

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
(C H I L E)

REVISTA
DE CIENCIAS
SOCIALES

PUBLICACIÓN DE LA
FACULTAD
DE DERECHO

ISSN 0719-8442 versión en línea



VALPARAÍSO
N° 83
SEGUNDO SEMESTRE 2023

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES
FACULTAD DE DERECHO

DIRECTORA

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO

EDITORA JEFE

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO

SECRETARIA DE REDACCIÓN

GENOVEVA ODDERSHEDE ROJAS

COMITÉ EDITORIAL

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

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

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

E-mail: revistacs@uv.cl

ÍNDICE

EDITORIAL	9
-----------------	---

ESTUDIOS:

MACARENA VARGAS PAVEZ:

<i>Diseño legal del sistema de insolvencia personal: Un análisis a partir de sus incentivos y efectos.....</i>	15
--	----

NICOLÁS IBÁÑEZ MEZA:

<i>Consideraciones sobre la calidad de víctima por rebote de los progenitores por el daño moral sufrido por sus hijos menores de edad: Algunos límites y definiciones.....</i>	55
--	----

MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO:

<i>Gestión de recursos de la pensión alimentaria: Garantizando el bienestar de los beneficiarios.....</i>	87
---	----

SEBASTIÁN AVILÉS VALENTI Y LUIS ERAZO CELEDÓN:

<i>¿Es indispensable que el codelincuente realice algo más que solo retirar su aporte para que lo ampare la tentativa desistida impune?.....</i>	117
--	-----

FELIPE REYES VALLEJOS:

<i>El D.L. N° 2.695 de 1979, ante la informalidad urbana: Hacia la conformación de un sistema de regularización integrado</i>	161
---	-----

SANDRA MANRIQUE URTEAGA:

<i>Capacidad y manifestación de voluntad en los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad: Análisis a propósito de la reforma peruana.....</i>	199
---	-----

DAVID RODRÍGUEZ GUERRA:

<i>Cláusula inentendible como cláusula abusiva en contratos de adhesión regidos por la ley N°19.496</i>	241
---	-----

FRANCISCO CABELLO VARGAS:
Más allá de los contratantes: Los terceros en el régimen de sociedad conyugal en Chile.
*Un enfoque ampliado.....*285

ISAAC SCHLAPNIK FUENZALIDA:
*Recensión. Israel Preminger, Dan: La potestad tributaria en el régimen constitucional chileno, Libromar, Santiago de Chile, 2022.....*335

EDITORIAL

Rommy Álvarez Escudero¹

La segunda entrega del año 2023 de la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso mantiene carácter misceláneo ofreciendo contenidos en los ámbitos del derecho privado y público con contribuciones tanto nacionales como extranjeras, reuniendo ocho artículos de investigación y una recensión.

Inicia este número 83 la autora Macarena Vargas Pavez, analizando uno de los principales cambios experimentados por la legislación concursal chilena en los últimos años en el trabajo titulado “Diseño legal del sistema de insolvencia personal: Un análisis a partir de sus incentivos y efectos”. Para continuar, en el texto “Consideraciones sobre la calidad de víctima por rebote de los progenitores por el daño moral sufrido por sus hijos menores de edad: Algunos límites y definiciones”, Nicolás Ibáñez Meza reflexiona en torno a la calidad de víctimas por repercusión de los progenitores frente a las lesiones experimentadas por sus hijos e hijas, particularmente, en los casos de acoso escolar. En la contribución “Gestión de recursos de la pensión alimentaria: Garantizando el bienestar de los beneficiarios”, la autora María Isabel Pimentel Tello, refiriéndose a la obligación de alimentos, revisa la

¹ Doctora en Derecho y Máster en Derecho de Familia U. Autónoma de Barcelona, España. Magíster en Derecho Pontificia U. Católica de Valparaíso, Chile. Profesora adjunta e investigadora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile. ORCID: 0000-0002-0447-6394. Dirección postal: Av. Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: revistacs@uv.cl.

situación actualmente vigente en Perú proponiendo la implementación de un sistema de fiscalización con objeto de tutelar su función y satisfacer, especialmente, el interés superior de hijos e hijas.

Desde el derecho penal, el trabajo titulado “¿Es indispensable que el codelincuente realice algo más que solo retirar su aporte para que lo ampare la tentativa desistida impune?” de Sebastián Avilés Valenti y Luis Erazo Celedón, examina críticamente el alcance actual del desistimiento de la tentativa ante situaciones de multiplicidad de agentes en el hecho punible, estudiando los requisitos y exigencias para su eficacia.

Volviendo al ámbito del derecho privado, Felipe Reyes Vallejos en “El D.L. N°2.695 de 1979 ante la informalidad urbana: Hacia la conformación de un sistema de regularización integrado”, propone una nueva aproximación entre el decreto ley N°2.695 de 1979 y la legislación chilena en materia urbanística mediante el desarrollo de un enfoque integral del saneamiento urbano de los asentamientos irregulares a partir de la ley N°20.234 y sus modificaciones.

Desde Perú, Sandra Manrique Urteaga en el artículo “Capacidad y manifestación de voluntad en los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad: Análisis a propósito de la reforma peruana”, analiza los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la trascendencia en el sistema jurídico peruano de las modificaciones introducidas por el decreto legislativo 1384 y su reglamento en torno al reconocimiento de la capacidad jurídica, evaluando a partir de ello la pertinencia de la normativa interna y la necesidad de su adecuación.

El autor David Rodríguez Guerra con el texto “Cláusula inentendible como cláusula abusiva en contratos de adhesión regidos por la ley N°19.496”, analiza los motivos por los cuales los consumidores podrían no comprender un contrato de adhesión, proponiendo, en base a su interpretación, el mecanismo pertinente de control para cláusulas inentendibles. Francisco Cabello

Vargas, en su trabajo titulado “Más allá de los contratantes: Los terceros en el régimen de sociedad conyugal en Chile. Un enfoque ampliado”, presenta una visión general de los terceros en el derecho civil que aplica al régimen legal de la sociedad conyugal dando cuenta de su tutela jurídica privilegiada en este último, al disponer de una pluralidad de patrimonios para hacer efectiva su acreencia.

Concluye este nuevo número con la sección de recensiones en que Isaac Schlapnik Fuenzalida comenta la obra *La potestad tributaria en el régimen constitucional chileno*, Libromar, Santiago de Chile, 2022, del autor Dan Israel Preminger.

Finalmente, agradecer a todas y todos quienes han colaborado en el proceso editorial e invitar a la comunidad jurídica a la lectura de los interesantes trabajos de autoras y autores que hoy presentamos.

Rommy Álvarez Escudero
Directora

ESTUDIOS

DISEÑO LEGAL DEL SISTEMA DE INSOLVENCIA PERSONAL: UN ANÁLISIS A PARTIR DE SUS INCENTIVOS Y EFECTOS¹⁻²

LEGAL DESIGN OF THE PERSONAL INSOLVENCY SYSTEM: AN ANALYSIS BASED ON ITS INCENTIVES AND EFFECTS

Macarena Vargas Pavez³

Resumen

La incorporación de personas naturales como sujetos de insolvencia es uno de los principales cambios experimentados por la legislación concursal chilena en los últimos años. Ello supuso la regulación de dos procedimientos distintos –renegociación y liquidación– a los cuales los deudores pueden acceder de manera voluntaria con el fin de responder a sus obligaciones y obtener una segunda oportunidad o *fresh start*. Examinar el diseño legal de estos procedimientos, en particular los incentivos para utilizarlos y los efectos que estos han traído aparejados es el objetivo de este trabajo.

1 Artículo recibido el 17 de julio de 2023 y aceptado el 26 de octubre de 2023.

2 Investigación desarrollada en el marco del Proyecto Fondecyt de Iniciación N°11200782, titulado “Mecanismos de protección de los derechos de los deudores: Un análisis dogmático, empírico y comparado”, del cual la autora es investigadora responsable.

3 Doctora en Derecho por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la U. Diego Portales, Santiago, Chile. ORCID: 0000-0003-4130-5276. Dirección postal: Avenida República 112, Santiago, Chile. Correo electrónico: macarena.vargas@udp.cl.

Palabras claves

Insolvencia, persona natural, deudores, diseño legal, incentivos.

Abstract

The incorporation of individuals as insolvency subjects is one of the main changes experienced by Chilean insolvency legislation in recent years. This involved the regulation of two different procedures - renegotiation and liquidation - which debtors can voluntarily access in order to meet their obligations and obtain a second chance or fresh start. The purpose of this paper is to examine the legal design of these procedures, in particular the incentives to use them and the effects they have brought about.

Key words

Insolvency, individuals, debtors, legal design, incentives.

1. INTRODUCCIÓN

La ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas nace con el fin de modernizar el sistema de insolvencia chileno, recogiendo las tendencias del derecho concursal moderno y dejando atrás los paradigmas de la antigua ley de Quiebras. Se orienta hacia el salvataje y rehabilitación de los deudores, y no solo de empresas como sucedía con anterioridad, sino también de personas naturales, lo que a mi juicio constituye una de sus principales innovaciones.⁴

Para este tipo de deudores la ley prevé dos procedimientos concursales alternativos. En primer lugar, el procedimiento de renegociación de carácter gratuito y voluntario, al que puede acudir el deudor sin necesidad de abogado

4 Esta incorporación nace con el fin de “solucionar una insolvencia personal en un escenario armónico y adaptado a la realidad de un deudor persona natural, dándole la posibilidad de responder con sus propios bienes”. Mensaje de S.E. El Presidente de la Republica con el que inicia un proyecto de ley que crea una nueva legislación concursal mediante la ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo. Santiago, 15 de mayo de 2012. Mensaje N° 081-360/.

y que está a cargo de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. Este procedimiento supone la búsqueda de acuerdos entre el deudor y sus acreedores con el fin de renegociar sus obligaciones sin necesidad de desprenderse de sus bienes. En segundo lugar, el procedimiento de liquidación (voluntaria o forzosa) de carácter judicial, que exige comparecencia letrada y supone la incautación y venta de los bienes del deudor para proceder al pago de sus obligaciones. En ambos casos el efecto buscado por el legislador es la rehabilitación del deudor, permitiéndole volver a ser sujeto de crédito, a través del “descargue de la deuda” o *discharge*.

A primera vista, podríamos pensar que un deudor que posee bienes -por ejemplo, un inmueble o un vehículo- debiera preferir el camino de la renegociación, pues le permite preservar dichos bienes y, sin mayores costos económicos ni necesidad de abogado, le permite acceder a una segunda oportunidad. Así, desde una perspectiva teórica, la renegociación debiese ser más deseable que la liquidación, pues no obliga al deudor a desprenderse de sus bienes permitiéndole salir de la situación de insolvencia y rehabilitarse.

Sin embargo, datos estadísticos entre los años 2019 y 2022 muestran la prevalencia de la liquidación (86%) en comparación con la renegociación (14%) y, en los años 2020 y 2021, la preeminencia de los procedimientos de liquidación voluntaria (98%) por sobre los de liquidación forzosa.⁵

La pregunta que surge es por qué los procedimientos de liquidación -que suponen la venta de los bienes del deudor y exigen asesoría letrada- tienen mayor prevalencia que los de renegociación en circunstancias que estos últimos permiten la comparecencia personal del deudor y no lo obligan a desprenderse de sus bienes; más aún si -al final del día- ambos procedimientos ofrecen el mismo resultado: la rehabilitación del deudor.

5 Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (2018-2023).

Mi hipótesis es que este fenómeno se explica por los incentivos que contiene la ley, en particular con los requisitos exigidos para solicitar el inicio de los procedimientos tanto de renegociación como de liquidación voluntaria, dando pie al comportamiento estratégico de los deudores. El propósito del presente trabajo es analizar el diseño legal del sistema de insolvencia personal y cómo la ubicación y entidad de los incentivos que esta legislación contiene pueden explicar sus efectos.

Para ello se ha verificado un levantamiento de información de distintas fuentes. En primer lugar, a través de la realización de 20 entrevistas semiestructuradas a actores del sistema de insolvencia personal -jueces (4), abogados (10), liquidadores (3) y profesionales de organismos públicos (3).⁶ En segundo lugar, mediante la revisión de 22 carpetas electrónicas de procedimientos de liquidación iniciados ante tribunales civiles de Santiago

6 Las entrevistas semiestructuradas están basadas en una pauta previamente definida en función de los objetivos de la investigación. Dicha pauta contiene temáticas generales a discutir, alejándose de un interrogatorio detallado del entrevistado, lo que permite dirigir la entrevista a aquellos aspectos que aparecen en el contexto de la entrevista y que no fueron inicialmente planteados. La selección de los entrevistados se hizo en función de la trayectoria y experiencia profesional en el ámbito de la insolvencia, en general, y de la insolvencia personal, en particular. Las entrevistas tuvieron una duración promedio de 50-60 minutos, en su mayoría se llevaron a cabo presencialmente, salvo en dos casos que fueron realizadas de manera remota y, por regla general, se llevaron a cabo en las oficinas de los entrevistados, salvo un caso que fue realizada en un recinto de acceso público. Fueron grabadas, transcritas y la información se analizó elaborando un código que permitió buscar patrones entre los entrevistados. Todos los entrevistados firmaron un consentimiento informado previamente revisado y autorizado por el Comité de Ética de la Investigación de la Universidad Diego Portales.

y San Miguel en los años 2020 y 2021⁷ y, por último, a través de la revisión de información estadística del Poder Judicial y de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.⁸

El trabajo consta de tres secciones. Primero, se describe sucintamente la regulación de los procedimientos concursales de persona deudora y los requisitos exigidos para solicitar la apertura de procedimientos de renegociación y de liquidación voluntaria. Segundo, se examina alguna evidencia empírica que da cuenta del funcionamiento de estos procedimientos y, por último, en tercer lugar, se analizan el diseño legal del sistema de insolvencia personal y como esto impacta en la conducta de los deudores. El trabajo finaliza con algunas conclusiones.

Cabe hacer presente que durante el transcurso de esta investigación fue publicada la ley N° 21.563 que moderniza los procedimientos concursales, legislación que recoge algunos de los puntos que se examinan en este trabajo.⁹

2. DISEÑO LEGAL DEL SISTEMA DE INSOLVENCIA PERSONAL: EXIGENCIAS PARA EL INICIO DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

7 Se revisaron 22 carpetas de procedimientos de liquidación ingresados a tribunales civiles de las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel en los años 2020 y 2021. De ellas, 8 corresponden a liquidación voluntaria, 8 a liquidación forzosa y 6 a liquidación refleja. La selección de estas causas se realizó por medio de un Excel que registra los ingresos de las causas civiles de los años 2020 y 2021, descargado de la página web del Poder Judicial, disponible en <https://numeros.pjud.cl/Descargas> Para la selección de las causas se utilizó un programa de selección aleatoria disponible en: <https://miniwebtool.com/es/random-picker/> donde se indicaron los roles de las causas y el programa realizó una selección aleatoria. Esta revisión se efectuó en base a una pauta previamente definida según los objetivos de investigación.

8 En el caso del Poder Judicial se revisaron los datos para el periodo 2020-2021 y en el caso de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento las estadísticas analizadas corresponden al periodo 2019 al 2022.

9 Ley N° 21.563, de 2023.

Los nuevos procedimientos concursales de persona natural han sido diseñados para dar una segunda oportunidad o *fresh start* al deudor. Se trata de un principio que opera como columna vertebral del sistema, cuya finalidad es proporcionar un alivio al deudor a través del mecanismo del *discharge* o la descarga de la deuda.¹⁰

Irradian también las normas concursales los principios de principios de la buena fe¹¹ y de la protección del crédito, que atienden tanto al comportamiento honesto del deudor como a la protección de la masa de acreedores, con el fin de generar un sistema balanceado de los derechos de todos los involucrados.

La insolvencia constituye el presupuesto objetivo de estos procedimientos¹², y su estudio implica analizar el fenómeno del sobreendeudamiento, que a menudo, aunque no siempre, subyace en la incapacidad de pago del deudor.¹³ Según Goldenberg, el sobreendeudamiento debe ser examinado desde un doble prisma, por una parte, como un fenómeno que comprende una variedad de elementos (psicológicos, sociológicos, económicos y culturales) y, por otra, como un problema ya no de carácter individual, sino que colectivo.¹⁴

10 ALARCÓN (2021), p. 86 y 88. Este autor desarrolla una interesante discusión acerca de la naturaleza jurídica del *fresh start*, si se trata de una política o un principio, decantándose por la segunda opción en tanto lo considera como una expresión que emana del derecho a la dignidad humana. Por su parte, GOLDENBERG se refiere a este como una técnica que libera al deudor de sus deudas una vez que sus activos son liquidados. GOLDENBERG (2021), p. 3.

11 ALARCÓN (2021), p. 317. La buena fe como principio tiene como finalidad prevenir el abuso por parte del deudor durante el concurso operando como un límite al *fresh start*. En esta línea, véase también, CABALLERO (2018), p. 150.

12 RUZ LÁRTIGA (2017), p. 493. Este autor señala que el sobreendeudamiento debe entenderse como un problema pluridisciplinar, pues puede ser analizado por distintas disciplinas, lo que deriva de su naturaleza multicausal en tanto puede obedecer a distintas causas. En esta misma línea véase: GOLDENBERG (2021), p. 76.

13 BOZZO (2020), p. 163.

14 GOLDENBERG (2021), p. 74. En este libro el autor desarrolla en detalle del sobreendeudamiento aportando nuevas perspectivas para un abordaje sistémico de este el fenómeno y poniendo el énfasis en la necesidad analizar de las razones que están a la base de este.

Sobre estas bases -aquí brevemente resumidas- es que se construyen los procedimientos concursales de persona deudora contenidos en la ley N° 20.720, donde la promesa de un nuevo comienzo se puede obtener a través de instancias de negociación con los acreedores (procedimiento de renegociación) o a través de la incautación y venta de sus activos para cumplir con sus obligaciones (procedimiento de liquidación, ya sea voluntaria o forzosa).

Estos procedimientos se plantean como alternativas para el deudor, quien puede solicitar indistintamente el inicio de cualquiera de ellos de manera voluntaria, según se detalla a continuación.

2.1. El procedimiento concursal de renegociación de la persona deudora

Este procedimiento provee al deudor de un espacio para reunirse con sus acreedores y renegociar sus deudas. Es de carácter administrativo, gratuito, voluntario y está a cargo de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (en adelante SUPERIR), la que actúa como un facilitador de los acuerdos entre los intervinientes.¹⁵ Se activa a petición del deudor por medio de un formulario disponible en el sitio web o en las dependencias de dicha repartición pública.¹⁶

El deudor interesado en presentar una solicitud de renegociación debe tener “dos o más obligaciones vencidas por más de 90 días corridos, actualmente exigibles, provenientes de obligaciones diversas, cuyo monto total sea superior a 80 unidades de fomento, siempre y cuando no haya sido notificada de una demanda que solicite el inicio de un procedimiento concursal de liquidación o de cualquier otro juicio ejecutivo iniciado en su contra que no sea de origen laboral”.¹⁷

15 En la antigua ley de quiebras los acuerdos extrajudiciales no tenían la misma preponderancia y solo obligaban a quienes los suscribían limitando con ello su aplicación práctica. A juicio de Contador y Palacios, no eran más que “letra muerta”. CONTADOR y PALACIOS (2015), p. 14.

16 Para acceder al formulario de manera remota es necesario utilizar clave única. Una vez que se ha ingresado al portal de la SUPERIR se van desplegando distintas pantallas donde se debe llenar la información requerida.

17 Artículo 260. Ley N° 20.720, de 2014.

A dicha solicitud debe acompañar una propuesta de renegociación con una serie de documentos, los que a continuación se transcriben con el fin de ilustrar el estándar de exigencia que se pide al deudor en este caso:

“a) Declaración jurada con una lista de las obligaciones del Deudor, vencidas o no, sean o no actualmente exigibles, y de todos sus acreedores con indicación del monto adeudado a cada uno, o su saldo, según corresponda, expresando el nombre, domicilio, teléfono, correo electrónico del acreedor y su representante legal, en su caso y si lo conociere, y cualquier otro dato de contacto de cada uno de ellos;

b) Declaración jurada con la singularización de todos los ingresos que percibe, por cualquier causa, sean estos fijos o esporádicos, acompañando al efecto los antecedentes que los acrediten;

c) Declaración jurada con el listado completo de sus bienes, con indicación de aquellos que las leyes declaren inembargables, y de los gravámenes y prohibiciones que les afecten;

d) Una propuesta de renegociación de todas sus obligaciones vigentes;

e) Una declaración jurada en que conste que es Persona Deudora o que, habiendo iniciado actividades comerciales, no haya prestado servicios por dichas actividades durante los veinticuatro meses anteriores a la presentación de la referida solicitud, y

f) Una declaración jurada en que conste que no se le ha notificado de la demanda de Liquidación o de cualquier otro juicio ejecutivo iniciado en su contra que no sea de origen laboral de todas sus obligaciones vigentes, junto con varias declaraciones juradas que den cuenta, entre otras cosas, de sus obligaciones, de todos sus acreedores (indicando monto adeudado y datos para la individualización de estos), de los ingresos que percibe (adjuntando los antecedentes que los acrediten), de sus bienes y de los gravámenes y prohibiciones que les afecten”.¹⁸

18 Artículo 261. Ley N° 20.720, de 2014. Cabe señalar que esta norma fue modificada por la ley N° 21.563 de 2023, a saber: “Artículo 261.- Inicio del procedimiento. El Procedimiento Concursal de Renegociación se iniciará por la Persona Deudora, ante la Superintendencia a través de la presentación de una solicitud cuyo formato estará disponible en su sitio web y en sus dependencias. La referida solicitud deberá presentarse adjuntando los siguientes antece-

Si estos requisitos se cumplen, la SUPERIR dicta una resolución de admisibilidad que será publicada en el Boletín Concursal¹⁹, fecha a partir de la cual se otorga protección financiera al deudor, impidiendo la presentación de solicitudes de liquidación forzosa o voluntaria o ejecuciones de cualquier tipo en su contra.²⁰

El procedimiento de renegociación se compone de tres audiencias (determinación del pasivo, renegociación y ejecución) las que se desarrollan de manera concatenada en la medida que se alcancen los acuerdos requeridos.²¹ Si el procedimiento finaliza con un acuerdo de renegociación se entenderán extinguidos, por el solo ministerio de la ley, los saldos insolutos de las obligaciones contraídas respecto de los créditos que sean parte del referido acuerdo y el deudor quedará rehabilitado para todos los efectos legales.²² Sin embargo, es importante señalar que no todos los procedimientos de renegociación conllevan necesariamente la condonación total de la deuda. En algunos casos, las deudas se reestructuran o se renuevan, lo que incluso puede dar lugar a nuevas obligaciones.²³

dentes: a) Declaración jurada con una lista de las obligaciones del Deudor, vencidas o no, sean o no actualmente exigibles, y de todos sus acreedores con indicación del monto adeudado a cada uno, o su saldo, según corresponda, expresando el nombre, domicilio, teléfono, correo electrónico del acreedor y su representante legal, en su caso y si lo conociere, y cualquier otro dato de contacto de cada uno de ellos; b) Declaración jurada con la singularización de todos los ingresos que percibe, por cualquier causa, sean éstos fijos o esporádicos, acompañando al efecto los antecedentes que los acrediten; c) Declaración jurada con el listado completo de sus bienes y de los gravámenes y prohibiciones que les afecten; d) Una propuesta de renegociación de todas sus obligaciones vigentes; e) Una declaración jurada en que conste que es Persona Deudora, y que no se le ha notificado de la demanda de Liquidación o de cualquier otro juicio ejecutivo iniciado en su contra que no sea de origen laboral, y f) Suprimido.”.

19 Artículo 2 número 7. Ley N° 20.720, de 2014. Boletín Concursal: Plataforma electrónica a cargo de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, de libre acceso al público, gratuito, en la que se publicarán todas las resoluciones que se dicten y las actuaciones que se realicen en los procedimientos concursales, salvo que la ley ordene otra forma de notificación.

20 Artículos 263 y 264. Ley N° 20.720 de 2014.

21 Artículos 265, 266 y 267. Ley N° 20.720 de 2014.

22 Artículo 268. Ley N° 20.720 de 2014. Según señala Ruz Lártiga la idea de rehabilitación del deudor no debe entenderse desde un punto de vista técnico concursal, sino que más bien desde un punto de vista comercial en el sentido de restablecer la capacidad del deudor de ser sujeto de crédito. RUZ LÁRTIGA (2017), p. 568.

