicio oral, público y contradictorio. En el acto un niño replicó que entonces lo llevan a los tribunales cuando la policía lo va a buscar y que ahí lo juzgan. Le contesté que en algunos casos sí, pero que en los procesos hay una progresión a través de sucesivas fases, hasta llegar al juicio del que les había hablado y luego a la ejecución de lo resuelto en el mismo. El auditorio me miraba perplejo en procura de una respuesta que yo no les estaba dando. La pregunta era simple: ¿cómo se reacciona en lo inmediato frente a un hecho que se perfila como grave? Lo advertí, porque una niña me indicó con cierta condescendencia que lo que todos querían saber era si el ladrón se iba preso en lo inmediato y si alguno de ellos se iría preso si robaba. Intenté responder de un modo sencillo, aludiendo al régimen de las medidas cautelares personales y, sin duda, con importantes déficit, los que no impidieron que recibiera un afectuoso aplauso.

Luego, todo indicaba que las reacciones a largo o mediano plazo que me empeñaba en venerar no conseguían dar respuesta satisfactoria a las dudas de mi auditorio. Advertía el interés de ellos en que yo fuera capaz de representar una imagen de los jueces como actores con capacidades de actuación oportuna frente a los conflictos urgentes, aportado soluciones prácticas y no solo empeñados en concretar un programa normativo que dicta cómo, al final del día, deben solucionarse los casos. En ese punto me pareció que el

camino estaba en considerar a las potestades cautelares de qué están investidos los jueces en los procesos reformados de nuestro ordenamiento, pues en ellos la atención se vuelca en general a la solución de los conflictos que se presentan con la mayor premura, más que a la satisfactoria concreción a ultranza de un sistema de reglas generales.

Surgía así un punto sencillo pero elocuente: ¿cómo el ordenamiento debe dar respuesta a la solución de los conflictos a través de medidas oportunas pero con los elementos necesarios para su motivación? Así planteado el asunto, desde dentro y fuera del ámbito judicial comenzaron a llegar a nuestras manos diversos aportes. Pero ya era momento de lanzar la publicación, con lo que debimos recurrir a algunos académicos de nuestro entorno más próximo para que contribuyeran con un tema de su interés, algo que probablemente escamotearían de otro compromiso a nuestro favor y de esa manera completar a la brevedad la presente edición anual.

Así llegamos al presente número IV de la *Revista*, inspirados por la idea de promover una mirada nueva al régimen de las medidas cautelares en relación a la etapa de maduración de las reformas procesales introducidas en los últimos veinte años.

En cuanto a los contenidos fundamentales, inauguramos esta edición con una entrevista al destacado académico don Enrique Barros Bourie. La justificación aquí es sencilla pero efectiva: no podíamos permitirnos postergar más el ejercicio de nuestro derecho a contar de primera mano con el parecer en materias judiciales destacadas de uno de los más notables juristas de nuestro tiempo en el ámbito hispanoamericano.

Arrancamos la primera sección con un estudio de relativa generalidad sobre las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno de cara a su tratamiento en el proyecto de Código Procesal Civil, del destacado académico internacional don Juan Carlos Marín. A propósito del cotejo y análisis crítico de los dos principales proyectos de reforma procesal civil, el autor ofrece un panorama general de señalado rendimiento para comprender las medidas cautelares en el proceso civil chileno, dando cuenta de cómo el régimen común y general de las mismas se ha visto enriquecido a partir de sucesivas reformas procesales sectoriales de los últimos veinte años.

El segundo estudio, elaborado por María Francisca Zapata García, se titula “Violencia en contra de la mujer cometida por su (ex) pareja y las medidas cautelares”. Desde las críticas a la práctica jurídica en procesos de violencia contra la mujer constitutiva de delito y la reacción contingente

frente a los déficit constatados, el trabajo aporta certeros cauces para su superación. Lo interesante de la mirada es el interés puesto en arreglos procesales que apunten a la minimización de los menoscabos que pueden seguirse de la intervención estatal en ámbitos tradicionalmente fuera de su alcance.

En el tercer estudio, a cargo de Pablo Contreras Guerrero, titulado “La exigencia del subprincipio de necesidad en la prisión preventiva y su formulación como argumento contrafactual”, desde la práctica cotidiana y la teoría, se destaca la necesidad de motivar una decisión de prisión preventiva en torno a la insuficiencia del generoso estatuto de las llamadas “otras medidas cautelares”, menos afectadoras de derechos para obtener la misma finalidad. El artículo invita a concretar los conocidos referentes de la ponderación en sentido estricto, en relación con la libertad personal, la intensidad de su afectación, especialmente la existencia y disponibilidad de medios alternativos menos lesivos y con resultados homólogos.

En el cuarto artículo, titulado “La potestad cautelar del juez de familia. Sus alcances y límites”, José Duque Villa repara en la necesidad de coordinar en el ámbito de la justicia de familia los criterios de urgencia, de cara a la reacción oportuna frente a una situación de riesgo, con las exigencias del debido proceso. Ello importa una llamada a la jurisdicción cautelar a no apartarse de la función que le es propia, para lo cual el autor se empeña en situar a las medidas cautelares en el procedimiento de familia en el ámbito general de estos institutos.

Finalmente, en esta primera parte hemos incluido dos estudios en materia laboral. El primero, titulado “El contenido de la *dirección laboral común* en la configuración del grupo de empresas o unidad económica”, de Irene Rojas Miño, discurre sobre interesantes aspectos de una reforma del calado de aquella que en materia de Derecho colectivo del trabajo, impulsa la Ley N° 20.714, en su esfuerzo por plasmar realidades, particularmente en lo que dice relación con el concepto de empresa, que había sido relegada hasta ahora al plano de una relativa indiferencia. En el segundo estudio, de José Luis Ugarte Cataldo, titulado “La huelga en el Derecho chileno”, desde su consagración en el catálogo de derechos previstos en la Carta, se entrecruzan aspectos de la teoría de los derechos fundamentales con su fisonomía en materia de Derecho colectivo del trabajo, perfilándose de ese modo su régimen jurídico, el que es planteado por el autor como eminentemente funcional, centrado en asegurar las condiciones de la deliberación para entrar en los procesos de negociación colectiva.

En la segunda sección de la *Revista*, desde una perspectiva centrada en el análisis jurisprudencial, Macarena Rebolledo Rojas analiza un fallo de la Corte Suprema de 1 de diciembre de 2016, en el que destaca la utilización por parte del Máximo Tribunal de diversos conceptos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como los de discriminación múltiple, el deber de reparación y el control de convencionalidad y, mediante tal análisis, la aplicación efectiva de derechos reconocidos internacionalmente.

Julián López Masle comenta una sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Suprema refiriendo las razones con que esta ha construido el criterio vigente respecto de la inadmisibilidad del recurso de amparo cuando es interpuesto en contra de una resolución dictada por una Corte de Apelaciones, con mención a la influencia que la infracción manifiesta y ostensible de la fundamentación de la resolución podría alcanzar en tal criterio. También enfocado en el estudio de las sentencias de la Corte Suprema, Luis Cordero Vega describe y valora cómo la jurisprudencia se esfuerza por comunicar a los actos administrativos exigencias de motivación tradicionalmente asociadas a las principales resoluciones judiciales.

La tercera sección, destinada a reseñas bibliográficas, contiene dos monografías que comentan recientes obras de interés en el ámbito judicial. La primera, relativa a la edición más reciente (2015) del *Tratado de las Medidas Cautelares*, de Juan Carlos Marín González, una obra de indispensable consideración en la materia. La segunda, pertinente a la obra general sobre la sana crítica del joven procesalista Javier Maturana Baeza, de especial interés para los jueces. La reseña contribuye certeramente a estimular su consideración detenida.

Antes de concluir, debo expresar varios agradecimientos. Primero, al Consejo del Instituto, por encomendarme la labor de Director de la presente *Revista*. Segundo, a Francesca De Ferrari, de nuestra nueva casa editorial DER, cuya permanente voz de aliento contribuyó a que esta publicación viera la luz.

El Director

ENTREVISTA A ENRIQUE BARROS

1. **Para comenzar, me gustaría que se refiera a algunos aspectos de su carrera profesional. Por ejemplo,**

a. **¿Qué fue lo que lo llevó a estudiar Derecho y, luego, a realizar estudios de posgrado?**

Estudí derecho porque pensé que me abría caminos profesionales más diversos que ingeniería, que había sido mi opción durante los últimos años de secundaria. Estoy feliz de la elección y en verdad he tenido la suerte de conocer la multiplicidad de mundos que comprende la profesión.

b. **¿En qué áreas se ha desempeñado?**

En los primeros diez años desde que egresé me dediqué por completo a la academia; primero en la Universidad de Chile y luego en el doctorado en München. Comencé tarde a ejercer la profesión. Mis experiencias más interesantes estuvieron en la negociación de contratos de construcción y financiamiento, en litigación civil y de libre competencia, en asesoría legal. Pero siempre me he mantenido activo en investigación y en la docencia que siempre me ha gustado. Una gran experiencia fueron mis seis años de abogado integrante de la Corte Suprema. Incluso sentí que no se diesen las circunstancias para optar como ministro externo.

c. **¿Cuáles destacaría como sus principales logros profesionales?**

Probablemente el más importante es haber disfrutado casi todo lo que he hecho.

d. **¿Cuáles son los hechos de la historia de nuestro país que más han influido en su visión jurídica?**

El extremo ideologismo, ansia de poder total e irresponsabilidad de la UP y la brutalidad a que puede llevar la dictadura. No se trata de compararlos, sino mostrar extremos que me enseñaron el Chile que no querría para el futuro.

e. **¿Cómo podría resumir su pensamiento sobre el Derecho?**

Para bien o para mal, el derecho es cultura acumulada. Es un subsistema social que tiene leyes, prácticas y formas de pensar, que son nacionales, pero deben conversar con otros sistemas legales con que compartimos

principios. La tarea de cada generación es poner a prueba y mejorar la forma cómo actuamos como practicantes del Derecho (me gusta mucho más “practicantes” que “operadores”, que da una idea mecanizada de las profesiones legales.

2. **¿Cuál sería su diagnóstico personal acerca de las debilidades y fortalezas de la Constitución Política en vigor, sobre las materias relativas al Poder Judicial y en general a la función jurisdiccional?**3.

Quisiera hacer una reserva inicial. La tarea es corregir sin afectar lo bueno que hay en nuestro sistema judicial, especialmente su profesionalismo y honestidad. Pienso que toda forma de corporativismo es dañina, especialmente en la justicia. Los jueces son una función pública esencial, cuya importancia está dada por su independencia de juicio, hacia el interior del sistema como hacia el exterior. En esencia, me parece que ese es el fundamento del estado de derecho. Por eso creo que no es bueno que el Tribunal Supremo sea también el órgano político de la justicia como institución. No hay que tenerle miedo a la separación de funciones, siempre que se tomen resguardos, como es el establecimiento de un órgano de control de las buenas prácticas. También el procedimiento de designación debe ser mejorado. Debe haber mayor discernimiento al nominar jueces y ministros de las cortes. En fin, algunos cambios son materia de reforma constitucional, pero lo importante es que nazcan de objetivos bien pensados.

4. **¿Qué propondría para superar el déficit que usted estima como central en materia judicial? ¿Es necesaria una reforma a la Carta Fundamental? ¿En qué aspectos?**

[Esta pregunta la doy por respondida]

5. **En relación con la pregunta anterior, ¿cómo valora su propuesta en relación con la labor cotidiana de cada juez, especialmente de cara a su independencia interna y externa?**

Hay que revisar el procedimiento de designación de jueces y dividir la función de gobierno de la jurisdiccional. Hay que evitar el corporativismo judicial, con incentivos de progreso a quienes hacen muy bien su tarea y no por lealtades personales. Pienso que el sistema de terna o quina y un oscuro procedimiento de nominación no son buenos para el sistema. Más información es necesaria. Un procedimiento de designación que incorpore a otros poderes puede ser conveniente si es bien diseñado.

6. **¿Podría aportar una idea personal sobre las siguientes nociones asociadas a la organización judicial: nombramientos, ascensos, calificación y régimen disciplinario?**

Volvemos a lo mismo. Se requiere revisar la administración superior y el procedimiento de designación y ascensos.

7. **¿Considera positivo abandonar la carrera judicial e implantar un ideal paritario o no jerárquico entre los jueces chilenos?**

La reforma del gobierno judicial es el primer paso. La revisión por tribunales de apelación y la Corte Suprema es por completo necesaria para el control de lo decidido y para asegurar la vigencia de la ley. Pero de ello no se sigue que la función de los tribunales de apelación y revisión se extienda a la carrera judicial y a los nombramientos en tribunales superiores.

8. **¿Qué rol debiese asignarse a la Corte Suprema en nuestro sistema institucional? ¿Cuáles debiesen ser las facultades de debiesen contemplarse para su ejecución?**

La Corte Suprema es el órgano jurisdiccional por excelencia. Su tarea es literalmente decir el derecho. No puede tener otra agenda que cautelar un desarrollo y consolidación del derecho ordenado, justo y conforme a la ley.

9. **¿Cómo valora la propuesta de introducir un Consejo Superior de la Magistratura u otro órgano equivalente de gobierno judicial que sustituya a la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones en el ejercicio de tales potestades?**

Pienso que a veces se confunden funciones diversas: gobierno judicial, control disciplinario y nominación de jueces, entre muchas otras. Las dificultades de consejos superiores de la magistratura en otros países se han debido a que se transforman en un superpoder dentro del Estado. Más bien conviene plantearse el mejor mecanismo para cada una de esas tareas y muchas otras.

10. **¿Atendida la experiencia reciente, cuál es su juicio acerca de la dictación de auto acordados en procura de suplir las omisiones legislativas?**

Mover la maquinaria legislativa es muy difícil. Los auto acordados se hacen cargo de esa limitación. El órgano responsable del gobierno debe tener facultades regulatorias y el encargado de la jurisdicción superior puede conservar facultades normativas sobre cuestiones relativas a la función propiamente judicial. Me parece que no hay dogmas, pero

sí una necesidad de regulación en concreto que no tenga que esperar decisiones legislativas.

11. ¿Es partidario de introducir un régimen de autonomía presupuestaria y financiera del Poder Judicial?

Los grados de autonomía financiera son opinables, a condición de que haya una auditoría externa muy certera. En materia presupuestaria, no hay que olvidar que en una democracia constitucional el Gobierno y el Congreso son los órganos con potestades exclusivas en la materia. Crear un subsistema por completo autorregulado contradice ese principio y es un incentivo mayor al corporativismo judicial. Cosa distinta es que el análisis presupuestario debe mejorar en calidad y transparencia.

12. ¿Es partidario de la supresión del recurso de queja? ¿Por qué?

Se trata de un animal que tiene muchas vidas. En la época en que fui abogado integrante, hace unos diez años, llegó a desaparecer, pero de repente reaparece como el animal mitológico. Por lo demás, conviene no olvidar que la queja se asocia a las funciones disciplinarias que se estructuran jerárquicamente. Si las cortes carecen de funciones en esas materias, la queja pierde finalmente su sentido.

13. En el pasado usted ejerció como abogado integrante de la Excm. Corte Suprema. ¿Cuál es su opinión en relación la institución de los abogados integrantes?

La tarea de los abogados integrantes es apreciada por la Corte. Pero hay riesgos de conflictos de interés y de sesgos impropios en su designación. Distinto sería el caso si se ampliara el cupo de ministros, agregando externos, de modo que no fuere necesario la integración de las salas. Pienso que hay un desarrollo importante de la academia y sería óptimo que jueces externos interactuaran más intensamente con ministros que provengan de la judicatura. La pirámide carece de sentido en una justicia más horizontal. La experiencia de muchos países desarrollados es que se acepta que haya grandes jueces que no necesariamente son buenos ministros en la Corte Suprema.

14. En materia de formación y perfeccionamiento judicial, ¿cuál sería su propuesta para la situación actual de la judicatura?

En dos períodos distintos estuve en el Consejo de la Academia Judicial: en su fundación y luego de algunos años de instalada. Creo que la Academia ha sido virtuosa en la selección y formación inicial de los futuros jueces. Los cursos de perfeccionamiento son tan buenos como

pertinentes sean a la función judicial y estén a cargo de docentes de excepción. Entiendo que la Academia ha sido exitosa en mantener los estándares, pero indagar permanentemente experiencias exitosas de formación continua es una tarea esencial.

15. A su juicio, ¿cuál es la principal expectativa que la comunidad jurídica chilena actual puede abrigar respecto de la función judicial?

Profesionalismo y probidad son condiciones que se cumplen más que razonablemente por nuestra judicatura. La eficiencia del servicio público de administración de justicia es la tarea más difícil de satisfacer. En cuanto al fondo, los jueces, como en ninguna otra función pública, están sujetos a un principio de autolimitación al derecho y no deben devenir en artífices de políticas públicas, porque no es su tarea en un estado de derecho, y cuando las invaden lo hacen sin instrumentos analíticos y cuantitativos. El activismo judicial es una enfermedad de países sin forma institucional.

16. ¿En qué términos considera satisfecha o incumplida dicha expectativa?
[Entiendo contestada la pregunta]

17. ¿Cómo visualiza usted el futuro de lo que hoy conocemos como el Poder Judicial para los próximos 20 años?

Chile ha crecido no solo en su economía, sino en la percepción del público acerca de lo que puede exigir de quienes ejercen funciones públicas. Una administración de justicia altamente profesional y respetuosa de los principios de la democracia constitucional es una tarea que exige permanente atención. Por eso creo que la reordenación orgánica es importante para favorecer la excelencia y fortalecer el deber que los jueces tienen con las personas. No veo quiebres, sino nuevos desafíos.

18. ¿Cuál sería su mensaje a los jueces chilenos?

Ser juez es de las tareas más dignas que se pueden asumir en una sociedad civilizada.

I. ESTUDIOS JUDICIALES

A decorative graphic consisting of two horizontal lines. The top line is thin and slightly upward-sloping from left to right. The bottom line is thicker and perfectly horizontal, positioned directly below the top line.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO: SU TRATAMIENTO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

PROVISIONAL REMEDIES IN CHILEAN PROCEDURAL LAW:
REGULATION IN THE BILL OF CIVIL PROCEDURE CODE

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ*

RESUMEN: La regulación de las medidas cautelares en el Proyecto de Código Procesal Civil enviado por el presidente Piñera al Congreso Nacional el año 2012 muestra serias deficiencias de cara a lo que ha sido la evolución legislativa que estas medidas han tenido en Chile en los últimos veinte años. Si bien el proyecto ha incorporado importantes principios que rigen la concesión de estas medidas, y más de una mejora que la doctrina nacional venía reclamando desde hace tiempo —particularmente en cuanto a la ubicación de estas medidas—, ha sido extremadamente tímido en los objetivos y fines que les ha asignado, descartando de plano los anticipativos. En este punto el proyecto constituye un claro retroceso si se lo compara con el enviado por la Presidenta Bachelet el año 2009 al Congreso Nacional y con la regulación que de las medidas cautelares tienen en los procedimientos de familia, laboral, competencia y medio ambiente.

ABSTRACT: The regulation of provisional remedies in the Bill of Civil Procedure Code, sent by President Piñera to the Congress in 2012, showed a deep deficient in relation with the Chilean law evolution in this topic during the last twenty years. Despite that the bill has incorporated important principles regarded to the order of these remedies, it has been extremely shy with respect of the goals that this relief could achieve, avoided any anticipation in this matter. At this point, the bill shows an important setback if we compare with the bill of the same Civil Procedure Code sent by president Bachelet in 2009 and with respect to the provisional reliefs in family, labor, antitrust and environmental law.

PALABRAS CLAVE: Medidas cautelares, Proyecto de Código Procesal Civil, regulación.

KEYWORDS: Provisional remedies, Bill of Civil Procedure Code, regulation.

□ Doctor en Derecho. Profesor tiempo completo ITAM.

I. PLANTEAMIENTO

La visión tradicional de las medidas cautelares se construyó en Chile sobre la base normativa contenido en el Título V, del Libro II, del Código de Procedimiento Civil (CPC). El trabajo que recoge de manera magnífica esta concepción es el de Mario Rojas Rodríguez, *Las medidas precautorias*, publicado en Concepción el año 1965¹. Dos son las ideas matrices que destacan de esta construcción: i) en primer lugar, las medidas cautelares sirven para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor. ii) En segundo término, las medidas cautelares son esencialmente patrimoniales, esto es, pretenden asegurar uno o más bienes en pos de una futura ejecución forzosa. Sobre estas dos ideas –repito– se elaboró todo el edificio dogmático de la tutela cautelar en el país.

El referido enfoque ha sido objeto de una fuerte revisión en los últimos lustros, primero doctrinal, y luego legislativa, tanto en Chile como en el Derecho comparado, ampliando los fines que estas medidas tradicionalmente han cumplido –de los meramente precautorios a los innovativos y a los anticipativos de la pretensión del actor– y reconociéndose una potestad cautelar general en el juzgador no solo aplicable a las cuestiones estrictamente patrimoniales². Como suele suceder en las ciencias sociales, en todo caso, el avance no ha sido lineal. Ha ido acompañado de algunos retrocesos. Es lo propio de la discusión académica: no hay consenso en todos los autores en cuanto a la intensidad y magnitud de los cambios. Es precisamente lo que sucedió con el tratamiento de las medidas cautelares en la discusión de los proyectos del nuevo Código Procesal Civil en el país.

En este trabajo analizaré algunos aspectos de la regulación de estas medidas contenidas en el Proyecto de Código Procesal Civil (PCPC) que el

¹ Véase, asimismo, la obra de QUEZADA MELÉNDEZ, José, *Medidas prejudiciales y precautorias*, Digesto, Santiago, 1997, y mi libro *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica, 2004, pp. 185 y ss.

² Véase al respecto CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *La tutela cautelar en el proceso civil*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, pp. 153-172. También véase el tratamiento de estas medidas en materia familiar, laboral, propiedad industrial, medio ambiente y competencia en mi texto *Tratado de las medidas cautelares*, Editorial Jurídica, 2ª edición, 2016, pp. 569-617. En la doctrina italiana, véase TARZIA, “La tutela cautelar”, en *Il proceso cautelare*, a cura de Giuseppe Tarzia e Achille Saletti, 5ª edición, 2015, Wolters Kluwer-Cedam, pp. XXIII-XXXVII.

Presidente de la República, Sebastián Piñera, envió a la Cámara de Diputados el 12 de marzo de 2012 mediante mensaje N° 432-359, en relación con la reglamentación que de ellas efectuó el Proyecto del mismo Código remitido por Michele Bachelet, Presidente de la República, la Cámara de Diputados mediante Mensaje 398-357, el 18 de mayo de 2009 (Proyecto 2009)³ y con la que contiene el vigente Código de Procedimiento Civil (CPC).

II. REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PCPC⁴

1. Denominación y ubicación

Las medidas cautelares se encuentran previstas en el PCPC en el Libro I, relativo a las disposiciones generales, Título XII –denominado *De las medidas prejudiciales y medidas cautelares*– capítulos uno al cuarto, artículos 161 al 200⁵. Lo primero que se advierte es el cambio de nombre de medidas precautorias (Título V del Libro II del CPC) al de medidas cautelares. Esta modificación es apropiada. Pese a que en general los dos términos han sido tratados como sinónimos en la actualidad, se impone el segundo, por abrazar fines más amplios que los meramente precautorios. Así, por lo demás, lo han recogido los textos legales modernos.

Lo segundo que se vislumbra es que, a diferencia de la actual reglamentación del CPC –que previó estas providencias en el Libro II, artículos 290 al 302–, el PCPC las reglamenta en el Libro I. Lo mismo hizo el Proyecto 2009⁶. De este modo se evita la discusión de si solo son propias de un tipo de proceso (en este caso del denominado juicio ordinario) o si son de aplicación general en cualquier procedimiento que no tenga una regulación disímil. Este cambio de ubicación también es razonable. Nuestros tribunales inequívocamente les han dado aplicación supletoria a estas medidas, utilizándolas en

³ Ambos proyectos pueden ser consultados en la *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 22 (2012), pp. 36-182 y 603-749, respectivamente.

⁴ Tengo en mis manos el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados el 7 de mayo de 2014, mediante Oficio N° 11.272. Las referencias que en este ensayo realizo a determinados artículos sin indicar su fuente deben entenderse referidas a este proyecto de 2014.

⁵ En el proyecto original del Presidente Piñera del año 2012, la regulación comprendía los artículos 159 al 199. Vid. *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 22 (2012), pp. 69-80.

⁶ Libro I, artículos 159 al 184.

distintos y diversos procedimientos y no solo en el juicio ordinario⁷. De allí que era preferible su traslado al Libro I relativo a las *Disposiciones generales*.

2. Medidas prejudiciales

El Capítulo primero del Título XII del Libro I del PCPC está dedicado a las medidas prejudiciales. El artículo 161 señala:

“Objetivo de las medidas prejudiciales y sujetos legitimados para solicitarlas. El que pretenda demandar en cualquier tipo de procedimiento, podrá solicitar al tribunal con antelación a la interposición de una demanda, diligencias destinadas a preparar la acción que se pretende deducir, a rendir pruebas que en su momento pudieren no estar disponibles o a cautelar la pretensión en los casos y conforme a los procedimientos previstos en este Título.

Quien tuviere fundado temor de ser demandado, estará legitimado para solicitar diligencias preparatorias o probatorias. El tribunal concederá solo aquellas que estime estrictamente adecuadas e indispensables para el ejercicio de la acción y su eventual defensa, según las reglas que se expresan a continuación”.

Se mantiene, por tanto, el tradicional enfoque del Derecho procesal civil nacional en cuanto a la existencia de tres tipos diversos de medidas prejudiciales: las preparatorias, las probatorias y las cautelares⁸.

⁷ Así, por ejemplo, se ha resuelto: “Que en lo que dice relación con la medida precautoria de prohibición para celebrar actos o contratos respecto de las mismas casas patronales, esta no aparece reglamentada en la disposición legal recién citada, o sea, el mencionado artículo 36, razón por la cual se resolvió sobre su procedencia en base a las reglas generales sobre medidas precautorias contenidas en el libro II del CPC [...] que a falta de reglas especiales, las medidas precautorias son también instituciones o disposiciones comunes aplicables a todo procedimiento y que su ubicación hubiere sido más lógica dentro del libro I del citado Código, lo que no es obstáculo para su aplicación a otros procedimientos diferentes del juicio ordinario en presencia de lo que dispone el artículo 3º del mismo Código [...], por lo que las disposiciones pertinentes del juicio ordinario asumen el rol de derecho supletorio respecto del articulado correspondiente no solo a los juicios especiales contenidos en el libro III del CPC, sino también para asegurar la responsabilidad pecuniaria del reo dentro del juicio criminal [...] de donde cabe inferir que tales reglas tienen una disposición de aplicación general para toda clase de juicios especiales aun cuando no estén reglamentados en el CPC y cualquiera que sea su naturaleza”. *Fallos del Mes*, N° 175 (1973), pp. 86 y 87.

⁸ Véase el reciente estudio sobre las medidas prejudiciales precautorias de CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, “Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, v. XXX, junio (2007), pp. 236-261.

Se añade en el inciso 2º de la norma en comento que el futuro demandado también puede pedir las medidas prejudiciales preparatorias y probatorias, cuestión que en la regulación del CPC se encuentra acotada, según lo refiere el artículo 288, a las previstas en el artículo 273 numeral 5º (reconocimiento jurado de firma), y en los artículos 281 (inspección personal del tribunal), 284 (absolución de posiciones) y 286 (testimonial), todos del CPC. La regulación contenida en el PCPC es, como se aprecia, más amplia que la que actualmente nos rige en tanto permite al futuro demandado pedir todo tipo de medidas prejudiciales preparatorias y probatorias. Restringe el legislador nacional, en todo caso, la procedencia de estas órdenes a las que sean *estrictamente adecuadas e indispensables* para el ejercicio de la acción y de la eventual defensa. Esta limitación no se entiende bien. Son instrumentos que pueden ser muy útiles para preparar adecuadamente una buena demanda o defensa. Me parece que en esta parte el legislador ha sido muy estricto.

En el artículo 162 se reglamentan las medidas prejudiciales preparatorias y en el artículo 163, las prejudiciales probatorias. En los artículos 164 al 170 se regula la forma cómo ellas se tramitan; las personas facultadas para asistir a las respectivas audiencias; las responsabilidades y sanciones que se pueden aplicar si la persona citada no asiste a la diligencia o si no se presenta la demanda en el tiempo que fija el legislador después de desahogada la actuación ordenada. Las medidas prejudiciales cautelares, por su parte, han sido reguladas en el PCPC en el Capítulo 3º, del Título XII, artículos 195, 196 y 197. En el art. 195 se señalan los requisitos que deben acreditarse para su otorgamiento; en el 196 la forma como se tramitan; y en el 197 la responsabilidad que asume el peticionario de la medida si no presenta la correspondiente demanda dentro del plazo que el legislador establece, así como la caducidad de pleno derecho de la medida requerida. El PCPC, al igual que sucede con en el CPC, no permite que el futuro demandado pueda disponer de las medidas prejudiciales cautelares. Estas son de uso exclusivo del actor.

En este trabajo no abordaremos esta regulación que será objeto de un análisis separado y posterior.

3. Las medidas cautelares

En el Capítulo 2º del Título XII, intitulado *De las medidas cautelares*, comienza su reglamentación. En el Párrafo 1º, denominado *Reglas genera-*

les, artículos 171 al 179, se indica el objeto de estas medidas y una serie de principios relativos a su concesión.

3.1. Objeto de las providencias precautorias y forma de su concesión

El artículo 171 aclara el objeto que ellas persiguen:

“Las medidas cautelares tienen como objeto asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia que se pronuncie aceptando la pretensión del actor o evitar los perjuicios irreparables que puedan producirse con motivo del retardo en su dictación”.

La redacción de esta norma no es clara para mí. Entiendo la finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia que acoja la pretensión del actor que es, como se sabe, la razón de existencia de este tipo de providencias. No me queda claro, sin embargo, por qué aparece como objeto el evitar los perjuicios irreparables que pueda ocasionar al actor el retardo en la dictación, entiendo, de la sentencia de fondo. Este es el tradicional *periculum in mora* que no es objeto de estas medidas sino un *presupuesto* de su concesión. Me parece más preciso el objeto que el Proyecto 2009 refería en el artículo 166:

“Las medidas cautelares tienen como asegurar los efectos de la sentencia que eventualmente acepte la pretensión del actor. Podrán, asimismo, anticipar total o parcialmente estos efectos cuando concurran los presupuestos y condiciones que se indican en este título”.

Se aceptaba aquí un objeto más amplio que el que ahora recoge el PCPC, según lo veremos más adelante, y no se confundía con el *periculum in mora*, presupuesto de concesión de toda medida cautelar.

En relación con el ámbito de aplicación de las medidas cautelares, el artículo 172 dispone:

“Las medidas cautelares pueden decretarse en cualquier procedimiento, solo por resolución pronunciada por el tribunal competente, a petición de parte, dando cumplimiento a los requisitos y asumiéndose las responsabilidades previstas en este Título”.

Se consagran algunos aspectos interesantes en esta disposición. En primer término, la facultad de utilizar estas medidas en cualquier procedimiento judicial. Si bien en la actual reglamentación de estas medidas (Libro II del CPC) nunca se ha cuestionado seriamente la posibilidad de aplicarlas en todo

tipo de procedimientos, resulta muy razonable que el legislador lo hubiere sancionado expresamente en esta oportunidad. Se evitan así problemas de interpretación y más de un dolor de cabeza. En segundo lugar, se señala que solo pueden ser decretadas por resolución de un tribunal competente. Son mandatos u órdenes que deben ser concedidos por jueces (públicos o árbitros) por la injerencia –mayor o menor– que tienen en la esfera de resguardo del demandado. Es oportuno, por tanto, dotar a estas medidas de la necesaria garantía de imparcialidad e independencia de que disfruta nuestra judicatura. En tercer término, se dispone que ellas son concedidas a petición de parte. El principio que rige en este ámbito es el dispositivo, por lo cual solo pueden adoptarse a iniciativa del actor. Se evita, de este modo, que las mismas puedan decretarse de oficio por el juez de la causa. Esta situación se reitera en el artículo 173 que analizaremos de inmediato. Finalmente, se indica que las medidas cautelares pueden generar algún tipo de responsabilidad para el peticionario de las mismas, lo que envía, desde luego, una señal clara en cuanto a que el legislador no desea que estas órdenes se transformen en armas abusivas y sin control en nuestro proceso civil. El peticionario de la providencia sabe desde un comienzo que puede asumir alguna responsabilidad con la petición y concesión de las mismas. Este último principio, en todo caso, es desarrollado algunos artículos más adelante.

De la mano con el artículo 172, y en la misma línea, el artículo 173 del PCPC señala:

“Las medidas cautelares pueden ser solicitadas por todo aquel que hubiere hecho valer una pretensión en el proceso o anunciare su interposición en etapa prejudicial.

No podrán ser decretadas de oficio por el tribunal, pero este podrá conceder una medida menos gravosa y prejudicial para el demandado a condición de que resguarde de igual modo la pretensión del actor”.

Estas providencias solo corresponden al sujeto activo de la relación procesal, sea el actor o el demandado reconvenional. Los dos tienen legitimación para pedir al tribunal la concesión de una o más de estas medidas. No es necesario que el futuro actor hubiese entablado ya la demanda. Se pueden solicitar previo a trabar la relación jurídica procesal como medida prejudicial, según lo disponen los artículos 195, 196 y 197 del PCPC ya aludidos. El futuro demandado, o quien hubiere sido ya demandado, no puede pedir una medida cautelar ni como cautelar propiamente tal ni como prejudicial precautoria, según lo hemos visto.

El inciso 2º del artículo 173 no permite la concesión oficiosa de estas medidas. Sí faculta al tribunal, en cambio, para otorgar una providencia menos gravosa y perjudicial para el demandado, siempre y cuando se resguarde de igual modo la pretensión del actor. Esta situación es muy razonable. Por un lado, evita que el juez pierda su imparcialidad y asuma facultades que pueden conducirlo por un camino errado; por el otro, sin embargo, le permite analizar bien las eventuales pruebas ofrecidas por ambas partes y los posibles perjuicios que la medida solicitada pueda causar (o esté ocasionando) en el demandado y, de esta manera, autorizar una menos gravosa para este último. Un buen ejemplo de la necesaria flexibilidad que estas medidas requieren lo encontramos en un fallo de la Corte Suprema que de manera muy temprana en el siglo XX sentó la siguiente regla:

“Que, por otra parte, el propósito claro del legislador, dentro de la institución jurídica de las medidas precautorias, es sólo el de asegurar prudentemente, pero sin ocasionar la ruina del deudor, los resultados de una acción seria y fundada, como puede serlo en este caso la de los demandantes: lo que significa que el juez, para conceder tales medidas, debe fijarse en cuáles son las que mejor cuadran con estos fines de la ley para escoger entre ellas, *aunque no sean las propuestas por los solicitantes, las que racionalmente basten para el objeto que se tuvo en vista al dictarlas*. Y dentro de este criterio imparcial respecto del derecho de demandantes y demandados, faltó el juez de letras al decretar el depósito o retención de las mercaderías que constituían el giro ordinario del comerciante [...], *paralizando o entorpeciendo así innecesariamente la marcha de su negocio y exponiéndolo, además, a las pérdidas provenientes de los cambios de precio de las mercaderías retenidas y a su menoscabo o deterioro por el mero transcurso del tiempo*; todo lo cual habría podido evitarse con el nombramiento de un interventor [...], complementando además esta medida, si no se la hubiere considerado suficiente, con la prohibición de enajenar o gravar sus bienes raíces, como reiteradamente lo solicitó aquél”⁹. (Énfasis añadido).

⁹ *RDJ*, t. XVII (1919), parte segunda, sec. 1ª, p. 159. Concluye el fallo en comentario que “lo expuesto en los considerandos anteriores y la adopción irregular y violenta de medidas que han podido causar un daño irreparable al litigante contra el cual se dirigieron, ponen de manifiesto que el juez letrado [...] no ha administrado justicia en este caso en las condiciones de imparcialidad, de rectitud y respeto a las leyes, que debe ser la norma constante e invariable de todos los que sirven tan elevadas funciones”. *Ídem*, p. 160.

3.2. Principios

3.2.1. Proporcionalidad e idoneidad

El artículo 174 del PCPC contempla expresamente el principio de proporcionalidad y de idoneidad que deben servir de guía para la concesión de estas medidas:

“Proporcionalidad e idoneidad. Las medidas cautelares deberán mantener una estricta proporcionalidad con el objeto y naturaleza de la pretensión cuya tutela se requiere y ser idóneas para cumplir con la finalidad perseguida. El tribunal, al conceder una medida cautelar, tendrá siempre presente la gravedad y extensión que para el demandado represente la medida decretada”.

En el Proyecto 2009 se previó en el artículo 167 el principio de proporcionalidad sin mencionarse el de idoneidad. Dada la redacción de esta última disposición, me queda la impresión de que el PCPC lo tomó como modelo dividiéndolo en dos principios: proporcionalidad e idoneidad¹⁰. Sobre este punto es bueno recordar que el año 1871, BLEST GANA, en los inicios de nuestra codificación procesal civil, ya había conceptualizado estas medidas como un mal indispensable. Refería este autor: “Estas *medidas son un mal indispensable*, cuyo origen es la necesidad de proteger la justa expectativa del litigante de buena fe; pero por su mismo carácter excepcional deben limitarse a lo estrictamente necesario, para huir del peligro de autorizar venganzas y persecuciones que no son raras en los pleitos [...] puesto que todas las medidas precautorias producen un perjuicio más o menos directo y son por su naturaleza vejatorias”¹¹. Por su parte, el gran teórico de estas medidas, PIERO CALAMANDREI, había advertido en 1935 que frente al dilema de hacer las cosas bien pero tarde, y mal pero rápido, las medidas cautelares se decantaban por el segundo binomio, y dejaban el primero para el desarrollo del posterior proceso ordinario. Por tanto, debemos ser

¹⁰ El aludido artículo 167 del Proyecto de 2009 disponía: “*Proporcionalidad*. Las medidas que trata este título se limitarán a los bienes necesarios para responder a las resultas del proceso. El tribunal al conceder una medida cautelar tendrá siempre presente la gravedad y extensión que para el demandado represente la medida decretada. El tribunal podrá, previo requerimiento de partes, analizar la conveniencia de mantener la medida decretada y de revisar los fundamentos que le llevaron a decretarla”.

¹¹ *Proyecto de Código de Enjuiciamiento*, Santiago, 1871, pp. VIII y IX (el destacado es nuestro).

conscientes de que las medidas cautelares siempre pueden producir graves perjuicios en el patrimonio del demandado. De allí que es conveniente que el juez pueda siempre revisar la oportunidad y conveniencia de mantener o alzar las medidas decretadas, y dar estricta aplicación a los dos principios que se consagran en el artículo 174 del PCPC.

En relación con el principio de proporcionalidad en esta materia, debemos tener presente que nuestra Corte Suprema confirmó un fallo en el que precisamente se planteó el sempiterno conflicto que existe cada vez que se solicita una medida cautelar. La resolución confirmada sin decirlo explícitamente sentó un muy buen precedente sobre cómo debe aplicarse este principio, aludiendo a una ponderada equidad:

“Que, si bien es de la mayor verdad que a todo demandante le asiste el derecho de asegurar el resultado de su acción, a cuyo fin tiende el instituto cautelar –entre otros medios– de las precautorias, también lo es que en los juicios y para las partes que contienden hay, naturalmente, un estado de incertidumbre respecto del resultado. Y, eso atendido, corresponde que el tribunal, aun cuando reconociendo y asegurando –como lo solicita el actor en este caso–, esa su facultad procesal, pondere también la gravedad y extensión de la tutela que está llamado a conceder, en términos de establecer una justa ecuación –con ponderada equidad– entre las partes, que en la especie se presentan como extremas”¹².

3.2.2. Provisionalidad y variabilidad

En el artículo 175 se consagra la que ha sido una característica constante de estas medidas en la legislación nacional y la que, para muchos, es su nota más peculiar: su provisionalidad.

“Provisionalidad. Las medidas cautelares son esencialmente provisionales. El tribunal podrá, a solicitud de parte y en cualquier tiempo, dejar sin efecto o modificar una medida cautelar, si hubiere desaparecido el peligro o variado las circunstancias que se tuvieron en vista para su concesión, o si contare con nuevos antecedentes”.

Lo mismo hace el artículo 301 del CPC y lo hacía el artículo 169 del Proyecto 2009. Es una característica que no presenta mayores inconvenientes

¹² *Fallos del Mes*, N° 384 (1990), p. 691.

en nuestro sistema. Como se sabe, la provisionalidad de las medidas cautelares viene dada porque ellas nunca constituyen un fin en sí mismas. Están a la espera de que en el proceso principal se dicte la sentencia que resuelva el mérito de la controversia, sea que se acoja o rechace la pretensión del actor. En uno y otro caso la medida dejará de existir. Es lo que se consagra en el inciso 1º del artículo 175. En su inciso 2º, en cambio, se refleja lo que en doctrina se suele denominar la *variabilidad* de estas medidas: ellas pueden ser dejadas sin efecto durante la tramitación de la causa (no al quedar firme la resolución que resuelve el litigio) si desaparece el peligro que tuvo presente el juez para concederlas; si hubieren variado las condiciones que llevaron a su otorgamiento; o si aparecieran nuevos antecedentes que hicieran aconsejable el alzamiento de la medida. Como se comprenderá estas tres situaciones son eventuales, pueden no ocurrir. Las medidas podrían, por tanto, mantenerse vigentes durante toda la sustanciación del pleito. No por ello dejan de ser provisionales. La *provisionalidad* mira a la sentencia de mérito; la *variabilidad*, a la tramitación del proceso.

De la mano con el carácter variable de estas providencias, el artículo 176 expresa:

“Posibilidad de sustitución. La parte afectada por una medida cautelar podrá solicitar su sustitución en cualquier tiempo, ofreciendo constituir para tal efecto otra que sea suficiente para responder de los resultados del proceso. Siempre podrá sustituirse la medida concedida por otra que importe retención de una suma de dinero de igual valor que los bienes que ella comprende. Con todo, podrá negarse la sustitución de la medida cuando esta recaiga sobre la especie o cuerpo cierto debido que sea objeto del proceso y las circunstancias del caso así lo aconsejaren”.

La regla pone en evidencia que la concesión de una medida cautelar, o su alzamiento, es en buena medida una cuestión económica. La pregunta parece ser la siguiente: ¿quién garantiza mejor los eventuales perjuicios que el otorgamiento de la medida, o su alzamiento, pueden provocar? Por un lado, podemos responder que el que la solicita y que debe otorgar una caución para resguardar el pago de estos perjuicios si en definitiva su pretensión es infundada; por el otro, sin embargo, podemos decir que el que soporta la medida y pide su sustitución por otra que sea suficiente para responder por los resultados del proceso. Por ello, en el Proyecto 2009 estos dos elementos eran tratados en una sola disposición: en el artículo 175,

que llevaba el título de *Caución y contracautela*¹³. En el PCPC, en cambio, se destinan dos normas a este tema. Adviértase que el inciso 1º del artículo 176 del PCPC no acotó esta *otra medida* solo a una suma de dinero o a una garantía real como sí lo hacía el Proyecto 2009. El demandado puede, por tanto, ofrecer en sustitución cualquier medida siempre que con ella se garantice los resultados del proceso judicial. La norma tiene la misma lógica que el artículo 173 inciso 2º que, como se recordará, permite al juez conceder una orden menos gravosa que la requerida por el actor.

Ahora bien, si esta *otra medida* fuere la retención de una suma de dinero, el juez debe acceder a la sustitución. En este evento, lo que debe vigilar el tribunal es que la suma ofrecida sea equivalente al *valor del bien* sobre el que recae la medida. Nótese que el dinero no debe ser equivalente al *monto de lo demandado*, sino al de los bienes sobre los que se concedió la providencia. El inciso 3º del artículo 176 contiene una excepción a esta última regla: “Con todo, podrá negarse la sustitución de la medida cuando esta recaiga sobre la especie o cuerpo cierto debido que sea objeto del proceso y las circunstancias del caso así lo aconsejaren”. La excepción es justificada. Lo que busca el actor en esta hipótesis es resguardar el bien mismo que se disputa, por ejemplo, por haber solicitado la prohibición de enajenar un inmueble que está intentando reivindicar. En este caso no parece aconsejable sustituir la medida de prohibición por una suma de dinero porque, en el ejemplo, lo que el actor quiere es el bien mismo y no una indemnización. En cambio, parece razonable acceder a esta sustitución si la prohibición sobre el inmueble, para seguir con el ejemplo, lo fuere por una demanda de daños y perjuicios por un hecho ilícito.

3.3. *Caución*

Los artículos 177 y 178 regulan la llamada caución de resultas, es decir, la garantía que suele exigirse al requirente de la providencia cautelar para

¹³ Artículo 175: “*Caución y contracautela*. La parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen. La contraparte podrá obtener el alzamiento de la medida, otorgando contracautela suficiente para responder de los resultados del proceso. No podrá otorgarse una contracautela cuando el bien afecto a la medida fuere precisamente el objeto del proceso judicial. La caución y contracautela ofrecida sólo podrán ser en dinero efectivo o mediante una garantía real. Para fijar el importe de la garantía el tribunal podrá oír el parecer de un perito”.

cubrir los posibles perjuicios que la solicitud produzca en el patrimonio del demandado. En cuanto a la ubicación de estas dos disposiciones, llama la atención que lo hagan en el capítulo de las reglas generales y no en el de los presupuestos de adjudicación de estas órdenes. Tal vez lo anterior tiene como antecedente el hecho de que en el PCPC la caución no es un presupuesto *necesario* de concesión de toda providencia cautelar. De todos modos, me parece que la ubicación de estas dos normas era preferible en el capítulo siguiente y no como en definitiva se reguló.

Dispone el artículo 177:

“Caución. La parte que solicite la medida cautelar deberá, en los casos previstos por la ley, otorgar previamente garantía suficiente para responder de los perjuicios que con ella se pudieren ocasionar a su contraparte.

Se deberá otorgar siempre caución previa para decretar medidas cautelares en forma prejudicial.

Tratándose de medidas cautelares solicitadas en el curso del procedimiento, el tribunal exigirá o no caución atendidas las circunstancias del caso. Con todo, no se requerirá el otorgamiento de caución tratándose de medidas conservativas nominadas que se refieran a los bienes materia del juicio.

El tribunal deberá determinar el monto por el cual se deberá rendir caución, la que se mantendrá vigente durante todo el juicio y hasta el vencimiento de los plazos y gestiones previstos en el artículo 179”.

3.3.1. Presupuesto de concesión de la medida cautelar

Como se recordará, en la actual regulación del CPC la caución no es, por regla general, un presupuesto que el juez deba tener presente al momento de otorgar una medida cautelar. Solo en dos casos excepcionales lo es: (i) tratándose de la petición de una medida prejudicial precautoria, según lo dispone el artículo 279 del CPC, y (ii) en los casos graves y urgentes que menciona el artículo 299 del CPC. Solo en estas dos situaciones la fianza o caución constituye un presupuesto de concesión de la medida solicitada. En el Proyecto 2009, por su parte, la caución constituía un presupuesto que había que acreditar respecto de cualquier medida cautelar, según lo sancionó el artículo 175 de la aludida regulación:

“La parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen [...]”.

En el PCPC, por su parte, la caución no ha sido considerada como un presupuesto de toda medida cautelar, pese a que una primera mirada al inciso 1º del artículo 176 pudiere indicar lo contrario:

“La parte que solicite la medida cautelar deberá, en los casos previstos por la ley, otorgar previamente garantía suficiente para responder de los perjuicios que con ella se pudieren ocasionar a su contraparte”.

El empleo del verbo *deberá* es el que puede llevar a confusión. Pero esta expresión se ve de inmediato matizada porque la norma señala que *deberá en los casos previstos por la ley*. En verdad la regla depende del momento procesal en el que se pida la orden para determinar la exigibilidad de la caución o no. Si lo fuere antes de que se hubiere iniciado el proceso judicial, esto es, como medida prejudicial cautelar la caución sí constituye un elemento que debe considerarse para otorgar la medida. La norma es diáfana: “Se deberá otorgar *siempre* caución previa para decretar medidas cautelares en forma prejudicial”¹⁴. Se mantiene, por tanto, la regla que hoy se aplica en este ámbito y que sanciona el artículo 279 numeral 2 del CPC. Si la medida se pide, en cambio, una vez que el proceso judicial ya se hubiere iniciado es el juzgador quien determinará en cada situación la procedencia o no de este presupuesto.

Dispone el inciso 2º del artículo 177:

“Tratándose de medidas cautelares solicitadas en el curso del procedimiento, *el tribunal exigirá o no caución* atendidas las circunstancias del caso [...]”. (Énfasis añadido).

Como se aprecia, queda a discreción del juez ordenar o no que el actor otorgue una caución de resultas al pronunciarse sobre la solicitud de la medida. Esto dependerá de las circunstancias concretas del proceso judicial en el que la medida se requiere. Un criterio que los jueces podrían seguir dice relación con los montos involucrados en la disputa y con la mayor o menor injerencia que la medida signifique para el demandado. Hay órdenes que importan una mayor intrusión en la vida y en el patrimonio del demandado

¹⁴ Lo mismo hace el artículo 195 inciso 1º del PCPC: “Requisitos que deben cumplirse para el otorgamiento de una medida prejudicial cautelar. En los casos en que la medida cautelar se pida con el carácter de prejudicial, deberá el solicitante expresar los motivos graves y urgentes para su concesión, dar cumplimiento en la solicitud a los demás requisitos previstos en el artículo 164 y en este Título, y *ofrecer caución suficiente*”. (Énfasis añadido).

y que, por tanto, deberían tener un resguardo mayor del juzgador. Lo mismo, por ejemplo, si el actor hace uso de la facultad que le entrega el artículo 181 del PCPC, esto es, pedir la medida en casos y graves y urgentes sin tener los antecedentes que se exigen por el legislador para su concesión. En estos ejemplos lo razonable es que el juez siempre exija la garantía.

Adicionalmente, la norma contiene una excepción en la que la caución derechamente no es requerida: cuando estemos frente a una medida cautelar conservativa nominada (nuestros conocidos secuestro, intervención judicial, retención y prohibición de celebrar actos y contratos, recogidos en el artículo 182 del PCPC) que afecte a los bienes materia del juicio. No me queda claro por qué razón se descarta de plano la procedencia de la caución en este evento. Da la impresión de que el legislador no ve mayor riesgo en este tipo de providencias, cuestión que es muy discutible. Con este tipo de órdenes se pueden paralizar diversas actividades económicas de la persona que padece el mandato. Que la medida en cuestión recaiga sobre el objeto litigioso no me parece razón suficiente para pensar que el actor va a ganar la disputa y, de este modo, se le dispense *siempre* de la caución. En mi parecer, la excepción no se justifica y es deseable su eliminación.

3.3.2. Monto, suficiencia y naturaleza de la caución

En cuanto al monto al que asciende la caución, este queda entregado a la discrecionalidad judicial.

Dispone el inciso final del artículo 177:

“El tribunal deberá determinar el monto por el cual se deberá rendir caución, la que se mantendrá vigente durante todo el juicio y hasta el vencimiento de los plazos y gestiones previstos en el artículo 179”.

Este es un punto sensible. No es fácil establecer este valor porque se trata de garantizar perjuicios futuros y eventuales. En la práctica no se han encontrado fórmulas mágicas que hubieren servido para ayudar la labor del tribunal que vayan más allá de su experiencia y mayor o menor sabiduría. Algunas fórmulas económicas todavía aparecen muy abstractas para ser útiles en este nivel. El artículo 177 establece como novedad que la caución se mantendrá vigente durante todo el proceso judicial y hasta el vencimiento de los plazos y gestiones regulados en el artículo 179, al que luego nos referiremos.

Por su parte, el artículo 178 del PCPC dispone en relación con la naturaleza caución lo siguiente:

“Suficiencia y naturaleza de la caución. La caución ofrecida podrá ser real o personal. Para aceptar las cauciones que se ofrezcan, el tribunal procederá previamente a la calificación de su efectiva suficiencia.

Para estos efectos, deberá acreditarse que el bien ofrecido, ponderadas las demás garantías o embargos que lo afecten y su efectivo valor comercial, cubre el monto fijado para la caución. Igual ponderación se efectuará tratándose del fiador, caso en el cual deberá comprobar al tribunal su real capacidad patrimonial para responder por el señalado monto.

Se entenderá siempre apta la caución que consista en dinero efectivo consignado en la cuenta corriente del tribunal, depósitos bancarios, boletas bancarias de garantía, pólizas de seguro u otros instrumentos de similar liquidez”.

En cuanto a su naturaleza la caución puede ser real (una prenda o una hipoteca) o personal (una fianza). Las garantías reales suelen tener mayor efectividad porque conceden al acreedor el derecho de preferencia y de persecución. Con independencia de la garantía que el juzgador finalmente acepte, real o personal, esta debe ser suficiente. El inciso 1º del artículo 178 dispone que “[...] Para aceptar las cauciones que se ofrezcan, el tribunal procederá previamente a la calificación de su efectiva suficiencia”. Ya sabemos que en esta parte del Derecho Procesal, la voz *suficiente* significa que debe cubrir los posibles perjuicios que la medida ocasione en el patrimonio del demandado. Esto, según lo hemos avanzado, es complicado. En la práctica los jueces suelen fijar un monto más bien bajo, normalmente inferior a estos posibles perjuicios. Los criterios que establece el inciso 2º del artículo 178 –muy plausibles–, se comprenderá, buscan resguardar que la caución cubra la suma que el juez ya determinó, y es este último valor el que no es fácil de establecer. Basta con que la estimación fijada por el juez hubiere sido baja para que los resguardos tomados por el legislador no sirvan mucho.

Finaliza el artículo 178 con una disposición que puede causar más problemas que los que busca evitar. Dispone la norma que en los casos en que la caución consista en dinero efectivo consignado en la cuenta del tribunal u en otros instrumentos financieros de igual liquidez, se entenderá siempre apta, esto es, siempre suficiente. ¿Por qué? Comprendo la idea que está tras la disposición, pero el problema no es solo de mayor o menos liquidez de la garantía ofrecida, sino del *monto* consignado, que

suele ser, repito, bajo. Supongamos que en la construcción de una nueva central hidroeléctrica, cuyo valor asciende a los 500 millones de dólares, el mandante ha decidido cobrar las boletas de garantías entregadas por la empresa constructora debido a los constantes incumplimientos en los plazos de entrega de la obra. Dichas boletas suman 50 millones de dólares. La constructora, por su parte, se adelanta al cobro y obtiene del tribunal una medida prejudicial que prohíbe al mandante cobrar las garantías mientras no se resuelva el fondo de la disputa que pronto entablará. Ofrece como caución un vale vista a nombre del mandante por la suma de 10 millones de pesos. De conformidad con la literalidad del artículo 178 esta garantía debería ser considerada apta por el tribunal. Algo que en el ejemplo claramente no lo es.

3.4. Principio de responsabilidad

La última norma del Párrafo primero del Capítulo primero del Título XII, destinado a las reglas generales, es una extensa disposición, el artículo 179, que consagra explícitamente en este ámbito el denominado principio de responsabilidad.

Señala la norma en cuestión:

“Responsabilidad. Los perjuicios que las medidas cautelares dolosas o abusivas pudieran causar, serán de responsabilidad de quien las solicite.

Dentro del plazo de dos meses contado desde que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia definitiva que rechace la demanda o aquella que ponga término al proceso, el demandado podrá solicitar al tribunal que hubiere conocido de la causa que declare que la medida cautelar fue solicitada en forma dolosa o abusiva. El tribunal citará a las partes a una audiencia, a la que deberán concurrir con todos sus medios de prueba.

En contra de la resolución que se pronuncie por acceder o denegar la declaración solicitada, procederá el recurso de apelación.

Ejecutoriada la resolución en la cual se formule la declaración de haberse solicitado en forma abusiva o dolosa la cautela, se podrá demandar la indemnización de los perjuicios dentro del plazo de seis meses. Esta demanda se tramitará conforme al procedimiento sumario, ante el tribunal que hubiere conocido de la causa o aquel que fuere competente conforme a las reglas generales. El tribunal, al pronunciarse sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en la declaración previa de haberse solicitado la cautela en

forma dolosa o abusiva, debiendo tan solo determinar la existencia y el monto de los perjuicios que deberá pagar dicho solicitante.

Se entenderá caducado el derecho de demandar la indemnización de perjuicios por haberse solicitado en forma dolosa o abusiva una cautela, o si no se solicita la declaración o no se interpone la demanda de indemnización de perjuicios dentro de los plazos contemplados en los incisos anteriores”.

En el inciso 1º del artículo 179 se despeja un tema que actualmente admite alguna discusión: establecer si el actor que pide una medida cautelar asume la responsabilidad de pagar los daños que la misma ocasione por el solo hecho de pedirla, caso en el cual estaríamos frente a una especie de responsabilidad estricta u objetiva, o si la responsabilidad surge por haber violado un deber de cuidado que tendría frente al demandado, situación en la que nos encontraríamos ante una responsabilidad por culpa. En atención a que nuestra mejor doctrina civil refiere que en el sistema chileno la regla general lo constituye el último modelo de responsabilidad, esto es, por culpa¹⁵ (probada o presumida, por ejemplo, la consagrada en el artículo 280 del CPC), y que para que nos encontremos frente a una responsabilidad estricta se requiere de una expresa previsión legal, debemos entender que la respuesta a la interrogante planteada es que el demandante responde por haber actuado con culpa, esto es, por haber abusado del derecho de pedir una medida cautelar. Pues bien, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 179, esta regla ha sido confirmada en el PCPC fijando el principio exactamente inverso al consagrado en el Proyecto 2009 en el artículo 168: “Los perjuicios que las medidas cautelares pudieren causar serán siempre de responsabilidad de quien las solicite”, donde se estableció una norma de responsabilidad estricta por mera causalidad.

Despejado el punto anterior, debemos analizar el procedimiento que el legislador diseñó para establecer la culpa del solicitante de la medida. El aludido procedimiento tiene dos fases: (i) en la primera, a solicitud del demandado se cita a una audiencia única en la cual se debe establecer si hubo dolo o abuso en la petición de la medida o no. En uno y otro caso hay apelación. (ii) La segunda etapa solo se activa si en la referida audiencia se declara por el juez *a quo*, o por el juez *ad quem*, la existencia de tal

¹⁵ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, 2006, pp. 27 y ss.

abuso o el dolo. Con esta declaración se puede demandar en el respectivo proceso judicial la indemnización de daños y perjuicios. Veamos con mayor detalle estas dos fases. De acuerdo con lo establecido en el inciso 2° del artículo 179, una vez firme la sentencia definitiva que rechaza la demanda o la que pone término al proceso judicial (por ejemplo, la que declaró el abandono del procedimiento), el demandado tiene un plazo de dos meses para pedir al mismo tribunal que conoció de la causa y, por tanto, al que por regla general concedió la medida cautelar, para que declare que ella fue solicitada en forma dolosa o abusiva. Lo anterior es difícil. En primer lugar, pueden pasar muchos años desde la fecha en que se concede la medida y la fecha en que quede firme la resolución que deseche la demanda (no la que ordena el alzamiento de la providencia cautelar). Supongamos un proceso por responsabilidad contractual en el que en un otrosí de la demanda se solicita la prohibición de celebrar actos y contratos sobre un inmueble del demandado. El juez *a quo* concede la prohibición. La sentencia de primera instancia finalmente rechaza la pretensión del actor y ordena el alzamiento de la medida. El actor apela. La corte de apelaciones respectiva confirma la resolución del juez *a quo*. El actor casa en la forma y en el fondo esta segunda sentencia. La Corte Suprema declara inadmisibles ambas casaciones. La sentencia que rechazó la demanda se encuentra firme. Han pasado, digamos, diez años desde que se concedió la medida cautelar. ¿Después de este tiempo el demandado va a pedir al juez *a quo* que declare que la solicitud de la prohibición fue dolosa o abusiva? No lo veo tan claro.

En segundo lugar, supongamos –siguiendo el mismo ejemplo– que se declara el abandono del procedimiento en primera instancia después de que se dictó el auto de prueba y el actor no recurre en contra de esta resolución. La sentencia que puso término al proceso se encuentra firme, digamos ahora después de ocho meses desde que se otorgó la prohibición. Convengamos que va a resultar extraño que el mismo juez que analizó los elementos aportados por el requirente de la medida y que le permitieron, en su momento, concederla, determine ahora que en dicha solicitud hubo dolo o abuso. ¿Por qué en esta segunda oportunidad tendría mejores elementos para esta declaración? ¿Y si el que se equivocó fue el juez? ¿No podría haber *adicionalmente* responsabilidad civil por error judicial? ¿Qué sucede si la medida fue concedida por la Corte de Apelaciones conociendo de un recurso de apelación en contra de la resolución del juez *a quo* que

rechazó la petición de la orden? ¿Engañaron o abusaron de los ministros de la Corte? Muchas dudas (y litigios me temo) va a generar esta disposición si finalmente se aprueba tal cual está redactada. Ahora bien, si el demandado acude al tribunal, este deberá citar a las partes (los anteriores actor y demandado) a una audiencia donde se desahogará la prueba pertinente y se resolverá la petición formulada. El recurso de apelación procede en contra de la resolución que declare el dolo o el abuso o en contra de la que rechace tal declaración. Aquí finaliza esta primera etapa.

Una vez firme la resolución que declaró abusiva o dolosa la petición de la medida cautelar (sea porque no se hubiere apelado; sea porque la apelación confirmó la resolución positiva del *a quo*) comienza a correr el plazo para activar la segunda fase. El peticionario tiene seis meses para demandar la indemnización de los perjuicios sufridos. Esta demanda se puede presentar ante el mismo juez que conoció del primer procedimiento o ante el que sea competente de conformidad con las reglas generales. El procedimiento que se aplica es el sumario. En él la prueba solo se va a referir a la existencia y monto de los daños y también, entiendo, a la relación causal. La declaración de abuso o dolo efectuada en la primera fase produce cosa juzgada refleja en el proceso sumario. Así lo dispone el inciso 3º del artículo 179:

“[...] El tribunal, al pronunciarse sobre la indemnización de perjuicios, *fundará su fallo en la declaración previa de haberse solicitado la cautela en forma dolosa o abusiva*, debiendo tan solo determinar la existencia y el monto de los perjuicios que deberá pagar dicho solicitante”. (Énfasis añadido).

Esta segunda fase en teoría parece simple y ágil. Con todo, la experiencia a propósito de la reserva que puede formular el actor para discutir el monto de los daños y perjuicios en la ejecución de la sentencia, de acuerdo con la autorización prevista en el artículo 173 inciso 2º del CPC en relación con el artículo 235 numeral 6º del mismo Código, muestra que la fase declarativa en la que deben probarse dichos daños no es simple ni fácil y requiere, por regla general, de un tiempo más o menos prolongado. Surge aquí una duda: ¿va a pedir el ahora actor (antes demandado) una medida cautelar para garantizar el pago de su pretensión indemnizatoria?

Finalmente, el inciso final del artículo 179 dispone que si no se pide la declaración de abuso o no se demanda la indemnización de daños, en los respectivos plazos judiciales, caduca el referido derecho.

4. PRESUPUESTOS DE CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

4.1. Regla general: *fumus y periculum*

En el Párrafo 2º del Capítulo I, del Título XII del Libro I del PCPC se establecen los presupuestos generales de concesión de estas medidas, recogiendo los dos clásicos que debemos a la doctrina procesal italiana, bajo las palabras latinas *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. Como hemos avanzado, se excluyó de este párrafo la caución como el tercer elemento de concesión de estas medidas, lo que —hemos dicho— parece un error¹⁶. En el artículo 180 del PCPC se indica:

“Verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Para ordenar las medidas de que trata este Título el solicitante deberá acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil:

1. La existencia del derecho que se reclama.
2. El peligro de daño jurídico que entraña para su pretensión, el hecho de que no se conceda de inmediato la medida solicitada”¹⁷.

¹⁶ La Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000 sí recogió este tercer elemento en el artículo 728: “Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución. 1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. [...]. 2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios. 3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 529”.

¹⁷ Estos criterios también fueron recogidos por el Proyecto 2009. De este modo, en el artículo 173 se señaló: “*Fumus*. Para ordenar las medidas de que trata este título deberá el solicitante acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil *prima facie* la existencia del derecho que fundamente su pretensión hecha valer en el proceso”. En el artículo 174, por su parte, se indicaba: “*Periculum*. Para ordenar las medidas de que trata este título deberá el solicitante acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil *prima facie* el peligro de daño jurídico que para su pretensión entraña el que no se conceda de inmediato la medida solicitada”.

4.4.1. *Fumus*

El primer elemento alude al derecho reclamado por el actor en su respectiva demanda, es decir, el derecho sustantivo de fondo que lo ha llevado a requerir la intervención judicial, por ejemplo, la reivindicación del inmueble; el pago de alimentos; la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte; el pago de los daños y perjuicios por un hecho ilícito extracontractual, etc. Este derecho debe aparecer ante los ojos del juez como verosímil. La expresión es de Calamandrei. El profesor de Florencia en su momento expresó que “por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud”¹⁸. La jurisprudencia chilena en algunas ocasiones ha acogido este criterio. Así, ha fallado que “por lo expuesto y los demás antecedentes hechos valer por las partes, por ahora la existencia del derecho reclamado en el juicio no aparece con fuertes probabilidades de verosimilitud en virtud de los comprobantes invocados por el sujeto activo de la gestión cautelar”¹⁹. El Tribunal Constitucional nacional también ha hecho suyo este parecer. Frente a la impugnación de un grupo de senadores del proyecto del Ejecutivo que busca modificar la Ley de Propiedad Industrial, señaló:

“Que el privilegio indebido que advierten los requirentes en la adopción de la referida medida precautoria, en realidad no es tal, pues este tipo de providencias procesales tiene precisamente por objeto asegurar el resultado de la acción deducida y, en el caso preciso de la que prevé el proyecto, impedir que se consume una infracción del derecho invocado por el actor. Esto es propio de toda medida precautoria de índole anticipatoria, *plenamente justificada por la verosimilitud del derecho invocado* y del riesgo de vulneración que se cierne sobre el mismo, de modo que su consagración en este caso mal podría configurar una discriminación arbitraria en beneficio del titular de la patente farmacéutica y en desmedro de los interesados en producir medicamentos similares que empleen el mismo principio activo del producto patentado” (c. 6º)²⁰. (Énfasis añadido).

¹⁸ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 77.

¹⁹ *Gaceta jurídica* N° 123 (1990), p. 37.

²⁰ TC, Rol N° 2411-2013, 22 de marzo de 2013.