23 RUZ LÁRTIGA (2017), p. 532.

En el caso contrario, si no hay acuerdo, se procede a la liquidación de sus bienes conforme al acuerdo de ejecución que se celebre entre el deudor y sus acreedores.²⁴

Por último, tal como señala la ley N° 20.720, en estos casos el deudor puede comparecer personalmente sin la necesidad de la representación de un abogado.²⁵

2.2. Los procedimientos concursales de liquidación de la persona deudora

La ley N° 20.720 regula dos procedimientos judiciales de liquidación, uno de carácter voluntario y otro forzoso. Ambos tienen como finalidad la venta de los bienes del deudor para proceder al pago de sus acreedores y, en ambos casos, una vez terminado el procedimiento se procede a la extinción de los saldos insolutos²⁶, efecto conocido como el “descargue de la deuda” o “*discharge*”.²⁷

Existe también la llamada “liquidación refleja” que opera cuando la SUPERIR pone término a un proceso de renegociación por falta de acuerdo de ejecución, estando por ley obligada a enviar los antecedentes al tribunal competente para que se proceda a la liquidación de los bienes del deudor.²⁸ En estricto rigor, no es un procedimiento distinto, sino que otra vía de entrada a la sede judicial, entendida como una suerte de conversión o mutación de un procedimiento de renegociación fallido a uno de liquidación forzosa.²⁹

24 Existen también hipótesis legales de término anticipado del procedimiento de renegociación, según dispone el artículo 269 de la Ley N° 20.720 de 2014 y, que como se mencionan más adelante, dan pie a casos de liquidación refleja.

25 Artículo 264. Ley N° 20.720 de 2014.

26 Artículos 255 y 268 Ley N° 20.720 de 2014.

27 ALARCÓN (2011), p. 261.

28 Artículo 269. Ley N° 20.720 de 2014.

29 Otra hipótesis de liquidación se refleja se encuentra en el art. 120 letra a). Ley N° 20.720 de 2014.

En estos procedimientos aparece la figura del liquidador concursal, quien de acuerdo con la ley, representa judicial y extrajudicialmente los intereses generales de los acreedores y los derechos del deudor.³⁰ Entre otras funciones, corresponde al liquidador incautar y liquidar los bienes del deudor y hacer el pago a sus acreedores.³¹ Aparece también la figura del martillero concursal a cargo de realizar los bienes del deudor, según lo indicado por la junta de acreedores.³²

La liquidación voluntaria se activa a petición del deudor, mientras que la forzosa opera a instancia de los acreedores, quienes hacen el llamado al deudor para proceder judicialmente a la liquidación de sus bienes. En el caso de la primera, la ley N°20.720 (antes de la reforma de mayo de 2023) no señala requisitos específicos sino que se limita a enumerar los antecedentes que el deudor debe acompañar a su solicitud, los que aquí se transcriben textualmente para ilustrar el estándar de exigencia requerido:

“1) Lista de sus bienes, lugar en que se encuentren y los gravámenes que les afecten;

2) Lista de los bienes legalmente excluidos de la Liquidación de los Bienes de la Persona Deudora;

3) Relación de juicios pendientes con efectos patrimoniales, y

4) Estado de deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos”.³³

Con todo, cabe hacer presente que la ley N°21.563 modifica este escenario al elevar las exigencias legales para iniciar este procedimiento, cuestión que se analiza más adelante.

30 Artículo 36 inciso primero. Ley N° 20.720 de 2014.

31 Artículo 36 N°1 y 2. Ley N° 20.720 de 2014.

32 Artículo 2 N°20. Ley N° 20.720 de 2014.

33 Artículo 273. Ley N° 20.720 de 2014.

En relación con los efectos del procedimiento de liquidación voluntaria, una vez firme o ejecutoriada la resolución que le pone término se entienden extinguidos los saldos insolutos y el deudor se entenderá rehabilitado para todos los efectos legales³⁴, a diferencia de lo que ocurre en la renegociación, en estos casos se produce un efectivo descargo de la deuda.

En las tres hipótesis de liquidación –voluntaria, forzosa o refleja– dado que se trata de procedimientos seguidos ante los tribunales de justicia se exige comparecencia letrada, de conformidad a la ley N°18.120.

Un análisis puramente legal muestra que los requisitos y antecedentes exigidos para iniciar uno u otro procedimiento son cuantitativa y cualitativamente distintos. En la renegociación, además, de una suerte de tipificación del tipo de obligaciones adeudadas se requiere la presentación de seis declaraciones juradas ante notario y los datos completos de los acreedores (nombre, domicilio, teléfono, correo electrónico del acreedor y su representante legal y cualquier otro dato de contacto), entre otros documentos.

En la liquidación voluntaria, en cambio, basta con presentar las listas solicitadas sin necesidad de acudir ante notario e incluso en los casos en que se solicitan requisitos similares, como sucede con la lista de bienes, las exigencias de información son menores.³⁵

3. ALGUNAS CIFRAS DEL SISTEMA DE INSOLVENCIA PERSONAL EN CHILE

Una panorámica del funcionamiento de los procedimientos concursales obliga analizar algunas cifras que en esta materia se conocen. Para ello se accedió a dos tipos de fuentes atendido que estos procedimientos se ventilan en instancias independientes.

³⁴ Artículo 255. Ley N° 20.720 de 2014.

³⁵ RUZ LARTIGA (2018), p. 1.286.

En materia de renegociación se hace uso de la información que provee la SUPERIR a través documentos publicados en su sitio web (Cuenta Anual Participativa 2021 y 2022 y Boletín Concursal Mensual) y de solicitudes de información realizadas por medio de la ley de Transparencia.³⁶ En materia de liquidación se hace uso de información provista tanto por la SUPERIR como por el Poder Judicial a través de su sitio web³⁷ y de una solicitud de información por medio de la ley de Transparencia.³⁸

Adicionalmente, y con el fin de conocer el desarrollo de las causas de liquidación se realizó una revisión de 22 expedientes judiciales tramitados ante juzgados civiles de la Corte de Apelaciones de Santiago y San Miguel. Desde luego, se trata de una muestra muy pequeña que no aspira a representar la realidad nacional, pero que ofrece algunos insumos para realizar este examen.

A continuación se analizan tres aspectos puntuales: a) número de casos ingresados al sistema de insolvencia personal entre el 2019 y 2022; b) número de casos ingresados a procedimientos de liquidación en sus tres variantes en el 2020 y 2021 y c) formas de término de los procedimientos de liquidación.

36 Con fecha 8 de agosto de 2022 se solicitó por medio de la ley de Transparencia los roles de los casos de renegociación seguidos durante los años 2022 y 2021. Con fecha 24 de agosto de 2022 se informó que no era posible acceder a lo solicitado, pues una vez terminado un procedimiento de renegociación los datos del deudor involucrado deben ser eliminados o bloqueados del Boletín Concursal, conforme a la ley N°19.628, de 1999. Solicitud de información pública AH013T0001413 de fecha 8 de agosto de 2022. Oficio SUPERIR N°16213 con fecha 23 de agosto de 2022.

37 En el caso de la SUPERIR, las estadísticas se encuentran en los Boletines Estadísticos Mensuales, disponibles en: <https://bit.ly/44SFndI> y en el caso de las estadísticas del Poder Judicial, la información se encuentra disponible en: <https://numeros.pjud.cl/Inicio>.

38 Con fecha 8 de noviembre de 2022 se solicitó por medio de la ley de Transparencia el número de casos de liquidación forzosa, voluntaria y refleja ingresados en los años 2020 y 2021. Con fecha 24 de noviembre de 2022 se informan las cifras específicas de cada procedimiento de liquidación. Solicitud de información pública AH013T0001458 de fecha 8 de noviembre de 2022. Oficio SUPERIR N°21.027 con fecha 24 de noviembre de 2022.

3.1. Casos ingresados al sistema de insolvencia personal

El Boletín Concursal que se publica mensualmente el sitio web de la SUPERIR provee de información sobre el ingreso de casos tanto a procedimientos concursales de renegociación como de liquidación, según se indica a continuación.³⁹

Tabla 1. Procedimientos concursales de persona deudora 2019 a 2022

Año	Renegociación		Liquidación	
2019	1.247	49.7%	4.542	29.3%
2020	783	31.2%	5.113	33.0%
2021	188	7.5%	3.525	22.7%
2022	288	11.4%	2.306	14.8%
TOTAL	2.506	100%	15.486	100%

Fuente: Elaboración propia.

Llama la atención la gran diferencia en el número de procedimientos de renegociación (2.506) en comparación con los de liquidación (15.486). Estos últimos prácticamente sextuplican a los primeros con un porcentaje que corresponde al 86% del total de procedimientos concursales iniciados en los años revisados.

Por otra parte, se observa una caída en el ingreso de casos en ambos procedimientos a partir del 2020, lo que puede explicarse, según indican algunos de los entrevistados, por las dificultades de las personas para acceder a la documentación requerida para iniciar estos procedimientos; dificultades surgen a fines del 2019 con el estallido social y se intensifican con la

39 Estos datos fueron obtenidos a través de la información publicada en el Boletín Estadístico Mensual que registra la SIR en su sitio web.

pandemia a partir de marzo del 2020.⁴⁰ Con todo, este fenómeno -baja en el ingreso de casos- no es aislado, sino que también ello se ha observado en otros procedimientos judiciales ventilados en sede civil.⁴¹

3.2. Número de causas ingresadas a procedimientos concursales de liquidación

Los datos provistos en el sitio web del Poder Judicial son de carácter general y no permiten distinguir el ingreso de casos por tipo de procedimiento de liquidación.⁴² Por ello, se recurre a los datos entregados por la SUPERIR a través de una solicitud por la ley de Transparencia, que revelan lo siguiente.⁴³

Tabla 2. Ingresos causas a procedimientos concursales de liquidación (2020 y 2021)

Ingresos nacional años 2020 y 2021				
Materia	2020		2021	
Liquidación voluntaria	5.049	98.8%	3.486	98.9%
Liquidación forzosa	3	0.05%	5	0.14%
Liquidación refleja	58	1.1%	32	0.9%
TOTAL	5.110	100%	3.523	100%

Fuente: SUPERIR

Como se observa, los datos muestran la altísima prevalencia de la liquidación voluntaria (sobre el 98%) en comparación con la liquidación forzosa que no alcanza siquiera al 1%.

40 Profesionales SUPERIR 1.
41 Por ejemplo, en el caso del procedimiento ordinario los datos muestran que en el 2019 ingresaron 173.850 causas; en el 2020 ingresaron 58.521 y en el 2021 las cifras bajaron a 45.491 causas. Similar tendencia se observa en los procedimientos de ejecución: en el 2019 ingresaron 909.683 casos; en el 2020 ingresaron 689.195 casos y en el 2021 la cifra llega a 455.692 casos. Fuente: Poder Judicial en números. Disponible en: <https://numeros.pjud.cl/Competencias/Civil#Ingresos>
42 Con fecha 20 de junio de 2023 se realizó una solicitud por vía de la ley de Transparencia que a la fecha de cierre de este trabajo aún estaba en curso. Solicitud de acceso a la información NR001T0008355.
43 Solicitud de transparencia AH013t0001458 de 08 de noviembre de 2022.

A juzgar por los entrevistados, las razones de ello pueden ser variadas. Algunas hipótesis apuntan a los costos de la liquidación forzosa, pues “... *se debe hacer una consignación previa. De persona natural rara vez van a poder cubrir todos los créditos, entonces no veo cual es el incentivo para el acreedor tipo banco o casa comercial*”.⁴⁴

Otras apuntan al comportamiento de los deudores y su decisión de solicitar la liquidación voluntaria: “*Yo creo que para las personas naturales que se ven agobiadas por deudas (la liquidación) es una salida de obtener su condonación*”.⁴⁵ Por último, otros creen que ello podría deberse a ciertas dificultades prácticas a la hora de pedir la liquidación forzosa “es lo más complicado, porque me ha pasado varias veces como la definición de persona deudora o de empresa deudora está en negativo cuesta saber de qué tipo de persona, muchas veces no se ha podido saber”.⁴⁶

3.3. Forma de término de los procedimientos concursales

Por último, atendido los efectos de estos procedimientos resulta relevante conocer las formas en que finalizan. En concreto, interesa saber si se logra la finalidad prevista por el legislador para cada uno de ellos, esto es, dar una segunda oportunidad al deudor por medio de su rehabilitación financiera permitiéndole volver a ser sujeto de crédito después de haberse declarado en insolvencia.

En el caso de los procedimientos de renegociación, durante el año 2022 se llevaron a cabo 461 audiencias, de las cuales 204 corresponden a audiencias de renegociación, obteniéndose un 96,1% de acuerdo entre el deudor y sus acreedores.⁴⁷

44 Juez 2.

45 Juez 4.

46 Abogado 3.

47 En el 2022 se realizaron 248 audiencias determinación pasivo, 204 audiencias renegociación y 9 audiencias de ejecución. Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (2023).

En el caso de los procedimientos de liquidación, dado que las fuentes antes consultadas (Boletín Concursal de la SUPERIR y Poder Judicial) no contienen datos al respecto, se recurre a la información de las carpetas electrónicas de procedimientos de liquidación revisadas que, como se indicó al inicio, si bien ofrece datos parciales, arrojan algo de luz sobre este punto.

En los casos de liquidación voluntaria, en las ocho causas revisadas se aprueba la cuenta final de administración y se dicta resolución de término del procedimiento. En los casos de liquidación forzosa, en cambio, en las ocho causas revisadas las formas de término son variadas: no se da curso a la demanda (2), incompetencia del tribunal (1), desistimiento (1), se tiene por no presentada la solicitud (1), archivo de la causa (1) y en tramitación (1). Solo en una de ellas se aprueba la cuenta final de administración y se dicta la resolución de término del procedimiento.

Por último, en los casos de liquidación refleja, donde solo fue posible identificar seis casos para el periodo estudiado, los datos muestran que en cinco de ellos se aprueba la cuenta final de administración y se dicta la resolución de término del procedimiento. El sexto caso se encontraba en tramitación a la fecha de revisión de las carpetas.

Tabla 3. Formas de término según procedimiento de liquidación
(2020 y 2021)

FORMAS DE TÉRMINO	Liquidación voluntaria		Liquidación forzosa		Liquidación refleja	
Aprobación cuenta final/ resolución término procedimiento	8	100%	1	12.5%	5	83.3%
No se da curso a la demanda	0	0%	2	25%	0	0%
Incompetencia tribunal	0	0%	1	12.5%	0	0%
Desistimiento	0	0%	1	12.5%	0	0%
Se tiene por no presentada la solicitud	0	0%	1	12.5%	0	0%
Archivo de la causa	0	0%	1	12.5%	0	0%
En tramitación	0	0%	1	12.5%	1	16.6%
TOTAL	8	100%	8	100%	6	100%

Fuente: Elaboración propia

Como se observa, en la gran mayoría de los casos de liquidación forzosa no hay un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, toda vez que más de la mitad de ellas (5 de 8 causas) finaliza de manera temprana (“no se da curso a la demanda”, “se tiene por no presentada la demanda”) o bien a través del desistimiento de la solicitud presentada o el archivo de la causa.

En cambio, en las voluntarias y reflejas se advierte una alta proporción de términos vía aprobación de cuenta final (100% y 83%, respectivamente). Ello, significa que en estos casos el efecto de “descargue de la deuda” o *discharge* se produjo en los términos previstos por el legislador.

4. LOS EFECTOS (NO ESPERADOS) DEL DISEÑO DEL SISTEMA DE INSOLVENCIA PERSONAL

El análisis que a continuación se plantea parte de la premisa que el sistema de insolvencia personal fue construido con el fin de ofrecer distintas alternativas al deudor para cumplir con sus obligaciones y rehabilitarse. No hay señales expresas en la ley ni en el Mensaje Presidencial que da vida a esta normativa de un diseño escalonado que exija al deudor preferir una alterna-

tiva por sobre la otra o que el inicio de un procedimiento esté supeditado al desarrollo del otro como un requisito previo de procesabilidad. Todo indica que el legislador quiso ampliar la oferta de mecanismos para hacer frente a la insolvencia personal previendo así un escenario con dos procedimientos alternativos y en principio no excluyentes a los cuales los deudores pueden acceder a libre elección.⁴⁸

Sin embargo, ello contrasta con la evidencia empírica que muestra, por un lado, la subutilización de la renegociación y, por otro, una “sobre explotación”⁴⁹ de la liquidación voluntaria, los que aparecen como efectos no esperados. Esta evidencia se ve refrendada por las opiniones recogidas a través de las entrevistas en profundidad realizadas a operadores del sistema de insolvencia personal. A continuación se examinan estos efectos y se esbozan algunas razones que pueden explicarlos.

4.1. La subutilización de la renegociación

Al inicio de este trabajo nos preguntábamos por qué los procedimientos de liquidación -que suponen la venta de los bienes del deudor- tienen mayor prevalencia que los de renegociación en circunstancias que estos últimos no obligan al deudor a desprenderse de sus bienes y producen el mismo resultado: la prometida rehabilitación.

Una de las ventajas que se atribuye a este procedimiento, en comparación con la liquidación, es que en la renegociación *“se le asiste (al deudor) para que reúna a todos sus acreedores, se le dé un plan de pago uniforme y tenga claridad en cuanto va a tener que pagar mensual”*.⁵⁰

48 GOLDENBERG (2021), p. 333. Puga Vial parece sostener, en cambio, que se trataría de procedimientos escalonados en el sentido que la liquidación opera ante el “fracaso” de las salidas convencionales que ofrece la ley. PUGA (2014), p. 666.

49 Expresión utilizada por uno de los entrevistados: profesional SUPERIR 2.

50 Abogado 1.

Uno de los profesionales de la SUPERIR señala que si bien se trata de un procedimiento cuya implementación fue exigente y no estuvo exenta de polémicas, se ha construido de manera flexible y colaborativa con los actores y *“... se ha tratado de buscar las alternativas más eficientes para el deudor y los acreedores para que puedan salir del sobreendeudamiento y entregarle un poco más educación financiera para que tengan ese aprendizaje y no vuelvan a cometer el mismo error”*.⁵¹

Sin embargo, a la luz de la información recopilada a través de las entrevistas y el examen legal de los requisitos exigidos para solicitar una renegociación, me parece que - pese al carácter administrativo, gratuito, la comparecencia personal y, lo más importante, que no implica la liquidación de los bienes del deudor- este procedimiento parece resultar menos atractivo. A continuación se proponen algunas razones que pueden explicar esta situación.

a) Altas exigencias, participación y disposición de pago

1) Requisitos de entrada a la renegociación

Como vimos, para acceder al procedimiento de renegociación el deudor debe cumplir con una serie de requisitos y adjuntar un número no menor de documentos. A ello se suma la tarea de llenar el formulario de ingreso, lo que supone atravesar varias etapas completando los datos solicitados, lo que implica el manejo de términos financieros y jurídicos y la inversión de tiempo en la recolección de la información requerida.

Para llevar adelante este trámite, la SUPERIR ha elaborado un “Manual de usuarios para ingresar solicitudes de Renegociación”⁵² y videos tutoriales de “Renegociación de deudas en línea”⁵³, lo que da cuenta de la necesidad

⁵¹ Profesional SUPERIR 1.

⁵² Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. Disponible en: <https://www.superir.gob.cl/wp-content/uploads/2022/08/Manual-Usuarios-extenso-vf.pdf>

⁵³ Renegociación de deudas en línea. Disponible en: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLXPLgypTD6DFKepury5SnWUEIJGdTGIPc>

de apoyar el proceso de ingreso de solicitudes. En esta línea, uno de los entrevistados señala que el sistema de ingreso es “*súper burocrático ... si entro a la Superintendencia me encuentro con mil problemas, formularios, etc.*”.⁵⁴

Estas exigencias pueden llegar a constituir un obstáculo para muchas personas, particularmente aquellas en condiciones de vulnerabilidad, ya sea por razones de edad o circunstancias sociales, étnicas y culturales.⁵⁵ Piénsese, por ejemplo, en un adulto mayor que sufre alguna enfermedad que limita su movilidad. En estos casos, incluso el uso de tecnologías de la información que podrían paliar esas dificultades -a través de la obtención de documentos o realización de trámites vía remota- pueden llegar a constituir una barrera adicional por la brecha digital que afecta a muchas personas en nuestro país.

El lenguaje técnico -en este caso jurídico y financiero- constituye otro obstáculo que superar, pues limita la comprensión de los requerimientos exigidos. Este no es un problema que afecte solo a la SUPERIR o al mundo de la insolvencia personal, se trata de un problema de carácter transversal que se ha venido enfrentado con políticas e iniciativas destinadas a simplificar el lenguaje que utilizan los distintos organismos del Estado, entre ellos, el propio Poder Judicial.⁵⁶ Si bien la SUPERIR cuenta con oficinas de atención de público que operan de manera presencial, telefónica y remota⁵⁷, la ausencia de educación financiera de los usuarios y de un lenguaje claro por parte de los órganos públicos confabulan, a mi juicio, contra la comprensión de lo que se solicita.

54 Abogado 5.

55 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para personas en condiciones vulnerabilidad. Estas reglas enumeran una lista de nueve condiciones de vulnerabilidad: edad, discapacidad, pertenencia a una comunidad indígena, victimización, migración o desplazamiento interno, pobreza, género, pertenencia a minorías y privación de libertad.

56 Véase por ejemplo la Red de Lenguaje Claro Chile que agrupa a distintas instituciones públicas. <http://www.lenguajeclarochile.cl/>

57 Véase información sobre este punto en “Cuenta Pública Participativa ‘23”. Superintendencia de Insolvencia y reemprendimiento. Disponible en: <https://bit.ly/3sVsMJo>, p. 7.

Por último, el hecho que la ley N° 20.720 no permitiera a los deudores que ofrecen servicios y emiten boletas de honorarios someterse a este procedimiento constituyó, a juicio de uno de los entrevistados “*una gran barrera de entrada*”⁵⁸ a la renegociación, pues se trata de un tipo de deudores que no calzaba dentro de los parámetros de empresa deudora consignado en la ley.⁵⁹

2) Participación del deudor

Tal como se mencionó anteriormente, los procedimientos de renegociación se desarrollan en base a audiencias en que participan profesionales de la SUPERIR, los acreedores y el deudor.⁶⁰ Sea que se realicen de manera presencial o remota, sus objetivos -alcanzar distintos tipos de acuerdos entre el deudor y sus acreedores- ellas suponen una activa participación del primero defendiendo, por lo pronto, la proposición de renegociación presentada al inicio del proceso. Suponen, además, un costo intangible para los deudores, que en algunos casos puede constituir un desincentivo, ya que una activa participación les exige presentarse ante sus acreedores y asumir la responsabilidad de sus actos.

En un procedimiento de liquidación voluntaria, en cambio, el rol del deudor se limita a la presentación de la solicitud ante el tribunal. En principio, no se exige su participación porque comparece en el juicio representado por el liquidador concursal, salvo en la audiencia de incautación de bienes. En palabras de un entrevistado “*El deudor firma la demanda, está presente al momento de la incautación y luego nunca más participa*”.⁶¹

58 Abogado 6.

59 Este punto es uno de los principales cambios de la ley N° 21.563, de 2023 contiene una modificación a la definición de empresa deudora, con lo cual se amplía el concepto de persona deudora y permite que profesionales liberales puedan optar a los procedimientos concursales de estas últimas.

60 Artículos 265, 266 y 267. Ellos se refieren a las tres audiencias que componen el procedimiento de renegociación, las cuales se celebrarán con el deudor, ya sea personal o debidamente representado.

61 Abogado 5.

3) Disposición a pagar

La ley exige al deudor presentar una propuesta de renegociación de todas sus obligaciones, lo que indefectiblemente supone la voluntad *real* de pagar a sus acreedores (el énfasis es nuestro). Lo anterior -que parece obvio- es una cuestión que considerar a la luz de algunas prácticas que se observan en los procedimientos de liquidación voluntaria, tal como se verá más adelante.

En este caso la disposición a pagar se materializa, en primer término, a través de la presentación de la propuesta de pago al inicio del procedimiento y más tarde, en la participación y concurrencia en un acuerdo de renegociación, donde el deudor podrá repactar, novar o extinguir las obligaciones contraídas con sus acreedores. Si ello se logra se entenderá rehabilitado para todos los efectos legales. En caso contrario, la SUPERIR citará a una audiencia de ejecución donde presentará una propuesta de venta de todos los bienes del deudor.

En otras palabras, en principio el deudor que se somete a un procedimiento de renegociación lo hace sabiendo (o debiendo saber) que al término de este deberá cumplir con sus obligaciones o una parte de ellas, ya sea por medio de un acuerdo de renegociación o un acuerdo de ejecución para proceder a la liquidación de sus bienes.