El legislador nacional también se encuentra familiarizado con este concepto. Así, por ejemplo, el artículo 22 de la Ley N° 19.968 –que creó los tribunales de familia– dispuso:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, *teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado* y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes [...]”. (Énfasis añadido).

Lo mismo tratándose del medio ambiente, el artículo 24 de la Ley N° 20.600, que creó los tribunales en esta materia, dice:

“Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado *y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada*, el tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento [...]”.

Lo mismo hace el artículo 25 del D.L. N° 211 tratándose de atentados a la libre competencia. Como se aprecia, el PCPC ha echado mano de un concepto familiar en el sistema de medidas cautelares en Chile.

4.1.2. Perilucum

El segundo elemento, el peligro daño jurídico se hace recaer en la circunstancia de no concederse de inmediato la medida solicitada según lo dispone el art. 180 del PCPC. La tutela cautelar requiere para ser concedida la existencia de un peligro inminente de daño jurídico. A causa de esta situación la providencia debe ser expedida sin demora, porque de lo contrario el daño temido puede transformarse en un daño efectivo. Ahora bien, en este punto debe tenerse en cuenta que hay veces en que junto con esta demora se requiere para la real configuración del *perilucum* de una concreta actuación del demandado o una determinada situación de su patrimonio. De allí, por ejemplo, que el artículo 183 del PCPC disponga que será procedente el secuestro “en caso de que se entable una acción respecto de bienes muebles determinados, *y exista justo motivo de temer que se pierdan o deterioren en manos de la persona que los posea o tenga en su poder*”. (Énfasis añadido). O el artículo 186 del referido proyecto que señala:

“La retención de dinero o cosas muebles procederá respecto de bienes determinados del demandado, cuando sus facultades patrimoniales no ofrezcan

suficiente garantía o *haya justo motivo para creer que procurará ocultar sus bienes*. La retención de estos podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero”. (Énfasis añadido).

Por su parte, el artículo 187 dispone:

“La prohibición de celebrar cualquier tipo de actos y contratos, o solo la de algunos determinados, podrá decretarse en relación con los bienes que son materia del proceso. También procederá respecto de otros bienes determinados del demandado, *cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio*”.

En estos casos, como se comprenderá, el peligro no solo comprende la demora en el dictado de la resolución cautelar, sino en los concretos peligros que las normas refieren.

Por ello la doctrina italiana ha puesto de relieve que la configuración de este *periculum in mora* es diferente según la función que desempeñe la medida cautelar²¹. En este sentido, se habla de *peligro de infructuosidad* y de *peligro de tardanza o de retardo*. En efecto, en algunas ocasiones lo importante es que la medida cautelar asegure de manera pronta la existencia de bienes o de la cosa objeto de la demanda en vista de la futura ejecución. En otras, en cambio, la medida cautelar lo que busca es acelerar provisoriamente la satisfacción de la pretensión deducida, porque de esperarse el completo desarrollo del juicio se pueden producir en el demandante perjuicios graves. Así, puede ocurrir que el sujeto activo esté dispuesto a esperar el largo y tedioso camino de la tutela ordinaria, pero quiere tener la certeza de que cuando llegue el momento de ejecutar su crédito exista un patrimonio donde cumplirlo o que la cosa reclamada no va a sufrir deterioro alguno. Hay otras situaciones, en cambio, en las que la sola espera del desarrollo completo del procedimiento puede ser la precisa causa del daño para el sujeto activo de la relación procesal. Piénsese,

²¹ PROTO PISANI señala a este respecto: “Per comprendere i molti contenuti che i provvedimenti cautelari possono assumere, occorre distinguere due diverse specie di *periculum in mora* che la tutela cautelare può essere chiamata a neutralizzare: a) il c.d. pericolo da infruttuosità del provvedimento a cognizione piena, b) il c.d. pericolo da tardività del provvedimento a cognizione piena”. *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª edición, Nápoli, 1996, p. 660. Tarzia, refiriéndose a la distinción de Calamandrei de peligro de infructuosidad y peligro de tardanza, ha observado que “si tratta, anche qui, di una distinzione che è divenuta patrimonio comune della nostra dottrina”. “La tutela cautelare”, en *Il nuovo processo cautelare*, a cura di Giuseppe Tarzia, Padova, 1993, p. XXVI.

por ejemplo, en situaciones dramáticas de violencia doméstica o de alimentos. En estas situaciones una medida cautelar que ordene la separación del agresor o el pago de alimentos mientras se discute el fondo de la materia (si hubo o no violencia doméstica o si se deben o no los alimentos) evitará el peligro de que la sentencia definitiva sea inútil por haberse producido perjuicios de difícil reparación. El artículo 180 del PCPC parece solo abarcar este último tipo de *periculum*. El primero parece quedar englobado en la regulación de cada medida en particular.

4.2. Excepción

El artículo 181 del PCPC contiene una excepción al primer presupuesto previsto en el apartado anterior. Dispone:

“Otorgamiento excepcional. En casos graves y urgentes, los tribunales podrán conceder una medida cautelar sin que se acompañen los antecedentes que hagan verosímil la existencia del derecho que se reclama, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes.

Si no se solicita la mantención de la medida oportunamente, acompañándose dichos antecedentes, caducará de pleno derecho y se presumirá abusiva la solicitud original”.

La situación de excepción que aquí se prevé es la que actualmente recoge el artículo 299 del CPC. En estos casos temporalmente se suprime el *fumus* como elemento de concesión de la medida. La alteración solo puede ser temporal y encuentra su justificación en la gravedad y urgencia, cualificada entiendo, que afecta al actor. Los jueces, en todo caso, deben ser particularmente cautos frente a este tipo de peticiones. No es correcto ni normal otorgar las medidas cautelares si no existen antecedentes que justifiquen su concesión, por más que ello sea temporal. El legislador, en todo caso, ha adoptado los debidos resguardos para evitar el uso abusivo de esta posibilidad. En el inciso 2º del artículo 181 se establece la caducidad de pleno derecho de la medida concedida sin los comprobantes y se establece una presunción de abuso de la solicitud original. Sería conveniente, adicionalmente, que se prevea que en estos casos el juez *deberá* exigir una fianza u otra caución de resultas tal cual lo contempla el artículo 299 del CPC. Como se recordará de conformidad con la regulación que el PCPC ha hecho de la caución, esta solo se exige si el juez así lo considera. Sería oportuno que en estos casos siempre lo considere.

5. *Medidas conservativas, innovativas y anticipativas*

El último de los aspectos que voy a analizar en este trabajo se refiere al tipo de medidas reconocidas en el PCPC y la finalidad que el legislador les ha asignado. En esta materia es donde se producen las mayores discrepancias entre el PCPC, por una parte, y la actual regulación del CPC y la propuesta que realizó la Presidenta Bachelet en el Proyecto 2009, por el otro. En relación con el primer cuerpo normativo hay un avance; en relación con el segundo, un retroceso.

Al iniciar este ensayo señalé que la visión de estas medidas ha sufrido un cambio en la doctrina y en la legislación, nacional y comparada, en los últimos lustros. El cambio al que me refiero ha consistido en reconocer dentro de las medidas cautelares objetivos más amplios que los precautorios o conservativos. Esto ha llevado a admitir también fines innovativos y, en algunos casos, anticipativos de la pretensión del actor. Son estos últimos los que muestran mayor resistencia doctrinal, particularmente en España y en Chile. Es precisamente lo que sucedió en la discusión del proyecto del Código Procesal Civil en el país y que ha llevado, por el momento, a descartar del PCPC los fines anticipativos que habían sido recogidos en el Proyecto 2009²².

En la regulación del Proyecto 2009, en el Capítulo 6º, del Título XIII, bajo el rótulo de las *Medidas cautelares conservativas y anticipativas*, se estableció en el artículo 171 las tradicionales medidas conservativas²³ y en el artículo 172, las anticipativas.

En el PCPC, por su parte, se previó en el Párrafo 3º, intitulado *De las medidas cautelares conservativas e innovativas*, del Capítulo segundo del

²² De allí el elocuente título que el profesor René NÚÑEZ ÁVILA empleó en su trabajo “La tutela cautelar en el proyecto de Código Procesal Civil. ¡Salvemos la tutela anticipada...!”, en *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 22 (2012), pp. 255-294.

²³ Artículo 171: “En cualquier etapa del proceso, incluso antes de su inicio, podrá el tribunal decretar una o más de las siguientes medidas, con el objeto de resguardar los resultados de la sentencia estimatoria de la pretensión, así como para mantener la situación de hecho existente: El secuestro en manos de un tercero de la cosa objeto de la pretensión; La intervención judicial de bienes litigiosos; La retención de bienes determinados; 4. La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados; 5. Cualquier otra medida conservativa que se estime idónea”.

Título XII, en el artículo 182, las medidas conservativas²⁴ y en el artículo 189, la medida cautelar innovativa.

En relación con las medidas conservativas, resulta lógico su reconocimiento y reglamentación en ambos proyectos. Son la base de toda la construcción dogmática que se ha hecho de ellas en Occidente. Nadie discute su utilidad y necesidad y nadie ha planteado jamás la idea de que las mismas deban desaparecer de este campo. La crítica apunta, en verdad, a que se contemplen medidas que cumplan fines *adicionales* a los conservativos. Incluso, en ambos proyectos se prevé una cláusula final que permite al tribunal dictar otras medidas conservativas más idóneas o suficientes que las clásicas nominadas de nuestro Derecho (el secuestro, la intervención, la retención y la prohibición) para resguardar la pretensión del actor. Este tipo de cláusulas pueden ser muy útiles, por ejemplo, en litigios contractuales, pues se podrían utilizar para impedir modificaciones unilaterales de contratos, lo que en nuestro Derecho permitiría, además, desincentivar la utilización del llamado recurso de protección en este ámbito.

Ahora bien, la mayor innovación del Proyecto 2009 tratándose de la tutela cautelar fue, como hemos avanzado, la aceptación expresa de medidas que anticipen total o parcialmente la pretensión del actor. En el mensaje de la Presidenta Bachelet que acompañó al proyecto de ley se señaló lo siguiente:

“Mención especial merece la inclusión de las medidas anticipativas. Con el fin de procurar una efectiva tutela durante todo el proceso y de evitar el riesgo de vulneración de los derechos, el Código señala que el tribunal podrá decretar fundadamente las medidas que anticipen total o parcialmente la pretensión del actor, cuando se haya de temer que no concederse de inmediato la anticipación requerida, se hará imposible o se limitará severamente la efectividad de la sentencia estimatoria de dicha pretensión, precisándose que solo procederán en los casos en que las restantes medidas fueren insuficientes para resguardar la eficacia de la pretensión hecha valer”²⁵. (Énfasis añadido).

²⁴ Artículo 182: “Medidas conservativas. Para asegurar el resultado de la pretensión, a petición de parte, podrá el tribunal decretar una o más de las siguientes medidas:

1. El secuestro en manos de un tercero de la cosa objeto de la pretensión.
2. La intervención judicial de bienes litigiosos.
3. La retención de bienes determinados.
4. La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados.

El tribunal podrá conceder otras medidas conservativas, cuando aquellas previstas en el inciso precedente no resulten idóneas o suficientes para el resguardo de la pretensión del actor”.

²⁵ *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 22 (2012), p. 611.

De este modo el artículo 172 del Proyecto 2009 dispuso lo siguiente:

“Medidas anticipativas. En la oportunidad procesal señalada en el artículo anterior, el tribunal podrá decretar fundadamente medidas cautelares que anticipen total o parcialmente la pretensión del actor, cuando se haya de temer que de no concederse de inmediato la anticipación requerida, se hará imposible o se limitará severamente la efectividad de la sentencia estimatoria de dicha pretensión.

Estas medidas sólo procederán en los casos en que las señaladas en el artículo anterior fueren insuficientes para resguardar la eficacia de la pretensión hecha valer, lo que hará constar el juez en la resolución correspondiente.

El recurso de apelación que se interponga en contra de la resolución que otorgue una medida anticipativa gozará de preferencia para su vista, y se agregará extraordinariamente a la tabla, sin que las partes puedan ejercer el derecho de suspensión.

Los fundamentos de la resolución que concede la medida anticipativa, no importará un prejuicio sobre la pretensión del actor ni constituirán una causal de inhabilidad del juez que la concedió”.

Como se aprecia, el Proyecto 2009 se decantaba derechamente por regular en el ámbito cautelar medidas que anticiparan total o parcialmente la pretensión del actor. Esta es la tendencia comparada de la cual no deberíamos restarnos *a priori*. Si bien la propuesta constituía una novedad en el proceso civil en el país, no debemos olvidar que nuestro ordenamiento jurídico desde hace tiempo permite este tipo de órdenes solo que nunca se ha tomado debida conciencia de ello. Así, por ejemplo, tratándose de los alimentos provisionales, de la suspensión en la denuncia de obra nueva, del acceso provisional a la demanda en el llamado juicio sumario, encontramos medidas que de manera provisoria e instrumental anticipan la pretensión de fondo del actor. Adicionalmente, la evolución legislativa chilena en el ámbito cautelar en materia familiar, laboral, ambiental, de propiedad industrial y de competencia económica ha ido en esta dirección, aceptándose expresamente en estas parcelas medidas innovativas que permiten modificar el *satus quo* vigente. Las medidas anticipativas, asimismo, han sido reconocidas expresamente por el Tribunal Constitucional chileno. El paso, por tanto, dado en el Proyecto 2009 era el natural y lógico de acuerdo con el estado de avance que estas medidas muestran en el país. Sin duda que a su respecto deben tomarse especiales resguardos, porque aquí la injerencia en el patrimonio del demandado es máxima. De allí que, por ejemplo, se hubiera dispuesto

que ellas eran procedentes solo si las medidas conservativas no hubieren sido suficientes para resguardar la eficacia de la pretensión hecha valer, amén de la necesaria caución.

En el mensaje del PCPC, en cambio, nada se dijo al respecto y, en verdad, la referencia a las medidas cautelares es pobre, confusa y efectuada solo a propósito de las medidas prejudiciales²⁶. De este modo, el artículo 189 del PCPC señala:

“Medida cautelar innovativa. Ante la inminencia de un grave perjuicio, el juez, a petición de parte, podrá disponer medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho preexistente total o parcialmente a la solicitud. La medida cautelar innovativa se decretará en forma excepcional, cuando el peligro de grave perjuicio no pueda ser tutelado con el otorgamiento de una medida cautelar conservativa”.

Como se aprecia en la regulación del PCPC, la llamada medida innovativa no es, en verdad, tan innovativa. Más bien se parece a una orden de *no innovar*, solo mantener el *satus quo*; dejar las cosas como estaban: reponer el estado de hecho o de derecho preexistente. Esta normativa no solo representa un retroceso si la comparamos con la regulación del Proyecto 2009, sino un importante repliegue si vemos la legislación familiar y medioambiental, por citar las materias más cercanas a la civil, relativas a la tutela cautelar. Obsérvese, por ejemplo, lo que establece el artículo 22 de la Ley N° 19.968 del año 2004:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del

²⁶ Se señala en el aludido mensaje: “Este Libro Primero sistematiza, igualmente, el tratamiento de las denominadas medidas prejudiciales, reconociendo positivamente la teoría general que sobre ellas ha elaborado la doctrina, en función de los diversos objetivos que pueden perseguir. Se establecen sus requisitos generales y específicos; aquéllas [¿?] se regulan separadamente de las de naturaleza estrictamente precautoria, las que pueden ser en sede prejudicial o judicial, conservativas e incluso innovativas, con un tratamiento y requisitos diversos a los exigidos para las restantes”. Ministerio de Justicia, *Reforma procesal civil*, Proyecto de ley de nuevo Código Procesal Civil, pp. 31 y 32.

niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”.

En materia familiar no hay una restricción *a priori* del contenido de las medidas innovativas, más allá de la necesaria urgencia en su concesión dado lo inminente del daño que se desea evitar. No se está pensando en medidas que solo repongan un estado de hecho o de derecho anterior, sino en las que el tribunal *estime procedente*. Tampoco se las considera excepcionales y subsidiarias de las conservativas como sí lo hace el PCPC en el inciso 2° del artículo 189. Más elocuente, incluso, es la legislación medioambiental. En efecto, el artículo 24 de la Ley N° 20.600, que creó los tribunales ambientales, señala lo siguiente:

“Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. *Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida*”. (Énfasis añadido).

Se advierte que las innovativas en materia ambiental se aproximan a las anticipativas del Proyecto 2009: permiten modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo en que se pidió la medida. En otras palabras, autorizan al tribunal a alterar el *status quo* existente. Esta alteración en algunos casos puede significar anticipar provisionalmente la pretensión del actor. Las innovativas del PCPC, en cambio, se aproximan a las conservativas del artículo 24 anterior. Tienen prácticamente el mismo contenido con un nombre, teóricamente, opuesto: mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. En definitiva, en este aspecto el PCPC constituye una clara regresión en cuanto a los fines que la tutela cautelar puede desempeñar. No solo prescindió de las medidas anticipativas en los términos que se regularon en el Proyecto 2009, sino que la reglamentación que hizo de la medida innovativa constituye un significativo retroceso en relación con el derecho positivo vigente en materia familiar y ambiental en Chile. De cara a una hipotética y deseable reanudación de

la discusión legislativa del PCPC, esta es una materia que va a requerir de una urgente revisión.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *La tutela cautelar en el proceso civil*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.
- “Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, v. XXX, junio (2007), pp. 236-261.
- MARÍN G. Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica, 2004.
- *Tratado de las medidas cautelares*, Editorial jurídica, 2ª edición, 2016.
- NÚÑEZ ÁVILA, René, “La tutela cautelar en el proyecto de Código Procesal Civil. ¡Salvemos la tutela anticipada...!” en *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 22 (2012), pp. 255-294.
- QUEZADA MELÉNDEZ, José, *Medidas prejudiciales y precautorias*, Digesto, Santiago, 1997.
- PISANI, Proto, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª edición, Nápoli, 1996, p. 660.
- ROJAS RODRÍGUEZ, Mario, *Las medidas precautorias*, Concepción, 1965.
- TARZIA, Giuseppe, “La tutela cautelare”, en *Il nuovo processo cautelare*, a cura de Giuseppe Tarzia, Padova, 1993, p. XXVI.
- “La tutela cautelare”, en *Il processo cautelare*, a cura de Giuseppe Tarzia e Achille Saletti, 5ª edición, 2015, Wolters Kluwer-Cedam, pp. XXXIII–XXXVII.

VIOLENCIA EN CONTRA DE LA MUJER COMETIDA POR SU (EX) PAREJA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

INTIMATE PARTNER VIOLENCE AND PROTECTION ORDER

MARÍA FRANCISCA ZAPATA GARCÍA*

RESUMEN: El propósito de este trabajo es, por una parte, evidenciar las deficiencias fácilmente detectables en la práctica jurídica en el curso del proceso que se sigue para los casos de violencia en contra de la mujer constitutiva de delito, proveniente de su actual o expareja. Por otra, mostrar un camino alternativo capaz de incorporar mayor calidad al proceso y a los resultados esperados, con especial detención en el tratamiento de las medidas cautelares decretadas. El camino alternativo se ilustrará con la presentación de las líneas gruesas de un modelo de gestión que tiene por objetivo mejorar sustantivamente los niveles de protección a la víctima a la vez que reducir los riesgos de reiteración y, por tanto, de mayor punición al imputado.

ABSTRACT: This paper has two purposes. In one hand, to demonstrate the easily perceptible flaws in law practice during the process that follow cases of intimate partner violence, either from current or former couples. And, on the other, to show an alternative path, able to add quality to the process and its expected results, with a special focus on the treatment of ruled protection orders. This alternative path will be illustrated by introducing the foundations of a management model centered in empowering victim protection and minimizing the risks of relapse, that is, of greater punishment for the suspect.

PALABRAS CLAVE: Violencia contra la mujer, violencia en la pareja, medidas cautelares.

KEYWORDS: Violence again women, intimate partner violence, protection order.

I. INTRODUCCIÓN

Si tuviera que describir en pocas palabras cómo se lleva a cabo el procesamiento de casos de violencia en contra de la mujer constitutiva de delito,

* Juez de Garantía de Santiago, Magíster en Gobierno y Sociedad. Profesora invitada Universidad de Chile.

cometida por su actual o expareja diría que, en general, se perciben y tratan por los operadores del sistema de justicia como *algo menos que hurtos de supermercado*.

Si el lector no ha comprendido de buenas a primeras esta metáfora, probablemente no se trate de un operador del sistema de justicia penal. Si lo fuera, sabría de inmediato de qué se está hablando, pues es notorio que dicho tratamiento no se distingue marcadamente del otorgado a los cientos de casos de hurtos de supermercado que día a día atiborran el sistema y que se caracteriza por una cansada mecanización derivada de entenderlos como inevitables, pero de bagatela. Imposibles de desatender, pero sin importancia para el sistema. Acaso interesantes desde el punto de vista de la gestión, ya que abultan los indicadores de todos los operadores, pero carentes de todo atractivo como desafío profesional. Sin perjuicio de lo anterior, y para el mejor entendimiento de lo que se acaba de afirmar, es preciso señalar que no se desconocen los esfuerzos y enormes avances que nos han permitido llegar hasta acá, empujados por la entrega y compromiso de los movimientos feministas. Estos esfuerzos se han traducido en la implementación de normas, sistemas, servicios, instituciones que han puesto en posición prioritaria la construcción para las mujeres de un mundo libre de violencia. Este trabajo se traduce en las instituciones a las que me referiré, a su vez, en destacados esfuerzos hacia el mejoramiento sostenido del acceso a la justicia para las mujeres víctima de violencia, y es así como el Ministerio Público cuenta con unidades especializadas compuestas por numerosos profesionales trabajando en la mejor protección de la víctima; la defensoría, a su vez, introduce cada vez con más éxito la llamada defensa con perspectiva de género y el Poder Judicial, asimismo, avanza en similar sentido en pos de instalar una política de género y no discriminación en la judicatura.

Dicho lo anterior, y siguiendo con nuestro análisis, hacemos presente que es una suerte de lugar común señalar que la Ley N° 20.066 entregó a los jueces penales la competencia para conocer delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Tan común como equivocado, puesto que las lesiones, los daños, las amenazas, los delitos de naturaleza sexual, los homicidios y parricidios siempre han sido, obviamente, en tanto delitos y/o crímenes, de competencia de la justicia penal.

En tal sentido, los jueces penales no son *nuevos operadores*, puesto que, estrictamente hablando, antes de la Ley N° 20.066 y, desde luego, antes de la reforma procesal penal, los jueces del crimen tenían competencia para

conocer de las denuncias que se interpusieran por víctimas de delitos cometidos al interior de las familias, por un agresor con el cual se tuviera un vínculo de los descritos en el actual artículo 5 de la Ley N° 20.066.

Si se piensa bien, entonces, la resistencia¹ a dar un adecuado tratamiento a este tipo de casos por los operadores del área penal (jueces, fiscales y defensores) no encuentra su justificación en que estos se hayan agregado de un día para otro a la jurisdicción penal².

Antes de entrar derechamente en materia —y para la mejor comprensión de este trabajo—, estimo necesario puntualizar tres aspectos que marcan la ruta del análisis que se efectuará. Se refieren a la apreciación que se tiene respecto de la Ley N° 20.066 caracterizada por la inexistencia de un enfoque de género, a la posición que se espera asuma la mujer que ha sufrido violencia y al rol del sistema penal en la materia.

Respecto del primer aspecto, como bien sabemos, el ámbito de regulación de la Ley N° 20.066 cubre las relaciones de familia (que podemos resumir como “violencia doméstica intrafamiliar”) y deja afuera la violencia ejercida en contra de la mujer por agentes diversos de los que se pudieran encontrar en la posición descrita en la norma, en los que podría determinarse que la violencia ejercida en contra de la mujer, concretamente en el caso particular, deriva de las relaciones de género. En este sentido, la ley se queda corta en relación a la extensión que precisa la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, por la cual debe entenderse por *violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*, especificando en su artículo 2 que se incluye aquella que *tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual*; como la que *tenga lugar en la comunidad y sea*

¹ Para mayor conocimiento sobre la resistencia de los operadores a ocuparse de estos casos, ver TOLEDO (2007), *El derecho a vivir una vida libre de violencia*.

² Como señala Carlos Peña, en el prólogo de *Género y Derecho*: no es posible comprender las instituciones sin indagar en sus aspectos, digamos, clandestinos; sin hacer el esfuerzo de sumergirse en aquella realidad posible que las instituciones niegan. Para adentrarse en este desafío, ver FACIO y FRIES (1999), *Género y Derecho*.

perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

Por otro lado, para la normativa interna *no hay diferencia alguna* entre la violencia que ejerce el varón en contra de la mujer con la que convive y aquella que ejerce, por ejemplo, un tío en contra de su sobrino mayor de edad, ya que contempla exactamente el mismo abordaje, idénticas herramientas y soluciones. Esta indiferenciación diluye la idea fuerza de protección de la mujer entre el cúmulo de parientes que asoman al sistema con su problema rutinario u ocasional de violencia intrafamiliar. En este sentido la ley abarca más de lo deseado, debilitándose en lo que, a nuestro juicio, debería ser su centro y propósito.

Debido a estas dos características de la ley, es posible advertir la carencia de un enfoque de género consistente, capaz de recoger con claridad y especificidad las notas estructurales de la subordinación que sufre la mujer en los diversos ámbitos del espacio público y privado. Es una normativa primordialmente de corte *“familiarista”* que guarda mucha distancia con una ley centrada en la violencia de género. “¿Por qué la insistencia en hablar de *violencia de género*? Para subrayar su *carácter aprendido* (por lo tanto susceptible de ser transformado), *estructural e ideológico*. Es una violencia que se apoya en desigualdades de acceso a los recursos y en un rango simbólico más bajo que el masculino. Es indispensable analizar los elementos simbólicos que son parte del nutrido suelo de la violencia y sin su desmantelamiento no hay lugar para la esperanza de crear una cultura de respeto, libertad y paz”³.

Lo anterior no significa promover la imposición de una mirada generalizadora de la sociedad a hechos particulares y sujetos individuales, que pueden o no responder a los parámetros de determinada categoría social, que tal como nos advierte JIMÉNEZ, sería grave, ya que se trata de un contexto (el penal) en el que las decisiones que se toman pueden acarrear serias consecuencias en el plano de los derechos afectados⁴. De la idea de la que se participa es aquella que estima necesario estar atentos a las divergencias existentes entre las perspectivas de violencia de género y violencia familiar

³ PULEO (2008), p. 364.

⁴ JIMÉNEZ (2011), p. 58.

al tratar esta materia⁵, a fin de atender eficientemente las especificidades de cada una de ellas.

El segundo aspecto que me interesa relevar es la posición que se espera asuma la mujer que ha sufrido violencia constitutiva de delito. Y digo *la posición* para ir más allá de la mera definición que le corresponde como interviniente, conforme el artículo 12 del Código Procesal Penal y que le permitirá actuar en el proceso como víctima o querellante. Aludo concretamente al papel extraprocesal que se le adjudica y que le exige encarnar una serie de características predefinidas para “calzar en el molde” y ser tratada –con su aquiescencia o al menos tolerancia– como cabría a este especial tipo de víctima –mujer golpeada por su pareja–, es decir, como aquella que carece totalmente de control sobre la situación y que muestra una pasividad e indefensión de la que es necesario encargarse como Estado⁶, sin promover la superación de su falta de agencia.

Tal como sostiene TOLEDO, en un breve, pero imprescindible análisis⁷, una preocupación compartida en relación a la violencia contra las mujeres es cómo las afectan los discursos e imaginarios que utilizamos. Parte de esta preocupación está ligada a las múltiples consecuencias de la calificación de las mujeres como “víctimas” y la forma en que este calificativo –reforzado por el derecho y el Estado– puede constituirse en un obstáculo al empoderamiento de las mujeres y al reconocimiento de su propia agencia para detener la violencia⁸.

En el proceso penal los operadores esperan que la víctima sea *colaboradora* con los objetivos del proceso penal, aun cuando estos difieran de los suyos propios. Es así como en la actualidad se suele entender que si una mujer

⁵ LARRAURI (2007), p. 22. Y que dan lugar a existencia de datos dispares, diferentes estrategias de investigación, distintas agendas morales y diversas unidades de análisis.

⁶ Desde luego, todo esto sin perjuicio de situaciones excepcionales que justifiquen esta aproximación al caso concreto.

⁷ TOLEDO (2012), p. 52.

⁸ Desde hace ya mucho tiempo vengo desestimando en mi práctica como juez el uso del término “víctima” para las mujeres que han sufrido violencia de sus parejas. Percibo una connotación inevitable de disminución de la persona que tengo al frente, al dirigirme a ella con este término. He buscado alternativas, sin éxito. Me refiero en ocasiones a ella como “la denunciante”, término que trasluce un sello proactivo en el proceso de detener la violencia. Querellante es aún más apropiado, puesto que se trata de una denunciante que ha ido más allá, formalizando su rol en el ejercicio de la acción penal, pero no siempre se asume este papel. Seguiré buscando.

no abandona una relación de violencia es porque el daño sufrido la priva de un “juicio razonable” y, en consecuencia, surgen iniciativas legislativas que buscan impedir a las mujeres retirar las denuncias que han presentado. Iniciativas de este tipo –sigue TOLEDO– parecen reflejar una idea totalizante de la calidad de “víctimas” de las mujeres: ya que padecen violencia, entonces son incapaces de decidir lo mejor para ellas mismas y, por lo tanto, se deben restringir sus opciones “por su propio bien”. El Estado –a través del Derecho– es el ente protector que decidirá lo más adecuado para ellas. Por ello también resulta complejo desde perspectivas feministas apoyar medidas o visiones que puedan llevar a “sobreprometer” a las mujeres –como víctimas, por ejemplo–, pues al hacerlo precisamente ponen en cuestión la calidad de sujeto individual y autónomo de las mujeres, una conquista históricamente reciente⁹.

La práctica me ha enseñado que una mujer que ha sufrido violencia constitutiva de delito no se comporta necesariamente como la víctima clásicamente descrita por la literatura especializada. Y así como hay diversidad en las manifestaciones de violencia (en cuanto a formas, intensidad, ámbitos y efectos), cabe pensar en más de un tipo de respuesta, según las características del caso particular, incluyendo en estas particularidades la real situación, opciones e intereses de la mujer.

Resulta clave en el tratamiento de estos asuntos que los operadores impulsen el empoderamiento de la mujer, pues *en el caso de la victimización/agencia de las mujeres* que viven violencia, inciden fuertemente las visiones de las organizaciones que le brindan atención –incluidos refugios y servicios sociales–, así como del sistema de justicia¹⁰.

Este empoderamiento, a mi juicio, ha de concretarse en el fortalecimiento de su calidad de interviniente en el proceso penal, facilitando el cabal ejercicio de sus derechos, para lo cual los operadores han de esmerarse en entregar información suficiente a fin que sea ella misma quien tome las decisiones que estime pertinentes y ajustadas a las particularidades de su caso.

El tercer aspecto que preciso puntualizar para la cabal comprensión del abordaje que se intenta, es que adscribiendo a las tesis del derecho penal mínimo no abogo por la elevación de las penas, ni menos aún por la creación de nuevas figuras penales como receta para mejorar el tratamiento del fenómeno

⁹ TOLEDO (2012), pp. 54-55.

¹⁰ DUNN y POWELL-WILLIAMS (2007), citado por TOLEDO, p. 57.

de la violencia en contra de la mujer. Al contrario, estaría del todo dispuesta a participar de una agenda que tienda a despenalizar y/o rebajar penas en miras de una mayor racionalización del uso de la herramienta penal, a la vez que avanzar en una aproximación integral y eficiente al asunto. Desde luego, no comparto el rechazo de las salidas alternativas a la prisión, pues como señala DI CORLETO, aun cuando su concesión sea problemática a raíz de las dificultades de las mujeres para hacer valer sus derechos en la justicia penal y en función de las especificidades del ciclo de la violencia, una regla que las deniegue en cualquier supuesto tampoco permite sortear todos los obstáculos que enfrentan cuando denuncian los delitos que las damnifican. Pensar el derecho penal con perspectiva de género exige mucho más que diseñar normas categóricas susceptibles de ser aplicadas a una infinidad de supuestos, pero inidóneas para resolver conflictos en concreto. La relación de las mujeres con el derecho penal demanda una reflexión profunda sobre un tema complejo. En consecuencia, una respuesta efectiva probablemente no será sencilla ni fácil de alcanzar¹¹.

Sé que en este punto me arriesgo a contrariar algunos discursos vigentes, cosa que hago a plena conciencia¹², pues participo de la perspectiva de la criminología que siempre ha mirado con sospecha el sistema penal porque, a pesar de sus declaraciones de protección *a la sociedad*, o ahora más comúnmente *a las víctimas*, acaba redundando en la criminalización de los pobres y en una escasa protección de las víctimas. Muchas mujeres feministas comparten este análisis, pero se ven atrapadas por la necesidad de no renunciar a un instrumento tan poderoso como es el derecho penal. Estas mujeres feministas conocen las dificultades de recurrir al derecho penal y recomiendan un uso reducido y cauteloso del mismo, con el fin de conseguir el máximo de protección al coste del mínimo castigo posible¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, mientras tengamos sistema penal, no es necesariamente acertado excluir todas aquellas conductas que afecten a un

¹¹ DI CORLETO (2013), p. 8.

¹² En todo caso, no voy mal acompañada: Ver, por lo pronto, CAMPOS, Carmen, en “Sobre una pauta penal feminista mínima”. MERA, Alejandra, en “Delito de violencia intrafamiliar. Los problemas de apelar indiscriminadamente a la solución penal”. DI CORLETO, Julieta, en “medidas alternativas a la prisión y violencia de género”. JIMÉNEZ, María Angélica, en “Violencia contra la pareja en la justicia penal, mayores penas, mayor violencia”.

¹³ LAURRERI (2007), p. 12.

grupo, especialmente a uno tan vulnerado, de esa protección. Lo que hay que hacer es abogar por que el sistema penal se aplique lo más equitativamente posible respecto de todas las víctimas, a la vez que ir pensando en soluciones más adecuadas para que todos los intervinientes saquen algo provechoso de él¹⁴.

Es en el marco de los tres aspectos descritos que escribo estas reflexiones, y el propósito de este trabajo es, por una parte, evidenciar las deficiencias fácilmente detectables en la práctica jurídica y, por otra, mostrar un camino alternativo capaz de incorporar mayor calidad al proceso y a los resultados esperados, con especial detención en el tratamiento de las medidas cautelares decretadas en casos de violencia en contra de la mujer constitutiva de delito, proveniente de su actual o expareja.

El camino alternativo se ilustrará con la presentación de las líneas gruesas de un modelo de gestión que surgió como un proyecto piloto un año después de la dictación de la Ley N° 20.066 en el Primer Juzgado de Garantía de Santiago, cuya competencia territorial recae en la comuna de Pudahuel. Este modelo de gestión tiene por objetivo mejorar sustantivamente los niveles de protección a la víctima, a la vez que reducir los riesgos de reiteración y, por tanto, de mayor punición al imputado a través del trabajo de las denominadas Salas VIF. Hecho esto, se presentarán algunos lineamientos generales para mejorar el tratamiento de estos casos, con especial detención en las medidas cautelares.

El enfoque, como es posible anticipar, no es normativo –solamente– sino que principalmente operativo. Debido a ello no me enfrascaré en el análisis detallado de las insuficiencias, defectos, lagunas e inconsistencias de la Ley N° 20.066, tarea que de algún modo aparece inútil –al menos en este espacio– si lo que se quiere es relevar lo que sucede *en la realidad* y, por tanto, destacar los efectos que recaen en la vida de las y los ciudadanos que por desgracia ingresan al sistema judicial, en calidad de víctimas o imputados de violencia en contra de la mujer, en el espacio doméstico o intrafamiliar constitutiva de delitos.

El enfoque, es, además, más intuitivo que técnico¹⁵. Se basa en la experiencia y en la observación. En el aprendizaje que se consigue tras años

¹⁴ MERA (2004), p. 11.

¹⁵ En algún momento aspiró a ser técnico, en el sentido de estar basado en información contrastable del tipo estadístico, pero prontamente pude advertir que, a pesar de que cada

de actuar como parte de la misma maquinaria que se analiza. Mi mirada, entonces, está contaminada de una realidad que vivo, sufro y respiro. No es neutra ni pretende serlo. Es una mirada que recoge el dolor de la mujer que sufre violencia y la vergüenza del agresor. Pero también se nutre de la esperanza de ambos de conseguir para su caso una respuesta racional y justa.

Es una mirada que inevitablemente integra la amenaza de la penumbra del calabozo y la erizante punzada del miedo, para ir en busca de la construcción de un espacio en el que se diluya el riesgo de uno y desaparezca la presencia del otro, consciente de que para lograrlo debemos hacer las cosas de otra manera. Para empezar, debemos dejar de tratar estos casos como hurtos de supermercado.

II. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL SISTEMA O ¿DÓNDE ESTAMOS?

Domingo, 11:45 AM, sala 201, Centro de Justicia de Santiago, se controla la detención de Juan, 27 años, casado con Teresa, 25 años, tres hijos del matrimonio de 12, 8 y 3 años de edad. Viene detenido por delito flagrante de amenazas a su cónyuge, hecho que, según el parte policial se concretó a las 22 horas del día anterior, en medio de una discusión *porque la comida no estaba suficientemente caliente, con el frío que hacía a esa hora y lo mal que Juan se sentía después de haber perdido el partido de fútbol que jugó en la cancha de la población*. Después de la formalización de la investigación, a solicitud de la Fiscalía se decretan las medidas cautelares de hacer abandono del hogar común, prohibición de acercarse a la víctima.

Juan abandona la sala sin mirar atrás. Antes de que Juan cierre la puerta fiscal, defensor y juez se han sumergido en la siguiente causa.

Esta escena se repite por decenas cada día. Transcurre en no más de 8 a 12 minutos y es la concreción más radical del conocido adagio: *se acata, pero no se cumple*, puesto que los , sin siquiera ponerse de acuerdo, ejecutan un largo libreto de códigos tan acotados como vacíos. Es la cáscara de una justicia que se desarrolla en apariencia, dejando a sus actores en una indisoluble incomodidad.

Analicemos lo que se ha hecho y lo que faltaría hacer en una escena como la descrita:

institución cuenta con sus estadísticas, se carece de un sistema único que muestre información suficientemente confiable, uniforme, desagregada y universal.

El imputado compareció detenido y, como es usual, esposado ante el juez. Una vez en la sala escuchó la solicitud del fiscal, a su defensor y al juez tomando una decisión que implicará, para sí mismo y su familia, un cambio radical: deberá abandonar su casa, no acercarse a su mujer, mientras dure la investigación, bajo apercibimiento de desacato si incumple lo decretado.

Un observador razonable se preguntaría, al menos, un par de cosas:

¿Qué antecedentes tuvo en vista el fiscal de la audiencia para solicitar estas medidas cautelares (no otras) respecto de un caso que llegó a sus manos apenas un par de horas antes, sin contar la mayoría de las veces con una entrevista directa con la víctima?

¿Con qué elementos contó el defensor para defender al imputado respecto de las restricciones impuestas?

¿Qué información tuvo el juez para pronunciarse sobre la racionalidad, entendiendo por tal la adecuación, necesidad y proporcionalidad de estas cautelares, al caso en particular?

Lo cierto es que tanto fiscal como defensor y juez son abogados que no cuentan más que con precarios discursos jurídicos, que poco o nada se detienen en estas reflexiones. Y no podrían, aunque les pareciera pertinente, porque no hay cobertura institucional para procesar estas interrogantes con éxito.

Lo que se ha hecho es:

i) Tomar decisiones bajo la lectura de registros policiales, actas y anexos que conforman la carpeta del fiscal: unas 5 o 10 hojas que algún funcionario relleno velozmente en el curso de las pocas horas que anteceden la realización de la audiencia.

ii) Decidir un caso *sin atender a las consecuencias de las decisiones que se han tomado* en el marco de un sistema indiferente a las nuevas condiciones que se han creado para los destinatarios de sus resoluciones. Y es así como la situación en la que quedan los hijos, por ejemplo, no entra en el análisis.

iii) No preguntarse siquiera acerca de las posibilidades reales de cumplimiento y ejecución de lo decretado.

Lo que falta, en lo inmediato, es:

i) Introducir en el proceso un mecanismo de apoyo interdisciplinario a la toma de decisiones que implique la posibilidad de trabajar directamente con los involucrados (víctima/imputado) para proveer de información de calidad a los operadores jurídicos.

ii) Articular una red de proveedores de servicios asociados a las necesidades de respuesta integral para este tipo de casos estableciendo las coordinaciones pertinentes para gestionar eficientemente la capacidad de respuesta. No es aceptable seguir decretando “tratamientos o terapias del tipo que sean” sin contar previamente con la cobertura necesaria.

iii) Diseñar para la etapa posterior a la toma de decisiones un sistema de monitoreo que aborde el seguimiento, control y revisión del cumplimiento de lo resuelto, es decir, institucionalizar la supervisión judicial.

III. SALAS VIF O UNA PRÁCTICA INNOVADORA EN EL JUZGADO DE GARANTÍA DE PUDAHUEL

Las salas VIF que funcionan en este Juzgado instalan un sistema de diferenciación funcional que pretende atender adecuadamente las especificidades derivadas de este tipo de casos, en la expectativa anunciada en la introducción: *conseguir el máximo de protección al coste del mínimo castigo posible.*

Este propósito incluye el afán de empoderar a la mujer en su rol de interviniente en el proceso penal, entregándole información clara y oportuna sobre sus derechos procesales y sociales. La labor de empoderamiento de la mujer como interviniente en el proceso no se reduce a facilitar el ejercicio de sus garantías procesales, esto es, ser informada y citada oportunamente a todas las audiencias, ser oída para la toma de decisiones jurídicas que le afectan, etc., sino que aparece necesario proveerle de información y orientación acerca de sus posibilidades de acceso a la red pública de prestadores comunitarios de los diversos servicios que necesitare, según el caso. El apoyo que pudiere obtener respecto de sus hijos testigos de violencia, el proceso de reinserción laboral, la asistencia material, como casas de acogida, etc., es sustancial para la definición concreta de sus opciones.

La apuesta por el éxito de este modelo de gestión de casos de violencia constitutiva de delito se basa en detenerse en las particularidades, oír –no *hacer como que se oye*– a los intervinientes; profundizar lo suficiente como para entender sus principales problemas e intereses, a la vez que promover su capacidad de *auto-agenciar-se* soluciones, para lo cual se crea un espacio diferenciado: una sala de audiencias especialmente dedicada a todos los aspectos procesales derivados de estos temas.

En la Sala de Audiencias –que funciona una vez por semana– los abogados (fiscal/defensor y juez) se abocan al conocimiento de ilícitos, bajo las directrices de la Ley N° 20.066¹⁶ y, por lo tanto, se practican formalizaciones y se procede conforme al procedimiento ordinario, simplificado o abreviado, dictándose todas las providencias del caso, en especial las medidas cautelares.

En la Sala de Supervisión Judicial, el juez –sin abogados– toma audiencias en las que se controla el cumplimiento de las restricciones impuestas al imputado a través de las respectivas medidas cautelares¹⁷.

A estas audiencias se cita a la víctima para conocer su parecer acerca del cumplimiento de lo decretado, a la vez que se promueven soluciones para situaciones de menor complejidad pero de interés para las partes¹⁸.

La comparecencia de la afectada es voluntaria y así se le hace saber con anticipación a la realización de la audiencia, y puede concurrir personalmente o representada por su abogado. En los casos en los que la víctima no esté en condiciones de comparecer a la misma audiencia que el imputado, se le requiere la información que desee aportar previamente.

La sencilla fórmula descrita requiere, para llegar a un modelo suficientemente eficiente, atender a algunas claves indispensables:

i) Compromiso interinstitucional

Este modelo de gestión no puede funcionar sin jueces, fiscales y abogados dispuestos a mirar estos ilícitos como *algo más que hurtos de supermercado*

¹⁶ El Proyecto partió abarcando por igual todos los casos de violencia intrafamiliar y así se mantuvo durante años. Sin embargo, la experiencia demuestra que los casos de relevancia penal (y social) y los que presentan mayores riesgos son los casos de violencia en contra de la mujer cometida por su actual o expareja, por lo cual el modelo de gestión ha ido fortaleciéndose en el enfoque preferente de estos últimos.

¹⁷ La supervisión judicial se realiza respecto de las restricciones derivadas de las suspensiones condicionales y penas accesorias; sin embargo, para este trabajo nos circunscribiremos a la descripción del régimen de las medidas cautelares.

¹⁸ En una de estas audiencias la afectada, una mujer de unos 30 años edad, impecablemente vestida para oficina, señaló que todo iba bien, pero que su único problema era que el imputado se había quedado con la llave de la reja del antejardín y se negaba a devolverla. *Entonces, le dije, ¿usted deja abierta esa puerta al irse a su trabajo? ¿Su problema es la inseguridad? No, me señaló, él la dejó cerrada al irse, así que tengo que poner una silla para salir por arriba de la reja y para volver a entrar porque no quiero romper la cerradura...* Evidentemente esta señora salió de mi sala de audiencias con la llave en su cartera después de que el imputado, avergonzado por su odiosa triquiñuela, se la entregó a mi funcionario cabeza gacha.

y, por tanto, llanos a buscar soluciones atentas a las particularidades de cada caso.

Se necesitan jueces con especial preparación en la materia, especializados y, por tanto, dispuestos a dedicar más tiempo –y no menos– en las audiencias *extras* que este tipo de gestión exige. De otra parte, se espera que los fiscales promuevan el seguimiento y monitoreo de las cautelares impuestas para verificar su cumplimiento, imponiendo una segunda medida cautelar consistente en la obligación de presentarse periódicamente ante el juez, contemplada en el artículo 155 c) del Código Procesal Penal¹⁹.

El tratamiento eficiente de un caso implica, por lo demás, detectar todos los casos conexos, instar por su agrupación y la determinación de estrategias que involucren una respuesta única, integral, proporcional y definitiva. La usual disgregación de casos de un mismo imputado por diversos hechos cometidos en distintos períodos que producen una multiplicidad de respuestas fragmentadas es una mala práctica para todo tipo de casos, pero es especialmente deficiente en los casos de violencia constitutiva de delito, puesto que con ella es posible encontrar un mismo imputado con una suspensión condicional vigente a la vez que condenado en otro delito, por hechos en los que se agredió a la misma víctima. En uno aparece sujeto a terapia de orientación familiar y, en la otra, con prohibición de acercarse, generando con esta inconsistencia un mensaje que no querríamos dar al imputado: que

¹⁹ En las suspensiones condicionales es procedente actuar en la misma dirección y propósito bajo la cobertura de lo dispuesto en el artículo 238 h) que permite fijar otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto. A su vez, el control de las penas accesorias especiales a través de audiencias ante el juez encuentra su cobertura en el mandato legal dirigido al juez de garantía de ocuparse del cumplimiento o ejecución de las sentencias, conforme los artículos 11 y 14 f) del Código Orgánico de Tribunales y 468 del Código Procesal Penal. Esta normativa –que es aplicada con soporte jurídico de nuestro modelo de gestión– es conocida por todos los operadores, sin embargo, la aplicación de la misma en la dirección y propósitos explicitados es ocasionalmente resistida. La autora ha constatado que jueces de otros tribunales conociendo casos del territorio jurisdiccional de Pudahuel con ocasión del turno de subrogaciones del Pool de Control de la Detención que opera en el Centro de Justicia de Santiago no han dado lugar a imponer el seguimiento solicitado por el fiscal, aun con acuerdo del defensor respecto de las restricciones impuestas en las suspensiones condicionales o medidas cautelares aduciendo que “tal cosa no está en la ley”. Para ser francos, lo que “no está” es la intención de este operador de darle a la ley el sentido explicitado, probablemente en la idea de que tal cosa impondría al juez tareas que van más allá de lo que ese juez comprende como su rol.

el sistema no tiene el control de la situación, sino que, lejos de eso, las cosas pasan y pueden volver a pasar sin que nadie reaccione a tiempo.

ii) Articulación de la red comunitaria

Es difícil de creer, pero a casi una década de la dictación de la Ley N° 20.066 no existe coordinación oficial entre los tribunales de garantía y la oferta programática disponible para sus territorios jurisdiccionales. Es por eso que los jueces escasamente conocen como proveedor al COSAM de su comuna. Y “conocer” es mucho decir, pues en la mayoría de los casos solo se manejan los datos que figuran en internet, como su ubicación, pero desconocen si ese COSAM en particular está en condiciones de proveer el servicio requerido, en consideración a requerimientos especiales, si cuenta con cupos, etc.

En el desarrollo de nuestro proyecto nos ha sido posible detectar ciertas agencias de financiamiento público o privado que prestan diversos servicios a hombres, mujeres y niños envueltos en una situación de violencia constitutiva de delito. Estos hallazgos nos han permitido mejorar cualitativamente la gestión del caso obteniendo cobertura a través de cupos preferentes que, aunque limitados, mejoran el nivel de respuesta del tribunal frente a las diversas necesidades del grupo familiar. Presentan especial importancia los tratamientos de las adicciones, tales como alcoholismo y drogadicción, que aparecen como facilitadores de la violencia.

Los acuerdos logrados se plasman en protocolos, que permiten disponer de una agenda de cupos para los usuarios del tribunal. Esta mínima coordinación implica que las terapias, tratamientos y derechamente programas para golpeadores contarán con la cobertura necesaria en la red comunitaria y nuestros usuarios no deambularán a ciegas, sino que se presentarán ante el establecimiento respectivo con un oficio de derivación con todas las indicaciones necesarias: día y hora de la evaluación para el ingreso al sistema, dirección, teléfono, mapa del lugar, etc.²⁰.

Los protocolos comprenden las coordinaciones necesarias para establecer un flujo expedito de información de ida y vuelta entre las instituciones y

²⁰ Red coordinada a través de protocolos promovidos por el tribunal: COSAM Santa Corina Pudahuel, COSAM Municipal de Pudahuel, Salud Mental Salvador Allende, Programa para golpeadores Hombres Libres de Violencia gestionados por SERNAMEG, Fundación Esperanza, entre otros.

el tribunal, y es así como el juez se mantiene informado de la asistencia al programa de parte del usuario, su adherencia y resultados²¹.

También se ha explorado por apoyo en universidades, especialmente en las escuelas de Derecho, Psicología y Trabajo Social, para contar con cupos extras de derivación de imputados y víctimas a terapias u otro tipo de prestaciones, debido a que prontamente la red ya identificada no tiene cobertura suficiente frente a la alta demanda de servicios²².

iii) Evaluación periódica del proyecto

Esta clave es singularmente importante, a la vez que extremadamente costosa para la realidad de un juzgado de la República inmerso en una cultura judicial más bien ajena al *accountability*. Es así como no se cuenta a nivel organizacional con herramientas que permitan hacer una lectura inteligente de la información que se registra en el sistema.

El primer hito logrado en este sentido fue la “marca” de las causas VIF judicializadas, por la Fiscalía Local de Pudahuel al inicio del proyecto, justamente a nuestra petición²³.

²¹ El enfoque de colaboración comunitaria para el fortalecimiento de la justicia penal que impregna nuestro modelo de gestión aparece en perfecta sintonía con lo expuesto en la Guía para las Deliberaciones del 13º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (tema 6): Enfoques nacionales de participación pública en el fortalecimiento de la prevención del delito y la justicia penal, 2.a) *Iniciativas centradas en la comunidad* ajustándose a lo que se estimaría como una *buena práctica que facilita la participación de todos los sectores de la sociedad en la labor de potenciar el rendimiento de los sistemas de justicia penal y los servicios que prestan a las comunidades*. Justamente en tal carácter fue presentado por la autora en la “Reunión Preparatoria Regional de América Latina y el Caribe para el Treceavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal”, celebrada en Costa Rica entre los días 19 y 21 de febrero de 2014.

²² Actualmente contamos con coordinaciones con las Escuela de Psicología de la Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad Autónoma. Tuvimos en algún momento apoyo de la Universidad Andrés Bello, con estudiantes en práctica de la carrera de Trabajo Social, quienes se encargaban de recibir a las mujeres denunciantes antes de entrar a sus primeras audiencias, prestarles información sobre lo que sucedería en la sala, sus derechos principales como intervinientes y como hacerlos valer. Se les pedía que finalizada la audiencia volvieran a preguntar sus dudas. Conforme las necesidades específicas de cada caso, las afectadas eran derivadas a diversas redes de apoyo.

²³ Una de las primeras preguntas formuladas al inicio del proyecto fue: ¿cuántas causas VIF tenemos hoy? ¿Cuál es nuestro ingreso mensual, anual, semanal en la materia? ¿De qué tipo de delitos se trata? ¿Cuál es la tasa de reiteración o reincidencia? El SIAJ no daba ninguna

Teniendo claridad a partir de esta *marca* del ingreso de las causas, fue posible hacer un seguimiento –completamente artesanal– del curso de las causas y, a un año de su implementación, el proyecto fue evaluado, estableciéndose como punto de comparación el año inmediatamente anterior, es decir, cotejándose determinados aspectos en un año sin Salas VIF (septiembre 2006/octubre 2007) y un año con Plan Piloto Salas VIF (octubre 2007/agosto 2008)²⁴. Los intentos posteriores de mantener un control sobre la información han sido sostenidos²⁵, pero se carece de la capacidad técnica y los recursos necesarios como para plantear con certeza los logros y las deficiencias, en miras de su perfeccionamiento²⁶.

IV. LA AGENDA LARGA

En nuestro país una misma familia que enfrenta problemas de violencia doméstica probablemente deba comparecer ante distintos tribunales con jueces diferentes, abogados y un gran número de agencias y proveedores

respuesta a estas interrogantes a un año de dictarse la ley. De hecho, a la fecha, tampoco las da acabadamente.

²⁴ El proyecto y análisis de sus resultados fueron elegidos para ser presentados como una práctica innovadora en el VI Seminario Internacional de Gestión Judicial CEJA, octubre de 2008, Paraguay. La ponencia se tituló “Salas VIF, Ética del cuidado en la judicatura”, y fue presentado por la autora.

²⁵ En el año 2009 este modelo fue objeto de un estudio de tesis, bajo observación directa de 118 casos conocidos en las Salas VIF de día viernes, es decir, en labores de seguimiento y monitoreo, siendo presentada en el VII Congreso Nacional de investigación sobre violencia y delincuencia bajo el título de “Intrafamiliar, soluciones alternativas y desacatos en salas, por Óscar ROJAS y Valeska GUZMÁN, tesis de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, bajo la guía de la Profesora Lidia Casas. http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2012-05-16_VII-Congreso-Nacional-de-Investigaci%C3%83%C2%B3n-sobre-Violencia-y-Delincuencia.-Volumen-1.pdf.

²⁶ Actualmente el fiscal regional de occidente, José Luis Pérez Calaf, mostrando un destacado interés por la materia objeto de nuestro trabajo, a nuestra solicitud ha encomendado a sus encargados de informática diseñar un programa de seguimiento, en miras de verificar tasas de desacato, reiteración, en definitiva, resultados estadísticos. Hasta ahora nuestra percepción se basa en el contacto directo con los justiciables y nuestra voluntad de continuar y seguir mejorando tiene como motor los diálogos que se producen en la Sala de Supervisión Judicial. Podría escribir un libro con decenas de historias emocionantes, llenas de dolor algunas, pero otras de esperanza, de dignidad recuperada. No pocas de desolación, pero que a poco andar se convierten en aprendizajes que permiten recuperar el camino. Todas, sin embargo, importantes, profundas, humanas.

de servicios distintos al mismo tiempo. Como consecuencia, cada tribunal conoce solo una parte de la historia, lo que abre la posibilidad de que surjan soluciones fragmentadas, a través de resoluciones incoherentes, contradictorias o simplemente incompletas, que no atienden eficazmente las necesidades de la mujer y su familia.

Finalmente, cada demanda adicional en tribunales separados genera ineficiencias para el sistema judicial y grandes costos para los litigantes. Se da la paradoja de que una mujer que sufre violencia no constitutiva de delito, ejercida por su actual o expareja, se encuentra en una mejor posición que aquella que sufre violencia dura, física y psicológica constitutiva de delito, puesto que la primera acude a un tribunal de familia que posee competencia para conocer todas las problemáticas *derivadas de o asociadas a* la situación de violencia, en relación con ella misma y sus hijos, tribunal que cuenta con apoyo interdisciplinario para la adecuada toma de decisiones. La segunda, en cambio, es recibida por un sistema sordo y mudo frente a todo aquello que no sea la verificación de los presupuestos de la pena o de los requisitos que habilitan una salida temprana.

Mencionar siquiera ante el juez penal un asunto relativo a la tuición, régimen comunicacional u otro, con suerte saca una mirada compasiva desde el estrado (sin suerte, una mueca de disgusto o impaciente irritación) acompañada de una rápida explicación del defensor y/o fiscal acerca de que *“esos temas debe verlos usted directamente en el tribunal de familia”*. Y allí queda la mujer que ha sufrido violencia, saliendo de un tribunal para encaminarse a otro.

Advirtiendo este fenómeno de características comunes, más de sesenta condados de Nueva York han implementado una nueva fórmula que ha dado lugar al denominado Tribunal Integrado de Violencia Doméstica, al mismo tiempo que otros tribunales de diversos estados orientan sus diseños organizacionales en mayor o menor medida hacia este modelo²⁷.

²⁷ <http://www.courtinnovation.org/domestic-violence-courts-us>. Ada County ID, Albany NY, Arkansas, Annapolis MD, Atlanta GA, Austin TX, Bemidji MN, Bonneville County ID, Bowling Green OH, Brooksville FL, Cedar Rapids IA, Chattanooga TN, Clearwater FL, Cleveland OH, Coeur d'Alene ID, Contra Costa County CA, Conyers GA, Dallas TX, Detroit MI, Fairfield CA, Greenville MS, Harbor Springs MI, Indianapolis IN, Kansas City MO, Kentucky, Miami-Dade County FL, Missouri, New Hampshire, New Orleans LA, New Town ND, Ohio, Olympia WA, Phoenix AZ, Raleigh NC, Richmond VA, Rockford IL, Santa

Este enfoque, comúnmente denominado como el modelo “*Una familia, un juez*”, ubica todos los problemas de una misma familia ante un solo juez, innovación que ofrece una oportunidad de tratar problemas familiares interrelacionados en forma integral.

Los Tribunales Integrados de Violencia Doméstica están perfilados específicamente para promover la seguridad de las víctimas y la responsabilidad del acusado, la toma de decisiones judiciales informadas, el manejo uniforme de todos los problemas de una misma familia, el uso eficiente de los recursos del tribunal y la concentración de los servicios sociales que incluyen agencias de violencia doméstica y de defensa de víctimas infantiles.

Sus notas principales son:

i) Un tribunal para todos los casos relacionados

Un único tribunal con competencia penal y civil maneja todos los casos relacionados concernientes a una sola familia. Al hacerlo, el juez obtiene información integral y puede dictar resoluciones consistentes, capaces de atender todos los problemas del caso, incluidas las órdenes de protección, las condiciones de fianza y las sentencias, las órdenes de manutención, visitas y custodia, divorcio, mandatos de tratamiento y servicios para niños.

ii) Recursos integrales para las familias

Las familias que van a los Tribunales Integrados de Violencia Doméstica están en crisis. Con frecuencia, cada integrante de la familia necesita algún tipo de servicio, para lo cual se deriva a las víctimas adultas y menores de edad a servicios de apoyo, mientras que también responsabiliza al acusado a través de programas obligatorios²⁸.

Un funcionario del tribunal se desempeña como coordinador de recursos y, en este cargo, esta persona actúa como intermediario entre el tribunal y las agencias comunitarias y elabora una lista de recursos para

Clara CA, Solano County, Spring Valley NY, St. Paul MN, Tucson AZ, Tulsa OK, Washington DC, Wilmington DE, Windham County VT, Yreka CA.

²⁸ Desde el inicio de la planificación hasta la implementación, el Tribunal IDV del Bronx trabajó con proveedores locales a fin de asegurar que los servicios para cada persona de la familia estén coordinados y disponibles a los litigantes.

el tribunal, incluidas las herramientas para hacer derivaciones rápidas y para compartir información apropiada. Una férrea y atenta coordinación permite al tribunal derivar a cada integrante de la familia a los servicios apropiados y a responsabilizar a los programas por los servicios que prestan.

iii) Supervisión del cumplimiento

Comparecer frecuentemente ante el tribunal y confiar en la comunicación y coordinación fluida entre el tribunal y los proveedores de servicios es fundamental para mejorar la responsabilidad.

El funcionario que actúa como coordinador deriva a los acusados a programas y a servicios y obtiene informes regulares sobre el cumplimiento y progreso. Luego esta información la remite al juez antes de cada comparecencia de cumplimiento. Esto permite que el juez cuente con toda la información necesaria para tomar decisiones rápidas y coherentes si el acusado no cumple con lo resuelto.

Por lo general, estos tribunales tienen programadas las revisiones de cumplimiento una vez por semana. Un representante de libertad condicional, de defensa, de la oficina del fiscal general y del programa para golpeadores está presente en cada revisión de cumplimiento. Al contar con la presencia de los representantes de los programas obligatorios, el juez puede solicitar cualquier información adicional que necesite para tomar la decisión más informada sobre el cumplimiento.

iv) Defensa de las víctimas de violencia doméstica

Un objetivo central de los Tribunales Integrados de Violencia Doméstica es la mayor seguridad para las víctimas. Con este objetivo en mente, estos tribunales trabajan con los proveedores independientes de servicios para víctimas en sus jurisdicciones a fin de asegurar que cada víctima disponga de los servicios coordinados.

En la mayoría de estos tribunales está presente un abogado exclusivo para las víctimas con el objetivo de ofrecerles planificación de seguridad, asesoramiento y acceso a los servicios. El abogado se comunica con el coordinador para asegurar que las víctimas de violencia doméstica y sus hijos reciban los servicios coordinados. Este abogado también se asegura de que la víctima conozca el estado de su caso y está disponible para

acompañarla a las reuniones con el fiscal o con otras agencias de servicios sociales. Las víctimas afrontan obstáculos adicionales debido a sus recursos limitados, por lo cual contar con un abogado exclusivo permite al tribunal ofrecer una conexión crucial con la seguridad y garantiza que se brinden servicios importantes.

v) Capacitación judicial

Los jueces de los Tribunales Integrados de Violencia Doméstica reciben capacitación especial, tanto en áreas legales como en materia de violencia doméstica. Estas capacitaciones abarcan no solo cuestiones operativas y legales concernientes al tribunal, sino que también educan a los jueces sobre la dinámica de la violencia doméstica y el impacto de ella en los niños²⁹.

vi) Participación del socio comunitario

Un Tribunal Integrado de Violencia Doméstica trabaja estrechamente con las agencias comunitarias con interés de participar en el sistema. Estas partes interesadas incluyen la policía, la oficina de libertad condicional, la Fiscalía, el abogado defensor, los abogados civiles, las agencias de servicio a las víctimas, el personal del programa para golpadores, los proveedores de tratamiento de salud mental y abuso de drogas, los servicios para niños y los abogados de menores. Es fundamental que el tribunal organice foros continuos para la comunicación a través de reuniones regulares después de la implementación³⁰.

²⁹ Los jueces y el personal del tribunal de todos los tribunales integrados que estén en la etapa de planificación se reúnen en el Instituto Judicial en White Plains, Nueva York. Durante dos días, los jueces y el personal del tribunal aprenden de sus pares, se reúnen en grupos reducidos a tratar sus problemas y sus estrategias únicas para planificación e implementación y aprenden sobre la dinámica de la violencia doméstica mediante presentaciones multimedia y casos hipotéticos. También se ofrece capacitación adicional a cada tribunal nuevo sobre temas legales específicos.

³⁰ En Brooklyn, por ejemplo, el tribunal realiza reuniones trimestrales con las partes interesadas. Debido a la gran cantidad de proveedores de servicios y de socios involucrados en el Tribunal IDV, las reuniones de las partes interesadas son un canal importante para compartir información y corroborarla entre ellos.

vii) Honrar la integridad de cada caso

Si bien un juez ve los casos penales y civiles concernientes a una familia, todos los casos se tratan de manera individual y se ratifican todas las normas procesales que se aplican a cada tipo de caso. Muchos jueces citan según tres calendarios separados (penal, familiar y matrimonial). Los casos se atienden individualmente y los abogados involucrados defienden solo en los casos en los que participan (por ejemplo, un fiscal no defiende en los casos del tribunal de familia). La planificación minuciosa y la capacitación del personal del tribunal y de los jueces garantizan que se tomen decisiones informadas y que se sigan preservando los derechos fundamentales del debido proceso y las normas probatorias.

viii) Registro de resultados

La recopilación y el análisis activo y continuo de los datos, para medir los resultados y el proceso, los costos y los beneficios, son herramientas importantes para evaluar la eficacia de las operaciones y alentar la mejora continua. La difusión pública de esta información puede ser un símbolo valioso de responsabilidad pública³¹.

La reseña que hemos hecho de los Tribunales Integrados de Violencia Doméstica nos sirve para relevar los aspectos centrales de lo que hemos anunciado con la voz Agenda Larga.

Una agenda que se toma en serio el tratamiento de estos casos parte de la crítica al diseño estructural que ha instituido tribunales para el conocimiento de los hechos violentos constitutivos de delito, entregándoles competencia exclusivamente penal, lo cual únicamente da a los jueces la facultad de verificar los presupuestos de la pena para dictar sentencias condenatorias o absolutorias y, en el mejor de los casos la posibilidad de decretar salidas alternativas.

Como hemos adelantado la disgregación del sistema produce respuestas fragmentadas, expedidas sin contar con información de calidad por ausencia de los conocimientos interdisciplinarios que se precisan y, por tanto, insatisfactoria tanto frente a los requerimientos de protección de la víctima y sus hijos, como

³¹ El Center for Court Innovation ha desarrollado una herramienta de medición del desempeño para los Tribunales IDV que ayuda a evaluar los resultados en las áreas concernientes a mejora de la seguridad de las víctimas, procesamiento de casos, responsabilidad de los acusados e interacción con las agencias comunitarias.

de cara al proceso de empoderamiento de la misma como interviniente en el proceso penal que le permita un pleno ejercicio de sus derechos.

La agenda larga propone un modelo constitutivo de una unidad de violencia con una sola puerta de entrada. Un modelo de *justicia integrada, que proporcione una respuesta racional, apoyada en equipos interdisciplinarios, sustentada significativamente en la articulación de la acción comunitaria, bajo una sostenida supervisión judicial.*

Esta agenda, concretamente, propone los siguientes lineamientos generales para una reforma estructural-orgánica que:

i) Cree una unidad de violencia, con una sola puerta de entrada a todos los servicios involucrados, entregando el conocimiento y resolución de estos delitos a un juez penal especializado, cuya especialización le provea de las competencias múltiples necesarias (penal, familiar y civil).

ii) Incorpore al proceso de toma de decisiones jurisdiccionales los equipos multidisciplinarios necesarios para proveer de la información técnica pertinente.

iii) Articule la acción comunitaria para prestación de servicios de apoyo jurídico, médico (salud física y mental) y social respecto de las víctimas e hijos, y también respecto del propio imputado.

iv) Establezca un eficiente sistema de seguimiento y monitoreo respecto de las restricciones impuestas en virtud de medidas cautelares, suspensión condicional y penas accesorias especiales, bajo una permanente supervisión judicial.

v) Cuente con sistemas informáticos con registros y recuperación de la información que permita una evaluación permanente.

Finalmente, todo el sistema debe estar orientado por los principios del derecho penal mínimo, en miras de obtener la mayor protección al mínimo coste posible de todos los intervinientes. La protección y el empoderamiento de la mujer que sufre violencia no es opuesta a la racionalización de la punición, lejos de eso, su compatibilización constituye un desafío mayor para quienes son partidarios de la profundización de la democracia en su dimensión sustancial, que está constituida por los derechos fundamentales de todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

FACIO Y FRIES (1999): *Género y Derecho* (Chile, Lom Ediciones).

TOLEDO, Patsili (2008): “El derecho a vivir una vida libre de violencia. Análisis de la aplicación del nuevo delito de violencia habitual y su

- impacto en la protección a las mujeres que la viven” (Chile, Producción Corporación Humanas).
- (2012): “Vivir violencia y/o ser víctimas”, en *Mujeres y violencia: silencios y resistencias* (Santiago, Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual).
- PULEO, Alicia (2008): *El reto de la igualdad de género. Nuevas perspectivas en ética y filosofía política* (Madrid, Editorial Biblioteca Nueva).
- DI CORLETO, Julia (2013): “Medidas alternativas a la prisión y violencia de género”, en *Géneros, Sexualidades y Derechos Humanos*. Revista Electrónica Semestral del Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos. Volumen I. N° 2. http://www.cdh.uchile.cl/media/redes/boletin/Revista_Nro2.pdf.
- JIMENEZ y MEDINA (2011): *Violencia contra la pareja en la justicia penal. Mayores penas, mayor violencia* (Chile, Librotecnia).
- LARRAURI, Elena (2007): *Criminología crítica y violencia de género* (Madrid, Editorial Trotta).
- MERA, Alejandra (2004): “Delito de violencia intrafamiliar. Los problemas de apelar indiscriminadamente a la solución penal” (Santiago, Colección Informes de Investigación).

LA EXIGENCIA DEL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD EN LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU FORMULACIÓN COMO ARGUMENTO CONTRAFACUTAL

THE REQUIREMENT OF THE SUB PRINCIPLE OF NECESSITY IN PREVENTIVE DETENTION AND ITS FORMULATION AS COUNTERFACTUAL ARGUMENT

PABLO ORLANDO CONTRERAS GUERRERO*

RESUMEN: Las normas que regulan la prisión preventiva expresamente exigen que su imposición se plantee bajo un razonamiento de ponderación y no de subsumción. Bajo ese aserto, la necesidad de la prisión preventiva importa una exigencia adicional a las que le son propias tanto en cuanto medida cautelar. Se establecería así, conforme a la presunción de inocencia y a la mentada regulación, una presunción a favor de la eficacia de una cautelar de menor intensidad si es que se cumplen los supuestos que la hacen procedente. Por consiguiente, la concesión de la prisión preventiva supone una forma especial de argumentar, esto es, mediante argumentos contrafácticos. Lo anterior, pues, solo con la correcta formulación del contrafactual correlativo –que las restantes medidas cautelares no serán efectivas para asegurar las finalidades del procesamiento– podría desvirtuarse tal presunción.

PALABRAS CLAVE: Prisión preventiva, ponderación, principio de necesidad, argumento contrafáctico.

ABSTRACT: The norms that regulate the preventive detention expressly demand that its imposition is raised under a reasoning of weight and not of subsumption. Under this assertion, the necessity of preventive detention imports an additional requirement to those that are its own as a precautionary measure. This would establish, according to the presumption of innocence and the said regulation, a presumption in favor of the effectiveness of an injunction of lesser intensity if the assumptions that make it are fulfilled. Consequently, the granting of pre-trial detention is a special way of arguing, that is, by counterfactual arguments. The above, then, only with the correct formulation of the counterfactual correlative –that the other precautionary measures will not be effective to ensure the purposes of prosecution –could be distorted such presumption.

* Juez titular del 6º Juzgado de Garantía de Santiago. Magíster en Derecho Penal Universidad de Talca. Correo: pablocontrerasg@gmail.com.

KEYWORDS: Preventive detention, weighting, principle of necessity, counterfactual argument.

I. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es una de las instituciones del sistema procesal penal que, probablemente, más polémica genera. Su propia naturaleza, que conlleva una grave afectación respecto de la libertad ambulatoria del imputado, así como la tensión que esta genera en relación a la presunción de inocencia, ha levantado una importante batería de críticas del más diverso peso¹. Sin perjuicio de lo anterior, la procedencia de aquella es reconocida por nuestra Constitución así como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², y es una postura mayoritaria el reconocer que “presunción de inocencia y derecho a la libertad, por una parte, y prisión preventiva, por la otra, marcan mutua y universalmente sus respectivos límites”³.

No es este el espacio en que se pretenda resolver la controversia antes anotada, ni la extensión ni los tópicos a tratar permitirían tal empresa. Mi pretensión resulta bastante más modesta, y apunta a una línea argumental

¹ Para el profesor Ferrajoli los fines asignados a la prisión preventiva constituyen una presunción de culpabilidad, conformando un fraude de etiqueta al tener los mismos fines asignados a la pena, pero siendo impuesta sin cumplir con ninguna de las garantías penales y procesales asociadas a esta (FERRAJOLI (1995), p. 555). Para el profesor Binder representa “la más grave distorsión del estado de Derecho que puede darse dentro del ámbito del proceso penal”; alertando del peligro que importa desdibujar la frontera que debe existir entre el tratamiento del preso preventivo y el condenado (BINDER (2005), p. 203).

² Artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución Política de la República señala que “La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”. El artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. Finalmente, sin una regulación expresa el artículo 7° numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, si admitir la prisión preventiva en forma expresa señala que “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

³ DEI VECCHI (2013), p. 196.

de *lege lata* antes que de *lege ferenda*. Parto por asumir la constatación del profesor BINDER en cuanto elaborar una tesis que permita entender que la prisión preventiva “resulta constitucionalmente admisible, aunque deba quedar claro que toda prisión preventiva es una resignación de los Principios del Estado de Derecho”⁴.

El planteamiento del trabajo parte de una cuestión ya asentada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: deben concurrir las exigencias del principio de proporcionalidad en la resolución que decreta la prisión preventiva de un imputado⁵, y de manera más específica un subprincipio de aquel: el principio de necesidad. La concurrencia del principio de proporcionalidad (que parece ser una referencia clara en la regulación legal del Código Procesal Penal) importa –tanto para el operador como para el juez– una forma de argumentar particular, pues tales disposiciones explicitan que, en este caso, nos encontramos frente a una colisión de principios, debiendo operar un proceso de ponderación y no uno de subsunción. Sobre tal construcción argumental, el subprincipio de necesidad supone una exigencia particular.

En efecto, el artículo 139 del CPP –disposición que inicia el Párrafo 4° del Título V de este cuerpo legal– establece que la prisión preventiva únicamente procede cuando las restantes medidas cautelares resultaren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Luego, si entendemos que la necesidad es una exigencia común a toda medida cautelar del sistema procesal penal, el enunciado de esta norma supone una presunción de eficacia de las restantes medidas cautelares personales, al hacer una exigencia adicional su respecto cuando se trata de la prisión preventiva.

Así las cosas, la referencia a la eficacia de las restantes medidas cautelares viene a reforzar la exigencia del examen de concurrencia de este subprincipio del principio de proporcionalidad, y opera como una presunción a favor de

⁴ BINDER (2005), p. 203.

⁵ Este criterio está presente en forma explícita en el fallo Norin Catrimán y otros versus Estado de Chile. Por su parte, la doctrina fija un grupo de criterios restrictivos similares bajo el concepto de principios limitativos de la prisión preventiva; en este sentido, Duce y Riego (DUCE y RIEGO (2007), pp. 266-268) (DUCE y RIEGO (2011), pp. 66-71); Binder (BINDER (2005), pp. 199-202); Jorge Vial (VIAL (2002), pp. 231-232), y Juan Carlos Marín (MARÍN (2002), pp. 34-35). Aunque sus tesis no se refieren a un principio de proporcionalidad en sentido estricto, su desarrollo permite incorporar los subprincipios de idoneidad y necesidad.

la eficacia de aquellas. Por consiguiente, la imposición de la prisión preventiva supondría una línea argumentativa que desvirtúe tal presunción, ya que debe plantearse una argumentación que permita concluir en contrario, esto es, que no serían eficaces para el cumplimiento de esos fines.

Cerraré la tesis propuesta en este trabajo dilucidando las particularidades argumentativas que presenta una argumentación como la descrita en el párrafo anterior. Tratándose de una resolución que decreta la prisión preventiva, la argumentación tendrá el carácter de un contrafáctico, es decir, “un enunciado condicional cuyo antecedente no se materializó en el pasado a pesar de que podía haberse materializado”⁶. Este contrafáctico se enunciaría de la siguiente forma: si no hubiere decretado la prisión preventiva se malograrían los fines del procedimiento, o se afectaría la seguridad del ofendido o de la sociedad. Por lo tanto, tal argumentación supone la construcción de un mundo posible en función de los elementos bajo los cuales las restantes medidas cautelares no resultan ser suficientes, y en el que, en pos de los fines señalados en la mentada norma, resulta necesario decretar la prisión preventiva.

Este punto, entiendo, resulta crucial al momento de evaluar la corrección de una resolución que decreta la prisión preventiva y, sin embargo, no emerge como la cuestión más contingente, ni en los argumentos que solicitan la imposición de la prisión preventiva ni en las resoluciones que la acogen.

II. CONCEPTO Y SUPUESTO DE PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL

Se puede conceptualizar la prisión preventiva como “la privación por tiempo indefinido de libertad de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito, dirigida a asegurar, en última instancia la efectividad de la eventual sentencia condenatoria con la que pudiere finalizar el proceso penal”⁷. Concordante con la regulación prevista en el CPP, hay que agregar que el objeto de esta también es “asegurar los fines del procedimiento”⁸. Se trata esta de una excepción “al estatuto normal del imputado durante el pro-

⁶ BATTISTA (2012), p. 448.

⁷ MARIN (2002), pp. 33-34.

⁸ HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 389.

ceso [que importa] el pleno goce de sus derechos constitucionales”⁹, y surge, en cuanto faz de coerción que tiene el proceso penal, “como la posibilidad excepcional de afectar esa situación normal y general con fines cautelares”¹⁰.

La primera aproximación a la regulación de la prisión preventiva en el sistema procesal penal chileno nos permite identificar un conjunto de normas que inciden en su imposición. Este marco legal establece el primer parámetro que debe considerar el juez al momento de pronunciarse por una solicitud de prisión preventiva y se conforma por las siguientes disposiciones: artículo 139 del CPP, toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Artículo 4 del CPP, ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme. Artículo 5 del CPP, inciso primero, no se podrá aplicar ninguna forma de privación o restricción de libertad, sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes. Artículo 5 CPP, inciso segundo, las disposiciones del CPP que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades, sean interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía. Artículo 139 CPP, la prisión sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueran insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento. Artículo 141 CPP, la prisión preventiva no se podrá ordenar cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o cuando se tratará de delitos de acción privada¹¹. A este conjunto de normas cabe agregar las contenidas en el artículo 122 del CPP inciso primero, las medidas cautelares personales solo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento, y la contenida en el artículo 155 del CPP, que establece la procedencia de estas únicamente para garantizar el éxito de las diligencias de la investigación o la seguridad de la sociedad o proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado.

Este marco normativo es claro en explicitar que, tras la decisión que se pronuncie respecto de la prisión preventiva, siempre existirá restricción de ciertos principios, conformados por derechos y garantías fundamentales del

⁹ DUCE y RIEGO (2007), p. 250.

¹⁰ DUCE y RIEGO (2007), p. 250.

¹¹ VIAL (2002), pp. 238-239.

imputado. En efecto, el artículo 139 parte por declarar que toda persona tiene derecho a la libertad personal y la seguridad individual; plasmando así, en rango legal, el derecho fundamental contenido en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República (CPR en adelante). A su vez, el artículo 5 del CPP refuerza esta idea, en los mismos términos del artículo 19 numeral 7° literal b) de la CPR¹². De igual forma, el artículo 4 del CPP, que recoge la garantía de la presunción de inocencia, misma que se encuentra consagrada en el artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención), el cual se vería restringido en su faz de regla de trato¹³.

El marco normativo antes descrito fija el carácter excepcional de esta medida. En este sentido debe entenderse lo dispuesto por el artículo 122 del CPP, que es claro al prescribir la procedencia de las medidas cautelares personales cuando sean absolutamente necesarias para alcanzar los fines del procedimiento¹⁴. Es decir, únicamente para el cumplimiento de esos fines, y cuando aquellas sean idóneas a ese propósito. En igual sentido debe entenderse la cláusula del artículo 155 del CPP, que prevé un juicio de excepcionalidad para la prisión preventiva, misma que debe (re)construirse en relación a restantes medidas cautelares que contempla dicha disposición. Ello queda en evidencia al examen de las normas que establecen los fines de unas y otras cautelares, pues resulta evidente que dichos fines son los mismos, y que la prisión preventiva procede en subsidio de las otras (y lo mismo puede afirmarse respecto de las propias cautelares englobadas en el artículo 155 del CPP, dada la diferente intensidad en que estas pueden restringir la libertad del imputado).

¹² De modo se explicita que la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad individual y que por otra parte es indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente. Así en un “Estado de Derecho la regulación de esta situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano, pues el Estado misma está obligado por ambos fines –aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano–”. (ROXIN (2003), p. 258).

¹³ La presunción de inocencia tiene una doble faz o un doble carácter. Uno, como regla de trato, esto es, “el derecho del imputado a que se le trate como inocente hasta la finalización del proceso” (CISTERNAS (2011), p. 102). La otra faz corresponde a una regla de prueba o de juicio, conforme a la cual “la carga de la prueba de la prueba en el juicio penal corresponde al Estado” (HORVITZ y LÓPEZ (2005), p. 80).

¹⁴ DUCE y RIEGO (2007), p. 250.

Por último, dicho marco también fija una relación de proporcionalidad que debe existir entre la prisión preventiva y las penas que eventualmente pudieran imponerse al imputado. Esta exigencia se deriva de lo dispuesto en el artículo 141 del CPP, al fijar clases de delitos en lo que la prisión preventiva resulta improcedente. En el primer grupo de casos por que aquellos delitos contemplan conductas que no tienen asociada penas privativas de libertad; en el segundo grupo, por tratarse de delitos en que prevalece un interés particular al tratarse de delitos de acción penal privada. Ciertamente es que esta exigencia de procedencia de la prisión preventiva se encontraba establecida de forma más categórica en el primitivo inciso 1° del artículo 141 del CPP¹⁵; cláusula que fue eliminada por la Ley N° 20.074. No obstante, “el hecho de que se haya eliminado esta cláusula... no tiene un impacto en haber suprimido un principio que tiene un amplio reconocimiento en la legislación internacional de Derechos Humanos, que resulta directamente aplicable en nuestro país... A modo de ejemplo se puede citar una decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos... que en su párrafo 95 [señala]: la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”¹⁶.

Ahora bien, este conjunto de normas que he enunciado importa lo que voy a denominar supuesto de procedencia de la prisión preventiva. Utilizo este concepto a fin de distinguir estas exigencias de aquellas que le son propias a la prisión preventiva tanto en cuanto medida cautelar¹⁷, y que a mi entender configuran los supuestos de aplicación de la prisión preventiva. El supuesto de procedencia, claro está, comprende a los supuestos de aplicación, pero

¹⁵ En dicha disposición se establecía que “no se podrá ordenar la prisión preventiva cuando esta aparezca como desproporcionada en la relación a la gravedad del delito, las circunstancias de comisión, y la sanción probable”.

¹⁶ DUCE y RIEGO (2011), p. 67.

¹⁷ Exigencias que la doctrina ha denominado como presupuestos materiales y necesidad de cautela y que engloban las exigencias del artículo 140 del CPP. En este sentido, Duce y Riego (DUCE y RIEGO (2007), pp. 251-265), y Horvitz y López (HORVITZ y LÓPEZ (2002), pp. 400-417). Se recoge en esta concepción la noción de medida cautelar del derecho civil, esto es, medidas que son siempre provisionales e instrumentales, y que están sujetas al establecimiento de dos supuestos fácticos: el *fumus bonis iuris*, que en el proceso penal pasa a llamarse *fumus commissi delicti*, y el *periculum in mora*, que en el proceso penal pasa a denominarse *periculum libertatis* (DEI VECHI (2013), pp. 197-198).

excede a estos en cuanto a sus exigencias; se trataría estos últimos de una condición necesaria pero no suficiente. Así las cosas, perfectamente puede darse una constelación de casos en los que se cumpla con los requisitos de aplicación de la prisión preventiva, pero no se cumplan con los requisitos de procedencia, y en tal supuesto no podría decretarse esta medida cautelar.

El supuesto de procedencia se traduce, en definitiva, en la ponderación de una serie de circunstancias, tanto fácticas como jurídicas, bajo las cuales la imposición de la prisión preventiva sería *uis fundamentalmente* correcta, esto es, no importaría una afectación del derecho a la libertad ni de la presunción de inocencia. La aplicación de este marco normativo supone, en definitiva, la aplicación del principio de proporcionalidad¹⁸. Por ende, su establecimiento resulta aún más relevante para la correcta argumentación que funde la imposición de la prisión preventiva. El supuesto de procedencia exige tener en consideración la colisión de principios¹⁹ que envuelve el decretar esta cautelar. Por otra parte, se exige evaluar la idoneidad para cumplir con su finalidad, dado su carácter de excepcionalísima. De igual forma, tal carácter reclama verificar que no existan otros medios menos gravosos (*verbi gracia*, otras cautelares del artículo del 155 del CPP) que puedan cumplir eficazmente con el cuidado de los fines del proceso. Finalmente, el supuesto de procedencia impone determinar una relación de proporcionalidad entre la prisión preventiva y la eventual sanción que pudiere imponerse al sujeto de la imputación penal, para el caso de que fuere condenado.

Así las cosas, al decretarse la prisión preventiva, para cada uno de estos juicios de procedencia debe darse una respuesta afirmativa. Asumiendo la restricción de principios en la ponderación; dando cuenta de que la cautelar es idónea para cumplir los fines del proceso y que no hay otra medida cautelar igual de eficaz y menos gravosa que lo haga, y estableciendo una relación de proporcionalidad entre esta y la eventual sanción que se pueda

¹⁸ De esta forma se ha entendido desde el fraccionamiento que Tribunal Constitucional alemán hizo de él en tres subprincipios.

¹⁹ Tomo este concepto de la nomenclatura planteada por Alexy en su teoría de los Derechos Fundamentales. Conforme a esta, “los principios son mandatos de optimización con respecto a posibilidades jurídicas y fácticas... Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto” (ALEXY (2012), p. 92).

imponer. Solo así resultaría procedente imponer esta cautelar, cumplidos los presupuestos de aplicación.

1. Supuesto de procedencia: principios limitativos de la prisión preventiva versus aplicación del principio de proporcionalidad

El conjunto que de reglas que antes englobé como los supuestos de procedencia de la prisión preventiva han sido abordados por la doctrina con una nomenclatura distinta. En mi concepto, estos presupuestos de procedencia explicitan que tras la decisión que imponga la medida cautelar de prisión preventiva siempre debe efectuarse un razonamiento de ponderación en relación a los principios que se encuentran en colisión, conforme al principio de proporcionalidad. Sin embargo, para parte de la doctrina, el marco normativo reseñado *supra* estaría conformando un conjunto de principios limitativos de la prisión preventiva²⁰, entre ellos, el de excepcionalidad y el de proporcionalidad.

Por mi parte, considero que los supuestos de procedencia de la prisión preventiva quedan perfectamente comprendidos dentro de la formulación del principio de proporcionalidad. Principio conformado a su vez por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto²¹. La idoneidad se recogería en los artículos 122, 140 inciso primero y 155 inciso primero, todos del CPP, en cuanto fijan la idoneidad que debe cumplir esta medida cautelar: respecto de una finalidad acotada y determinada –los fines del proceso–. La necesidad, por lo dispuesto en los artículos 139 y 155 del CPP, en cuanto se plantea, como exigencia previa el descarte de otra cautelar de menor intensidad que pueda cumplir con los fines antes dichos, y con igual grado de eficacia. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto queda recogida en las normas que contiene el artículo 141 literales a) y b), que, al restringir los delitos para los que se puede decretar esta cautelar, establecen un criterio de proporcionalidad estricta que debe existir entre aquella y la eventual sanción que podría imponérsele al sujeto imputado.

²⁰ En este sentido, Vial (VIAL (2002), pp. 238-238); Binder (BINDER (2005), pp. 199-202), y Duce y Riego (DUCE Y RIEGO (2011), pp. 67-78).

²¹ ALEX (2012), pp. 91-92.

Ahora bien, la concepción de estas reglas como principios limitativos supone que su conjunto fija un ámbito que permita hacer frente a la tendencia a darle mayor amplitud en su justificación²². Tomo posición por entenderlas como exigencia del principio de proporcionalidad pues pone en evidencia, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Álvarez, que la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de aplicar la ley en ciertas hipótesis generales sino que requiere un juicio de proporcionalidad. Caso contrario, se torna en arbitraria.

El punto antes abordado es un constante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La lógica de un examen de procedencia a la luz de las exigencias del principio de proporcionalidad se encuentra presente en múltiples sentencias que abordan afectaciones de derechos fundamentales relativas a la prisión preventiva. Por ejemplo, *Norin Catrimán y otros versus Estado de Chile*; *Chaparro Álvarez versus Ecuador*; *J. versus Perú*, e *Yvon Neptune versus Haití*. En todos estos casos hay una exigencia expresa en orden a que la imposición de la prisión preventiva supone un examen del caso a resolver bajo los subprincipios del principio de proporcionalidad.

En efecto, en el desarrollo de su argumentación en la sentencia *Norin Catrimán* (punto 312), la Corte concluye que la prisión preventiva no solo debe ser legal, además es necesario que no sea arbitraria. Ello implica que la ley y su aplicación debe respetar los requisitos siguientes: “Idoneidad: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido. Necesidad: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito [...], la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales. Proporcionalidad: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”.

²² DUCE y RIEGO (2007), p. 266.

Por consiguiente, entiendo que, en la conciliación de este instituto procesal con la restricción de derechos fundamentales, siempre debe operar la aplicación del principio de proporcionalidad, lo cual conforma un requisito de procedencia de la prisión preventiva. Solo al examen de tal principio es que se excluye la posibilidad de arbitrariedad en la decisión que decreta esta cautelar; de lo contrario, la misma pasaría a afectar derechos fundamentales y devendría en ilegítima.

A este respecto se debe tener presente que la incorporación del principio de proporcionalidad en la estructura del razonamiento es una exigencia que emana de la propia jurisprudencia de la Corte, la que es vinculante en virtud del principio de la interpretación conforme²³. Este punto último resulta central, pues la obligación de una interpretación conforme es un mandato constitucional, no disponible para el intérprete²⁴. En consecuencia, al fijar la Corte una forma de interpretar las normas que regulan esta materia, surge la obligación del juez que aplica aquellas de seguir esa misma forma de interpretación, tanto en cuanto argumentación que sustente su decisión.

2. Los subprincipios del principio de proporcionalidad y la prisión preventiva

Como ya se indicó *supra*, la forma en que ha venido entendiéndose el principio de proporcionalidad es fraccionándolo en tres subprincipios: el de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos supone exigencias que le son propias; cada una de estas supone un juicio respecto de las circunstancias fácticas y jurídicas que circunscriben la colisión de principios que se ven envueltos, de modo que la decisión debe ponderar estos tres subprincipios para dar una solución en uno u otro sentido.

Sigo en este planteamiento a la tesis de ALEXY, conforme a la cual los principios —en los que se comprende a los derechos fundamentales— son

²³ Se entiende el principio o cláusula de interpretación conforme a “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección” (FERRER (2011), p. 549).

²⁴ FERRER (2011), p. 555.

mandatos de optimización, a efecto de alcanzar su mayor realización dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas que se presenten. Así, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, tanto en cuanto mandato de ponderación, supone considerar las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de necesidad y de idoneidad importan evaluar el mandato de optimización en relación a las posibilidades fácticas²⁵.

Desarrollando estos subprincipios en relación a la prisión preventiva se debe hacer las siguientes precisiones:

a) Idoneidad

El principio de idoneidad es un criterio de carácter empírico que dice relación con la causalidad de las medidas en relación “con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención de éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación”²⁶. El sentido en que se debe entender este principio es solo en su aptitud para alcanzar determinadas finalidades. Si es apto para ello, es decir, si adoptada esa medida se podrá alcanzar ese determinado fin, entonces se cumpliría con el principio. No es un juicio de eficacia, es decir comparativo con la eficacia que otras medidas pudieren tener para alcanzar ese mismo fin. Es, en consecuencia, un juicio que se estructura en base al esquema medio a fin.

A su vez, y consistente con las exigencias de los artículos 122 y 139 del CPP, la idoneidad supone que la medida se oriente a la obtención de fines legalmente previstos que autorizan tal restricción. Si la medida apunta a fines diversos, la medida afectaría derechos fundamentales y, por ende, resultaría improcedente²⁷.

Finalmente, el principio de idoneidad conlleva ciertas exigencias que derivan de este. Señala GONZÁLEZ-CUÉLLAR que la idoneidad supone una adecuación cualitativa de la medida y una adecuación cuantitativa. Conforme a la primera “no es suficiente con que el medio sea cualitativamente adecuado desde una perspectiva abstracta. Es preciso, además que en el caso concreto sea previsible la aptitud de la medida para la consecución

²⁵ ALEXY (2012), pp. 92-93.

²⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 154.

²⁷ González-Cuéllar concluye que la medida sería inconstitucional (GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 154.)

del fin”²⁸. Es decir, no basta con la aptitud hipotética que tal medida puede tener, los antecedentes del caso debe ofrecer elementos claros que permitan entender que en tal medida, en concreto, será necesaria para obtener dicho fin. Esta exigencia de adecuación cualitativa se encuentra recogida en diversas disposiciones del CPP, que regulan actuaciones que afectan derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 222, al regular la interceptación de comunicaciones telefónicas, prescribe que para su autorización la investigación lo debe hacer imprescindible. El artículo 205 que regula la entrada y registro en lugares cerrados, y que para su autorización exige presunciones de que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado. Y en lo que respecta a la prisión preventiva, el artículo 122, en cuanto que esta –tanto en cuanto medida cautelar personal– procederá cuando sea indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento; por ende, deben haber antecedentes de que esos fines pueden verse frustrados. En igual forma, el artículo 155, en cuanto plantea que proceden las medidas cautelares para garantizar diligencias de la investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia; es decir, supone un orden de cosas en que sea necesario el aseguramiento de esas finalidades, pues si ello no fuere necesario, garantizarlos sería del todo superfluo.

Por lo tanto, la idoneidad de la prisión preventiva está prefigurada en las propias disposiciones que regulan su objetivo e importan el deber de evaluar las circunstancias del caso concreto bajo las cuales se hace indispensable asegurar los fines del proceso, explicitando los elementos que evidencian que aquellos podrían llegar a malograrse. En igual sentido las finalidades específicas de la prisión preventiva, en cuanto aquellas se establecen para garantizar ciertos fines, esto es, para asegurar que aquellos se cumplirán. Luego, el orden de cosas bajo las cuales procedería esta cautelar supone una situación fáctica en que aquellos podrían verse frustrados, y se requiere imperiosamente que sean afianzados de esa forma.

Conforme a la segunda exigencia, la duración e intensidad de la medida también está condicionada por la finalidad perseguida²⁹. De esta forma, aun cuando una medida sea cualitativamente idónea para perseguir algún

²⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 161.

²⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 172.

fin, cuantitativamente podría perder este carácter. En el caso de la prisión preventiva, el inciso segundo del artículo 152 del CPP establece la obligación de convocar de oficio a una audiencia para debatir la mantención de la cautelar cuando hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiese esperar para el evento de que se dictare sentencia condenatoria o de la que se hubiere impuesto habiendo recursos pendientes. La disposición en comento ordena en forma imperativa revisar la necesidad de mantener la prisión preventiva transcurrido el mentado plazo, pues la idoneidad de la medida, tanto en cuanto cautelar, tiende evidentemente a desdibujarse adquiriendo en consecuencia los ribetes de una pena. Para ese caso la exigencia de una idoneidad cuantitativa, torna en inapta a la cautelar para efectos de alcanzar los fines de la misma, pues, dado su carácter accesorio, no puede igualar al reproche que supondría la decisión de condena. En este mismo sentido cabe entender la norma contenida en el inciso segundo del artículo 145 del CPP, que fija la obligación de citar a audiencia para debatir la mantención de la medida transcurridos seis meses desde que esta se decretó o desde el último debate en que se mantuvo.

b) Necesidad

El principio de necesidad “obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos”³⁰. Se trata, en la lógica de los principios como mandatos de optimización, de un principio que obliga a evaluar la eficacia de la medida en relación a otras medidas que pudieren cumplir con las finalidades de la medida cautelar, de manera eficaz, y a un menor coste de restricción de los derechos fundamentales del imputado. Se construye este principio en función de la comparación con otras medidas, solo de esa forma se podrá evaluar si aquella es más o menos eficaz y con la menor afectación posible de derechos fundamentales. Como se señaló *supra*, supone, dentro del mandato de optimización, la construcción del contexto fáctico en que la medida permita la mayor realización del derecho fundamental del imputado.

En la regulación establecida en el artículo 139 del CPP, esta estructura comparativa del subprincipio queda explicitada al señalarse que la pri-

³⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 189.

sión preventiva resulta procedente cuando las demás medidas cautelares personales sean estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Al hacer mención a las otras medidas cautelares personales, la norma se debe reconstruir en base a dos enunciados normativos³¹: el artículo 139 y el artículo 155, ambos del CPP. Así las cosas, una vez que se ha establecido la idoneidad de las medidas cautelares para alcanzar los fines del procedimiento, será necesario, conforme a este principio de intervención mínima, verificar la aptitud de aquellas para alcanzar los fines en cuestión. Solo una vez que se descarte la eficacia de aquellas, a favor de la prisión preventiva, es que este subprincipio se puede dar por satisfecho.

A este último respecto hay que tener en cuenta dos precisiones. La primera dice relación con la necesidad misma que, como subprincipio, también debe ser evaluada en la imposición de cualquier otra medida cautelar que no sea la prisión preventiva. En efecto, dado que cualquier cautelar personal es también una afectación de derechos fundamentales, su imposición también pasa por la aplicación del principio de proporcionalidad, y en ese sentido, también deberá evaluarse la eficacia de aquellas en relación a otra forma de asegurar los fines perseguidos, a un menor coste de intervención en un derecho fundamental. Luego, en la medida que aquellas suponen un incremento en la posible afectación de un derecho fundamental del imputado, respecto de su necesidad, como juicio de mayor eficacia a un menor coste, debe apuntarse a las medidas que importen una intervención menor. La segunda precisión se deriva del planteamiento anterior, siendo la prisión preventiva la cautelar de mayor intensidad, y envolviendo el grado más alto de afectación de un derecho fundamental, aquella supone descartar toda las restantes cautelares personales por falta de aptitud.

Ahora bien, el principio de intervención mínima supone comparar entre distintas alternativas y “la elección de aquella menos lesiva para los derechos fundamentales”³². Por ende, en el contexto de la prisión preventiva y las restantes medidas cautelares –encontrándose todas ellas dirigidas a alcanzar la misma finalidad–, la elección pasa por evaluar entre

³¹ Conforme a la distinción recogida por Guastini, según a la cual podemos llamar disposición a todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho y norma a su contenido significativo (GUASTINI (2011), pp. 100-101).

³² GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 196.

una y otras. No obstante, a este respecto la regulación legal instaura dos particularidades que determinan la aplicación de este subprincipio y, bajo las cuales, *prima facie* debería optarse por otra cautelar personal antes que la prisión preventiva.

La primera particularidad a la que hago mención la constituye la norma contenida en el artículo 139 inciso primero del CPP, al establecer que el juez debe estimar que las restantes medidas cautelares personales serán “insuficientes”, para efecto de hacer procedente la prisión preventiva. Por consiguiente, la norma en comento establece una presunción de eficacia a favor de las restantes cautelares personales, y solo en la medida de que los antecedentes del caso den cuenta de una falta aptitud para alcanzar su finalidad es que resultaría pertinente decretar la prisión preventiva de un imputado. Es la propia regulación legal la establece la forma de aplicación del subprincipio de necesidad en su dimensión comparativa, determinando de antemano la eficacia suficiente³³ de aquellas, la cual deberá ser desvirtuada para efecto de hacer procedente la prisión preventiva.

La segunda particularidad se refiere a la concurrencia del principio de inocencia, reconocido en el artículo 4 del CPP. Presunción de inocencia en su faz de regla de trato. Para este trabajo asumo que la concurrencia de este principio importa reforzar el mandato y la presunción contenida en el artículo 139 del CPP, toda vez que, dado la exigencia de dar un trato acorde a la calidad de inocente, debe entenderse que las medidas cautelares personales contempladas en el artículo 155 del CPP son suficientemente eficaces, y que existe una carga argumentativa y de prueba para concluir en contrario. Sobre estos dos puntos se volverá *infra*.

c) Proporcionalidad en sentido estricto

Conforme a la tesis formulada por ALEXY, los derechos fundamentales, tanto en cuanto principios, son mandatos de optimización, es decir, ordenan su mayor realización posible. No se trata, en consecuencia, de mandatos definitivos, sino que de mandatos *prima facie*. Así las cosas, los principios

³³ A este respecto se debe hacer hincapié en que la regulación legal exige únicamente suficiencia en la eficacia de las restantes medidas cautelares para alcanzar la finalidad perseguida. No se trata, en este caso, de la posición más rígida –exigida por la jurisprudencia y la doctrina alemana–, en base a la cual se tiene presentar un “idéntico grado de idoneidad con la medida cuya sustitución se intenta” (GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 197).

presentan razones que pueden ser desplazados por otras razones³⁴. La forma de resolver una colisión de principios es mediante un ejercicio de ponderación dando aplicación al principio de proporcionalidad³⁵.

Este subprincipio se aplica una vez determinada la idoneidad y necesidad de la medida e importa una ponderación entre los intereses contrapuestos (principios según la nomenclatura de ALEXY) del caso concreto. De esta forma se busca determinar “si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”³⁶. La proporcionalidad se determina así conforme a una relación de orden de mayor o menor que. Si la afectación del derecho fundamental es mayor que la importancia del interés estatal que se busca proteger, se produce una desproporción que hace inadmisibles dar curso a la medida. Si el sacrificio es menor que el interés, la medida sería procedente.

La aplicación de este subprincipio determina lo que ALEXY refiere como la situación fáctica que permite la mayor realización de un derecho fundamental (entendido como principio), y que en una colisión de principios se ve mutuamente condicionado, en tal realización, con el principio contrapuesto.

En el proceso penal esta colisión de principio se traduce en la tensión existente entre los intereses del Estado en el éxito de la persecución penal y los derechos del sujeto imputado penalmente que pueden verse afectados en el transcurso de ese proceso penal. Para su resolución es necesario establecer criterios de medición que permitan hacer al ejercicio adecuado de ponderación. Por la extensión de este trabajo me parece pertinente hacer mención a solo uno de ellos: el criterio de la consecuencia jurídica. Supone este criterio atender a la gravedad de la pena esperada, misma que, a su vez, da cuenta valoración hecha por el legislador respecto de un conducta tipificada penalmente³⁷. En este sentido el criterio en comento permite evaluar que la medida cautelar de prisión preventiva no será más gravosa que el eventual reproche penal que le puede ser impuesto en el proceso del cual aquella

³⁴ ALEXY (2012), pp. 79-80.

³⁵ ALEXY (2012), p. 92.

³⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 225.

³⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), pp. 252-255.

cumple una función accesoria. Del mismo modo, este criterio llama a tener en cuenta la gravedad del hecho objeto del proceso en que se requiere la imposición de la prisión preventiva; debiendo limitarse su aplicación para aquellos hechos que el legislador considera más grave, entendiendo que la pena asociada a esos hechos es expresión de la valoración hecha respecto de los bienes jurídicos tutelados, así como de la gravedad de los ataques a estos que supongan dichas conductas.

Respecto de este criterio, pareciera claro que la limitación a la prisión preventiva contenida en el artículo 141 del CPP supone su aplicación³⁸. Dicha disposición proscribe la imposición de esta cautelar para el caso en que la posible sanción a imponer sea una pena pecuniaria o privativas de derechos. Es decir, se proscribe la aplicación de la prisión preventiva para aquellos casos en que el hecho por el cual puede ser sancionado el imputado no tiene asociada una pena privativa de libertad. Por su parte, esta misma disposición proscribe la prisión preventiva para aquellos delitos de acción penal privada, es decir, figuras típicas en que no existe un interés público prevalente en su persecución, dejando al resorte del particular –víctima de esos hechos– su debida prosecución.

III. LA PARTICULAR EXIGENCIA DEL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD EN LA PRISIÓN PREVENTIVA

Como señalé en el apartado anterior, la exigencia del subprincipio de necesidad supone la comparación entre distintas alternativas, de entre las cuales se debe escoger aquella que presente un mayor grado de eficacia en la consecución de los fines al menor coste de afectación de derechos fundamentales del imputado.

Prescindiendo de la aplicación del principio de intervención mínima, la prisión preventiva pareciera ser, en todo caso, la medida más eficaz para

³⁸ En igual sentido cabe traer a colación la limitación de las medidas cautelares contenidas en la Ley N° 20.084. Si bien este cuerpo legal regula la responsabilidad penal de los adolescentes, las limitaciones que contiene a las medidas cautelares personales, da cuenta de la aplicación de criterios que no pueden ser ajenos al proceso penal. El artículo 33 de este cuerpo legal establece que en ningún caso se puede aplicar una medida cautelar que aparezca desproporcionada en relación a la sanción probable que resulte aplicar. El artículo 32 limita la medida cautelar de internación solo a la imputación de conductas que, tratándose de un mayor de edad, serían constitutivas de un crimen.

la consecución de las finalidades que se le asignan por ley. Es claro que el hecho de mantener a una persona privada de libertad permite sujetarlo a estricto control que permite neutralizar cualquier acción tendiente a estropear tales fines. Sin embargo, tal supuesto no es concordante con un Estado Democrático de Derecho. El interés del Estado en el éxito de la persecución final no puede supeditar los derechos de los administrados, estando también obligado al debido respeto de estos. Luego, lo que se revela en la resolución de la prisión preventiva es una tensión entre ambas exigencias del Estado.

Por ende, al cumplir con el subprincipio de necesidad, el Estado resguarda el debido respeto hacia esos derechos determinando –parte– del ámbito fáctico que condiciona su mayor realización. Pues únicamente en ese ámbito fáctico, en el cual ninguna otra medida será suficientemente eficaz, es que puede plantearse que se alcanza la mayor realización posible del derecho fundamental.

Así las cosas, la aplicación del principio de necesidad importaría, en la prisión preventiva, la elección de entre un conjunto de medidas. De entre estas medidas se debe considerar –como común denominador– la eficacia para alcanzar las finalidades asignadas a todas las medidas cautelares personales. Y, como criterio distinguidor, el considerar el menor coste en la afectación de derechos fundamentales, que su aplicación importe en relación a las restantes medidas.

Sin perjuicio de lo anterior, la prisión preventiva presenta una característica que determina el ejercicio de la evaluación de la intervención mínima. Esta característica se refiere a la propia naturaleza de la medida; la que importa la privación por tiempo indefinido de libertad de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito. Por lo tanto, y en lo que respecta al criterio distinguidor, no existe otra medida que importe una mayor afectación de derechos fundamentales. Luego, al aplicarse este principio, lo que queda por evaluar es, solamente, la mayor o menor eficacia que puede tener frente otra medida cautelar para alcanzar esos fines.

Entonces, la disposición en que se ordenan las medidas a comparar no supone escoger entre varias medidas: supone, en definitiva, excluir todas las demás para recién entender que la prisión preventiva será procedente, pues ninguna otra medida resultaría suficientemente eficaz. Por ello entiendo que el criterio en que se resuelve toda la aplicación del principio de intervención mínima estriba en determinar la eficacia de las restantes medidas cautelares

personales frente a la prisión preventiva, y este punto encuentra en nuestra regulación una disposición especial.

*1. El inciso primero del artículo 139 del CPP:
una exigencia adicional de intervención mínima*

En efecto, como ya antes lo he consignado, el artículo 139 del CPP establece que la procedencia de la prisión preventiva depende de que el juez considere a las otras medidas cautelares personales como insuficientes. Es decir, descontada con el mayor coste que este significa para los derechos del imputado, la procedencia depende no de que se establezca que aquella es más eficaz que las restantes medidas cautelares personales (pues en la práctica debería tenerla, dada su naturaleza antes anotada), sino en que se logre establecer (a estimación del juez) que las restantes medidas no son suficientemente eficaces. Este punto no resulta en nada baladí, pues la exigencia de la aplicación del principio de intervención mínima no es una exigencia solo respecto de la prisión preventiva, sino que es una exigencia común a toda medida cautelar personal.

Si toda medida cautelar conlleva una mayor o menor afectación de los derechos fundamentales del imputado, el principio de proporcionalidad –con sus subprincipios– debe también aplicárseles en su caso. Por ende, la exigencia de la intervención mínima concurre tanto para la prisión preventiva como para las restantes medidas cautelares personales. Así las cosas, al aplicar el principio de intervención mínima en este caso, la elección de una medida cautelar personal en específico dependerá de la ecuación de mayor eficacia al menor coste de afectación de un derecho fundamental. Y en este ejercicio de comparación, las variantes deberán ser sopesadas en su propio mérito sin que la norma legal se incline por alguna. Claro está que todas las medidas cautelares personales que contempla el artículo 155 del CPP importan diversos grados de afectación de los derechos del imputado; empero, en principio, correspondería evaluar al conjunto de medidas, para decantarse por la elección de aquella que cumpla con la mentada ecuación. No obstante lo anterior, ese no es el caso de la disposición contenida en el artículo 139 del CPP, donde explícitamente existe un mandato a optar por una cautelar personal diversa a la prisión preventiva, mientras aquellas no se develen como insuficientes o, *a contrario sensu*, mientras se pueda presumir a su respecto que sí son suficientemente eficaces.

Este punto puede no generar mayor cuestión cuando se enfrenta la prisión preventiva con una cautelar personal de menor intensidad. Sin embargo, cuando la intensidad de uno y otra es casi análoga —y conllevan ambas una importante afectación de los derechos fundamentales del imputado—, la norma en cuestión fija una carga argumentativa adicional insoslayable respecto de la prisión preventiva. Este es el caso de la medida cautelar personal contemplada en el literal a) del artículo 155 del CPP: el arresto domiciliario total. Supone esta cautelar personal una privación de libertad total, al igual que la prisión preventiva, por lo que, desde la perspectiva de su aptitud para alcanzar los fines asignados, aquella es, en principio, análoga. En ambos casos la privación de libertad sería una forma similarmente apta para neutralizar cualquier riesgo de que se vean frustradas las finalidades perseguidas por las medidas cautelares; sin embargo, la primera cuenta, además, con una presunción del legislador en torno a la suficiencia de su aptitud. Por lo tanto, si nos atenemos en forma rigurosa a la formulación del artículo 139 del CPP, establecidos los supuestos que hacen procedente la privación de libertad de una persona como medida cautelar, en última instancia debería optarse por el arresto domiciliario total. Recién cuando se pudiera establecer su falta de aptitud suficiente, es que podría aplicarse la prisión preventiva.

No desconozco que las circunstancias de una y otra privación de libertad son diversas, siendo claramente más gravosas las asociadas a la prisión preventiva. No son situaciones equivalentes, aunque ambas importen una privación total de libertad. Mas el punto que busco destacar apunta a la exigencia adicional que importa el mandato del inciso final del artículo 139 del CPP en relación al principio de intervención mínima. Esto significa que, aun en el caso que la aplicación de este principio permita escoger una medida que importe la privación de libertad del imputado, la norma legal vuelve a exigir, nuevamente, el evaluar la necesidad de la prisión preventiva. Por eso afirmo que la exigencia adicional de esta fórmula adopta la forma de una presunción, ya que para optar por la aplicación de la prisión preventiva debe estimarse que las restantes medidas nos suficientemente aptas. Por ende, la carga argumentativa debe explicitar el porqué de aquella constatación. Dicho en otras palabras, si el juez tiene la carga de argumentar por qué estima que cualquier otra cautelar no será suficientemente apta para asegurar las finalidades señaladas, por regla general deberá entenderse que estas sí lo son.

La conclusión a la que arribó se refuerza en dos consideraciones más. La primera referida a la exigencia del requisito de la alternativa menos gravosa, en el entendido de que esta se refiere a aptitud suficiente. La segunda, en relación al principio de presunción de inocencia.

2. La aptitud suficiente antes que igual aptitud

Como señalé más arriba, la comparación que supone el ejercicio de aplicar el principio de necesidad importa establecer una medida con la cual realizar esa comparación. Esa medida la constituye la condición “de ser suficientemente aptas o eficaces para la consecución de la finalidad perseguida”³⁹.

Según explica GONZÁLEZ-CUÉLLAR, en este caso corresponde establecer como requisito de la alternativa menos gravosa la aptitud suficiente y no la igual aptitud. Esta última es una formulación de la doctrina y la jurisprudencia alemanas que exige que la eficacia del medio menos lesivo debe ser la misma que la del menos gravoso⁴⁰.

Assumo que se debe operar con el concepto de aptitud suficiente, pues resulta menos restrictivo que el de igual aptitud. En efecto, resulta claro que en el caso de una medida cautelar de la intensidad de la prisión preventiva es difícil postular una equivalencia estricta en cuanto su aptitud en relación a otra medida cautelar de menor intensidad. El alto grado de neutralización del sujeto imputado, sometido a un régimen de encierro que permite un altísimo grado de control a su respecto, no tendrá parangón con ninguna otra medida cautelar. No obstante, la centralidad de este criterio no estriba en una coincidencia aritmética entre la aptitud de una u otra medida, baste que aquella sea suficiente, esto es, bastante para lo que se necesita. Por consiguiente al mensurar la aptitud de una medida lo que debe tenerse en vista es la finalidad perseguida y si una u otra es bastante para alcanzarla, independiente de cuál podrá hacerlo con mayor holgura. Baste que se cumpla con un el mínimo necesario para que aquella sea suficientemente apta. Entendida así, la aptitud suficiente conformaría un óptimo en cuanto a la eficacia necesaria para la consecución de los fines buscados.

³⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 196.

⁴⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 197.

Despejada esta cuestión, resulta evidente que el criterio de aptitud suficiente se encuentra recogido en forma expresa en el inciso primero del artículo 139 del CPP. Tal disposición prescribe que la prisión preventiva procederá cuando el juez estime que las restantes medidas cautelares personales serán insuficientes. Esto es, es el propio legislador quien se inclina por exigir un grado de eficacia que baste a las necesidades del caso, asumiendo que mientras no hayan antecedentes que permitan al juez estimar lo contrario, las restantes medidas cautelares personales sí serán suficientemente aptas. No es el grado de eficacia lo que se somete a cuestión, pues no se busca un equivalente en las restantes medidas cautelares personales. Lo que se evalúa es una cosa distinta: es la eficacia de las restantes medidas cautelares en relación a las finalidades perseguidas, y ello desde un contrafáctico, pues la formulación de la mentada disposición asume tal aptitud. Sobre este último punto se volverá en la última parte de este trabajo.

3. Cómo entender la presunción de inocencia, como regla de trato, en relación a la prisión preventiva

La segunda consideración parte del principio de presunción de inocencia en su faz de regla de trato, esto es, como una “regla que rige el tratamiento que debe darse a cualquier persona que se vea inmersa como sujeto pasivo de un proceso penal. Así, la presunción de inocencia como regla de trato impone tratar al imputado como si fuera inocente hasta que recaiga sentencia que declare su culpabilidad”⁴¹. Esta regla encuentra expresa consagración legal en el artículo 4 del CPP.

Resulta palmario que la presunción de inocencia es uno de los principios que mayor tensión genera con la prisión preventiva, pues cómo podría considerarse inocente a aquella persona que se le encierra con fines cautelares respecto de un proceso en el que todavía no se ha decidido su culpabilidad. Esta cuestión ha terminado siendo resuelta en base a la distinción entre las distintas naturalezas que exhibiría la pena y la prisión preventiva como medida cautelar. En la medida que la cautelar no tuviere ribetes de pena, el trato dado al imputado sujeto a prisión preventiva seguiría siendo conciliable con su inocencia⁴².

⁴¹ FERRER BELTRÁN (2010), p. 8.

⁴² DEI VECHI (2013), pp. 201-203. Sobre este punto, Jonathan Valenzuela propone una respuesta asumiendo la tesis compatibilista entre presunción de inocencia y prisión preventiva, asumiendo

Ahora bien, sin entrar a un cuestionamiento de fondo, lo cierto es que la presunción de inocencia es un principio sobre el cual también debe operar la aplicación del principio de proporcionalidad. No obstante, el cómo opera es una cuestión que no se encuentra totalmente resuelta por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para algunos casos lo entiende como un principio distinto al principio de proporcionalidad, en otros casos, como exigiendo la proporcionalidad entre dicho principio y el fin de la medida cautelar⁴³.

Por mi parte, tiendo a pensar que si se le asigna el carácter de principio, a su respecto debe hacerse aplicación del principio de proporcionalidad y, por añadidura, del subprincipio de necesidad. Lo anterior en atención a que, dada su calidad de principio, también a su respecto debe predicarse el carácter de mandato de optimización.

Así las cosas, si la afectación de este principio también representa una colisión con el interés del Estado en la persecución penal, también debe evaluarse a su respecto el principio de intervención mínima. Luego, concordante con este principio, su mayor realización importa, a este respecto, la adopción de aquella medida cautelar que sea más acorde con el trato de inocente que esta ordena dispensarle a todo imputado.

Por consiguiente, si la procedencia de la prisión preventiva requiere una cadena de argumentos de que den cuenta de la aplicación del principio de proporcionalidad, la necesidad, como subprincipio, exige un examen reforzado por dos principios en colisión. Conforme al primero (derecho fundamental a la libertad personal), la necesidad supone descartar que otra cautelar personal sea suficientemente apta para alcanzar dichos fines. Conforme al segundo (presunción de inocencia), el mandato de trato como inocente importaría siempre optar por aquella que fuere más consistente con ese estatus, en la medida que no se descarte su suficiente aptitud.

En este último caso, el principio de intervención mínima, en relación a la presunción de inocencia, también se articula con la exigencia reforzada que a este respecto hace el artículo 139 del CPP. Concorre reforzando la presunción de eficacia de las restantes medidas cautelares del artículo 155

que la lógica de la prisión preventiva es de una medida cautelar, y desde esa base dar respuesta las objeciones tradicionales que se formulan a ese respecto (VALENZUELA (2011), pp. 61-66).

⁴³ LLOBET (2009), pp. 136-137.

del CPP, pues aquellas siempre serán más acordes con el trato de inocente que la prisión preventiva.

IV. LA INSUFICIENTE APTITUD DE LAS RESTANTES MEDIDAS CAUTELARES: UN CONTRAFÁCTICO

Antes he postulado que, acorde al principio de necesidad o intervención mínima, el artículo 139 en su inciso segundo establece una presunción de aptitud suficiente para alcanzar los fines que tal norma busca asegurar mediante las medidas cautelares personales. Ya la exigencia de este subprincipio del principio de proporcionalidad obligaba a realizar dicho examen; a lo que se agrega esta exigencia expresa de dicha norma. Conforme a ella, debería preferirse cualquier otra cautelar antes que la prisión preventiva, mientras no se demuestre que estas no tienen aptitud suficiente para cumplir con los fines legales que tienen asignados.

En consecuencia, la conclusión que genere ese descarte de las restantes medidas cautelares personales tomará la forma de un argumento contrafáctico, esto es, teniendo en cuenta la estructura cautelar de la prisión preventiva, se exigiría un contrafáctico “dado por el *periculum libertatis*: la posible frustración de los fines del proceso como contrafáctico de la libertad del imputado”⁴⁴.

Entiendo al argumento contrafáctico, para los efectos de este trabajo, como un “enunciado condicional cuyo antecedente no se materializó en el pasado, a pesar de que podía haberse materializado”⁴⁵. Típicamente los enunciados contrafácticos adoptan la siguiente forma: si A entonces habría B; por ejemplo si John Lennon no se hubiere mudado a Nueva York habría seguido vivo después de 1980. El antecedente supone en este caso que Lennon no se hubiese mudado de ciudad, o que se hubiese mudado a una distinta de Nueva York, pues fue allí donde terminó encontrándose con su asesino; por lo tanto, al no producirse su atentado, seguiría vivo.

En el caso que no convoca, el contrafáctico tomaría la siguiente forma: dada la falta de aptitud suficiente de las restantes medidas cautelares personales, si no se hubiere decretado la prisión preventiva, se habría malogrado

⁴⁴ DEI VECHI (2013), p. 198.

⁴⁵ BATTISTA (2012), pp. 447-448.

los fines que la ley buscaba proteger con estas medidas. En este caso el antecedente que no se materializó es la decisión de no decretar la prisión preventiva, y el enunciado condicional lo constituye la afectación de la seguridad de la sociedad o la afectación de la seguridad de la víctima o la frustración de los fines del procedimiento.

Ahora bien, desde un largo tiempo estos condicionales ha generado problemas en cuanto a su contenido inferencial, por lo que resulta difícil a su respecto postular alguna regla de inferencia, como el *modus ponens*⁴⁶. No obstante, no es esta una arista del problema que deba ser ventilada en este trabajo. Ello, pues en la lógica formal no tiene una particular cabida la estructura de la decisión judicial, salvo como justificación interna, donde sí se da aplicación al *modus ponens*⁴⁷. Lo que sí busco destacar es que la forma de esta conclusión guarda relevancia con la justificación externa de la decisión judicial, donde la construcción de este contrafáctico representa uno de los argumentos que permitirán estructurar la resolución que se pronuncie acerca de la prisión preventiva. Entendiendo que conformaría una cuestión de ponderación y, en particular, el subprincipio de necesidad conformaría una subcuestión.

Siguiendo la tesis de ATIENZA, en la estructura propuesta para una argumentación jurídica, cabe distinguirse, dentro de sus elementos esenciales, a las cuestiones y subcuestiones de la que depende la solución del problema; las respuestas a esas subcuestiones, y las razones en que se basan esas respuestas⁴⁸. Por ende, la decisión que se pronuncie acerca de la prisión preventiva se construiría como una línea de argumentos –o una argumentación– dentro de los cuales resultaran centrales aquellos que se pronuncien respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad⁴⁹.

Conforme a esta estructura argumentativa, en la decisión que se pronuncie por la prisión preventiva, se debe resolver una cuestión de ponderación

⁴⁶ BATTISTA (2012), p. 449.

⁴⁷ ATIENZA (2014), p. 179.

⁴⁸ ATIENZA (2014), p. 431. Atienza identifica siete elementos fundamentales en la argumentación. Fuera de los ya señalados indica los siguientes: la narración, el problema o los problemas jurídicos de los que arranca la argumentación, la solución del problema y la decisión (ATIENZA (2014), pp. 430-432).

⁴⁹ El propio Atienza identifica como tipología de las cuestiones a resolver las cuestiones de ponderación (ATIENZA (2014), pp. 438-439).

relativa a la aplicación del principio de proporcionalidad. Resulta así que aquella es una cuestión de la que depende la solución del problema. ¿Debe decretarse la prisión preventiva? Esto es, dependiendo de su respuesta, afirmativa o negativa, se determinará si aquella es o no proporcional definiendo la procedencia o improcedencia de esta cautelar. Luego, de esta cuestión surgen inmediatamente tres subcuestiones vinculadas a la aplicación de cada uno de los subprincipios que lo conforman. Una de esas subcuestiones la constituye la aplicación del principio de intervención mínima. Así las cosas, la necesidad será una subcuestión a resolver que determinará la procedencia de la cautelar, en la medida de que su respuesta sea afirmativa o negativa, condicionando la respuesta que se dé a la cuestión planteada.

Ahora bien, la respuesta que se dé a esa subcuestión hará surgir una nueva cuestión, en este caso de prueba⁵⁰. Lo anterior en atención a que la aplicación del principio de necesidad, reforzado además por la presunción de aptitud suficiente que contiene el artículo 139 del CPP, exige dar cuenta de un orden de factores de hecho conforme al cual se desvirtúe dicha presunción; es decir, que permita desestimar la aptitud suficiente que se le atribuye. Por consiguiente, una nueva cuestión importa establecer un conjunto de antecedentes fácticos conforme a los cuales se pueda construir el enunciado condicional que depende de que ese antecedente (la no concesión de la prisión preventiva) no se materialice en el pasado. Esto es, que, dado ese orden de factores, la no concesión de la prisión preventiva acarreará la concreción del riesgo o para la seguridad de la víctima o para la seguridad de la sociedad o el estropicio de los fines del procedimiento.

Resuelta esta cuestión de prueba, se contará entonces con razones para resolver la subcuestión que plantea el principio de necesidad. Y la respuesta a esta subcuestión tendrá el carácter de un contrafáctico. Es decir, no dará cuenta de un hecho que ocurrió, sino de uno que no ocurrirá dada la decisión que se adoptó, y que se evita en miras al orden de cosas bajo las cuales puede considerarse que las restantes medidas cautelares no tendrán aptitud suficiente para evitar que malogren las finalidades asignadas en la ley a las medidas cautelares personales. Por lo tanto, la prueba lleva a una valoración que debe resolverse como otra cuestión, en este caso, de calificación⁵¹. Esto

⁵⁰ ATIENZA (2014), pp. 433-434.

⁵¹ Explica Atienza que un problema de calificación se trata de argumentar a partir de definiciones operando como premisas (ATIENZA (2014), pp. 433-434).

es, si las circunstancias anotadas permiten o no concluir la supuesta falta de aptitud suficiente de las restantes medidas personales que prevé la norma en comento como supuesto de aplicación de la prisión preventiva.

El problema que surge a continuación es identificar de qué forma se construye este contrafáctico y qué expresa, en definitiva, su contenido.

1. Contrafáctico como generalización

Como un expediente que puede esclarecer el punto antes enunciado, pienso que es necesario acudir a uno de los planteamientos que los expertos en lógica hacen de este tipo de enunciados. Una de las formulaciones que se han hecho al respecto es entender que “los enunciados contrafácticos son meros expedientes lingüísticos para expresar indirectamente una generalización”⁵². Si consideramos que esta es la dimensión en que debe asumirse el contrafactual que deriva de la comparación exigida por el principio de intervención mínima, las circunstancias del hecho deberán, por consiguiente, permitir la construcción de un argumento por generalización.

A este respecto cabe recordar que un argumento por generalización se construye de la siguiente forma: “todos los A son B, por todo A conocido es B. Al generalizar atribuimos a un grupo de cosas del mismo género algo que sabemos de algunos individuos”⁵³. En tal sentido la generalización es una inducción en la cual se parte de una serie de experiencias conocidas, para, a partir de estas, afirmar una conclusión. Por ejemplo, se podría plantear con un número alto de personas condenadas a penas privativas de libertad no se presentan a la ejecución de su sentencia; luego se podría generalizar señalando que en los casos de condenas a penas privativas de libertad lo más probable es que la persona imputada y condenada no se presente a la ejecución de su sentencia.

Ahora bien, la corrección de esta argumentación dependerá del adecuado empleo de los argumentos en que se sustente; pues siempre se puede incurrir a su respecto en la falacia de la generalización apresurada⁵⁴. La forma en que

⁵² BATTISTA (2012), p. 453.

⁵³ GARCÍA (2000), p. 60.

⁵⁴ Esta se produce siempre que se concluye a partir de datos insuficientes o poco representativos (GARCÍA (2000), p. 68). En el ejemplo antes propuesto, se podría dar esta situación si el dato invocado se refiriere únicamente a personas condenadas a la pena de presidio perpetuo.

se puede construir esta argumentación, y a partir de la cual ella puede ser evaluada, es a través de argumentos por ejemplos y argumentos por analogía. En el caso de los argumentos mediante ejemplos, “se ofrecen uno o más ejemplos específicos en apoyo de una generalización”⁵⁵. En el caso de los argumentos por analogía, estos “discurren de un caso o ejemplo específico a otro ejemplo, argumentando que, debido a que los dos ejemplos son semejantes en muchos aspectos, son también semejantes en otro aspecto más específico”⁵⁶.

Como explica WESTON, en el primer tipo de argumentación resultará central examinar si se trata de una generalización de un pequeño conjunto de casos o de una generalización de un gran conjunto de casos. En el primer conjunto se debería examinar todos o casi todos los ejemplos; mientras que en el segundo conjunto bastará seleccionar una muestra. Se requiere, además, verificar si la muestra de casos es lo suficientemente representativa. También se requiere verificar si hay contra ejemplos. Finalmente, es necesario contar con información de trasfondo para que podamos evaluar el conjunto de ejemplos⁵⁷.

Siguiendo el ejemplo planteado más arriba, habría que examinar las penas a las que los imputados habrían sido condenados y su conducta a ese respecto; si se trata de penas especialmente altas (como las de presidio perpetuo) o de cualquier tipo de pena privativa de libertad, aunque sean de un par de días de prisión. En el primer caso la el examen debería pronunciarse por casi todos los ejemplos; en el segundo, se requerirá de una muestra. Se requiere también verificar que esa muestra sea lo suficientemente representativa, pues podría darse el caso que se refiriera solo a condenados a la pena de presidio perpetuo y se pretenda aplicar respecto de un ejemplo de una persona condenada a diez días de prisión. Es claro que en ese caso la muestra no es representativa, pues el aliciente de los primeros a no presentarse a la ejecución de la sentencia es evidentemente mayor. También se requiere verificar si hay contraejemplos, si existen casos de presentación voluntarias al cumplimiento de una sentencia que imponga una pena privativa de libertad o si el propio imputado lo ha hecho con anterioridad. Finalmente,

⁵⁵ WESTON (2006), p. 33.

⁵⁶ WESTON (2006), p. 47.

⁵⁷ WESTON (2006), pp. 35-45.

es necesario conocer información de trasfondo. Si se señala que más de cien imputados no se han presentado a cumplir una sentencia que imponga una pena privativa de libertad, puede parecer una cifra especialmente alta. Sin embargo, si la información de trasfondo señala que más de cuatrocientos imputados sí lo han hecho, dicha cifra parece tener una incidencia mucho menor en la generalización, pues aquella cifra solo daría cuenta del veinte por ciento de los casos en ejemplo.

Siguiendo a WESTON, en el caso del argumento por analogía se requiere un ejemplo similar de una manera relevante. No resulta necesario que los ejemplos sean absolutamente iguales al ejemplo de la conclusión; las analogías solo requieren similitudes relevantes⁵⁸.

Para este punto voy a formular un nuevo ejemplo, un imputado con cautelares del artículo 155 del CPP por una causa de homicidio frustrado es detenido en situación de flagrancia por un delito de lesiones en contra de la misma víctima. En este caso ambas agresiones no son absolutamente iguales, sin embargo sí presentan similitudes relevantes, en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, y en cuanto a una agresión que ha adoptado distintas formas e intensidades. Luego, la generalización en este caso apunta a la ineficacia de la cautelar del artículo 155 del CPP a efecto de dar protección a la víctima.

Es claro que en este caso lo relevante es determinar la similitud y la relevancia de esta. Por ende, respecto de una persona que ha cometido algún delito de bagatela, resulta defectuoso construir un ejemplo de similitudes relevantes respecto de un delito especialmente grave que se le impute en la actualidad. Estas deben, necesariamente apuntar a aquellos elementos que permitan construir una generalización que desvirtúe la presunción de eficacia de las restantes medidas cautelares del artículo 155 del CPP y es a ese respecto, y sobre esos fines, que deberá construirse el argumento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEXY, Robert (2012): *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. BERNAL PULIDOS, Carlos, Madrid, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 601 pp.

⁵⁸ WESTON (2006), pp. 50.

- ATIENZA, Manuel (2012): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, editorial Trotta), 870 pp.
- BATTISTA, Giovanni (2012): “Contrafácticos y juicios causales”, disponible en http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2012_n12/stu_08-Ratti.pdf [fecha de consulta 5 de mayo de 2017].
- BINDER, Alberto (2005): *Introducción al derecho procesal penal* (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc), 364 pp.
- DEI VECHI, Diego (2013): “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas frecuentes críticas”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXVI, N° 2, 189-217 pp.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian (2007): *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica), 583 pp.
- (2011): *La prisión preventiva en Chile: análisis de los cambios legales y su impacto* (Santiago, ediciones Universidad Diego Portales), 297 pp.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón* ((trad. IBÁÑEZ, Perfecto; RUIZ, Alfonso; BAYON, Carlos; TERRADILLO, Juan; CANTERO, Rocío, Madrid, Editorial Trotta), 991 pp.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2010): “una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, disponible en revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/download/2393/2341 [fecha de consulta 10 de junio de 2017].
- FERRER, Eduardo: “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf> [fecha de consulta 10 de junio de 2017].
- GARCIA, Ricardo (2000): *Uso de Razón* (Madrid, editorial Biblioteca Nueva), 328 pp.
- GUASTINI, Riccardo (2011): *Distinguiendo, estudios de teoría y metateoría del derecho* (Trad. FERRER, Beltrán Jordi, Barcelona: Editorial Gedisa), 409 pp.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolás (1990): *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal* (Madrid, Editorial Colex), 352 pp.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2002): *Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica), 659 pp.

- LLOBET, Javier (2009): “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano” disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968006.pdf> [fecha de consulta 15 de julio de 2017].
- MARÍN, Juan Carlos (2002): “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, pp. 9-54.
- VALENZUELA, Jonathan (2011): “Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 17, pp. 53-70.
- VIAL, Jorge (2002): “Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N° 2, pp. 231-245.
- WESTON, Anthony (2006) *Las claves de la Argumentación* (Trad. MALEM, Jorge, Barcelona: editorial Ariel), 153 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez versus Ecuador* (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2007, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf [fecha de consulta 30 de julio de 2017].
- J. versus Perú* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 2013, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf [fecha de consulta 30 de julio de 2017].
- Norin Catrimán y otros versus Estado de Chile* (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de mayo de 2014, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf [fecha de consulta 30 de julio de 2017].
- Yvon Neptune versus Haití* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf [fecha de consulta 30 de julio de 2017].