En la liquidación, en cambio, la disposición a pagar a los acreedores se manifiesta (y se limita) a los bienes listados en la presentación inicial, con independencia si ellos son o no suficientes para cubrir las deudas impagas. Ello ha abierto un espacio para poner en duda, según se recoge de las entrevistas, la existencia de una real voluntad de pago por parte de los deudores cuando, por ejemplo, en la presentación inicial se listan escasos bienes o estos son de muy bajo valor, como veremos más adelante.

b) La renegociación como un “trampolín” para llegar a la liquidación

Otra razón que podría explicar la subutilización de la renegociación la entrega uno los profesionales de la SUPERIR entrevistados. Preguntado si se observan prácticas que contrarias al objetivo de la ley en este ámbito indica que: *“La mayor parte del abuso que podría identificar dentro del procedimiento, desde el punto de vista del deudor, es el paso por la renegociación como un trampolín al tribunal”*.⁶²

Se trataría de deudores que no desean llegar a acuerdos ni pagar a sus acreedores, sino que más bien buscan pavimentar el camino hacia la liquidación refleja y, que en estricto rigor, hacia la condonación de los saldos insolutos. Por ello, llegado el momento rechazan la propuesta de ejecución, pues saben que la SUPERIR tiene la obligación de enviar los antecedentes al tribunal para que este dicte la resolución de liquidación que pone término al procedimiento⁶³: *“...el tribunal está obligado a dictar la resolución y esa persona puede incluso comparecer sin el patrocinio de un abogado. La comparecencia con abogado que, si es necesaria en la liquidación, se la saltan a través de la renegociación entrando al procedimiento y simplemente rechazando los acuerdos”*.⁶⁴ El profesional de la SUPERIR entrevistado indica, además, que esta práctica se ha visto incrementada en los últimos seis meses, con el agravante de que se trata de deudores que actúan con representación de abogados.⁶⁵

Ahora bien, la reciente modificación a la ley N° 20.720 se hace cargo del problema antes relatado a través de dos vías. Primero, otorgando facultades a la SUPERIR para suspender la audiencia de ejecución hasta por diez días con el fin de llegar a un acuerdo y, vencido ese plazo, remitir los antecedentes al

62 Profesional SUPERIR 1.

63 Artículo 269. Ley N° 20.720, de 2014. Término anticipado del Procedimiento Concursal de Renegociación y sus efectos. Allí se establece que la SUPERIR declarará el término anticipado del procedimiento de renegociación, si no se llega a acuerdo en la audiencia de ejecución y, si no se hubiere presentado un recurso de reposición o esté rechazado, la SUPERIR remitirá los antecedentes al tribunal competente, el que dictará la correspondiente resolución de liquidación de los bienes.

64 Profesional SUPERIR 1.

65 La entrevista fue realizada en marzo de 2023. Profesional SUPERIR 1.

tribunal competente.⁶⁶ Segundo, a través de la incorporación de la propuesta de un plan de reembolso (plan de pago) por parte del deudor, el que deberá contener los montos de pago mensual -que no podrán exceder del 30% de los ingresos declarados- y la forma y plazo de pago -que no podrá extenderse por más de seis meses.⁶⁷ En esta línea, en agosto de 2023 la SUPERIR dictó la Norma de Carácter General N° 22 y N° 23, las que regulan aspectos de detalle de los procedimientos dirigidos a personas deudoras⁶⁸, entre ellos, se establece que el plan de pago propuesto por el deudor constituya una manifestación expresa, seria y completa.⁶⁹

Podría discutirse el peso relativo de esta práctica -uso de la renegociación como trampolín- a la luz de los datos antes revisados que muestran la baja prevalencia de la liquidación refleja (menos del 1.1%). Sin embargo, cabe recordar que se trata de cifras del 2020 y 2021, dos años marcados por la pandemia y el conjunto de restricciones sanitarias que ello supuso.

66 Art. 267 modificado: Si no se llegare a un acuerdo, la Superintendencia podrá suspender esta audiencia por una sola vez, hasta por diez días hábiles administrativos, con el objeto de propender al acuerdo. Si no se llegare a un acuerdo tras la suspensión señalada en el inciso anterior, la Superintendencia remitirá los antecedentes al tribunal competente del domicilio del Deudor, el cual dictará la correspondiente Resolución de Liquidación, de acuerdo a lo dispuesto en Título 2 de este Capítulo.

67 Art. 267 nuevo.

68 La Norma de Carácter General N° 21 de 11 de agosto de 2023 establece pautas para el ingreso de la solicitud de inicio del procedimiento concursal de renegociación de persona deudora y disposiciones comunes a la celebración de las audiencias reguladas en el referido procedimiento. Por su parte, la Norma de Carácter General N° 22 de la misma fecha antes señalada regula el modelo de la declaración jurada por la que el deudor podrá acreditar la circunstancia de ser una empresa deudora de aquellas señaladas en el artículo 273 de la ley N° 20.720 de 2014 y el formato y contenido de la solicitud de liquidación voluntaria simplificada, según lo prescrito en el artículo 273 A.

69 Se entenderá que esta propuesta es expresa si se contiene en el formulario electrónico destinado al efecto en la plataforma del servicio; que es seria si existe la intención de obligarse a su cumplimiento y este es viable y, por último, que es completa si contiene la descripción de montos, plazos y demás condiciones de cada una de las obligaciones y para cada uno de los acreedores. Artículo 13, Norma General N° 21 de 11 de agosto de 2023.

Por ello, hay que considerar que dichos datos constituyen la radiografía de un momento muy distinto al actual donde se observa un aumento de los deudores morosos.⁷⁰

4.2. La “sobre explotación” de los procedimientos de liquidación

Datos muestran la alta utilización de los procedimientos de liquidación (86%) en comparación con los de renegociación (14%). Las entrevistas realizadas ofrecen algunas claves para comprender este fenómeno poniendo el acento en el diseño legal de los procedimientos concursales de persona deudora y su aplicación en la práctica.

Lo primero que surge se refiere a uno de los requisitos que el deudor debe cumplir al momento de presentar la solicitud de liquidación voluntaria, esto es, acompañar una “lista de sus bienes, lugar en que se encuentren y los gravámenes que les afecten”.⁷¹

Varios entrevistados⁷² dan cuenta de ciertas prácticas de parte de los deudores que se observan con cierta frecuencia en los tribunales de justicia. Por un lado, deudores que en su presentación acompañan una lista con dos o tres bienes de muy bajo valor (por ejemplo, un secador de pelo, un hervidor y una plancha) y, por otro, deudores que en la solicitud de liquidación derechamente no ofrecen bienes. *“Hoy en día en la lista de bienes muchas veces se dice no hay (bienes) o (se señalan) bienes cuando están prendados vehículos, generalmente nunca hay nada más”*.⁷³

70 Se observa un aumento en el número de deudores morosos (112.000 personas en relación con septiembre de 2021) y se registra la mayor cifra de “nuevos morosos” en los diez años en que se lleva realizando este informe Equifax y la Universidad San Sebastián. 40° Informe de Deuda Morosa.

71 Artículo 273. Ley N° 20.720 de 2014.

72 Jueces 1, 2, 3 y 4; abogados 1, 2, 3, 5, 7 y 8 y liquidador 1.

73 Jueza 1.

Incluso más, varios entrevistados refieren haber escuchado que en ferias o mercados persas se vende a muy bajo precio (entre \$10.000.- y \$15.000.-) el llamado “pack o kit de liquidación” compuesto por bienes usados y baja calidad para que el deudor incluya en su lista de bienes al momento de presentar la solicitud.

Una jueza entrevistada señala que *“Hay un millón de situaciones, pero las demandas son del toque de que debo tanto, que no puedo pagar y mis bienes son un velador; bienes que van a comprar al persa ‘un pack’”*.⁷⁴ En esta misma línea, un abogado señala que *“uno sabe que son prefabricadas en el fondo las listas. Yo incluso he escuchado si tú vas al persa te venden Kit de liquidaciones”*.⁷⁵

Sin embargo, más allá de la existencia o no del “pack de liquidación”⁷⁶, lo cierto es que estas prácticas han generado tanto un debate doctrinario⁷⁷ como jurisprudencial sobre los alcances de la exigencia legal y el estándar de suficiencia requerido, observándose distintas posturas. Una de las juezas entrevistadas indica que ha visto casos en que el deudor ofrece *“Por ejemplo, un hervidor, un rizador, una cámara fotográfica ... yo derechamente no le doy curso hay requisitos mínimos que exigir”*.⁷⁸ Otra magistrada señala que no realiza tal calificación y que admite a tramitación la solicitud, aunque los bienes listados sean de bajo valor.⁷⁹

En un fallo de 2018 la Corte Suprema sostuvo que el legislador no establece “un parámetro objetivo del concepto “bienes suficientes” para ponderar si se cumplió con el requisito formal para acceder a la liquidación”,⁸⁰

74 Jueza civil 1.

75 Abogado 3.

76 “Bueno, esos son los rumores que van, que sacan casi de la basura bienes o efectivamente van y les dicen revienta la tarjeta, también son rumores. Claro, como mitos urbanos”. Jueza 2.

77 GOLDENBERG y JEQUIER LEHUEDE (2019), p. 159 y SANDOVAL LÓPEZ (2019), p. 146.

78 Jueza 2.

79 Jueza 3.

80 Corte Suprema, Rol 39766-2017, de 9 de mayo de 2018.

razón por la cual el tribunal (de la instancia) se atribuye facultades al no dar lugar a la solicitud de liquidación por no acompañarse en la demanda lo que califica de “bienes suficientes”.⁸¹ A juicio de esta Corte, el listado de bienes y su ubicación tiene como finalidad la “determinación del activo y colaborar con la labor del liquidador al incautar”, pero la ley no contempla calificaciones de suficiencia.⁸²

Me parece que detrás de este debate se advierte, particularmente por parte de los jueces, la búsqueda de antecedentes que permitan verificar la disposición de pago del deudor y no solo la búsqueda de la condonación de sus deudas. Una jueza lo señala muy claramente: “*Considero que el sistema de insolvencia es un proceso en que uno pone a disposición lo que uno tiene para que se pague, porque si no al final es un “perdonazo” y eso no es la ley de insolvencia*”.⁸³ Otra magistrada indica que es necesario que el deudor demuestre cierta disposición a desprenderse de sus bienes “*que no sea esto como “borrón y cuenta” nueva sin que haya un esfuerzo*”.⁸⁴

Con todo, a partir de la información recabada no es posible determinar qué porcentaje de los deudores que llegan al sistema de insolvencia personal por la vía de la liquidación incurrir en las prácticas que aquí se han descrito. Si bien prácticamente todos los entrevistados comparten un juicio negativo de estas - “*hay abuso de esto, especialmente cuando ponen en el listado de activos la lavadora con el secador de pelo ...*”⁸⁵ - hay discrepancia sobre si ellas son relativamente extendidas o corresponden a un grupo minoritario de deudores. Algunos entrevistados sostienen que ello sucede en una alta

81 Una revisión del caso en primera instancia muestra que el deudor señala que vive de allegado y lista los siguientes bienes: un televisor, lámpara de velador, velador, escritorio, PlayStation 2, juego de parlantes, guitarra acústica, funda guitarra, hamaca y mochila. Décimo Juzgado Civil de Santiago, Hugo Silva Marín, Rol C-2286-2017, de 10 de marzo de 2017.

82 Corte Suprema, Rol 39766-2017, de 9 de mayo de 2018.

83 Jueza civil 3.

84 Jueza civil 2.

85 Abogado 1.

proporción de los casos - “*la cantidad de personas que hace esto es mayoritario*”⁸⁶- sin embargo, otros señalan que se trata de “*un número relevante, pero nunca mayoritario*”.⁸⁷

Ello nos lleva a la distinción que se hace desde la doctrina entre los deudores que no pueden pagar (*can't pay*) y los que no quieren pagar (*won't pay*). Los resultados de un estudio realizado en 2003 en el Reino Unido muestran que el pago de las deudas está asociado a dos factores: la capacidad de pago y la disposición de pago de los deudores.

Los primeros (*can't pay*) quieren pagar, pero por una razón coyuntural no pueden hacerlo (cesantía, enfermedad, divorcio); los que repentinamente sufren una disminución de sus ingresos (cambio de trabajo) y los que tienen problemas mentales que perjudican o limitan seriamente su capacidad para manejar sus finanzas.⁸⁸ Los segundos (*won't pay*) tienen capacidad de pago pero no lo hacen, ya sea porque retienen el pago lo más posible (consumidor insatisfecho), porque tienen un largo historial de deudas y demandas ante los tribunales y porque culpan al sistema por haberles prestado dinero.⁸⁹

Lo más relevante de este estudio es que muestra que la gran parte de los deudores del sistema inglés son personas que corresponden al primer grupo (*can't pay*), es decir, deudores que tienen la intención de pagar, pero por algún motivo no pueden hacerlo.⁹⁰

En nuestro país, algunos autores han avanzado en la descripción de estos comportamientos y han propuesto criterios y categorías de análisis que enriquecen el debate. Por ejemplo, Ruz Lártiga divide el fenómeno del sobreendeudamiento en dos grupos: el pasivo y el activo. En el primer caso, nos encontramos con deudores que se ven imposibilitados de hacer

86 Jueza 4.

87 Abogado 5.

88 DOMINY y KEMPSON (2003), pp. 5 a 8.

89 DOMINY y KEMPSON (2003), pp. 8 a 23.

90 *Ibíd.*, p. 55.

frente a sus deudas debido a eventos imprevisibles y accidentales, como una enfermedad o el desempleo. En el segundo grupo, nos topamos con deudores que parecen tener una “adicción al consumo”, ya que adquieren compromisos financieros, ya sea para necesidades básicas u otros fines, como el ocio, sin tener la capacidad de cumplir con esas obligaciones.⁹¹ En esta misma línea, pero con otras palabras, Goldenberg plantea que las causas del sobreendeudamiento pueden tener un carácter estructural, relacionado con la inseguridad financiera de las familias, o pueden estar arraigadas en factores culturales que influyen en el comportamiento de las personas frente al consumo y las posibles deudas que puedan surgir de este.⁹²

Sin embargo, a la luz de las entrevistas realizadas y más allá del número de casos, es posible sostener que existe una percepción bastante generalizada de que una alta proporción de los deudores que inician un procedimiento de liquidación voluntaria corresponde al segundo grupo (*won't pay*) antes descrito, es decir, aquellos que no quieren pagar, pudiendo hacerlo.

Un entrevistado lo explica del siguiente modo: “*Existe el pensamiento que está la posibilidad de no pagar y partir de 0 para volverme a endeudar y volver a probar. La gente lo ve como un negocio, por así decirlo, saco un crédito y si me va bien, bacán y si no, me voy a la quiebra. Tiende a generarse la sensación de irresponsabilidad, que yo podría sacar crédito, no pagar nada y en definitiva, borrón y cuenta nueva*”.⁹³

Una magistrada pone el foco en rol de los abogados e indica “*algunos estudios de abogados han hecho de esto algo muy masivo, en el sentido de ingresar la liquidación voluntaria como si fuera la gran solución para el deudor, y señalando muy pocos bienes sin ningún valor económico. Por*

91 RUZ LÁRTIGA (2017), p. 495.

92 GOLDENBERG (2021), p. 76.

93 Abogado 2.

*ejemplo, causas voluntarias con deudas por más de 20 y 30 millones y no tiene vehículos a su nombre, sin propiedades y lo único que ofrecen una plancha, un computador 2010”.*⁹⁴

Sin embargo, por otro lado, algunos entrevistados reconocen la existencia de otro tipo de deudores que corresponden a un perfil muy distinto y que calzaría con el primer grupo antes descrito (*can't pay*). Un entrevistado lo grafica claramente cuando se refiere a ellos como deudores “*presos de sus circunstancias*”, esto es, aquella persona “*que tuvo que endeudarse porque tuvo un gasto de salud o quedó cesante y no pudo seguir pagando*”.⁹⁵ Otro utiliza la expresión de “deudores con mala suerte” para referirse a “*... el tipo a quien efectivamente se le enfermó alguien, el tipo que quedó cesante de un día para otro ... o deudores que defendieron el hipotecario a más no poder el banco los ejecutó individualmente y quedaron con deudas de consumo*”.⁹⁶

Por su parte, un abogado refiere el caso de los adultos mayores, que en su mayoría tienen deudas con supermercados o farmacias “*para poder comer y para pagar los medicamentos, a lo mejor no tienen una enfermedad grave, pero requieren un tratamiento médico caro*”.⁹⁷

Con todo, a juzgar por lo recogido en las entrevistas, la figura del deudor que compra el “pack de liquidación” en la feria persa y luego pide la liquidación con el fin que sus deudas queden reducidas a cero (es decir, un deudor *won't pay*) es el que se ha instalado en la narrativa de los operadores del sistema.

94 Jueza 2.

95 Liquidador concursal 1.

96 Abogado 5. En la misma línea una magistrada señala: “*...si a uno se le enferma un hijo y debo pagar una cuenta, obviamente que uno entiende que ahí hay una situación de insolvencia. O se te quemó la casa, te echaron, mira hay un millón de situaciones*”. Jueza 1.

97 Abogado 4.

5. DISUASIVOS CONTRA LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS DE LOS DEUDORES

Estas conductas, aquí brevemente retratadas, constituyen parte de las razones que impulsaron la modificación de la ley N° 20.720. En efecto, como se señaló al inicio, durante el transcurso de esta investigación se promulgó la ley N° 21.563 que -luego de diez años de tramitación parlamentaria- vino a reformar varios aspectos de la normativa vigente.⁹⁸

Uno de los aspectos que esta ley modifica se refiere precisamente a los requisitos para iniciar la liquidación voluntaria. La lectura de los nuevos artículos 273 A y 273 B muestran de manera clara la intención del legislador de hacer frente a estas prácticas incrementando los costos de ingresar al procedimiento de liquidación.⁹⁹ Así lo señala de manera muy clara uno de los entrevistados *“esta reforma tiene su origen en esta “sensación de abuso” ... lo que hay es una idea es parar ciertos abusos”*.¹⁰⁰

En efecto, la nueva normativa exige al deudor acompañar una larga lista de antecedentes y documentos, entre ellos, varias declaraciones juradas. En relación con los bienes, se exige indicar, por ejemplo, el avalúo comercial, estado de conservación y lugar donde se ubican, tanto si son de su propiedad o si se encuentran en su poder en una calidad distinta de la de dueño, incluida su participación en sociedades, comunidades y comunidades hereditarias.¹⁰¹ Junto con lo anterior, el deudor deberá acompañar documentación que acredite el dominio de dichos bienes, copia de las cartolas históricas de las cuentas corrientes y cuentas vistas asociadas al deudor y, para finalizar se exige una declaración jurada que indique que los antecedentes y documentos que se adjuntan son completos y fehacientes.¹⁰²

98 Ley N° 21.563, de 2023.

99 Estas normas tienen prevista una entrada en vigor diferida para el 11 de agosto de 2023.

100 Abogado 5.

101 Artículo 273 A.- Antecedentes de la solicitud.

102 Ibid.

Por otra parte, el artículo 273 B contiene dos reglas que van en la misma dirección. Una que establece un límite temporal para solicitar una nueva liquidación -una vez transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación la resolución de término de un procedimiento anterior- y otra que otorga facultades a los jueces para no admitir a tramitación una solicitud que incumpla cualquiera de los requisitos o antecedentes exigidos o lo haga de manera insuficiente.¹⁰³ Esta última claramente viene a resolver el debate jurisprudencial antes reseñado.

Pero, además, el legislador introduce un nuevo artículo 169 A que otorga al liquidador concursal la facultad de solicitar al tribunal que declare la mala fe del deudor, si este incurre en algunas de conductas que allí se listan. Entre ellas si “los antecedentes documentales o la indicación de los activos del Deudor informados de conformidad a los artículos 115 ó 273 A, fueren incompletos o falsos”.¹⁰⁴ Esta solicitud se puede presentar en cualquier etapa del procedimiento, recibe tramitación incidental y la prueba que allí se rinda se valorará conforme a las reglas de la sana crítica.¹⁰⁵

Lo medular de esta norma reside en las consecuencias de la declaración la mala fe en el resultado del procedimiento, en concreto en la obtención del *discharge*. Ello, pues si el juez acoge la solicitud del liquidador debe “determinar que, al término del procedimiento, *no se extinguirán los saldos insolutos o solo se extinguirá un porcentaje a prorrata* respecto de todos los acreedores. Esta resolución solo producirá los efectos señalados en este inciso. Por último, cabe señalar que la resolución que falle este incidente será apelable en el solo efecto devolutivo”¹⁰⁶ (el énfasis es nuestro).

No cabe duda de que el legislador ha querido elevar el estándar de exigencia para ingresar a la liquidación voluntaria para desincentivar conductas maliciosas o abusivas como las antes señaladas. Este me parece que es el

103 Artículo 273 B.- Admisibilidad.

104 Artículo 169 A.- Declaración de mala fe.

105 Ibid.

106 Ibid.

principal objetivo de la reforma, lo que parece justificado a juzgar por las prácticas relatadas por varios entrevistados. Sin embargo, todo indica que se legisla en base a percepciones y no en base a la evidencia, pues en esta materia no hay estudios de campo que entreguen información de calidad acerca del perfil de los deudores ni tampoco sobre si las prácticas antes descritas corresponden a una conducta masiva o no de parte de estos.

Por otro lado, la nueva ley se hace cargo de una de las críticas más importantes que se le hicieron a la regulación del presupuesto subjetivo del procedimiento de renegociación que dejaba fuera a los profesionales que prestan servicios y emiten boletas de honorarios. Con la nueva normativa estos deudores van a poder solicitar la renegociación de sus deudas por esta vía.

Los cambios antes descritos -aumento de requisitos para la liquidación y apertura de la renegociación a otros deudores- podría significar, por ejemplo, un repunte de la renegociación equilibrando la balanza entre ambos procedimientos. Pero también podría significar una disminución de las solicitudes de liquidación, pero no solo de aquellos deudores que no quieren pagar o que incurren en prácticas abusivas, sino también de aquellos que sí desean pagar, pero que por circunstancias puntuales no pueden hacerlo. En otras palabras, podría provocarse un efecto no deseado consistente en limitar el acceso al sistema de insolvencia personal de aquellos deudores que sí lo requieren, aumentando las posibilidades de exclusión social.¹⁰⁷

107 KENNETT (2003), p. 102. En materia de quiebra personal de consumidores, Johanna Niemi-Kiesiläinen plantea que se observan dos claras orientaciones, una es la orientación liberal que considera a deudores y acreedores principalmente como actores del mercado, incluso, en este tipo de situaciones de insolvencia. Y, la otra, una orientación social o de bienestar donde el punto de partida son las necesidades del deudor. Sostiene que en los sistemas escandinavos la rehabilitación del deudor es uno de los objetivos que persiguen las legislaciones de ajustes de deudas, pues de otro lado también se establecen controles para evitar el comportamiento irresponsable y fraudulento sea sancionado. NIEMI-KIESILÄINEN (2003), p. 59.

Lo anterior, a mi juicio, se produce porque el legislador -tanto con la ley N° 20.720 como con la actual reforma- parece regular sin conocer al destinatario de sus normas, en todo caso un mal endémico de nuestro país y que hemos visto en otros ámbitos, donde la ausencia de evidencia no permite diagnosticar adecuadamente el problema y diseñar soluciones apropiadas.

En este caso se legisla teniendo en mente un “deudor tipo” sin considerar ningún tipo de matices. Subyace aquí la vieja noción procesal del “justicia-ble”, que engloba a esa persona que llega al sistema judicial pidiendo amparo y protección, pero que no permite distinguir ni discriminar entre los distintos perfiles de usuarios en función de criterios objetivos previamente definidos, como por ejemplo, la existencia de factores de vulnerabilidad según señalan las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia.

6. CONCLUSIONES

La ley de Goodhart señala que en ocasiones ocurre que una medida orientada a generar un cambio positivo termina generando un efecto no esperado que altera los resultados inicialmente deseados. Ello ocurriría cuando la medida se convierte en un objetivo, y por tanto, deja de ser una buena medida.

Me parece que esto es lo sucedió en este caso donde se produjeron efectos no esperados especialmente producto de la entidad de los requisitos de apertura de los procedimientos concursales de persona deudora abriendo un espacio para el comportamiento estratégico de los deudores.

Si el objetivo era promover la segunda oportunidad o *fresh start* por medio de la oferta de dos procedimientos alternativos, los datos muestran que ello se estaría logrando principalmente -y podríamos decir casi exclusivamente- mediante la liquidación voluntaria. Así, el principio rector del

fresh start y columna vertebral del sistema de insolvencia personal, una postura defendida por Alarcón y que comparto, podría no estar aplicándose como el legislador esperaba.

Me parece que ello se debe, entre otras cosas, al diseño legal del sistema de insolvencia personal y a los incentivos que la ley N° 20.720 contempla (hasta antes de la puesta en marcha de la reforma de 2023), que imponen al deudor que desea renegociar sus obligaciones un nivel de requerimientos comparativamente mayor que el de la liquidación, los que se manifiestan en los requisitos de ingreso al procedimiento, la exigencia de una activa participación en él y una disposición de pago a los acreedores. En la práctica, al final del día, estas exigencias se convierten en obstáculos que dificultan el acceso a este procedimiento.

A ello se suma dos elementos adicionales, por una parte, el presupuesto subjetivo de la renegociación que hasta antes de la modificación legal dejaba fuera a los deudores que emitían boletas de honorarios y, por otra, una generalizada “sensación de abuso”¹⁰⁸ a raíz de las prácticas de un grupo de deudores que se sirve del sistema sin tener la real intención de cumplir con las obligaciones para con sus acreedores.

Además, el hecho de que en los procedimientos de liquidación voluntaria se produzca una descarga efectiva de la deuda, a diferencia de lo que sucede en la renegociación, donde podrían darse casos en los que no se condonan todas las deudas, se convierte en un poderoso incentivo para que el deudor elija esta vía procesal.

Así, la convergencia, por un lado, de altas exigencias para solicitar la renegociación y, por otro, de bajas exigencias para solicitar la liquidación sumado a una serie de prácticas abusivas de parte de algunos deudores han puesto en tensión al sistema de insolvencia personal y han empujado una reforma legal que busca principalmente desincentivar dichas prácticas.