LA POTESTAD CAUTELAR DEL JUEZ DE FAMILIA. SUS ALCANCES Y LÍMITES

THE CAUTELAR POTESTAD OF THE JUDGE OF FAMILY.
THEIR SCOPE AND LIMITS

JOSÉ ALEJANDRO DUQUE VILLA*

RESUMEN: Constantemente se justifica la necesidad de una potestad cautelar amplia en la necesidad de urgencia y celeridad ante las exigencias propias de los conflictos de familia. A través de estas líneas buscamos explicar, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, la armonía que debe existir entre las cautelares y el debido proceso, para posteriormente conceptualizar y analizar someramente ciertas instituciones, a saber, cautelares conservativas, innovativas, tuteladas anticipadas y medidas autosatisfactivas, las que se tratan comúnmente todas como medidas cautelares, a pesar de no compartir íntegramente sus características.

Terminaremos, a la luz de lo ya referido, analizando la normativa establecida en la Ley N° 19.968 y en otras disposiciones especiales y relevantes, planteando algunas de las principales discusiones y problemas que ha suscitado su aplicación práctica. En particular estudiaremos el artículo 22 de dicha ley, así como las reglas especiales de aquella en materia de protección o vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, violencia intrafamiliar, la Ley N° 20.066 y la cautela especial de alimentos provisorios establecidos en la Ley N° 14.908.

ABSTRACT: It is constantly justified the necessity of a broad precautionary power in the need of urgency and speed in the face of the demands of family conflicts. Through these lines, we seek to explain, from the perspective of effective judicial protection, the harmony that must exist between precautionary measures and due process, to later conceptualize and analyze briefly certain institutions, namely conservative, innovative precautions, early guardianships and self-satisfactory

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario, Argentina. Profesor Internacional Visitante en las cátedras de Derecho Probatorio, Teoría General del Proceso y la Cátedra Libre “Perspectiva Internacional y Análisis sobre el nuevo Código General del Proceso”, en la Universidad Cooperativa de Colombia. Abogado de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso e integrante de la Unidad de Estudios de dicha institución desde 2014. Abogado de la Unidad de Familia de la Oficina de la ciudad de Quillota.

measures, which are commonly treated as precautionary measures, despite not fully sharing their characteristics.

We will conclude, in the light of the above, analyzing the regulations established in Law 19.968 and other special and relevant provisions, setting out some of the main discussions and problems that have elicited its practical application. In particular, we will study article 22 of this law, as well as the special rules of that law regarding protection or violation of the rights of children, domestic violence, law 20,066 and the special precaution of provisional foods established in law 14,908.

PALABRAS CLAVE: Medidas, cautelares, tutela, debido proceso, límites.

KEYWORDS: Measures, precautionary, judicial protection, due process, limits.

“Existen pruebas de que inadecuadas, incluso pueriles medidas, pueden servir para rescatarnos del peligro”.

Quien me malentienda pensará que al decir medidas me refiero a las cautelares, y al decir peligro, me refiero al de la demora. Como diría Win Wenders, ni tan lejos ni tan cerca.

Las palabras obedecen a la pluma de Kafka, en su relectura de la Odisea de Ulises, y al respecto permítaseme una inadecuada y pueril pregunta, la que me hice cuando me invitaron a escribir en esta prestigiosa revista sobre la potestad cautelar del juez de familia. ¿Por qué a un abogado litigante institucional, miembro de la Corporación de Asistencia Judicial, se le invita a escribir de potestad cautelar, a sabiendas que dirigirá sus palabras a los límites?

Me permito, para responder, evocar la mítica figura de Ulises, atado al mástil, resistiendo los peligros del llamado de las sirenas. ¿Quizás ustedes pretenden eso? Nada más riesgoso pero tentador que el ejercicio de facultades discrecionales, oficiosas, previas o posteriores, novedosas, cualquiera que sea.

¿Es necesario recurrir a la cuerda de cera que ató a Ulises para evitar este majestuoso canto de sirenas?

I. EL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA Y SU RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Concepto de tutela efectiva

La función jurisdiccional no es un fin en sí mismo, lo que de obvio no resulta en evidente, ya que en más de alguna ocasión hemos visto

sistemas que buscan satisfacerse en sus propias normas sin observar el fin garantizador de derechos y libertades del proceso. La función jurisdiccional es un servicio, y está a disposición de los justiciables para que en sus conflictos relevantes puedan encontrar la solución adecuada, ello atendida la expropiación que ha hecho la ley de la resolución de pleitos de relevancia jurídica, mas no debemos olvidar que lo expropiado es la solución y no el conflicto mismo.

Por ello, una democracia se configura desde un marco jurídico cuyas herramientas de protección de los derechos humanos gozan del mismo resguardo que los derechos humanos mismos. En palabras de PÉREZ LUÑO: *“La existencia de un derecho necesita de un sistema de protección, y para establecer este sistema, requiere, a la vez, de la preexistencia de aquél. Lo anterior implica elevar a un rango constitucional a las normas procesales que contienen la regulación de aspectos esenciales del proceso”*¹.

Esta protección se desarrolla a través de un instrumento, que permite a las partes debatir en un ambiente de igualdad ante un funcionario imparcial, debiendo el sistema democrático proporcionar a los justiciables el adecuado acceso y tránsito dentro de los procesos jurisdiccionales².

Esta tutela o protección de acceso y tránsito se ha denominado tutela judicial efectiva, y se ha conceptualizado como *“La noción de derecho a la tutela judicial importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales”*³.

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio (2013): “La fundamentación de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, año 1983, N° 17, Madrid, p. 103, citado por AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, “Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, p. 461.

² Hermosa y lúcida frase se nos ha entregado desde la entrañable Rosario por parte del ex juez y hoy longevo maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO, “el proceso como último bastión de la libertad”, y en la que nos describe este sin par instrumento y lo sitúa en el podio de las invenciones humanas.

³ GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales*, 11 (2), 229-282. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007> p. 244.

La protección de una determinada situación de relevancia jurídica no solo debe plantearse desde lo sustantivo sino también desde lo procesal. Lamentablemente, desde hace años en nuestro país se han realizado avances del derecho material que no han ido de la mano de progresos en aquellos instrumentos de protección jurisdiccional.

2. Relación entre tutela efectiva y la celeridad procesal

Recuerdo en esta instancia las palabras de uno de los grandes de la literatura universal, William SHAKESPEARE: “¿Quién, si esto no fuese, aguantaría la lentitud de los tribunales, la insolencia de los empleados, las tropelías que recibe pacífico el mérito de los hombres más indignos, las angustias de un mal pagado amor, las injurias y quebrantos de la edad, la violencia de los tiranos, el desprecio de los soberbios? Cuando el que esto sufre, pudiera procurar su quietud con sólo un puñal”. Frase que ha sido simplificada por la siguiente: “La tardanza de la Justicia es uno de esos males de los que el hombre sólo puede librarse mediante el suicidio”.

En materia de familia, la prontitud en la respuesta jurisdiccional se erige como un requisito más patente o más intenso que en otros sistemas. La necesidad de recibir lo acuciante para la subsistencia, determinar quién es el más idóneo para criar y educar un hijo, proteger a aquel que ha sufrido o puede seguir sufriendo violencia, evitando un mal mayor, etc., son razones más que suficientes para buscar una respuesta no solo adecuada sino oportuna.

Si recordamos la génesis del sistema reformado de familia, dos grandes problemas se nos plantearon a quienes operamos de frente al estrado; el primero, la exclusión del letrado, el segundo, la demora. Procesos cuya primera resolución citaba a audiencia muchos meses después eran, siguiendo a Hamlet, no un motivo de suicidio pero si de tremenda desesperanza.

Hoy hemos mejorado, con audiencias en plazos razonables, con apropiada intervención letrada, dejando así las taras iniciales y protegiendo aquel derecho que hemos señalado como de tutela judicial efectiva.

Frente a estos procesos de familia, que hoy se tramitan en tiempos razonables, hemos puesto la potestad cautelar como un subconjunto, del que se espera no solo celeridad, sino ya inmediatez, sin percibir que no todas las peticiones requieren la misma urgencia y que la necesidad de un debido proceso no puede soslayarse, salvo que volvamos a procesos inquisitoriales o retrógrados. Se ha observado por el legislador, y por parte de la doctrina,

a esta potestad como un comodín, el que puede servir en los más distintos casos, fungiendo como solución a problemas de diversas naturalezas.

3. *Relación entre tutela efectiva y medidas cautelares*

Como hemos señalado, la tutela efectiva requiere de un instrumento adecuado de protección y garantía, el que se sustancie en plazos razonables. El proceso de familia, producto de una serie de reformas y gestión administrativa, ha logrado ceñirse a dichos requerimientos. Pero no solo celeridad necesitamos. Las medidas cautelares más que rapidez necesitan oportunidad, buscando que los resultados del proceso se puedan ejecutar. Pretenden proteger a los intervinientes para que la sentencia produzca respecto de ellos el fin esperado por la norma.

Así, la tutela de los derechos exige que estos puedan ser amparados, y para ello el ordenamiento jurídico debe procurar asistir con los instrumentos adecuados para que la solución contenida en la sentencia pueda cumplirse, siendo el ejercicio de la potestad cautelar el avío adecuado para ello.

II. LA POTESTAD CAUTELAR

1. *Generalidades*

El ejercicio de la facultad cautelar consagrado por el artículo 22 de la Ley N° 19.968⁴, en los términos en los que está formulado, y tal como

⁴ Artículo 22.- “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71”.

lo analizaremos más adelante, puede resultar en una atractiva tentación a desbordar los límites de un debido proceso. Por ello, se hace necesaria, e incluso urgente, la labor delimitadora de las potestades explicitadas en la norma ya referida.

No se trata de evitar aquellas herramientas que permitan una justicia oportuna, sino procurar que el ejercicio jurisdiccional se enmarque dentro de aquello que se ha descrito en distintas legislaciones como justo y racional procedimiento, debido proceso o inviolabilidad de la defensa en juicio.

2. *Concepto*

El primer límite de cualquier institución viene dado por su definición, es decir, los contornos o fines de la misma. Mientras no exista claridad al respecto, la conversación o dialéctica no tendrá mucho sentido.

Debemos reconocer que nuestra disciplina no se caracteriza por la univocidad de los términos. Si decimos “acción”, dependerá si somos procesalistas, penalistas o comercialistas para darle uno u otro sentido; si decimos “proceso”, dentro de los propios procesalistas habrá tantas definiciones como definidores exista.

Desde un somero análisis de la historia u objeto primitivo de la institución, se observa que con la cautela se buscó proteger la acreencia, la que se debe ejecutar frente a un deudor de dudosa solvencia o probable insolvencia y en un proceso no solo lato, sino también costoso. Para ello surge el denominado embargo preventivo, el que, obviamente, no debe decretarse previa audiencia del deudor, salvo que transformemos en inútil una eficiente institución.

Por ello, dentro de alguna clasificación, se ha señalado que el proceso cautelar es aquel que tiene por objeto impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un proceso, pierda su eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Si bien estamos en materia de familia, la cautela respecto de bienes materiales existe, y resulta fundamental en casos como alimentos, en los que evitar la disposición de bienes del alimentante puede ser la única forma de asegurar el pago. Incluso se han generado instituciones que, pese a su carácter netamente precautorio, han adoptado la categoría de acción autónoma, como en el caso de la declaración de bien familiar.

Ciertamente en nuestro campo de estudio, la protección de la vida e integridad de la persona también se transforma en una situación digna de cautela, ya que del supuesto agresor familiar se hace necesario el alejamiento desde ya, mas no siempre y menos a cualquier costo.

Por ello, veamos algunas definiciones o conceptos de las medidas cautelares:

Para Raúl MARTÍNEZ BOTOS, las medidas cautelares son “*disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo*”⁵.

La Corte Constitucional Colombiana ha expresado en sus fallos:

*“Las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada”*⁶.

PODETTI, ampliando considerablemente la definición, indica que “*las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencia de los jueces*”⁷.

El Tribunal Constitucional español destaca la finalidad precautoria, señalando que

*“Todas las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia”*⁸.

⁵ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl (1990): *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 27.

⁶ Expediente D-4974. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 A de la ley 712 de 2001, sentencia de 27 de abril de 2004. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>.

⁷ PODETTI, José Ramiro (1956): *Tratado de las medidas cautelares*, Editorial Ediar, p. 22.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de España. Sentencia 218/1994; 238/1992, fundamento jurídico 3º. hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2735.

El insigne procesalista uruguayo, Eduardo COUTURE ha señalado que “*Son aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo*”⁹.

*3. Para seguir en este fin delimitador,
se hace conveniente un somero recuerdo de las características
que comúnmente se nos presentan de las medidas cautelares*

a. Provisionales: Subsisten solo mientras duran las circunstancias que permitieron su concesión.

b. Accesorias o Instrumentales: Existen en tanto subsista un proceso (denominado principal) por el que, o se discute un derecho incierto (o se discutirá, en el caso de las prejudiciales), o se posibilitará la ejecución cuando ese derecho ya ha sido declarado cierto, o se permitirá el adecuado ejercicio de su defensa. Una vez terminado el proceso termina la cautela, siguiendo el viejo aforismo que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

c. Modificables: No solo su existencia, sino la forma en la que han sido decretadas estas cautelas pueden variar, tomando en consideración las circunstancias del caso, o el surgimiento de nuevas necesidades de cautela o la extinción de las previas. No adquieren, por tanto, el carácter de cosa juzgada, pudiendo ser ampliadas, reducidas, sustituidas y dejadas sin efecto.

d. Caducable: Cuando se decretan previo al proceso, al incumplir la exigencia legal posterior.

e. Generalmente unilaterales. Es decir, se decretan, por su urgencia y necesidad de eficacia, a sola petición del interesado y de los antecedentes que provea, sin escuchar a la otra parte.

f. No son anticipo jurisdiccional. Mientras nos situemos en el campo de las cautelares conservativas, será predicable esta característica. Mas, y como veremos en el avance de este trabajo, esta característica se difumina ante las cautelares innovativas y la tutela anticipatoria.

4. Diferencias entre instituciones

Sabemos que el progreso y desarrollo dogmático o jurisprudencial, unido a una efervescencia legislativa, promueve la génesis de instituciones asociadas

⁹ COUTURE, Eduardo (1976): *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, editorial Depalma, p. 405.

o vinculadas a otras, a veces, no de manera natural sino artificiosa, incluso solo como un recurso político para asegurar, ya una comprensión simple, pero equivocada, ya una mejor acogida social.

Surgen así nuevas cautelas, como la tutela innovativa, más asociada al concepto de dar que de asegurar. Posteriormente, con el concepto de tutela anticipada se devela la creación dogmática que permite obtener exactamente lo que se quiere, mientras se tramita el proceso por el que se discute dicha pretensión. Más allá se encuentran las denominadas medidas autosatisfactivas, uniendo las ideas de dar y de autonomía. Todas surgen dentro del capítulo de las medidas cautelares, no obstante las notables diferencias de cada una.

De aquello surge una serie de problemas, a saber: confusión de conceptos que impide enmarcar o definir las nuevas instituciones surgidas; aplicación de características a la nueva institución, sin que aquellas sean reflejo de esta; utilización de normas comunes para suplir la falta de legislación específica de la nueva institución, sin que exista concordancia estricta entre dicha normativa y aquella creación. Ejemplo de aquello es la aplicación indiscriminada de la regla que obvia la audiencia previa para decretar la medida cautelar, a pesar que podemos no estar asegurando resultados sino concediéndolos; se termina de esta manera contrariando los principios que regulan un debido proceso.

Analicemos someramente estas creaciones, alojadas en el ámbito cautelar, pero con claras y marcadas diferencias:

a. Cautela innovativa

Las medidas cautelares pueden clasificarse en conservativas e innovativas. Las primeras tienen por objeto facilitar el resultado de una futura ejecución forzada. Estas ejecutan la finalidad tradicional de la tutela cautelar, a saber: *“facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”*¹⁰.

Las segundas son excepcionales, ya que buscan modificar el estado de las cosas (de hecho o de derecho) existente antes de la solicitud. Se promueve en este caso la actividad judicial, con el fin que se ordene el cese de una

¹⁰ CALAMANDREI, PIERO (1945): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, p. 56.

actividad contraria a la norma o se retrotraigan sus resultados. Este tipo de medidas exceden lo puramente asegurativo.

En lo que respecta a las finalidades de cada una, mediante la cautela clásica se trata de mantener, de inmovilizar una situación de hecho, evitando los cambios de la misma que pudieran frustrar el resultado práctico del proceso principal; mientras que la cautela innovativa exige al órgano jurisdiccional una conducta activa que va más allá de la orden de abstención de realizar ciertos actos o conductas, imponiéndole una obligación de hacer o dejar de hacer algo. Las razones de la innovación o modificación del estado de hecho o derecho surge de la pugna que se plantea entre los tiempos de un proceso, para asegurar el adecuado respeto al “justo y racional procedimiento”, y la necesidad de la obtención pronta y oportuna de lo pedido¹¹.

Algunos autores plantean que la excesiva demora tanto de procesos declarativos como ejecutivos, la inactividad de la parte menos interesada en un cambio de las cosas, la inactividad del juez en el avance del proceso, la disparidad de recursos económicos de las partes, la existencia de litigantes institucionales, etc., son factores que producen dilaciones que deben, en muchos casos, ser morigerados con la existencia de este tipo de cautelares. Estas cautivadoras ideas, cual cantos de sirena, ponen el acento en la celeridad, disponiendo un velo sobre las nuevas creaciones que impiden su concepción nítida. Al respecto la profesora AGUIRREZABAL ha señalado que *“A través de figuras como la medida cautelar innovativa..., se coloca el acento en la eficacia de la protección que se otorga, ya no sólo como manifestación del principio de la economía procesal o como la consideración del proceso como un fin en sí mismo.*

*A pesar del movimiento en favor de la promoción de estas nuevas figuras, en la práctica su desarrollo es mayoritariamente dogmático y jurisprudencial, faltando un desarrollo legislativo y la adecuación de las estructuras procesales tradicionales a estas nuevas formas de tutela, que suponen procesos más sencillos y más rápidos”*¹².

¹¹ Como observamos, no se trata de una discusión entre lo bueno y lo malo de los tiempos procesales, sino como la misma bondad que este plantea para el adecuado respeto del debido proceso, se puede predicar respecto a la obtención de lo pedido. Así, la respuesta adecuada para este pleito debe encontrarse en la solución pronta, pero debida.

¹² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2013): *Revista Chilena de Derecho Privado*, “Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar”, p. 462.

Las letras de la jurista continúan, expresando lo siguiente: *“Así, la tutela cautelar ha sido extendida a figuras distintas de aquéllas que simplemente tienden a asegurar el resultado de la acción, integrándose con mecanismos más dinámicos y menos instrumentales”*¹³.

Si bien, ya hemos expresado que la cautela surge como una forma de asegurar el resultado del juicio y este pueda satisfacer la pretensión del actor en caso de concederse, manteniendo el estatus de las cosas o del derecho, ya desde mucho tiempo atrás se ha expresado la posibilidad de asegurar innovando.

Tomando a uno de los más reconocidos autores argentinos, quien ha sido prolífico en todo este tema de las cautelas urgentes, tenemos a la medida cautelar innovativa como *“una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado... ordenando –sin que concurra sentencia firme de mérito– que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente”*¹⁴.

Desde el mismo punto, de Los Andes nos llega un interesante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, la que ha señalado al conocer de un recurso de hecho:

*“40) Que, en primer lugar, interesa destacar que la cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833; 320:1633)”*¹⁵.

Vemos cómo surge este tipo de cautelas que coinciden en su carácter excepcional, alterando el estado de las cosas (de hecho o derecho), y configurando una nueva situación que, de manera relevante, permitirá asegurar la pretensión que se ha demandado.

¹³ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2013), p. 463.

¹⁴ PEYRANO, Jorge W. (2003): “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en *Medida innovativa*, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 30.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Rol N° 67/2013. Recurso de Hecho. “Expreso Tigre Iguazú SRL c/ La Nueva Estrella SCC y otros / medida cautelar” <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7303262&cache=1500851645746>.

Como hemos advertido, ya autores como CALAMANDREI, CARNELLUTTI, PEYRANO, nos señalan que estas medidas anticipan la petición principal demandada, “*anticipan proveimiento que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia*”. Y no solo eso, no es solo una concepción provisoria. Los derechos que se satisfacen por una de estas medidas, lo son, en palabras de Ángel GARROTE, “*gozados irrevocablemente*”.

b. Tutela anticipada

Se encuentra constituida por en una serie de mecanismos que le permiten al órgano jurisdiccional conceder la protección solicitada, antes del pronunciamiento de una sentencia definitiva. Este tipo de tutela permite a los jueces adoptar medidas para satisfacer o proteger el derecho, cuando hay casos graves y urgentes que lo justifiquen.

Roland ARAZI explica que “*la tutela anticipada presupone la necesidad de satisfacer de manera urgente, total o parcialmente la pretensión que el peticionario formula en el proceso, antes del dictado de la sentencia definitiva por el daño irreparable que originaria cualquier dilación*”¹⁶.

“*Una manifestación exitosa de justicia temprana está dada por lo que se ha dado en llamar tutela anticipada. Existe ésta cuando la matriz del proceso en cuyo seno se reclama su despacho no permite decir que se trata de una hipótesis de justicia temprana. Empero, la concurrencia de factores tales como la urgencia o la evidencia funcionan como aceleradores excepcionales de los tiempos de un procedimiento normalmente más moroso en admitir el desplazamiento de derechos*”¹⁷.

Para una mejor delimitación, corresponde analizar la cercanía o fusión de la cautela innovativa y la tutela anticipada, y al respecto nos atrevemos a señalar que, junto a las similitudes que se predicen de ellas, también se observan importantes diferencias:

i. La medida cautelar se dicta, por regla general, *inaudita altera pars*, con el objeto de evitar que sus resultados se vean frustrados por el aviso previo a la contraria. En el caso de la tutela anticipatoria, parece que, si

¹⁶ ARAZI, Roland, “Tutela Anticipada”, en *Revista de Derecho Procesal*, t. 1, “Medidas cautelares”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 390.

¹⁷ PEYRANO, Jorge W., “El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor evidencia”, en *La Ley 2011-B*, p. 773.

estamos concediendo todo o parte del objeto mediato de la pretensión, debemos escuchar al demandado, ya que, si bien la concesión puede ser provisoria, una vez dada, lo que se goza por ese lapso lo es de manera irrevocable.

ii. Por el mismo objeto de cada medida, el grado de certeza que se exige es distinto. La cautela innovativa, y las cautelares en general, exigen solo verosimilitud. Cuando la tutela se anticipa, y conforme a esos derechos que podrá gozar el demandante previo a la sentencia de mérito, se hace necesario mayor nivel de convicción.

iii. La profesora Aguirrezabal también observa una diferencia en las razones que la fundamentan, señalando que en la innovativa es la urgencia, mientras que en la tutela anticipada es el abuso del derecho y el largo tiempo de sustanciación de todo proceso¹⁸.

iv. Lo excepcional de las cautelares innovativas pasa a ser extraordinario en la tutela. No es habitual que, mientras se espera la respuesta jurisdiccional a través de una sentencia de mérito, se modifique la situación de hecho o jurídica, buscando resguardar el cumplimiento de los resultados del juicio. Menos frecuente aún, es dar lo pedido antes que se resuelva en definitiva. A pesar de lo anterior, y con muy buena técnica legislativa, el carácter extraordinario se desvanece frente a ciertas instituciones que exigen una respuesta inmediata, ya que buscan resguardar derechos tan caros como la vida y la subsistencia, y no de cualquiera, sino particularmente de los más vulnerables, los menores de edad, y respecto de los cuales no solo la ley, sino que la moral exige cumplimiento pronto.

En atención a casos muy específicos, la exigencia legal se satisface con muy pocos pero determinados antecedentes, como en el caso de alimentos demandados por un hijo de su padre, siendo la obligación moral de cumplimiento tan intensa que el legislador genera un sistema de pronta satisfacción, estableciendo legislativamente una tutela anticipatoria, señalando la institución que ampara (alimentos), a quien ampara (hijos), a quien obliga (padres), a cuanto obliga (mínimos y máximos legales), todo generando un sistema de presunciones que facilitan la concesión de estas medidas, pero que no olvidan la necesaria posibilidad de defensa del demandado.

¹⁸ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2013), pp. 466-467.

c. Medidas autosatisfactivas

Consisten en el otorgamiento inmediato del derecho que se pretende, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho.

Jorge PEYRANO sostiene que *“La medida autosatisfactiva es un procedimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable no siendo necesario entonces, la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento; no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma”*¹⁹.

Esta institución procesal ha surgido al alero pretoriano. Las razones de su génesis, similares a las de las cautelas innovativas, se encuentran en la demanda de un tratamiento urgente respecto a ciertos conflictos jurídicos y a una respuesta oportuna y eficaz.

III. LA POTESTAD CAUTELAR EN LA LEY N° 19.968

Desde la legislación que motiva las presentes letras surge el artículo 22 de la Ley N° 19.968²⁰.

La oficiosidad de la Ley N° 19.968 otorga al juez de familia una abundante gama de posibilidades, tanto formales como materiales. El juez puede manejar sin mayores contrapesos el *iter* procesal, regulando los tiempos del proceso. Cuenta con importantes facultades materiales, entre las que destaca el ofrecimiento de prueba y la exclusión de la ofertada por las partes.

¹⁹ PEYRANO, Jorge W. (1998): *Régimen de las medidas autosatisfactivas, Nuevas propuestas*. Ed. La Ley, p. 968.

²⁰ Aquel artículo tuvo su fuente u origen en el siguiente, que es la primitiva propuesta legislativa en orden a establecer la potestad cautelar genérica del juez de familia: “Artículo 34.- En cualquier momento del juicio y desde el momento de la presentación de la demanda o denuncia, el juez, de oficio o a petición de parte, en caso que la gravedad de los hechos así lo requiera, podrá, mediante resolución fundada, decretar cualquier medida cautelar que estime indispensable para la protección de un derecho, siempre que exista peligro fundado de lesión o amenaza del mismo. En especial, podrá adoptar cualquier medida destinada a garantizar la seguridad física o psíquica de los involucrados, y su subsistencia económica, así como la tranquila convivencia del grupo familiar”.

Pues bien, siguiendo esta clasificación, nos parece atinentes las palabras de Iván HUNTER AMPUERO: *“Ahora bien, no obstante reconocer que la separación entre potestades procesales y materiales es la summa divisio, se pueden observar ciertas facultades que no encuadran en forma pura dentro de las potestades formales o materiales; me refiero a la potestad cautelar general del Art. 22 de la Ley y a ciertas facultades de promover la mediación y la conciliación (art. 61 N°s. 4 y 5), que están destinadas a resguardar el peligro que una sentencia tardía puede significar para los justiciables o a poner pronto remedio al conflicto mediante soluciones autodeterminadas”*²¹.

Al respecto, pasaremos al estudio pormenorizado del artículo 22 y sus implicancias.

1. Existencia de una potestad cautelar genérica

Nos responderemos acá, antes que la interrogante si esta norma fija la regla general en materia de cautelares en la ley de familia, si establece la potestad de dictar medidas cautelares, innominadas y atípicas, no solo en el caso de ser solicitadas por las partes, sino principalmente, cuando el juez lo estima pertinente y lo decide, siendo de esta manera este quien establece los requisitos y características de las cautelares que genere.

El Mensaje Presidencial que da origen a la tramitación de la ley de familia señala al describir los contenidos esenciales del proyecto, en especial de la potestad cautelar, lo siguiente:

*“Potestad cautelar. Con el objeto de posibilitar la adopción de medidas urgentes cuando la situación lo amerite, se otorga al juez de familia una potestad cautelar amplia, que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte”*²².

a. ¿Cómo entender la función cautelar sin explicitar las potestades que implica, las que debiese desarrollar necesariamente el legislador?

El artículo 22 inicia con su epígrafe que refiere no a la función jurisdiccional específica sino al poder que se ejerce. En palabras de RUAY SÁEZ: *“Sin*

²¹ HUNTER AMPUERO, Iván (2007): “Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), 20 (1), p. 211.

²² *Mensaje Presidencial*, Título III, letra e), Biblioteca del Congreso Nacional, página web www.bcn.cl, p. 12, de 2030.

lugar a dudas es evidentemente distinto consagrar una función, en general, a tipificar una potestad. En el caso de la noción de función se pretende asignar o describir la realización de determinada finalidad, adoptando dicha enunciación un carácter netamente descriptivo de un ser que ya es, por decirlo de alguna manera. La función no describe por sí misma las tareas encomendadas, ni las facultades, potestades o autorizaciones con las que contará determinado agente para la realización misma de la función. En ese sentido, es posible afirmar que la función es una consagración ideal genérica de un determinado ser, en tanto descripción abstracta del ámbito de acción, pero en ningún caso la expresión función ha de contener autorizaciones expresas ni tácitas para desarrollar la misma. En otras palabras, una cosa es decir que determinado agente cumplirá determinada función, y otra muy distinta es qué comprendemos por la realización efectiva de dicha función, y aún más lejos, el ‘cómo’ se llevará a cabo la función en cuestión. Sólo es este último ámbito el que se puede asociar a la consagración de potestades, que tal como señalamos precedentemente, se encuentra encomendado de manera exclusiva al legislador, conforme a nuestro orden democrático”²³.

La juridicidad, y su corolario constitucional, que exige norma para el ejercicio de los poderes estatales, entra en directo conflicto con una posible interpretación laxa del artículo 22, la que consideraría que *“la consagración de la función propiamente tal acarrearía de manera lógica, pero implícita, la consagración de una potestad cautelar genérica. Con esto se dejaría atrás la rígida y estática legalidad, posicionando coherentemente al juez en su posición de actor principal en el Proceso conforme al principio de impulso procesal de oficio”²⁴.*

A pesar que consideramos que definitivamente hay una vulneración del referido principio de juridicidad, la norma es lo suficientemente amplia para entender que el legislador ha dotado al juez de familia de amplios poderes cautelares, sin especificarlos más que en su oportunidad y requisitos, los que, de todos modos, configuran límites que deben ser respetados.

b. ¿Cómo entendemos, entonces, el epígrafe: “Potestad cautelar”?

A diferencia de lo que se expresa en el artículo 444 del Código del Trabajo, que refiere a “función cautelar”, el artículo 22 nos remite a las po-

²³ RUAY SÁEZ, Francisco (2015): “La función cautelar del juez en el proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica?”, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, N° 2, pp. 450-451.

²⁴ RUAY SÁEZ, Francisco (2015), p. 451.

testades, es decir, se nos anuncia que la norma que sigue nos expondrá los poderes con los que cuenta el tribunal, el juez de familia, para el ejercicio de la función de aseguramiento propio de la cautela.

Más que una afirmación, como lo expone RUAY SÁEZ, nos planteamos la siguiente interrogante: ¿es posible considerar, para el juzgador, una atribución potestativa tan amplia en nuestro ordenamiento sin contrariar lo prescrito en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado?

Nuestra respuesta se mueve dentro de los parámetros de una sociedad democrática, y en la que la deliberación conforme a los procedimientos de la carta fundamental, dispone la esfera de atribuciones y poderes de los órganos del Estado. Así, considerando a aquella como la fuente de potestades, la interpretación amplia del 22 pugna con ella.

Todavía más, la aplicación de una interpretación laxa de la norma en comento, como fuente de una potestad cautelar genérica, trae una serie de dificultades adicionales:

i. Un conflicto lidia con el principio de igualdad, ya que será difícil fundar, no solo una cautela en el caso particular, sino explicar el porqué en una causa sí se concede y en la otra no, o el porqué en un caso será conservativa y en otra innovativa, o el señalamiento de la inexistencia de cautela para ese caso particular; en el otro la creación pretoriana de una nueva cautela. Ejemplo de lo anterior observamos en las más disímiles resoluciones que resuelven la petición de fijar régimen comunicacional provisorio, cuando este se ha solicitado conjuntamente con la demanda²⁵. En el caso de alimentos, ¿no deberían obtener todos los hijos demandantes medidas cautelares respecto de los bienes de su padre o madre que no está al día en sus pagos?

ii. De la apertura de una puerta de estas dimensiones, surge no solo la posibilidad del juez de conceder las más diversas cautelas, en los más diversos casos, configurando supuestos, requisitos y características, sino la facultad a las partes de pedir las y obtenerlas. Surgen actuaciones que aprovechan la amplitud interpretativa, y mal utilizan las cautelares, buscando obtener pronto, y sin contrapesos, lo pedido. Este abuso ha puesto a quienes han diseñado este escenario amplio cautelar a crear dogmáticamente instituciones que las morigeren o sancionen, surgiendo así las denominadas medidas anticautela-

²⁵ Algunos tribunales resuelven: “Reitérese la solicitud en la audiencia respectiva”; en otros casos: “No ha lugar por falta de antecedentes”; en otros: “Traslado”. Si se observa, se consideran las más disímiles respuestas, más conceder lo pedido es, lisa y llanamente, buscar una aguja en un pajar.

res²⁶, las que no deben confundirse con la contracautela (presupuesto para el surgimiento de una precautoria), sino que buscan proscribir el ejercicio excesivo, inadecuado o abiertamente abusivo de la potestad cautelar.

Pues bien, como nuestro trabajo no apunta a generar una discusión en torno a *lege ferenda* sino a *lege lata*, nos corresponderá revisar pormenorizadamente el artículo 22 de la ley que crea los tribunales de familia, con un propósito evidente: utilizar la propia norma y sus requisitos y condiciones como referentes en la aplicación de la potestad cautelar, evitando que ella se erija como una limitación injustificada a la esfera de libertades de los justiciables.

2. Análisis del artículo 22

a. “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales (...)”

La disposición comienza señalando su carácter residual: las medidas que aquí se facultan, lo son sin perjuicio de otras que puedan preverse en leyes especiales, por ejemplo, en materia de violencia intrafamiliar (Ley N° 20.066) o la de alimentos (Ley N° 14.908) o en el Código Civil, en el artículo 141.

¿Este carácter implica que esta norma se presenta o releva como supletoria de todas aquellas otras que específicamente tratan cautelas? De su tenor la respuesta solo puede ser afirmativa, desde que se inicia en la consideración de no perjudicar la aplicación de la normativa especial.

Ya que la disposición solo separa las cautelas prescritas en leyes especiales, ¿qué sucede con las cautelas que específicamente se configuran en la propia ley de familia? Desde una interpretación contextual, esta norma se erige como complementaria de aquellas que establecen medidas en la propia Ley N° 19.968, aportando a su configuración.

b. “En cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio (...)”

Discurrimos acá respecto a la oportunidad en que el tribunal puede dictar una medida cautelar.

Primeramente puede serlo en cualquiera etapa de un procedimiento ya iniciado. Así, podrán pedirse y decretarse en primera instancia, en segunda instancia o en etapa de casación. No se vedan momentos procesales para su concesión.

²⁶ Llamativo es que los mismos que han ofertado en el mercado jurídico una potestad cautelar genérica, de fuente jurisprudencial, solo sujeta a las necesidades de la pronta respuesta, ahora proporcionen el antídoto ante los abusos de aquella.

De conformidad al artículo 61 numeral 3 de la Ley N° 19.968, en audiencia preparatoria el juez también puede disponer medidas cautelares, ya sea de oficio o a petición de parte. Para el caso que dichas tutelas se hubiesen decretado previamente, el tribunal deberá resolver si las mantiene. Surge la duda que se presenta si el tribunal, ante medidas concedidas, no resuelve en la citada audiencia sobre su mantención. ¿Significa aquello que quedan sin efecto *ipso iure*?

También podrán decretarse antes de iniciado el proceso. En este punto surgen las denominadas medidas prejudiciales²⁷⁻²⁸, aplicándose al respecto las normas del Título IV del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil (artículos 273 a 289).

Tomando en consideración las reglas del Código procedimental, corresponde preguntarnos lo siguiente:

a. ¿Rige respecto de quien pide estas medidas la obligación prescrita en el artículo 280 del Código²⁹, en orden a interponer la demanda dentro del término de diez días de concedida?

b. ¿Se mantiene la exigencia de, junto a la demanda, pedir que se mantengan las medidas decretadas?

²⁷ En lo relativo a la denominación, se observa una imprecisión, ya que no son medidas previas, separadas ni anteriores al ejercicio jurisdiccional, sino que se constituyen en un procedimiento judicial, previo al principal por el que se busca la atribución definitiva de los derechos.

²⁸ Al respecto recordemos los distintos tipos de estas medidas: *Medidas Prejudiciales Preparatorias*: son aquellas que tienen por objeto obtener los datos o antecedentes necesarios para entablar una demanda. Son las contempladas en los artículos 273 N°s. 1 al 4, 282 y 285 del CPC. *Medidas Prejudiciales Probatorias*: son aquellas que tienden a obtener pruebas anticipadas para un próximo juicio, atendido a la dificultad o imposibilidad de contar con las fuentes probatorias posteriormente, como aquellas contempladas en el N° 5 del artículo 273 y en los artículos 281, 284 y 286 del CPC. *Medidas Prejudiciales Precautorias*: son aquellas destinadas a asegurar, en forma previa a la iniciación del juicio principal, el resultado de la acción que se va a entablar, y la correspondiente ejecución forzada si procediere. Se encuentran reguladas en el artículo 279 CPC y refieren a la establecidas en el artículo 290 y a las de creación jurisprudencial de la parte final del artículo 298.

²⁹ “Artículo 280 (270). Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados. Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento”.

c. ¿La presunción de dolo que prescribe el artículo 280 del CPC aplica al proceso de familia?

c. “(...) el juez, de oficio o a petición de parte (...)”

La decisión de ejercer la potestad cautelar pertenece al juez, ya sea a petición de una de las partes o por iniciativa propia. No está limitado por el principio dispositivo en esta materia.

En este ámbito el juzgador debe actuar con suma prudencia, pues el ejercicio de estas facultades podría afectar la imparcialidad necesaria en todo juicio, ya que, bajo los parámetros ya señalados, no erramos al decir que la ley le ha dado al juez de familia la facultad de decidir sobre una cautela que él mismo puede promover y configurar, sin estar sujeto a la existencia de un proceso pendiente ni a hechos que delimiten un conflicto.

d. “(...) teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación (...)”

La propia ley ha establecido que se debe tener en cuenta tanto la verosimilitud del derecho invocado como el peligro de la demora.

Vemos surgir los presupuestos generales de las cautelas en el Código de Procedimiento Civil chileno, los que, como tales, se erigen como necesariamente previos a su dictación.

i. Peligro de la demora: Implica reconocer que de la espera se puede producir un daño que el derecho considera no se debe soportar.

El tiempo surge como necesario para el desarrollo adecuado del proceso, mas puede ese mismo surgir como el principal obstáculo a la adjudicación oportuna de los derechos. Por ello, para evitar una justicia tardía, la cautela surge como indispensable remedio, mas debe siempre prever y explicitar el daño que la demora implica.

Evidente que en materia de familia los tiempos pueden jugar en contra, por lo que la celeridad permitirá evitar sentencias vacías de efectos. Pensemos en el proceso de violencia intrafamiliar, en el que el presunto agresor se encuentra no en disposición de acercarse a la víctima, no cerca, sino dentro de su esfera más íntima, el hogar. La no concesión de una cautelar, como la salida del denunciado y prohibición de acercamiento implica el riesgo serio e inminente que la violencia no solo continúe, sino que se agrave producto de la denuncia misma.

Un juicio de alimentos también ve complicados sus fines por la tardanza de la sentencia. Para ello, y buscando cautelar un derecho fundamental,

como es la vida, se procura que el alimentario cuente con, a lo menos, los recursos indispensables para su subsistencia a través de los alimentos provisorios.

Como vemos en los ejemplos descritos, se anticipa un problema que ya trataremos en extenso, más que asegurar los resultados de la acción, se concede provisoriamente lo pedido, ya que el peligro apunta no tanto a la infructuosidad de la sentencia, sino al peligro en la tardanza.

ii. Verosimilitud del derecho que se invoca: En este punto, siguiendo las ideas de CALAMANDREI, se ha exigido cierto nivel de veracidad para la concesión de una cautelar: “*la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud*”³⁰⁻³¹.

Al conceder estas medidas, que no solo buscan conservar para asegurar sino innovar y hasta anticipar, se requiere una cierta medida de verosimilitud en lo que se pide.

¿Son el peligro de la demora o la verosimilitud del derecho que se invoca los únicos presupuestos a tener en cuenta para decretar una medida cautelar? ¿Podría el juez observar la necesidad que se rinda la denominada contracautela o caución en los casos que procedan?

En lo específico de cautelares innovativas, autores como Maite AGUIRREZABAL, Beatriz RUZAFÁ y Jorge PEYRANO incluyen como presupuesto para su concesión la posibilidad que se consume un perjuicio irreparable³², es decir, el no otorgamiento de la medida influirá de manera determinante en la sentencia, considerando la futura ejecución como ineficaz. Requisitos

³⁰ CALAMANDREI, Piero (1945), p. 56.

³¹ Un interesante debate, pero que excede los límites de este trabajo dice relación con la asimilación de los conceptos de probabilidad y verosimilitud. Dicho símil planteado por Calamandrei, y que ha sido desarrollado por autores como Daisson Flach (multifuncionalidad del concepto de verosimilitud), ha sido criticado por el jurista de Pavia Taruffo, quien desestima el vínculo que pueda existir entre los conceptos de verosimilitud y probabilidad. Estas ideas del maestro italiano son reforzadas por Daniel Mitidiero, planteando a la verosimilitud como una dimensión específica en la valoración de la prueba para el caso que se pretenda otorgar una medida anticipatoria. Al respecto ver esta interesante discusión en el trabajo de Renzo CAVANI, publicado en *Colección Grandes temas del nuevo CPC*, bajo la coordinación de Fredie Didier Jr., “Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero”. Capítulo 43, pp. 807-825.

³² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2013), pp. 459-473; RUZAFÁ, Beatriz, “Notas sobre la medida innovativa y el daño irreparable”, en PEYRANO, Jorge y BACARAT, Edgard, *Medida innovativa*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni.

serán entonces de dicho perjuicio, su carácter actual, su intensa magnitud y extensión.

¿Bastan estos requisitos, y la forma como son entendidos en cuanto a una precautoria, cuando tratamos de anticipos de tutela o medidas auto-satisfactivas?

Claramente los requisitos descritos obedecen a la idea de cautela tradicional. Por ello hoy se ha discurrido sobre la idea de intensificar las exigencias cuando la tutela ingresa de manera determinante en el patrimonio, no ya para asegurar sino para conceder. Esta es la idea que, por ejemplo en Argentina, viene configurándose desde el proceso “Camacho Acosta”, por el que la Corte Suprema trasandina ha determinado que el grado de certeza exigible para dar lugar a una tutela anticipatoria es superior a la verosimilitud que se requiere tradicionalmente para las medidas precautorias.

Así se ha mencionado que, más que verosimilitud, se exige evidencia, o dicho de otra manera, una demostración que resulta evidente que al peticionario le asistirá la razón. El profesor PEYRANO nos señala una serie de requisitos que, a la vez, demuestran que nos encontramos en dicho caso, a saber: *“a. existencia de jurisprudencia vinculante u obligatoria que defina la materia debatida; b. existencia de precedentes reiterados y sostenidos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se hubieran pronunciado inequívocamente sobre los derechos debatidos; c. existencia de una causa de puro derecho y respecto de la cual militan precedentes judiciales y doctrinarios recibidos, que tornan indudablemente predecible el desenlace del litigio; d. un accionar de la demandada signado por el abuso del derecho de defensa y el palmario propósito de retardar maliciosamente la marcha del procedimiento”*³³.

Respecto a los tiempos, cuando superamos la cautela tradicional e incursionamos en el campo de las tutelas anticipadas, se menciona como requisito el “grave peligro en la demora”. El daño que se pretende evitar debe ser de tal gravedad, que no basta con acreditar que se producirá aquel si no se acoge la tutela, sino que además ese daño es de tal entidad que obliga a dar con urgencia. Tanto la gravedad del daño como su irreparabilidad, son las circunstancias que posibilitan al juzgador decretar este tipo de tutela.

³³ PEYRANO, Jorge W., “Las resoluciones judiciales diferentes. Anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias”. Publicado en La Ley 05/12/2011, 1.

e. “(...) podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes”

La potestad cautelar se configura en la facultad del juzgador, no solo de dictar las tutelas tradicionales, aquellas que miran al aseguramiento del juicio principal, permitiendo que se cumplan sus resultados, sino que también en la posibilidad de decretar las cautelares innovativas. Las conservativas responden a la finalidad tradicional de la tutela cautelar, a saber, aquellas que sirven para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”³⁴⁻³⁵.

Las innovativas han sido señaladas como “una diligencia excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la solicitud”³⁶. Estas medidas superan el concepto de aseguramiento tradicional para obligar, para resguardar los resultados de la acción, antes de la dictación de la sentencia, a hacer o ejecutar un acto o a dejar de hacerlo, en el sentido opuesto a la situación existente.

Esta norma surge como una novedad en nuestro ordenamiento, configurando legislativamente aquello que ya la doctrina vino desarrollando por muchos años y superando el clásico concepto de lo cautelar. Mas hacemos nuestras las prevenciones que MARÍN GONZÁLEZ ha señalado al respecto: “Se pueden conceder todas aquellas que de acuerdo con las circunstancias de cada caso sean procedentes. Lógicamente ellas deben estar en estricta armonía con el daño que se pretende evitar. Así, por ejemplo, la suspensión de la patria potestad, la autorización de salida de un menor del país, la prohibición de comercialización de un bien de la sociedad conyugal, una declaración de interdicción, etc., son todas medidas plausibles de conceder si son útiles para resguardar un inminente daño”³⁷.

f. Respecto a las innovativas, la ley exige supuestos adicionales para concederlas: *Estas últimas solo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando*

³⁴ CALAMANDREI, Piero (1945), p. 56.

³⁵ El Título V del Libro II del CPC nos muestra medidas cautelares que buscan conservar la situación fáctico o jurídica de hecho y/o de derecho.

³⁶ PEYRANO, Jorge W., “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en PEYRANO, Jorge y BARACAT, Jorge, *Medida innovativa*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, pp. 19-42.

³⁷ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2006): “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, p. 24.

lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

i. En cuanto a las situaciones urgentes: Si la situación a considerar no tiene dicho carácter, no se cumplirá el requisito para conceder la cautela innovativa. Por ello, si la decisión es aplazable, o no necesita de una decisión inmediata, no corresponderá decretar una de estas medidas. Es una derivada más del carácter excepcional de estas medidas.

ii. Respecto al interés superior del niño, niña y adolescente: Como requisito copulativo a la urgencia se encuentra la exigencia del interés superior del niño, niña o adolescente³⁸.

Sabemos que este principio, consagrado también en la ley de familia en su artículo 16, busca garantizar “*a todos los niños, niñas y adolescentes... el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías*”.

Es desde esta perspectiva que el legislador permite la aplicación de las cautelares innovativas, para evitar cualquier daño en los niños, niñas y adolescentes, disponiendo con premura las actuaciones que modifiquen el estado de hecho o de derecho que pueda perjudicar a alguno de aquellos.

iii. En cuanto a la inminencia del daño, surge la duda si aquel ya no se encuentra inserto en el peligro de la demora. Aproximándonos al tema, es posible plantear que ambos están en relación de género a especie. El peligro de la demora, como supuesto, permite la aplicación de la cautela conservativa; mas respecto a las innovativas, el legislador ha determinado la necesidad de aumentar la exigencia, donde el peligro o riesgo del paso del tiempo se concretiza en un daño inminente, el que se busca evitar modificando la situación o estado de las cosas previas a la concesión de la medida. Por ejemplo, en un juicio de violencia intrafamiliar, en que el denunciado está próximo a obtener un arma de fuego y ha realizado todos los trámites

³⁸ Así, el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño expresa lo siguiente: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

administrativos para aquello, el juez puede decretar se suspenda dicha entrega. Para ello bastará asilarse en los supuestos tradicionales de lo cautelar y, en específico, deberá acreditar el peligro que de la demora seguiría el no tomar una decisión en ese sentido. Respecto a la determinación judicial de retener un arma que ya estuviera en manos del ofensor, a pesar de estar en el catálogo de posibles cautelares, e interpretando armónicamente el artículo 22 con el 92 de la Ley N° 19.968 y Ley N° 20.066, el juez deberá acreditar cómo dicha medida evita el daño inminente en la integridad física o síquica de la víctima.

Estas exigencias son demostrativas del carácter excepcional de las medidas cautelares innovativas y, por ello, siempre deberán estar suficientemente fundamentadas, lo que, lamentablemente, es de poca ocurrencia en el foro.

g. Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

La regla es que estas medidas –sean innovativas o conservativas– puedan producir sus efectos previa notificación a la contraria, con el objeto que esta pueda ejercer los derechos que la aplicación de la medida le merezca. Excepcionalmente la medida cautelar puede decretarse sin escuchar a la contraria (*inaudita altera pars*).

Los requisitos para que surta efectos sin notificación son:

i. Razones graves: Estas razones no dicen relación con la gravedad intrínseca a la concesión de la medida, lo que ya se encuentra descrito y exigido en los presupuestos de toda cautela, y más específicamente de las cautelares innovativas, sino con la necesidad de dictarla sin escuchar a la otra parte. Por ejemplo, la salida del ofensor del hogar común. Si fuese necesario notificar previamente, podríamos exponer a la víctima a nuevas agresiones.

ii. Explicitación del tribunal: El tribunal expresamente deberá decretar que las medidas cautelares produzcan sus efectos sin necesidad de notificación a la otra parte.

La norma contiene un plazo de caducidad, cinco días desde que la medida se decreta sin que la notificación se efectúe. El plazo puede ampliarse. Es evidente y concordante con nuestro ordenamiento que la solicitud de ampliación lo sea previo al fin del plazo.

Una vez que ha sido notificada, surge el derecho de la contraparte para oponerse a la concesión de la medida y, no existiendo disposición que señale cómo se tramita esta, parece razonable la aplicación del artículo 26 de la Ley N° 19.968.

Surge la pregunta: ¿cuántas veces puede solicitarse la ampliación?: a. La regla constitucional exige respetar las normas de un justo y racional procedimiento; b. Dentro del debido proceso surge la necesidad de la bilateralidad de la audiencia; c. La ley puede restringir, cuando la Constitución lo ha permitido, ciertas garantías, pero dicha restricción debe cumplir ciertos requisitos; d. De todas maneras esas limitaciones deben interpretarse restrictivamente; e. Bajo estos supuestos, pareciera razonable que la posibilidad de ampliar este plazo es única.

En cuanto a la cantidad de días por los que se puede ampliar, es cierto que el legislador no lo dijo; pero basados en el parámetro de cinco días, pareciera que el máximo ampliable es otros cinco días, por los mismos argumentos ya señalados y, especialmente, porque de concederse un plazo mayor, pareciera un nuevo plazo y no una ampliación.

h. En todo lo demás, se aplican como normas supletorias las contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Como sabemos, el Título IV refiere a las medidas prejudiciales y el Título V de las medidas precautorias.

Tomando en consideración que la regulación cautelar de la ley de familia es exigua, esta supletoriedad toma un importante rol en el trabajo interpretativo y de integración.

Ya hemos planteado diversas interrogantes que surgen de la aplicación supletoria de estas normas, quedando por ahora con dichos recursos dado los límites de nuestro trabajo.

i. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, solo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para el caso que sean gravemente vulnerados, cuentan con un procedimiento especial, establecido desde el artículo 68 de la Ley N° 19.968.

Llama la atención que como regla en esta ley, se haya establecido una potestad cautelar de tal magnitud que le permite al juez importantes facultades para diseñar las medidas cautelares, pero en un tema de suma

urgencia y en el que el interés superior de niños, niñas y adolescentes se hace más patente, las tutelas sean *numerus clausus*. ¿Qué razón puede surgir de aquello? Podemos señalar que en el proyecto que da inicio a la tramitación legislativa de la que sería la ley de familia, la norma no era taxativa. Solo por indicación se estableció aquella condición. La historia de la ley no entrega mayores razones para este cambio.

Pues bien, las medidas cautelares que se pueden dictar en este caso son las que prevé el artículo 71³⁹. Estas pueden, siguiendo la regla general, dictarse antes de o respecto de un proceso ya iniciado.

³⁹ Artículo 71. “*Medidas cautelares especiales. En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:*

a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado; b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza; c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima; d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes; e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido; f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común; g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos. h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.

En ningún caso, podrá ordenarse como medida de protección el ingreso de un niño, niña o adolescente a un establecimiento penitenciario para adultos.

La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma.

Para el cumplimiento de las medidas decretadas, el juez podrá requerir el auxilio de Carabineros de Chile.

En cuanto a los legitimados para iniciar el procedimiento, tenemos primeramente al propio juez, ya que él puede dictarlas de oficio⁴⁰. En cuanto a los demás, la gama de posibilidades se amplía, ya que la ley reconoce a la autoridad pública o a cualquier persona como habilitados para promover la concesión de una tutela en procedimiento de protección.

Las distintas medidas que observamos, y que son aquellas que el legislador ha determinado como las únicas aplicables en procesos de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, se nos muestran como variadas y disímiles. Así, la mayoría no se relaciona con cuestiones patrimoniales; algunas apuntan a conservar el estado de las cosas y otras a innovar. Lamentablemente, y también producto del sistema proteccional y los tiempos de juicios ordinarios, algunas de estas medidas se configuran en una suerte de tutelas anticipadas que, permiten al litigante utilizar estos procesos proteccionales, evitando los de lato conocimiento.

Como ejemplos de cautelar conservativas aparecen las prohibiciones descritas en las letras f), g) e i) del artículo 71. Respecto a las innovativas, tenemos los supuestos de las letras c), d) y h).

Las letras b) y e) se nos plantean, producto de la práctica forense, como un atajo frente a un procedimiento ordinario, operando como verdaderas tutelas anticipadas, a veces, a vista y paciencia de los magistrados, quienes, con potestades suficientes para ello, ven fungir un proceso de lato conocimiento por uno de carácter proteccional sin tomar cartas en el asunto.

Ante disputas respecto al cuidado personal de un niño, niña o adolescente, se ha utilizado las normas excepcionales del Párrafo primero del Título IV como vía rápida para la obtención de lo que se pretende, a saber, modificar quién se hace cargo de los cuidados de un hijo. Se evita el proceso ordinario, la contradicción, los tiempos adecuados, limitando el derecho de defensa e impidiendo que el juzgador analice en cada una

Cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria, para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida.

En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días”.

⁴⁰ Para el caso que el juez dicte cualquier medida cautelar antes de iniciado el procedimiento, y de conformidad al penúltimo inciso del artículo 71 Ley N° 19.968, se debe fijar de inmediato fecha para la realización de audiencia respectiva, la que deberá desarrollarse dentro de los cinco días de decretada la tutela.

de las instancias, los planteamientos de fondo de las partes, tomando una decisión razonada.

También por la vía de vulneración de derechos se busca restringir y hasta suspender una relación directa y regular decretada judicialmente, a través de la petición y obtención sumaria de la cautela establecida en la citada letra e).

Respecto a estos procesos proteccionales, evitando los excesos relatados *ut supra*, y como importante aporte a la debida interpretación del mismo, surge el artículo 8 de la Ley N° 19.968, el que da competencia a los juzgados de familia para conocer: “7) *Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores*”. Dicho artículo 30 refería, antes de la dictación de la ley que crea los tribunales de familia, en un lenguaje propio de décadas pasadas, a la circunstancia de “recogerse” a un menor por hechos que no alcanzan el nivel delictual, y la posibilidad de aplicar ciertas medidas, las que no son sino un esbozo de lo que posteriormente vendría a ser el artículo 71 ya señalado. Con la reforma, el citado artículo 30 nos refiere a ciertas medidas vinculadas a la asistencia a programas e internación de niños, niñas y adolescentes.

Advertimos con claridad que el tribunal no debe conocer cualquier asunto en los que a niños, niñas o adolescentes se les amenace o vulnere en sus derechos, sino que aquello tenga el carácter de gravedad suficiente.

Si a ello sumamos la norma del inciso segundo del artículo 68 de la Ley N° 19.968, que expresa que “*La intervención judicial será siempre necesaria cuando se trate de la adopción de medidas que importen separar al niño, niña o adolescente de uno o ambos padres o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado*”, observamos que el legislador considera la intervención judicial en casos de trascendencia. A *contrario sensu*, podría interpretarse que, cuando no es una de esas medidas de separación, la intervención jurisdiccional ya no es necesaria⁴¹.

⁴¹ Es en este sentido que discurre el mensaje que da inicio al proyecto de ley que crea un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez (Mensaje N° 950-363 de 21 de septiembre de 2015), disponiendo sobre el particular, al referirse a las medidas de protección, lo siguiente: “*El proyecto habilita al Ministerio de Desarrollo Social para adoptar las medidas de protección respecto niños que han sufrido limitación o privación de sus derechos. Actualmente, el ingreso a los programas de protección se efectúa a través de órganos judiciales que no están relacionados con la generación de políticas públicas ni tienen incidencia en el contenido de tales programas. Ello torna*

IV. REGLAS RELATIVAS A ACTOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Junto a las normas del Párrafo segundo del Título IV ya citado, se encuentran las reglas de la Ley N° 20.066, las que regulan las consecuencias de los actos de violencia intrafamiliar.

En nuestro derrotero surge el artículo 92⁴², el que provee de las medidas cautelares de protección a la víctima y grupo familiar de actos de violencia

insuficientes los esfuerzos programáticos, sacrificando recursos del sistema. El proyecto, avanzando en el espíritu de la Convención, entrega protagonismo a la Administración del Estado en la adopción y ejecución de las medidas de protección de derechos; reservando a los tribunales el establecimiento de la medida que signifique la separación del niño de su familia y entorno”.

⁴² Artículo 92.- Medidas cautelares en protección de la víctima. El juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar. Cautelará, además, su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para tal efecto, en el ejercicio de su potestad cautelar y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes, podrá adoptar una o más de las siguientes:

1. Prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquél en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta, así como en cualquier otro lugar en que la víctima permanezca, concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.
2. Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común.
3. Fijar alimentos provisorios.
4. Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos.
5. Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos.
6. Prohibir el porte y tenencia de cualquier arma de fuego, municiones y cartuchos; disponer la retención de los mismos, y prohibir la adquisición o almacenaje de los objetos singularizados en el artículo 2° de la ley N° 17.798, sobre Control de Armas. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director del Servicio respectivo para los fines legales y reglamentarios pertinentes. Con todo, el imputado podrá solicitar ser excluido de estas medidas en caso de demostrar que sus actividades industriales, comerciales o mineras requieren de alguno de esos elementos.
7. Decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante.
8. Establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad.

Las medidas cautelares podrán decretarse por un período que no exceda de los 180 días hábiles, renovables, por una sola vez, hasta por igual plazo y podrán, asimismo, ampliarse, limitarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del juicio. El juez, para dar protección a niños, niñas o adolescentes, podrá, además,

intrafamiliar. Volvemos acá a una cautela amplia, que permite al juez aplicar una o más de las medidas que prescribe el artículo referido “...y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes”.

Acá encontramos cautelares dirigidas también a lo patrimonial, ya de carácter conservativo como innovativo. Así aparece una cautela tradicional, como lo es la prohibición de celebrar actos y contratos, manteniendo así el patrimonio de quien le afecte la tutela, evitando la distracción de bienes; también surge la fijación de alimentos provisorios, innovando de la situación anterior, entregando al alimentario los recursos suficientes para satisfacer sus necesidades, luego de acaecidos los actos de violencia y que motivan la aplicación de esta tutela.

En el mismo sentido innovativo se nos presenta el numeral 4, por el que se puede decretar un régimen provisorio de cuidado personal, solo relativo a los padres.

Diversas situaciones se originan desde estas medidas, pero una de ellas, y que puede implicar un nuevo exceso en la utilización inadecuada de estas cautelares, está dada por la signada en el numeral 1, ya que desde la posibilidad de restringir la presencia del ofensor en el hogar común, se ha erigido como una nueva posibilidad de tutela anticipada, por la que se lograría la salida de uno de los integrantes del grupo familiar, que es lo querido, a través de la denuncia de actos de violencia. De esta manera se desnaturalizaría la medida.

La norma de la Ley N° 19.968 se vincula con el artículo 7 de la Ley N° 20.066, el que prescribe la exigencia de decretar medidas de protección o cautelares, con el solo mérito de la denuncia, cuando exista una situación de riesgo inminente de maltrato.

La norma, respecto a esta situación de riesgo, establece algunos aspectos dignos de consideración:

- i. No exige que el maltrato se haya llevado a cabo, basta la situación de riesgo inminente;
- ii. Presume situaciones que constituyen riesgo inminente, a saber:

adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71, cumpliendo con los requisitos y condiciones previstas en la misma disposición. Tratándose de adultos mayores en situación de abandono, el tribunal podrá decretar la internación del afectado en alguno de los hogares o instituciones reconocidos por la autoridad competente. Para estos efectos, se entenderá por situación de abandono el desamparo que afecte a un adulto mayor que requiera de cuidados.

– Cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor, es decir, se haya amenazado a la víctima con ocasionarle algún menoscabo;

– Cuando concurren además, respecto del ofensor, *“circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N° 17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta”*.

– También se presume que existe una situación de riesgo inminente, *“cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima”*.

– Se considera situación de riesgo inminente *“el hecho de que un adulto mayor, dueño o poseedor, a cualquier título, de un inmueble que ocupa para residir, sea expulsado de él, relegado a sectores secundarios o se le restrinja o limite su desplazamiento al interior de ese bien raíz, por algunos de los parientes señalados en el artículo 5°”*.

– Si bien no lo plantea explícitamente como una situación de riesgo inminente, el legislador obliga al juez a cautelar, de manera especial, cuando se trata de cierto tipo de víctimas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad: *“los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable”*.

Estas presunciones simplifican la labor jurisdiccional al momento de fundar las cautelas decretadas, mas surgen algunas dudas respecto a su aplicación:

i. En cuanto a la primera presunción, la intimidación de causar daño, aparece como configuradora tanto del acto de violencia (típicamente una amenaza) como de la presunción. El hecho descrito que sirve para presumir es exactamente el mismo que ha servido para determinar el acto de violencia. Parecería razonable que, con buena técnica legislativa, el acto de presumir se basara en un hecho cierto pero distinto al acto que configura el ilícito mismo o establecer derechamente que, ante la amenaza, el juez deberá dictar cautelas con la sola denuncia.

ii. Surge la duda si el inciso segundo regla una sola presunción con dos requisitos copulativos o dos presunciones distintas. La incertidumbre surge

de la expresión “o cuando concurran además”, la que, al utilizar conceptos conjuntivos y disyuntivos a la vez, plantea el problema.

Estas medidas podrán decretarse por un período que no exceda de 180 días hábiles, los que podrán renovarse solo una vez más y hasta por igual plazo, es decir, podremos tener cautelares hasta por 360 días hábiles. Si consideramos que desde ya un tiempo a esta parte, los procesos familiares, en particular los de violencia intrafamiliar tienen duración mucho menor a dicho término, los límites de la ley parecen excesivos y permiten evadir los trámites de un proceso ordinario y contentarse con la obtención de la cautela, y dejar de procurar la sentencia de mérito ya que, lo querido ya se logró⁴³.

Y sea de oficio o a petición de parte, y en cualquier momento del juicio, estas medidas podrán ampliarse (si la concedida no fuese suficiente para el fin buscado al decretarla); limitarse (si la concedida excede lo que se busca y termina restringiendo derechos innecesariamente); modificarse (si la concedida, del modo en que se decreta no cumple los objetivos); sustituirse (si la concedida no ha resultado eficaz y es necesario decretar otra) o dejarse sin efecto (si la concedida ha dejado de ser necesaria).

En el caso que la violencia afecte a niños, niñas o adolescentes, se establece la posibilidad al juez de adoptar las medidas cautelares prescritas en el artículo 71 de la Ley N° 19.968, cumpliendo con los requisitos y condiciones previstas en la misma disposición. En este caso, si hemos advertido que el juez de familia podía dictar las cautelares del artículo 92, “...sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes”, parece redundante o innecesaria la remisión señalada.

Surge una medida especial en el inciso siguiente: “*Tratándose de adultos mayores en situación de abandono, el tribunal podrá decretar la internación del afectado en alguno de los hogares o instituciones reconocidos por la autoridad competente*”. La pregunta es si esta medida obedece a los mismos parámetros que las demás cautelares o se erige como una facultad jurisdiccional distinta, ya no provisoria sino definitiva, y si su mantención seguirá las consecuencias de la sentencia definitiva que se dicte.

⁴³ Nótese como un sistema de cautela amplia, con posibilidad de tutelas innovativas y anticipadas, puede derivar, en el ejercicio práctico, en una suerte de medidas autosatisfactivas, por la que el peticionario, una vez obtenido lo querido, no tenga más interés en el proceso que su eternización.

V. LA ESPECIAL TUTELA EN LA LEY N° 14.908 RELATIVA A LOS ALIMENTOS PROVISORIOS

Reiteramos que la potestad cautelar del artículo 22 de la Ley N° 19.968 tiene caracteres muy amplios, reconociendo la existencia no solo de las conservativas tradicionales sino también de las innovativas. Dentro de estas últimas consideramos que, con mala técnica, se han tratado algunas que, más que asegurar resultados, entregan estos antes de la dictación de la sentencia de mérito. Un ejemplo palmario de esto se da en los denominados alimentos provisorios.

Históricamente estos fueron decantando en lo que hoy recoge la Ley N° 14.908, con todas sus modificaciones. Recordemos que en algún momento ni siquiera estuvieron regulados específicamente. Después se estableció que, mientras se tramitaba el proceso por alimentos, podían concederse provisoriamente desde que se ofreciera “fundamento plausible”. Se estableció que se decretarían si se acreditaba el título para pedir y que no existiera manifiesta incapacidad para proveer.

Hoy la ley ha modificado aquello, permitiendo tutelar la necesidad alimenticia (derecho a la subsistencia y, en definitiva, a la vida) desde que se traba la *litis*, estableciendo el legislador una serie de presunciones, incorporadas a través de la Ley N° 19.741, y exigiendo al juez pronunciarse respecto a ellos desde un inicio.

Los alimentos provisorios así considerados son un ejemplo palmario de lo que se ha denominado tutelas anticipadas, ya que su concesión no asegura resultado alguno, sino que buscar dar a quien lo pide, *in limine*, sin esperar el resultado de la sentencia de mérito, ni, en el mejor de los casos, esperar la tramitación de un incidente, como lo fue antes de la dictación de la Ley N° 19.741.

Sin perjuicio de ello, pero dada la importancia tanto cuantitativa como cualitativa en los procesos familiares relativos a alimentos, el legislador se preocupó de separar esta tutela de las otras cautelas, evitando se rijan directamente con las disposiciones del artículo 22, y dotándola de una serie de normas y regulaciones que permiten su adecuada aplicación, la oportuna concesión, el debido derecho a defensa y a impugnación.

Quizás otras materias, como la relación directa y regular, también deberían tener un modelo similar, estableciendo presunciones, mínimos, exigencias jurisdiccionales, etc.

Como los problemas que abarcan los alimentos provisorios exceden los límites de este trabajo, solo mencionaremos algunos, dejando su tratamiento particularizado para trabajos posteriores.

i. Un primer tema está dado por la debida interpretación del concepto “pronunciarse”. ¿Se cumplirá la exigencia legislativa con la resolución judicial que se pronuncia señalando no concederlos?, es decir, ¿la voluntad legislativa fue, lisa y llanamente, que el juez se refiera a concederlos o no, o que debía decretarlos cumpliendo los requisitos y con el auxilio de las presunciones legales?

Si analizamos el estado de las cosas previo a la Ley N° 19.741, el juez tenía la facultad de dictar alimentos provisorios desde que se le ofreciera fundamento plausible. Además, en la misma ley, dentro de su historia, uno de los pilares de la misma fue “*Hacer imperativa la fijación de alimentos provisorios con el solo mérito de la demanda, si existen los fundamentos legales para ello*”⁴⁴.

La idea de la modificación fue facilitar y acelerar la fijación de alimentos provisorios, mejorando la situación previa a la ley, por lo que, interpretar la norma como obligación de pronunciarse sobre ellos, señalando si los concede o no, en vez de decretarlos, implica hacer ineficaz las modificaciones que se han realizado a la Ley N° 14.908, y desatender el espíritu de las reformas.

Todavía más, la existencia de las presunciones le otorga al juez de familia el sustento necesario para fijarlos, bastando acreditar el título que habilita para demandarlos, es decir, demostrando la legitimidad para pedirlos, y teniendo en cuenta que la propia ley ha dejado a resguardo el derecho del alimentante para oponerse a los alimentos ya decretados.

ii. Otro tema que ha generado debate se relaciona con los medios de impugnación a la resolución que decreta los alimentos provisorios. El artículo 4 de la Ley N° 14.908 establece la ya referida obligación judicial de pronunciarse respecto a los alimentos provisorios. Esta misma norma le da al alimentante un plazo fatal de cinco días para oponerse. Unos incisos después señala que, decretados los alimentos provisorios, se podrá recurrir

⁴⁴ La Comisión de Familia que estudió la que, a la postre sería la Ley N° 19.741, estableció como uno de los pilares de la futura reforma: “*Hacer imperativa la fijación de alimentos provisorios con el solo mérito de la demanda, si existen los fundamentos legales para ello*”. Historia de la Ley 19.741, en Biblioteca de Congreso Nacional file:///C:/Users/HOPx2-151/Downloads/HL19741%20(1).pdf, pp. 26 y 27.

de reposición con apelación subsidiaria. Según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley N° 19.968, el plazo para dicho recurso es de tres días.

¿Cómo armonizar estas normas que, ante los alimentos provisorios decretados, permiten oponerse al alimentante y permiten también recurrir de reposición con apelación subsidiaria a ambas partes?

Pensemos la dificultad que puede suscitarse si, fijados estos alimentos, el alimentario repone apelando subsidiariamente. El juez rechaza la reposición, o solo la acoge parcialmente, y se elevan los autos para la apelación, y posteriormente el juez recibe la oposición del alimentante, la que se puede acoger o rechazar dados sus fundamentos, pudiendo el agraviado reponer apelando. Así, podríamos juntar apelaciones o fallos que pueden resultar contradictorios.

Una forma de solucionar estos inconvenientes, sin restringir los derechos de las partes, y ordenando la interposición de oposiciones y recursos, es aquella que ha surgido de la práctica jurisdiccional y que señala que lo primero es la facultad del alimentante de oponerse a los alimentos provisorios, debiendo, antes que todo, esperarse el plazo de los cinco días para aquello y, una vez vencido este plazo sin interponerse o resuelta la oposición, surgirá la oportunidad para reponer apelando en subsidio de los alimentos provisorios decretados, sean los originales o los modificados tras la oposición.

iii. ¿Y si en audiencia se promueve algún incidente respecto de los alimentos provisorios? Podría solicitarse el cese, aumento o rebaja de los alimentos ya decretados. Una vez resueltos, surge la discusión si son apelables o no, atendido lo prescrito en el mismo artículo 26, que establece la inapelabilidad de las resoluciones dictadas en audiencia, frente al artículo 67, que otorga el recurso a las resoluciones que refieren a las medidas cautelares. En caso de entender que procede, ¿cómo se desarrolla procedimentalmente esta apelación si nos encontramos en audiencia oral, y el recurso, según el artículo 67, debe interponerse por escrito y con los requisitos que allí se señalan, y según el artículo 4 de la Ley N° 14.908, debe interponerse en el carácter de subsidiario de la reposición?

Aquí la labor jurisprudencial, entendida esta de una forma amplia, ha permitido, bajo el presupuesto de una interpretación pro-rekursiva, evitando privar a las partes del ejercicio legítimo de un derecho, encontrar una solución. Para ello se ha recurrido al artículo 189 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, en su redacción original, el que señala que “(...) *En los procedimientos o actuaciones para las cuales la ley establezca la oralidad, se*

podrá apelar en forma verbal siempre que someramente se señalen los fundamentos de hecho y de derecho del recurso y se formulen peticiones concretas, de todo lo cual deberá dejarse constancia en el acta respectiva". De esta manera, se permitiría apelar en audiencia.

Otra forma de solucionar esta dificultad se ha encontrado en la reserva que el abogado realiza en la misma audiencia para, dentro del plazo que el tribunal establezca, normalmente tres días, interponer el recurso por escrito y con todas las formalidades legales⁴⁵.

CONCLUSIONES

La dogmática y jurisprudencia, particularmente la argentina en este caso, han desarrollando un campo que, si bien se conoce desde los albores del derecho procesal, solo en las últimas décadas ha germinado con una rapidez y profusión raramente vista con otras instituciones procesales.

La celeridad erigida como principio, con todo el debate que ello conlleva, ha determinado el sustento necesario para la creación de medidas que escapan a lo propiamente cautelar y, dejando de lado lo meramente asegurativo, pasan a dar, y hasta conceder antes de la sentencia de mérito, lo pedido por el actor.

En este fragor creativo se ha utilizado la medida precautoria como receptáculo para toda esta nueva institucionalidad cautelar, sirviendo tanto para la cautela innovativa como para la tutela anticipada.

En nuestra legislación, el artículo 22 de la Ley N° 19.968 sirve como fundamento de una potestad cautelar genérica, con los inconvenientes que ya hemos señalado relativos a la descripción como potestad. Surgen así las cautelas nominadas e innominadas, las tutelas conservativas e innovativas, la tutela anticipada y el germen de la medida autosatisfactiva, todas ellas sustentadas sobre la base del peligro de la demora y la verosimilitud del derecho. Esta técnica legislativa debe ser mejorada a través del trabajo jurisprudencial y dogmático, que le permita a los jueces hacer exigencias mayores en la medida que ya no se asegure, sino que se conceda lo pedido,

⁴⁵ Este tema ha sido desarrollado de manera interesante por GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2011): "Recurso de apelación sobre los alimentos provisorios dictaminados en audiencia de proceso de alimentos", en *Ius et Praxis*, 17(1), 205-230. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100009>.

incorporando conceptos como el de evidencia o *fumus boni iuris* denso (PEYRANO) y el de irreparabilidad del perjuicio cuando nos encontremos frente a la anticipación de la tutela.

El ejercicio desarrollado en la Ley N° 14.908, relativo a los alimentos provisorios, surge como ejemplo de buena técnica, desarrollando la tutela anticipada, estableciendo presunciones y adecuado ejercicio de defensa. Aquello da seguridad a los justiciables, permitiendo conjugar la necesidad de una respuesta oportuna con las reglas del debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Referencias:

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. “Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2013, pp. 459-473.
- “Recepción de la medida cautelar innovativa y su delimitación con otras formas de tutela cautelar”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB*, año 2015, pp. 35-66.
- ARAZI, Roland. “Tutela Anticipada”, en *Revista de Derecho Procesal*, T. 1, *Medidas cautelares*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, año 1945.
- CAVANI, Renzo. “Colección grandes temas del nuevo CPC, bajo la coordinación de Fredie Didier Jr., “Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero”. Capítulo 43, pp. 807-825.
- COUTURE, Eduardo. *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Editorial Depalma, año 1976.
- HUNTER AMPUERO, Iván. “Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XX, N° 1, julio de 2007, pp. 205-229.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, año 2006.

MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*, editorial Universidad, Buenos Aires, año 1990.

PÉREZ LUÑO, Antonio. “La fundamentación de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, año 1983, N° 17, Madrid, p. 103, citado por AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. “Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2013, N° 21.

PEYRANO, Jorge W. “El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor evidencia”, en *La Ley* 2011-B.

- “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en *Medida innovativa*, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe, año 2003, Editorial Rubinzal-Culzoni.
- “Las resoluciones judiciales diferentes. Anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias”. Publicado en *La Ley* 05/12/2011, 1. PEYRANO, Jorge W. *Régimen de las Medidas Autosatisfactivas, Nuevas Propuestas*. Ed. La Ley, 1998.

PODETTI, José Ramiro. *Tratado de las medidas cautelares*, Editorial Ediar, año 1956.

RUAY SÁEZ, Francisco. “La función cautelar del juez en el proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica?”, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, N° 2, año 2015.

Páginas web:

Historia de la Ley N° 19.968, Mensaje Presidencial, título III letra e), Biblioteca del Congreso Nacional, desde página web www.bcn.cl.

Mensaje N° 950-363, de 21 de septiembre de 2015, N° boletín 10315-18, desde la página web de Cámara de Diputados: www.camara.cl.

GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2011): El recurso de apelación sobre los alimentos provisorios dictaminados en audiencia de proceso de alimentos. *Ius et Praxis*, 17 (1), 205-230. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100009>.

GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal

constitucional chileno. *Estudios constitucionales*, 11 (2), 229-282. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>, p. 244.

Expediente D-4974. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 A de la ley 712 de 2001, sentencia de 27 de abril de 2004. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Rol 67/2013 Recurso de Hecho. “Expreso Tigre Iguazú SRL c/ La Nueva Estrella SCC y otros / medida cautelar” <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7303262&cache=1500851645746>.

Sentencia del Tribunal Constitucional de España. Sentencia 218/1994; 238/1992, fundamento jurídico 3º. hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2735.

Bibliografía adicional:

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Las cautelas procesales en colección textos de jurisprudencia*, Editorial Universidad de Rosario, primera edición, año 2010.

– *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. Editorial Juris. Primera edición, Rosario, Argentina, 2007.

– *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Primera edición, Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina, año 2008, tomos 1 y 2.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. XII, año 2006, pp. 50-66.

COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Roque Desalma Editor, Buenos Aires 1958.

GUILHERME MARINONI, Luis; PEREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, Editorial Legal Publishing Chile, año 2010.

TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta. Tercera edición, año 2009, Madrid.

EL CONTENIDO DE LA *DIRECCIÓN LABORAL COMÚN* EN LA CONFIGURACIÓN DEL GRUPO DE EMPRESAS O UNIDAD ECONÓMICA

THE CONTENT OF THE COMMON LABOR MANAGEMENT IN THE CONFIGURATION OF THE GROUP OF COMPANIES OR ECONOMIC UNIT

IRENE ROJAS MIÑO*

RESUMEN: Este estudio plantea un análisis sobre la exigencia de la “dirección laboral común” en la configuración de los grupos de empresas para efectos laborales. Para ello, junto con identificar las diversas tesis jurisprudenciales, da cuenta de por qué tal concepto corresponde a la dirección empresarial.

ABSTRACT: This study sets out an analysis about the “joint labor direction” requirement, regarding the business group configuration for labor effects. With that propose, along with identifying different jurisprudential thesis, it is explained why the before mentioned concept corresponds to business direction.

PALABRAS CLAVE: Unidad económica laboral, grupo de empresas, dirección laboral común.

KEYWORDS: Economic labor unit, group of companies, common labor management.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los debates que se plantea en el Derecho del Trabajo es el de la configuración de los grupos de empresas en el ámbito de sus efectos jurídicos en las relaciones laborales. En el caso chileno, después de un período de irrelevancia de estos grupos ante el Derecho del Trabajo¹, la doctrina jurisprudencial estableció la tesis de la “unidad económica”, la que se constituye con empresas relacionadas que se organizan bajo una dirección. Con posterioridad, la Ley N° 20.714², de 2014, estableció que “dos o más

* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo, Universidad de Talca. Correo: irojas@utalca.cl.

¹ ROJAS MIÑO (2016), pp. 141-143.

² Ley de 9 de julio de 2014 y que lleva como título “Establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador”.

empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común...” y concurran además otras condiciones.

Sin perjuicio de los problemas que plantea esta ley, como es la mantención de la tesis de subjetivización de la empresa y la supresión de diversas infracciones laborales, el debate jurisprudencial más relevante ha sido el del contenido de esta *dirección laboral común*. Al efecto, y sin perjuicio de marginar las particularidades, se han presentado dos posiciones: la que identifica dicha exigencia con el solo ejercicio de la potestad de dirección y mando y, de la otra, la que la identifica con la dirección empresarial.

Y la aplicación de una u otra doctrina no es baladí, toda vez que define o deja fuera la configuración del grupo de empresas como una sola empresa y con ello la aplicación de los efectos jurídicos definidos por el Derecho del Trabajo. Consiguientemente, su desconocimiento pone en riesgo la vigencia de los derechos laborales de los trabajadores vinculados a las empresas del grupo, toda vez que, por un lado, encubre la identidad de una de las partes del contrato de trabajo, la del empleador y, por el otro, confunde el ámbito y dimensión de la empresa como entidad en que se ejercen los derechos laborales, lo que plantea consecuencias en el ejercicio de los derechos individuales y colectivos del trabajo, a las que se suman las causadas por las particularidades que plantea el nivel de ejercicio de estos últimos derechos en el modelo normativo chileno, el que precisamente limita su ejercicio al ámbito de la empresa³.

El estudio que se presenta analiza la exigencia de la “dirección laboral común” en la configuración de los grupos de empresas para efectos laborales. Para ello, junto con identificar las diversas tesis jurisprudenciales, da cuenta de por qué tal concepto corresponde a la dirección empresarial, la que ya había asumido la jurisprudencia en la doctrina de la unidad económica.

Al efecto, este análisis plantea diversos antecedentes que el debate actual no ha reparado: Primero, que una de las dimensiones más relevantes del cambio normativo efectuado por la Ley N° 20.760 es la identificación expresa del empleador con el empresario, como entidad que organiza los elementos que configuran la empresa, y por consiguiente que la dirección a que debe atenderse es la de carácter empresarial. Segundo, que

³ ROJAS MIÑO (2015), p. 108.

la dimensión estrictamente laboral de la dirección empresarial plantea modalidades al interior de un grupo de empresas o unidad económica. Tercero, la finalidad perseguida por el legislador –como también por los diversos sistemas jurídicos frente a este fenómeno de descentralización productiva– ha sido la de reconocer el grupo de empresas a fin de garantizar los derechos individuales y colectivos de trabajo y, además, en la concreta tramitación de la Ley N° 20.760 se rechazó expresamente darle un contenido preciso y que lo identificaba precisamente con el ejercicio de la potestad de mando⁴.

2. LA CATEGORÍA DE *UN ÚNICO EMPLEADOR*

Para efectos laborales y previsionales, la Ley N° 20.760 denominó como “único empleador” a dos o más empresas que se organicen bajo una *dirección laboral común*. Jurídicamente este único empleador es una empresa, pues se ha quitado el velo de la identidad de cada una de ellas para considerarla una sola unidad económica, reconociéndose los efectos jurídicos que se atribuyen a la empresa, tanto en el plano de las relaciones individuales y colectivos, por los que se establece la responsabilidad conjunta de las empresas que integran el grupo o único empleador, la es definida por la ley como una responsabilidad solidaria (art. 3 inciso sexto del Código del Trabajo, en adelante CT) y que esta unidad será el nivel equivalente al de empresa para el ejercicio de los derechos colectivos (art. 3, inciso séptimo CT).

En todo caso el legislador ha mantenido el error semántico de subjetivizar a la empresa o al grupo de empresas, como también lo hizo una posición doctrinal en el pasado⁵, pues lo identifica con quien tiene la dirección del mismo o de la misma, este es el empleador, en conformidad al concepto mismo de empresa, pues esta es dirigida por el empleador (art. 3, inciso tercero, CT).

La doctrina jurisprudencial, por su parte, ha asimilado la categoría de “único empleador”, es decir, de la pluralidad de empresas sujetas a una dirección laboral común, con el de “unidad económica” o con una sola empresa.

⁴ Véase sección 4.3.b. referida a “El rechazo expreso al contenido de *dirección laboral común*”.

⁵ Al identificar a la empresa con el titular de su dirección, en base al anterior artículo 3, inciso tercero, del Código del Trabajo.

Así se ha señalado que “...lo que el legislador ha pretendido con la norma en análisis, es poner en evidencia una ficción jurídica, consistente en que, si bien pueden existir varias empresas con una individualidad jurídica determinada, la unidad de medios y fines que comparten las lleva a ser consideradas por la norma como un solo y mismo empleador, lo que la sentenciadora ha preferido describir como ‘unidad económica’, dado que ha entendido que las demandadas en su conjunto conforman (aunque no lo son) ‘una sola empresa’, respetando siempre su individualidad en otros aspectos”⁶. Esta identificación de la unidad económica es la que se mantiene hasta ahora⁷.

3. LAS DOCTRINAS JURISPRUDENCIALES

A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.760, la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha definido la configuración del único empleador en base a las exigencias ya definidas de la unidad económica. Si bien esta doctrina tiene incorporada la dimensión de la dirección laboral, tal como lo había sostenido la Corte Suprema con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley⁸, se plantean diversas posiciones sobre el contenido de este elemento en la configuración de *un único empleador*: de una parte, la que define un solo empleador en base a la comprobación de la potestad de mando y de dirección y, de la otra, la que la define en base a verificación de la dirección empresarial.

3.1. La tesis de la potestad de mando y de dirección

Esta tesis plantea que la configuración del único empleador se define en base a la concurrencia de los diversos elementos, pero que en ellos es clave la definición del empleador y de la comprobación del ejercicio de las facultades que define el sistema jurídico para el contrato de trabajo, en cuanto “...en el ordenamiento nacional, se halla evidentemente determinada

⁶ Sentencia de Corte de Apelaciones (en adelante SCA) de Rancagua, de 24 de junio de 2016, Rol N° 45 de 2016, considerando quinto.

En el mismo sentido SCA de Antofagasta, de 22 de junio de 2015, Rol N° 156 de 2015.

⁷ Al efecto, véase SCA de Santiago, de 4 de agosto de 2017, Rol N° 704-2017.

⁸ SCS de 16 de diciembre 2014, Rol N° 2832 de 2014.

por el ejercicio real y efectivo de la potestad de mando y de dirección”⁹. En este sentido se plantea que “...la dirección laboral común tendrá lugar cuando estas facultades o prerrogativas estén más o menos compartidas o coordinadas en diversas empresas, relacionadas por un vínculo de propiedad, pero sin que sea éste suficiente por sí solo para afirmar aquélla, en tanto lo esencial es, como se expresó, que se verifique un ejercicio conjunto de la potestad de mando laboral en relación a los dependientes de las empresas vinculadas”.

Esta tesis ha tenido apoyo en una posición de la doctrina laboral¹⁰, la que a partir de la identificación de la *dirección laboral común* como el elemento distintivo del grupo de empresas en el Derecho del Trabajo, plantea que dicha dirección importa “...subordinación o control funcional del trabajo, conjunto o simultáneo, de dos o más empresas que en los hechos se comportan como un mismo empleador. El requisito legal cabría entenderlo como la subordinación o control funcional del trabajo que se da conjunta o simultáneamente con dos o más empresas, las cuales en los hechos se comportan como un solo empleador”¹¹.

Tanto la tesis jurisprudencial señalada como la doctrina indicada sostienen el argumento de la Historia de la Ley, en cuanto el legislador prioriza al empleador en la definición de la unidad económica: “Es decir, se apunta a buscar y revelar el verdadero empleador a partir de la existencia de dos o más empresas que tengan una dirección laboral común”¹².

Asimismo, se ha planteado que esta tesis también se fundamenta en una interpretación de la Dirección del Trabajo, a través del Dictamen N° 3406/054, de 3 de septiembre de 2017, que interpretó la Ley N° 20.760, en cuanto declara que la *dirección laboral común* atiende a “...quien ejerce la facultad de organización laboral de cada unidad, con preeminencia a la razón social conforme a la cual cada empresa obtiene su individualidad jurídica...”. Aunque como declara este mismo dictamen, la *dirección laboral común* no se limita a la búsqueda del vínculo de subordinación y dependencia sino que se abre a otros elementos que caracterizan la realidad organizacional

⁹ SCA de Santiago, de 23 de febrero de 2017, Rol N° 2458 de 2016.

¹⁰ AYLWIN CHIORRINI (2015).

¹¹ *Ibíd.*, pp. 23-24.

¹² SCA de Santiago de 23 de febrero de 2017, Rol N° 2458 de 2016.

y que revelan una unidad de propósitos entre las distintas entidades empresariales.

3.2. La tesis de la dirección empresarial

Esta tesis plantea que la dirección laboral común se define en base a los indicios que configuran la unidad económica (por todas, SCA de Santiago, de 4 de agosto de 2017, Rol N° 704 de 2017) o un solo empleador (SCA de Puerto Montt, de 3 de junio de 2016, Rol N° 39 de 2016)¹³, la que en la especie es competencia de juez que conozca la causa, “...quien deberá al efecto conocer y valorar la prueba rendida (...) para dicho fines, todo en orden a ir descubriendo y construyendo una aproximación al verdadero empleador para radicar en éste las obligaciones laborales que se reclaman en cada caso particular”¹⁴.

¹³ Como señala al efecto, la respectiva sentencia respecto de la que se recurre de nulidad (sentencia del Juzgado del Trabajo (en adelante SJT) de Puerto Monto, Rol N° 315 de 2015, en su considerando Noveno: “Que, conforme a los hechos asentados en el acápite que antecede, se concluye que efectivamente las demandadas constituyen un solo empleador para efectos laborales y previsionales, pues se ha establecido que tienen un controlador común, giros similares y además, una dirección laboral común, tal como se establece en el artículo 3 del Código del Trabajo. En efecto, se tiene por acreditado que tienen un controlador común, ya que ambas empresas pertenecen a un mismo grupo societario denominado Grupo ISS; y tienen socios en común: las empresas ISS Chile S.A. e ISS Facility Services S.A. Todo lo anterior, conforme a los hechos ya asentados en los numerales 2) y 6) del considerando octavo. Además, se ha acreditado que ambas demandadas tienen giros similares, conforme al objeto social de cada una de ellas, consignado en el numeral 1) del considerando octavo. A idéntica conclusión se arriba al examinar los contratos de trabajo suscritos por las demandadas, en los que se aprecia que ambas contratan trabajadores para desempeñar labores de limpieza. Por otra parte, se ha establecido que las demandadas tiene una dirección laboral común, que se manifiesta en los siguientes hechos acreditados en los numerales 4), 5), 7), 9) y 10) del considerando octavo: –existencia de un Gerente General para todo el Holding ISS; –existencia de un mismo domicilio de ambas demandadas, tanto para la casa matriz en Santiago como para la oficina en que se atienden los asuntos laborales de ambas empresas en la ciudad de Puerto Montt; –existencia de un solo correo electrónico para todos los trabajadores que forman parte de la administración del Holding ISS; –existencia de los mismos formatos y la utilización del mismo logo corporativo en la documentación laboral de ambas demandadas. Y finalmente, en el hecho que, aun cuando las demandadas tiene distintos representantes legales, don Mauricio Aguirre y don Horacio Miñano, éstos actúan indistintamente en representación de ambas demandadas, en materias laborales, tal como se desprende de los hechos asentados en los numerales 12) y 13) del considerando octavo”.

¹⁴ SCA de Santiago, de 4 de agosto de 2017, Rol N° 704 de 2017.

Por consiguiente, esta tesis reclama la construcción de la dirección empresarial, identificando en ella al empleador, fundamentando dicha doctrina en la de la unidad económica y en la misma Historia de la Ley, en cuanto “...el sentido interpretativo que corresponderá otorgar al cuerpo normativo en análisis, deberá tender a determinar la existencia o no de una dirección laboral común, a partir de los indicios tradicionales utilizados para la determinación del empleador...”¹⁵.

La aplicación de esta doctrina no es objetada cuando la fuente de la ordenación del trabajo está específicamente comprobada respecto de la dirección empresarial¹⁶. El problema se plantea en el supuesto de que, a pesar de estar acreditada la unidad económica de acuerdo con los indicios señalados—dado que las “empresas funcionan en forma conjunta bajo el mandato de la dueña (del) grupo económico...” (SCA de Santiago, de 7 de abril de 2016, Rol N° 1606 de 2015)—, se cuestiona que la potestad de mando laboral se ejerza por las diversas empresas que comprenden tal unidad económica. Pero ello no importa en esta doctrina, tal como concluye la citada sentencia:

“(...) tal circunstancias es irrelevante ante los demás elementos de convicción que ha valorado el fallo, sin perjuicio, además, que tal presencia no constituye requisito legal para establecer una dirección laboral común” (considerando quinto).

4. LOS FUNDAMENTOS DE LA TESIS DE LA DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Dada la evolución del Derecho del Trabajo y del estado actual desarrollo dogmático de esta disciplina jurídica, llama la atención el debate planteado, en cuanto es claro que la dirección laboral común corresponde a la dirección empresarial, es decir, la entidad que organiza los diversos elementos de la empresa, tal como por lo demás lo declara el concepto de empresa que entregó la misma Ley N° 20.760, la que identificó al empresario con el empleador. Asimismo, el grupo de empresas constituye una entidad compleja por lo que dicha dirección empresarial plantea modalidades en la dimensión estrictamente laboral. Además, se debe considerar los fines perseguidos por

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ SCA de Santiago, de 22 de septiembre de 2015, Rol N° 1010 de 2015, en cuanto “...además de encontrarse las demandadas relacionadas por su participación accionaria, que las mismas tienen una dirección laboral común, una sola fuente de control y de gestión del trabajo de sus dependientes al mantener un mismo representante legal...”.

la ley y que en debate legislativo expresamente se rechazó dar un contenido preciso a la expresión de *dirección laboral común*, cuya propuesta específica lo identificaba con el ejercicio de la potestad de mando.

4.1. La dirección del empleador es la dirección empresarial

Una modificación trascendental en el concepto de empresa para efectos laborales y de seguridad social es que en conformidad al precepto legal –artículo 3, inciso 3, CT– se identifica la dirección de la misma, es decir la dirección empresarial, con la dirección del empleador, en cuanto es este último quien organiza los diversos elementos de la empresa– los medios personales, materiales e inmateriales– para el logro de los fines económicos, sociales culturales o benéficos.

Si bien con anterioridad a la Ley N° 20.760 esta relación era manifiesta y así había sido advertido¹⁷, aunque también se señalaba que el empleador se definía en base a su posición en el contrato de trabajo¹⁸, es claro que en el ordenamiento jurídico chileno el legislador ha identificado a quien dirige la empresa, el empresario, con el empleador; lo que ciertamente tiene efectos a considerar tanto en la construcción teórica como en la aplicación del Derecho del Trabajo.

Pero bien, en la materia que se analiza, es decir, la del contenido de “la dirección laboral común”, es este criterio el que se impone debiendo sostenerse que dos o más empresas se considerarán una sola empresa; es decir, un único empleador, como señala la ley, cuando estén sometidas una dirección empresarial común. De esta manera, deben incluirse las diversas perspectivas de dicha dirección, entre otras, de la ordenación del trabajo, de los procesos de producción y los económicos financieros.

4.2. Las particularidades de la dirección laboral en la nueva organización que es la unidad económica o grupo empresarial

En el marco de la dirección empresarial, la dirección laboral debe ser entendida en la complejidad de que se trata, toda vez que es ejercida

¹⁷ ROJAS MIÑO (2015), p. 91.

¹⁸ IRURETA URIARTE (2014), p. 278.

por una unidad económica. En efecto, en una perspectiva del grupo de empresas fisiológico¹⁹ –y excluyendo, por ende, al patológico, en el que la diversidad de empresa no existe–, lo que se ha constituido es una empresa compleja que integra diversas unidades productivas, por lo que la dimensión laboral en el poder de dirección empresarial presenta modalidades en cuanto se manifiesta de manera diversa a la tradicional. Es por ello que no procede la plena aplicación de las categorías tradicionales que emanan del contrato de trabajo como es la potestad de mando y dirección, materia que ha sido objeto de frecuentes estudios en los sistemas comparados²⁰, reclamándose al efecto que “...la teoría del contrato de trabajo debe enfocarse de una manera nueva la relación que hay entre el contrato y la organización del trabajo dentro de la cual se lleva a cabo la prestación del trabajo”²¹.

Si bien es cierto que el Derecho del Trabajo se ha construido en base de categorías dogmáticas que son claves para su aplicación, como es entre otros el contrato de trabajo, y este último sigue siendo plenamente válido en su definición y objetivo, la categoría de empleador debe ser ajustada al contexto que opera, es decir, si es una empresa simple o una empresa compleja: como se ha señalado “...no puede desconocerse que aferrarse en ocasiones al tecnicismo jurídico propio de la relación contractual no provoca sino formalismos absurdos, que no reflejan con suficiencia la realidad a la que se pretende atender desde el mundo del Derecho y, sobre todo, que da lugar a ficticias reglas de tutela de los intereses en juego”²².

Por consiguiente, la nueva organización empresarial plantea innovadoras formas de ordenación del trabajo, por lo que no procede la aplicación de las manifestaciones de la potestad de mando y de dirección en su dimensión tradicional. Al efecto, dichos poderes serán ejercidos de diversas maneras, lo que dependerá, entre otras causas, de cuál sea la configuración del grupo; así, respecto de un grupo de empresas coordinadas, se ha sostenido al efecto:

¹⁹ Es decir, como sostiene en general la doctrina laboralista, este es el que se constituye como tal por requerimientos del sistema.

²⁰ Entre otros, FERNÁNDEZ LÓPEZ (2004, en especial sección 5.3 “La articulación compleja de la figura del empleador interna al contrato de trabajo”), NOGUER (2015) y Cruz VILLALÓN (2015).

²¹ NOGUER (2015), p. 19.

²² CRUZ VILLALÓN (2015).

“...no se trata de una aplicación rígida y mecanizada de los indicios que delatan subordinación y dependencia respecto de un empleador y de un trabajador; cuando se indaga si dos o más sociedades conforman un mismo empleador no puede hacerse abstracción de la existencia organizacional de ambas, es decir, de que las decisiones laborales de cada una de ellas reflejan un contexto de coordinación y de trabajo conjunto entre ellas”²³.

4.3. Los objetivos del legislador y la historia de la Ley N° 20.760

Hasta ahora las dos doctrinas jurisprudenciales en debate señalan como parte de su fundamentación la historia de la Ley N° 20.760 y las posiciones que en ella se presentaron.

Sin embargo, más allá de específicas declaraciones, son dos los antecedentes prioritarios en este análisis de la definición de la configuración del “único empleador”, unidad económica o grupo de empresas, como quiera que se le denomine; de una parte, los objetivos en la intervención legal en la definición de esta categoría jurídica laboral y, de la otra, el rechazo expreso al contenido de *dirección laboral común* que lo identifica con el ejercicio de la potestad de mando del empleador.

a. Los objetivos del legislador

La finalidad perseguida por el legislador se remonta a los desafíos del Derecho del Trabajo frente a los grupo de empresas, fenómeno de carácter global que se presenta desde las últimas décadas del siglo veinte, en cuanto en cuanto dos o más empresas se relacionan de manera tal que responden a una sola dirección constituyendo una sola empresa, lo que para efectos laborales pone en riesgo el reconocimiento y ejercicio de derechos individuales y colectivos.

Al efecto, los diversos ordenamientos jurídicos procedieron al reconocimiento de estos grupos, pero no a través de un régimen jurídico de carácter legal, salvo excepciones²⁴, dada las múltiples y cambiantes posibilidades de configuración, sino que los han regulado a través de especiales construcciones

²³ LÓPEZ FERNÁNDEZ (2015), pp. 85-86.

²⁴ Como son el caso de Francia y Argentina, y ahora Chile, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.760 de 2014.

jurisprudenciales, las que normalmente operan con criterios flexibles para definir la configuración de un grupo de empresas²⁵.

Si bien el antecedente remoto de la Ley N° 20.760 fue un proyecto de ley que pretendió un nuevo concepto laboral de empresa, que básicamente incorporaba a los grupos y eliminaba la identificación de la empresa con el titular de la misma²⁶, este proyecto fue objeto de indicaciones que modificaron drásticamente la propuesta inicial. Entre las principales está la presentada por el Ejecutivo en el mes de abril del 2014, constituyendo esta última la propuesta que en definitiva resulta aprobada en el Congreso Nacional, tras una rápida tramitación que se extiende por menos de dos meses²⁷.

El objetivo original de esta Indicación, tal como se señala en su fundamentación, es, junto con reconocer la libertad de empresa en la organización empresarial, garantizar el ejercicio de los derechos laborales, señalándose al efecto que *“nuestro sistema normativo laboral debe resguardar adecuadamente el necesario equilibrio entre la libertad y autonomía del empleador para dirigir y organizar jurídica y comercialmente la empresa (...) con la libertad que deben tener los trabajadores para el ejercicio de los derechos individuales y colectivos que emanan de la relación laboral”*²⁸.

Es cierto que el antecedente inmediato de esta iniciativa es el objetivo de “combatir el multirrut”, en su dimensión de manifestación patológica de la descentralización productiva, y así se plantea en el título de la Indicación enviada, el que se mantiene como nombre de Ley N° 20.760, en cuanto “establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos”. Sin embargo, tanto la fundamentación de

²⁵ LUCA-TAMAJO y PERULLI, (2006), p. 23.

²⁶ Proyecto presentado el 5 de septiembre de 2006 por el diputado Sergio Aguiló (Chile, Historia de Ley N° 20.760), cuyo antecedente directo es el rechazo del Tribunal Constitucional sobre un nuevo concepto de empresa incorporado en la Ley N° 20.123 de 2006.

²⁷ En efecto, la indicación es presentada el 21 de abril de 2014 y es totalmente aprobada con fecha 17 de junio. Con esa fecha se envía Oficio N° 11.337, por el que se remite proyecto para promulgación (Chile, Historia de Ley N° 20.760).

Tras esa rapidez, hay un compromiso del gobierno de Michelle Bachelet, en el marco de la Agenda Laboral de su programa, en cuanto se compromete a que en el plazo de los primeros cien días de gobierno, enviará al *“... Congreso, una Indicación al actual proyecto del Multirrut, de modo de combatir con fuerza esta práctica”* (Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Gobierno, p. 23).

²⁸ Indicación, p. 1, segundo párrafo.

la indicación, como el contenido de su propuesta de regulación²⁹ y el texto definitivo de la ley dan cuenta de un nuevo régimen jurídico de los grupos de empresas, tanto en su versión fisiológica —el grupo de empresas lícito— como en su traslación patológica —es decir, el grupo de empresas ilícito, entre ellos el multirrut—. En todo caso, se establece respecto de estos últimos una especial infracción laboral, la que deberá en todo caso ser declarada por el respectivo tribunal que conoce de la acción de declaración de grupo de empresas o “un solo empleador”.

Al efecto, el punto de partida en la Indicación es la constatación de diversas empresas que tienen una identidad legal determinada pero que en los hechos concurren a constituir una sola empresa o unidad económica:

“...todas estas empresas constituyen una sola unidad económica y de gestión, toda vez que desarrollan el mismo negocio o actividad o actividades complementarias entre sí, conexas o coordinadas con el negocio o la actividad principal y se comportan como un único empleador en el ejercicio del poder de dirección laboral”³⁰.

Además, es clave en esta propuesta la construcción jurisprudencial de la *unidad económica*, en cuanto, como señala la Indicación, “...la magistratura acopia múltiples elementos materiales de constatación de la realidad en que se desenvuelve la empresa y llega a determinar más allá de la mera formalidad, quién es el sujeto que detenta la calidad de empleador”. Por lo que plantea que esta propuesta “...apunta a mantener los rangos de libertad con que el juez puede valorar cada situación en específico, pero a la vez, se otorgan para su decisión, condiciones indiciarias que señalan efectivamente los criterios que han inspirado la voluntad del legislador en la materia”.

²⁹ En efecto, tal como señala la Indicación (*Historia de Ley N° 20.760, 2014*), “se propone introducir una modificación legal que permita generar transparencia en la forma en que se organizan jurídicamente las empresas, asegurando autonomía y libertad a los empleadores para dotarse de la organización empresarial que estimen más adecuada, sin que con esta determinación se afecten negativamente los derechos individuales y colectivos de sus trabajadores y asegurando que ellos a través de sus organizaciones sindicales puedan negociar colectivamente, en la misma oportunidad y a través de un mismo proceso legal, con su empleador real, independiente de la forma jurídica en que éste haya decidido organizarse. Es decir, se apunta a buscar y revelar el verdadero empleador a partir de la existencia de dos o más empresas que tengan una dirección laboral común”.

³⁰ Indicación p. 2, cuarto párrafo.

b. El rechazo expreso al contenido de dirección laboral común

Es cierto que la fundamentación de la Indicación aprobada tiene afirmaciones que permiten apoyar cualesquiera de las dos doctrinas indicadas, dada una relativa ambigüedad en sus argumentos, lo que se reitera en el citado Dictamen N° 3406 /054 (2014) de la Dirección del Trabajo; como también se plantean diversas declaraciones en el debate legislativo que apoyarían a una u otra tesis expuesta.

Sin embargo, un hecho cierto es que se planteó un contenido a la citada expresión de la dirección laboral común, que coincide con la tesis de verificación de la potestad de mando y dirección, y dicha propuesta fue rechazada mediante votación al interior de la Comisión del Trabajo del Senado.

En efecto, en el Segundo Informe de la Comisión de Trabajo del Senado³¹, se plantea que a través de la Indicación 3 i) se propuso definir la expresión laboral común³²:

“Por dirección laboral común se entenderá el ejercicio de las facultades de supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que los trabajadores, de dos o más empresas que sean consideradas un solo empleador, desarrollen sus labores bajo relación de subordinación y dependencia”.

Como se indica en la discusión de esta concreta propuesta, su autor la fundamenta en la necesaria certeza jurídica de contar con un concepto y, además, en que la ministra del Trabajo había definido la dirección laboral común *“como el ejercicio de la facultad de mando y de organización laboral de la que se desprende el vínculo de subordinación y dependencia entre empleador y trabajador”*³³. Sin embargo, en dicha discusión la ministra del Trabajo aclara que dicha referencia es una interpretación y que no corresponde dejar establecida una definición pues ello restringiría el concepto y podría ir en contra de los derechos e intereses de los trabajadores:

³¹ Historia de la Ley N° 20.760 (Segundo Informe, de 2 de mayo de 2014), pp. 114-115.

³² *Ibíd.*, que en lo pertinente informa: “La indicación número 3 i), del senador señor Allamand, propone agregar, dentro de la letra a) del artículo 1° y, a continuación del inciso cuarto nuevo que se agrega al artículo 3° del Código del Trabajo, otro inciso que define la dirección laboral común”.

³³ *Ibíd.*

“En cuanto a dejar establecida una definición en el Código del Trabajo, materia que tiene un manejo habitual y recurrente por la jurisprudencia, significaría restringir un sentido conceptual amplio e incluso podría ir en contra de los intereses y derechos de los trabajadores, ya que el juez podría tener en consideración ésta u otras ideas respecto de lo que se entiende, por ejemplo, de cuándo se produce la subordinación y dependencia o quién es el que toma las decisiones”³⁴.

Al efecto puesta en votación dicha indicación, esta es rechazada por tres votos en contra y dos a favor.

5. ALGUNAS OBSERVACIONES DE CONCLUSIÓN

Es cierto que la exigencia de la *dirección laboral común* establecida por la Ley N° 20.760 en la configuración del grupo de empresa ha originado el debate indicado. Pero ciertamente la citada referencia solo puede entenderse como una adecuación al nuevo concepto de empresa, la que para efectos laborales y de seguridad social está dirigida por el empleador, equiparándose por consiguiente a la dirección empresarial.

De esta manera debe rechazarse la tesis que en definitiva plantea que la Ley N° 20.760 habría establecido una nueva exigencia para el concreto reconocimiento del grupo de empresas, en cuanto esta posición sostiene que además de verificar la configuración de una unidad económica se debe acreditar el ejercicio de la potestad de mando por parte de dicha dirección. Con esta tesis se plantea el absurdo de que la dirección laboral alegada no sería ejercida por la dirección empresarial —es decir, por el empleador, que es quien posee los medios personales, materiales e inmateriales para el logro de los fines que se señalan—, sino que por la respectiva entidad que al interior de la organización empresarial ejerza la concreta potestad de mando y específica dirección laboral.

Dicha tesis atenta directamente contra la idea y configuración del grupo de empresas, y ello supuestamente a través del establecimiento por la ley de tal particular exigencia, contraviniendo de este modo la posición global de los sistemas jurídicos —salvo las excepciones indicadas—, los que en vista de las mutantes posibilidades de configuración de tales grupos han procedido a su reconocimiento a través de especiales construcciones

³⁴ *Ibíd.*

jurisprudenciales, las que normalmente operan con criterios flexibles para definir su configuración³⁵.

Ciertamente que esta tesis de la exigencia de la verificación de la específica potestad de mando y dirección debe ser rechazada en base a fundamentos de nuestro sistema jurídico, en cuanto la dirección referida es la de carácter empresarial:

Primero, dada la identificación del empleador con el empresario que realizó la misma Ley N° 20.760, planteando que es el empleador quien organiza los diversos medios que concurren en la actividad de la empresa; por consiguiente, en la configuración del único empleador o de la *unidad económica* debe verificarse la organización empresarial y su respectiva dirección, en la que la laboral es una dimensión más.

Segundo, precisamente la dimensión de la dirección estrictamente laboral plantea modalidades al interior de la unidad económica, pues su ejercicio y manifestaciones dependerán de la forma en que se organice dicha entidad.

Tercero, la finalidad perseguida por el legislador fue la de reconocer el grupo de empresas a fin de garantizar los derechos individuales y colectivos de trabajo. Además, en la concreta tramitación de la Ley N° 20.760 se rechazó expresamente darle un contenido preciso y que lo identificaba precisamente con el ejercicio de la potestad de mando³⁶ y en la respectiva discusión se hizo referencia al concepto de la doctrina jurisprudencial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AYLWIN CHIORRINI, Andrés (2016): “Grupo de Empresas y Multirut”, documento inédito presentado en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizadas en la Universidad Católica del Norte de Antofagasta, 8 a 10 de junio de 2016.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús (2005): “Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales”, en *Revista Relaciones Laborales* (España), Tomo 2, pp. 323-352.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda (2004): “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, en FERNÁNDEZ L. Ma.

³⁵ LUCA-TAMAJO Y PERULLI (2006), p. 23.

³⁶ Véase sección 4.3.b. referida a: “El rechazo expreso al contenido de *dirección laboral común*”.

- Fernanda (coordinadora), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas* (Madrid, Editorial Trotta), pp. 21-92.
- IRURETA URIARTE, Pedro (2014): “La noción jurídica de empleador ante el Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII 1^{er} Semestre, pp. 251-282.
- LOPEZ FERNÁNDEZ, Diego (2014): *La empresa como unidad económica* (segunda edición, Santiago, Ed., Thomson Reuters), 106 pp.
- LUCA-TAMAJO, RAFAELLE y PERULLI, ADALBERTO (2006): Informe General de Ponencias en Tema II, “*Derecho del Trabajo y descentralización productiva*”, en XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 7 y 8 de septiembre de 2006, s.e.
- NOGLER, Luca ((2015): “Contrato de trabajo y organización”, en *Revista Trabajo y Derecho* (España), número 11, noviembre, pp. 17-30.
- ROJAS MIÑO, Irene (2016): “La evolución de los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo en Chile: desde su irrelevancia hasta la Ley 20.760 de 2014”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N° 1, pp. 137-164.
- (2015): *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo* (Santiago, Ed. Thomson Reuters), 501 pp.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo (2016): *Redes empresariales y Derecho del Trabajo* (Granada, Editorial Comares), 173 pp.

Documentos

- CHILE, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “*Historia de Ley N° 20.760. Establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos*”, Segundo Informe Comisión de Trabajo, en Sesión 19, Legislatura 362, de 20 de mayo de 204 (Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4271>).

Jurisprudencia administrativa

- Dictamen de Dirección del Trabajo, N° 3406 /054 (2014), de 3 de septiembre de 2014 (disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-103870.html>).

LA HUELGA EN EL DERECHO CHILENO

THE RIGHT TO STRIKE IN CHILEAN LAW

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO*

RESUMEN: La huelga fue objeto de una “mutación constitucional” que la dejó como un derecho de carácter fundamental. A partir de esa condición —y desde el punto de vista teórico— es posible advertir su expansión en diversas dimensiones, tanto en términos de concepto y fines, como de su contenido protegido. En el presente artículo se pone especial atención al régimen jurídico del derecho de huelga en Chile, del que se advierten dos dimensiones: una adscrita a la negociación colectiva reglada y sujeta a sus prescripciones; y otra que deriva directamente de la Constitución. Esto último no operará como una etapa al final del procedimiento de negociación colectiva sino que cumplirá una función jurídica distinta: actuará como un mecanismo de presión legítima a él o los empleadores o a sus asociaciones gremiales, con el propósito de que efectivamente se establezca un proceso de negociación colectiva de trabajo en condiciones de equilibrio entre las partes.

ABSTRACT: The strike was subject to a “constitutional transformation” as a consequence of which, it is now considered to be a fundamental right. Taking this condition as our starting point —and from a theoretical point of view— it is possible to see how it has expanded in several of its dimensions, both in terms of concept and purpose, and also in terms of its protected content. This article focuses particularly on the legal regime of the right to strike in Chile, which presents a right of strike within the ruled collective negotiation and subject to its norms, and a right of strike deriving directly from the Constitution. The latter will not operate as a final procedural stage of collective negotiation, but it will accomplish a different legal function: it will act as a legitimate mechanism of pressure to the employers or their trade associations, with the purpose of establishing effectively a process of labour collective negotiation in conditions of party balance.

PALABRAS CLAVE: Huelga, derecho fundamental, negociación colectiva, interés jurídico protegido.

KEYWORDS: Strike, fundamental right, collective negotiation, legal interest protected.

* Profesor Universidad Diego Portales. Correo: jose.ugarte@udp.cl.

I. LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN CHILE

El punto de partida del marco jurídico del derecho a huelga en Chile dice relación con su carácter de un derecho de rango constitucional, cuyo reconocimiento ha sido calificado de “indirecto” o “implícito”. Existe acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de calificar a la huelga como un derecho que goza de la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico¹.

Se trata de un hecho, en algún sentido, inédito para la historia del Derecho nacional. Y es que, salvo un breve período constitucional², la huelga ha recibido históricamente una fuerte resistencia por la cultura jurídica interna, dominada por una visión estrictamente civil y contractual de la relación laboral, cuya expresión paradigmática –y algo absurda– llegaba al extremo de negarle el carácter de derecho, como veremos.

La Constitución de 1925 no contemplaba la huelga como derecho constitucional en términos expuestos, ni tampoco podía atribuirse como parte integrante de otros derechos, ya que ese mismo texto constitucional no reconocía ni la negociación colectiva ni la autonomía sindical. De hecho, en su versión inicial no reconocía nada que pudiera denominarse derechos colectivos.

Lo anterior se tradujo en un pobrísimo nivel de desarrollo dogmático de la huelga como derecho, al que se le entendió solo como una etapa de *ultima ratio* dentro de los denominados conflictos colectivos durante el Código del Trabajo de 1931³ y, posteriormente –ya bajo la Constitución

¹ IRURETA (2006), p. 97. En el mismo sentido, GAMONAL (2011), p. 425, y TOLEDO (2013), p. 276.

² La reforma constitucional de la Ley N° 17.398 de 1971 reformó el artículo 10 de la Constitución de 1925, quedando el artículo 10, número 14, inciso segundo, del siguiente modo: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: el derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley”.

³ La regulación contemplada en el Título II, del Libro IV del Código del Trabajo de 1931 entendía la huelga como la etapa final del itinerario previsto para lo que se denominaba ampliamente como “conflicto colectivo”. Y pese a la amplitud de la noción de conflicto colectivo, dicha virtud queda desdibujada por una minuciosa y asfixiante regulación de “pre-huelga” prevista en el Reglamento N° 839 de 1945, sobre Conflictos Colectivos de Trabajo. Como explicaba CAMU en relación a esta “sobre-regulación del ejercicio de la huelga” –una cita que calzaría perfecta tanto para el Plan Laboral de la dictadura, como para la Reforma Laboral de la Ley N° 20.940 del 2016– “en la base de la reglamentación

de 1980—, como una etapa al final del procedimiento de negociación colectiva reglada durante el Plan Laboral de la dictadura —actual Código del Trabajo—.

La tradición jurídica chilena, sin embargo, ha evolucionado notablemente en los últimos años. No solo la doctrina laboral ya citada, sino que la propia jurisprudencia, ha abandonado la lectura formalista del texto fundamental, y se ha dado lugar a lo que antes denominamos en este libro una “mutación constitucional”.

En efecto, la jurisprudencia nacional ha afirmado categóricamente ese carácter: se trata, se dice, de un “*derecho fundamental de reconocimiento implícito en la Constitución*”, y al que se le atribuye, como ocurre en buena parte de las sociedades modernas, una importancia básica: “*carecen los dependientes de otra herramienta pacífica que puede contrapesar la autonomía y poder de la propiedad*”⁴.

Y en ese mismo sentido, se ha sostenido que “*de modo diferente al que, contraproducentemente, se insinúa en el recurso, la huelga no es un desenlace no deseado para una negociación colectiva*” sino que “*un derecho adherido indisolublemente a la libertad sindical y se traduce en un medio que permite hacer efectivo el ejercicio del derecho a la negociación colectiva*”⁵.

Dicho reconocimiento se produce por tres vías concordantes:

Por una parte, la idea de que la autonomía colectiva recogida en el artículo 19, número 19, supone el reconocimiento a los medios de acción y reivindicación de los trabajadores, particularmente el modo paradigmático de esa acción: la huelga.

Si constitucionalmente se reconoce que los trabajadores son autónomos, dicho espacio supone la libertad de elección de los fines y de los medios para alcanzarlos. Como es obvio, el medio por excelencia para encauzar la

legal del derecho de huelga estuvieron presentes más bien los objetivos de evitar y prevenir los movimientos huelguísticos, por los medios legales concebidos, que los de dotar a la huelga, como arma de lucha de los trabajadores, de la eficacia jurídica adecuada para cumplir con su finalidad”. CAMU (1963), p. 13.

⁴ *Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente con Comercial Promolinks S.A.* (2014). En ese mismo sentido, antes por ese mismo Tribunal, *Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente con Cerámicas Industriales Fanaloza S.A.* (2008), entre otros, *Aguila Asenjo Erwin contra ISAPRE Vida Tres S.A.* (2014); *Gajardo con Fundación Educacional san Vicente* (2014).

⁵ *Aguila Asenjo Erwin contra ISAPRE Vida Tres S.A.* (2014).

acción colectiva de los trabajadores es la interrupción del proceso productivo en sentido amplio.

Se trata de la consagración de la autonomía colectiva de aquellos que están en situación de debilidad –los trabajadores subordinados–, otorgándoles medios para la tutela de su propia autonomía en el lugar de trabajo.

Por otra parte, el establecimiento en la norma del artículo 19, número 16 de la Constitución, del derecho constitucional de la negociación colectiva, implica como contenido funcional y necesario de la misma, la herramienta básica de presión de los trabajadores representada por la huelga⁶.

Y es que si la negociación colectiva es considerada en nuestra tradición como un interés que merece la protección constitucional, para que la misma funcione con un contexto de mínimo de equilibrio, necesaria e indefectiblemente se debe reconocer en manos de los trabajadores el mecanismo de presión que la huelga representa. Como se ha citado tantas veces, parafraseando jurisprudencia comparada, la negociación colectiva sin la presión –real o potencial– de la huelga se parece a la “mendicidad colectiva”⁷.

Y, por último, la huelga es clave para la realización del principio de protección del trabajo previsto en el artículo 19, número 16, Párrafo primero de la Constitución. Tal como ha afirmado la doctrina, respaldada por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, nuestro texto fundamental reconoce el principio de protección del trabajo. Lo anterior, “*dado que la Constitución al hablar de la libertad de trabajo y su protección extiende dicha protección al trabajo mismo, comprendiendo la dignidad del trabajador y la función social que cumple el trabajo*”⁸.

⁶ Refuerza el carácter de derecho fundamental en el derecho chileno su reconocimiento expreso en diversos tratados internacionales. Como sostiene IRURETA, “*ese reconocimiento no solo emana de los Convenios N.ºs. 87 y 98 de la OIT; también el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales lo acoge en la letra d.) del artículo 8.1*”, IRURETA (2006), p. 198.

⁷ Nos referimos a la relevante jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo alemán, que sostuvo ese vínculo entre huelga y negociación colectiva del siguiente modo: “*(...) la historia social muestra hasta ahora que los sindicatos casi siempre están reducidos a exigir y a conseguir una mejora de las condiciones de trabajo. En una oposición de intereses como ésta los contratos de tarifa serían en general, sin el derecho de huelga, nada más que una mendicidad colectiva*” (BAG 10.6.1980, AP N.º 64).

⁸ GAMONAL (2013), p. 437. En el mismo sentido, IRURETA (2006), p. 52.

De este modo, la protección del trabajo y de quien lo presta es un valor de rango constitucional en el caso chileno. Ahora, dicha protección del trabajo y de quien lo ejecuta no es solo una cuestión de la acción estatal. También corresponde a los propios trabajadores y sus organizaciones en el denominado rol de autotutela. Como, por lo demás lo reconoce nuestra propia ley laboral, que señala rotundamente como fines de la organización sindical “*velar por el cumplimiento*” de los instrumentos colectivos “*y de los derechos que de ellos nazcan*” (artículo 220, número 1 del Código del Trabajo) y “*por el cumplimiento de las leyes del trabajo*” (artículo 220, número 3 del Código del Trabajo).

Para que los trabajadores puedan cumplir con ese rol de protección de su persona y de sus derechos en el contexto de subordinación que es el trabajo por cuenta ajena, es imprescindible el reconocimiento de la huelga como mecanismo que permite hacer efectiva esa protección.

En ese sentido, por las diversas vías señaladas, la huelga como derecho fundamental expresa el reconocimiento en el orden constitucional chileno de su valor como expresión del “mecanismo de presión” más relevante con el que cuentan los trabajadores insertos en una relación de poder, como la que origina la relación laboral.

De este modo, el derecho de huelga ahora devenido en derecho de rango constitucional, se verá afectado del siguiente modo: tanto la acción y los fines como las consecuencias jurídicas de la huelga se verán expandidas y fortalecidas para un orden jurídico –como el nuestro– que asigna a ese derecho el máximo rango jurídico posible.

Revisemos ese cambio en el caso del Derecho chileno.

II. LA HUELGA: REVISIÓN CRÍTICA DEL CONCEPTO Y LOS FINES DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

La primera consecuencia del rango constitucional de la huelga es el tránsito desde un modelo de “huelga contractual” especialmente estricto –como el previsto en el Plan Laboral de fines de los setenta– a uno de carácter “laboral”. Históricamente una parte importante de la doctrina laboral chilena ha sostenido un concepto restringido, tanto de los fines como de las acciones protegidas por el derecho de huelga.

Se ha definido de modo general la huelga como la “*abstención concertada de trabajar, que ejecuta un sindicato o un grupo de trabajadores, dentro de un*

periodo limitado y con los requisitos legales, con el propósito de persuadir a su respectivo empleador para la suscripción de un contrato colectivo”⁹.

Lo interesante es que, como ya dijimos, nada de esa definición ha sido sostenida en base a los textos legales vigentes. No hay un precepto legal en Chile que defina qué debe entenderse por huelga, ni tampoco que establezca como mandato que la única huelga admitida es aquella que se relaciona con una negociación colectiva¹⁰.

Y a falta de ley, la doctrina se inventará una idea muy restrictiva de huelga, en la que parece latir una suerte de concepción ideológica propia —que quedará escondida casi todas las veces— de que se trata “de una etapa no deseable” de la negociación colectiva¹¹. De hecho, durante mucho tiempo con un impudor sorprendente, una parte de la doctrina negará a la huelga el carácter de derecho, y sostendrá que se trata nada más de un “hecho reconocido jurídicamente”¹².

Es más, en esa parte de la doctrina laboral chilena no solo se sostendrá una concepción restringida de la huelga, cuestión no muy novedosa en el derecho comparado, sino que se pretenderá describir el derecho positivo de modo que se afirmará que fuera de la negociación colectiva regulada en el Código del Trabajo, la huelga no existe: “*en el caso de la legislación de la huelga en Chile, ésta desde el punto de vista normativo se*

⁹ MACHIAVELLO (1989), p. 445. Cuestión especialmente sorprendente en este caso, porque este mismo autor, en la misma página sostiene que “*la huelga no se ha definido ni en el actual ni en el anterior Código del Trabajo*”.

¹⁰ En rigor, nunca ha existido un concepto legal de huelga en el Derecho chileno, ya que, como apuntaba CAMU, “*el Código del Trabajo de 1931 se refiere a la huelga, sin definirla ni determinar su naturaleza jurídica*”. CAMU (1963), p. 13.

¹¹ Lo que la doctrina laboral ha escondido con cuidado —su rechazo ideológico a la huelga por ver en ella una patología en las relaciones laborales— ha venido a ser sostenido sin pudor por la Corte Suprema —en su época más oscura para el Derecho del Trabajo (2006-2014)— sosteniendo que se trata de un “*desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva*”, por lo que “*corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico del país*” (*Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente con Cerámicas Industriales Fanaloza S.A.* (2008)). Lo curiosamente inexplicable es que en ese mismo fallo, dos párrafos antes, la Corte Suprema sostiene que la huelga es “*un derecho fundamental reconocido implícitamente en la Constitución*”.

¹² De hecho, esa idea fue la que dominaba en la redacción de la Constitución de 1980: la de un “*hecho de relevancia jurídica*”. IRURETA (2006), p. 193.

*enmarca dentro del proceso de negociación colectiva reglada, en función del contrato colectivo*¹³.

Correspondería, según esta lectura, a un caso de modelo “contractual” de huelga especialmente radical: fuera de la negociación colectiva denominada reglada no hay nada, solo ilicitud.

Se trata de una lectura superficial e infundada, que es especialmente equívoca a la luz del reconocimiento de la huelga como derecho de carácter fundamental, como veremos en las líneas que siguen.

Las razones para rechazar esta lectura restrictiva y sostener que la huelga en Chile debe ser leída, de acuerdo a los materiales jurídicos vigentes, como un derecho de concepción amplia, son básicamente dos:

Primero, una razón de coherencia interpretativa. Si la huelga es un derecho fundamental no puede ser leído, sin traicionar las convenciones interpretativas vigentes, de manera restrictiva.

No es necesario insistir demasiado en que dichas convenciones interpretativas –interpretación finalista y *pro persona*– conducen a sostener que un derecho fundamental debe ser leído de modo tal que proteja la mayor extensión de la realidad social que se considere significativa para el cumplimiento de su finalidad, rechazándose las lecturas mínimas y restrictivas sobre el mismo.

El principio *pro persona* “*por un lado, impone al intérprete, en el terreno de los derechos libertades y garantías de la persona, escoger la inteligencia más amplia que la norma permita. Por otro lado, le exige, a la hora de vérselas con las limitaciones o restricciones a los derechos, libertades y garantías, adoptar la exegesis más restrictiva*”¹⁴.

Se trata de una convención interpretativa ampliamente aceptada en nuestra jurisprudencia constitucional y laboral¹⁵. Así, el Tribunal Constitucional ha dicho –sobre lo que denomina principio *pro cive*– “*se tiene por valedero que el Estado debe procurar la eficacia de los derechos fundamentales, en general, removiendo los obstáculos que impiden disfrutar plenamente de los mismos*”¹⁶,

¹³ TAPIA (2005), p. 75. En el mismo sentido THAYER (1991), p. 163.

¹⁴ CIALDINO (2015), p. 592.

¹⁵ De extendida aplicación en la jurisprudencia laboral, particularmente en el ámbito de la acción de tutela laboral. Al respecto, ver UGARTE (2009), pp. 57 y ss.

¹⁶ *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado respecto del inciso primero del artículo del 5º de la Ley Nº 18.900 (2016)*: Tribunal Constitucional, 8 de marzo de 2016, Rol Nº 2800-15.

y se agrega que se debe acudir en casos de interpretación constitucional “a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésta la materia comprendida en el presente requerimiento. En tal sentido, parece ineludible el principio “pro-homine” o favor libertatis definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos de la siguiente forma: “entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido”¹⁷.

A su turno, la Corte Suprema ha señalado que “entre las guías hermenéuticas se halla una según la cual en sede de fueros protectores las opciones de inteligencia no deben discurrir por la senda del sacrificio o preterición de lo por ellas amparado, expresión viva del axioma pro homine que irradia al derecho del trabajo, como rama que éste es de la teoría de los derechos humano-sociales”¹⁸.

Puesto en esta perspectiva: ¿cómo puede sostenerse simultáneamente que la huelga es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y que es, por regla general, ilegal? O, puestos en los términos ideológicos que esa doctrina suele esconder: ¿cómo puede considerarse una “etapa indeseable” de la negociación colectiva el contenido de un derecho fundamental?

Es una contradicción que no resiste análisis. Como afirma rotundamente JAVILLIER, “la huelga, en tanto derecho constitucionalmente reconocido, no puede ser ilícita”¹⁹. En efecto, si se trata de un derecho fundamental, no solo no es indeseable, sino que es expresión de bienes e intereses que se consideran especialmente valiosos, y cuyo ámbito de protección debe ser entendido –según las convenciones interpretativas dominantes– del modo más amplio posible.

De ahí que la afirmación de que la huelga es un derecho fundamental es incompatible con la idea de un modelo contractual de huelga –aquel que exige que la huelga solo tenga por finalidad la celebración de un contrato colectivo–, y mucho más aún con la idea de que cualquier huelga fuera de la negociación colectiva es ilícita o contraria al derecho.

Como se ha sostenido, “para sorpresa de muchos, la configuración del derecho de huelga como derecho fundamental (derecho subjetivo público de

¹⁷ Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud (2008): Tribunal Constitucional, 18 de abril de 2008, Rol N° 740-2007.

¹⁸ Muñoz con Ilustre municipalidad de La Ligua (2014).

¹⁹ JAVILLIER (2007), p. 845.

*libertad) amplía los objetivos legítimamente buscados mediante la huelga, sin la posibilidad coherente de excluir su dimensión sociopolítica tras ser elevado a un rango de derecho fundamental*²⁰.

De este modo, por tratarse de un derecho fundamental, la huelga es *prima facie* lícita, salvo que el legislador expresa y deliberadamente establezca algunos casos calificados expresamente como prohibida o ilícita. De modo que buena parte de la doctrina laboral chilena ha entendido todo al revés: ha hecho de la huelga una excepción y de sus restricciones, la regla general.

Segundo, por razones normativas. No existe, como ya destacamos, disposición legal –ni el Código del Trabajo ni en otras leyes– que establezca un mandato de prohibición respecto de la huelga fuera del marco de la negociación colectiva reglada.

De hecho, la única regulación legal de la huelga prevista por la ley en Chile –la de la negociación colectiva reglada²¹– ni siquiera intenta una definición de qué debe entenderse por huelga, ni menos califica deónticamente como prohibidas las huelgas que tienen un objetivo distinto a la celebración o renovación de un contrato colectivo.

De hecho, el legislador –en plena coherencia con lo aquí sostenido– ha venido en derogar la única norma que distinguía entre modalidades de negociación colectiva en relación a la huelga (artículo 314 bis C del Código del Trabajo): para negárselas algunas (semi-reglada y voluntaria) y reconocérsela a otras (reglada). Parece una derogación en el sentido correcto, debiendo entenderse ahora –por razones obvias– que la huelga en un derecho que opera en cualquiera de las modalidades de negociación prevista en el Código del Trabajo (reglada y voluntarias)²².

En ese sentido, a diferencia de la huelga en la negociación colectiva reglada u obligatoria, que opera como una etapa al final del procedimiento, la huelga en estos casos adquiere una función jurídica distinta: sirve de

²⁰ MONEREO (2002), p. 25.

²¹ Aquella negociación colectiva que se somete a las reglas de procedimiento previsto en el Libro IV del Código del Trabajo.

²² El hoy derogado artículo 314 bis C del Código del Trabajo señalaba que “*las negociaciones de que se tratan en los artículos 314, 314 bis, 314 bis A y 314 bis B no se sujetarán a las normas procesales previstas para la negociación colectiva reglada, ni darán lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones que para ésta se señalan en este Código*”.

mecanismo de presión legítima a él o los empleadores o a sus asociaciones gremiales, con el propósito de que efectivamente se establezca un proceso de negociación colectiva de trabajo. Lo anterior es muy relevante: en nuestro contexto jurídico, dado que se trata de modalidades “no obligatorias” de negociación colectiva, la única forma de presión reconocida a los trabajadores para que esa negociación se lleve adelante, proviene –precisamente– del ejercicio del derecho de huelga.

De este modo, si un tipo de huelga está regulada en el plano legal en el contexto de la regulación de una modalidad de la negociación colectiva, cómo asumir justificadamente que se encuentra prohibida para el resto del desarrollo de la relación laboral. Sería un curioso caso de prohibición por omisión (para no recordar aquí ya el famoso axioma del derecho privado de que “lo no prohibido, está permitido”).

¿En base a qué normas jurídicas vigentes –entonces– la doctrina viene con tanta seguridad calificando deónticamente como prohibida la huelga fuera de la negociación colectiva reglada?