108 Abogado 5.

Sin embargo, todo indica que esta reforma se ha hecho -al igual que sucedió con la ley N° 20.720- con información de baja calidad acerca de quienes son las personas naturales que llegan al sistema de insolvencia personal, su perfil, sus activos y pasivos, el origen de sus deudas, en otros aspectos claves. Los cambios que trae la reforma a la Ley N° 20.720 también harán lo suyo, pero habrá que esperar unos años para ver sus resultados y si los efectos son los esperados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALARCÓN, Miguel Angel (2011): El concurso de la persona natural: cuestiones dogmáticas (Valencia, Tirant Lo Blanch).

BOZZO, Sebastián (2020): Sobreendeudamiento del consumidor en Chile: una revisión a la luz del derecho europeo: en: Revista de Derecho (Valdivia) (Vol. 33, N°1), pp. 159-183.

CABALLERO, Guillermo (2018): “Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor”, en: Revista Ius et Praxis (Vol. 24, N°3), pp. 133-172.

CONTADOR, Nelson y PALACIOS, Cristian (2015): Procedimientos Concursales (Santiago, Thomson Reuters).

DOMINY, Nicola y KEMPSON, Elaine (2003): Can’t pay or won’t pay? A review of creditor and debtor approaches to non-payment of bills (UK, University of Bristol). Disponible en <https://bit.ly/451QOjm> [Fecha de última consulta: 19.05.2023].

GOLDENBERG, Juan Luis y JEQUIER, Eduardo (2019): “Dos problemas basales de la ley concursal chilena a 5 años de su entrada en vigencia”, en: Derecho Concursal Iberoamericano: Realidades y Perspectivas, p. 159. Disponible en <https://bit.ly/3RihTLO> [Fecha de última consulta: 03.05.2023].

GOLDENBERG, Juan Luis (2021): *El Sobreendeudamiento del consumidor* (Santiago, Thomson Reuters).

KENNETT, Wendy (2003): “Enforcement: general report”, en: STORME, Marcel (editor), *Procedural Laws in Europe* (Antwerp-Apeldoorn, Maklu, Towards Harmonisation).

NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna (2003): “Collective or individual? Constructions of debtors and creditors in consumer bankruptcy”, en: NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna, RAMSAY, Iain y WHITFORD, William (editores), *Consumer bankruptcy in global perspective* (Oregon, Oxford and Portland).

PUGA, Juan Esteban (2014): *Derecho Concursal. Del procedimiento de liquidación Concursal. Ley N°20.720* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2017): *Derecho Concursal Chileno* (Santiago, Thomson Reuters).

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2019): *Derecho comercial. Derecho Concursal. Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley N° 20.720, sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. *Diario Oficial*, 9 de enero de 2014.

Ley N° 21.563, que moderniza los procedimientos concursales contemplados en la ley N° 20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas. *Diario Oficial*, 4 de mayo de 2023.

DOCUMENTOS EN FORMATO ELECTRÓNICO

SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPREDIMIENTO (2018-2023): Boletín Estadístico Mensual. Disponible en <https://bit.ly/44S-FndI> [Fecha de última consulta: 10.05.2023].

PODER JUDICIAL (2023): Poder Judicial en números. Disponible en <https://numeros.pjud.cl/Inicio> [Fecha de última consulta: 22.06.2023].

EQUIFAX y UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN (2023): 40° Informe de Deuda Morosa. Disponible en <https://bit.ly/3PIEhRH> [Fecha de última consulta: 25.05.2023].

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2018): Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para personas en condiciones vulnerabilidad. Disponible en <https://bit.ly/3PnGvQC> [Fecha de última consulta: 06.05.2023].

Norma de Carácter General N° 21 de 11 de agosto de 2023 que establece pautas para el ingreso de la solicitud de inicio del procedimiento concursal de Renegociación de la Persona Deudora y disposiciones comunes a la celebración de las audiencias reguladas en el referido procedimiento. Disponible en <https://bit.ly/3PnGvQC> [Fecha de última consulta: 20.09.2023].

Norma de Carácter General N° 22 de 11 de agosto de 2023 que regula el informe sobre el estado de cumplimiento del acuerdo de Reorganización exigido por el artículo 69 de la ley N° 20.720. Disponible en <https://bit.ly/3PnGvQC> [Fecha de última consulta: 20.09.2023].

CONSIDERACIONES SOBRE LA CALIDAD DE VÍCTIMA POR REBOTE DE LOS PROGENITORES POR EL DAÑO MORAL SUFRIDO POR SUS HIJOS MENORES DE EDAD: ALGUNOS LÍMITES Y DEFINICIONES¹

CONSIDERATIONS ABOUT THE QUALIFICATION OF THE PARENTS AS VICTIMS BY REPERCUSSION DUE TO THE MORAL DAMAGE SUFFERED BY THEIR MINOR CHILDREN: SOME LIMITS AND DEFINITIONS

Nicolás Ibáñez Meza²

Resumen

El Código Civil entrega reglas sobre el ejercicio de acciones judiciales de niños, niñas y adolescentes³ mediante sus padres como representantes legales según las reglas de la patria potestad, lo que por definición y desde el punto de vista del representante, no busca intereses propios, sino ajenos. Con todo, la calidad de progenitor involucra también y por regla general, la presencia de fuertes afectos que justifican que algunas circunstancias y daños, aun cuando afectan a los hijos como principales víctimas, también alcancen a los padres como víctimas por rebote, generándose daño en aquellos a consecuencia del padecer de sus hijos. En ese marco, el presente trabajo

1 Artículo recibido el 24 de febrero de 2023 y aceptado el 08 de mayo de 2023.

2 Magíster en Ciencias Jurídicas Pontificia U. Católica de Chile. Magíster en Docencia Universitaria U. Autónoma de Chile. Candidato a Doctor en Derecho Pontificia U. Católica de Chile. Becario ANID. Académico Regular Derecho Civil y Familia Facultad de Derecho U. Autónoma de Chile, Santiago, Chile. ORCID: 0000-0001-7243-6338. Dirección postal: Ricardo Morales N°3369, San Miguel, Chile. Correo electrónico: nicolas.ibanez@uautonoma.cl.

3 En adelante e indistintamente como NNA.

intenta abordar algunas reflexiones en torno a la calidad de víctimas por rebote de los progenitores por los daños sufridos por sus hijos como víctimas directas. Así, se pretende legitimar la procedencia de la reparación aun cuando sean los representantes de sus hijos menores de edad, pero a la vez, proponer ciertos límites que diferencien las calidades por las que actúan, especialmente cuando se trate de hechos lesivos que no produzcan la muerte ni lesión permanente de sus hijos, como en el caso del acoso escolar.

Palabras claves

Patria potestad, daño moral, representación, daño por rebote.

Abstract

The Civil Law brings rules about the exercise of children and teenagers trial actions through their parents as legal representatives, according to parents' authority rules, which, by definition, do not seek to protect self-interest of the representative, instead of the represented child. Moreover, to be a parent usually involves a huge love which justifies that in some circumstances and damages, even when this affects the children, it also affects the parents as victims by repercussion, getting hurt due to the suffering of their children. Thus, this work tries to explain some reflections about the qualification of the parents as victims by repercussion due to the damages suffered by their minor children as direct' victims. It seeks to legitimize the reparation even when they are the representatives of their minor children, but also, to give purpose to some limits to make a difference in terms of the role to demand it, especially when from the damage fact does not come death or physical injury to their children, like in the case in school bullying.

Keywords

Parental authority, moral damage, representation, rebound damage.

1. EL DAÑO MORAL POR REBOTE O REPERCUSIÓN DE LOS PROGENITORES POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR SUS HIJOS MENORES DE EDAD

Entendiendo el daño como el punto cardinal de la responsabilidad civil⁴, sustentando el proceso de objetivación que ha sufrido⁵, todo quien resulte dañado por una acción quedará en condiciones de poder exigir la debida reparación. No obstante, las explicaciones acá dadas no se tratan de una situación de una víctima reclamando por su afectación directa, ni tampoco de aquella situación en la que varias personas resulten dañadas a la vez, por el mismo acto y en el mismo momento. Acá el supuesto es el denominado daño por rebote, conceptualizado como el perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado⁶, es decir, aquellos afectados material o moralmente y que mantienen una vinculación con los inicialmente lastimados⁷. Para efectos de este trabajo, el referido vínculo es el existente entre los progenitores y sus hijos. Es decir, se trata de evaluar la procedencia y aplicación de la reparación del daño moral de los progenitores como víctimas por rebote, generado a partir de la situación en la que la víctima directa del daño sea un hijo menor de edad.

En este sentido, conviene revisar la forma en que tal esquema opera, ya que normalmente la figura se analiza de manera inversa, es decir, reconociendo como víctimas directas a los progenitores, y por rebote, a los hijos. De hecho, el caso de la afectación generada por la dependencia económica que se tiene de la persona directamente afectada por el daño, como el caso del padre que, al fallecer, deja de pagar los alimentos de su hijo⁸, es un ejemplo recurrente de explicación de la institución del daño por rebote. Por ello, se

4 PRADEL (2007), pp. 205 y ss.

5 Véase DOMÍNGUEZ (2000), pp. 347-370.

6 ELORRIAGA (1999), p. 369.

7 Ídem.

8 Según ALESSANDRI (1943), p. 459., en general tienen legitimidad para reclamar perjuicios por rebote todas aquellas personas mencionadas como legitimarios de alimentos, es decir, aquellas numeradas en el Art. 321 del Código Civil.

analizarán primeramente algunas cuestiones generales sobre la teoría del daño por repercusión, para luego revisar la forma en que dicha estructura reconoce la figura acá propuesta de los hijos como víctimas directas y de los progenitores como víctimas por repercusión.

Así entonces, atendiendo a que la justificación de la reparación del daño por repercusión no solo provendría del principio de reparación integral del daño, sino también de la necesidad de resarcir una especie de reproducción, traducción o reflejo del daño recepcionado por un tercero a consecuencia de la afectación de la víctima directa de aquel⁹, su procedencia no refiere exclusivamente a la pérdida patrimonial o económica, lo que constituye un esencial pilar para permitir la construcción propuesta. De ello deriva que el daño por rebote, en su recepción en el derecho nacional, alcanza a cuestiones también de carácter moral o personal, pudiendo fundarse en los vínculos previos, incluso afectivos, que la víctima inicial tiene con aquella por rebote¹⁰, sean o no herederos o parientes¹¹.

Con ello, la indemnización por daño moral se torna reclamable por los terceros que por rebote reciben daño, por lo que, además de la víctima inmediata, habrá otras personas que tienen derecho a demandar el daño moral que les ha ocasionado la muerte o la lesión de otro. Se legitima, en definitiva, a todo quien haya padecido un sufrimiento moral a consecuencia de la pérdida o la grave lesión de un ser querido¹². De hecho, eclipsando en cierta medida al daño emergente y lucro cesante sufrido por las víctimas por repercusión, es frecuente que el daño moral se imponga con más fuerza en cuanto a reparación por daño por rebote se trata. Si se vuelve al ejemplo anterior, el hijo ha perdido con la muerte de su padre mucho más que solo un proveedor de alimentos, siendo la indemnización por daño moral la

9 El nombre viene dado por la traducción de la definición francesa del fenómeno. *Domage par ricochet, dommage par réfléchis*, es decir, daño por rebote o daño por reflejo.

10 KUNKAR (2012), p. 707.

11 CORRAL (2004), p. 177.

12 ELORRIAGA, ob. cit. p. 385.

encargada de reparar ello¹³. Así, el único cuestionamiento y problema que podría suscitarse tendría que ver más con determinación de su cuantía en los casos en concreto¹⁴ más que con su procedencia.

Por su parte, es menester reconocer que uno y otro daño, el de la víctima directa y el de la por repercusión, son daños diversos. Así, si el daño por rebote es un daño en sí mismo, diferenciable del daño de la víctima directa¹⁵, la distinción de las acciones parece necesaria. De ello deriva que “la acción que surge del daño por reflejo pertenece personalmente a quien lo sufre”¹⁶ y no será la misma que la de la víctima directa.

Puede reconocerse un principio de independencia (mas no de desconexión) entre las acciones que surgen para la reparación de una y otra víctima¹⁷. Y es claro que así sea, ya que la diferenciación surge de la magnitud de los daños

13 Tal como argumenta DOMÍNGUEZ (2000), p. 58. El daño moral también tiene otros usos más allá de las afectaciones emocionales o psicológicas propias de la afección, cuestiones que podrían darse tanto de manera directa como por repercusión. De hecho, volviendo a la terminología del daño moral, señala la profesora que aun siendo útil la visión de *pretium doloris*, aquella resulta excesivamente estricta como para abarcar la gama de perjuicios que hoy se resarcan bajo la denominación de daño moral.

14 Al respecto, véase Baremo Jurisprudencial de daño moral elaborado por el Poder Judicial Chileno.

15 SAN MARTÍN (2016), p. 153.

16 BARROS (2012), p. 344.

17 La doctrina mayoritaria nacional está por reconocer la independencia de los daños directos de los por rebote. La excepción sería el caso de KUNKAR, ob. cit. p. 709., que advierte que la víctima por rebote recibe daño a consecuencia de la víctima directa por lo que “si el responsable del daño indemniza o compensa debidamente a la víctima directa, con ello también necesariamente desaparece el daño a las víctimas indirectas, reflexión que solo es posible si se considera al daño original y al por rebote como el mismo daño con distintas víctimas, o como indica explícitamente, ver “el daño por rebote como un accesorio del daño directo”. El autor toma esta reflexión de la crítica que en materia laboral realiza DIEZ (2005): pp. 563 y ss. En él se expone la tendencia jurisprudencial de separar el tratamiento procesal de las víctimas directas de aquellas por repercusión, y de las posibles disparidades de decisión que pudieran darse en las sentencias que se pronuncien sobre una y otra indemnización, sin apuntar a una generalización del fenómeno unitario que recomienda. Así, es de parecer de este autor que la postura no sustentaría del todo el planteamiento como para pretender hacer la crítica aplicable a todas las víctimas por rebote como una regla general, especialmente cuando la mayoría de ellas actúan a consecuencia de la muerte de la víctima directa. En este punto se adhiere a la doctrina mayoritaria que está por la independencia de uno y otro daño, y si el daño directo es tramitado conforme a un procedimiento especial, el por rebote se dará al amparo del estatuto

sufridos por uno y otro, lo que se derivará que reciban indemnizaciones diversas la víctima y el tercero y, de hecho, incluso diferentes montos entre los distintos terceros afectados por rebote¹⁸, si fueran más de uno. Además, esta situación podría también impactar en la competencia del Tribunal que conoce de una y otra, como ocurre en materias de consumo y de accidentes de tránsito¹⁹.

Sin embargo, ambos daños, y consecuencialmente a las acciones por las que se busca su reparación, aun diferenciables, están estrechamente ligados por provenir del mismo hecho generador de daño. Se trata de situaciones que no son del todo autónomas entre sí, ya que están unidas por su origen en cuanto a causalidad. Es decir, la causa del daño de uno y otro, del que la recibe directamente como del que la recibe por rebote, es la misma²⁰. Por

general de la responsabilidad civil extracontractual y no por el mismo estatuto de la víctima directa. Como se indicó, si bien vinculados por la causalidad, uno y otro son daños distintos en víctimas distintas, cuyas pruebas y montos deben ser necesariamente diversos. Este último punto se aprecia sin mayores complejidades en asuntos especiales, como ejemplifica PIZARRO (2011), p. 143., sobre los daños que por rebote surgen de cuestiones relativas a la responsabilidad civil de los notarios.

18 Tal es el caso de sentencias en que dos víctimas por rebote reclaman indemnización por el mismo hecho, y se conceden montos distintos entendiendo que la intensidad del daño en uno y otro sujeto es distinta. Ejemplar resulta la sentencia de Corte Suprema, Rol N°26680-19, de 25 de octubre de 2019, la que, en el contexto de la muerte de una adolescente dentro del sistema residencial, reconoce derecho a indemnización por concepto de daño moral por la suma de cien millones de pesos en favor de la madre y por quince millones a su hermano, atendida la intensidad del vínculo sostenido con la hermana, que por cierto no es el mismo que el que tenía la madre. De esta manera el daño por rebote, como afectación de intereses y derechos de víctimas indirectas a consecuencia de la muerte de un ser querido, como lo es el de la madre y hermano del caso recién comentado, serán indemnizables de manera indiscutida, con prescindencia de si existe o no dependencia económica de la persona fallecida, pudiendo darse de manera diferenciada aun cuando ambos reclamen la misma titularidad de tercero por rebote. En el mismo sentido, sentencia de Corte Suprema, Rol N°603-06, de 05 de marzo de 2007.

19 Según ALESSANDRI, ob. cit. p. 459, *apud*. KUNKAR, ob. cit. p. 706, el estatuto de la víctima directa puede ser ocupado para la víctima por rebote.

20 Según DOMÍNGUEZ (1966), p. 51., se trata de una interdependencia, ya que bajo el presupuesto de un daño que también fue responsabilidad de la víctima por exposición impudente conforme el Art. 2330, el causahabiente como tercero dañado por rebote que actúa mediante acción personal también recibe la aplicación de dicha norma relativa a la exposición imprudente.

tanto, las víctimas por repercusión se integran a la relación causal exclusivamente a través del daño que sufre la víctima directa, porque el daño que se les causó tiene causa en el daño que la víctima inicial recibió²¹.

Por ello, no es posible dividir el hecho causal de los daños directos y por repercusión, ya que el origen de ambos es uno mismo: el hecho que causó la muerte o lesión de la víctima directa²², por lo que la víctima por rebote no puede aparecer frente al tercero como un sujeto totalmente ajeno a la víctima directa²³.

Con todo lo anterior, se puede extraer que el fundamento de la reparación del daño moral por rebote no estaría solamente en la afectación espiritual del tercero, como la tristeza o angustia que por el daño directo de otro se provoca, sino más bien derivado de una afectación independiente y autónoma, que puede o no ser moral y que puede o no ser idéntica a la del daño original. Además, se advierte que, si bien es requerida una vinculación entre uno y otro sujeto, no se exige ninguna en específico. Por ello, dentro del escenario familiar, la calidad de víctima por rebote la puede tener tanto un hijo por el hecho que afectó a su padre, como a la inversa.

Hasta acá se desprende la no novedosa conclusión que, hablando de daño moral, su procedencia en la reparación hacia las víctimas por rebote se ha vuelto una tesis de general aceptación²⁴ en el derecho nacional, lo cual alcanza a la relación progenitores-hijo y también a la hijo-progenitores.

No obstante, y acá se anida el problema, el presupuesto de procedencia que la teoría ha propuesto para dar lugar a la reparación de las víctimas por rebote no se fundaría en cualquier afectación de la víctima directa que re-

21 KUNKAR, ob. cit. p. 705.

22 DOMÍNGUEZ (2004), p. 362.

23 SAN MARTÍN, ob. cit. p. 161.

24 CORRAL, ob. cit. p. 176.

percute en el tercero, sino que aquella debería consistir en su muerte o lesión física. De hecho, la doctrina clásica de la responsabilidad extracontractual así le ha definido²⁵.

Por una parte, en el caso de la muerte de la víctima directa se discute si la víctima por rebote actúa como heredero, continuador de su persona, o bien como víctima independiente, señalándose que en el primer caso la acción sería idéntica a la que tenía la actual víctima directa fallecida²⁶⁻²⁷; pero si actúa el tercero de manera independiente invocando su propia afectación recibida por rebote, lo hace a título propio y, por tanto, con acción diversa²⁸⁻²⁹. Es claro que, en la primera postura, solo podrán accionar quienes sucedan al causante; pero en la segunda, quedan legitimadas otras personas que no verán limitadas sus posibilidades de accionar por carecer de la calidad de heredero, y siéndolo, tampoco quedando afectos a la exclusión que por concepto de órdenes de sucesión ocurra³⁰. No obstante, esta última posibilidad de acción

25 BARROS, ob. cit. p. 345.

26 Según DÍAZ-DUARTE (2017), p. 100., la doctrina nacional se encuentra dividida en este punto, en cuanto algunos están por rechazar la tesis de la transmisibilidad de la acción, como Alessandri; mientras que otros, están por acogerla, como Rodríguez. Según expresa en las conclusiones, la dificultad vendría con ocasión de la visión que se tome del daño moral. Así, en una postura clásica vista como *pretium doloris*, el daño moral no sería transmisible, pero para la noción amplia del daño vinculado a derechos subjetivos, sí procede.

27 Véase DOMÍNGUEZ (2004), pp. 493 y ss.

28 Esto sustenta, por ejemplo, que las indemnizaciones de víctimas por rebote no siempre sean revisadas por el mismo tribunal de aquel que se pronunciaría si se actúa como heredero. Por ejemplo y según explica DIEZ, ob. cit. p. 568., en materia de justicia laboral, si demandan dichas víctimas por rebote, como causahabientes en calidad de herederos, la indemnización tendría naturaleza contractual y por tanto se tramita en sede laboral; pero si las víctimas lo hacen a título propio, será el tribunal civil competente, conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

29 Se presenta el supuesto en que la víctima por rebote, ante el caso de muerte, toma la decisión de reclamar en una sola oportunidad invocando una u otra legitimidad, no siendo admisible que actuara por las dos vías distintas a la vez, sea o no mediante la misma demanda. Dicha dualidad de legitimidad activa bien podría derivar en un supuesto civil de enriquecimiento sin causa, ya que se le estaría indemnizando como continuador de la víctima principal y como tercero dañado por repercusión por juicios y demandas de montos indemnizatorios distintos. Habrá que determinar, para resolver este punto, si una situación puede causar cosa juzgada en la otra.

30 Partiendo del supuesto de la sucesión intestada, RODRÍGUEZ (2022), p. 251., uno de los principios que le informan es el de exclusión y preferencia, ya que la sucesión intestada está construida sobre la base de dar preferencia a ciertas personas y de excluir a otras, por lo que los hijos, personalmente o representados por su descendencia, excluyen a los ascendientes,

no implica abrir la puerta para que cualquiera pueda reclamar indemnización por daño moral por rebote fundado en la afectación que tuvo a causa de la muerte de alguien querido, ya que el cúmulo de afectados con la muerte de otro puede ser muy extenso³¹. Dicha legitimidad no surge simplemente de quien pueda probar el daño³², y de ahí que surjan diversos criterios para fijar su procedencia, como el alimenticio, el de familiares más próximos o el sucesorio³³.

Por otra parte, el daño por rebote también podría darse a consecuencia de la lesión física de la víctima directa, ya que la existencia del daño por rebote no exige como condición de posibilidad el deceso de la víctima primaria³⁴. Con todo, y como afirma Barros, esta lesión debe implicar una afectación importante en la víctima por rebote, procediendo su reparación vía indemnización solo cuando “los sufrimientos morales de la víctima por repercusión alcanzan una gravedad excepcional que supere la simple pena de ver sufrir a un ser querido”³⁵, dando como ejemplo el caso en que los parientes deban asumir la carga de cuidar gratuitamente a la víctima incapacitada³⁶.

Así, este supuesto es observado con límites bastantes más rígidos de los que antes se hubieran revisado con relación a la muerte de la víctima directa, y ello por la cercanía hacia posibles enriquecimientos sin causa de terceros

por ejemplo. Esta situación se puede ejemplificar con la sentencia de Corte Suprema, Rol N° 10649-15, de 01 de junio de 2016, en la que se determina indemnización a los hermanos del causante fallecido, dañados por rebote, aun cuando en primer momento ya se le había reconocido derecho a indemnización a la cónyuge, hijos y ascendientes.

31 ELORRIAGA (2011), p. 231.

32 *Idem*.

33 *Ibidem*, p. 232.

34 En este sentido, DIEZ, *ob. cit.* p. 564., exhibe la situación de la ley de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, aclarando que, tanto en uno y otro supuesto y sin exigir la muerte del trabajador, la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad les cause daño, podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluido el daño moral. Así, se otorga legitimación activa tanto a las víctimas directas como a aquellas por repercusión y sin determinar exigencia respecto de la muerte de la primera.

35 BARROS, *ob. cit.* p. 352.

36 BARROS, *ob. cit.* p. 346.

aparentemente dañados por rebote. De hecho, se advierte que el reconocimiento de estas acciones no es generalizado, en cuanto hay legislaciones que excluyen su procedencia, negando expresamente la legitimidad para ejercer acciones que tengan como fin obtener indemnización del daño moral sufrido por rebote cuando la víctima inicial no muere³⁷. Así, y según refieren las explicaciones que Elorriaga hace sobre la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1975, solo los parientes directos que sufrieran mentalmente, tienen derecho excepcional a indemnización³⁸, cuestión que ha comenzado a ser recogido por la jurisprudencia francesa de las últimas décadas, teniendo como planteamiento que, para que sea factible la indemnización por rebote cuando la víctima directa no muere, debe tratarse de casos de lesiones muy graves sufridas por la víctima inicial³⁹.