Sorprendentemente, en base a ninguna. De este modo, salvo hipótesis excepcionales previstas expresamente por el texto legal, la huelga no es ilícita por no disponerle ninguna norma prohibitiva del sistema jurídico chileno²³.

Y si este es el escenario, la respuesta correcta parece predecible: corresponde aplicar la norma del derecho constitucional chileno que reconoce a la huelga como un derecho fundamental, y como expresión de valores superiores del sistema jurídico que, en este caso, establecen como principio con jerarquía constitucional la libertad sindical y la autonomía colectiva (artículo 19, número 19 de la Constitución).

Se trata, entonces, de una acción plenamente lícita.

²³ En rigor, lo que ocurre con la huelga fuera de la negociación colectiva podría describirse como una hipótesis de laguna legal, esto es, de falta de una regla legal que tenga como propiedad relevante la acción de huelga y que la conecte con alguna calificación deóntica –prohibida, mandatada o permitida–. Pero no se trata de una laguna en sentido estricto o normativa. En palabras de RUIZ MANERO, “*un cierto caso constituye una laguna normativa de un cierto sistema jurídico si y solo si (1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y (2) el balance de principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida*”. RUIZ MANERO (2005), p. 123. Es obvio que, para el caso que nos ocupa, esos principios relevantes son la libertad sindical y autonomía colectiva, ambos con reconocimiento constitucional en Chile.

III. LA HUELGA EN EL DERECHO CHILENO: EL MODELO LABORAL

¿Cómo describir, entonces, el régimen jurídico de la huelga en Chile?

La huelga debe ser entendida –en coherencia con su condición de derecho fundamental– como un derecho de los trabajadores consistente en la alteración colectiva de la normalidad productiva como forma de expresión de un conflicto laboral.

Dicha forma de acción colectiva se inserta en un régimen jurídico que podríamos denominar un modelo laboral de huelga. Y ello en el sentido de que, puestos a calificar la conducta de huelga que se produce dentro de cualquier momento de la relación laboral y en cualquier contexto de trabajo en el derecho chileno –exceptuado el caso de que los trabajadores se encuentren en el marco de una negociación colectiva reglada–, cabe entenderla como una acción reconocida por el orden jurídico –lícita para usar el lenguaje habitual– en cuanto contenido protegido de un principio con reconocimiento constitucional, como el derecho de huelga –expresión de la libertad y la autonomía sindical–.

De este modo, el régimen jurídico de la huelga en Chile debe ser descrito como el de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, cuyo ejercicio es, por regla general, lícito para cualquiera de sus modalidades y estadio de la relación laboral y con la finalidad de protesta laboral.

Excepcionalmente, ese derecho fundamental reconoce una restricción para una específica modalidad regulada legalmente, como es el caso de la huelga típica en el marco de una negociación colectiva de las que nuestra ley califica de reglada –que denominaremos huelga contractual reglada–, en cuyo caso –y solo en ese caso– la abstención colectiva de trabajar debe sujetarse a las reglas procedimentales fijadas por la ley.

De esta manera, la huelga solo puede ser considerada ilegal en las hipótesis específicas que regula las siguientes normas legales:

- a) La huelga típica que se enmarque dentro del tipo penal del artículo 11 de la Ley de Seguridad Interior del Estado;
- b) La huelga típica en la hipótesis de los trabajadores que se encuentran en una negociación colectiva reglada y que no pueden declararse en huelga como lo dispone el artículo 362 del Código del Trabajo;
- c) La huelga típica en el caso de trabajadores que se encuentren dentro de un proceso de negociación colectiva reglada y que no la sujeten al procedimiento previsto en las reglas legales respectivas –como por ejemplo que se vote por los trabajadores–;

d) La huelga típica en el caso de trabajadores con contrato por obra o faena transitoria que se encuentren dentro de un proceso de negociación colectiva reglada (artículos 365 y ss.), ya que en conformidad a la ley “no gozarán” de las prerrogativas de la huelga, ni fuero.

Cabe señalar que la ilicitud dice relación con la huelga como suspensión colectiva de la prestación laboral, y no al resto de las acciones que constituyen formas de huelga atípicas, en razón de que lo regulado por el legislador en forma de prohibición es la huelga en su versión más habitual que es la suspensión total de la prestación de los servicios laborales. Asimismo, como es obvio, porque por tratarse de un derecho fundamental, sus restricciones –especialmente la más gravosa posible como es su ilicitud– debe ser interpretada estrictamente.

En el caso de huelgas fuera del contexto de una negociación colectiva reglada –como forma de ejercicio directo del derecho constitucional de huelga–, las condiciones de licitud de la misma son básicamente: que se trate de una acción colectiva de los trabajadores y que tenga por objeto una reivindicación laboral. Esa reivindicación laboral puede ser la celebración de un convenio colectivo –en las diversas modalidades de negociación colectiva voluntaria admitidas en Chile al amparo del derecho constitucional de negociación colectiva– o cualquier pretensión de naturaleza laboral que diga relación con el desarrollo de la relación de trabajo (de seguridad, higiene, cumplimiento de contrato, de rechazo a prácticas antisindicales, etc.).

Y en ese caso, los efectos deben ser los propios que corresponden a un derecho fundamental como el de huelga, primariamente el hecho de quedar protegida la acción contra la más básica de las represalias: se encuentra plenamente justificada la ausencia o el abandono del trabajo. Pero no solo eso, se trata de un despido que, por venir motivado por el ejercicio de un derecho fundamental, deviene en una acción discriminatoria.

Se tratará de una diferencia de trato explicada por la sindicación del trabajador (artículo 2 del Código del Trabajo), ya que dicho criterio prohibido es abarcativo de toda actividad relacionada con la libertad sindical, tanto en su dimensión orgánica (afiliación/desafiliación del sindicato), como en su dimensión funcional (negociación colectiva/huelga). Así lo ha comenzado a entender correctamente la jurisprudencia laboral que ha sostenido que *“al tenor de los señalado en el considerando precedente, se sigue que la denunciada ha incurrido en una abierta discriminación, al momento de despedir a los trabajadores denunciantes. En efecto, en el acto del despido,*

podemos apreciar una doble discriminación efectuada por la denunciada: los trabajadores denunciantes fueron despedidos, por hacer ejercicio de un derecho colectivo, como lo es su derecho a manifestarse mediante la huelga o paro, con la finalidad de obtener respuestas reparatorias a situaciones de Higiene y Salud”, sosteniendo que dicha “discriminación sindical efectuada por la denunciada, queda de manifiesto al tenor de lo prevenido por el inciso 4º del artículo 2 del Código del Trabajo, en relación al inciso 2º del artículo 16 N° 19 de la Constitución Política de la República y numeral 1 del Convenio 111 de la OIT, al haber despedido a los trabajadores denunciantes, por razones que no estuvieron 329 basadas en su capacidad o idoneidad personal, sino por motivos sindicales” (Juzgado del Trabajo de Iquique, RIT 108-2015).

Llegado a este punto, podemos sinterizar lo anteriormente explicado en términos de las modalidades de huelga: la huelga contractual reglada –la que tiene por objeto la negociación de un contrato colectivo o la renegociación de uno existente en el marco de un procedimiento obligatorio– se encuentra regulada en su modalidad típica –abandono colectivo de trabajo– y sus condiciones de licitud están dadas por la sujeción de la acción huelguística a las normas de procedimiento de la ley –previstas en la denominada negociación colectiva reglada u obligatoria del Código del Trabajo–.

A su turno, el resto de las huelgas, ya sea de naturaleza contractual “no reglada” –aquella que tiene por objeto la suscripción de un convenio colectivo en modalidades voluntarias de negociación colectiva–, como la huelga estrictamente laboral –que tiene por fin una reivindicación laboral que no sea la negociación de un contrato colectivo– son plenamente lícitas, tanto por la aplicación directa del derecho constitucional de huelga como por disposición de la propia legislación laboral vigente²⁴.

²⁴ El reconocimiento de la huelga como derecho de presión en las modalidades voluntarias de negociación colectiva previstas en nuestra legislación laboral es un hecho que da especial coherencia al sistema de derecho colectivo nacional: se trata de formas de negociación que no solo carecen de la obligación para el empleador en concordar un convenio colectivo, sino que se traducen en la inexistencia del deber de negociar propiamente tal, tanto en su modalidad general (la negociación voluntaria del 314 del Código del Trabajo), como en sus modalidades particulares –caracterizadas por el (seudo) deber de contestar que rechazan negociar–. Como es obvio, la posibilidad de responder negativamente al hecho mismo de iniciar una negociación colectiva prevista en esas modalidades particulares de negociación voluntaria –como la de federaciones o confederaciones del artículo 408 del Código del Trabajo–, equivale a la inexistencia del deber de negociar colectivamente. En ese contexto jurídico, la única forma de presión para que esa negociación se lleve adelante proviene de la acción colectiva de los trabajadores.

Dichas formas de huelga deben entenderse desde un concepto amplio de huelga –según justificaremos a continuación–. En ese sentido, la huelga laboral es lícita en sus dos versiones: típica –abandono colectivo de trabajo– y atípica –alteración de la normalidad productiva–.

Así, por lo demás, lo ha entendido recientemente la jurisprudencia laboral en sus diversos niveles, expresada –hasta ahora– en el nivel de una protección meramente legal: la del despido injustificado. En esta línea es posible, entre otros, citar la decisión de la Corte de Apelaciones de Rancagua que deniega el desafuero de un dirigente que participa de un paro o huelga fuera de una negociación colectiva reglada, porque *“asumió la premisa de que estaba involucrado el ejercicio de un derecho fundamental garantizado implícitamente en la Constitución”* (Rol N° 159/2011).

Asimismo, la Corte de Apelaciones de San Miguel, en relación a una trabajadora que participa de una paralización colectiva de trabajo, sostiene que *“entendiendo la legislación laboral en su conjunto e interpretándola desde los derechos garantizados por la Constitución, como se señala en el motivo anterior, la ausencia a sus labores en esa oportunidad no puede estimarse como injustificada, no siendo aplicable en la especie la causal invocada por la empleadora del artículo 160 número 3°”* (sentencia Rol N° 183/2014).

En la misma interpretativa existen diversos pronunciamientos de la judicatura laboral sobre la plena licitud de la huelga laboral. En un interesante fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por la Corte Suprema (Rol N° 28919-2015), señala que *“actualmente la doctrina sostiene con unanimidad, que la huelga se trata de un derecho fundamental, cuyo fundamento se sustenta en tratados internacionales de derechos humanos, como el artículo 8 N° 1 letra d), del Pacto de Derechos Económicos y Sociales, y en el contenido protegido del derecho a la autonomía sindical, que contempla el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política de la República”*, y agrega –en la misma línea que hemos sostenido en las líneas anteriores– que, *“por tanto, si ella es el contenido de un derecho fundamental, ha sido superada la tesis que*

Así, como ya señalamos, lo entiende nuestra propia legislación, que desde la reforma laboral no contiene norma legal alguna que prive a los trabajadores en esas modalidades voluntarias de negociación colectiva del recurso al derecho fundamental de huelga –como ocurría con el antiguo y derogado artículo 314 bis C–. Por lo mismo, para el único caso que el legislador ha decidido excluir el recurso a la huelga típica en una modalidad de negociación voluntaria –en una controversial disposición legal que lesiona un derecho fundamental– ha debido disponer una norma expresa en ese sentido –artículo 365 del Código del Trabajo–.

sustentaba que la huelga era una 'etapa indeseable' de la negociación colectiva; por lo mismo, tampoco puede sostenerse que cualquier huelga que se realice fuera de la negociación colectiva, sea ilícita o contraria al derecho" (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1144-2015).

Ahora, según se entienda la huelga como derecho fundamental en el sistema legal chileno, la protección jurídica no debe reducirse a la justificación de la ausencia para efectos de la terminación del contrato en las hipótesis que hemos denominado huelga laboral, sino que debe recibir la tutela propia de un derecho de esa categoría, particularmente a través de las denominadas prácticas antisindicales.

De este modo, la acción del empleador que restrinja o reprima el ejercicio de la huelga laboral –fuera del contexto de una negociación colectiva reglada– debe ser entendida como una vulneración de la libertad sindical y, por tanto, como una práctica antisindical que debe ser reparada por las vías propias de un derecho fundamental específico de los trabajadores: la cesación de la acción vulneratoria, la reparación íntegra del derecho y, en el caso del despido, la consideración del mismo como un despido lesivo de derechos fundamentales por su condición de discriminatorio por sindicación, generando las consecuencias expresamente previstas en el artículo 489 del Código del Trabajo, según explicamos antes.

¿Cuál es el límite sustantivo al que debe sujetarse la huelga laboral en ejercicio directo del derecho constitucional de huelga?

El límite de esta huelga laboral es que, de existir daño a la capacidad productiva, dicho daño sea proporcional a los intereses perseguidos por los trabajadores con el ejercicio del derecho de huelga. Esto último, en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad en los términos previstos que ya explicamos en la cuestión de los límites del derecho de huelga²⁵.

En efecto, los límites de esa acción colectiva de los trabajadores, como acabamos de apuntar, son la eventual colisión con los derechos fundamentales del empleador, en cuanto el daño de esa huelga traspasa del daño a la producción en la capacidad de la empresa para continuar en el futuro

²⁵ El espacio procesal para ese debate jurídico de los límites, atendido la estructura legal del Derecho del Trabajo chileno, puede ser: o el juicio de despido injustificado –cuando el empleador procede a despedir a los huelguistas– o el de prácticas antisindicales, cuando los trabajadores accionen en protección del ejercicio del derecho de huelga en contra del empleador por conductas vulneradoras de su libertad sindical.

con su actividad productiva. Desproporción del daño que, en todo caso, debe ser determinada en cada caso concreto por aplicación del principio de proporcionalidad ya explicado.

Ahora, ¿qué rol juega en este régimen jurídico la huelga prevista en la negociación colectiva reglada?

Se trata de la única huelga regulada por la ley –la denominada huelga contractual reglada–, y busca la celebración de un contrato colectivo en el marco del procedimiento de negociación colectiva reglada.

El sentido de la regulación de esta modalidad de huelga es sencillo: se inserta dentro de un procedimiento obligatorio de negociación para el empleador, donde la huelga despliega el máximo efecto posible en relación al empleador. Todo el daño que ocurra dentro de la huelga está legitimado jurídicamente, no habiendo aquí espacio para hablar desproporción, ni para extralimitación, como explicamos antes en relación al resto de las huelgas de ejercicio directo del derecho constitucional.

La razón de lo anterior, es que aquí no hay ejercicio directo del derecho constitucional de huelga, sino que el ejercicio de un derecho diseñado legalmente. Y dentro de esa regulación el legislador no ha previsto más limitaciones a la huelga que las formales –procedimiento– y las sustantivas –servicios mínimos–, sin permitir en ese tipo de huelga posibilidad de restricciones judiciales en atención al principio de proporcionalidad. Se provee, además, un amparo formal a los huelguistas por la vía del fuero laboral.

En el resto de las modalidades de negociación colectiva –fuera del procedimiento reglado establecido por la ley–, la huelga opera sin estas garantías formales, ni se enmarca dentro de un procedimiento obligatorio para el empleador. Se trata de huelgas laborales lícitas, pero que se encuentran sometidas a la aplicación –en caso de huelgas que dañen la “capacidad productiva”– del principio de proporcionalidad, y que no protegen con fuero laboral a los que la ejecutan.

Como en estos casos la regulación de la huelga no proviene del legislador, sino de la cobertura del derecho constitucional a huelga, la misma no opera con las garantías formales expresamente previstas por la ley en el caso de la huelga contractual. En ese sentido, si se quiere poner en los términos del contenido del derecho de huelga, los trabajadores en huelga contractual dentro de la negociación colectiva reglada disfrutaban de una inmunidad formal –sus despidos deben ser considerados nulos por violación del fuero laboral–, mientras que los trabajadores en huelga laboral disponen de una

protección de carácter material: la que deriva de que el despido sea considerado discriminatorio por razones de sindicación.

IV. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA EN EL ORDEN JURÍDICO CHILENO

Dentro de ese régimen jurídico consistente en un modelo abierto y laboral de huelga recién descrito, queda por determinar qué concepto de huelga debe entenderse como el objeto del Derecho, y qué contenido es el que debe entenderse como reconocido por nuestro orden jurídico. Por contenido, entendemos las posiciones activas y pasivas que el derecho reconoce.

Respecto del concepto –descartada su presencia explícita en un texto legal–, parece necesario recurrir al sentido social dominante sobre la huelga, que la entiende como un mecanismo relevante de presión a disposición de los trabajadores. Como sostuvimos antes, la determinación del concepto de huelga no puede prescindir del sentido social de la práctica de protesta laboral que ella significa, ni ser despojada “*del contenido reivindicativo–emancipatorio que conlleva tanto el ejercicio histórico de este derecho por parte de los trabajadores como su plasmación normativa*”²⁶.

Desde esa perspectiva, la huelga debe ser entendida en el Derecho chileno como aquella alteración colectiva de la normalidad productiva que expresa una protesta o un conflicto laboral, cuyo objetivo es la presión sobre el empleador para obtener una o más reivindicaciones de los trabajadores.

En ese concepto, son parte del derecho de huelga protegido constitucionalmente tanto la huelga que suspende la fuerza de trabajo disponible para el empleador mediante su supresión total de modo permanente (huelga clásica o típica) como aquellas formas de huelgas que alteran el proceso productivo: reducción en períodos breves y sucesivos (huelga intermitente), reducción en único período de muy corta duración (huelga relámpago o de advertencia).

Asimismo, también deben ser consideradas huelgas protegidas por el derecho los actos que alteran la aportación de trabajo –que no suponen la suspensión del trabajo convenido–, modificando el ritmo normal de trabajo hacia la baja, ya sea por la vía de someter el trabajo a un excesivo apego a

²⁶ GARCÍA (2012), p. 35.

la normativa reglamentaria (huelga de celo o reglamentaria) o de trabajar a un ritmo aletargado (huelga de brazos caídos o perlada).

Respecto del contenido, la huelga como derecho de reconocimiento constitucional expande su contenido protegido en términos jurídicos. Particularmente de las posiciones pasivas del empleador, esto es, de los deberes que se le atribuyen a la empresa en razón de su calidad de sujeto pasivo del ejercicio del derecho de huelga por los trabajadores.

En el caso de la huelga, la reconstrucción del interés protegido dice relación con el reconocimiento de un medio de presión eficaz con la finalidad de producir una alteración del proceso productivo. De esa manera, la huelga *“tiene por objeto alterar o paralizar la producción como forma de reivindicar un proyecto concreto de regulación del trabajo o impedir la efectividad de una propuesta empresarial restrictiva o contraria a los intereses de los trabajadores”*²⁷.

El interés protegido por la huelga no parece controvertible en la literatura laboral comparada: el reconocimiento de un mecanismo de presión eficaz que permita a los trabajadores equilibrar la relación laboral expresada en la reivindicación y protesta de los trabajadores.

Como se ha apuntado tantas veces, ahora, en palabras de SUPLOT, el derecho de huelga *“quedaría vacío de todo significado si su ejercicio no causará un perjuicio a nadie”*²⁸.

Entendido como medio de presión que perturba el proceso productivo en el ámbito del trabajo, se constituye como elemento central de ese reconocimiento jurídico la presión vía lesión a los intereses del empleador, entendiendo el *“daño como elemento de eficacia del conflicto”*²⁹. Y es que lo que no admite duda es que es *“de la esencia de la huelga causar un daño al empleador al grupo de empleadores afectados porque con ello se buscó hacerle cambiar de conducta”*³⁰.

Así, por lo demás, lo ha entendido correctamente la jurisprudencia laboral en nuestro país, particularmente la Corte Suprema: *“La huelga se ha legitimado como un recurso ineludible para obtener lo que el segmento laboral percibe necesario; surge una vez constatada la ineficacia de las demás*

²⁷ BAYLOS (2014), p. 22.

²⁸ SUPLOT (1996), p. 270.

²⁹ BAYLOS (1998), p. 81.

³⁰ PLÁ (2001), p. 65.

modalidades destinadas a superar los desacuerdos entre los dos componentes configurantes de la empresa, concebida ésta como grupo productivo, a saber, el capital y el trabajo. Se presenta como el rechazo por parte del factor trabajo, de manera concertada y colectiva, a continuar realizando su aporte, con miras a lograr mejoras en sus condiciones y su situación social, cuando desestimadas por el capital. En este sentido se hace manifiesto su carácter de presión ante el empleador; es un 'últimátum' a la patronal, que se enfrenta a la inminencia de la suspensión de labores y consecuente paralización del proceso productivo. Carecen los dependientes de otra herramienta pacífica que pueda contrapesar la autonomía y poder de la propiedad. Su necesidad está íntima y directamente unida a la reivindicación de derechos que se consideran conculcados e, indirectamente, al bien común" (Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3514-2014).

Del mismo modo, se ha sostenido que *"en términos concretos, la huelga es un instrumento de presión, una manifestación de autotutela, en el sentido que a través de una perturbación del proceso productivo se propende a equiparar la posición negociadora de las partes en conflicto. Para que haya verdadero diálogo, los trabajadores precisan de un poder negociador y la huelga se los confiere"* (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 142-2014).

Ese daño —efectivo o potencial— es el que dota a la huelga de sentido como forma de presión, que es el interés que el derecho busca cautelar.

¿Cómo tutelar que ese mecanismo de presión sea eficaz?

A través del que antes denominamos proceso de concretización del contenido del derecho fundamental de huelga. Dicha concretización o apertura estará, gobernada por el interés constitucional que justifica la huelga, y que dará como resultado una reconstrucción de los deberes del empresario de modo extendido y complejo, que podrá ser expresada del siguiente modo: es *"ilícita cualquier actuación empresarial que pretenda desactivar la presión ejercida por los huelguistas. Tal presión es del todo legítima y consustancial al derecho de huelga, lo cual implica que el empresario queda obligado a soportarla"*³¹.

En ese sentido, en términos concretos, podemos sostener que el contenido pasivo del derecho de huelga en el Derecho chileno sería el conjunto de prohibiciones que derivan del reconocimiento constitucional de la huelga como mecanismo de presión eficaz a favor de los trabajadores. Prohibiciones, que de ser contravenidas, dejan a ese derecho carente de contenido.

³¹ SOLA y MARTÍNEZ (2007), p. 23.

Dichos deberes –deónticamente prohibiciones– son los siguientes:

- a) Prohibición de no adoptar represalias contra los trabajadores por el ejercicio del derecho de huelga (garantía de indemnidad de la huelga);
- b) Prohibición de no adoptar diferencias de trato laboral en razón del ejercicio del derecho de huelga (garantía de no discriminación);
- c) Prohibición de adoptar medidas que priven de eficacia a la huelga como mecanismo de presión (deber de no neutralizar la presión de la huelga).

Dichas prohibiciones forman parte del contenido constitucionalmente reconocido al derecho de huelga –desde el punto de vista pasivo o del empleador–. Nada impide, que el legislador recoja expresamente estas prohibiciones en el texto legal, particularmente para determinar las sanciones que siguen de la vulneración del derecho de huelga.

De este modo, ese contenido constitucional del derecho fundamental de huelga se proyecta en la propia ley.

En relación a la prohibición de represalias –cualesquiera sean ellas–, debe ser considerada una vulneración al derecho de libertad sindical en sentido amplio (artículo 289 Código del Trabajo). Junto con ello existen diversas normas legales que concretizan esa prohibición: durante la negociación colectiva los trabajadores gozan de fuero laboral que los protege contra cualquier intento de despido (artículo 309 del Código del Trabajo).

En relación a la prohibición de distinción de trato en razón del ejercicio del derecho de huelga, la ley considera como un caso de vulneración del derecho a la no discriminación aquellas que se realicen en relación a la sindicación del trabajador (artículo 2 del Código del Trabajo), en el entendido, a la luz de los principios constitucionales que protegen el derecho colectivo del trabajo, que dicho criterio prohibido está referido a toda actividad relacionada con la libertad sindical, tanto en su dimensión orgánica (afiliación/ desafiliación del sindicato), como en su dimensión funcional (negociación colectiva/ huelga).

En relación al deber de “no neutralizar” la presión de la huelga, es posible reconocer que el legislador ha querido expresar legalmente algunas dimensiones de dicho deber por la vía de diversas prohibiciones. Particularmente, a través de la prohibición –ya antigua– de utilizar el suministro de trabajadores por la vía de la Empresa de Servicios Transitorios para sustituir trabajadores en huelga (artículo 183 P, letra b del Código del Trabajo), como la reciente prohibición genérica de reemplazo incorporada por la reforma laboral de la Ley N° 20.940 (artículo 345 del Código del Trabajo).

En todo caso, el deber de no neutralizar la presión de la huelga supera la prohibición de reemplazo y se extiende a cualquier conducta empresarial que antes, durante o después de la huelga pretenda o signifique la disminución de la presión que el contenido de ese derecho supone. Ello incluye, por supuesto, el no reemplazo de trabajadores en huelga, el recurso a otras empresas para que asuman el trabajo abandonado por la huelga, el desvío de clientes a otras empresas relacionadas, cerrar sucursales que han estado en huelga³², premiar a los no huelguistas³³, etc.

Incluso, como lo ha sostenido la jurisprudencia laboral, dicho deber incluye la prohibición de dirigir comunicaciones a los trabajadores con el fin de disuadirlos de participar en lo que la empresa califica de huelga ilegal. Así, la Corte de Apelaciones de Antofagasta sostiene que:

(...) amonestar individualmente a los trabajadores, sea con una carta de advertencia y luego con una amonestación propiamente tal en este caso concreto es desconocer los fines del sindicato, como también entorpecer e impedir la libertad de opinión que tienen los miembros del sindicato, frente a la decisión adoptada por la organización de presionar para el cumplimiento de actuaciones que a juicio de la organización constituirían infracciones, indistintamente si eran al contrato individual del trabajo, contrato colectivo o acuerdos previos porque ello no está discutido en la causa. Si la Empresa Minera Escondida Limitada quería evitar esta paralización y comunicar la gravedad de la misma que incluso dada las características podía constituir una causal de despido, por tratarse de una decisión sindical, no le cabe dirigirse individualmente a los trabajadores para modificar la decisión adoptada por la organización sindical, ello implica violar las normas aludidas, entorpeciendo la libertad de opinión de los miem-

³² En una interesante sentencia se considera como despido antisindical la conducta empresarial de cerrar la sucursal como represalia al ejercicio del derecho de huelga de sus trabajadores, entendiéndose –correctamente– que la libertad sindical reconocida por la ley incluye la amplia protección del contenido del derecho de huelga (2° Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT T 140-2015).

³³ En un novedoso fallo de la justicia laboral se considera como conducta antisindical del empleador pagar –después de la huelga– un bono a los trabajadores que no participaron en la acción colectiva, entendiéndose que ello se busca producir un desestímulo “al recurso de la huelga”. Como sostiene el fallo, el bono “no aparece sino más que como una señal lo suficientemente potente para desestimar la convocatoria de los trabajadores a votar una huelga, pues resulta perfectamente razonable pensar que un trabajador preferirá evitar la huelga o evitar participar en ella, pues ello traerá aparejado al menos una expectativa de percibir un emolumento” (Juzgado del Trabajo Antofagasta, RIT S 2-2009)

bros de un sindicato y que constituye una práctica desleal que atenta contra la libertad sindical”.

Y concluye el razonamiento judicial que

“(…) la existencia de la convocatoria y obtención de paralización de funciones, como también la comunicación a los trabajadores de la posición patronal oficial, en cuanto un comunicado emitido y difundido el 22 de septiembre de 2014 cuyo contenido no es discutido y la amonestación subsecuente. Estas actuaciones como se dijo, constituyen, en la forma que se ha explicado, prácticas desleales del empleador que atentan contra la libertad sindical porque desconocen los fines de estas organizaciones, sus formas de actuar y entorpecen o impiden la libertad de opinión de los miembros de un sindicato cuando intentan individualmente cambiar la decisión de la organización sindical, desconociendo implícitamente su existencia” (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 91-2015).

De este modo, puede sostenerse que se trata, correctamente, de diversas conductas del empleador que producen un mismo resultado: la neutralización de la presión de la huelga, lo que vulneran su contenido como derecho fundamental. De ahí que, en cualquier caso, corresponda calificarlas de una vulneración a la libertad sindical que debe ser reprimida jurídicamente por la vía de las prácticas antisindicales consagradas en nuestra ley, ya sea en su versión genérica protección de ese bien jurídico (artículos 289 y ss. del Código del Trabajo), como en las vinculadas a la negociación colectiva (artículos 387 y ss. del Código del Trabajo)³⁴.

³⁴ Solo queda excluido del deber de “no neutralizar” la huelga –por decisión expresa del legislador en la Ley N° 20.94– la conducta de un tercero como es la empresa principal en régimen de subcontratación. El artículo 306 del Código del Trabajo, inciso quinto, señala que “la negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga”. Como se ve, por su ubicación dentro de las reglas que regulan la negociación colectiva en el Libro IV del Código del Trabajo, y por razones de un interpretación estricta –atendido su evidente carácter restrictivo de un derecho fundamental como la huelga–, debe entenderse que esta norma se refiere a la huelga reglada en el propio Código, no a las huelgas laborales en sentido general derivadas del derecho constitucional de huelga que pudieran efectuar los trabajadores contratistas, donde sí podría –según el caso– existir una práctica antisindical lesiva de la empresa principal por cambio de contratista en caso de huelga.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAYLOS, Antonio (1998): “Formas nuevas y reglas viejas del conflicto social”, *Revista de Derecho Social*, N° 2.
- BAYLOS, Antonio (2014): “Derecho de huelga, crisis económica y gestión sindical del conflicto”, *Revista de Derecho Social*, N° 66.
- CAMU, Arnoldo (1964): *Estudio crítico de la huelga en Chile* (Santiago, Editorial Jurídica).
- GAMONAL, Sergio (2011): *Derecho Colectivo del Trabajo* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- (2013): “El principio de protección del trabajador en la Constitución”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 11, N° 1.
- GARCÍA, Héctor (2012): “El derecho de huelga”, en SIMON, Julio C. (Director), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, T. II (Buenos Aires, La Ley).
- GIALDINO, Rolando (2015): “Derecho del Trabajo y Convención Americana de Derechos Humanos”, en *Revista Derecho Laboral*, T. LVIII, N° 260, Fundación de Cultura Universitaria.
- IRURETA, Pedro (2006): *Constitución y orden público laboral* (Santiago, Editorial Universidad Alberto Hurtado).
- JAVILLIER, Jean Claude (2007): *Derecho del Trabajo* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).
- MACHIAVELLO, Guido (1989): *Derecho Colectivo del Trabajo: Teoría y Análisis de sus normas* (Santiago, Editorial Jurídica).
- MONEREO, José Luis *et al.* (2002): *Derecho de huelga y conflictos colectivos* (Granada, Comares).
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (2001): *Curso de Derecho Laboral*, Tomo IV (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).
- RUIZ MANERO, Juan (2005): “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en AA.VV., *Lagunas en el Derecho* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- TAPIA, Francisco (2005): *Sindicatos en el Derecho chileno del Trabajo* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- THAYER, William (1991): *Sindicatos y negociación colectiva* (Santiago, Editorial Jurídica).

- TOLEDO, César (2013): *Tutela de la libertad sindical* (Santiago, Editorial Thomson Reuter).
- SOLÁ, Xavier y MARTÍNEZ, Daniel (2007): “Cambios en las relaciones de trabajo y derecho de huelga”, en *Fundación Alternativas*, N° 24.
- SUPIOT, Alain (1996): “Informe final”, en AA.VV., *La huelga hoy en el derecho social comparado* (Madrid, Bosch Editor), p. 270.
- UGARTE, José Luis (2009): *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago, Editorial LegalPublishing).

Jurisprudencia

- Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente con Cerámicas Industriales Fanaloza S.A. (2008)*: Corte Suprema, 21 de febrero de 2008, Rol N° 995/2008.
- Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud (2008)*: Tribunal Constitucional, 18 de abril de 2008, Rol N° 740-07.
- Águila Asenjo Erwin contra ISAPRE Vida Tres S.A. (2014)*: Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de enero de 2014, Rol N° 142/2014.
- Gajardo con Fundación Educativa San Vicente (2014)*: Corte de Apelaciones de San Miguel, 3 de enero de 2014, Rol N° 183/2014.
- Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente con Comercial Promolinks S.A. (2014)*: Corte Suprema, 11 de febrero de 2014, Rol N° 3514/2014.
- Muñoz con ilustre municipalidad de la ligua (2014)*, Corte Suprema, 30 de enero de 2014, Rol N° 2746/2014.
- Requerimiento de inconstitucionalidad presentado respecto del inciso primero del artículo del 5° de la Ley 18.900 (2016)*: Tribunal Constitucional, 8 de marzo de 2016, Rol N° 2800-15.

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

INCORPORACIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
AL RESOLVER RECURSO DE AMPARO:
LORENZA CAYUHÁN c/ GENDARMERÍA
(CORTE SUPREMA, 1 DE DICIEMBRE DE 2016)

INCORPORATION OF INTERNATIONAL HUMAN
RIGHTS LAW IN RESOLVING APPEAL FOR AMPARO:
LORENZA CAYUHÁN V. GENDARMERIE
(SUPREME COURT, DECEMBER 1, 2016)

MACARENA REBOLLEDO ROJAS*

RESUMEN: Este comentario analiza el fallo de la Corte Suprema, de 1 de diciembre de 2016¹, que, conociendo de la apelación de recurso de amparo, revoca fallo de Corte de Apelaciones de Concepción y lo acoge. El fallo se caracteriza, y de ahí su interés, en que utiliza y aplica conceptos fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la noción de discriminación múltiple, el deber de reparación y el control de convencionalidad.

ABSTRACT: This comment analyzes the decision of the Supreme Court, of December 1, 2016, which, knowing the appeal of amparo, revokes the decision of the Court of Appeals of Concepción and accepts it. The ruling is characterized, and hence its interest, in that it uses and applies fundamental concepts of the International Law of Human Rights, such as the notion of multiple discrimination, the duty of reparation and the control of conventionality.

PALABRAS CLAVE: Discriminación múltiple, deber de reparación, control de convencionalidad.

KEYWORDS: Multiple discrimination, reparation duty, conventionality control.

* Jueza de Familia de Santiago, Magíster en Derecho Público Universidad Austral de Chile, Máster en Derecho y Género Universidad de Jaen, Diplomada en Estudios de Género con mención en Desarrollo y Políticas Públicas Universidad de Chile. Correo: macarebol@gmail.com.

¹ Rol N° 92795-16. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los ministros Carlos Künsemüller L., Andrea Muñoz S., Manuel Valderrama R. y los abogados integrantes Jaime Rodríguez E. y Carlos Pizarro W.

Los recurrentes son la Defensoría Penal Pública Penitenciaria. Se hace parte el Instituto Nacional de Derechos Humanos y el senador Alejandro Navarro. Informa Sanatorio Alemán de Concepción, Gendarmería de Chile, Servicio Nacional de Menores (Sename) y Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi).

Este comentario se dividirá en tres secciones: I. Hechos que dieron origen a este fallo; II. Fallo de Corte de Apelaciones de Concepción; III. Fallo de Corte Suprema.

I. HECHOS QUE DIERON ORIGEN A ESTE FALLO

Lorenza Cayuhán Llebul, integrante de la Comunidad Indígena Mahuidanche cumplía condena en el Penal de Arauco desde el día 20 de septiembre de 2016, de 61 días por receptación y 5 años y un día por robo con intimidación.

El día 13 de octubre de 2016, ella presentaba un embarazo de 32 semanas. Alrededor de las 14:00 horas fue derivada por el personal de enfermería de dicho penal al Servicio de Urgencia del Hospital de Arauco. El traslado se realiza en un taxi, custodiada por dos gendarmes (un hombre y una mujer), escoltado por un carro institucional, con cinco gendarmes y por dos motoristas de Carabineros, además iba esposada.

En el Hospital de Arauco se le diagnostica preeclampsia, y es trasladada a las 18:00 horas al Hospital Regional de Concepción, en ambulancia, con dos funcionarios de Gendarmería en su interior (hombre y mujer) y engrilletada por el pie izquierdo a la camilla. A las 19:00 horas es evaluada en presencia de la gendarme, quien sacó el grillete a petición del personal médico, y volvió a ponérselo a las 22:00 horas.

Al día siguiente, a las 15:00 horas, es trasladada a la Clínica de la Mujer de Concepción, lugar donde el personal de salud pide sacar las medidas de seguridad, lo que ocurre. A las 16:00 horas nace su hija. La funcionaria de Gendarmería asiste a la evaluación y al parto.

II. FALLO DE LA CORTE DE APELACIONES

1. Fundamentos del recurso

Señala que la amparada fue víctima de coerción ilegítima, pues se usó grilletes mientras fue trasladada desde la unidad penal de Arauco hasta el Hospital Regional y luego a la Clínica Sanatorio Alemán de Concepción,

para la atención de su parto, durante su examinación y diagnóstico, también durante el parto e incluso después del alumbramiento, además de haber presenciado los gendarmes el parto. Piden se acoja el recurso por transgresión a los artículos 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos y 1, 2 y 6 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, declarándose la ilegalidad de los actos de coerción y vigilancia desproporcionada durante el parto a que la amparada fue sometida.

2. Fallo de Corte de Apelaciones de Concepción

La Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de 9 de noviembre de 2016¹, rechaza el recurso y sostiene que la acción perdió oportunidad, toda vez que no existe la afectación actual que se denuncia, sobre colocación de grilletes a la amparada antes, durante y después del parto, por haber transcurrido la situación de hecho, aparte de no estar acreditado su fundamento, un actuar ilegal o arbitrario de Gendarmería que atente contra la libertad o seguridad personal de la madre, no debiendo olvidarse que la amparada se halla recluida en un penal a causa de una sentencia dictada por tribunal competente, sindicándola autora de una receptación y de un robo con intimidación. Señalan que, en todo caso, el maltrato atribuido a Gendarmería está siendo investigado en un sumario administrativo interno, que deberá establecer los hechos realmente acontecidos y si ameritan o no sanciones por infracción a la normativa que reglamenta la materia, pero no es este recurso de amparo el medio adecuado para ello, pues no existe actualmente ningún hecho constitutivo de privación ilegal de libertad personal o amenaza en tal sentido o que afecte la seguridad individual de la madre amparada, conforme al artículo 21 inciso tercero de la CPR. Llama la atención la prevención efectuada del Ministro señor Manuel Muñoz Astudillo, quien –si bien concurre al rechazo– señala que “los procedimientos empleados por Gendarmería de Chile, en todas las acciones que se debieron realizar para dar atención médica de urgencia a la sentenciada por la que se recurre de amparo, en cuanto a las medidas de seguridad tomadas por la institución recurrida, no guardan proporción alguna con el hecho que, engrillada, debió soportar un largo viaje en estado de preñez con características de

¹ Rol N° 330-2016.

parto prematuro, al punto que debió ser atendida quirúrgicamente en el nacimiento de su hija; el ser observada por personal no médico durante la consulta, preparación y cirugía, todo ello aduciendo temor de fuga o como lo sostuvo el señor letrado de la recurrida, participación violenta de terceros como habría ocurrido en otra ocasión. Todos hechos que no justifican el engrillamiento y la falta de recato en la atención de la sentenciada durante la atención médica por parte de sus custodios, lo que evidentemente implica un atentado a la dignidad personal y con ello a la salud de la parturienta, materia distinta y no vinculada al hecho de la sentencia que se le aplicó”. Además señala que existe la posibilidad que las acciones de engrillamiento persistan en su traslado, cuestión que, el suscrito, estima exagerada, inútil, abusiva y arbitraria, en el contexto de ser custodiada por Gendarmería de Chile, con apoyo de Carabineros de Chile, sin embargo, a pesar de esta posibilidad, concurre al rechazo, como señala él, “que mira más a lo formal que al fondo”.

III. FALLO DE LA CORTE SUPREMA

El fallo dictado por la Corte Suprema, conociendo del recurso de apelación interpuesto por los recurrentes, revoca y acoge el recurso de amparo, y tiene tres puntos relevantes en materia de protección de los derechos humanos: el concepto de discriminación múltiple, el deber de reparación y el control de convencionalidad.

1. *Discriminación múltiple*

Como bien lo definió la profesora Consuelo CHACARTEGU², “*los fenómenos de discriminación múltiple se producen cuando en una misma persona —o grupo de personas— se unen dos o más formas de discriminación, lo que les hace sustancialmente más vulnerables a los efectos de la misma*”. Si bien no es un fenómeno que afecte solo a las mujeres, estas las sufren con mayor intensidad como consecuencia de su discapacidad, origen racial o étnico, orientación sexual, edad y, en general, por cualquier factor de discriminación concurrente con el género. Estos factores pueden coincidir en un espacio y tiempo, y se le llama *discriminación interseccional*, la que se produce

² CHACARTEGUI (2010).

cuando varios motivos de discriminación interactúan, lo que a su vez tiene un efecto multiplicador. CHACARTEGUI dice: “(...) *las víctimas de este tipo de discriminación sufren sus consecuencias con mucha más intensidad que el resultado de sumar las diferentes causas de discriminación por separado*”. La autora también pone el acento en el efecto selectivo de la discriminación múltiple sobre determinados grupos de personas, es decir, son grupos especialmente victimizados, que sufren el efecto acumulativo de exclusión social. La doctrina suele coincidir en clasificar la discriminación múltiple como discriminación múltiple adicional (o doble o compuesta o cumulativa) y discriminación múltiple interseccional. La primera supondría la existencia de varios motivos de discriminación al mismo tiempo de forma que un motivo se añade a otro creando una carga añadida³.

El fallo recoge esta doctrina y conceptualiza lo ocurrido con la amparada. Es así como señala en su considerando 16^o):

“Que, así las cosas, se estima que en el caso sub judice hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia. Estas reglas, han advertido que la convergencia de múltiples formas de discriminación aumenta el riesgo de que algunas mujeres sean víctimas de discriminación compuesta, por lo cual la entidad recurrida, Gendarmería de Chile, afectó la seguridad personal de la amparada durante la privación de libertad que sufría con motivo del cumplimiento de las penas impuestas y su dignidad como persona, en contravención a la Constitución Política y las leyes, debiendo en consecuencia ser acogida la acción de amparo interpuesta en su favor, adoptándose las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho”.

Carmen EXPÓSITO⁴ refiere que el concepto de interseccionalidad “*lo introduce Kimberlé Crenshaw en la Conferencia Mundial contra el Racismo en Sudáfrica en 2001, quien, consideró que había categorías como la raza y el género que interseccionaban e influían en la vida de las personas. Para ella*

³ Ver, también, DE LAMA AYMA (2013).

⁴ EXPÓSITO (2012).

el racismo no tenía los mismos efectos sobre los hombres que sobre las mujeres negras y tampoco éstas vivían las consecuencias del sexismo de igual forma que las mujeres blancas. Partía de una estructura primaria donde interseccionaban a parte de la raza y el género la clase social, a la que se añadían otras desigualdades como la condición de mujeres inmigrantes. Para Crenshaw no se trataba de una suma de desigualdades, sino que cada una de éstas interseccionaban de forma diferente en cada situación personal y grupo social mostrando estructuras de poder existentes en el seno de la sociedad". El fallo, distingue la situación de Lorenza Cayuhán, como mujer, privada de libertad, mapuche y gestante. Y describe hechos que afectan cada una de estas particularidades, considerando, además, que todo ocurrió en un mismo período de tiempo. Si bien se le otorgó la atención médica, el traslado se efectuó haciendo patente la discriminación en razón de su etnia. Así Gendarmería consigna en la orden de salida al hospital de Arauco: *"ojo interna comunera mapuche, adoptar las medidas de seguridad correspondiente"*, lo que se vuelve a repetir en los partes e informes de novedades que consignan los egresos y hospitalizaciones –incorporados como documentos al recurso– en circunstancias que se trata de una mujer privada de libertad por delitos comunes y con una clasificación de bajo compromiso delictual según los registros de Gendarmería. A partir de esa discriminación, en que por el hecho de pertenecer a la etnia mapuche se le atribuyen las características de peligrosa y el suponer que intentaría huir. Además, como todo estereotipo, se repite sin ser cuestionado y sin visibilizar que incluso, aunque hubiera tenido antecedentes de fuga, presentaba un embarazo de alto riesgo, con malestar físico. Las medidas que se adoptaron fueron a partir de dicho estereotipo, como el traslado, primero en un taxi, esposada, con dos funcionarios de Gendarmería, escoltada por un carro institucional con cinco gendarmes y dos motoristas de Carabineros de Chile. En condiciones similares fue luego trasladada a Concepción, engrillada a la camilla de la ambulancia, sin visibilizar en dicho trato el que se trataba de una mujer con un embarazo de alto riesgo, que requería cuidados físicos y tranquilidad en dicho proceso de vida.

El fallo hace una distinción de los derechos vulnerados en cada una de esas categorías, incluso en la confluencia de las mismas, por ejemplo al señalar:

"...en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto –más aún en las difíciles circunstancias de salud y

de privación de libertad en que éste se desarrolló—, como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece, y el impacto negativo que una aplicación no diferenciada de las normas y reglamentos penitenciarios podía ocasionar en aquella mujer”⁵.

2. Deber de reparación

La incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hace surgir obligaciones para el Estado de Chile, precisamente porque el artículo 6 de la Constitución Política de la República obliga a todos los órganos del Estado a adecuar sus comportamientos a las normas constitucionales, lo que incluye no solo el catálogo de los derechos constitucionales del artículo 19, sino, en virtud del artículo 5.2, a las normas internacionales sobre derechos humanos⁶.

El profesor Claudio NASH⁷ hace presente que la obligación de cumplimiento para los Estados, en materia de derechos humanos, se manifiesta a través de tres obligaciones principales: de respeto o cumplimiento efectivo, de garantía y de no discriminación. A su vez, el de garantía implica crear condiciones efectivas para el goce y ejercicio de los derechos amparados, es la “obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales” para el goce de los derechos, lo que incluye además el adoptar medidas de prevención general, y garantías de no repetición como forma de reparación.

La sentencia en comento indica expresamente que no basta señalar que el recurso ha perdido oportunidad, toda vez que interpreta la expresión “restablecer el imperio del derecho”, como “precisar el sentido de los derechos vulnerados, respetarlos, precisar las garantías que los protegen y la eventual corrección funcionaria”⁸. Así señala que se acoge el recurso “a fin de dejar establecida la ilegalidad que fundamenta su acogida”⁹.

⁵ Considerando 14°.

⁶ El fallo señala expresamente en su considerando 8°) que las normas contenidas en un Tratado Internacional suscrito por el Estado de Chile y que se encuentra plenamente vigente tienen primacía incluso por sobre las normas del derecho interno.

⁷ NASH (2012), pp. 13-53.

⁸ Considerando 17°.

⁹ Parte resolutive.

Además, expresamente consigna que “para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la recurrente” se decreta:

“1. La custodia de la amparada y las medidas de seguridad que se adopten por Gendarmería durante los traslados de aquella a algún recinto asistencial de salud se efectuarán dando estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de la Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.

2. Durante dichos traslados, así como durante su permanencia en dichos recintos, su custodia directa será ejercida exclusivamente por personal femenino de Gendarmería de Chile.

3. Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.

4. Gendarmería de Chile deberá remitir copia de los resultados del sumario administrativo que lleva adelante con motivo de estos hechos a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, dentro de un plazo no superior a 30 días, además de informar a dicho tribunal sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de los tres puntos precedentes”.

Es decir, se incluyen medidas de prevención general y especial, con el fin de resguardar los derechos de la amparada, pero además prevenir su repetición con respecto a todas las mujeres que pudieren volver a estar en dicha situación. Este deber de prevenir ha sido derivado de la obligación de garantizar los derechos humanos, establecida en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, complementando lo anterior con lo señalado en su artículo 2¹⁰, siendo desarrollado por la Corte Interamericana

¹⁰ “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Con-

de Derechos Humanos, a partir del *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 1988¹¹, y repetido en otros posteriores¹².

Que además dicha prevención es una forma de cumplimiento de la obligación suscrita por Chile en 1996, al ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, realizando acciones concretas para prevenir la violencia perpetrada por agentes del Estado, toda vez que el Máximo Tribunal, al observar los hechos denunciados –que no son sino una forma de violencia perpetrada por el Estado, ya que se realiza por funcionarios públicos y además en contra de una persona que se encuentra bajo la custodia del Estado–, dicta medidas concretas, preventivas para resguardar el imperio del Derecho, para la recurrente y todas las mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, ya que ordena a Gendarmería revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa internacional con respecto a ellas, asumiendo, por tanto, una garantía de no repetición.

vención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

¹¹ “La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos [...] El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado [...] Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación [...] ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente”.

¹² SILVA ABBOTT, Max (2016).

3. Control de convencionalidad¹³

Entendido, como lo ha definido NOGUEIRA ALCALÁ¹⁴, como un “control que emana de las obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos humanos determinadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente aquella del artículo 2º, de adoptar medidas ‘de otro carácter’, las que deben concretar todos los órganos de los estados partes, de oficio, tanto en la emisión, como en la interpretación y aplicación del derecho interno, especialmente los órganos jurisdiccionales, lo que debe concretarse conforme al corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH, inaplicando y suprimiendo las normas internas incompatibles con el mismo y creando normas jurídicas, conductas y prácticas internas conforme a dicho corpus iuris, dentro del marco de las competencias y conforme al procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico nacional para cada órgano o autoridad, produciendo un efecto útil respecto del respeto y garantía de los derechos humanos asegurados por dicho corpus iuris, cumpliendo de buena fe el objeto y fin del mismo”.

El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del

¹³ Esta obligación, surge en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo *Almonacid Arellano vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006, que señala que tiene “la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular”. Recalca que cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.

¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ (2017).

Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos¹⁵.

La Corte Suprema de Chile ha efectuado un verdadero control de convencionalidad en este fallo, toda vez que se dan los presupuestos y elementos¹⁶ esenciales del mismo:

a) Le da un efecto útil a las normas y disposiciones convencionales, las que aplica directamente al caso concreto.

b) Realiza un control *ex officio*. Como señala NOGUEIRA¹⁷, *“esto es una consecuencia del principio iura novit curia (‘el juez conoce el derecho’), en el sentido de que las autoridades estatales en general y los jueces en particular, deben conocer el contenido de las normas de derechos humanos vigentes y deben aplicarlas cuando sea necesario para garantizar el efecto útil de la Convención, evitando que las víctimas que han sufrido violaciones de sus derechos humanos no cuenten con la adecuada y eficaz protección judicial a causa de la aplicación de formalismos excesivos”*.

c) No aplica solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino todo el *corpus iuris* vinculante para el Estado de Chile, de conformidad con el artículo 29 literal d) de la CADH¹⁸, es decir, instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados: tratados, convenios, resoluciones y declaraciones. En este recurso se hace aplicación expresamente no solo a las convenciones (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Belém do Pará, CEDAW), sino también a las Reglas de Mandela, Reglas de Bangkok, Recomendación General N° 25 del Comité de CEDAW, la Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos, entre otras normas del llamado “soft law”.

¹⁵ FERRER Y PELAYO (2014).

¹⁶ OLANO GARCÍA, Hernán (2016).

¹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ (2017).

¹⁸ Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

d) Efectúa un análisis de normativa interna de Gendarmería de Chile¹⁹ y señala expresamente que esta no se adapta a la normativa internacional, ordenando que esta sea revisada y adecuada a la misma.

En síntesis, este fallo se destaca porque incorpora conceptos que usualmente no son usados por nuestros tribunales nacionales, como el de discriminación múltiple, y que resulta metodológicamente muy útil para analizar los planos en que se da un trato arbitrario. Además, avanza un paso más allá de la mera oportunidad de la decisión, haciéndose cargo del fondo del recurso e interpretando de manera amplia la expresión “restablecer el imperio del derecho”. Por último, es un efecto denotativo del efectivo control de convencionalidad, ya que analiza la normativa interna a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y efectiviza los derechos internacionalmente reconocidos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo (2010): “Mujer, discriminación múltiple y exclusión social”, en DE LA FUENTE, Óscar Pérez (ed.): *Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia*, Madrid, Dykinson.
- DE LAMA AYMA, Alejandra (2013): “Discriminación múltiple”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. I, pp. 271-320.
- EXPÓSITO MOLINA, Carmen (2012): “¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España”, en *Investigaciones Feministas*, vol. 3, pp. 203-222.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María (2014): *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario Christian Steiner/Patricia Uribe* (Editores) Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.
- NASH ROJAS, CLAUDIO (2012): “Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 13-53.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017): “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

¹⁹ Oficio N° 202/2015, del 20 de mayo de 2015, sobre Instrucciones de buen servicio sobre Servicios Hospitalarios y Salidas al Exterior.

- y tribunales chilenos”, en *Revista de Derecho* (UCUDAL), 2ª época, Año 13, N° 15 (julio), pp. 143-200.
- OLANO GARCÍA, Hernán (2017): “Teoría del Control de Convencionalidad”, en *Estudios constitucionales* [online], vol. 14, n. 1 [citado 2017-08-13], pp. 61-94. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100003>.
- SILVA ABBOTT, Max (2016): El “deber de prevenir” violaciones a los derechos humanos y algunas de sus posibles consecuencias en *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 22/2016.

EL RECURSO DE *HABEAS CORPUS* COMO VÍA PARA IMPUGNAR LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES DICTADAS POR UN TRIBUNAL DE APELACIÓN

THE WRIT OF *HABEAS CORPUS* AS A WAY TO IMPEACH THE PERSONAL PRECAUTIONARY MEASURES ISSUED BY AN APPEAL COURT

JULIÁN LÓPEZ MASLE*

RESUMEN: Este comentario analiza un fallo dictado por la Segunda Sala de la Corte Suprema, con fecha 7 de febrero de 2017, que acogió el recurso de amparo interpuesto en contra de ministros de una corte de apelaciones que impusieron, en segunda instancia, una medida cautelar de prisión preventiva. El autor analiza si esta sentencia propone un criterio distinto para romper el tradicional antagonismo entre las posturas existentes en torno a la admisibilidad del recurso de amparo contra las medidas cautelares personales decretadas por las cortes de apelaciones y sugiere la incorporación a ese debate de una nueva consideración, que consiste en el deber del Estado de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales asegurando el derecho a la tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: This comment analyzes a ruling issued by the Second Chamber of the Supreme Court, on February 7, 2017, that allow a complaint filed against justices of an appellate court that imposed, in the second instance, a precautionary measure of preventive detention. The author analyzes if this ruling purports a different rationale to get rid the traditional antagonism between existing positions on the admissibility of the writ of habeas corpus against the personal precautionary measures issued by the courts of appeals and suggests the incorporation to that discussion of a new consideration, which consists in the duty of the State to guarantee the full exercise of the fundamental rights ensuring the right to effective judicial protection.

PALABRAS CLAVE: Recurso de amparo, habeas corpus, medidas cautelares personales, prisión preventiva, derecho a la tutela judicial efectiva.

KEYWORDS: Writ habeas corpus, personal precautionary measures, petrial detention, effective judicial protection.

* Profesor asociado del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo: jlopez@derecho.uchile.cl.

I. LA SENTENCIA

El 16 de enero de 2017, un hombre fue detenido como autor del delito flagrante de robo con intimidación y, en tal calidad, compareció a la audiencia de control de detención que se celebró ese mismo día. Al culminar el debate, la detención fue declarada ilegal por el juez de garantía de Los Ángeles. No obstante, prosiguiendo con el desarrollo de la audiencia –según lo autoriza el artículo 132 CPP– el Ministerio Público solicitó que se aplicara al imputado la medida cautelar de prisión preventiva. Esta solicitud fue rechazada por el juez de garantía, quien tuvo en consideración que, habiéndose declarado ilegal la detención, los elementos probatorios obtenidos como consecuencia de ella resultaban inutilizables y no podían fundar una medida cautelar de esa naturaleza¹.

El Ministerio Público apeló de la resolución para ante la Corte de Apelaciones de Concepción, la cual conoció del recurso en audiencia de 18 de enero de 2017. Al finalizar la audiencia, la Corte resolvió revocar la resolución de primera instancia y decretar la prisión preventiva pretendida por el Ministerio Público, en una resolución del siguiente tenor:

“Visto y oído:

“Y teniendo únicamente presente, además, que la resolución que declaró ilegal la detención del imputado no se encuentra firme, que concurren elementos de juicio que permiten presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación de autor en el delito objeto de la formalización y que existen circunstancias calificadas que hacen considerar que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, por lo que se reúnen en esta etapa procesal los requisitos contemplados en el artículo 140 letras a) b) y c) del Código procesal penal, se revoca la resolución dictada en audiencia de dieciséis de enero del año en curso, por el Juzgado de Garantía de Los Ángeles y, en su lugar, se resuelve que se decreta la medida cautelar de prisión preventiva del

¹ La presente narración de hechos sigue lo expuesto por el recurrente en el recurso de amparo presentado con fecha 20 de enero de 2017, caratulado *Magaña con Corte de Apelaciones de Concepción* (2017). Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 36-2017 (recurso de amparo). Disponible en: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=2&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=46&CRR_IdEscrito=7997587&CRR_IdDocEscrito=4122015 [fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017].

*imputado (...) toda vez que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad*².

La defensa del imputado interpuso, contra los ministros de Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción que dictaron esta resolución, un recurso de amparo³, argumentando que la decisión constituía una actuación ilegal y arbitraria porque, entre otras razones, la resolución no cumplía con las exigencias de fundamentación de las resoluciones judiciales impuestas por los artículos 36 y 143 del Código Procesal Penal⁴.

El examen de admisibilidad del recurso de amparo correspondió a la Primera Sala de la misma Corte de Apelaciones de Concepción, la cual se pronunció con fecha 26 de enero de 2017 declarándolo inadmisibile, en una resolución cuyo fundamento más relevante se encuentra en su considerando 3° que reza:

“3°.- Que, sin perjuicio que no puede desconocerse la insuficiencia de argumentos de la decisión recurrida por cuanto no se expresan los hechos que configuran los presupuestos de las letras a) b) y c) del artículo 140 del Código Procesal Penal; es lo cierto que, tanto esta Corte como la Excma. Corte Suprema han decidido en forma reiterada que no es procedente recurrir de amparo en estas condiciones, por cuanto no puede esta Sala constituirse en un tribunal revisor de dicha sentencia”.

“En efecto, tal actuación importaría otorgarle una competencia impropia, como tribunal superior, a una Sala respecto de otra de la misma Corte de Apelaciones, lo que vulnera las normas sobre competencia establecidas en el Código Orgánico de Tribunales, especialmente su artículo 66 inciso 2°”⁵.

La defensa del imputado apeló de esta resolución para ante la Corte Suprema, que se pronunció con fecha 7 de febrero de 2017. En una estrecha decisión de mayoría, la Segunda Sala acogió el recurso declarando:

² *Magaña con Corte de Apelaciones de Concepción* (2017). Rol N° 45-2017 (apelación medida cautelar).

³ En este trabajo se usa la expresión “recurso de amparo” como sinónima de “habeas corpus” y de “acción constitucional de amparo”. Aunque la doctrina procesal suele preferir esta última forma para referirse a la acción constitucional a que se refiere el artículo 21 CPR, la denominación constitucional y legal del *habeas corpus*, en Chile, sigue siendo “recurso de amparo” (*vid.* artículo 21 CPR y artículo 63 N° 2° Letra b COT).

⁴ *Vid.* nota 2.

⁵ *Vid.* nota 3.

“Tercero: Que la acción constitucional de amparo, persigue vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes en lo concerniente a la privación o amenaza de atentados contra la libertad personal y la seguridad individual, por lo que constituye un instrumento eficaz para el control de las resoluciones que emitan los tribunales de justicia que pongan en riesgo dichas garantías. Así, el recurso de amparo emerge como la corrección adecuada y oportuna para poner fin a los actos o decisiones que afecten tales derechos, cuando en dichos dictámenes aparezca de manifiesto y sea ostensible que los antecedentes que le sirven de fundamento no se corresponden con el ordenamiento jurídico vigente”.

“Cuarto: Que la adecuada ponderación de las circunstancias anotadas permite concluir que la resolución de la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción incumple la exigencia de fundamentación de la resolución en cuanto ésta debe expresar las razones que deban convencer a los justiciable sobre los requisitos de procedencia de la medida cautelar decretada, como se lee de las disposiciones contenidas en los artículos 140 y 143 del Código Procesal Penal, de modo que la referencia en forma genérica que el amparado ha tenido participación en calidad de autor en el delito objeto de la formalización y que existen circunstancias calificadas que hacen considerar que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, sin explicitar en su resolución las consideraciones en virtud de las cuales ésta resultaba procedente en el caso concreto, ni hacerse cargo de las prescripciones de la ley, llevan a concluir en el presente caso no se ha producido el debido examen de la cuestión debatida, lo que implica una contravención al mandato de justificación de la decisiones judiciales contenido en los artículos 36 y 143 del Código Procesal Penal, regla que es más intensa cuando aquellas inciden en la libertad personal de un imputado”⁶.

La sentencia fue acordada con el voto en contra de dos de sus ministros que fueron de parecer de confirmar la resolución apelada “en virtud de sus propios fundamentos”⁷.

Esta sentencia forma parte de la ya larga discusión en torno a la admisibilidad del recurso de amparo en contra de resoluciones dictadas por cortes de apelaciones. Para entender si esta sentencia propone algún criterio distinto

⁶ *Magaña con Ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción* (2017). Rol N° 4047-2017 (apelación amparo). Decisión de mayoría de los ministros Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Carlos Cerda F. (voto disidente de los ministros Lamberto Cisternas R. y Andrea Muñoz S.).

⁷ Voto disidente de los ministros Lamberto Cisternas R. y Andrea Muñoz S. Ver nota anterior.

y válido para resolver esa disputa, revisaremos cuál es el estado actual de la discusión, en esta materia.

II. EL RECURSO DE AMPARO TRAS LA REFORMA PROCESAL PENAL

Con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en el año 2000, la regulación procedimental del recurso de amparo quedó en una situación algo incierta⁸.

Como es sabido, a la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal coexistían, en Chile, dos acciones de *habeas corpus*, una legal, prevista por los artículos 306 y siguientes CdPP y otra constitucional, prevista en el artículo 21 CPR. Desde un punto de vista procedimental, sin embargo, ambas aparecían confundidas en una sola, en cuanto el “procedimiento de amparo” de los artículos 306 y ss. CdPP se entendía aplicable, también, a la acción de amparo constitucional contemplada en el artículo 21 CPR. Se le aplicaban, asimismo, las disposiciones del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo, de 19 de diciembre de 1932.

Bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal, existían pocas dudas acerca de la procedencia del recurso de amparo en contra de resoluciones judiciales y de la incompatibilidad entre la presentación de este recurso y los demás medios de impugnación procesal. Así, el artículo 306 CdPP establecía que “todo individuo contra el cual existiere orden de arraigo, detención o prisión... expedida fuera de los casos previstos por la ley o con infracción de cualquiera de las formalidades determinadas en este Código” podría reclamar de su situación por esta vía “*si no hubiere deducido otros recursos legales*”. En el mismo sentido, el artículo 315 CdPP declaraba que el recurso no podía deducirse contra la orden de detención o prisión preventiva que la autoridad competente expidiera “en la secuela de una causa criminal, *siempre que hubiere sido confirmada por el tribunal correspondiente*”.

Durante la discusión del proyecto de ley que culminó en la dictación del Código Procesal Penal, se hizo explícita la intención del legislador de excluir del ámbito de la acción constitucional de amparo la impugnación de resoluciones judiciales⁹. Con ese propósito, se incorporó en el artículo 95 un nuevo

⁸ Para un breve análisis de la evolución histórica del recurso de *habeas corpus* en Chile, véase: ALDUNATE (1990), pp. 19-29.

⁹ Vid. MATURANA (2003), pp. 500-515.

procedimiento de amparo de rango legal, ante el juez de garantía, no aplicable a la impugnación de resoluciones judiciales, y se excluyó deliberadamente la regulación procedimental del amparo constitucional en el nuevo Código, argumentándose, precisamente, que incorporarlo habría contribuido “en alguna medida a reafirmar la idea de que es una acción procedente contra resoluciones judiciales”¹⁰.

Sin embargo, lo cierto es que la forma dada por el legislador al artículo 95 CPP, no solo omitió una declaración específica acerca de la improcedencia de la acción constitucional en contra de resoluciones judiciales sino que incorporó un inciso final que dio pie a una interpretación precisamente opuesta. En efecto, después de regular los aspectos básicos de la nueva acción de amparo ante el juez de garantía, esta norma concluye, señalando: “Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, *sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República*”.

La aplicación práctica que, desde entonces, se ha dado al artículo 21 de la Constitución, ha entendido, a partir de esto, que los medios procesales de impugnación de las resoluciones judiciales no son incompatibles con (esto es, pueden ejercerse *sin perjuicio de*) el recurso de amparo consagrado en el artículo 21 de la Constitución Política de la República. Y esto es tanto como decir que la acción de amparo constitucional procede contra resoluciones judiciales incluso en los casos en que estas pueden impugnarse a través de otros recursos legales¹¹. Más aun, atendido que los artículos 306 y siguientes del CdPP, que establecían la incompatibilidad entre ambos medios de impugnación, han sido derogados orgánicamente por el nuevo Código Procesal Penal, debe tenerse en consideración que tampoco están ya, vigentes, las normas de los artículos 306 y 315 CdPP, que establecían la incompatibilidad entre el recurso de amparo y las demás vías de impugnación de las resoluciones judiciales.

De esta manera, el recurso de amparo ha permanecido, entre nosotros, como una herramienta poderosa para la impugnación de dictámenes judiciales. Los vacíos legislativos provocados por la inexistencia en nuestro ordenamiento

¹⁰ 2º Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Citado por MATURANA (2003), p. 503.

¹¹ Vid., v.gr., *Rodríguez Parra, Edgardo* (2007), considerando 3º.

procesal penal de normas procedimentales similares a las contempladas en los artículos 306 y siguientes CdPP, ha sido materia de algunos esfuerzos legislativos todavía inconclusos¹², pero se ha resuelto jurisprudencialmente, entretanto, mediante la remisión que el artículo 52 del Código Procesal Penal realiza, como normas supletorias, a las disposiciones comunes a todo procedimiento del libro I del Código de Procedimiento Civil¹³.

III. LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE AMPARO EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES DE LOS JUECES DE GARANTÍA Y TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Conforme a lo dispuesto por el artículo 99 COT y a los autos acordados que, en cumplimiento de esta norma, dicta la Corte Suprema cada dos años, es a la Segunda Sala de este tribunal a quien le corresponde, por materia, en funcionamiento extraordinario, el conocimiento de las apelaciones deducidas en contra de sentencia dictadas en recursos de amparo¹⁴.