No obstante, el recién referido autor explica que la situación nacional chilena se ha inclinado por otorgar indemnización por daño moral a los familiares de las víctimas con bastante amplitud, por lo que las acciones indemnizatorias no solo quedan reservadas para las víctimas directas cuando

37 Según el Art. 1835 del Código Civil de Paraguay: “existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”. De lo anterior se entiende que solo cuando el resultado sea la muerte habrá lugar a la indemnización, en cuanto si sobrevive la víctima directa, solo se le legitima a ella. Según refiere ELORRIAGA (2011), ob. cit. p. 233., el Código Civil Argentino seguía la misma idea y estructura. No obstante, se advierte que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de octubre de 2014 contempla expresamente la posibilidad de la acción de daño por rebote de una víctima inicial que no muere, pero solo cuando dicha víctima inicial, aún sobreviviente, se encuentre en lo que la ley califica como una ‘gran discapacidad’. Según indica el Art. 1741: “está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes vivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible. La acción solo se transmite a los sucesores universales si es interpuesta por este”.

38 La norma referida por ELORRIAGA (2011), ob. cit. p. 232., señala que “el padre, la madre y el cónyuge de la víctima que, por razón de la inhabilidad física o mental de ella, tiene un sufrimiento mental, debe tener derecho a compensación si el sufrimiento es de naturaleza excepcional. Otras personas no tienen derecho a este tipo de compensación”.

39 ELORRIAGA (2011), ob. cit. p. 235.

estas no fallecen, sino que se extiende a sus familiares. Conforme a una de las sentencias⁴⁰ que se analizan por el profesor, puede advertirse que aparecen criterios importantes que servirían para determinar la procedencia del daño moral por rebote de terceros parientes de víctimas que sobreviven al daño en Chile, como son el detrimento en la calidad de vida y la lesión de bienes extrapatrimoniales determinados, los que además deberán estar siempre acreditados. Así, aun cuando la jurisprudencia nacional no ha introducido criterios restrictivos a la hora de establecer los legitimados para demandar el daño moral⁴¹, ocupando el criterio establecido por la Excelentísima Corte Suprema en el año 2005, la sola circunstancia de invocar el *pretium doloris* no convierte a una persona en titular de la acción⁴², siendo necesario demostrar la afectación manifestada en el referido detrimento en la vida o lesión de bienes de la víctima por repercusión.

En estos términos, se advierte una evolución en la interpretación de los criterios antes revisados, pudiendo afirmarse que en la actualidad procede la reparación de las víctimas por rebote en casos diversos de la muerte y lesión corporal de la víctima directa. Y acá está el problema al que se intenta aportar.

En los casos de acoso escolar ha existido una llamativa iniciativa de ponerlos en conocimiento de la justicia mediante acciones de responsabilidad civil indemnizatoria de daño moral. Dichas acciones reconocen como víctimas directas a niños o adolescentes que no han sufrido ni lesión física ni muerte, sino más bien fuertes afecciones psicológicas y anímicas producto del acoso referido. Como es claro, tales demandas son ejercidas por sus progenitores como representantes legales, ejerciendo las facultades propias de la

40 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°4219-02, de 08 de octubre de 2004.

41 ELORRIAGA (2011), ob. cit. p. 244.

42 Corte Suprema, Rol N° 1602-05, de 08 de junio de 2005: “corresponde determinar si en nuestro país cualquiera puede invocar el *pretium doloris* y por esa sola circunstancia es titular de la acción. La lógica nos indica que ello no puede ser así. Desde luego en estos autos los actores se han ocupado de acreditar su calidad de padres legítimos de la occisa, lo que es indiciario de un claro reconocimiento que no basta para el ejercicio de la acción la sola invocación del *pretium doloris*, se requiere agregar algo más que la amerite, una especie de *plus*, a eso se refiere el *loss of consortium*, *loss of society* y además de una cierta prelación como el de *dependant in law* o los herederos forzosos de la vecina República Argentina”.

patria potestad, reclamando en nombre de sus hijos las indemnizaciones que procedan. Pero, además, en la misma demanda, quienes comparecen en ella solicitan también indemnizaciones para sí, apareciendo los representantes de las víctimas directas a la vez como víctimas por rebote.

Entonces, son dos los desafíos a explorar: ¿Procede la construcción del daño moral por rebote cuando la víctima no muere ni tiene lesiones físicas? Y en la afirmativa ¿Cuáles son las condiciones para que ello opere sin constituir un enriquecimiento sin causa?

2. LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL EN LA PATRIA POTES- TAD EN EL CONTEXTO DEL EJERCICIO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Determinada legalmente que sea la filiación⁴³, y según el Código Civil, el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre, madre o ambos sobre los bienes de sus hijos no emancipados, se denomina patria potestad. Dicho efecto jurídico procede independientemente si la filiación es matrimonial o no⁴⁴. Además, en su contenido, la concepción chilena de la institución se aleja de su visión tradicional romana⁴⁵, la cual le consideraba como el deber de velar y cuidar a los hijos en todo lo que ello involucra, sea personal o patrimonialmente.

Si bien existen varias consecuencias jurídicas que de ella derivan, y todas ellas patrimoniales, importa para este trabajo la situación de la representación del hijo, la que se extiende tanto para actos o negocios jurídicos extraju-

43 COURT (2010), p. 91.

44 Como reflexiona GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 169., antes de la reforma de filiación de 1998, la patria potestad era concebida por nuestro Código Civil como una institución exclusiva de la filiación legítima, debiendo nombrarse un guardador para que administre los bienes y represente al hijo natural o simplemente ilegítimo.

45 FERRANTE (2017), p. 260.

diciales y para actos judiciales^{46,47}. En cuanto a estas últimas y conforme a las explicaciones dadas por el Art. 264 del Código Civil, el hijo debe ser autorizado o representado por el padre o madre que ejerza la patria potestad para el ejercicio de acciones judiciales, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta. Si hubiera negativa o inhabilidad del padre o madre para la acción civil que quiera intentar el hijo, podrá el juez suplir la autorización, caso en el cual dará al hijo un curador *ad litem*⁴⁸.

Con ello, las actuaciones que se realizan en esta representación judicial, al igual que la mayoría de las que se dan en el contexto de patria potestad, deben ser vistos como derechos-deberes del padre o madre⁴⁹, o derechamente deberes, y si se quiere, cargas para los padres. Lo anterior se justifica en cuanto los intereses que representan no son los propios o lo que estiman como pertinente para sus hijos, sino derechamente son intereses ajenos. En este sentido, se afirma que desde la ley de filiación N° 19.585 de 1998, se aprecia un cambio de mentalidad del legislador en esta materia, para verle como una manifestación de su preocupación preferente por el hijo⁵⁰.

46 RAMOS (2005), p. 448.

47 Según VARAS (2011) p. 596., las cuestiones relativas a patria potestad no alcanzan a lo que el autor denomina “representación no patrimonial”, cuestionando las decisiones que los padres pueden tener respecto del hijo en cuestiones que no tengan que ver con el patrimonio, sino con la persona. En este sentido, es cierto que dichas acciones no son comprendidas bajo la noción de patria potestad, pero por estar contenidas, a juicio de este autor, por las atribuciones que el cuidado personal otorga, entendiendo que son potestades que surgen de la propia naturaleza del vínculo filiativo. Así, se discrepa de las explicaciones ahí contenidas por entenderlas contradictorias a los criterios fijados por las sentencias confirmatorias de Corte Suprema, Rol N°1624-02, de 26 de junio de 2002, y de Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N°76286-02, de 27 de marzo de 2002, que explican que: “el cuidado, crianza y educación de los hijos constituye un deber jurídico superior, que obliga legal y prioritariamente a los padres a tomar todas las medidas necesarias para la mayor realización integral de los hijos”. La toma de dichas decisiones es, evidentemente, el ejercicio de la invocada representación no patrimonial, la que, aún no comprendida por la patria potestad, está recogida por los deberes de la autoridad paterna: cuidado personal, crianza y educación, todos descritos por el Código Civil.

48 LÓPEZ (2005), p. 552.

49 GÓMEZ DE LA TORRE, ob. cit. p. 169.

50 QUINTANA (2015), p. 387.

Así, la representación o autorización del hijo en actos judiciales es, en definitiva, un deber⁵¹, en cuanto implica dotar al hijo de lo necesario para ejercer la acción, y ello como una –de tantas- manifestaciones del derecho a ser oído en los términos que el Art. 12 de la Convención de Derechos del Niño indica. Por ello es de suma importancia la existencia de esta representación y que esta transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de tomar decisiones⁵², y al caso en concreto, al juez.

De la explicación anterior deriva que las facultades que otorga la patria potestad deben ejercerse en beneficio del hijo, aun cuando en la definición no se haya precisado que los padres deban ejercerla privilegiando al interés superior del niño⁵³. El padre o madre, como representantes que son, deberán ser conscientes que representan exclusivamente los intereses del niño⁵⁴ y no los de otras personas, ni aun los de ellos como progenitores, si fuera el caso⁵⁵.

En este marco, siendo los hijos menores de edad, y por tanto según la calificación civil, menores adultos o impúberes, serán incapaces ante la ley. Por ello, para actuar en la vida jurídica tienen que hacerlo por medio de un representante legal⁵⁶, los que por definición actúan en nombre y lugar de otro, y en este caso, del hijo. Si bien en el caso de menores adultos pueden

51 COURT, ob. cit. p. 85.

52 Comité de Derechos del Niño (2009): párrafo 36.

53 GÓMEZ DE LA TORRE, ob. cit. p. 169.

54 Se habla de niños como término genérico comprensivo del grupo humano denominado niños, niñas y adolescentes, esto es, toda persona menor de 18 años, de acuerdo con el artículo primero de la Convención de Derechos del Niño y al inciso final del artículo primero de la ley N° 21.430, de 2022. En el mismo sentido, la norma nacional asigna la emancipación legal del hijo conforme al Art. 271 N° 4 del Código Civil a los 18 años. En estos términos, si no fuera niño, niña o adolescente, ya estaría emancipado necesariamente, y con ello, liberado de las cuestiones relativas a la patria potestad.

55 Comité de Derechos del Niño (2009): párrafo 37.

56 COURT, ob. cit. p. 100.

actuar por sí en la medida que cuenten con autorización, respecto de la comparecencia en juicio los hijos podrán, por regla general⁵⁷, solo comparecer a través de su representante legal.

Visto así, no solo se trata de una representación conveniente, sino más bien imprescindible, en cuanto permite a sus hijos incapaces la celebración de actos que en ningún caso les hubiere sido posible realizar por sí⁵⁸ por carecer de la aptitud para disponer de los intereses que se encuentran dentro de su órbita jurídica⁵⁹.

Para el caso en comento, la representación es de aquellas que crea la ley, o como indica el Art. 1448 del Código Civil, de la facultad que la ley les otorga, ya se sabe, a consecuencia de la patria potestad como efecto de la filiación determinada, cuestión que ratifica el Art. 43 del Código Civil. Por ello, el hijo representado carece de la libertad para decidir quién le representa⁶⁰, quedando bajo el alero de lo que la ley dispone.

Entonces, siendo la actuación de los padres determinante para el ejercicio de acciones judiciales, es relevante puntualizar, quizás de manera redundante, que tal ejercicio se trata de una representación que, por definición, consiste en que los efectos de un acto que celebra una persona que actúa a nombre y en lugar de otra, se radican de forma inmediata y directa en esta última⁶¹. Por tanto, aun siendo de origen legal, es una representación que mantiene la exigencia de *contemplatio domini*. En resumen, se trata de un instituto jurídico que posibilita que una persona utilice la voluntad de otro y obtenga, en su favor o en contra, los mismos efectos que si hubiera actuado por sí misma⁶².

57 Existen normas que permiten que, en ejercicio de acciones judiciales, los hijos puedan comparecer por sí, incluso sin necesidad de acuerdo o voluntad de los padres. Por ejemplo, el inciso final del Art. 1 de la ley N°17.344, de 1970 que establece las reglas de cambios de nombres y apellidos, o la acción de requerimiento de medida de protección conforme al Art. 70 de la ley N°19.968, de 2004.

58 LEÓN (1991), p. 183.

59 VIAL DEL RÍO (2003), p. 300.

60 Ídem.

61 Ibidem, p. 297.

62 PLANIOL y RIPERT apud. LEÓN, ob. cit. p. 183.

Es por ello que la representación que los padres ejercen respecto de sus hijos en todo orden, incluido el judicial, parte del supuesto que el representante (padre o madre) tiene como intención el representar, es decir, obrar por cuenta ajena (del hijo), elemento sin el cual derechamente no habría representación⁶³ de ninguna especie. La intención deberá ser actuar por y para el hijo, en su nombre y lugar, por lo que no es el padre quien, inspirado en lo que estima procedente, ejerce la acción, sino más bien el hijo que actúa a través de su padre, no porque desee hacerlo, sino por la imposibilidad al que queda sujeto por el estatus jurídico de incapaz que tiene.

De hecho, siguiendo este planteamiento queda justificado el derecho que asiste al hijo, cuando los padres deciden no ejercer las acciones judiciales de las que es legitimado, consistente en que este pueda buscar otro representante, curador para la litis, que sí pueda cumplir dicha función y representarle en juicio.

De todo lo anterior deriva que, si la función es representar al hijo, no podría dicha calidad generar beneficios al padre representante. Por ello, si la acción de daño moral directo que se reclama por los hijos mediante su representación legal es diversa a la que puede darse por los padres como víctimas por rebote, es pertinente aclarar que de la primera calidad (representantes de las víctimas directas) no podrían surgir ventajas para la acreditación de los daños que, a título personal (como víctimas por rebote), los progenitores pudieran también solicitar su reparación.

Así entonces, como ya se precisó que los padres podrían también sufrir un daño independiente pero unido causalmente al de las víctimas directas, es decir, ser víctimas por rebote, lo que correspondería sería que estos en paralelo ejerzan las acciones resarcitorias a las que tal calidad les da lugar, sean o no en la misma demanda.

63 LEÓN, ob. cit. p. 197.

Al ser daños distintos, ameritan ser expuestos de manera diferenciada. Primero, porque ello permite una correcta defensa del demandado con argumentos diversos para uno y otro caso; y segundo, porque permite al tribunal diferenciar las pruebas que recaerán en la acreditación de los hechos que promueven uno y otro daño, mejorando sus condiciones a la hora de decidir su procedencia y cuantía. Así, los progenitores podrán actuar por sí y en representación en la misma causa, pero siempre advirtiendo la diferenciación de calidades que hacen variar, sea como víctima directa o por rebote, los daños que hubieran recibido.

Por tanto, para que la calidad de representante que la patria potestad impone a los padres respecto de sus hijos no sea considerada como un supuesto que promueva o permita la procedencia de enriquecimiento sin causa, es necesario separar las calidades por las que se actúa cuando los progenitores pretenden también ser indemnizados. De ello deriva que no bastaría con la mención de la usual expresión utilizada, en la comparecencia de los escritos, de que se actúa ‘por sí y en representación de’, sino que sería necesario proponer las pretensiones de manera separada, precisamente, porque una y otra están promovidas mediante acciones que, en el fondo, buscan reparaciones distintas. Si de la sola existencia de la acreditación de los daños de las víctimas directas se entiende procedente la calidad de víctima por rebote por el solo hecho de ser progenitores, el supuesto puede ser considerado como lesivo del principio de reparación integral del daño y la general necesidad de acreditación de los daños que sufre cada víctima, pudiendo considerarse como enriquecimiento sin causa.

3. CASO DE EJEMPLO: SENTENCIA DÍAZ CON CORPORACIÓN MUNICIPAL DE CASTRO

La sentencia de la Excelentísima de la Corte Suprema de Chile “Díaz Pérez con Corporación Municipal de Castro” dictada con fecha 25 de junio de 2021, a la que en adelante se le referirá indistintamente como la sentencia

o el caso “Díaz con Corporación”⁶⁴, resulta completamente útil para sustentar las problemáticas que hasta acá se han intentado desarrollar. Es decir, se trata de la procedencia del daño moral por rebote a partir de la situación de una víctima directa que no muere ni sufre lesiones corporales; y, por otra parte, que se da en el contexto de una actuación ‘por sí y en representación de’ los hijos por progenitores que demandan, en conjunto y en ambas calidades a la vez, un solo monto indemnizatorio.

La causa inicia por demanda civil de responsabilidad contractual y en subsidio responsabilidad extracontractual deducida por los progenitores, actuando por sí y en representación de sus hijos, O.E.S.S. y E.I.D.S, ambos menores de edad. Dirigen su acción en contra de la Corporación Municipal de Castro para la educación, salud y atención al menor, la que, en calidad de sostenedora de la escuela P.V.B.L.L., sería responsable por los hechos de acoso escolar que sus hijos habrían sufrido en sus dependencias de parte de un compañero de curso, niño A.I.G.B. Entienden responsable a la Corporación demandada por no haber dado cumplimiento a sus obligaciones de vigilancia, resguardo de la seguridad e integridad de los niños a su cargo, lo que vendría dado por lo que más adelante se explica como la posición de garante⁶⁵ que esta tendría respecto de la prevención del acoso escolar.

Exponen en la demanda los daños que los hijos que representan habrían sufrido por el acoso escolar, junto a los daños recibidos por ellos por rebote. De ahí que en el petitorio único soliciten la suma de 160 millones de pesos, divididos en 40 millones para cada uno. La contraparte demandada contesta oponiéndose a la demanda principal y subsidiaria.

64 En cuanto a las partes, solo se hará referencia a su calidad de progenitores y respecto de los niños involucrados en la causa, solo se mencionarán sus iniciales.

65 Corte Suprema, Rol N° 104397-20, de 25 de junio de 2021. Considerando tercero, sentencia de reemplazo.

En cuanto a la tramitación de la causa, cobra relevancia mencionar la resolución que la recibe a prueba⁶⁶, la que, fijando los puntos sobre las que esta debía recaer, no distingue los daños de las víctimas directas de las por rebote, consignando genéricamente en los puntos de prueba número 4° y 5° que se fijan como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos a la “efectividad de haber sufrido perjuicios el demandante, sea que provengan del hecho ilícito, sea derivados del incumplimiento contractual. En su caso, especie y monto de dichos perjuicios”; y, a la “efectividad de que, a consecuencia de lo anterior, la demandante sufrió perjuicios”. En este tratamiento, con la voz ‘el demandante’, el tribunal considera a los dos niños y sus padres representantes, demandantes también como víctimas por rebote.

Tras abundante prueba, especialmente relativa a la afectación de los niños, el Juzgado de Letras de Castro resuelve en su sentencia dar lugar parcialmente a la demanda subsidiaria de responsabilidad extracontractual, ordenando el pago de la indemnización por concepto de daño moral la suma de dos millones para la progenitora, un millón para el progenitor, y tres millones para cada niño. En las consideraciones que expone para justificar la decisión, el tribunal indica llegar a convencimiento que “determinado que existe una real afectación emocional respecto de los demandantes, para efectos de la determinación de las sumas a indemnizar, se debe tener en consideración que bajo ningún respecto se puede pretender que por la vía indemnizatoria pretenda obtenerse un lucro o ganancia indebida por un determinado hecho, como el de la presente causa. Igualmente debe apreciarse el monto a indemnizar respecto de la real afectación a cada una de las víctimas de los hechos, resultando manifiestamente injustificada la petición de sumas del demandante que determina su indemnización uniforme de \$40.000.000 por cada uno”⁶⁷.

66 Juzgado de Letras de Castro, Rol N° 933-17, de 09 de marzo de 2018. Interlocutoria que recibió la causa a prueba.

67 Juzgado de Letras de Castro, Rol C-933-17, de 18 de abril de 2019. Considerando trigésimo séptimo.

Señala más adelante que “debe hacerse un análisis respecto de cada uno de los demandantes y sus características propias para cuantificar el daño causado. En ese sentido, respecto de la niña O. y del niño E., efectivamente por haber sido los directamente afectados por las agresiones y particularmente por su etapa de desarrollo, corresponde fijar una suma indemnizatoria mayor que a sus padres, quienes, a pesar de lo experimentado, se encuentran en una situación de mejor posición para enfrentar los episodios vividos. Ahora bien, respecto de la madre posee recursos adecuados (...) a pesar de existir afectaciones emocionales producto de los episodios ocurridos con sus hijos. Finalmente, en cuanto al padre del niño mayor, solamente se aprecia una afectación emocional moderada asociada a estrés”⁶⁸.

Dicha sentencia fue impugnada vía apelación por la parte demandada vencida para pretender su revocación, pero también por la demandante vencedora, a fin de aumentar los montos concedidos. Culmina la tramitación con la sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt⁶⁹, la que decide confirmar la sentencia en cuanto el rechazo a la responsabilidad contractual y revocar la decisión de indemnizar vía responsabilidad extracontractual a los demandantes, todo ello, en cuanto analizando nuevamente la prueba aportada, concluye que el sostenedor hizo todo lo posible por evitar el hecho, tomando las medidas que la normativa se exige, por lo que no habría negligencia alguna de su parte. Según indica expresamente, las conductas persistentes de agresión al interior del recinto no fueron cometidas por omisión de medidas, sino pese a los esfuerzos de vigilancia de la demandada⁷⁰. La sentencia no se hace cargo de la situación propuesta por este trabajo en cuanto a la unificación de víctimas directas y por rebote y de representantes y representados considerados todos juntos en la acción con mismos puntos de prueba⁷¹.

68 Juzgado de Letras de Castro, Rol C-933-17, de 18 de abril de 2019. Considerando trigésimo octavo.

69 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 456-19, de 05 de agosto de 2020.

70 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 456-19, de 05 de agosto de 2020. Considerando decimoquinto.

71 A juicio de este autor, ello sería porque la sentencia excluye la responsabilidad por la ausencia de culpa y no hace análisis sobre los daños y su cuantía.

Por vía casación en la forma y fondo deducida por la parte demandante, la sentencia llega a conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema⁷². A través de ella, el máximo tribunal acoge el recurso por entender que la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones presentaba falta de consideraciones que sirven de fundamento al fallo. En tal contexto, dicta sentencia de reemplazo, en la cual, reviviendo la tesis del fallo de primera instancia, entiende que se ha vulnerado el deber de garante de la parte demandada respecto de los niños y se hace procedente la indemnización en favor de los demandantes. En su mérito, concede por concepto de daño moral la suma de cinco millones para cada uno de los padres, y diez millones para cada uno de los niños. En ninguno de los fallos expuestos se condenó en costas.

4. PROBLEMÁTICAS DEL CASO DÍAZ CON CORPORACIÓN A LA LUZ DE LAS EXPLICACIONES DEL DAÑO MORAL POR REBOTE Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS PROGENITORES

Tomando los planteamientos expuestos en materia de patria potestad y de daño por rebote, a partir de la historia judicial recién expuesta que deriva en la sentencia de la Corte Suprema referida, es pertinente reflexionar sobre dos aspectos relevantes: La unificación de las demandas en ausencia de cuestionamiento sobre las legitimidades y calidades invocadas, y la forma en la que se construye el daño moral por rebote para indemnizar a cada una de las víctimas.

El primer aspecto deriva de la advertida forma en que la demanda se deduce y que no es controvertida por ninguno de los tribunales conocedores de la pretensión. Es llamativo que la reclamación y prueba de los daños invocados en definitiva por cuatro personas distintas, se tramite de manera conjunta, ya que, como se ha planteado antes, cada uno de los demandantes, sea como víctima directa como víctima por rebote, es legitimado de una acción diversa que debe ser reclamada y, sobre todo, acreditada de manera distinta.

72 Corte Suprema, Rol N° 104397-20, de 25 de junio de 2021.

Ya se ha indicado que uno y otro daño reconocen una unificación es causal, pero no de fondo, no siendo el mismo daño el demandado en cada caso, o siéndolo, no sufrido en iguales términos. Así, no resulta controvertible la procedencia de la indemnización hacia los padres como víctimas por rebote, sino más bien la forma en que aquello se tramitó y determinó. De hecho, es precisamente la ausencia de divisiones respecto de los distintos legitimados en la búsqueda de reparación de los daños invocados lo que provoca eventuales cuestionamientos, porque es en extremo complejo, sino imposible a juicio de este autor, pretender acreditar en un mismo punto de prueba y bajo la voz “demandante” en términos genéricos, la afectación real que sufren dos víctimas directas y dos por rebote, ya que ni aun entre ellas el daño se habría provocado con la misma intensidad, tal como declara la sentencia de primera instancia al conceder montos diversos para cada uno de los progenitores.

A lo anterior se suma el hecho que los progenitores actúan en representación de sus hijos y también por sí, permitiéndose acreditar los daños tanto de quienes representan como los propios a la vez, cuestión que, tanto al tenor de las reglas del daño moral por rebote, como las de la patria potestad, no sería procedente. Ello es porque, al acreditar la pretensión de los niños representados, están también acreditando la propia, y por tanto ya no actuando –solamente- en nombre y lugar de su hijo.

No se trata solo de una cuestión de orden o de una crítica inoficiosa a la economía procesal, sino más bien de contar con claridad en la determinación de la procedencia, prueba y cuantía de las indemnizaciones por daño moral. Ello genera certeza de la aplicación tanto de la noción activa como pasiva del principio de reparación integral del daño, dejando a las víctimas (tanto directas como por repercusión) indemnes, pero no ordenando el pago de nada más que no sea el daño fehacientemente acreditado según la afectación real que cada persona reclame, sea directo, sea por rebote. La necesidad de certeza en la construcción de los daños, especialmente en cuanto a daño moral

se trata, es un punto elemental considerando que esta causa bien puede dar paso, en una lamentable proliferación de cuestiones de acoso escolar, a que se vuelvan recurrentes acciones de esta clase.

Derivado de lo anterior, y en base a la prueba incorporada al juicio y sin mayor desglose según las víctimas, se realizó la construcción del daño moral que permitió su indemnización. En cuanto a los niños, que en la especie sufrieron afectaciones gravísimas que incluso los llevó a conductas asociadas a la autolesión, el monto concedido por vía de daño moral es completamente justificado y quizás, teniendo en cuenta otras sentencias que han establecido reparación de daño moral por el mismo monto⁷³, incluso parece reducido. Por su parte, en cuanto a los padres la situación es diversa, ya que, describiéndose sus afectaciones por la sentencia, estas se agrupan en la expresión genérica del “notable desgaste” que habrían sufrido, calificación que hace reflexionar sobre si dicho concepto soporta las concepciones del daño moral por rebote con el desarrollo que a esta altura tiene dicha institución jurídica tanto en doctrina como en jurisprudencia.

No obstante, los planteamientos sobre el daño moral por rebote por casos de acoso escolar en favor de los progenitores contenidos en la sentencia en comento no son del todo nuevos. Existe antecedente en la sentencia de Corte

73 Por ejemplo, la sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 81-17, de 15 de septiembre de 2017, indica a propósito de un pasajero que es bajado de un avión antes de su despegue de manera equivocada, que: “[...] teniendo presente que la afectación de éste es evidente ya que, las molestias, vergüenza, escarnio y trato provocadas por la querellada y demanda civil son considerablemente mayores que los tasados por el juez, ya que fue desalojado del avión a la vista de todos los pasajeros y la tripulación, siendo público y notorio que los aviones de tránsito regular en el país tiene 6 asientos por cada una de las 28 filas, fueron testigos del hecho, a lo menos 168 personas. Tampoco es menor la circunstancia que se utilizó la fuerza para el desalojo y que la aerolínea disponía de los elementos para evitar todo el bochorno del que fue víctima el pasajero. Todo lo anterior provoca una afectación grave y mayor a la normal en la autoestima y en la estabilidad psíquica de cualquier persona promedio que vivencia esas circunstancias, lo que es obviamente constitutivo de un daño moral de difícil reparación. En consecuencia, esta Corte, tasando prudencialmente la indemnización por dicho concepto, estima que la suma de \$10.000.000 lo resarce de manera más equitativa que el monto regulado en la sentencia apelada”.

de Apelaciones de Temuco⁷⁴⁻⁷⁵, fallo en el cual se indemniza la afectación que tiene el niño demandante a consecuencia del *bullying* sufrido, y que se tradujo en tener un pobre concepto de sí mismo, rehuir de situaciones tanto sociales como familiares como con sus pares, no logrando lazos de amistad, por inseguridad y angustia.

En este caso, el daño se extendió a sus padres como víctimas por rebote, lo que se expresó en las angustias, dolores e impotencias de ver y sentir los sufrimientos del hijo en común, lo que hace determinar una indemnización de diez millones en favor del niño y de cinco millones para cada padre, tal como ocurre en la causa Díaz con Corporación. Dicho fallo, eso sí, tiene una diferencia trascendental que respalda las observaciones antes planteadas, ya que, aun cuando la legitimidad de los padres con la que se actúa en la causa de primera instancia⁷⁶ también es por sí y en representación del hijo, acá el Tribunal sí se realizó la diferenciación de los puntos de prueba de los daños de la víctima directa y de los por rebote, permitiendo certeza en la indemnización por daño moral que se otorga en uno y otro sentido. De hecho, la resolución que recibe la causa⁷⁷ a prueba fijó en su punto primero a “la efectividad que el menor M.N.M.A sufrió agresiones o *bullying* al interior del colegio. Fecha que habrían ocurrido, naturaleza de las agresiones, personas involucradas, hechos y circunstancias que rodearon los hechos”; y más adelante, en el punto cuarto, se fijó, como punto de prueba diverso, a “la efectividad de haber sufrido perjuicios los demandantes con ocasión de los hechos descritos en el punto N°1. Naturaleza y monto de los mismos”.

74 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 901-12, de 21 de enero de 2013.

75 Dicha sentencia ingresó vía casación a la Excelentísima Corte Suprema, no obstante, el recurso fue desestimado y declarado inadmisibile según advierte el fallo de Corte Suprema, Rol N° 2453-13, de 16 de mayo de 2013.

76 3° Juzgado Civil de Temuco, Rol C-5793-10, de 20 de mayo de 2011.

77 Idem.

Con esa estructura, se permite con claridad identificar la necesidad de la afectación de la víctima directa para luego, acreditada que fuera, ver cómo se recepciona a título de daño por los distintos demandantes, tanto por la víctima directa, como por las víctimas por rebote.

5. CONCLUSIÓN

Es innegable que la calidad de progenitor implica la existencia de vínculos que justifican que afectaciones en la persona del hijo, se puedan calificar también como daños para aquellos, sean o no estos de orden jurídico. Ningún padre sentirá bienestar al ver a su hijo enfermo o que ha sufrido algún problema que le afecte emocionalmente. Por ello, y en la medida que los daños sean jurídicamente relevantes, especialmente a título de daño moral, la calidad de progenitor otorga la legitimidad de víctima por rebote, y como tal, amerita reparación por el daño que de tal forma hubiera recibido. Además, la calidad de representante del hijo en juicio no afecta ni perjudica tal posibilidad, ya que, si bien en tal rol representa intereses ajenos, ello no le priva en ningún orden de poder promover los propios, no siendo un supuesto de enriquecimiento sin causa.

No obstante, para efectos de la validación de las legitimidades y por razones de seguridad jurídica, la división entre lo que se reclama como reparación para el hijo y para sí debe ser clara, ya que, aun cuando causalmente están vinculados los daños que sufre uno y otro, lo cierto es que son daños distintos que requieren ser invocados y por sobre todo acreditados de manera diversa, no pudiendo acumularse ni concluirse la existencia de daños en los progenitores solo a partir de las tristezas o desgastes que implique presenciar el sufrimiento de un hijo.

No bastará la existencia del vínculo legal filiativo para comprender configurada la calidad de víctima por rebote, porque al tribunal no le consta si ese progenitor, por ejemplo, ha abandonado al hijo y realmente no ha sufrido el daño que invoca. Por tanto, cuando se propone la necesidad de

diferenciación de las legitimidades y pruebas, se demanda que los progenitores deban acreditar un vínculo afectivo y real con el hijo que ha sido la víctima directa; y, además, que han sido los daños recibidos por aquella los que a razón del referido vínculo le han generado también daños diversos a los iniciales. Lo anterior se estima considerando que el origen de los daños de la víctima directa es el hecho, mientras que el de los daños de la víctima por rebote es la afectación dada como consecuencia del hecho que padeció la víctima directa con la cual tiene un efectivo vínculo, en este caso, con el hijo.

Así y si bien conforme a la parte resolutoria de las sentencias ocupadas de ejemplo se recoge la noción del daño por rebote al conceder montos diversos para los distintos demandantes, lo cierto es que la construcción procesal y argumental es confusa debido a haberse tramitado de manera conjunta la indemnización de los daños que en calidad de víctima directa y por rebote ameritan, no distinguiendo puntos de prueba diversos para uno y otro caso.

Se entiende que, aun cuando fuera procedente en este tipo de acciones el ejercicio por sí de la víctima por rebote y en representación de la víctima directa en la misma causa, las calidades en mérito de las que se actúa en uno y otro caso son diversas, precisamente porque se fundan en afectaciones o daños distintos, lo que obliga a la diferenciación de los puntos de prueba si se tramitara en una misma causa o, a juicio de este autor, a demandas paralelas en una misma causa o, incluso, a causas tramitadas en procedimientos diversos. Esta necesidad de diferenciación se justifica tanto desde las reglas de la patria potestad como también desde la responsabilidad civil para garantizar una acertada aplicación del principio de reparación integral del daño.

Finalmente, la sentencia utilizada de ejemplo también plantea otras interrogantes que no fueron desarrolladas en esas líneas, quedando para el futuro la revisión del supuesto de responsabilidad por hecho ajeno del demandado que es considerado por los fallos utilizados, considerando que se condena al sostenedor del establecimiento educacional por una situación proveniente de un niño que aparentemente generó daños a consecuencia

de los malos hábitos y ausencia de corrección que sus padres le han dejado adquirir. Resolver si existe prelación entre los responsables por los actos de otro parece un punto conveniente y enlazado a lo acá descrito.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALESSANDRI, Arturo (1943): De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno (Santiago, Imprenta Universitaria).

BARROS, Enrique (2012): Tratado de responsabilidad extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CORRAL, Hernán (2004): Lecciones de responsabilidad civil extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

COURT, Eduardo (2010): Curso de Derecho de Familia. La filiación por naturaleza. Legislación, doctrina y jurisprudencia (Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing).

DIEZ, José Luis (2005): “Víctimas directas y por repercusión en la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales en nuestra jurisprudencia reciente: del problema de la competencia en las distorsiones sustanciales”, en: Varas, Juan Andrés y Turner, Susan: Estudios de Derecho Civil. Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santiago, LexisNexis), pp. 563-583.

DOMÍNGUEZ, Carmen (2007): “Principios que rigen la apreciación y evaluación de los daños materiales en Chile: una revisión desde una perspectiva comparada”, en: Kemelmajer, Aida: Libro homenaje a François Chabas (Buenos Aires, Rubinzal), pp. 403-421.

DOMÍNGUEZ, Carmen (2000): “Hacia el futuro: ¿Crisis de la responsabilidad subjetiva?”, en: *Revista Actualidad Jurídica* (Vol. 1 N° 2), pp. 347-370.

DOMÍNGUEZ, Carmen (2000): *El daño moral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

DOMÍNGUEZ, Ramón (2004): “Inaplicabilidad de la responsabilidad subsidiaria laboral en la acción extracontractual civil. Inoponibilidad de la culpa de la víctima a las víctimas por repercusión o rebote”, en: *Revista de Derecho* (N° 215-216), pp. 357-362.

DOMÍNGUEZ, Ramón (2004): “Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol.31 N° 3), pp. 493-514.

DOMÍNGUEZ, Ramón (1966): “El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil”, en: *Revista de Derecho* (N° 136), pp. 29-54.

ELORRIAGA, Fabián (2011): “Novedades judiciales en torno al daño moral por repercusión”, en: Varas, Juan Andrés et. al.: *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009* (Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing), pp. 229-245.

ELORRIAGA, Fabián (1999): “Del daño por repercusión o rebote”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 26 N° 2), pp. 369-398.

FERRANTE, Alfredo (2017): “Ilícito del menor ¿Quién paga?”, en: Barria, Rodrigo et. al.: *Presente y futuro de la responsabilidad civil. Actas del Congreso internacional de 3 y 4 de noviembre de 2016* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 251-264.

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2007): El sistema filiativo chileno. Filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

KUNKAR, Andrés (2012): “¿Es el estatuto de responsabilidad extracontractual aplicable a las víctimas por repercusión o rebote?”, en: Elorriaga, Fabián: Estudios de Derecho Civil VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing), pp. 705-717.

LEÓN, Avelino (1991): La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos, cuarta edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

LÓPEZ, Carlos (2005): Manual de Derecho de familia y Tribunales de Familia (Santiago, Librotecnia), tomo II.

PIZARRO, Carlos (2011): “La responsabilidad civil de los notarios en Chile”, en: Revista de Derecho (Nº 2), pp. 137-149.

QUINTANA, María Soledad (2015): Derecho de Familia, segunda edición (Valparaíso, Ediciones universitarias de Valparaíso).

RAMOS, René (2005): Derecho de Familia (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

RODRÍGUEZ, Pablo (2022): Instituciones de Derecho Sucesorio. De los cinco tipos de sucesión en el Código Civil Chileno (Santiago, Editorial jurídica de Chile).

SAN MARTÍN, Lilian (2016): “Culpa concurrente de la víctima y daño por rebote o repercusión”, en: Revista de Derecho (Nº XLVII), pp. 151-177.

VARAS, Juan Andrés (2011): “Decisiones vitales y representación parental: fundamento y límites”, en: Varas, Juan Andrés et. al.: Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009, (Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing), pp. 595-614.

VIAL DEL RÍO, Víctor (2003): Teoría general del acto jurídico, quinta edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

DOCUMENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO

Baremo jurisprudencial estadístico sobre indemnización de daño moral. Disponible en <https://baremo.poderjudicial.cl/BAREMOWEB/> [Fecha de última consulta: 27.02.2022].

Comité de Derechos del Niño (2009): “Observación General del Comité de Derechos del Niño N°12. El derecho del niño a ser escuchado, en: Defensoría de la niñez. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG12.pdf> [Fecha de última consulta: 27.02.2022].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, publicado el 1 de agosto de 2015.

Código Civil de Argentina, publicado el 29 de septiembre de 1869.

Código Civil Chileno, Diario Oficial, publicado el 1 de enero de 1857.

Código Civil de Paraguay, publicado el 1 de enero de 1987.

Comité de Ministros del Consejo de Europa, Resolución 75/7, de fecha 31 de julio de 1975.

Convención sobre los Derechos del Niño, publicado el 26 de enero de 1990.

Ley N° 17.344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. Diario Oficial, publicado el 22 de septiembre de 1970.

Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial, publicada el 30 de agosto de 2004.

Ley N° 21.340, sobre garantías y protección Integral a los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Diario Oficial, publicada el 15 de marzo de 2022.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 15 de septiembre de 2017, rol N° 81-17.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de fecha 05 de agosto de 2020, rol N° 456-19.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de fecha 27 de marzo de 2002, rol N° 76286-02.

Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de fecha 21 de enero de 2013, rol N° 901-12.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 08 de octubre de 2004, rol N° 4219-02.

Corte Suprema, sentencia de fecha 26 de junio de 2002, rol N° 1624-02.

Corte Suprema, sentencia de fecha 08 de junio de 2005, rol N° 1602-05.

Corte Suprema, sentencia de fecha 05 de marzo de 2007, rol N° 603-06.

Corte Suprema, sentencia de fecha 16 de mayo de 2013, rol N° 2453-13

Corte Suprema, sentencia de fecha 01 de junio de 2016, rol N° 10649-15,

Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de octubre de 2019, rol N° 26680-19,

Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de junio de 2021, rol N° 104397-20,

Juzgado de Letras de Castro, sentencia de fecha 18 de abril de 2019, rol N° 933-17.

GESTIÓN DE RECURSOS DE LA PENSIÓN ALIMENTARIA: GARANTIZANDO EL BIENESTAR DE LOS BENEFICIARIOS¹

MANAGEMENT OF ALIMENTARY PENSION RESOURCES: GUARANTEEING THE WELL-BEING OF THE BENEFICIARIES

María Isabel Pimentel Tello²

Resumen

La obligación alimentaria compromete a una persona a proporcionar los medios necesarios para cubrir las necesidades básicas de otra que no puede satisfacer por sí mismo sus necesidades básicas. Esta obligación es naturalmente asumida por los progenitores respecto de sus hijos menores, pero también puede aplicarse en otras situaciones, como cuando un cónyuge debe proporcionar sustento al otro, durante el matrimonio o incluso después del divorcio. Esta obligación se basa en el principio de solidaridad familiar. Sin embargo, la regulación peruana no incluye ninguna forma de fiscalización de los recursos que se entregan a los encargados de administrarlos, quienes lo hacen a libre arbitrio y muchas veces sin tener en cuenta las necesidades de los beneficiarios de los alimentos que están bajo su tenencia o custodia.

1 Artículo recibido el 15 de junio de 2023 y aceptado el 26 de octubre de 2023.

2 Doctora en Derecho U. Nacional de Cajamarca. Maestra en Ciencias y Magíster en Derecho de Familia e Infancia U. Nacional de Cajamarca. Profesora en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. ORCID: 0000-0001-7010-4305. Dirección postal: pasaje Gambeta N° 162, Los Baños del Inca, Cajamarca, Perú. Correo electrónico: mpimentel@unc.edu.pe.

En tal sentido, se propone la implementación de un sistema de fiscalización, semejante a los que se aplican en algunos países, con la finalidad de garantizar la verdadera función de las asignaciones alimentarias, es decir, atender las reales necesidades de los hijos y su superior interés.

Palabras claves

Obligación alimentaria, gestión de recursos, sistema de fiscalización, interés superior del niño.

Abstract

Alimony commits a person to provide the necessary means to cover the basic needs of another who cannot satisfy their basic needs themselves. This obligation is naturally assumed by parents with respect to their minor children, but it can also apply in other situations, such as when one spouse must provide support for the other during marriage or even after divorce. This obligation is based on the principle of family solidarity. However, Peruvian regulation does not include any form of oversight for the resources that are delivered to those in charge of managing them, who do so at their own discretion and often without taking into account the alimentary needs of the beneficiaries under their custody. In this sense, the implementation of an oversight system is proposed, similar to those applied in some countries, with the purpose of guaranteeing the true function of food allocations, that is, addressing the real needs of the children and their best interests.

Keywords

Alimony, resource management, oversight system, best interest of the child.

1. INTRODUCCIÓN

Considerado un componente vital para el bienestar de aquellos beneficiarios que dependen de ella, la pensión de alimentos es un recurso destinado a cubrir necesidades básicas, como alimentación, vivienda, educación y atención médica; por lo cual, el manejo adecuado y transparente de estos recursos es fundamental para asegurar que se cumpla su propósito.

La gestión eficiente de los recursos recibidos como pensión alimentaria implica un enfoque responsable y consciente por parte de quienes son los encargados de administrarlos en favor de los beneficiarios, así como una estructura legal y social que facilite su correcta gestión. Este artículo propone analizar los aspectos clave de la gestión de los recursos de la pensión alimentaria y su impacto en el bienestar de los beneficiarios.

En primer lugar, se aborda la importancia de las asignaciones alimentarias y su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano, tanto en favor de niñas, niños y adolescentes, como a favor de adultos, considerando los criterios que se tienen en cuenta para su fijación, analizando su variabilidad y su aplicación en el tiempo.

Presentamos también algunas nociones que propenden a garantizar que los recursos de la pensión alimentaria se utilicen de manera eficiente y se satisfagan las necesidades esenciales de los beneficiarios, y además, se examinarán los desafíos legales y sociales que pueden surgir en relación con la gestión de los recursos de la pensión alimentaria, explorando la experiencia de países en los que se aplican sistemas de control de la gestión de estos recursos para proteger los derechos y el real interés de niñas, niños, adolescentes y adultos beneficiarios de las pensiones alimenticias.

Finalmente, proponemos la implementación de un sistema de control de los recursos correspondientes a pensiones alimentarias, a fin de garantizar el empleo de los montos asignados para cubrir las necesidades de sus reales

destinatarios, con el debido sustento documental. Asimismo, se explora el papel de la educación financiera y el apoyo psicosocial en la gestión de los recursos de la pensión alimentaria. La capacitación en habilidades financieras básicas puede, en efecto, fortalecer la autonomía de los beneficiarios, brindándoles herramientas para tomar decisiones informadas y evitar situaciones de vulnerabilidad. Además, el apoyo emocional y psicológico puede desempeñar un papel crucial en la gestión adecuada de los recursos, ya que los beneficiarios pueden enfrentar desafíos emocionales y de adaptación durante el proceso.

Consideramos que la gestión eficiente de los recursos recibidos como pensión alimentaria es un elemento fundamental para garantizar el bienestar de los alimentistas a largo plazo. En consecuencia, la planificación financiera adecuada, los mecanismos legales y sociales, la educación financiera y el apoyo psicosocial son esenciales para lograr una gestión óptima de tales recursos.³

3 Métodos. La presente indagación, por su propósito, es de tipo básica y exploratoria, que procura evidenciar un problema para servir de base a investigaciones futuras, así como para elaborar nuevos conocimientos a partir del análisis documental y la revisión sistemática del derecho aplicado. En ese marco, se diseñó la investigación a nivel descriptivo, ya que a partir de la información recopilada se logra identificar el problema y sus características.

Por los métodos utilizados, la presente, es una investigación cualitativa, pues no busca aplicar ningún tipo de medición, sino cualificar el problema identificado, que, en el presente caso es, la gestión de recursos de la pensión alimentaria, garantizando el bienestar de los beneficiarios. Planteamos, finalmente, que en el ordenamiento jurídico peruano debería implementarse un mecanismo de fiscalización de los recursos provenientes de las pensiones alimenticias, con la finalidad de garantizar que los mismos sean empleados en la satisfacción de las necesidades de los alimentistas, atendiendo el superior interés, la autonomía progresiva y el desarrollo integral de niños y adolescentes.

Tratándose de una investigación básica y cualitativa, hemos considerado el análisis comparativo de varias legislaciones en las que se contempla diversos sistemas de fiscalización, las cuales han sido tomadas, por conveniencia, con la finalidad de evidenciar la existencia de la problemática advertida y analizar las alternativas existentes en tales países.

Al respecto, se buscó identificar las mejores prácticas de gestión de los recursos provenientes de la pensión alimentaria y examinar el impacto de una gestión eficiente y transparente que redunde en el bienestar integral de los beneficiarios, promoviendo estrategias para mejorar la gestión de las pensiones alimenticias que son generalmente administradas por los representantes de los beneficiarios.

2. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

En esencia, la obligación alimentaria compromete a una persona a atender las necesidades básicas de otra, que a su vez es dependiente económicamente de la primera; siendo que el obligado puede ser uno o ambos progenitores, en el caso de los niños, niñas y adolescentes (también podría ser beneficiario un mayor de 18 años que se encuentre en situación de indefensión y que no pudiese proveerse el propio sustento), como es el caso de los cónyuges incluso después del divorcio.

Es sabido que el concepto legal de alimentos incluye los conceptos de vivienda, vestimenta, salud, educación, recreación (para las niñas, niños y adolescentes), además de lo esencial para su sustento. Siendo un deber que tiene base en el principio de solidaridad familiar y en el deber de contribuir al bienestar de quienes no son capaces de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas⁴.

Sin embargo, se observa que en Perú existe deficiencia en cuanto a la gestión adecuada y transparente de los recursos que constituyen la pensión de alimentos, lo que afecta a muchas familias y, en particular, a los hijos que dependen de dichos recursos para cubrir sus necesidades básicas. De hecho, aunque existen leyes y mecanismos legales para garantizar el pago de la pensión de alimentos, no se cuenta con ninguna garantía respecto de la forma como tales recursos sean empleados en favor de los alimentistas, presentándose dificultades significativas.

Uno de los problemas más comunes en relación a las obligaciones alimenticias, es el incumplimiento del pago de la pensión por parte del obligado, quien por lo general es el padre, generando que las madres o los tutores legales afronten inconvenientes para cubrir los gastos de los alimentistas;

4 VARSÍ (2011), pp. 419-421.

esto puede deberse a diversas razones, como la como falta de recursos económicos, desempleo y, la más frecuente, la irresponsabilidad o incumplimiento intencional.

Además, existen retrasos significativos en el cobro de las pensiones alimenticias, debido a lo engorroso de los trámites legales y a la burocracia que ralentiza la entrega de los importes depositados, lo que afecta gravemente la calidad de vida de los hijos, generando tensiones y conflictos familiares.

Otro desafío, es la falta de mecanismos efectivos de control y supervisión para asegurar que las pensiones de alimentos lleguen realmente y en su totalidad a los beneficiarios. En nuestra legislación no existe, en efecto, un mecanismo de seguimiento específico respecto del uso de las pensiones por parte de quienes los reciben en representación de los alimentistas, no siendo requisito legal la rendición de cuentas por parte de tales administradores, pese a que se trataría de bienes que integran el patrimonio de los alimentistas.

Es el caso, en efecto, que son frecuentes las situaciones de mal uso de los recursos de la pensión de alimentos, ya que algunos progenitores que las reciben no destinan adecuadamente los fondos para el cuidado y bienestar de los hijos, empleando los recursos incluso a gastos propios, distintos a los que dan origen a la pensión alimenticia, provocando muchas veces graves conflictos familiares y perjuicio directo de los alimentistas.

Entonces, el problema de la gestión de los recursos provenientes de la pensión de alimentos comprende desde el incumplimiento del pago por parte de los obligados, la falta de supervisión efectiva, los retrasos en los trámites administrativos, hasta el posible mal uso de los recursos.

En la presente reflexión, nos ocupamos de la segunda y última situaciones planteadas, por considerarlas totalmente lesivas al interés superior del niño, su autonomía progresiva y a su desarrollo integral, por ser aspectos

que impactan negativamente en la vida de los beneficiarios y que requieren, urgentemente, la necesidad de implementar mecanismos efectivos para garantizar el buen uso de la pensión de alimentos.