En la práctica, la acción constitucional de amparo ha sido utilizada, principalmente, para impugnar decisiones administrativas que de alguna manera afectan la libertad personal o la seguridad individual¹⁵. Sin embargo, el ámbito

¹² Vid. Proyecto de ley sobre acciones constitucionales de amparo o *habeas corpus* y de protección. Boletín N° 2809-07.

¹³ Así, por ejemplo, con referencia a esta norma y a las normas de competencia previstas en los artículos 63 N° 2 letra b) y 98 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales, se ha resuelto que la sentencia de primera instancia dictada en el recurso de amparo es apelable, vía a través de la cual se ha convertido en una cuestión de conocimiento y resolución cotidiana por nuestra Corte Suprema. Vid. *Martínez con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017).

¹⁴ Vid. artículo 99 COT y Acta N° 107-2017, de 28 de julio de 2017, que contiene el Auto Acordado que distribuye las materias de que conocen las salas especializadas de la Corte Suprema durante el funcionamiento ordinario y extraordinario.

¹⁵ A modo de ejemplo, durante el año 2017 el recurso de amparo se ha utilizado masivamente para resolver cuestiones vinculadas a la denegación del beneficio de libertad condicional (v.gr., *Pereira con Comisión de Libertad Condicional* (2017); *Alarcón con Comisión de Libertad Condicional* (2017), y *Lizama con Comisión de Libertad Condicional* (2017); la denegación de visas de residencia a inmigrantes (v.gr., *Benítez con Departamento de Extranjería y Migración de la Subsecretaría del interior del Ministerio del Interior* (2017); *Gómez con Gobernación provincial de Llanquihue* (2017), y la expulsión administrativa de extranjeros (v.gr., *Ostos con Subsecretaría del Interior* (2017); *Geraldo con Intendencia de la Región de Arica y Parinacota* (2017). Véase, también, HENRÍQUEZ (2014), pp. 365-376.

de aplicación que se ha reconocido al recurso de amparo en el marco del proceso procesal penal es sumamente amplio¹⁶. No es infrecuente la utilización de esta vía para impugnar resoluciones judiciales dictadas por jueces de garantía¹⁷ y tribunales de juicio oral en lo penal. A modo de ejemplo, solo en lo que va corrido del año 2017, se han acogido recursos de amparo motivados en resoluciones de jueces de garantía que han denegado la fijación de una audiencia de pena sustitutiva en base a un informe desfavorable de Gendarmería¹⁸ o que han determinado dejar sin efecto el traslado de un adolescente a un centro penitenciario¹⁹. Se ha considerado pertinente, también, discutir, por la vía del amparo, la situación de un individuo mantenido en prisión preventiva después de haber sido condenado a libertad vigilada intensiva²⁰. La Corte Suprema ha dejado sin efecto, por la vía de la apelación en recurso de amparo, decisiones de tribunales orales en lo penal relativas al lugar de cumplimiento de la prisión preventiva²¹ y ha resuelto, incluso, cuestiones vinculadas con el cálculo de la pena realizado por el tribunal de juicio oral en la sentencia definitiva²². Por otra parte, discrepancias en la consideración de abonos a la pena impuesta en la sentencia, han determinado que se acojan recursos de amparo interpuestos tanto en contra de jueces de garantía como de tribunales de juicio oral en lo penal²³.

Entre los recursos de amparo acogidos en contra de actuaciones de jueces de primera instancia, durante el año 2017, se encuentran varios relativos a medidas cautelares como las que plantea la sentencia objeto de este comentario.

¹⁶ Una revisión de las distintas materias conocidas a través del recurso de amparo bajo la vigencia del nuevo Código se encuentra en VERDUGO (2014), pp. 195-213.

¹⁷ Vid., v.gr., *Epul con Juez del Juzgado de Garantía de Puerto Montt* (2017). Este fallo acoge en segunda instancia recurso de amparo presentado contra resolución del Juzgado de Garantía de Puerto Montt que decretó la prisión preventiva sin previa formalización de la investigación y de oficio, invocando el artículo 33 del Código Procesal Penal.

¹⁸ *Véliz con Juez del Juzgado de Garantía de Curicó* (2017).

¹⁹ Vid *Sandoval con Juzgado de Garantía de Rengo* (2017); *Pizarro con Gendarmería de Chile* (2017); *Galindo con Gendarmería de Chile* (2017).

²⁰ *López con Juez del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago* (2017).

²¹ *Palma con Juez del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago* (2017).

²² *Yáñez con Tribunal de Juicio Oral de Los Ángeles* (2017).

²³ Véase: *Cuevas con Juzgado de Garantía de Arica* (2017); *Zelaya con Juez del Juzgado de Garantía de Valparaíso* (2017); *Soto con Juez de Garantía de Puerto Montt* (2017); *Navarrete con Juez de Garantía de Chillán* (2017).

Así, por ejemplo, la Corte Suprema no ha tenido dificultad en dejar sin efecto, medidas cautelares como las internaciones provisionales contempladas en la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente²⁴ o la internación provisional del inimputable por enajenación mental²⁵. Se ha pronunciado, incluso, ocasionalmente, sobre la concurrencia o no de la necesidad cautelar invocada al decretar la prisión preventiva²⁶.

La cuestión específica que motiva la sentencia comentada, esto es, la insuficiente fundamentación de una resolución judicial, está también entre aquellas cuestiones sobre las cuales se ha manifestado nuestra Corte Suprema por la vía de la apelación en recurso de amparo.

Así, por ejemplo, con fecha 14 de febrero de 2017, la Corte conoció de la apelación de un recurso de esta naturaleza interpuesto en contra de los jueces de un tribunal oral en lo penal, que habían negado lugar a la sustitución de la prisión preventiva de una condenada, empleando como único fundamento que “la sentencia estableció la medida de cumplimiento efectivo y estima que existe peligro de fuga”²⁷. La Corte Suprema declaró, en este caso, que la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales, impuesta por los artículos 36 y 143 CPP, constituye una garantía consagrada a favor del imputado reconocida constitucionalmente en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución, esto es, la exigencia de que todo órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso legalmente tramitado²⁸.

Así las cosas, existen pocas dudas de que la Corte Suprema considera precedente el recurso de amparo en contra de las resoluciones judiciales dictadas por jueces de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal, y que la debida fundamentación de las resoluciones judiciales es una cuestión legal y constitucionalmente relevante para la Corte Suprema, que puede ser revisada a través de este recurso²⁹.

²⁴ Vid., v.gr., *Riquelme con Juez del Juzgado de Garantía de Chillán* (2017).

²⁵ *Gómez con Juez del Juzgado de Garantía de Talca* (2017).

²⁶ Vid. *Ruiz Tagle con Octavo Juzgado de Garantía de Santiago* (2017).

²⁷ Recurso de amparo *Espinoza con Tribunal de juicio oral en lo penal de Arica*. Rol N° 39-2017. Disponible en: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=2&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=10&CRR_IdEscrito=8027161&CRR_IdDocEscrito=4150620 [fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017].

²⁸ *Espinoza con Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica* (2017).

²⁹ Vid., v.gr., *Ministerio Público con Villalobos* (2017).

IV. LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE AMPARO EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES DE LAS CORTES DE APELACIONES

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema no ha sido, en cambio, igualmente pacífica para resolver sobre la procedencia del recurso de amparo cuando este se intenta en contra de una resolución judicial dictada por una corte de apelaciones.

Si consideramos el tiempo transcurrido desde el año 2005 (en que culmina la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en todo el país) es posible reconocer en la jurisprudencia de la Segunda Sala de Corte Suprema dos etapas bien definidas. En la primera, que abarca el período comprendido entre los años 2005 y 2012, la Sala se manifiesta abiertamente partidaria de la admisibilidad del recurso de amparo en esta hipótesis. Un fallo representativo de esta tendencia es *Meezs contra Corte de Apelaciones de San Miguel*, de 1 de septiembre de 2005, donde la corte unánimemente considera el recurso como procedente³⁰. La doctrina de este fallo es seguida, luego, en numerosos fallos posteriores³¹. Durante este período, el único punto de debate al interior de la Sala es si el conocimiento del recurso debe corresponder a otra corte o a otra sala dentro de la misma corte³². En la segunda etapa, que abarca el período

³⁰ *Meezs contra Corte de Apelaciones de San Miguel* (2005). Decisión unánime de los ministros Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Nibaldo Segura P. y los abogados integrantes José Fernández R. y Emilio Pfeffer P.

³¹ Vid. *Guzmán contra ICA Antofagasta* (2006). Decisión unánime de los ministros Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Carlos Künsemüller y Domingo Hernández E.; *Bezmalinovich con ICA de Rancagua* (2007). Decisión unánime de los ministros Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Óscar Herrera Valdivia y Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Domingo Hernández E.; *Pérez Castro Héctor* (2009). Decisión unánime de los ministros Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Carlos Künsemüller L., y el abogado integrante Luis Bates H.; *Sepúlveda Gutiérrez, Jennifer* (2010). Decisión unánime de los ministros Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. Con todo, se puede observar que, durante este mismo período, una integración distinta de la sala de verano podía mover la unanimidad en el sentido exactamente inverso. Vid. *Donoso contra Juez del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago* (2011). Decisión unánime de los ministros Sergio Muñoz G., Juan Araya E., Pedro Pierry A., Rosa Egnem S. y Roberto Jacob Ch.

³² La Corte se hizo cargo del argumento según el cual la dictación de la resolución impugnada inhabilitaría a la misma Corte para conocer del recurso de amparo en *Montoya Pasco, Emilio* (2008). Decisión unánime de los ministros Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo

comprendido entre los años 2012 y 2017, ha predominado, en cambio, una posición contraria, aunque en votaciones divididas en que se han mantenido, en posiciones minoritarias, quienes defienden la tesis de la admisibilidad del recurso. El punto de inflexión está marcado, aparentemente, por la sentencia dictada en el caso *Guy Saniez, Favor Bruno* (2012), de 24 de enero de 2012³³ que, en estrecha mayoría, se pronuncia por la inadmisibilidad del recurso. Este fallo anticiparía el cambio de criterio que se produciría, ese año, propiciado por las modificaciones ocurridas en la integración de la Segunda Sala³⁴. A partir de entonces, se impondría una mayoría, generalmente estrecha, en favor de la inadmisibilidad del recurso³⁵.

Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Domingo Hernández E.). Dijo entonces, la Corte, que “tal interpretación es errónea” porque no es ése el sentido y alcance del artículo 66 del Código Orgánico de Tribunales, dado que “las causales de inhabilidad para conocer de un determinado asunto son de carácter personal y se encuentran perentoriamente establecidas en la ley, por lo que, de darse en la especie algunas de dichas razones, ha de afectarle sólo a quien dictó la resolución pertinente. La acción constitucional de amparo, referida a una materia en que existe tribunal competente en razón del territorio, como es el caso de autos, debe ser conocido y resuelto por éste, sin perjuicio que puedan inhabilitarse miembros del mismo a quienes pueda afectar causa legal de inhabilidad”. El mismo criterio se aplicó luego en *Soto Valenzuela, Guillermo* (2008). Decisión unánime de los ministros Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Domingo Hernández E.; *Cifuentes Arce, Raúl* (2009); *Pérez Castro Héctor* (2009), y *Baeza contra Ministros Corte de Apelaciones de Concepción* (2010).

³³ *Guy Saniez, Favor* (2012). Decisión de mayoría de los ministros Milton Juica A., Juan Araya E. y Haroldo Brito C. (voto disidente de los ministros Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.).

³⁴ Durante el año 2012, el presidente de la Segunda Sala, Nivaldo Segura, pasó de la Segunda a la Primera, y ese mismo año se retiró de la Corte Suprema, por cumplir el límite máximo de edad, el ministro Jaime Rodríguez Espoz. El ministro Rubén Ballesteros, por su parte, se retiró, por cumplir el límite máximo de edad, en el año 2014.

³⁵ Vid. *Cáceres contra Segunda Sala de la ICA de Talca* (2012). Decisión de mayoría del ministro Juan Fuentes B. y los abogados integrantes Luis Bates H. y Ricardo Peralta V. (voto disidente de los ministros Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.); *Astudillo contra ICA de Talca* (2013); Decisión de mayoría de los ministros Milton Juica A., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Luis Bates H. (voto disidente de los ministros Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.); *Rojas contra Tercera Sala de la ICA de Talca* (2014). Decisión de mayoría de los ministros Milton Juica A., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R. (voto disidente de los ministros Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.); *Montiel contra resolución Primera Sala CA de Puerto Montt* (2015). Decisión de mayoría de los ministros Milton Juica A., Haroldo Brito C., Julio Miranda L. y el abogado integrante Jean Pierre Matus A. (voto disidente del ministro Hugo Dolmestch U.); *Sandoval contra integrantes de la Segunda Sala de febrero CA*

1. La discusión sobre la admisibilidad del recurso

a) Potencial afectación del sistema recursivo

Los partidarios de la inadmisibilidad del recurso de amparo en contra de resoluciones dictadas por las cortes de apelaciones han fundado su posición, en primer lugar, en el impacto negativo que tendría la tesis contraria en el *sistema recursivo*. Este argumento pone su atención en que la resolución que se impugna a través del recurso de amparo, en este caso, es una sentencia de segunda instancia que resulta de la apelación interpuesta contra la resolución que se pronunció sobre la solicitud de la medida cautelar en primera instancia. Permitir, entonces, que surgiera una nueva revisión de la resolución de segunda instancia, sería, en la práctica, generar una segunda revisión de lo obrado por el tribunal *a quo*, lo cual resultaría improcedente.

El argumento aparece tempranamente en un voto disidente de la sentencia dictada en el caso *Saldivia contra Itma. C.A. Valdivia*, con fecha 5 de julio de 2007, en que uno de los ministros justificó su disenso señalando que: “la medida cautelar que se impugna agotó el trámite jurisdiccional ordinario al ser revisada en la alzada y es, por tanto, el resultado de una decisión judicial afinada y que no puede reverse por esta vía”³⁶.

En numerosas sentencias del segundo período, la crítica a la posibilidad de la *segunda revisión* se torna más explícita. Así, por ejemplo, en *Jara contra Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2016), la Corte Suprema sostiene que “el debate sobre la cuestión que motiva el amparo concluyó definitivamente

Concepción (2016). Decisión de mayoría de los ministros Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O. y el abogado integrante Jean Pierre Matus A. (voto disidente del ministro Carlos Künsemüller L.); *Alvarado contra CA de Santiago* (2016). Decisión de mayoría de los ministros Haroldo Brito C. Lamberto Cisternas R. y la abogada integrante Leonor Etcheberry S. (voto disidente del ministro Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Jaime Rodríguez E.). Con todo, ocasionales cambios en la integración de la sala habrían de producir resultados inversos. Véase: *Navarro contra Segunda Sala de la ICA de Talca* (2013). Decisión de mayoría de los ministros Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Jorge Baraona G. (voto disidente de los ministros Milton Juica A. y Lamberto Cisternas R.); *Viztagliano contra Corte de Apelaciones de Temuco* (2013). Decisión de mayoría de los ministros Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Jorge Baraona G. (voto disidente de los ministros Milton Juica A. y R. Peralta V.)

³⁶ Curiosamente, el autor de este voto disidente es el ministro Hugo Dolmestch, quien más tarde cambiaría de opinión y se convertiría en uno de los más consistentes defensores de la tesis de la admisibilidad del recurso. *Saldivia contra Itma. C.A. Valdivia* (2007).

con el fallo de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago que revocó la resolución del tribunal de primer grado, de modo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta Fundamental, sobre tal decisión no es procedente recurrir de amparo pues de otro modo el mismo tribunal de alzada se avocaría a una segunda revisión de lo obrado por el *a quo*³⁷.

Desde ya, digamos que la mención a que existiría algo así como una restricción a la posibilidad de generar una *segunda revisión* de lo obrado resulta poco convincente, porque nada impide que un sistema recursivo suponga una segunda y hasta una tercera revisión de lo obrado por el tribunal *a quo*. De hecho, en nuestro sistema recursivo han sido tradicionalmente tolerados, en el contexto del control disciplinario de los jueces y con razones mucho menos relevantes que el amparo ante la infracción de garantías constitucionales, la posibilidad de revisar y modificar resoluciones dictadas por nuestros tribunales de justicia, más allá de lo que permiten los recursos ordinarios³⁸. Por otra parte, como ya hemos dicho, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia es pacífica en aceptar la procedencia del recurso de amparo en contra de resoluciones dictadas por jueces de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal y, en tales casos la resolución pronunciada por la corte de apelaciones en el amparo es apelable para ante la Corte Suprema. De esto se sigue que, quien opta por impugnar la medida cautelar por esa vía —en lugar de la apelación— se procura también la posibilidad de obtener una *segunda revisión* de lo obrado por el tribunal *a quo*, sin que ello parezca problemático a los partidarios de la inadmisibilidad del recurso contra las resoluciones de las cortes de apelaciones³⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, el problema con el argumento en análisis es que este parte de la premisa que en esta materia existiría un sistema recursivo,

³⁷ *Jara contra Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2016). Decisión de mayoría de los ministros Milton Juica A., Haroldo Brito C. y abogado integrante Jean Pierre Matus S. (voto disidente de los ministros Carlos Künsemüller L. y Jorge Dahm O). Antes, el mismo argumento se encuentra en *Del Canto contra Quinta Sala I. Corte de Apelaciones* (2015).

³⁸ El artículo 545 COT, *a contrario sensu*, permite que, a través del recurso de queja, se modifiquen, enmienden o invaliden resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley no contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios.

³⁹ Esta mirada parece adquirir mayor fuerza en los casos en que la resolución impugnada por la vía del amparo no es una resolución confirmatoria sino revocatoria de la resolución de primera instancia porque, en esos casos, más que una segunda revisión de lo actuado por el tribunal *a quo*, lo que la acción constitucional de amparo está permitiendo es una *primera revisión* de lo actuado por el tribunal *ad quem*, que es quien aparece imponiendo la medida cautelar personal impugnada.

claramente diseñado, que impediría que la resolución de segunda instancia fuere posteriormente revisada. Y esto es algo que no parece para nada claro y que, de hecho, los defensores de la admisibilidad niegan.

En efecto, centrándose en el contenido normativo del artículo 21 CPR, los defensores de la admisibilidad entienden que los términos amplios en que se encuentra redactado este precepto habilitan precisamente para la impugnación de lo obrado por el tribunal de alzada y encuentran, para ello, fundamento en su propio tenor literal. Cabe recordar que la norma constitucional concede la acción de amparo, en su inciso primero, en favor de “todo individuo que se hallare *arrestado, detenido o preso* con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes” y, en su inciso final, permite que el recurso sea también deducido “en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra *privación, perturbación o amenaza* en su derecho a la libertad personal y seguridad individual”. Y lo hace sin distinguir si la orden de arresto, detención o prisión o la privación, perturbación o amenaza provienen o de una resolución judicial de primera o de segunda instancia. Los partidarios de la admisibilidad del recurso no encuentran, entonces, razones de texto, en el artículo 21 CPR, para restringir el alcance de la acción en los casos en que el atentado proviniera de una resolución judicial dictada por una corte de apelaciones.

Así las cosas, el problema es devuelto a los partidarios de la inadmisibilidad. Una mirada que considere atentatoria contra el sistema recursivo la procedencia del recurso de amparo en este caso, tiene la carga de demostrar que la constitución y la ley establecen, efectivamente, un sistema recursivo que clausura la posibilidad de revisar lo actuado por la corte en segunda instancia. Y el problema es que esa carga argumentativa no es fácil de satisfacer.

De hecho, el mayor esfuerzo conocido en este sentido es el que proviene del voto disidente en *Saldivia contra Iltrma. C.A. Valdivia* (2007), al que ya nos hemos referido⁴⁰. En ese caso, el disidente sostuvo, para apoyar su opinión contraria a la admisibilidad del recurso, que tal conclusión se apoyaba en el texto actual artículo 95 inciso 3° CPP y “la doctrina contenida en el artículo 315 del Código de Procedimiento Penal, hoy derogado orgánicamente”⁴¹.

⁴⁰ *Saldivia contra Iltrma. C.A. Valdivia* (2007). Voto disidente del ministro Hugo Dolmestch U.

⁴¹ Id.

Como ya hemos visto, sin embargo, una lectura atenta del inciso 3° del artículo 95 CPP parece conducir a la conclusión exactamente contraria. Si bien es cierto, el inciso 3° excluye la posibilidad de utilizar la *acción legal de amparo* para impugnar resoluciones judiciales, prescribiendo que esto solo puede hacerse a través de “los medios procesales que correspondan”, dicha limitación no se extiende a la posibilidad de ejercicio de la *acción constitucional de amparo* cuya procedencia, por el contrario, se explicita en la parte final del mismo inciso.

Por otra parte, la referencia a “la doctrina” del artículo 315 CdPP no puede ser aceptada en defensa de la tesis de la inadmisibilidad ya que, en la misma medida en que esa misma opinión reconoce que se trata de una norma que está actualmente derogada, parece evidente que la doctrina que la inspiraba también ha desaparecido con ella, en la medida que no ha sido recogida por ninguna norma actualmente vigente.

En otras palabras, si el legislador derogó las reglas legales que establecían la incompatibilidad entre el recurso de amparo y los recursos ordinarios, y declaró en el CPP que la limitación a los medios de impugnación legal debe entenderse *sin perjuicio de* lo establecido en el artículo 21 CPR, que se refiere explícitamente a las medidas de *arresto, detención y prisión*, que constituyen medidas que pueden ser impuestas o ratificadas en segunda instancia, todo parece indicar que, en nuestro ordenamiento legal y constitucional, el sistema recursivo está integrado y compuesto por la posibilidad de impugnar las decisiones sobre medidas cautelares personales adoptadas por las cortes de apelaciones.

Con cierta frecuencia, los defensores de la admisibilidad han tratado de defenderse del reproche a la potencial afectación que su posición produciría en el sistema recursivo sosteniendo que tal efecto no se produciría porque la acción de amparo sería “autónoma en relación a la resolución que le sirve de fundamento”⁴². La expresión de esta idea, repetida en numerosos fallos y votos disidentes desde el año 2013 a la fecha, resulta críptica en cuanto no se ha explicado con mayor desarrollo qué se quiere expresar cuando se alude a la mencionada autonomía. Si lo que se quiere expresar con esta

⁴² El argumento se presenta, por ejemplo, en *Vitagliano contra Corte de Apelaciones de Temuco* (2013). Decisión de mayoría de los ministros Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Jorge Baraona G. (voto disidente de los ministros Milton Juica A. y R. Peralta V.).

referencia es que el artículo 21 de la Constitución tendría un valor *per se*, como regla constitucional separada de la regulación del régimen recursivo de las medidas cautelares personales y, por tanto, no podría afectarlo, me parece que se trate de un argumento incorrecto, en cuanto, independientemente de su ubicación, tramitación y rango legal, toda norma que permita la impugnación y modificación de resoluciones judiciales debe entenderse como integrante del sistema recursivo y contribuye, por tanto, a modelarlo⁴³.

No parece entonces correcto, ni tampoco necesario, defenderse de la crítica negando el carácter recursivo de la acción constitucional de amparo, cuando lo que tiene por objeto es obtener la modificación de resoluciones dictadas por los tribunales de justicia.

b) Potencial afectación de las reglas de competencia

Muy ligado al argumento anterior, una segunda cuestión que han planteado los defensores de la tesis de la inadmisibilidad del recurso de amparo es que este afectaría las *reglas de la competencia*. La mirada no se centra, ahora, en que puedan existir dos revisiones de una misma resolución sino en *a quién* le correspondería realizar esa revisión. A los partidarios de la inadmisibilidad les parece inaceptable que lo resuelto por una sala de la corte de apelaciones pueda ser revisado por otra sala de la misma corte.

En palabras del voto disidente en *Saldivia contra Itma. C.A. Valdivia* (2007), ya citado:

“...al aceptar su procedencia, se produciría una nueva revisión de la cautelar decretada, pero ahora por jueces del mismo rango y aún del mismo tribunal, como lo son los Ministros de Cortes de Apelaciones, lo cual pugna con la estructura orgánica del Poder Judicial y las reglas generales sobre competencia”⁴⁴.

Más enérgicamente aun, en fallos más recientes, los partidarios de la inadmisibilidad han sostenido que permitir que una sala de corte de apelaciones revise lo actuado por otra sala del mismo tribunal “afecta seriamente las reglas

⁴³ En este sentido, tampoco sería correcto entender que la circunstancia de dirigir formalmente el recurso en contra de los ministros que dictaron la resolución, y no en contra de la resolución misma, lo convertiría en una cuestión ajena al sistema recursivo. Con la misma lógica, habría que desconocer –erróneamente, a mi juicio– que el recurso de queja tenga impacto en el sistema recursivo.

⁴⁴ *Saldivia contra Itma. C.A. Valdivia* (2007). Voto disidente del ministro Hugo Dolmestch U.

sobre competencia de orden público contenidas en el Código Orgánico de Tribunales, entre ellas la del grado y jerarquía, y puede constituir seriamente una vulneración del artículo 7° de la Constitución Política de la República”⁴⁵.

En la estructura de este argumento se trasluce, sin duda, el arraigado concepto de jerarquía sobre el cual se ha estructurado tradicionalmente nuestro Poder Judicial, pero no puede entenderse como un argumento decisivo. Bajo un ideal menos “jerárquico” y más “paritario”⁴⁶, no debería entenderse como una distorsión la posibilidad de que un juez del mismo rango revise lo actuado por otro. De hecho, el proceso penal actual concede, desde ya, numerosas oportunidades que esto ocurra, como lo habrán constatado más de una vez los jueces de garantía llamados a pronunciarse sobre una exclusión probatoria sobre la cual ya recayó un pronunciamiento de otro juez en torno a la legalidad de la detención o los jueces de tribunales orales requeridos para analizar la licitud de una prueba cuya admisibilidad ya fue revisada por el juez de garantía.

Más allá de esta cuestión conceptual, sin embargo, los partidarios de la inadmisibilidad del recurso han acudido, frecuentemente, a la cita de normas legales, en particular del artículo 66 inciso 2° COT, que declara que “Cada sala representa a la Corte en los asuntos de que conoce”. Siguiendo esta regla, han dicho, permitir la revisión de actuado por la vía del amparo constitucional “importaría otorgarle una competencia impropia, como tribunal superior, a una Sala respecto de otra de la misma Corte de Apelaciones, lo que vulnera las normas sobre competencia establecidas en el Código Orgánico de Tribunales, especialmente su artículo 66 inciso 2°”⁴⁷.

⁴⁵ Vid., por todas: *Del Canto contra Quinta Sala I. Corte de Apelaciones* (2015). Decisión de mayoría de los ministros Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y abogado integrante Jorge Lagos G. (voto disidente de los ministros Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.). Más recientemente, el argumento se presenta también en *Sanhueza con Ministros de la Corte de Apelaciones de Chillán* (2017). Decisión unánime de los ministros Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Jorge Dahm O.

⁴⁶ Utilizamos estas expresiones en el sentido que les asigna Damaska en: DAMASKA (1986), pp. 33-84.

⁴⁷ *Magaña con Corte de Apelaciones de Concepción* (2017), considerando 3°. Pronunciado por la Primera Sala, integrada por los ministros(as) Carola Rivas V., Manuel Segundo Muñoz A. y abogada integrante Ruth Gabriela Lanata F. Las cortes de apelaciones suelen citar esta misma norma cuando declaran inadmisibles los recursos de amparo. Vid., v.gr., *Meezs contra Corte de Apelaciones de San Miguel* (2005).

Los partidarios de la admisibilidad de la acción constitucional han enfrentado el reproche a la alteración de las reglas de competencia, comenzando por recordar las normas en las cuales esa competencia aparecería afinada. Así, han sostenido que el artículo 21 de la Constitución Política de la República y el principio de inexcusabilidad del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales “impiden negar lugar al ejercicio de una acción constitucional de amparo, que constituye una defensa contra las resoluciones que decretan medidas de prisión o cualquier restricción de la libertad personal”⁴⁸.

En otras ocasiones han sostenido, en términos más simples, que en estos casos correspondería “pronunciarse derechamente sobre el fondo de lo reclamado, toda vez que se denuncia una amenaza a la libertad personal de aquel a cuyo favor se recurre, situación que se ajusta a las prescripciones que conforme al artículo 21 de la Constitución Política de la República hacen procedente el recurso deducido”⁴⁹. Y han recordado que es un “hecho indiscutible” que el artículo 63 N° 2° letra b) del Código Orgánico de Tribunales entrega a las cortes de apelaciones la competencia para conocer en primera instancia de los recursos de amparo. Parece, entonces, que este tribunal no podría excusarse de ejercer su autoridad cuando tal intervención le hubiere sido requerida, a pretexto de que el atentado proviniera de ministros de la misma Corte⁵⁰.

El problema, entonces, parece limitarse a resolver qué ocurre con las inhabilidades subsecuentes al pronunciamiento de la misma corte que resulta impugnado por el amparo, aunque los partidarios de la admisibilidad han planteado que esta sería una cuestión secundaria, perfectamente abordable a través de las reglas sobre inhabilidades legales. Así, por ejemplo, en *Colillanca contra Resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2015), la Corte Suprema sostuvo que al definir la procedencia del recurso de amparo

⁴⁸ *Meezs contra Corte de Apelaciones de San Miguel* (2005). Decisión unánime de los ministros Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Nibaldo Segura P. y los abogados integrantes José Fernández Richard y Emilio Pfeffer P. El mismo razonamiento aparece posteriormente en *Guzmán contra ICA Antofagasta* (2006). Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Carlos Künsemüller L. y Domingo Hernández E.

⁴⁹ *Villacura contra Ministros de la ICA de Arica* (2015). Voto disidente del ministro Carlos Künsemüller L.

⁵⁰ Vid., en esta línea: *Colillanca contra Resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2015). Voto disidente del ministro Dolmestch y abogado integrante Jaime Rodríguez E., considerando 1°.

era “irrelevante para su decisión, el problema de competencia que eventualmente pudiera suscitarse respecto del tribunal al que corresponda conocer de dicha acción”⁵¹.

De hecho, este problema fue resuelto, durante el primer período, de dos maneras distintas. En *Guzmán Zuleta, Osciél contra ICA Antofagasta* (2006), la corte consideró que la ficción legal del artículo 66 inciso 2° COT involucraba la inhabilidad de toda la corte para conocer, vía amparo, del reproche de ilegalidad planteado en contra de la actuación de una de sus salas y resolvió, por tanto, que el asunto debía ser conocido y resuelto por la corte a quien le correspondía subrogar a la corte impugnada⁵². Sin embargo, la decisión contó con la prevención de dos ministros que estuvieron por mantener los antecedentes en la misma corte que había decretado la medida “por estimar que la acción constitucional de amparo es independiente de la resolución que le sirve de fundamento”⁵³.

El criterio planteado en esta disidencia habría de convertirse, más tarde, en el criterio predominante, aparentemente, desde mediados de 2007, época en que la Corte, por decisión de mayoría, se inclinó por mantener la competencia para conocer del asunto en la misma corte que había dictado la resolución que motivaba el recurso. Tuvo presente, para esto, que “el recurso de amparo referido es autónomo en relación a la resolución que le sirve de fundamento, de modo tal que a su respecto no resulta aplicable la ficción del artículo 66 del Código Orgánico de Tribunales, precisamente porque se trata del ejercicio de una acción constitucional que debe impetrarse directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva”⁵⁴.

La mirada de los partidarios de la admisibilidad del recurso sobre el artículo 66 inciso 2° desactiva, así, el efecto que los partidarios de la inadmisibilidad pretenden asignarle en la resolución del problema. En el ya

⁵¹ *Saldivia contra Ilma. C.A. Valdivia* (2007). Decisión de mayoría de los ministros Alberto Chaigneau del C., Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y Rubén Ballesteros C. (voto disidente del ministro Hugo Dolmestch U.).

⁵² *Guzmán contra ICA Antofagasta* (2006). Prevención de los ministros Nivaldo Segura P. y Jaime Rodríguez Espoz.

⁵³ Id.

⁵⁴ *Saldivia contra Ilma. C.A. Valdivia* (2007). Decisión de mayoría de los ministros Alberto Chaigneau del C., Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y Rubén Ballesteros C. (con voto disidente del ministro Hugo Dolmestch U. y prevención del ministro Alberto Chaigneau del C., quien estuvo por remitir los antecedentes a la corte subrogante).

citado *Colillanca contra Resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2015), la Corte sostiene que ese artículo está circunscrito al ejercicio de la jurisdicción a que se refieren los artículos 73, inciso primero de la CPR y 1 del COT, en cuanto a los efectos de las resoluciones judiciales que incluyen el desasimiento del tribunal y la acción y excepción de cosa juzgada, pero no se extienden a la acción constitucional de amparo en cuanto este resulta independiente de la resolución que le sirve de fundamento⁵⁵.

Por otra parte, en el mismo caso se explica que una interpretación extensiva del artículo 66 inciso 2° del COT, como la que pretende la posición contraria, tornaría ininteligibles las reglas de subrogación que el mismo COT establece en sus artículos 215 y 216 del COT, las cuales imponen la integración “con los miembros no inhabilitados del mismo tribunal” o “con otra de las salas de que se componga el tribunal”. Esto demostraría que el pronunciamiento de una sala no puede entenderse como representativa de toda la Corte para todos los efectos legales⁵⁶.

Así las cosas, se ha considerado que “el único cuestionamiento susceptible de plantearse en estas situaciones apunta exclusivamente a las opiniones vertidas en la resolución judicial objetada, cuestión que debe resolverse a la luz de las inhabilidades que afectan a los autores de tales conjeturas, y que son siempre personales, jamás corporativas, por lo que de ninguna manera alteran la competencia del tribunal”⁵⁷.

En suma, mientras para los partidarios de la inadmisibilidad el artículo 66 inciso 2° contiene una regla de competencia que impide la revisión del asunto por la misma corte, para los partidarios de la admisibilidad se trata de una mera ficción legal que no puede liberar a la Corte de Apelaciones de su rol de control de la legalidad y constitucionalidad de los actos que afectan la libertad personal y seguridad individual. O se trata, en el mejor de los casos, de una regla que inhabilita no solo a los miembros de la sala que dictó la resolución sino a los miembros de toda la corte, lo cual se resuelve mediante la simple aplicación de las reglas de subrogación legal.

⁵⁵ *Colillanca contra Resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2015). Voto disidente del ministro Dolmestch y abogado integrante Jaime Rodríguez E., considerando 4°.

⁵⁶ Id., considerando 5°.

⁵⁷ *Ortiz con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017). Voto disidente del abogado integrante Jaime Rodríguez Espoz.

2. El criterio de la infracción “manifiesta y ostensible”

En la sentencia que motiva este comentario, la segunda Sala de la Corte Suprema acoge un recurso de amparo al constatar que la medida cautelar de prisión preventiva, impuesta por una corte de apelaciones en segunda instancia, tiene un déficit de fundamentación que constituye una contravención al mandato de justificación contenido en los artículos 36 y 143 del Código Procesal Penal⁵⁸.

En el caso en cuestión, lo cierto es que ese déficit era tan evidente que había sido detectado y declarado por la propia resolución de la Corte de Apelaciones que había declarado inadmisibilidad el recurso⁵⁹.

La sentencia de la Corte Suprema, sin embargo, acoge la apelación interpuesta en contra de dicha resolución, extendiendo su pronunciamiento mucho más allá de la cuestión de su procedencia. No solo revoca la resolución en cuanto esta había declarado inadmisibile el recurso sino que aborda inmediatamente el problema de fondo, dejando sin efecto la medida cautelar de prisión preventiva decretada previamente por la misma corte, disponiendo que el juez aplique, en su lugar, “una medida cautelar de aquellas contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal”. La sentencia parece hacerse cargo, de este modo, del problema que para los partidarios de la inadmisibilidad representa la posibilidad de una sala se convierte en revisora de las resoluciones dictadas por otra. Este problema se elimina a través de una intervención directa de la Corte Suprema que, en lugar de reenviar el asunto a una sala o corte no inhabilitada, resuelve derechamente el fondo de la cuestión, corrigiendo la infracción legal o constitucional que el caso plantea.

Lo más llamativo, sin embargo, son los términos que se utilizan para afirmar la procedencia del recurso de amparo en este caso. La sentencia comentada afirma esa procedencia declarando que “el recurso de amparo emerge como la corrección adecuada y oportuna para poner fin a los actos o decisiones que afecten tales derechos, cuando en dichos dictámenes *aparezca de manifiesto y sea ostensible* que los antecedentes que le sirven de fundamento no se corresponden con el ordenamiento jurídico vigente”⁶⁰.

⁵⁸ *Magaña con Ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción* (2017). Vid. *Supra* I.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Ibíd.*

Ahora bien, no es era esta la primera ocasión en que se funda la procedencia de un recurso de amparo en el carácter manifiesto y ostensible de la infracción constitucional invocada de amparo. De hecho, en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema esa expresión se ha usado, con cierta frecuencia, para referirse a la medida o entidad de la infracción que distingue la viabilidad del recurso de amparo frente al ejercicio de los recursos ordinarios⁶¹.

Sin embargo, la utilización de estos términos en la sentencia que motiva este comentario da pie para generarse la impresión que el criterio aquí va un poco más lejos, en cuanto se formula como una manera de vencer el reparo sobre inadmisibilidad planteado en contra de los recursos de amparo que impugnan resoluciones de las cortes de apelaciones. El elemento que induce a pensar de esa manera es que uno de los ministros que concurre al fallo había sido, tradicionalmente, uno de los partidarios de la inadmisibilidad del recurso de amparo en casos como este, no obstante lo cual concurre en este caso, como había concurrido en fallos anteriores⁶², a declararlo admisible por el carácter ostensible de la falta de fundamento.

¿Puede, el criterio de la infracción manifiesta y ostensible, pasar a cumplir esta función en la jurisprudencia sobre la admisibilidad del recurso de amparo en contra de las medidas cautelares decretadas por las cortes de apelaciones? ¿Podría, a través de él, persuadirse a los partidarios de la inadmisibilidad que el recurso de amparo es, a lo menos, *excepcionalmente admisible*, cuando el vicio que se reclama es su evidente falta de fundamentación y esta queda de manifiesto a través de la simple lectura de la sentencia?

La respuesta práctica es que no o, a lo menos, que eso no ha ocurrido hasta ahora. Si se toman en consideración las sentencias pronunciadas

⁶¹ Vid., v.gr., *Rodríguez Parra, Edgardo* (2007); *Pérez Castro, Héctor* (2009); *Carrera contra segunda Sala de la ICA de Puerto Montt* (2009); *Baeza contra Ministros Corte de Apelaciones de Concepción* (2010); *Rosas contra Ministros 1ª Sala* (2011).

⁶² Vid., v.gr., *Salazar contra Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel* (2015). Decisión de mayoría de los ministros Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y Haroldo Brito C. (voto disidente de los abogados integrantes Jean Pierre Matus A. y Jorge Lagos G.); *Alvial contra Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel* (2015). Decisión de mayoría de los ministros Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y Haroldo Brito C. (voto disidente de los abogados integrantes Jean Pierre Matus A. y Jorge Lagos G.). En estos dos casos, sin embargo, la decisión de la corte se había limitado a declarar la admisibilidad del recurso y ordenar su reenvío a una sala no inhabilitada de la misma Corte de Apelaciones.

por la Segunda Sala de la Corte Suprema con posterioridad la sentencia en comento, queda en evidencia que esta se presenta como una *rara avis* y que las posiciones en torno al tema no han variado en lo más mínimo, manteniéndose férreas las posturas de quienes se manifiestan partidarios o contrarios a la admisibilidad del recurso⁶³. De hecho, no deja de resultar significativo que, en otra sentencia dictada por la misma Sala de la Corte Suprema, el mismo 7 de febrero de 2017, con una integración parcialmente diferente pero respecto de una infracción igualmente manifiesta, la decisión haya sido exactamente la contraria⁶⁴.

Desde el punto de vista dogmático, por otra parte, no parece que el criterio pueda realmente constituirse en una vía válida para superar los problemas que los partidarios de la inadmisibilidad plantean, porque lo cierto es que, cuando la Corte Suprema se pronuncia sobre el fondo de la cuestión, el juicio sobre la admisibilidad del recurso está implícito en la decisión. La entidad de la infracción legal o constitucional denunciada, o su carácter manifiesto, no debería añadir nada al problema de la procedencia del recurso.

3. La consideración del derecho a la tutela judicial efectiva

Los argumentos que se han dado hasta ahora para impugnar o defender la admisibilidad del recurso de amparo permanecen, como se ha visto, en el ámbito de la interpretación legal sobre los problemas que la cuestión plantea

⁶³ Vid. *Sanhueza con Ministros de la Corte de Apelaciones de Chillán* (2017). Decisión de mayoría de los ministros Milton Juica A., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Jorge Dahm O. (voto disidente del ministro Carlos Künsemüller L.); *Herrera con Juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago* (2017); *Salgado con Ministros de la Corte de Apelaciones de Chillán* (2017). Decisión de mayoría de los ministros Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y los abogados integrantes Jean Pierre Matus A. y Jorge Lagos G. (voto disidente del ministro Carlos Künsemüller L.); *Sanhueza con Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017). Decisión de mayoría de los ministros Milton Juica A., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Jorge Dahm O. (voto disidente del ministro Carlos Künsemüller L.); *Zepeda contra Corte de Apelaciones de La Serena* (2017). Decisión de mayoría de los ministros Milton Juica A., Manuel Valderrama R. y los abogados integrantes Jorge Lagos G. y Leonor Etcheberry C. (voto disidente del ministro Carlos Künsemüller L.).

⁶⁴ *Bustamante con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017). Decisión de mayoría de los ministros Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Andrea Muñoz S. (voto disidente de los ministros Künsemüller y Cerda).

al sistema recursivo o a las reglas de competencia, pero no han abordado los problemas que, desde el punto de vista de la debida protección de los derechos constitucionales, supone la posición que propone la inadmisibilidad del recurso.

Esta mirada es problemática porque, al centrar su atención en la cuestión de la admisibilidad, nuestra jurisprudencia termina por dar preeminencia a cuestiones formales por sobre los problemas de fondo implicados desde el punto de vista de los derechos fundamentales, los que terminan siendo cautelados o no, según cual haya sido la vía a través de la cual el asunto llegó al conocimiento de la corte.

Así, por ejemplo, mientras nuestra Corte Suprema ha considerado admisible el recurso de amparo intentado contra un juez de garantía para conocer de decisiones erróneas en torno al abono a la pena privativa de libertad hecho en la sentencia definitiva y ha adoptado decisiones en esa materia por la vía de la apelación de ese amparo⁶⁵, la misma Corte ha considerado improcedente conocer de esa cuestión cuando la errónea decisión sobre el abono a la pena ha sido tomada en una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, en segunda instancia, conociendo de un recurso ordinario⁶⁶. Esto significa que, ante a un mismo problema, la competencia que a sí misma se atribuye la Corte Suprema para conocer de infracciones constitucionales que considera amparadas por el artículo 21 CPR termina dependiendo de la tramitación seguida por el asunto antes de llegar a la Corte.

Dicho de otro modo, si la infracción legal o constitucional ha sido cometida por el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal, la Corte Suprema suele considerar procedente y legítima la acción constitucional de amparo, interviniendo para confirmar o revocar lo resuelto a través del recurso de apelación. Sin embargo, si la infracción es cometida por la Corte de Apelaciones respectiva, la Corte Suprema entiende que no existe una vía judicial que le permita intervenir para conocer de ella. Esto arroja, desde el punto de vista institucional, un resultado curioso, porque determina que las reglas que la propia Corte Suprema ha desarrollado en materia de libertad individual y seguridad personal (v.gr., la

⁶⁵ *Cuevas con Juzgado de Garantía de Arica* (2017); *Zelaya con Juez del Juzgado de Garantía de Valparaíso* (2017); *Soto con Juez de Garantía de Puerto Montt* (2017); *Navarrete con Juez de Garantía de Chillán* (2017).

⁶⁶ *Orellana con Ministros Corte de Apelaciones de Rancagua* (2017).

que exige abonar realizar abonos correctos a la pena o fundamentar debidamente las sentencias) solo puede ser impuesta en la medida en que los criterios refractarios a esas reglas sean aplicados por las cortes de apelaciones conociendo en primera instancia de los recursos de amparo intentados por los afectados, pero no si el criterio refractario ha sido aplicado conociendo en segunda instancia de un recurso de apelación.

Por cierto, es innegable que la situación actual de regulación del recurso dista de ser ideal, y que es una tarea legislativa aún pendiente establecer un procedimiento especial para la tramitación de las acciones constitucionales, que llene el vacío dejado por la derogación de los artículos 306 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y resuelva de mejor manera la determinación del órgano judicial competente para conocer de esa acción.

Pero, mientras ello no ocurra, la interpretación de la normativa vigente no puede dejar de lado una consideración relevante, cual es que el Estado de Chile se encuentra comprometido, por el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar su libre y pleno ejercicio* a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. Tal conlleva, además, el derecho a la *tutela judicial efectiva*, en los términos previstos por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, la Convención establece, en su artículo 25.1. que:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

En el artículo 25.2, este derecho se sella con el compromiso de los Estados Parte:

“a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

En estas condiciones, no es correcto, sin más, seguir declarando la improcedencia del recurso de amparo contra resoluciones dictadas por las

cortes de apelaciones sobre la base de interpretaciones controvertibles acerca de los alcances de las reglas que ordenan el sistema recursivo y las reglas de competencia de derecho interno. La correcta interpretación de esas reglas legales no puede dejar de lado la consideración de las consecuencias que su aplicación tiene en el cumplimiento del deber garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, que corresponde al Estado, y en el derecho a la tutela judicial efectiva de esos mismos derechos, que corresponde al afectado.

Las decisiones que niegan a los afectados el derecho de recurrir en contra de resoluciones que satisfacen todos los criterios impuestos por nuestros propios tribunales para entender que una infracción constitucional se ha producido, por la sola consideración del órgano del cual emana la infracción, deja al afectado en la indefensión frente a esa falta. Por cierto, el Pacto de San José de Costa Rica no obliga a asegurar que el imputado tenga tres o cuatro oportunidades de revisar, por vías diversas, las decisiones tomadas en relación con su libertad personal, pero no cabe duda que debe existir *a lo menos una*, en ausencia de la cual la garantía afectada queda, desde luego, desamparada.

En el caso específico que motiva la sentencia, esto es, cuando la medida cautelar personal no viene impuesta por el juez de garantía o el tribunal de juicio oral sino que es impuesta directamente por la Corte de Apelaciones, lo cierto es que ni siquiera puede hablarse de una segunda revisión, porque es la corte la que incurre directamente en una infracción hasta allí inexistente. Seguir declarando que el recurso de amparo es inadmisibles por la sola circunstancia de que el acto que constituye la infracción a la libertad individual y seguridad personal emana de una corte de apelaciones, es tanto como reconocer a esas cortes, por una pura cuestión de jerarquía, una potestad para privar de libertad a una persona que más que discrecional, deviene en arbitraria, al no quedar sometida a ninguna posibilidad de control por parte del ordenamiento jurídico.

Una regulación legal adecuada del recurso de amparo deberá resolver cuál es el órgano más adecuado para controlar las eventuales infracciones legales y constitucionales cometidos por resoluciones judiciales de segunda instancia. Pero, en ausencia de esa regulación, no parece razonable que argumentos institucionales acerca de la conveniencia o inconveniencia de que sean jueces del mismo grado los que deban llevar adelante ese control prevalezcan por sobre la necesidad de asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales de los afectados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (1990): “Panorama actual del amparo y *habeas corpus* en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, N° 1, Universidad de Talca, 2007.
- DAMASKA, MIRJAN (2000): *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (trad. Morales Vidal, Andrea, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 430 pp.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2014): “El *habeas corpus* como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013)”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 1.
- MATURANA MIQUEL, Cristian (coord.) (2003): *Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I, 802 pp.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario (2014): “El *habeas corpus* en los tribunales”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, Segunda época, año II, N° 1-2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Alarcón Astete, Mauricio con Comisión de Libertad Condicional* (2017): Corte Suprema, 28 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 37893-2017.
- Alvarado Gattas, Natalia contra CA de Santiago* (2016): Corte Suprema, 26 de septiembre de 2016 (apelación amparo). Rol N° 68668-2016.
- Alvial Fuentes, Leonardo contra Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel* (2015): Corte Suprema, 18 de diciembre de 2015 (apelación amparo). Rol N° 36738-2015.
- Astudillo Moya, Gustavo contra ICA de Talca* (2013): Corte Suprema, 9 de enero de 2013 (apelación amparo). Rol N° 187-2013.
- Baeza Rami, David contra Ministros Corte de Apelaciones de Concepción* (2010): Corte Suprema, 10 de septiembre de 2010 (apelación amparo). Rol N° 6720-2010.
- Benítez Lerma, Malvin con Departamento de Extranjería y Migración de la Subsecretaría del interior del Ministerio del Interior* (2017): Corte Suprema, 23 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 37397-2017.

- Bezmalinovich Hidalgo, Carlos con ICA de Rancagua* (2007): Corte Suprema, 7 de noviembre de 2007 (apelación amparo). Rol N° 6005-2007.
- Bustamante Moya, Karla con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017): Corte Suprema, 7 de febrero de 2017 (apelación amparo). Rol N° 4093-2017.
- Cáceres Fariás, Álvaro contra Segunda Sala de la ICA de Talca* (2012): Corte Suprema, 28 de agosto de 2012 (apelación amparo). Rol N° 6504-2012.
- Carrera Carrasco, Antonio contra Segunda Sala de la ICA de Puerto Montt* (2009): Corte Suprema, 28 de mayo de 2009 (apelación amparo). Rol N° 3433-2009.
- Cifuentes Arce, Raúl* (2009): Corte Suprema, 7 de enero de 2009 (apelación amparo). Rol N° 70-2009.
- Cuevas Marambio, Sebastián con Juzgado de Garantía de Arica* (2017): Corte Suprema, 7 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 36208-2017.
- Colillanca Poveda, Christian y otro contra Resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2015): Corte Suprema, 25 de agosto de 2015 (apelación amparo). Rol N° 11796-2015.
- Cuevas Marambio, Sebastián con Juzgado de Garantía de Arica* (2017): Corte Suprema, 7 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 36208-2017.
- Del Canto Araya, Francisco contra Quinta Sala I. Corte de Apelaciones* (2015): Corte Suprema, 6 de abril de 2015 (apelación amparo). Rol N° 4564-2015.
- Donoso Villaseñor, Martín contra Juez del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago* (2011): Corte Suprema, 10 de febrero de 2011 (apelación amparo). Rol N° 1250-2011.
- Epul Espinoza, Rosa con Juez del Juzgado de Garantía de Puerto Montt* (2017): Corte Suprema, 4 de mayo de 2017 (apelación amparo). Rol N° 16614-2017.
- Espinoza Pérez, Patricia con Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica* (2017): Corte Suprema, 14 de febrero de 2017 (apelación amparo). Rol N° 88993-2016.
- Galindo Delgado, Jonathan con Gendarmería de Chile* (2017): Corte Suprema, 2 de febrero de 2017 (apelación amparo). Rol N° 3639-2017.

- Geraldo Domínguez, Juana con Intendencia de la Región de Arica y Parinacota* (2017): Corte Suprema, 21 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 37160-2017.
- Gómez Montoya, Huber con Gobernación provincial de Llanquihue* (2017): Corte Suprema, 22 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 37279-2017.
- Gómez Venegas, David con Juez del Juzgado de Garantía de Talca* (2017): Corte Suprema, 14 de febrero de 2017 (apelación amparo). Rol N° 4947-2017.
- Guy Saniez, Favor Bruno* (2012): Corte Suprema, 24 de enero de 2012 (apelación amparo). Rol N° 1025-2012.
- Guzmán Zuleta, Osciel contra ICA Antofagasta* (2006): Corte Suprema, 14 de agosto de 2006 (apelación amparo). Rol N° 3941-2006.
- Herrera Barraza, Rodrigo con Juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago* (2017): Corte Suprema, 29 de mayo de 2017 (apelación amparo). Rol N° 21861-2017.
- Jara Trujillo, Rolando contra Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2016): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2016 (apelación amparo). Rol N° 95100-2016.
- Lizama Argomedo, Luis con Comisión de Libertad Condicional* (2017): Corte Suprema, 24 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 37448-2017).
- López Molina, José con Juez del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago* (2017): Corte Suprema, 12 de junio de 2017 (apelación amparo). Rol N° 28008-2017.
- Magaña Loyola, Ignacio con Corte de Apelaciones de Concepción* (2017): Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de enero de 2017 (apelación medida cautelar). Rol N° 45-2017.
- Magaña Loyola, Ignacio con Corte de Apelaciones de Concepción* (2017): Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de enero de 2017 (recurso de amparo). Rol N° 36-2017.
- Magaña Loyola, Ignacio con Ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción* (2017): Corte Suprema, 7 de febrero de 2017 (apelación amparo). Rol N° 4047-2017.
- Martínez Perot, Nicolás con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017): Corte Suprema, 27 de abril de 2017 (apelación amparo). Rol N° 6992-2017.

- Meezs, Rodrigo contra Corte de Apelaciones de San Miguel* (2005): Corte de Apelaciones de San Miguel (recurso de amparo). Rol N° 137-2005.
- Meezs, Rodrigo contra Corte de Apelaciones de San Miguel* (2005): Corte Suprema, 1 de septiembre de 2005 (apelación amparo). Rol N° 4330-2005.
- Ministerio Público con Villalobos Flores, Víctor* (2017): Corte Suprema, 4 de enero de 2017 (recurso de nulidad). Rol N° 4780-2017.
- Montiel Vera, Pedro contra resolución Primera Sala CA de Puerto Montt* (2015): Corte Suprema, 1 de junio de 2015 (apelación amparo). Rol N° 6981-2015.
- Montoya Pasco, Emilio* (2008): Corte Suprema, 4 de agosto de 2008 (apelación amparo). Rol N° 4361-2008.
- Navarrete Espinoza, Raquel con Juez de Garantía de Chillán* (2017): Corte Suprema, 7 de febrero de 2017 (apelación amparo). Rol N° 4652-2017.
- Navarro Fajardo, Sebastián contra Segunda Sala de la ICA de Talca* (2013): Corte Suprema, 6 de marzo de 2013 (apelación amparo). Rol N° 1339-2013.
- Orellana Maureira, Erasmo con Ministros Corte de Apelaciones de Rancagua* (2017): Corte Suprema, 4 de abril de 2017 (apelación amparo). Rol N° 11448-2017.
- Ortiz Baratta, Pamela con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017): Corte Suprema, 28 de febrero de 2017 (apelación amparo). Rol N° 6808-2017.
- Ostos Buitrago, Juan Carlos con Subsecretaría del Interior* (2017): Corte Suprema, 22 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 37229-2017.
- Palma Sáez, Héctor con Juez del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago* (2017): Corte Suprema, 13 de junio de 2017 (apelación amparo). Rol 27866-2017.
- Parra Martínez, David contra Segunda Sala ICSA de San Miguel* (2008): Corte Suprema, 15 de julio de 2008 (contienda de competencia). Rol N° 3504-2008.
- Pereira Gálvez, José con Comisión de Libertad Condicional* (2017): Corte Suprema, 28 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 37799-2017.
- Pérez Castro Héctor Custodio* (2009): Corte Suprema, 7 de mayo de 2009 (apelación amparo). Rol N° 2874-2009.

- Pizarro Lara, Víctor con Gendarmería de Chile* (2017): Corte Suprema, 15 de febrero de 2017 (apelación amparo). Rol N° 4781-2017.
- Riquelme Contreras, Francisco con Juez del Juzgado de Garantía de Chillán* (2017): Corte Suprema, 8 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 36339-2017.
- Rodríguez Parra, Edgardo* (2007): Corte Suprema, 7 de noviembre de 2007 (apelación amparo). Rol N° 5972-2007.
- Rojas Zanelli, Alejandra contra Tercera Sala de la ICA de Talca* (2014): Corte Suprema, 15 de enero de 2013 (apelación amparo). Rol N° 1024-2014.
- Rosas Sáez, Boris contra Ministros 1ª Sala* (2011): Corte Suprema, 29 de julio de 2011 (apelación amparo). Rol N° 7000-2011.
- Ruiz Tagle Díaz, Douglas con Octavo Juzgado de Garantía de Santiago* (2017): Corte Suprema, 1 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 35760-2017.
- Salazar Méndez, Ricardo contra Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel* (2015): Corte Suprema, 18 de diciembre de 2015 (apelación amparo). Rol N° 36736-2015.
- Saldivia Aravena C., contra Iltma. C.A. Valdivia* (2007): Corte Suprema, 5 de julio de 2007 (apelación amparo). Rol N° 3427-2007.
- Salgado Salgado, Víctor y otro con Ministros de la Corte de Apelaciones de Chillán* (2017): Corte Suprema, 15 de mayo de 2017 (apelación amparo). Rol N° 18248-2017.
- Sandoval Godoy, Bastián con Juzgado de Garantía de Rengo* (2017): Corte Suprema, 29 de mayo de 2017 (apelación amparo). Rol N° 21738-2017.
- Sandoval Sandoval, Sebastián contra integrantes de la Segunda Sala de febrero CA Concepción* (2016): Corte Suprema, 21 de marzo de 2016 (apelación amparo). Rol N° 18287-2016.
- Sanhueza Rojas, Alexis con Ministros de la Corte de Apelaciones de Chillán* (2017): Corte Suprema, 28 de febrero de 2017 (apelación amparo). Rol N° 6854-2017.
- Sanhueza Torres, Jeanette y otra con Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017): Corte Suprema, 24 de abril de 2017 (apelación amparo). Rol N° 14616-2017.
- Sepúlveda Gutiérrez, Jennifer Carolina* (2010): Corte Suprema, 18 de mayo de 2010 (apelación amparo). Rol N° 3535-2010.

- Soto Valenzuela, Guillermo* (2008): Corte Suprema, 4 de agosto de 2008 (apelación amparo). Rol N° 4360-2008.
- Soto Vidal, David con Juez de Garantía de Puerto Montt* (2017): Corte Suprema, 27 de marzo de 2017 (apelación amparo). Rol N° 9350-2017.
- Véliz Daza, Jaime con Juez del Juzgado de Garantía de Curicó* (2017): Corte Suprema, 22 de febrero de 2017 (apelación amparo). Rol N° 6005-2017.
- Villacura Ríos, Luis Manuel contra Ministros de la ICA de Arica* (2015): Corte Suprema, 15 de septiembre de 2015 (apelación amparo). Rol N° 14620-2015.
- Vitagliano Ruiz, Erwin contra Corte de Apelaciones de Temuco* (2013): Corte Suprema, 30 de abril de 2013 (apelación amparo). Rol N° 2765-2013.
- Yáñez Urra, Juan con Tribunal de Juicio Oral de Los Ángeles* (2017): Corte Suprema, 28 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 37804-2017.
- Zelaya Acuña, Óscar con Juez del Juzgado de Garantía de Valparaíso* (2017): Corte Suprema, 12 de abril de 2017 (apelación amparo). Rol N° 11717-2017.
- Zepeda Vásquez, Francisco y otro contra Corte de Apelaciones La Serena* (2017): Corte Suprema, 24 de agosto de 2017 (apelación amparo). Rol N° 37771-2017.

LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

THE MOTIVATION OF THE ADMINISTRATIVE
ACT IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT

LUIS CORDERO VEGA*

RESUMEN: Este comentario profundiza en la contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la revisión procesal de la acción administrativa, específicamente en el razonamiento incorporado en la resolución administrativa emitida. De esta manera, la Corte ha avanzado en el camino de establecer algunos estándares de control judicial.

ABSTRACT: This comment delves in the contribution of the Supreme Court case law in the procedural review of administrative action, specifically in the rationale embodied in the issued administrative resolution. In this way, the Court have advance in the path of establishing some standards of judicial control.

PALABRAS CLAVE: Revisión judicial administrativa, procesal, racional, Tribunal Supremo, jurisprudencia.

KEYWORDS: Administrative judicial review, procedural, rationale, Supreme Court, case law.

1. DE NUEVO LA IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Como se sabe, la autoridad administrativa no es libre para dictar actos administrativos de cualquier manera, siendo el procedimiento adminis-

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Para el presente trabajo he contado con la colaboración de la abogada Josefina Court y el abogado Pablo Torres.

Algunas de las ideas contenidas en este trabajo fueron desarrolladas originalmente en las siguientes columnas de *El Mercurio Legal*: “Lo que se juega en la motivación del acto administrativo” (29.12.2014); “Especial motivación del acto administrativo: un caso de restrictiva regresión” (28.10.2015); “La especialidad material en la motivación del acto administrativo” (29.07.2016); “De lo sectorial a la integración: las consultas obligatorias entre organismos públicos como estándar de control” (27.03.2017), y “Planes de descontaminación y motivación de los actos sectoriales que implementan medidas” (29.09.2017).

trativo uno de sus presupuestos de validez¹. Esta exigencia se explica por la finalidad garantista que tiene el procedimiento administrativo frente a la actividad de la Administración. Como he sostenido en otro momento, su establecimiento permite estatuir un conjunto de garantías que actúan como freno y contrapeso a los poderes exorbitantes de la Administración. En la medida que la Administración está habilitada por el ordenamiento jurídico para adoptar decisiones (pudiendo imponerlas coactivamente), susceptibles de provocar graves detrimentos en la esfera vital de los particulares afectados, es claro que resulta necesario, cuando menos, articular mecanismos que garanticen el acierto y la legalidad de la resolución finalmente adoptada².

Para hacer efectivo su rol garantista, la LBPA consagra una serie de principios –aplicables a todo procedimiento administrativo– que buscan establecer estándares de comportamiento para los órganos de la Administración del Estado y garantías en favor de los ciudadanos³. Estos principios consagrados en la LBPA son los de escrituración⁴, gratuidad⁵, celeridad⁶, conclusivo⁷, economía procedimental⁸, contradictoriedad⁹, imparcialidad¹⁰, abstención¹¹,

¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de derecho administrativo*, sexta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 448.

² CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, segunda edición, Thomson Reuters, Chile, 2015, p. 333.

³ Al respecto, Contraloría General de la República (en adelante, “CGR” o “Contraloría”) ha señalado que: la “(...) ley 19.880, además de fijar reglas adjetivas acerca de lo que debe ser un procedimiento administrativo, consagra de modo sustantivo principios jurídicos que rigen en la materia (...) los principios jurídicos aludidos han de considerarse como criterio básico o estándar preferible, en favor de su efectiva realización y en beneficio de los derechos de las personas ante una situación no regulada claramente, sea para los efectos de interpretación de lo existente o de fundamento para nuevas regulaciones”. Véase Dictamen N° 32.424, de 2004.

⁴ Artículo 5, LBPA.

⁵ Artículo 6, LBPA.

⁶ Artículo 7, LBPA.

⁷ Artículo 8, LBPA.

⁸ Artículo 9, LBPA.

⁹ Artículo 10, LBPA.

¹⁰ Artículo 11, LBPA.

¹¹ Artículo 12, LBPA.

no formalización¹², inexcusabilidad¹³, impugnabilidad¹⁴, transparencia y de publicidad¹⁵.

Mediante las reglas y principios del procedimiento, se busca asegurar la racionalidad y razonabilidad de las decisiones públicas. Ello, debido a que dicho procedimiento conlleva el sometimiento de la actividad estatal a una “*forma de racionalidad discursiva, y hace posible un intercambio ordenado de argumentos*”¹⁶. En este sentido, los requisitos formales operan como una garantía para los administrados, tanto desde el punto de vista de la defensa de sus intereses, como de la calidad de las decisiones de la Administración¹⁷.

De esta forma, el procedimiento administrativo corresponde a la forma institucional de garantizar la legitimación material de las decisiones de la Administración. En efecto, tal como dispone el artículo 3º del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (“LOCBGAE”)¹⁸, la actividad de la Administración debe estar encaminada a la materialización del bien común. Sin embargo, no siempre es posible definir de manera *ex ante* y, en términos abstractos, cuál es el curso de acción que, dado un caso concreto, representa de mejor manera el bien común y, por tanto, debiese ser seguido por la autoridad. Es decir, si bien la ley fija el fin en términos abstractos, la Administración debe decidir respecto de los medios adecuados para su consecución¹⁹. Esta circunstancia

¹² Artículo 13, LBPA.

¹³ Artículo 14, LBPA.

¹⁴ Artículo 15, LBPA.

¹⁵ Artículo 16, LBPA.

¹⁶ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003, p. 53.

¹⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, *op. cit.*, p. 449.

¹⁸ “*Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*”. El citado artículo 3, en su inciso primero, sostiene que: “*La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal*”.

¹⁹ ATRIA, Fernando, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 192. Como sostiene el citado autor, “*perseguir el interés general a través de la acción de órganos del Estado obliga a*

hace necesario que las autoridades públicas recurran a una forma que haga probable una correcta identificación de aquello que representa al interés general. Esta forma está dada por el procedimiento administrativo²⁰.

2. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL CONTEXTO DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento administrativo implica que toda decisión pública sea tomada sobre la base de buenas razones, toda vez que las reglas procedimentales permiten que estas razones sean debidamente expuestas y sometidas a discusión²¹, purgando, así, cualquier apelación a intereses contrarios al interés general (ya sea por parte de los particulares como de la autoridad).

En este sentido, la motivación de los actos administrativos adquiere especial relevancia. Estos se encuentran sujetos a un control de razonabilidad de la decisión. Esto significa que para que un acto administrativo se produzca regularmente y no incurra en causa de invalidez, es necesario que el órgano competente exprese los motivos en que se basa la decisión²², de manera que se acredite por esa vía su relación con los hechos que han servido de antecedentes a la actuación de la Administración.

En la LBPA, ello se desprende, por una parte, de lo dispuesto en el inciso segundo de su artículo 11, que consagra el *principio de razonabilidad* que rige la actuación de la Administración²³, de acuerdo con el cual la Adminis-

estos órganos a formular políticas y programas, a desarrollar planes de acción que, para ser eficaces, deben tomar en consideración las circunstancias concretas de la acción y el conocimiento experto disponible. Por eso la Administración se caracteriza por ser una potestad ordenada de modo finalista: debe hacer lo que en las circunstancias convenga al interés general”.

²⁰ Como se ha sostenido, en sociedades pluralistas, la Administración no puede encontrar el interés general en una instancia ajena a la sociedad, sino que debe hacerlo “*conociendo y ponderando los intereses privados y públicos de que está compuesto, para lo cual el procedimiento administrativo resulta fundamental*”. Véase CORDERO VEGA, Luis, *op. cit.*, p. 348.

²¹ BLACK, Julia, “Proceduralizing Regulation: Part I”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, N° 4, 2000, p. 609.

²² CORDERO VEGA, Luis, *op. cit.*, p. 261.