3. PRECISIONES RESPECTO DEL DERECHO ALIMENTARIO

Las obligaciones alimentarias en Perú se refieren al derecho que tienen los hijos (sean estos menores de edad o mayores con alguna discapacidad o dependientes), de recibir una asignación económica de sus progenitores que no viven con ellos, con la finalidad de cubrir sus necesidades básicas; estas también pueden favorecer a los cónyuges, ex cónyuges, progenitores o hermanos, en mérito a lo dispuesto por el artículo 474 del Código Civil. Asimismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 481 del mismo código, para fijar la pensión alimenticia se calcula en base a las necesidades del alimentista y las posibilidades del obligado, atendiendo igualmente a las circunstancias personales de ambos; el monto fijado no tiene calidad de cosa juzgada, puesto que se puede aumentar o reducir de acuerdo a las variaciones que sufran los condiciones mencionados (necesidades y posibilidades), en incluso puede extinguirse la obligación por la muerte del alimentista, por alcanzar éste la mayoría de edad, por cese de la condición de discapacidad o por la muerte del obligado⁵.

Los procesos de alimentos se han ido simplificando en los últimos años, con la finalidad de hacerlos más asequibles, teniendo en cuenta lo fundamental del derecho que se discute, habiéndose implementado un sistema de acceso virtual y formulario, incluso sin que sea necesario el patrocinio de abogados; asimismo, se conceden medidas cautelares bajo la forma de asignaciones anticipadas que permiten recibir el beneficio sin que deba concluir el iter procesal. Estos procesos están caracterizados por su sencillez, los jueces que son competentes cuentan con la facultad de solicitar informes a los centros de trabajo de los demandados para poder obtener datos sobre su remuneración y condición laboral, así como requerir informes a las autoridades tributarias

5 JARRÍN (2020), pp. 52-53.

y de los registros públicos, para conocer si el emplazado tiene bienes o ingresos económicos; convocando a la brevedad a una audiencia única en la cual escucha a las partes y dicta la sentencia.

La regulación de los alimentos se encuentra prevista tanto en el Código Civil⁶ como en el Código de Niños y Adolescentes⁷; en este último se detallan aspectos procesales sobre los alimentos destinados a satisfacer las necesidades de este grupo especial⁸. Asimismo, fuera de estas normas legales, se han dictado disposiciones administrativas en el Poder Judicial con la finalidad de facilitar la interposición de las demandas y la tramitación del proceso.

4. ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES

El sistema normativo peruano ha tendido a simplificar los trámites de los procesos de alimentos, procurando brindar mayor accesibilidad a los usuarios y la menor formalidad en los procedimientos, con la finalidad de acercar la justicia a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad extrema, toda vez que se trata evitar o disminuir riesgo de afectación de un derecho fundamental.

Así, el 4 de mayo de 2022, mediante la ley N° 31.464, se ha modificado el Código Procesal Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, incorporando aspectos relevantes destinados a garantizar la celeridad de los procesos de alimentos y la accesibilidad de los mismos a los alimentistas; flexibilizando las reglas del proceso único (bajo cuya vía se tramitan los procesos de tenencia, régimen de visitas y otros relacionados con NNA), permitiendo

6 Incluye normas generales y específicas para el caso de alimentistas mayores de 18 años de edad.

7 En él se regulan los alimentos que se deben prestar a niñas, niños y adolescentes.

8 Los artículos 92 a 97 del Código de niños y adolescentes peruano establece las pautas procesales de tramitación de estos procesos.

la postulación de las demandas de manera virtual, por medio de la mesa de partes electrónica o de formularios físicos y electrónicos, en aplicación del artículo 164-A al Código de los Niños y Adolescentes⁹.

Asimismo, a nivel administrativo, el Poder Judicial implementó algunas reglas que se destinan a la simplificación de los procesos de pensión alimenticia para niños, niñas y adolescentes, adaptándolos a las nuevas tecnologías, por medio de una directiva interna¹⁰.

Volviendo a las modificatorias introducidas al Código Procesal Civil, el artículo 564, antes de la modificatoria, contemplaba la solicitud de oficio de información al centro laboral del demandado a fin de que informe la remuneración y sobre todo concepto remunerativo proveniente de la relación laboral; a esta información, actualmente se suma la requerida a los Registros Públicos respecto de los bienes muebles e inmuebles que pudieran encontrarse a nombre del demandado y, de ser preciso, trabar embargo sobre los mismos; a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, en relación a las declaraciones juradas anuales de rentas del obligado, con la finalidad de conocer el monto de sus ingresos y al Registro Nacional de Estado Civil, sobre otros hijos que pudiera tener y que signifiquen carga familiar, todo lo cual debe ser remitido dentro de los 7 días de solicitado, incluyendo el apercibimiento de comunicar al Ministerio Público el incumplimiento, como

9 Artículo 164-A del Código de los niños y adolescentes.- Postulación del proceso de alimentos. La demanda de alimentos se presenta por escrito a través de la Mesa de Partes física o de manera virtual empleando la Mesa de Partes Electrónica. Alternativamente, la demanda puede ser presentada por medio de formularios físicos o electrónicos.

La parte demandante debe procurar especificar si la parte demandada es un trabajador dependiente o independiente, mencionando el nombre del lugar donde la parte demandada trabaja o ejerce sus labores. La no consignación de esta información no determina, en ningún caso, la inadmisibilidad o la improcedencia de la demanda.

Adicionalmente, en la demanda del proceso de alimentos se precisa facultativamente el correo electrónico y el número de teléfono celular tanto de la parte demandante como de la parte demandada.

10 Resolución Administrativa N° 167-2020-CE-PJ que aprobó la Directiva N° 007-2020-PJ.

desobediencia a la autoridad. Esto anteriormente debía ser solicitado por la parte demandante; con esta modificatoria, se realiza de oficio, lo cual acelera la tramitación del proceso.

En relación a las notificaciones de las partes, se modificó el Código de los Niños y Adolescentes añadiendo el artículo 167-A¹¹, en el que se advierte cambios sustanciales que se refieren a la potestad del juez de requerir al demandado información que permita conocer su capacidad económica cuyo mandato es inimpugnable, también se incorporan las nuevas formas de notificación válida a través de medios tecnológicos y aplicaciones como WhatsApp, Facebook, Messenger u otras, garantizando, de esta manera, que el demandado tome conocimiento de la existencia del proceso a la brevedad posible.

11 Artículo 167-A.- Contenido del auto admisorio para la demanda de alimentos

El auto admisorio debe contener:

- a) El requerimiento a la parte demandante para que subsane la demanda de alimentos, de ser el caso.
- b) El apercibimiento de declararse la rebeldía del demandado y continuar el proceso, en caso de incumplimiento de lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil.
- c) Fecha y hora para la realización de la audiencia única, la misma que no deberá ser posterior a los diez (10) días de notificada la demanda a las partes.
- d) Adicionalmente a lo establecido en el artículo 564 del Código Procesal Civil, el mandato inimpugnable del Juez requiriendo de oficio los medios probatorios que necesiten ser actuados en la audiencia única.
- e) Mandato inimpugnable del Juez requiriendo de oficio al empleador de la parte demandada información que le permita conocer la capacidad económica del obligado alimentista.
- f) La medida cautelar de asignación anticipada de alimentos a favor del niño o adolescente alimentista, en aplicación de lo señalado en el artículo 675 del Código Procesal Civil.
- g) Las demás medidas necesarias para garantizar el debido ejercicio del derecho de defensa de las partes y la adecuada ponderación del principio del interés superior del niño. Para tal efecto, el Juez podrá solicitar la asistencia del defensor público del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos cuando lo requiera la parte demandante.

El especialista legal notifica el auto admisorio a las partes en el domicilio real y a través de la casilla electrónica y, de ser el caso, por correo electrónico o aplicaciones de servicios de mensajería instantánea para dispositivos móviles.

De otro lado, en torno a la celeridad, se incluyó el artículo 170-A al Código de los Niños y Adolescentes peruano¹², por medio del cual se han incorporado reglas en torno a la realización de la única audiencia.

En este nuevo artículo se establecen reglas para la realización de la audiencia única, facultando al juez para emitir sentencia en ese acto, siempre que existan los medios probatorios que así lo permitan, aun cuando ninguna de las partes comparezca a la audiencia, priorizando, como se debe, el interés superior del niño; impidiendo, así, que la inconcurrencia de las partes dilate los procesos, como ocurría antes de la modificación, en que la audiencia se postergaba ante tal eventualidad.

En torno a las apelaciones, igualmente se ha efectuado una modificación, ya que las mismas se conceden sin efecto suspensivo, lo cual igualmente agiliza el proceso; la inclusión del artículo 178-A al Código de los Niños y

12 Artículo 170-A.- Audiencia única

En los procesos de alimentos, la audiencia única se rige por las siguientes reglas:

- a) El Juez puede realizar la audiencia única de manera presencial o virtual, privilegiando en todos los casos la vigencia de los principios de oralidad, concentración, celeridad y economía procesal.
- b) El Juez declara la inadmisibilidad de la contestación de la demanda cuando no se cumpla con los requisitos solicitados en el auto admisorio. Puede disponer que el demandado subsane las omisiones advertidas en un plazo que no exceda la fecha de realización de la audiencia única y en caso de no hacerlo, declara su rebeldía y prosigue con el proceso.
- c) Sin perjuicio del previo traslado a la parte procesal contraria, en caso de duda respecto a la producción, admisión, conduencia o eficacia de los medios de prueba, rige el principio favor probationem.
- d) Si la parte demandada no concurre a la audiencia única, pese a haber sido debidamente notificada, el Juez emite sentencia en el mismo acto atendiendo la prueba actuada.
- e) Si ninguna de las partes concurre a la audiencia única y existen los medios probatorios suficientes para resolver, el Juez emite sentencia en aplicación del principio del interés superior del niño.
- f) El Juez puede reprogramar la audiencia por única vez en caso de no contar con los medios probatorios, en un plazo que no exceda diez (10) días.
- g) El Juez flexibiliza los principios de congruencia y preclusión respetando el derecho al debido proceso.

Adolescentes¹³, obliga a los jueces de alzada pronunciarse en el mismo acto de vista de la causa, siendo que, en los casos complejos, se pueden tomar hasta tres días para sentenciar.

El alto número de procesos de esta índole es una característica del nuestro sistema procesal. De acuerdo a un informe del propio Poder Judicial, entre enero y junio de 2022, se registraron 121.456 procesos de alimentos a nivel nacional, habiéndose resuelto 97.612, quedando pendientes de resolver 23.844 procesos. De acuerdo a ese mismo reporte, el promedio de duración de los procesos de alimentos es de 3.5 meses, con una recarga procesal de 19,6%¹⁴.

Se debe considerar, de otro lado, que la obligación alimentaria, aun se puede prestarla de forma diferente al pago de una pensión, conforme lo establece el artículo 484 del Código Civil, la mayoría de ellas se fijan en montos dinerarios fijos o en porcentaje de ingresos monetarios, por lo que estos son depositados en cuentas bancarias que deberían ser utilizadas de manera exclusiva para el manejo de estos fondos; sin embargo, al encontrarse tales cuentas de ahorros a nombre de los representantes legales de los alimentistas, es casi nulo el control que se puede ejercer sobre el manejo de tales fondos, los mismos que son susceptibles de ser utilizados en otros propósitos distintos al sustento, vivienda, vestido, salud, educación y recreación de los verdaderos beneficiarios.

Un dato especial sobre los procesos de alimentos es que la gran mayoría de ellos son promovidas por las madres de los alimentistas. La Defensoría del Pueblo, ha informado, al respecto, que de 3.512 procesos incoados en el año 2018, 3.347 han sido promovidos por mujeres (95,3%), mientras

13 Artículo 178-A.- Sentencia de segunda instancia en el proceso de alimentos

El órgano jurisdiccional de apelación expide la sentencia en el acto de la vista de la causa y oraliza su parte resolutive. Si el caso fuese complejo, comunica a las partes que expedirá la sentencia correspondiente dentro de los tres (3) días siguientes.

La sentencia de segunda instancia se dictará de manera inmediata en el acto de la vista de la causa, sin contar con más plazos, como se realizaba con anterioridad. Aunque se exceptúan los casos complejos, en cuyo supuesto la sentencia se emitirá en el plazo de 3 días.

14 PODER JUDICIAL (2022), pp. 16-27.

que los procesos promovidos por varones apenas representa el 4,4% de los procesos tramitados. Esto obedece a la escasa incidencia de casos de progenitores que tienen bajo su custodia exclusiva a sus hijos e hijas. De acuerdo con este informe, se destaca, asimismo, que en un 89,8% de los casos, las demandantes han accionado en beneficio de sus hijos e hijas, siendo que el saldo restante lo hace en favor propio¹⁵.

Como vemos, la obligación alimentaria se establece, de acuerdo a la normatividad peruana, fijando su monto de manera proporcional según las necesidades de los alimentistas y las posibilidades y circunstancias personales de los obligados. Así también se han establecido ciertos mecanismos para exigir su cumplimiento, como lo es la denuncia por el delito de omisión a la asistencia familiar, tipificado en el artículo 149 del Código Penal, que deriva del incumplimiento de las obligaciones alimentarias, en mérito al cual, el juez, luego de requerir al obligado el pago de las liquidación de pensiones devengadas y ante su renuencia, remite copias de los actuados al Ministerio Público para que instaure el proceso penal por el delito antes mencionado, pudiendo llegar a una condena de pena privativa de libertad, la cual puede ser efectiva, que constituye la excepción de la premisa de que, en Perú, no hay prisión por deudas.

Como una garantía adicional para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y con la finalidad de conminar a los evasores a atender oportunamente a sus deudas alimentarias, mediante la ley N°28.970 se creó e implementó el Registro de Deudores Alimentarios Morosos del Poder Judicial (REDAM), para inscribir en ese registro a los obligados que adeuden tres cuotas sucesivas de sus obligaciones alimentarias fijadas judicialmente. Este registro se creó con el propósito de tutelar los derechos alimenticios de menores de edad, adultos mayores o personas con discapacidad, conminando al cumplimiento de las obligaciones alimentarias y brindando información pública referida a los deudores alimentarios incursos en mora. Esta información es compartida con la Superintendencia de Banca, Seguros

15 DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2018), pp. 179-180.

y Administradoras Privadas de Pensiones para que sus datos ingresen a las centrales de riesgo privadas. Esto descalifica a los deudores para cualquier crédito e incluso para acceder a ciertos puestos de trabajo¹⁶.

5. COMPARANDO DERECHOS

Hasta este punto, se ha presentado la dinámica en torno a la obligación alimentaria, que, como se puede advertir, se orienta de manera prácticamente exclusiva a garantizar su cumplimiento y a conminar a los obligados al mismo, habiéndose implementado mecanismos de coerción que transitan desde lo administrativo hasta lo penal; sin embargo, no se tienen previstos mecanismos que garanticen que las pensiones asignadas y depositadas a las cuentas bancarias de los representantes legales de los alimentistas, sean efectivamente empleadas para cubrir las necesidades de estos; además, teniendo un control absoluto de tales fondos, tampoco se les exige la rendición de cuentas correspondiente; pese a que, en el marco de la patria potestad, es una regla que, respecto del patrimonio de los hijos e hijas, los progenitores que los administran deban rendir cuentas de dicha administración aunque sea al término de la patria potestad.¹⁷

Esto último colisiona con la tendencia global, ya que en muchos países sí se lleva a cabo la fiscalización de los recursos que derivan de obligaciones alimentarias, en el entendido de que se debe cerrar la garantía del sustento de los beneficiarios de tales obligaciones, procurándose su utilización adecuada y responsable conforme a los fines a los que fueron destinados. Ciertamente es que la forma y el alcance de esta fiscalización varía de acuerdo a la regulación de cada país, apreciándose que en algunos países se suele requerir que los pagos de las pensiones de alimentos se realicen a través de una entidad de gobierno o de un organismo especializado encargado de

16 PODER JUDICIAL (s.f.).

17 El artículo 427 del Código Civil dispone, en efecto, que los padres deben rendir cuentas de la administración de los bienes de los hijos al término de la misma, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva otra cosa.

distribuir los recursos al beneficiario, lo cual permite mayor transparencia y la supervisión de los pagos, evitando, sobre todo, los incumplimientos de un lado y las malversaciones del otro.

Otros países, por su lado, establecen la obligación de presentar informes periódicos y justificaciones respecto del modo que se utilizaron los recursos de las pensiones recibidas, sin perjuicio que se puede requerir, dependiendo de la edad del beneficiario, que se rinda cuentas de los gastos realizados por quien recibió la pensión, mostrando evidencias de que los recursos hayan sido empleados para cubrir sus necesidades básicas, como alimentación, vivienda, educación, atención médica y vestimenta.

La fiscalización de los recursos de las obligaciones alimentarias en los países en los que se encuentra regulada, puede ser llevada a cabo por diferentes entidades, como los tribunales de familia, agencias gubernamentales especializadas, servicios sociales u organismos de protección de derechos. Estas entidades pueden realizar inspecciones, solicitar documentación o investigar denuncias de posibles irregularidades en la gestión de los recursos a las autoridades competentes.

De otro lado, se debe señalar que si bien la citada fiscalización tiene como objetivo fundamental el proteger los derechos fundamentales de los alimentistas, asegurando que los recursos destinados a su protección efectivamente cumplan con este propósito, es también importante garantizar la dignidad y el derecho a la privacidad que tienen los beneficiarios y las partes involucradas en el proceso, proscribiendo cualquier injerencia negativa e innecesaria en la intimidad de las personas y su vida privada; de ahí el riesgo que conlleva la implementación de este tipo de mecanismos de control.

Entre las legislaciones que tienen implementados mecanismos de control o fiscalización de los recursos provenientes de las pensiones de alimentos, mencionamos los siguientes:

5.1. Estados Unidos

En la mayoría de los Estados de la Unión Americana, las Oficinas de Administración de la Manutención de los Hijos (*Office of Child Support Enforcement, OCSE*), tienen a su cargo la fiscalización de los recursos provenientes de las obligaciones alimentarias; encontrándose regulado un sistema de control, que faculta a esta entidad el garantizar, de una parte, que los pagos de la manutención de los hijos se efectivicen oportunamente y, de otra, que sean distribuidos adecuadamente, cumpliéndose con la finalidad para la cual fueron establecidos.

Resulta importante señalar también que las OCSE, se ocupan igualmente de ubicar a los progenitores que se encuentran separados de sus hijos, establecer si fuera el caso la paternidad o maternidad legal, fijar y exigir justos montos para la manutención de los hijos e incluso pueden apoyar a los progenitores para acceder a empleo y procurar relaciones de convivencia sana, previniendo cualquier forma de violencia.

5.2. Reino Unido

La Agencia de Mantenimiento de Niños (*Child Maintenance Service, CMS*) se encarga de asegurar que las pensiones alimenticias se cumplan de manera regular, llevando a cabo también el seguimiento y la fiscalización de los recursos recibidos con la finalidad de que los responsables de la administración de los fondos, efectúen gastos destinados a la satisfacción de las necesidades de los alimentistas, procurando su uso adecuado.

5.3. Canadá

En este país, se sigue un modelo especial, ya que la Agencia de Servicios de Manutención de Niños (*Child Support Services, CSS*) se encarga de administrar los pagos destinados a la manutención de los alimentistas y realiza el seguimiento correspondiente para garantizar que los fondos sean efectivamente empleados para el bienestar de los beneficiarios.

5.4. Australia

Aquí, la Agencia de Mantenimiento de Niños (*Child Support Agency, CSA*) tiene también la facultad de administrar los pagos de manutención y efectuar igualmente la fiscalización de los fondos de pensiones recibidos, con la finalidad de asegurar que los recursos se empleen de manera adecuada y en favor de quienes resulten beneficiados.

5.5. Francia

Es otro de los países en el que el Fondo de Pensiones de Alimentos (*Fonds de Garantie des Aliments, FGA*) se encarga cumplir con la tarea de supervisar y garantizar el pago de las pensiones alimenticias y de otro lado, de fiscalizar los recursos que son administrados por los responsables de los beneficiarios.

5.6. México

El Código Civil del Distrito Federal¹⁸ aplicado al encargo que recibe el administrador de los fondos de pensiones alimenticias, prescribe la posibilidad de que el mandante pueda reclamar del mandatario, la rendición de cuentas precisas, lo que igualmente es exigido al término del mandato. Por otro lado, en el Código de Procedimientos Civiles de Puebla, de manera específica se faculta al alimentante a solicitar del administrador de la pensión de alimentos que rinda cuentas para justificar los gastos efectuados a favor del beneficiario, con lo que se establece un mecanismo efectivo de control sobre los fondos otorgados para cubrir las necesidades del alimentista.¹⁹

18 Ley aprobada 26 de mayo de 1928. En su artículo 2569 establece que el mandatario tiene la obligación de rendir cuentas precisas al mandante, según el contrato, cuando el mandante lo requiera, o en todo, caso al finalizar la administración.

19 Ley aprobada el 09 de agosto del 2004 en su artículo 697 establece que, a solicitud del alimentante, se puede requerir al administrado de la pensión alimenticia la rendición de cuentas que justifiquen los gastos realizados a favor del alimentista.

5.7. Uruguay

En el artículo 47 del Código de la Niñez y Adolescencia uruguayo²⁰ se señala que quien proporciona los alimentos, ya sea en dinero o especie o en ambas formas, puede exigir del administrador de la pensión, la rendición de cuentas de todos los gastos realizados a favor del beneficiario; es facultad del juez valorar si es efectivo atender la solicitud, pudiendo establecer la rendición de cuentas como obligatoria, siempre que se considere que el monto concedido como pensión alimenticia estuviera siendo mal utilizado, siendo posible la presentación de informes de rendición de cuentas, con el propósito de acreditar los gastos realizados con cargo a la pensión alimenticia de los hijos. Esta regla rige como garantía de la igualdad de partes y atendiendo los casos en que los fondos recibidos no sean empleados de manera íntegra a favor de los alimentistas.

5.8. Nicaragua

En el artículo 333 del Código de familia nicaragüense²¹, se contempla el derecho de supervisar las pensiones de alimentos por parte del alimentante (quien presta los alimentos), lo cual puede también ser ordenado de oficio, esto con la finalidad de constatar que los fondos sean efectivamente destinados a la atención de las necesidades del o los alimentistas; y, en caso de advertir alguna irregularidad en la administración de las pensiones, el juez está facultado para aplicar las medidas correctivas para evitar el perjuicio de

20 Ley N°17.823 del 07 de setiembre de 2004, en su artículo 47 señala que quien proporciona los alimentos, es decir el obligado, ya sea en dinero o en especies, o en ambas formas, puede exigir al administrador de la pensión, la rendición de cuentas de todos los gastos realizados a favor del alimentista. El juez valorará si es efectivo dar trámite a dicha solicitud.

21 Ley aprobada 24 de junio de 2014 en su artículo 333 prescribe el derecho de supervisión del uso de pensión alimenticia o compensatoria, señalando que el juez o jueza de familia, de oficio o a petición de parte, podrá comprobar el correcto uso de la pensión alimenticia o compensatoria asignada, tomando las providencias necesarias para corregir cualquier desvío o anomalía en su aplicación y utilización. En ningún caso podrá suspenderse la obligación de enterar la pensión alimenticia.

los beneficiarios y verificar, asimismo, que los fondos sean adecuadamente administrados, dándoles el uso más conveniente al interés superior de los beneficiarios²².

La persona encargada de administrar la pensión de alimentos debe mantener total transparencia en su administración, razón por la que debe tener comprobantes de pago y otros documentos que acrediten los gastos realizados. Este mecanismo permite el empleo adecuado de los fondos otorgados, garantizando el propósito de asegurar el pleno desarrollo y bienestar del niño, niña o adolescente. En Nicaragua, es imperativo poner en conocimiento del Poder Judicial respecto de cualquier conducta de la persona administradora de los fondos, que denote abuso del derecho otorgado, en el marco de un proceso judicial, si se verifica que la pensión alimenticia o bienes de los hijos fueran puestos en riesgo o usados para fines distintos, el obligado puede demandar a la persona administradora para que rinda cuentas de los ingresos percibidos debiendo justificarlos.

5.9. El Salvador

En el Código de Familia salvadoreño²³ se contempla, de manera ordinaria, que la persona encargada de la administración de los fondos de la pensión debe rendir cuentas al término de cada año, siempre que el alimentista este a su cargo o al finalizar su guarda y señala que la rendición se presenta ante el juez; en el caso de los tutores, interviene el Procurador General de la República o el Auxiliar Departamental, fijándose un plazo de 30 días previos a la finalización del año o del cese de la administración, o ante un cambio de tutor, debiendo acompañar la documentación idónea para acreditar el destino de los fondos de las pensiones alimenticias.

22 OROZCO (2015), pp. 11-23.

23 Ley aprobada 11 de octubre de 1993 en el Capítulo IV, sobre rendición de cuentas, los artículos 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338.

En este caso, la obligación de rendir cuentas se establece a los tutores, lo cual igualmente ocurre en el caso peruano, en que se exige que periódicamente el tutor rinda cuentas sobre la administración del patrimonio de sus tutelados, incluidos los destinados a sus alimentos.²⁴

6. RENDICIÓN DE CUENTAS

Se entiende como un acto que permite controlar la gestión de recursos, ya sean públicos o privados. A este respecto, la Defensoría del pueblo señala que las rendiciones de cuentas en el ámbito público son “un mecanismo de transparencia y control de la gestión pública que forma parte del *accountability* o responsabilización que guía a las democracias centradas en el desarrollo ciudadano”²⁵. En ese mismo documento se señala que este mecanismo tiene por propósito: a) informar a la población respecto de la gestión pública, b) fomentar responsabilidad y transparencia para quienes ejercen función pública, c) que la legitimidad institucional se fortalezca, d) que la confianza en los funcionarios y servidores se consolide, e) que se ejerza control social respecto de la gestión pública y fundamentalmente f) prevenir la corrupción.