²³ Dicha norma dispone que: “*Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan*

tración tiene el deber de expresar concretamente los hechos y fundamentos de derecho en aquellos casos en que sus actos impliquen alguna afectación de los derechos de los particulares, ya sea mediante una limitación, restricción o privación, o bien, mediante la perturbación o amenaza a su legítimo ejercicio. Al respecto, Contraloría ha sostenido que:

“(...) la exigencia de fundamentación de los actos administrativos (...) se relaciona con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que éstas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad — que lleva implícito el de racionalidad, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”²⁴.

Sumado a lo anterior, la Corte Suprema ha señalado recientemente que, para cumplir con este deber de motivación, los fundamentos del acto administrativo no solo deben estar presentes, sino que además deben ser adecuados a la *finalidad* perseguida con su dictación²⁵. Para ello, es necesario que los antecedentes que sirven de base para la decisión sean adecuados y tengan en consideración la realidad específica de sus destinatarios²⁶.

recursos administrativos”. Si bien tradicionalmente se sostiene que el artículo 11 contiene el principio de imparcialidad, dicha regla contiene, en realidad, dos principios distintos. En su inciso primero, efectivamente se reconoce el principio de imparcialidad, mientras que el inciso segundo consagra el principio de razonabilidad, que somete a la Administración a la obligación de fundamentar sus actos. Al respecto, véase LARA, José Luis y HELFMANN, Carolina, *Repertorio Ley de Bases de Procedimiento Administrativo*, Tomo I, Thomson Reuters, segunda edición, 2015, p. 208.

²⁴ Dictamen N° 499, de 2012.

²⁵ SCS, de fecha 21 de septiembre del año 2017, autos Rol N° 7025-2017, considerando 12°.

²⁶ SCS, de fecha 21 de septiembre del año 2017, autos Rol N° 7025-2017, considerandos 13° y 14°. En particular, la Corte sostuvo que: “[e]n efecto, tratándose de un acto que afecta los derechos de los particulares, se encuentra obligada la autoridad administrativa a proveerse de antecedentes actualizados al momento de calcular el cobro que regirá para el semestre respectivo, puesto que la contribución (...) debe ajustarse a la realidad del administrado, en tanto trae consigo una afectación a su patrimonio.

Que, por consiguiente, los sentenciadores al razonar que acto administrativo puede sustentar el cobro futuro calculado sobre la base una (sic) fórmula que se basa en antecedentes que no obedecen a la realidad actual de sus destinatarios, se han apartado de la recta aplicación del artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880”.

Por otra parte, este deber de motivación también se desprende del inciso cuarto del artículo 41 de la misma ley²⁷, con ocasión del *contenido de la resolución final* de un procedimiento administrativo.

Asimismo, el deber de fundamentación se exige como consecuencia del deber de transparencia que rige el ejercicio de toda función pública, consagrado en el artículo 13 inciso segundo de la LOCBGAE²⁸. Finalmente, este deber se refrenda nada menos que en el inciso segundo del artículo 8 de la Constitución.

En consecuencia, la motivación constituye un elemento esencial de toda decisión de un órgano público, en tanto “*muestra que los actos administrativos son el resultado de un entrelazamiento de relaciones comunicativas*”²⁹. Si ella no está presente –vale decir, si no se motiva o ello se hace de modo insuficiente o inadecuado– no es posible valorar el uso que se ha hecho de la potestad conforme a derecho. Esto equivale a decir que la Administración no ha dado razones de su actuación, cuestión que constituye un indicio de arbitrariedad de su cometido; esto es, de que la decisión adoptada obedece a su mera voluntariedad³⁰⁻³¹. Así lo ha entendido Contraloría³² y la Corte Suprema.

En efecto, esta última sostuvo recientemente que la Administración, al exteriorizar la racionalidad de sus decisiones, debe dar cuenta de los criterios fundamentales que sirvan de base para las mismas y, en especial, “*la adecuada ponderación de los intereses públicos y privados en juego y los demás elementos de juicio requeridos por la norma, sin que se cumpla con esta exigencia a través de fórmulas genéricas, las que habrán de concretarse en cada caso, relacionando*

²⁷ El artículo 41, inciso cuarto de la LBPA dispone que: “*Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada*”.

²⁸ Dicha norma dispone que: “*La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella*”.

²⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, p. 319.

³⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo: Parte General*, Editorial Tecnos, 2005, p. 100. En un sentido análogo, véase Dictamen N° 19.447, de 2013.

³¹ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, tomo 3, décima edición, F.D.A., Buenos Aires, 2011, capítulo X, p. 17. Disponible en recurso digital en el siguiente sitio web: http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo10.pdf.

³² Dictamen N° 23.114, de 2007. En el mismo sentido, Dictámenes N°s. 7.880, de 2006, y 59.417, de 2005, entre otros.

*y explicitando los factores de hecho concurrentes, con la política pública que lo fundamenta*³³.

A continuación, analizaremos algunas referencias centrales de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema en materia de motivación del acto administrativo.

2. LO QUE SE JUEGA EN LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE. EL ESTÁNDAR DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE

Como ya he explicado con anterioridad, la motivación es una cuestión esencial en la teoría del acto administrativo. Su importancia radica en que la omisión de la misma o la circunstancia de que esta sea insuficiente, implica en general la existencia de un vicio de invalidez del acto dictado. Es también, el medio que utilizan los jueces para construir los “indicios” que sirven de base al vicio de “desviación de fin o de poder”.

A la motivación, en general, se le suelen reconocer tres atributos: uno es *pedagógico*, en tanto explica de un modo adecuado lo que justifica la adopción de una determinada decisión; el otro es que constituye el primer umbral de *control de legalidad interno de la decisión*, porque la autoridad debe explicar si se da el supuesto de hecho para la adopción de la decisión y como subsume la regla de competencia que lo autoriza a actuar, y el tercero, es *defensivo*, porque permite hacer posible al afectado ejercer su derecho a la impugnación, sea por la vía del recurso administrativo (revisión plena de la decisión, incluido el mérito) o bien de la acción jurisdiccional (revisión plena de legalidad)³⁴.

Estos tres atributos se explican en el principio de transparencia de la función pública, que exigen “el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos” de las decisiones de las autoridades públicas³⁵.

Uno de los sectores en donde este criterio ha tenido particular impacto es en el ejercicio de potestades discrecionales. En el caso nuestro especialmente

³³ SCS, de fecha 21 de septiembre del año 2017, autos Rol N° 35.103-2017, considerando 7°.

³⁴ En este sentido, ver la explicación de NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío, *La motivación del acto administrativo*, Aranzadi, 2017.

³⁵ Artículos 8 de la Constitución, 13 de la LOCBGAE y 16 LBPA.

desde el conocido asunto *Rosas Díaz con Presidente de la República*³⁶, en donde la Corte Suprema recordó que lo no motivado es por ese solo hecho arbitrario. Un criterio semejante impuso la Contraloría desde el año 2005, en el conocido caso *Comité de Ética Policial*³⁷, y el propio Tribunal Constitucional cuando ha señalado que la motivación del acto administrativo no puede desprenderse del procedimiento que le sirve de base³⁸.

Luego de lo que hemos avanzado, la gran interrogante que enfrentan los jueces y la Contraloría en la actualidad, es cuando la motivación debe ser tenida por suficiente, teniendo en consideración que su límite está en no sustituir a la Administración en la dictación del acto.

Parte de las respuestas han estado en la jurisprudencia del último tiempo. Por un lado, la Contraloría decidió hace algunos años las impugnaciones que un conjunto de universidades realizaron al Consejo de Rectores en relación al ingreso al sistema único de admisión para las universidades chilenas³⁹. El Consejo rechazó las solicitudes, citando un acuerdo adoptado tiempo atrás en donde se indicaba que no se aceptarían nuevas incorporaciones al sistema de admisión. La Contraloría sostuvo que una decisión así podría ser ilegal, porque la motivación del acto administrativo requería una relación circunstanciada de hechos y Derecho, que explicara para el caso concreto “las razones de fondo” de la decisión adoptada. En opinión de la Contraloría, la mera cita a un acuerdo previo –como lo puede ser también a una regla de competencia– no es motivación suficiente y, en consecuencia, una decisión adoptada así adolece de un vicio de invalidez.

Al mismo tiempo, la Corte Suprema fue estableciendo estándares más rigurosos en materia de motivación cuando decidió el caso de la “Comisión de Libertad Condicional”⁴⁰. En este asunto, la Corte señaló que esta comisión es un órgano que, aunque está inserto en el Poder Judicial, ejerce funciones administrativas y debe someterse a los estándares de cualquier acto estatal. En dicho caso, afirmó que la motivación de un acto administrativo no puede basarse en “razones justificativas vagas, imprecisas y que

³⁶ SCS Rol N° 16790, de 1991.

³⁷ Ver Dictamen N° 23.116, de 2007.

³⁸ STC Rol N° 2510.

³⁹ Dictámenes N°s. 94.064, 94.587, 94.589, 94.592, de 04.12.2014.

⁴⁰ SCS Rol N° 27467-2014.

no se avienen al caso concreto”. En opinión de la Corte, cuando el acto administrativo depende de un expediente en donde constan los antecedentes y las solicitudes de un interesado, se impone a la autoridad la exigencia de “un ejercicio argumentativo” que permitan sostener en el caso concreto la decisión que se adopta. Un criterio semejante ha venido señalando la Corte sobre la motivación del acto administrativo cuando hace efectiva la facultad de colocar término a un empleo a contrata bajo la fórmula “mientras sean necesarios sus servicios”⁴¹.

Como se ha visto, las decisiones recientes han llevado a la motivación a un escrutinio algo más intenso que el de su existencia o bien la del indicio de la desviación de poder que habitualmente le sirve de base como vicio del acto administrativo. Lo que estas decisiones están revelando es que forma parte del control de legalidad del juez o el contralor la existencia de un “ejercicio argumentativo” que debe realizar la autoridad pública, en base a los antecedentes del expediente administrativo que le sirven para adoptar su decisión. Es la existencia de ese ejercicio el que permite hablar de “motivación suficiente”.

3. EL CASO DE LA ESPECIAL MOTIVACIÓN EN CASO DE “RESTRICCIÓN REGRESIVA”

Otro caso de interés es lo que podríamos estudiar bajo los especiales estándares de motivación. En efecto, tradicionalmente los administrativistas están de acuerdo que debe existir especial motivación del acto en los siguientes casos: 1) cuando se dictan actos de gravamen; 2) los que resuelven recursos administrativos; 3) cuando la Administración actúa al margen de sus criterios previamente establecidos o bien los sustituye (precedentes); 4) cuando se aparta de un informe solicitado a otro organismo público, que aunque no sea vinculante, exige una argumentación para explicar por qué se aparta de él; 5) cuando se suspenden los efectos de un acto administrativo; 6) cuando se adopta una medida provisional en el procedimiento administrativo; 7) cuando se ejerce una potestad discrecional; 8) cuando se dicta un acto administrativo en base a un procedimiento de selección o competencia

⁴¹ Este mismo sobre invalidez por motivación los casos SCS Roles N°s. 26828-2014, 24574-2014, 24908-2014 y 24871-2014.

en asuntos de personal, bienes o asignación de recursos públicos; 9) cuando se autoriza la ampliación de plazos en el procedimiento administrativo⁴².

A estos criterios se agrega ahora el de “restrictiva regresión” de una medida de garantía para los ciudadanos. Si la autoridad administrativa en una nueva regla disminuye una medida de protección ambiental vigente durante mucho tiempo, la Corte entiende que el estándar de motivación debe ser “altísimo”, lo que exige que la Administración explique con datos indubitables la medida que está adoptando y su efecto sobre toda la comunidad. Expliquemos el caso que sirve de base a esta argumentación.

La Corte Suprema resolvió en 2015⁴³ el recurso de casación que se había interpuesto contra la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago⁴⁴ que había declarado la nulidad del Decreto Supremo N° 20, de 2013 y todo el procedimiento administrativo que le había servido de base, que estableció una nueva norma de material particulado respirable MP10. Es necesario recordar que el Ejecutivo decidió dictar esa nueva norma a consecuencia de que, en su opinión, entre otras cosas resultaba necesario adecuarla a las exigencias establecidas para la norma de calidad de material particulado 2,5.

La Corte respaldó al Tribunal Ambiental, pero además, estableció un interesante criterio en materia de motivación del acto administrativo, adicionales a los ya indicados.

El caso MP 10 era relevante por dos cuestiones centrales: la primera era despejar si los jueces podían controlar una decisión de política pública privativa de la Administración, como es un estándar de calidad ambiental. Y la segunda, si eso era posible, cuál era el criterio que debían utilizar los jueces para que ese control fuera posible. Era un típico asunto sobre los alcances de la deferencia de experto (técnica) de los jueces frente a la Administración.

Quienes impugnaron la dictación de la nueva norma de MP 10 sostuvieron que esta era permisiva en relación a la anterior, afectando de ese modo la salud de las personas; que no resolvía adecuadamente las situaciones en donde se encontraba vigente una declaración de zona saturada, sobre todo porque la nueva norma derogaba la medición de concentración anual del

⁴² Un análisis de estos criterios es posible de encontrar en BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas, 2004.

⁴³ SCS Rol N° 1119-2015, 30.09.2015.

⁴⁴ Rol N° 22-2014.

contaminante, lo que implicaba valores no normalizados que llevarían a una mayor contaminación tolerada. La opinión de los demandantes fue que la Administración, al adoptar esas medidas, no había justificado razonablemente bien la decisión, eliminando estándares ambientales más estrictos.

El Ejecutivo defendió su norma afirmando, en síntesis, que esta había cumplido estrictamente el procedimiento de evaluación económica y social, que la nueva norma de MP 10 no podía analizarse en términos aislados, sino que, por el contrario, integrado a otros instrumentos de gestión ambiental.

En el pasado, los jueces habían sido en extremo deferentes con las decisiones administrativas en procesos normativos ambientales. En general, sostenían que si el procedimiento había sido formalmente instruido y no se apreciaban vicios manifiestos, no le correspondía a los tribunales pronunciarse sobre el fondo o fundamento del acto⁴⁵.

Sin embargo, el Tribunal Ambiental decidió anular la decisión en base a una revisión intensa del expediente administrativo, reconociendo el margen que tiene la Administración para valorar la política pública que subyace a una norma de calidad, pero controlando los presupuestos normativos sobre las cuales esa decisión debía adoptarse, incorporando un criterio sustantivo: si se deroga una norma que cambia el riesgo socialmente aceptado originalmente, el estándar de fundamentación debe ser especialmente elevado.

La Corte Suprema ratificó el criterio del Tribunal Ambiental, en base a la revisión de la motivación del acto administrativo, pero dando un paso más allá. Recordó su estándar anterior en donde sostuvo que la motivación requería de una “relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión de manera de verificar su existencia” y no argumentaciones generales⁴⁶; pero esta vez agregó que el juez al momento de realizar el control de motivos de un acto discrecional también debe considerar la importancia del acto administrativo y su complejidad, concluyendo, entonces, que existirían distintos grados y exigencias de motivación, lo que dependerá fundamentalmente de la naturaleza del acto administrativo. Un criterio así tiene importantes consecuencias para el Derecho Administrativo.

Al decidir de este modo, la Corte y el Tribunal Ambiental indican a la autoridad administrativa que bajo excepcionales razones completamente

⁴⁵ SCS, 05.03.2002, Rol N° 4891-2001; SCA Santiago, 16.08.2005, Roles acumulados N°s. 2185-2001 y 4047-2003.

⁴⁶ SCS Rol N° 27467-2014.

acreditadas en el expediente administrativo se puede “desmejorar” un estándar ambiental como manifestación del derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero sin llegar a sostener el conocido “principio de no regresión ambiental”.

Un razonamiento así tiene consecuencias, además, en materia de derechos sociales, cuando estos se han basado en progresivas mejoras con intervenciones públicas en manos de la Administración. Modificar esas prestaciones requeriría de un “altísimo” estándar de justificación, lo que en tiempos de debate constitucional, como el actual, resulta necesario tener en consideración, sobre todo por la conocida discrepancia de la doctrina constitucional sobre este punto.

Para la Corte exigir un estándar de motivación de este tipo no es involucrarse en una cuestión de política pública, sino sencillamente verificar el cumplimiento de una exigencia normativa para los actos administrativos. Sin embargo, esa afirmación puede relativizarse. Mover los estándares de motivación de un acto administrativo como lo hace el caso MP 10 implica inevitablemente pronunciarse sobre el razonamiento sustantivo utilizado por la Administración para decidir sus políticas públicas. Cuando esto se produce, los jueces valoran directamente los hechos y con ello la deferencia con la cual se defiende la Administración desaparece progresivamente.

4. EL PROBLEMA DE LA ESPECIALIDAD MATERIAL EN LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Como he explicado hasta ahora, la Corte Suprema ha utilizado la motivación como medio específico para el control procedimental de los actos de la Administración, especialmente en aquellos casos en donde se encuentra en juego el ejercicio de potestades discrecionales. Ese estándar lo ha aplicado con igual entidad para cuestiones generales de Derecho Administrativo, como aquellas en donde se encuentra en juego la aplicación de reglas especiales de un sector regulado, como sucede en lo explicado recién en medio ambiente.

Esto ha permitido que la jurisprudencia, en general, sostenga que las reglas y principio de la LBPA tienen aplicación para todos los actos administrativos como un régimen de garantía común de los ciudadanos frente a la Administración.

Esta cuestión se hace algo más compleja en un sistema institucional como el nuestro, en donde carecemos de un contencioso-administrativo general y

en que la legalidad administrativa se discute en tribunales de competencia sectorial⁴⁷, atomizados para la resolución de controversias dejando solo a la Corte Suprema –tercera sala en principio– como el único que puede terminar por uniformar el régimen de Derecho público. La pregunta que se suscita en ese caso es: ¿qué criterio deberían aplicar esos jueces especiales para resolver los problemas de Derecho Administrativo? ¿Bastaría la simple regulación sectorial?

Esta cuestión se discutió en 2016, en una sentencia de la Corte Suprema en materia tributaria⁴⁸ –que resolvió la segunda sala–, en la cual se debatía si las exigencias de motivación de un acto administrativo de gravamen –como el caso de una resolución del SII en que se negaba la devolución de un saldo a favor de un contribuyente– debían ser aplicadas y exigidas las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo. Mientras el Tribunal Tributario y Aduanero (el contencioso especial) y la Corte de Apelaciones respectiva sostuvieron que esas normas eran exigibles como a todo acto administrativo, de modo que referencias meramente contables en el contenido de la resolución no se podían tener como motivación suficiente, la tesis de la Corte Suprema fue distinta. Sostuvo que las exigencias del Derecho Administrativo general no eran aplicables al acto administrativo tributario.

En efecto, la Corte señaló que no resultaba “*exigible al ente fiscalizador la utilización de una nomenclatura propia del contencioso administrativo general, puesto que debe atenderse a las características especiales de esta rama del derecho [tributario], de tal forma que los conceptos contables son la mayoría de las veces necesarios y más ilustrativos que las expresiones jurídicas*” (considerando 3º).

La tesis de la segunda sala es distinta de la que ha sostenido precisamente la tercera sala de la Corte. Para esta última –la que ha sido especialmente relevante en materia ambiental en donde la ley permite razonar en términos técnicos– ha señalado que las reglas de la LBPA se aplica con alcance general a todos los actos administrativos como un medio de garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración⁴⁹. En otros términos, la regulación administrativa general es el piso para la adopción de las decisiones

⁴⁷ Una explicación sobre esto en TAPIA, Javier y CORDERO Luis, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional”, en *Revista de Estudios Públicos*, N° 139, invierno 2015.

⁴⁸ SCS, 12.07.2016, Rol N° 9.966-2015.

⁴⁹ Ver referencialmente SCS 06.04.2015, Rol N° 21993-2014.

sobre las cuales se construye la regulación administrativa especial. Esa es, por lo demás, la relación entre Derecho Administrativo general y sectores de referencia que se ha transformado en una influyente visión en el Derecho Administrativo contemporáneo⁵⁰.

Esta cuestión es especialmente relevante, si se considera que el propio Código Tributario, tras la reforma de la Ley N° 20.420, estableció dentro de las reglas de garantías de los contribuyentes frente a la Administración precisamente las establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo (artículo 8 bis), pero además porque la nueva justicia tributaria fue entendida como una jurisdicción contencioso-administrativa y así, por lo demás, lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional desde hace un tiempo⁵¹.

Por tal motivo, la pregunta en casos como estos no es cuál es el lenguaje técnico que debe respetar el juez contencioso-administrativo cuando conoce la decisión de la Administración (ese es un asunto que resuelve en una institución distinta como la *deferencia de experto*), ni tampoco la opción técnica que la Administración podría utilizar al momento de decidir un asunto (un tema propio de la *discrecionalidad técnica*), sino que la cuestión a debatir es cuál es el contenido que debe tener un acto administrativo para que su motivación sea considerada suficiente frente a un ciudadano, es decir, las consideraciones de hecho y de derecho debidamente razonadas para el caso concreto, aunque la regulación sea de contenido técnico, esencialmente para que el afectado pueda conocer adecuadamente el contenido de la decisión y tener la posibilidad de hacer efectivo su derecho legítimo a la impugnación.

La tesis de la segunda sala de la Corte en este caso, de continuar, es en extremo peligrosa. Sostener que los criterios generales del Derecho Administrativo no son aplicables a regulaciones especiales y que estas, como en materia tributaria, pueden quedar reducidas en su motivación a las cuestiones meramente contables, encierran el riesgo de la inmunización de las decisiones de la autoridad administrativa y, por esa vía, una limitada capacidad de revisión judicial en materia tributaria. Al final del día en este caso, los tribunales estaban decidiendo sobre el estándar de legitimación procedimental del acto (la motivación) y no sobre la regulación sustantiva. Si lo primero es limitado, lo segundo se puede hacer prácticamente imposible.

⁵⁰ SCHMITT ASSMAN, *op. cit.*

⁵¹ STC Rol N° 616 C. 25-35.

5. LAS CONSULTAS SECTORIALES COMO ELEMENTOS QUE CONDICIONAN LA MOTIVACIÓN ACTO ADMINISTRATIVO

a. El caso “Plan de cierre temporal de Pascua Lama”

Como he explicado hasta ahora, en el Derecho Administrativo chileno se ha producido una saludable evolución para promover mejores estándares de motivación en la dictación de actos administrativos de manos de la jurisprudencia.

En 2017 la Corte Suprema, en el asunto sobre el *Plan de Cierre Temporal de Pascua Lama*⁵², avanzó un poco más en el desarrollo de estos estándares, adelantándose, en algún sentido, a los efectos que puede ocasionar la infracción del nuevo artículo 37 bis de la LBPA, que obliga a las consultas entre organismos administrativos⁵³.

⁵² SCS, 13.03.2017, Rol N° 58971-2016.

⁵³ Esta norma fue incorporada por la Ley N° 21.000, D.O. 23.2.2017. La norma en concreto señala:

Artículo 37 bis.- Cuando un órgano de la Administración del Estado deba evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, le remitirá todos los antecedentes y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o prever conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación.

Los órganos administrativos cuyo informe se solicite deberán evacuarlo dentro del plazo de treinta días corridos, contado desde la fecha en que hubieren recibido el requerimiento a que se refiere el inciso precedente. El requirente valorará el contenido de la opinión del órgano administrativo requerido, expresándolo en la motivación del acto administrativo de carácter general que dicte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41. Transcurrido el plazo sin que se hubiere recibido el correspondiente informe, se procederá conforme al inciso segundo del artículo 38.

El requerimiento y los informes que emitan los órganos administrativos en virtud de los incisos anteriores se sujetarán en su forma, valor y tramitación a lo señalado en los artículos 37 y 38.

No regirá lo establecido en los incisos anteriores en los casos en que el acto administrativo de carácter general requiera aplicación inmediata o en el más breve plazo posible, atendida su naturaleza y urgencia, circunstancia que deberá ser justificada y de la cual se dejará constancia en su texto.

Con todo, el órgano administrativo autor de dicho acto, con posterioridad a su dictación, deberá remitirle a los otros órganos administrativos competentes todos los antecedentes tenidos a la vista y requerir de éstos un informe, con el propósito de cumplir con los objetivos señalados en el inciso primero, en la aplicación del acto administrativo respectivo.

Lo que se discutía en este caso era si la autoridad sectorial –el Servicio Nacional de Geología y Minería (“Sernageomin”)– debía consultar a la autoridad de fiscalización ambiental –la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”)– la situación de los procedimientos sancionatorios instruidos por esta última para decidir si aprobaba o no el plan de cierre temporal de una faena minera. La tesis del Sernageomin es que su potestad era meramente sectorial, que debía resolver de acuerdo a los antecedentes de su propio procedimiento y que el ejercicio de sus competencias no afectaba a las de la autoridad ambiental.

La tesis de la Corte Suprema, sin embargo, fue otra. En su opinión, un organismo de la Administración del Estado está en la obligación de integrar todos los antecedentes para adoptar una decisión como esta, no solo los acompañados por el interesado, sobre todo cuando es de público conocimiento la intervención de otra agencia del Estado. En términos simples, para la Corte la omisión de esa consulta –aunque no sea obligatoria legalmente– afecta la “motivación” del acto administrativo, porque en definitiva su información es parcial y, en consecuencia, su decisión adolece de un vicio de nulidad. La Corte señala que, al actuar un organismo administrativo de ese modo, viola el “principio de imparcialidad” porque el acto administrativo no es capaz de sostenerse por sí mismo.

Con esta decisión la Corte ha dado un nuevo paso en materia de control de la discrecionalidad, a los clásicos desarrollados sobre el procedimiento, la existencia de motivación formal e igualdad entre afectados. Para la jurisprudencia de la Corte, si bien la autoridad tiene facultades para definir si es procedente o no un plan de cierre temporal, lo que no puede hacer es adoptar esa decisión sin cumplir con la satisfacción de “umbrales mínimos”, uno de ellos la motivación completa y suficiente, que exige, entre otras cosas, una consulta al resto de los organismos administrativos que podrían tener incidencia en la decisión. Sin quererlo, la Corte utilizó un criterio de calidad regulatoria para mejorar el estándar de control de decisiones discrecionales.

Como se ha sostenido, “las reglas operan como herramientas para la distribución del poder. Un decisor no limitado por reglas tiene la potestad, la autoridad y la jurisdicción para tomarlo todo en cuenta. Inversamente, el decisor limitado por reglas pierde al menos una parte de esa jurisdicción”⁵⁴.

⁵⁴ SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, 2004, p. 221.

Para el caso, la Corte entendió que el Sernageomin no podía utilizar su norma sectorial para aislar la obligación de incorporar la mayor cantidad de antecedentes para su decisión. La consulta a otro organismo público no vincula a la decisión de quien la hace, pero es condición esencial de validez para completar la motivación del acto administrativo. Ese es el resultado final del razonamiento de la Corte.

Pero además de lo anterior, la Corte por esta vía ha terminado por establecer lo que en doctrina comparada se denomina “*Regulación al interior del Gobierno*”⁵⁵. Con esto se quiere señalar, en términos sencillos, que el sistema institucional establece reglas en virtud de las cuales el trabajo de una agencia tiene efectos sobre otras burocracias, estableciendo mecanismo de control y escrutinio al interior de la Administración por la mera circunstancia de que cada una de ellas ejecute su labor en términos integrados, sin necesidad que intervenga un juez para la corrección de los actos administrativos que se emiten. Esto se puede reflejar en tres ámbitos: a) cuando una agencia fija el marco donde otra actúa; b) cuando se establecen grados de separación de roles entre organismos reguladores y el regulador en concreto, y c) cuando un regulador administrativo tiene el mandato de escrutinio sobre el funcionamiento de algunos actos de otras agencias.

En el caso *Plan de Cierre Temporal de Pascua Lama*, la Corte ha terminado, además, por establecer un mecanismo de control “al interior del Gobierno”, utilizando para eso la vía del procedimiento administrativo al considerar que si la autoridad sectorial no pregunta a los demás organismos públicos involucrados, afectados o asociados de algún modo con la decisión, eludiría el escrutinio que otro organismo estatal puede realizar sobre la decisión de la autoridad sectorial, afectando con ello la integridad que deben tener todos los actos del poder público.

b. El caso de la Ordenanza de Aseo de Tocopilla

Otro paso adicional en esta materia ha dado este año la Corte Suprema cuando dictó la decisión en materia de gestión ambiental asociada a Planes de Descontaminación Atmosférica (PDA). En el asunto vinculado a la ordenanza de cobro de derechos de la Municipalidad de Tocopilla de

⁵⁵ HOOD, SCOOT, JAMES, JONES y TRAVERS, *Regulation Inside Government: Waste-Watchers, Quality Police, and Sleazebusters*, Oxford University Press, 1999.

2016⁵⁶, se discutía sobre cuál era el estándar que el municipio debía utilizar para fijar el cobro de los derechos municipales por limpieza de calles como consecuencia de una medida establecida en el Plan de Descontaminación del año 2010⁵⁷ para dicha localidad.

La municipalidad fijó los valores de acuerdo a la línea de base que sirvió para establecer las metas del PDA para cada una de las fuentes individualizadas, que a su vez utilizaba –de acuerdo al contenido expreso de la regulación– las emisiones informadas el año 2007, período correspondiente a la declaración de zona saturada, distribuidas a su vez por porcentajes de aportes de las empresas⁵⁸.

Sin embargo, a juicio de la compañía afectada, la ordenanza debía tomar como criterio las emisiones efectivas y no las que correspondían a la línea de base que permitió fijar las metas de reducción de emisiones. La tesis central de los recurrentes era que por esta vía la autoridad utilizaba valores que no se compadecían con la realidad, lo que implicaba pagar una cantidad mayor de “tarifas” locales por emisiones que no eran efectivas o bien que carecían de “causa”, si la razón del cobro era financiar el “programa de limpieza periódica permanente para las principales vías pavimentadas” de la ciudad⁵⁹.

Mientras la Corte de Apelaciones sostuvo que la municipalidad podía dictar la ordenanza considerando los valores establecidos en el PDA de 2010 –vigente hasta hoy– y, por lo tanto, la referencia utilizada por el municipio podía considerarse motivación suficiente, la Corte Suprema sostuvo todo lo contrario. Para esta última, la municipalidad no podía prescindir de las “emisiones efectivas”, pues de lo contrario el acto administrativo carecía de motivación adecuada, una cuestión esencial para la validez del acto administrativo, como se ha visto. Si los servicios por los cuales cobraría la municipalidad eran para el cumplimiento de una de las medidas del PDA –limpieza de calles–, lo cierto es que estos cobros no se podían determinar sobre la base de valores que no se verificaban al momento de su aplicación.

Por estas razones, la Corte Suprema decidió anular la ordenanza municipal: el supuesto de hecho que justificaba el acto no se compadecía con la

⁵⁶ SCS, 21.9.2017, Rol N° 7025-2017.

⁵⁷ Decreto Supremo N° 70, de 10.06.2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia

⁵⁸ Artículo 3 PDA.

⁵⁹ Artículo 24, II PDA.

realidad. En opinión de la Corte, además, la municipalidad “debía” consultar obligatoriamente a los organismos sectoriales cuáles eran las emisiones efectivas, pues constituía el único modo en que su acto fuera legítimo. Al decidir de este modo, el Máximo Tribunal utilizó la regla del artículo 37 de la LBPA como un mandato de consulta obligatoria, que de omitirse afectaba la validez del acto terminal, cuestión que ya había anticipado en marzo de este año en el caso *Plan de Cierre Temporal de Pascua Lama*, que recién he explicado.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

Es evidente que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha contribuido sustancialmente en los últimos años en materia de control judicial de los actos de la administración, aun en un sistema que carece de un sistema coherente de contencioso administrativo. La vía para perfeccionar ese control ha sido el procedimiento administrativo y, en su interior, ha elegido la motivación del acto administrativo como el mecanismo de escrutinio especialmente en materia de decisiones de contenido discrecional. De ese modo, como he tratado de explicar brevemente, ha permitido ir construyendo determinados tipos de estándares de control.

A partir de ellos es posible concluir que la motivación es: a) un *elemento esencial* que debe contener todo acto administrativo (artículo 41 LBPA); b) un *deber* para la administración (artículo 11 LBPA) y un *derecho* para los ciudadanos en general (artículos 8 CPR y 17 LBPA).

Por otra parte, de la jurisprudencia de la Corte es posible deducir que los principios a los que sirve la motivación son los de: a) seguridad jurídica, en la medida que da certeza a las decisiones que debe adoptar la Administración; b) el del control de los abusos de poderes discrecionales, porque es la única manera de contrastar el ejercicio corrector de las potestades de elección; c) el de proporcionalidad, para evaluar la legitimidad entre el medio utilizado y el fin perseguido por la autoridad administrativa y d) el de buena administración, principio inserto en nuestro ordenamiento a través de la idea de probidad administrativa, que se traduce en el correcto desempeño de la función pública con lealtad al sistema de derechos de las personas frente a la Administración.

Finalmente, de la jurisprudencia de la Corte también es posible inducir la utilidad de la motivación: a) por un lado, para el autocontrol de la

autoridad administrativa mediante los recursos administrativos, idea que subyace al criterio contenido en el artículo 56 de la LBPA; b) al juez, como medio de control de las condiciones del procedimiento y los fines del acto perseguido, y c) para los ciudadanos en una triple dimensión: i) conocer lo que se está decidiendo; ii) reaccionar defensivamente contra el acto que lo puede afectar, y iii) la función de escrutinio democrático inserto en el acceso a conocer los fundamentos de las decisiones públicas.

Como ha demostrado la jurisprudencia reciente de la Corte, el proceso de control de las decisiones administrativas mediante la motivación del acto administrativo ha sido un proceso interactivo en que los jueces y los organismos estatales han ido aprendiendo las condiciones esenciales para el ejercicio legítimo del poder.

III. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

TRATADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO

MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS,
SANTIAGO, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2ª EDICIÓN, 2016, 680 PP.

AGUSTINA ALVARADO URÍZAR*

I.

Una reseña sobre la obra de Juan Carlos Marín González no puede sino re-invocar los elogios ya expuestos por Andrés Bordalí Salamanca en su presentación a la primera edición de 2004 (*Rev. Derecho* [Valdivia], julio 2005, vol. 18, N° 1, pp. 293-296), esto es, ya hace poco más de diez años.

En efecto, en dicha oportunidad dentro de los aspectos ampliamente destacados figuraban tres líneas meritorias. En primer lugar, el haber conducido una investigación rigurosa y seria desde una perspectiva evolutiva de la disciplina: desde las teorías decimonónicas del siglo XIX a la dimensión renovada experimentada en Europa y Latinoamérica durante todo el siglo XX; en segundo término, el reenfoque de la pretensión cautelar en su conexión con la plena tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, y ello también en relación a la incidencia socioeconómica derivada del instituto; y, por último, su carácter exhaustivo y completo en orden a incluir un panorama detallado de la tutela cautelar no solo en el proceso civil sino que en otros procedimientos especiales de indiscutible relevancia práctica por su alta verificación en términos cuantitativos e indiscutible función social.

En esta segunda edición, Juan Carlos Marín reafirma la rigurosidad de su investigación en cada uno de los aspectos supra destacados. La obra que nos presenta no solo se circunscribe a una actualización o simple adición de los cambios legislativos que las medidas cautelares han experimentado en el país los últimos diez años, sino que procede a una sistematización crítica de las mismas, haciendo un atinado y pertinente llamado a no perder de vista

* Doctora en Ciencias Jurídicas Università degli Studi di Milano y Universidad de Girona. Profesora de Derecho Procesal Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo: agustina.alvarado@pucv.cl.

su genuina y renovada función ni a desatender los perniciosos efectos que su indebida interpretación y aplicación pueden significar en la paralización de las actuaciones de los sujetos afectados por ellas.

De ahí que desde la Introducción de la obra se plantee al lector el cambio en la visión tradicional que se ha tenido sobre la función que está llamada a desempeñar la denominada “tutela cautelar”, como un fenómeno latente fuera del país que ha determinado una tendencia acentuada en el Derecho comparado. Esta apertura de horizontes que patenta el autor dice relación con el hecho de desestimar la función meramente asegurativa o precautoria de las medidas cautelares como solución “mágica”, pronta y expedita al problema de la ineficacia de los procedimientos judiciales para constituir una respuesta oportuna a los intereses que por su intermedio se busca satisfacer y, por otra, evidenciar una segunda función o función renovada que apunta derechamente hacia un plano innovativo o anticipativo de la solución del litigio, haciendo hincapié en los resguardos con que esta función habría de ser concebida.

II.

Para estos efectos, esta nueva edición contiene modificaciones de forma y fondo que, por lo demás, son anunciadas y explicadas por el propio autor ya en su presentación. En su nueva estructura, inmediatamente a continuación de su introducción, la obra se encuentra dividida en diez capítulos, esto es, tres adicionales a los contenidos en su primera edición.

Los primeros cuatro, destinados respectivamente al Proceso civil, La tutela cautelar en el derecho europeo continental, La tutela cautelar en el derecho inglés y, La tutela cautelar en el siglo XIX en España, constituyen un bloque introductorio de análisis histórico y comparado, como eslabón insoslayable para una adecuada aproximación y comprensión del instituto. Como destaca el propio autor, haber añadido en la parte histórica información tanto de España como de algunos otros países de Iberoamérica, especialmente de México, apunta a obtener un mejor entendimiento de lo que sucedía en materia de medidas precautorias en la Madre Patria y en la América Hispánica en el siglo XIX.

Luego, el haber adicionado todo un capítulo destinado a la regulación de las medidas cautelares en el Derecho inglés, también se conjuga armoniosamente con este objetivo dogmático del autor. En efecto, con tal referencia

el autor busca poner en evidencia cómo es que, a propósito de las medidas cautelares, ordenamientos de tradiciones jurídicas diversas cristalizan similares dificultades, inquietudes y tensiones, no obstante su disímil desarrollo.

En este sentido, este primer bloque apunta a hacer ver el modo en que históricamente los distintos ordenamientos objeto de análisis han propendido a la búsqueda de un equilibrio del péndulo entre un generalizado uso de la tutela provisional que desnaturalice su carácter de medida provisional para transformarla en instrumento de solución definitiva del litigio con la consecuente vulneración de los derechos de defensa del demandado, por una parte, y el restrictivo uso de la misma que desatienda la tutela judicial efectiva requerida por el demandante inmerso en un sistema en crisis, incapaz de responder oportunamente en tutela de sus intereses.

Ahora bien, no obstante la demostración de una acuciosa labor investigativa y de recopilación, y sin poner en duda cuanto pueda ser enriquecedor para el estudio de las medidas cautelares un repaso comparado como el propuesto, dado el carácter de tratado de la obra, tal vez hubiese sido recomendable haber procedido de un modo más sintético que contrastase palmariamente las circunstancias comparativas relevantes para la perspectiva abordada en la sección siguiente.

III.

La segunda mitad de la obra, por su parte, agrupa los cinco restantes capítulos intitulados La legislación procesal en Chile, Las medidas cautelares en el proceso civil chileno, Las medidas prejudiciales, Estudio particular de las medidas cautelares previstas en el Código de procedimiento civil chileno, Las medidas cautelares en algunas leyes especiales y Las medidas cautelares reales en el proceso penal. Es en este apartado donde resulta mayormente apreciable el mérito, la necesidad y el aporte de haber conducido una actualización de la obra.

En esta constelación de ideas, especial consideración merece el modo con que el autor conduce la estructura del capítulo VI relativo a Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. El notable esfuerzo pedagógico de su presentación ha de ser agradecido desde una doble perspectiva. En primer lugar el hecho de haber distinguido la denominada “provisionalidad” e “instrumentalidad” como características de las medidas cautelares; de los principios que, por el contrario, las informan, a saber, la “proporcionalidad”

y la “responsabilidad”, propendiendo a una exhaustiva explicación teórica de cada una en contraposición al modo con que las mismas han sido recepcionadas [o no recepcionadas] por nuestro ordenamiento procesal. Aun más bienvenidos resultan ser los comentarios personales del autor frente a problemas doctrinales y jurisprudenciales promovidos en la aplicación práctica de estas medidas, que constituyen una posición clara y fundamentada sobre aspectos que quizá no han sido atendidos con una adecuada reflexión. Ello incluye precisas recomendaciones de *lege ferenda*.

En directa relación con lo anterior se presenta el segundo aspecto a destacar, esto es, el haber dedicado especiales apartados a problemas eminentemente procesales y procedimentales relacionados con el tratamiento del abandono del procedimiento en estas materias, así como con su tramitación y resolución. En esta óptica cobra especial relevancia el trabajo de recopilación y sistematización de la jurisprudencia recaída en la materia en los últimos años y el índice de fallos que contiene el apéndice de la obra tanto desde un criterio cronológico como analítico. Desde el punto de vista dogmático, además, sea que se compartan o no, han de apreciarse las posiciones esgrimidas por el autor de *lege lata* en la solución de estos aspectos controvertidos, como extremo que también destaca en el capítulo siguiente referido a Las medidas prejudiciales. En este último, de particular interés resulta la circunstancia de haberse abocado al estudio de la presunción de dolo supuestamente contenida en el artículo 280 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, exponiendo lúcidamente las consecuencias de tal interpretación.

El Capítulo VIII, intitulado Estudio particular de las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Civil chileno, por su parte, ofrece un aporte que ha de apreciarse también en términos significativos y que justifica fundadamente la necesidad de haber emprendido la construcción de un marco teórico dotado de un contexto histórico y comparado. En efecto, el autor contrasta críticamente a los ojos del lector el hecho que en Chile las medidas cautelares parezcan circunscribirse y agotarse en su función meramente asegurativa o precautoria, descuidando una segunda función o función renovada, ya reconocida en el Derecho comparado, consistente en propender a la alteración de un *status quo* que, en definitiva, pasa por una anticipación total o parcial de la pretensión promovida.

En este punto cobra pleno sentido que la introducción de la obra inicie con una referencia al recurso de protección como proceso cautelar

perfectamente distinguible de una medida cautelar (sin perjuicio de su compatibilidad) y la adecuada consideración del carácter “provisional” que suele predicarse de una y otra. Sobre estas bases y por el carente desarrollo legislativo de una función innovativa, es que se entendería el colapso práctico que hoy experimenta el citado recurso. En otras palabras, la utilización de este como procedimiento de urgencia, que resuelve el fondo del conflicto mediante su resolución deviene en los hechos en una resolución definitiva supliendo la ausencia de medidas cautelares que cumplan este objetivo en el proceso judicial en términos generales. De ahí que el mayor aporte de la obra en comento, de *lege ferenda*, se identifique en los esfuerzos desplegados por el autor para evidenciar esta circunstancia y propender a su futura corrección.

Un último aporte sustancial se concreta en el análisis de las medidas cautelares previstas en leyes especiales. En los capítulos IX y X, y particularmente en el primero, el autor constata una agresiva evolución legislativa en lo que respecta a las medidas cautelares, de cara a dos consideraciones: de una parte, la entrega de un poder cautelar general a los jueces (en materia familiar y laboral) que los dota de una importante flexibilidad en su concesión para que, en cada oportunidad, determinen el peligro que debe evitarse y, de otra, la posibilidad expresa de conceder en tales ámbitos medidas no solo asegurativas, sino también innovativas. En este contexto, el autor destaca el avance de la legislación en son de la evolución comparada en la materia, sin omitir –en todo caso– ciertas consideraciones críticas de ciertos extremos con que se ha dotado este nuevo perfil y que dicen relación, sucintamente, con el actuar oficioso del juez como quiebre sustancial del modelo procesal chileno y con la previsión, en sede de familia, de una especie de “acción cautelar popular”.

En definitiva, no cabe duda de la enorme trascendencia de la obra que se presenta, no solo por constituirse en lectura obligada de todo quien pretenda sumergirse en una aproximación completa y acabada de una materia por largo tiempo desatendida por nuestra mejor doctrina, sino también por sentar y trazar la contundencia con que habrán de intentarse futuras reflexiones sobre las medidas cautelares, toda vez que la obra, como plus indirecto, se convierte en sí misma en ejemplo de la rigurosidad técnica que debe ser imitada de forma transversal en el Derecho Procesal chileno en otros tantos temas que carecen de una profunda y progresiva reflexión.

SANA CRÍTICA, UN SISTEMA DE VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

JAVIER MATURANA BAEZA, THOMSON REUTERS, SANTIAGO DE CHILE,
2014, 616 PP.

MAURICIO OLAVE ASTORGA*

Grato ha sido para mí revisar en forma metódica y desde la perspectiva de quien ha ejercido la labor de juez de juicio oral en lo penal, por más de doce años, el presente trabajo de JAVIER MATURANA, obra que aborda el tema de la ponderación de la prueba en materia judicial.

Ha sido grato, porque no es fácil encontrar una obra que tenga la capacidad para abordar el tema de la prueba de los hechos con la completitud y exhaustividad del trabajo acá reseñado. En este orden de ideas y como operador del sistema, puedo decir, que mediante la lectura de este libro he podido reafirmar la necesidad de reconocer en la labor de ponderación de los medios de pruebas, como una labor eminentemente racional, en donde deben primar controles heterónomos por sobre el respeto a la mera voluntad del juzgador.

En este contexto, el libro de MATURANA BAEZA posiciona la labor de ponderación de la prueba en el marco de la sana crítica como un sistema racional con límites externos y que debe utilizar el método científico, en especial el principio de refutación de hipótesis como modelo de construcción de la verdad del proceso. Para ello caracteriza los sistemas de valoración de prueba, agrupándolos en los de prueba legal o tasada, los de íntima convicción y el de sana crítica, al que define como un sistema intermedio entre ambos extremos, y que busca asegurar que la ponderación de la prueba sea racional y objetiva.

En este mismo sentido, es destacable el esfuerzo del autor por definir las condiciones que debe tener un sistema de valoración de la prueba para que sea considerado como de sana crítica, esto es, la no prescindencia de la prueba u objetividad, existencia de parámetros racionales para la pon-

* Juez del Cuarto Tribunal en lo Penal de Santiago. Profesor de Derecho Procesal Universidad de Talca, Chile.

deración de la prueba (principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados) y fundamentación, esto es, el trabajo intelectual desarrollado por el juzgador, para hacerse cargo de toda la prueba y la reproducción de su razonamiento en la sentencia, con el fin de permitir el control de la labor del adjudicador, lo cual, en algún sentido, sitúa la labor jurisdiccional en el mismo nivel que las otras actividades del aparato estatal, donde queda excluida la arbitrariedad.

La obra tiene la virtud de ir desmenuzando los conceptos que están asociados a la sana crítica y que tan críticamente nuestro legislador señala como eje de nuestro sistema probatorio, sin detenerse en fijar sus contornos, dejando un enorme espacio a la hora de su conceptualización, no tan solo a la doctrina, sino que preferentemente a los jueces, quienes deben ajustar sus estándares, precisamente, a los límites que importan los conceptos de máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

Ciertamente, y no con poca dificultad, leí y releí los capítulos dedicados por el autor para proponer una metodología que el autor define como de probabilidad lógica, porque me fue más o menos inevitable confrontar el marco teórico propuesto el autor con los años de experiencia del estrado y la manera *intuitiva* en que los jueces a diario realizamos el complejo trabajo de construir argumentos racionales que cumplan con la objetividad y la racionalidad requerida por el sistema.

En ese contexto, la guía que propone el texto aparece como un camino que le permite a los jueces revisar su propio trabajo, con un método que busca definir dicha labor como de inferencia y que tiene por fin la confirmación de una hipótesis justificativa que se encuentre suficientemente fundada para aceptarla como verdadera.

En ese sentido, el trabajo de MATURANA tiene esa virtud: la de recordarle al juzgador que su rol, a diferencia de lo que pudiese en principio pensar, está lejos de sus propias convicciones, más acordes a un sistema de íntima convicción, y que, a la inversa, sitúa a la sana crítica como una labor eminentemente objetiva y que obliga al juez del fondo a contrastar sus hipótesis con los parámetros heterónomos conceptualizados como máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica.

En ese contexto, el autor conceptualiza cada límite asociado a lograr precisar el objeto de cada límite. Particularmente decidor resulta el análisis

de cada principio de la lógica, en especial el de razón suficiente. Lo anterior, porque dicho principio guarda diferencias con el resto de los principios de la lógica, pues no mira a la corrección del argumento que el juzgador construye basado en los hechos, sino que mira a cuánta prueba y de qué calidad debe ser ponderada en juicio para dar por cumplido el deber de corroboración que dicho principio exige.

Lo anterior es particularmente relevante, pues el principio de razón suficiente ha sido la principal regla de la lógica que suelen acusar los intervinientes como infraccionada por los jueces del fondo, a la hora de la ponderación de los hechos, siendo el presente texto una buena guía a la hora de resolver por parte del tribunal revisor bajo qué parámetros la insuficiencia probatoria rompe dicho principio de la lógica.

Particularmente destacable es el esfuerzo que hace el texto por explicar qué se entiende por fundamentación y su rol epistémico dentro del sistema de ponderación conforme las reglas de la sana crítica, explicando que lo que se busca es que el juez justifique su decisión para que sea oponible intersubjetivamente, lo cual implica que el trabajo justificativo tiene por fin depurar el pensamiento del adjudicador de elementos irracionales o meramente subjetivos.

Concordante con el hecho que es de la esencia de la sana crítica la fundamentación racional de los argumentos al momento de establecer hipótesis probatorias, es el hecho que tales argumentos deben poder ser controlados, ello con el fin de permitir reglas mínimas de debido proceso, esto es, la posibilidad de revisión completa de la decisión del juzgador.

Esto es importante porque, al menos en el ámbito penal, el nuevo diseño de persecución modificó en forma completa el sistema de recursos, eliminando la apelación de la sentencia definitiva, del sistema de revisión y privilegiando el recurso de nulidad a la hora de controlar la racionalidad de la actividad del juez del fondo a la hora de asentar los hechos.

Este nuevo paradigma hizo que en los primeros años de práctica forense las cortes de apelaciones caminaron por un derrotero algo confuso que buscaba acomodarse a la nueva realidad normativa. En ese contexto no fueron pocas las decisiones de las cortes de apelaciones del país que abandonaron el control jurisdiccional de la labor de los tribunales en materia probatoria, sosteniendo que dicha actividad era exclusiva de los jueces del fondo.

En este orden de ideas, el libro de MATORANA es valioso en un doble sentido, pues primeramente señala que la sana crítica admite sin problemas

epistémicos tanto la apelación como la nulidad, lo que permite explicar el hecho que el mismo sistema de ponderación de pruebas, esto es, la sana crítica, admite apelación en el sistema de los tribunales de familia, pero no es contemplado en materias penales y del trabajo.

Por otra parte, despejado lo anterior, la obra fija los contornos de lo controlable dependiendo de cada recurso, argumentando que en sede de apelación, el tribunal revisor tiene posibilidad de un control completo de los hechos, pudiendo incluso dar por establecido hechos diferentes a los establecidos por el juez de primera instancia, a diferencia de lo que sucede en los casos de los recursos que el autor denomina de *invalidación* (habrá que entender nulidad y casación) en el que reconoce que, dado que en este caso se le concede mayor libertad al juez del fondo, resulta limitada la facultad de control de su labor en sede probatoria.

Por esta misma razón, sostiene el autor que en general lo controlable por esta vía dice relación con la ausencia de fundamentación en el caso que el juez no haya dado razón alguna a la hora de decidir los hechos, motivación insuficiente, cuando aquella carece de la completitud requerida por el sistema de la sana crítica o bien vicios relativos a la infracción de los parámetros racionales, esto es, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Derivado de lo anterior, concluye el autor que no todo es controlable mediante los recursos de invalidación, lo que conlleva a relevar el principio o regla técnica de la inmediación como mecanismo que permite configurar al sistema de la sana crítica como un régimen de interpretación subjetiva y racional de la prueba.

En este orden de ideas, sostiene Maturana que si el juez recibe de manera directa la prueba producida en juicio y, una vez hecho aquello, razona y fundamenta adecuadamente la prueba de los mismos, torna en no revisable su apreciación por parte de los tribunales superiores, pese a que estos pudieran no estar de acuerdo en tales conclusiones, ello porque el sistema reconoce que la inmediación le permite al juez del fondo estar en una mejor posición que el tribunal revisor a la hora de ponderar los hechos, al carecer aquellos del contacto directo con la prueba, lo cual pone claridad del rol del tribunal que controla los hechos.

Ya para finalizar, el autor, a modo de conclusión, insiste en su tesis inicial, esto es, que el sistema de valoración de la prueba en sana crítica no se basa en las meras creencias del juzgador respecto de la manera en que habrían

sucedido los hechos, sino que, por el contrario, se funda en el uso y respeto de parámetros racionales y externos al juzgador al momento de ponderar la prueba, a lo que agrega la necesidad de justificar en forma completa la apreciación en torno a los hechos.

Por esto mismo, insiste en sus conclusiones, en el sentido que solo existe sana crítica en la medida en que el juez por una parte tenga la capacidad para valorar con libertad la prueba rendida en juicio, pero que al mismo tiempo tenga la obligación de respetar los parámetros racionales a la hora de ponderar la prueba y, lo que es aún más importante, que funde o justifique cada paso a la hora de valorar la prueba, de tal suerte de permitirle a los intervinientes y, por qué no decirlo, a la comunidad jurídica en general, la reproducción del camino racional seguido por el juzgador a la hora de establecer los hechos.

En síntesis, un excelente libro de consulta para quienes día a día debemos lidiar con el trabajo intelectual que exige dar por establecido y desechado un hecho relevante en un proceso.

INSTRUCCIONES PARA LOS COLABORADORES DE LA REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES

I. ENVÍO DE COLABORACIONES

1. Temas de interés

La Revista de Estudios Judiciales publica trabajos de investigación originales e inéditos, relacionados con los sistemas de justicia, las especialidades que revistan interés a la judicatura y también comentarios de jurisprudencia sobre un tema en particular que será oportunamente indicado para cada número. Los interesados pueden enviar: a) estudios (monografías o artículos doctrinarios) sobre temas vinculados a los sistemas de justicia y la judicatura; b) comentarios de jurisprudencia sobre un tema previamente determinado por el comité editorial, y c) reseñas o recensiones bibliográficas sobre obras que traten temas vinculados a los sistemas de justicia y la judicatura.

2. Envío de trabajos

Los trabajos se enviarán en lengua castellana, en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word o en formato compatible por correo electrónico a la siguiente casilla: revista@iej.cl.

Dichos trabajos deberán ser presentados en un documento *Word*, digitados a interlineado simple, con espacios entre párrafo y párrafo (o sea, después de punto aparte), con notas a pie de página, todo en tipografía “Adobe Garamond”, tamaño 11,5 para el texto y 9 para las notas y hoja tamaño carta. El texto deberá estar justificado. En cuanto a su extensión, los estudios podrán tener una extensión máxima de 30 carillas y los comentarios de jurisprudencia idealmente no deberán exceder las 15 carillas incluido el resumen y notas al pie. Las recensiones y crónicas, en cambio, no deberán exceder las 10 carillas.

La primera página incluirá el título –tanto en castellano como en inglés– nombre del autor o autores, filiación académica o laboral y dirección de correo electrónico, si es que lo tuviere. Luego, se incluirán dos resúmenes, en castellano e inglés, de 200 caracteres máximo y con tres a cinco palabras clave (en ambos idiomas). Toda referencia a cargos y compromisos laborales y académicos que desee realizar el autor deberá ser hecha inmediatamente después de la mención de su filiación académica. Las demás filiaciones académicas, agradecimientos y dedicatorias, o referencias a proyectos científicos patrocinados institucionalmente

deberán incluirse como nota al pie de página, antes de las notas con numeración correlativa.

En cuanto a la división del cuerpo del trabajo, se tenderá a dividir los artículos en secciones numeradas con romanos con rúbrica centradas y separadas del cuerpo de su discurso (I. II. III., etcétera). Este podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de punto [1. 2. 3., etcétera], con o sin rúbricas. Si las llevan, ellas no irán centradas y se escribirán en cursivas. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada mediante letras con paréntesis solo final [a) b) c), etcétera]. Por ningún motivo se recurrirá al método de numeración del tipo: 1. 1. 1 1.1.2 1.1.3, etcétera. Para enumeraciones en el interior del discurso, se usarán números romanos minúsculos entre paréntesis [(i) (ii) (iii), etcétera]. Se recomienda no subdividir excesivamente el trabajo, y se considera normal y aceptable una división de tres niveles. Se abstendrán de subrayar textos y de añadir viñetas u otros adornos inútiles.

3. Compromiso con el editor y copyright

La circunstancia de enviar trabajos cuyos contenidos ya hayan sido publicados, o que estén siendo sometidos a otras sedes de edición, ya sea como parte de un trabajo más extenso o de forma independiente, debe ser advertida al comité editorial al momento del envío. El envío de un original supone el compromiso por parte del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas.

El comité editorial enviará a los autores una ficha editorial que debe ser completada por los autores del estudio, comentario de sentencia o recensión, previo a la publicación del trabajo respectivo en la edición correspondiente de la Revista, en la cual el autor del trabajo entrega su autorización para publicarlo.

4. Proceso de publicación

La Revista decidirá, a través de su comité editorial, la publicación de los trabajos, para lo cual podrán requerirse informes de evaluadores anónimos. Los autores de trabajos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de errores de consideración.

II. NORMAS SOBRE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Generalidades

El autor de un trabajo debe citar sus fuentes de información identificando el autor y fecha de publicación de los libros, revistas, tesis y otros

documentos utilizados. Este método de citar en el texto mismo por autor-fecha [apellido y fecha de publicación] permite al lector localizar la fuente de información en orden alfabético, en la lista de referencias al final del trabajo. Del mismo modo, se debe incorporar el (o los) números de página en que aparece la cita.

2. Resumen explicativo y ejemplos

- a) *Referencias completas al final del texto.* Siempre debe incorporarse listados finales con una referencia completa de bibliografía, normas y jurisprudencia citadas.
- (i) Referencias completas de bibliografía citada

Todas las referencias a libros, artículos de revista, capítulos y formatos electrónicos se deberán listar al final del trabajo, bajo el título “Bibliografía citada”. Dicho listado se limitará a los trabajos efectivamente citados o referidos en el trabajo, y se ordenará alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la cita de los libros hará indicación del número total de páginas; y la cita de los artículos de revista y de capítulos de libros, hará indicación de los números de página de inicio y final. En toda cita, el o los apellidos del autor se escribirán en “VERSALES” y el nombre en “redondas”; el nombre de la obra, en tanto, irá en “*cursivas*”.

Ejemplos de cita:

- 1) de libro: GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011): *Tratado de la prenda sin desplazamiento según el Derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica), 780 pp.
- 2) de traducciones: MÜLLER, Friedrich (2006): *Métodos de trabajo del Derecho constitucional* (trad. GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA, Salvador, Madrid, Editorial Marcial Pons), 487 pp.
- 3) de capítulos de libros: TURNER SAEZ, Susan (2005): “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función” en: VARAS, Juan Andrés y TURNER, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valdivia* (Santiago, Editorial LexisNexis), pp. 161-167.
- 4) de artículo de revista: VERGARA BLANCO, Alejandro (1990): “Teoría del dominio público y afectación minera”, *Revista Chi-*

lena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. XVII, Nº 1, pp. 135-177.

5) de documentos en formato electrónico: ejemplo: VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2012): “Revisión de las sedes atractivas en el arbitraje comercial internacional: un análisis comparado de los marcos normativos de Suiza, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, España, China y Chile”. Disponible en: < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_art_text&pid=S071880722012000100001&lng=es&nrm=iso&tlng=es> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2012].

(ii) Referencias completas de jurisprudencia citada

Se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales, bajo el título “Jurisprudencia citada”. Dicho listado se limitará a las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Las sentencias se ordenarán cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes. En este listado final, la cita de las sentencias hará indicación a: las partes / al tribunal / a la fecha / y a la sede de edición.

En el listado final, las sentencias se indicarán así: a) el nombre de las partes en *cursivas* y el año de la sentencia (entre paréntesis y en redondas), seguido de dos puntos (:); y b) la referencia del tribunal que la haya dictado: Corte Suprema, Corte de Apelaciones de (...), Juzgado de Letras de (...), Tribunal Constitucional; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; enseguida: la fecha, señalando día y año en números arábigos, y mes en letras minúsculas. Se sugiere indicar además el tipo de acción y procedimiento correspondiente; y, en fin, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo o abreviado, según el estándar ISO y las indicaciones de volumen, año, secciones y página.

Ejemplo:

Tamaya con Atocha (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ª, pp. 65-73.

- b) *Referencias abreviadas en las notas al pie de página.* Todas las notas irán al pie de la página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas

abreviadas a obras, normas y jurisprudencia, y solo excepcionalmente se admitirán textos de desarrollo.

(i) Referencia abreviada de obras

En las referencias abreviadas a libros, artículos de revista, y demás formatos, se señalará en la nota al pie: solo el primer apellido del autor (en “VERSALES”), el año (entre paréntesis) y el número o números de la página o de las páginas precisas en que aparece la referencia citada. Se recomienda no efectuar citaciones de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos. Se precisa que los lectores podrán verificar los datos completos de la referencia en la “Bibliografía citada”, al final del trabajo (que se describe más arriba).

Ejemplos:

1) Obras con un autor: ALCALDE (2003), pp. 133-134.

2) Obras con dos autores (los apellidos se unen por medio de la conjunción y –en “redonda”–): ZEGERS y ARTEAGA (2004), p. 251.

3) Si una obra tiene tres, cuatro o cinco autores, se citan todos los autores en la lista de referencias final. En las referencias se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de *et al.*, en “*cursivas*” [del latín *et alii*: y otros], año de publicación y página respectiva: EMBID *et al.* (2002), p. 94.

4) Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: ALDUNATE (2002a) y ALDUNATE (2002b).

(ii) Referencias abreviadas de jurisprudencia

Todas las citas a pie de página de jurisprudencia deben indicar solo el nombre de las partes, en cursiva; en caso que se trate de sentencias del Tribunal Constitucional, llevarán el título o número de la ley o artículo de ley que se haya discutido y el rol. Además, se indicará el año de dicha sentencia (entre paréntesis en redondas). De este modo, los lectores podrán verificar los datos completos de la sentencia citada en el listado de “Jurisprudencia citada”, al final del trabajo.

El Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda informa a sus asociados la tabla de cursos y actividades programadas para 2018.

SANTIAGO

1. Diplomado Recurso de Protección para jueces, relatores y ministros
2. Diplomado en Argumentación Jurídica para jueces, relatores y ministros
3. Diplomado en Actualización Jurídica para jueces y abogados
4. Diplomado en Derecho Civil, en convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, para jueces y abogados
5. Diplomado en Derecho Penal, en convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, para jueces y abogados
6. Diplomado en Derecho Administrativo para jueces y abogados
7. Curso de Derecho Laboral, en convenio con AGAL, para jueces y abogados
8. Curso de Contratación Pública para jueces y abogados
9. Curso de Litigación para jueces y abogados
10. Curso de Ejecución Penal para jueces y abogados
11. Seminario Derecho de Seguros, en convenio con AIDA

REGIONES

12. Taller La prueba Ilícita en Materia Penal, Arica, para jueces y abogados
13. Jornadas de Derecho Civil, Rancagua, para jueces y abogados
14. Diplomado de Actualización Jurídica, Chillán, para jueces y abogados

Adicionalmente a los cursos hasta ahora programados, se ejecutarán programas de capacitación de acuerdo a los requerimientos que nos formulen en forma directa las distintas regionales. Estamos abiertos a realizar cursos en todas las regiones del país, según las necesidades propias de capacitación de cada región.

Invitamos a nuestros asociados a actualizar sus direcciones de correo electrónico (email) y teléfonos celulares, para recibir oportunamente la información de cursos y actividades que se realizan constantemente en el Instituto, tanto en Santiago como en regiones.

Este año el IEJ creará grupos de “whatsapp” desde el nuevo teléfono del IEJ, para ir informando por Regional de las actividades. El número es +56 9 3200 22 01.

Para esto, visite la página web del Instituto: www.iej.cl, y complete sus datos en el cuadro “Actualizar datos personales”.

Monografías

 <p>Mg Incumplimiento del Vendedor Iñigo de la Maza 666 páginas</p> <p>\$ 45.000</p>	 <p>Mg Responsabilidad Penal por Imprudencia Médica Tatiana Vargas Pinto 130 páginas</p> <p>\$ 15.000</p>	 <p>Mg Contratos. Jurisprudencia Civil Comentada Pablo Cornejo Aguilera y Jorge Larrocau Torres 844 páginas</p> <p>\$ 55.000</p>
--	---	--

Ensayos Jurídicos

 <p>Ej El Rol de la Corte Suprema Pablo Becerra Poblete 346 páginas</p> <p>\$ 30.000</p>	 <p>Ej Negociación Colectiva. Derecho a la información de los sindicatos Daniela González Flores 256 páginas</p> <p>\$ 30.000</p>	 <p>Op Compendio de Actos Administrativos Cristóbal Salvador Osorio Vargas y Daniel Ignacio Contreras Soto 312 páginas</p> <p>\$ 30.000</p>
 <p>Ej Tarjetas de Crédito. Responsabilidad de los bancos María José Arancibia Obrador 228 páginas</p> <p>\$ 25.000</p>	 <p>Ej Régimen de penas sustitutivas. Revisión a la Ley N° 18.216 Ley N° 20.587 y Decreto Ley N° 321 Luis Miguel Araya Ávila 158 páginas</p> <p>\$ 15.000</p>	
 <p>Ej La Constitución Económica Chilena José Luis Guerrero Becar 582 páginas</p> <p>\$ 40.000</p>		

Todos los socios del Instituto de Estudios Judiciales tienen descuento en la compra de libros de nuestro catálogo. Para mayor información, escribe a info@derediciones.com o llámanos al +56 9 7777 26 08

Coediciones

 <p>Reformas Penales Coordinadores: Kai Ambos, Jean Pierre Matus Acuña, Ezequiel Malarino, Gustavo Urquiza y Jaime Winter Etcheberry 390 páginas</p> <p>\$ 25.000</p>	 <p>Recursos Procesales. Problemas Actuales Director: Diego Palomo Vélez Coordinadores: Jordi Delgado Castro y Raúl Núñez Ojeda 616 páginas</p> <p>\$ 40.000</p>	 <p>Contrato de Arrendamiento. Bienes Raíces Urbanos Pablo Cornejo Aguilera 332 páginas</p> <p>\$ 25.000</p>
 <p>El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile Coordinadoras: Miriam Henríquez Viñas y Mariela Morales Antoniazzi 624 páginas</p> <p>\$ 40.000</p>	 <p>Derecho de Construcción. Aspectos Dogmáticos y Prácticos Coordinador: Juan Eduardo Figueroa Valdés 288 páginas</p> <p>\$ 30.000</p>	 <p>Derecho Penal. Parte General. Fundamentos Mauricio Rettig Espinoza 368 páginas</p> <p>\$ 25.000</p>

Manuales