Si bien esta definición y sus funciones se aplica a la función pública, resaltamos la confianza que puede generar respecto de la gestión, por lo que bien puede aplicarse al control del gasto de las pensiones alimenticias.

Gacio refiere que la rendición de cuentas es la obligación que adquiere quien ha realizado actos de administración en favor de un tercero, ofreciendo documentos y detallando las operaciones y gastos efectuados, lo que brinda la transparencia en el manejo de bienes ajenos²⁶.

24 El artículo 540 del Código Civil del Perú dispone que el tutor está obligado a dar cuenta de su administración anualmente o al acabarse la tutela.

25 DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2018) p. 9.

26 GACIO (2016), p. 33

Se establece como obligación para todo el que administra bienes o fondos que no le pertenecen y cuya gestión le ha sido confiada, informe a su propietario o a quien deba, la manera como se han ejecutado los actos de administración.

Respecto de la administración de cuentas de una pensión de alimentos, León y Vásquez²⁷ indican que la rendición de cuentas es una efectiva manera de cautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ya que así se asegura que la pensión de alimentos se destine al fin propio, garantizando y salvaguardando el desarrollo del menor. A lo señalado por estos autores, habría que añadir que se tutela también el desarrollo integral y la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes.

Si bien, a nivel normativo en Perú no se ha incorporado este mecanismo para los procesos de alimentos, debiera contemplarse su uso a fin de que los alimentistas no permanezcan indefensos ante la posibilidad de que el monto de la pensión que debiera servir para satisfacer sus necesidades y en general para su beneficio, no tenga ese destino, debido a una mala gestión o a su utilización para fines ajenos al beneficiario, especialmente cuando los montos fijados sean elevados, siendo que la persona que los administra no tiene ningún control sobre su uso y podría desviarlos en perjuicio del alimentista.

De esta manera, se puede apreciar que este vacío normativo podría facilitar el ejercicio abusivo del derecho; tanto más, cuando las pensiones son entregadas directamente a los beneficiarios al ser mayores de edad; siendo para ello requisito que, sin ser una persona con discapacidad y tratándose de una relación de descendencia respecto del obligado (hijos o nietos), no cumpla con estudiar satisfactoriamente alguna carrera profesional o técnica, conforme lo establece el artículo 424 del Código Civil Peruano²⁸.

27 LEÓN y VÁSQUEZ (2016), pp. 93-97.

28 Artículo 424.- Subsistencia de la obligación alimentaria a hijos mayores de edad.- Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por

El profesor Nelson Reyes²⁹ advertía respecto de la subsistencia de la obligación alimentaria que, en el caso de los hijos mayores de edad, tenía su razón de ser en el hecho de que el hijo no pudiera sostenerse por sí mismo o que siguiera estudios superiores, independientemente si ellos se siguieran de manera satisfactoria o exitosa, cuestionando esto último; sin embargo, la norma civil peruana continúa contemplando este criterio, aun cuando a nivel jurisprudencial se tiene en consideración que el alimentista se encuentre cursando estudios superiores en general.

En nuestra práctica profesional hemos conocido de algunos casos en los que, debido al mal uso de los fondos alimenticios, el obligado suspende el cumplimiento de la prestación tras verificar, por ejemplo, que los beneficiarios no cursaban estudios de manera satisfactoria, con lo que no se garantizaba el que pudieran obtener las competencias para poder proveerse su propio sustento.

Así, en el Expediente 536-2012³⁰, se discutía el aumento de la pensión alimenticia, la cual fue amparado en parte, disponiéndose el incremento de 15% a 17% del total de ingresos del obligado; sin embargo, habiendo éste constatado que los fondos destinados a los alimentos no eran empleados en su integridad para su finalidad, ya que la alimentista, en control de la pensión por haber cumplido la mayoría de edad, no cumplía con estudiar satisfactoriamente y además se cambiaba constantemente de universidad, dejando a su paso deudas cuantiosas. En 2019, luego de un proceso de exoneración de alimentos contra la alimentista, en el Expediente 197-2019³¹ se verificaron los argumentos del obligado y se declaró fundada la demanda en mayo de 2019, exonerando el pago de S/ 1900.00 soles (aproximadamente \$ 500.00 dólares).

causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

29 REYES (1999), pp. 783-784.

30 Corte Superior de Justicia del Santa, Exp. 536-2012-0-2506-JP-FC-01, noviembre 2014

31 Corte Superior de Justicia del Santa, Exp. 197-2019-0-2506-JP-FC-01, mayo de 2019.

Evidentemente, al momento de fijar la pensión se tuvo en consideración que los ingresos del alimentante eran altos; sin embargo, al no existir un mecanismo para controlar los gastos, no se tuvo una referencia de la administración por un largo tiempo, pero cuando la alimentista llegó a la mayoría de edad, sí se logró evidenciar el mal uso de la pensión y, además, ante una referencia objetiva de los estudios irregulares, permitió establecer una situación de equilibrio.

7. INVESTIGACIONES REALIZADAS EN TORNO A LA FISCALIZACIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS

Revisando el Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación, recogimos algunas de las tesis en las que el problema ha sido materia de estudio.

En la tesis “Regulación del control de gasto de la pensión de alimentos y su alcance en el interés superior del niño, niña y adolescente, Huacho 2018”³², se concluye en la necesidad de reformar el artículo 472 del Código Civil peruano incorporando un procedimiento que permita un adecuado control de los gastos de la pensión de alimentos, garantizando que los fondos sean empleados de manera exclusiva para beneficio de los niños, niñas y adolescentes. De otro lado, postula la protección de los derechos de los alimentantes de tener la certeza de que el dinero que otorgan como pensión alimenticia sea empleado estrictamente para el resguardo de las necesidades de los beneficiarios.

Así también, en la tesis “Propuesta de implementación de la rendición de cuentas para mejorar el uso de la pensión de alimentos”³³ concluye que es necesario implementar la legislación contemplando la figura de la rendición de cuentas de las pensiones, con la finalidad de transparentar la administración de la pensión, garantizando una vida digna para el alimentista. Se sugiere implementar este mecanismo de control cuando el alimentante lo

32 ARELLANO (2018), p.54.

33 ROMERO (2020), p. 26.

solicite y cuando el monto de la pensión alcance o supere las dos unidades de referencia procesal. Esta solicitud sería presentada en el propio proceso y estaría sujeta a evaluación por el juez a cargo.

Otro ejemplo, es la tesis “Supervisión por parte del Estado a quien se encarga de administrar la pensión de alimentos”³⁴, que igualmente concluye que es necesario que se incorpore en la legislación peruana un mecanismo de control que supervise y de seguimiento a los gastos cargados a las pensiones de alimentos por parte de los administradores, permitiendo tener certeza de que las pensiones son empleadas a favor del alimentista, complementando los esfuerzos del Estado por proteger el derecho alimentario, siendo que lo contrario afecta el interés superior del niño.

Como se ha desarrollado, es evidente la necesidad de que en nuestra legislación se establezca un mecanismo de control de la administración de los fondos correspondientes a las pensiones alimenticias, con el fin de que estos recursos sean utilizados de manera exclusiva a favor de las necesidades de los beneficiarios, el cual permitiría la protección de los derechos del alimentista.

8. PROPUESTA

Consiste en la implementación, a nivel normativo, de un mecanismo de control y/o fiscalización de la administración de los gastos que se cargan a las pensiones alimenticias, para garantizar el derecho alimentario de los beneficiarios y evitar el abuso del derecho otorgado a los administradores o su enriquecimiento indebido, dando la posibilidad al alimentante de solicitar y obtener la rendición de cuentas por el dinero otorgado, mediando una orden judicial.

Al respecto, tomando en cuenta los modelos analizados del derecho comparado, se sugiere un modelo de fiscalización bajo control judicial que no rompa con el esquema procesal vigente que pone todos los procedimien-

34 MENDOZA (2021), pp. 38-39.

tos vinculados a los alimentos en manos de la judicatura. No siendo posible seguir el modelo anglosajón que autoriza la intervención de departamentos o equipos administrativos, por ser ajena a nuestra tradición jurídica.

Los fundamentos jurídicos que sustentan nuestra propuesta son los siguientes:

El primer fundamento es considerar que la administración de una pensión alimentaria es una importante responsabilidad, la cual debe ser ejercida con idoneidad y transparencia. Y, así como se exige la rendición de cuentas a los progenitores que administran bienes propios de sus hijos menores y a los tutores se les impone el deber de hacer lo mismo, cada año y al final de la tutela; debería establecerse la obligación para quien administra las pensiones alimenticias, de justificar documentalmente los gastos que demanden la satisfacción de las necesidades de los alimentistas, transparentando así la gestión de esos fondos y velando por los derechos del alimentista, por un lado, y del alimentante por el otro.

El segundo fundamento es la separación de cuentas, pues si bien, cuando se fija la pensión alimentaria judicialmente, se dispone la apertura de una cuenta bancaria exclusiva para gestionar los fondos de la pensión alimentaria, debería complementarse disponiendo que todo pago se haga con cargo a esa cuenta, ya que esto ayudaría a mantener los fondos diferenciados y evitaría que se produzcan confusiones en las finanzas del o la administradora de los mismos y también facilitaría realizar un seguimiento más claro de los ingresos y egresos relativos a la pensión.

En tercer lugar, la fiscalización que se propone obligaría a registrar y documentar los pagos realizados y los ingresos percibidos, a través de comprobantes de pago, extractos bancarios y toda la documentación que resulte relevante para acreditar el cumplimiento de la gestión y transparentar la administración sobre el dinero recibido.

9. SUGERENCIAS PARA LOS ADMINISTRADORES DE PENSIONES DE ALIMENTOS

Atendiendo al vínculo que generalmente existe entre quien administra la pensión y los alimentistas, correspondería asumir este rol priorizando a la persona del beneficiario, aplicando los principios de interés superior del niño, desarrollo integral y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes; de tal forma que, por cuestión de prácticas, sería conveniente:

a) Mantener una comunicación abierta y respetuosa con el otro progenitor o la persona obligada a pagar la pensión, de tal forma que se puedan atender circunstancias financieras relacionadas con el aumento o disminución de ingresos o gastos, lo que permitiría buscar oportunamente una solución adecuada frente a alguna de estas situaciones.

b) Destinar una parte al ahorro y protección del alimentista, para mantener un fondo para emergencias o gastos imprevistos, lo que ayudará a que se cuente con un monto que cubra contingencias, asegurándose de emplear los fondos recibidos en lo verdaderamente necesario, protegiendo los activos y evitando el derroche de tales fondos o su empleo en gastos distintos a los que se encuentra destinada la pensión

c) Elaborar un presupuesto detallado que contenga las necesidades ordinarias y gastos básicos comprendidos dentro del concepto de alimentos: vivienda, educación, sustento, atención médica, vestido y recreación (en caso de niñas, niños y adolescentes), procurando asignar montos adecuados para cubrir tales necesidades esenciales.

d) Revisar periódicamente las necesidades a fin de determinar si las circunstancias hubieran variado desde la fecha en que se fijó el monto por el concepto alimentario, considerando la necesidad de ajustes referidos a un aumento o disminución de la pensión procurando que sea equitativa y suficiente para cubrir las reales necesidades.

Es cierto que cada situación es particular y podría no ser posible la aplicación de las pautas planteadas.

10. CONCLUSIONES

1) Es necesaria la implementación de un mecanismo de control y/o fiscalización de la gestión de las pensiones alimentarias, con la finalidad de transparentar el empleo de los recursos destinados a cubrir las necesidades de los alimentistas, brindar confianza a los alimentantes y garantizar que los fondos sean efectivamente empleados en los alimentistas.

2) Tratándose de alimentos de niñas, niños y adolescentes, esta necesidad es imperiosa en atención al interés superior del niño, siendo preciso también para garantizar su derecho al integral desarrollo y la autonomía progresiva; ya que estos principios se vulneran en los casos en que quienes administran las pensiones alimenticias las destinan a atender otros gastos y en favor de intereses distintos a los de los menores de edad.

3) El monto de las pensiones alimentarias es patrimonio de los alimentistas y así debería ser tratado, de tal forma que, así como se exige la rendición de cuentas periódica a quienes administran los bienes propios de niñas, niños y adolescentes, sean estos sus tutores o sus progenitores; así mismo se debería admitir la posibilidad de que quienes gestionan la pensión, rindan cuentas sobre la administración de estos montos y que se fiscalice su uso.

4) Las autoridades judiciales deberían ser quienes establezcan la necesidad o pertinencia de tal fiscalización, a solicitud de quien presta los alimentos o de quien tenga legítimo interés, sobre todo moral, en salvaguarda de lo más favorable a los alimentistas.

5) La fiscalización del uso de los recursos de pensiones alimenticias se encuentra regulado en diversos países, atendiendo a la vulnerabilidad de quienes son los receptores de ellos, que por lo general son niñas, niños y adolescentes; siendo el fundamento de estos mecanismos, el deber de protección de los estados hacia los más indefensos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR, Gonzalo (2008): El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos, en: Estudios Constitucionales (N.º 1) pp- 223-247.

ARELLANO, Marcia (2018): “Regulación del control de gasto de la pensión de alimento y su alcance en el interés superior del Niño, niña y adolescente”. Tesis para optar el título de abogado. Disponible en: <https://repositorio.unjfc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14067/4502/ARELLANO%20OSORIO%20MARCIA%20MISHELL.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de última consulta 15.05.2023]

BALDINO, Nicolás y ROMERO, David (2020). “La pensión de alimentos en la normativa peruana: una visión desde el análisis económico del derecho”, en: Revista Oficial del Poder Judicial (Vol. 12, N° 14) pp. 353 – 387.

BERMUDEZ, Manuel (2011): La constitucionalización del derecho de familia (Lima: Ediciones Caballero Bustamante).

BERNAL, César (2010): Metodología de la investigación (Bogotá: Pearson).
Defensoría del Pueblo (2018): El proceso de alimentos en el Perú: Avances, dificultades y retos (Lima: Defensoría del Pueblo).

ESTEBAN, Nicomedes (2018): Tipos de investigación (Lima: Universidad Santo Domingo de Guzmán).

GACIO, Marisa (2016): Aspectos sustanciales de la Rendición de Cuentas (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires).

JARRÍN DE PEÑALOZA, Luz (2020): Derecho de Alimentos (Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional).

LEÓN, Rodolfo y VÁSQUEZ, José Luis (2021): “La limitación del principio de interés superior del niño frente a la inexistencia de rendición de cuentas por parte del representante legal”, en: Polo del Conocimiento (Vol. 6, N° 56), pp. 82-105.

MENDOZA, Fiorela (2021): “Supervisión por parte del Estado, a quien se encarga de administrar la pensión de alimentos”. Tesis para optar el título profesional de abogada. Disponible en https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/85581/Mendoza_MFV-SD.pdf?sequence=1&-isAllowed=y. [Fecha de última consulta 15.05.2023]

OROZCO, Germán (2015): Regulación de las pensiones alimenticias en Nicaragua (Managua: Universidad Centroamericana).

ROMERO, Steven (2020): “Propuesta de implementación de la rendición de cuentas para mejorar el uso de la pensión de alimentos”. Tesis para optar el título profesional de abogado. Disponible en <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/52725>. [Fecha de última consulta 15.05.2023].

REYES, Nelson (1999): “Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso”, en: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (N° 52), pp. 773-801.

VARSÍ, Enrique (2011): Tratado de Derecho de Familia, (Lima: Gaceta Jurídica), vol. 1.4.

DOCUMENTOS EN FORMATO ELECTRÓNICO

Poder Judicial - Gerencia de Estadística (2022): Informe de gestión. Estadístico (Lima: Poder Judicial).

Poder Judicial del Perú- REDAM: Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_redam/ [Fecha de última consulta 19.05.2023]

¿ES INDISPENSABLE QUE EL CODELINCUENTE REALICE ALGO MÁS QUE SOLO RETIRAR SU APOORTE PARA QUE LO AMPARE LA TENTATIVA DESISTIDA IMPUNE?¹

**IS IT ESSENTIAL THAT THE CO-OFFENDER DOES MORE
THAN JUST WITHDRAW HIS CONTRIBUTION TO BE
SHELTERED BY THE WITHDRAWN ATTEMPT
WITH IMPUNITY?**

Sebastián Avilés Valenti²

Luis Erazo Celedón³

Resumen

El presente estudio tiene como objetivo determinar el alcance actual de un problema de larga data: el desistimiento de la tentativa ante situaciones de multiplicidad de agentes en el hecho punible. La figura de la tentativa, y su reverso, están envueltas en un entramado de problemas de diversa índole. Esta situación se agrava cuando se mantiene un modelo atávico en lo referido a su regulación y tratamiento. De ahí que, con esto, se busca alcanzar, en primer término, un panorama sinóptico de la institución, apreciando críticamente el estado de la cuestión, importando con ello un estudio acabado en la

1 Artículo recibido el 12 de marzo de 2023 y aceptado el 02 de octubre de 2023.

2 Egresado Facultad de Derecho U. de Valparaíso. Ayudante del Departamento de Derecho penal de la U. de Valparaíso, Valparaíso, Chile. ORCID: 0009-0009-6538-3480. Dirección postal: Errázuriz, 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: sebastian_avilesvalenti@hotmail.com.

3 Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales Facultad de Derecho U. de Valparaíso. Chile. ORCID: 0009-0000-1025-3042. Dirección postal: Errázuriz, 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: luiserceledon@gmail.com.

determinación de procedencia de los requisitos, centrándose especialmente en la exigencia de su eficacia. Para la propuesta diferencial, se construye la denominada teoría doble nivel, la cual integra tanto contenidos de *lege lata* como *lege ferenda*, por tanto, bajo estructuras híbridas que favorecen el trabajo de determinación.

Palabras claves

Desistimiento, excusa absolutoria, eficacia del desistimiento, tentativa acabada e inacabada.

Abstract

The present study aims to determine the current scope of a long-standing problem: the withdrawal of the attempt in situations of multiplicity of agents in the punishable act. The figure of the attempt, and its reverse, are involved in a network of problems of various kinds. This situation is aggravated when an atavistic model is maintained in terms of its regulation and treatment. Hence, with this, it is sought to achieve, in the first place, a synoptic panorama of the institution, critically appreciating the state of the art, thereby importing a thorough study in the determination of the origin of the requirements, focusing especially on the requirement of their effectiveness. For the differential proposal, the so-called double level theory is constructed, which integrates both contents of *lege lata* as *lege ferenda*, therefore, under hybrid structures that favor the work of determination.

Keywords

Withdrawal, absolving excuse, effectiveness of withdrawal, complete and incomplete attempts.

1. INTRODUCCIÓN

La dogmática nacional y extranjera han desarrollado profusamente diversas instituciones en lo referido al Derecho penal material. No obstante, la elaboración y atención jurídica puesta ha sido diferencial; así, en lo que respecta a la tentativa en cuanto institución, continúa siendo un capítulo abierto y en constante desarrollo metodológico, aun cuando en las últimas décadas se le haya prestado mayor atención por parte de la doctrina.

Particularmente, la anomia presente en la regulación del Código penal nacional, en lo referido al desistimiento en situaciones de codelinuencia -latente en el artículo 7 del antes mencionado cuerpo legal-, se agudiza en el problema de la extensión del beneficio, ya que la causalidad en referencia a la consumación, en ocasiones, no dependerá ya de un solo interviniente, sino del otro; ello será dificultoso al momento de calibrar las exigencias para determinar qué exigir o no a un sujeto para que su desistimiento cuente como tal. Lo que puede generar, entre otras, situaciones de conflicto para con los propios ex compañeros de delito, junto a situaciones criminógenas que afecten a la víctima. Todo esto propiciado por el Estado.

De ahí que, como propósito central, se indagará en la extensión del desistimiento impune ante situaciones de multiplicidad de intervinientes, en cuanto hechos, o sea, no relativos a una exigencia del tipo penal. En razón que, entendiendo ésta como un beneficio que responde a razones político-criminales u otras, la mayor o menor exigencia por parte del Estado en la actuación o no del sujeto desistido, será clave al momento de adoptar una decisión, en este caso, abandonar o permanecer en el hecho delictivo.

Como corolario de lo anterior, y ahondando en las diversas modalidades de autoría y participación, se presenta una caracterización del desistimiento de la tentativa en lo referido a la abstención o impedimento del codelincuente

en el acto emprendido, según se trate de una tentativa de carácter inacabada o acabada. Alcanzando, por medio de una teoría doble nivel, criterios de deslinde entre las modalidades propias de la institución.

Con todo, no se trata, pues, de hallar una fórmula única no sujeta a conjeturas o refutaciones, sino de elevar una propuesta alternativa de determinación, coherente y funcional, ante una variedad o multiplicidad de actores en el hecho típico. De modo que el fin último de este trabajo es brindar un soporte sistemático y una mayor claridad al problema de investigación.

2. DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

2.1. Cuestiones preliminares

Es necesario señalar que el punto de partida de la regulación del desistimiento es la distinción entre tentativa y frustración, con el prisma del acto en cada caso, acentuando en el requisito de eficacia de éste en cuanto evitación de la producción del resultado típico.

No es convincente aquella postura que considera que el desistimiento no depende de sus modalidades, sino que debe extraerse del fundamento que se otorgue a la institución, esto es, que la ley extienda la impunidad al sujeto que evita la consumación en miras de una razón político-criminal. Esta teoría extrema la actividad que debe emprender uno de los codelincuentes para obtener el beneficio, ya que se mira únicamente la evitación de la consumación, en desmedro del factor de pérdida del dominio del curso causal del aporte del agente y su imposibilidad de retiro (activo o pasivo), negando toda posibilidad de beneficio.

Asimismo, esta línea se sirve de formulaciones que son ajenas al medio nacional, como la consideración individualizada y la consideración global, que, a su vez, llevan a soluciones cuestionables en los casos de tentativa. Así, respecto de la primera, los defensores niegan el desistimiento en los

casos de tentativa acabada, pues se pierde el dominio o control causal. Solo si *ex post* el sujeto recupera el control perdido y lo pone en práctica, su acto puede dar lugar a una atenuación legal (reparación del daño causado), mas no a la exención de la pena, lo que claramente irroga una solución *contra legem*⁴. En lo referido a la segunda, ella guarda una incierta solución para los casos de multiplicidad de intervinientes en el hecho típico, lo que resulta contrario al contenido de este trabajo.

Para dar inicio al presente, en primer lugar, cabe mencionar que se considerará terminológicamente la frustración como tentativa acabada y, por su parte, la tentativa propiamente tal como tentativa inacabada. Esta decisión se justifica en la producción científica llevada a cabo en el medio nacional, que tiene estrecha relación con la doctrina alemana y española.

Ahora bien, esta decisión metodológica no significa desconocer la diferencia entre ambos grupos de conceptos. Así, siguiendo la tradición del art. 3 del Código penal español de 1848, el Código penal nacional recoge la distinción de ejecución imperfecta en dos grados⁵: la tentativa y la frustración. Pacheco expresa que *“la distinción entre tentativa y frustración es una división y una teoría que traen su origen de la naturaleza (...). No proceden solo de un capricho, no conducen a resultados imaginarios, sino que son verdaderas entre sí y oportunas en sus aplicaciones”*⁶.

Rodríguez Devesa⁷ y Serrano Gómez, expresan que no se debe confundir ésta con las modalidades de tentativa acabada e inacabada, porque aquí se hace depender la existencia de una u otra clase de la opinión del agente y no de los actos realizados, por lo que son determinantes puntos de vista subjetivos y no objetivos. En este sentido Elena Farré da cuenta de la distinción aludida⁸.

4 Véase estas formulaciones para el medio español en ALASTUEY (2011).

5 MIR PUIG (2007), p. 345.

6 PACHECO (1967), pp. 92 y ss.

7 RODRÍGUEZ (1995), p. 785.

8 FARRÉ (1986), p 242.

Tras la entrada en vigor del Código penal español de 1995, se ha producido una nueva formulación del concepto de tentativa, constituyéndose como el único grado imperfecto de ejecución. En este sentido, la eliminación legislativa de la frustración como especie determina que el ámbito anteriormente abarcado por la misma pase a formar parte del alcance del contenido propio de la tentativa. De ello se sigue que la distinción entre tentativa acabada e inacabada, de origen alemán, guarde un carácter más subjetivo, referido a la voluntad de consumación del agente con relación a estas dos modalidades.

De ahí que tales designaciones no sean equivalentes, pero sostenibles, si es que con ello se adquiere claridad en la discusión y se evitan polémicas distinciones y subdistinciones⁹. En este sentido, la designación aludida no supone, en caso alguno, asumir un compromiso en favor de una teoría subjetiva en la materia, sino que tiene que ver con si acaso la acción se ha ejecutado completamente o no por parte del o los agentes. Se acoge así el criterio dominante en el ámbito del Derecho comparado.

Asimismo, se debe dejar en claro que se obviarán aquellas controversias o líneas teóricas en disputa respecto de cada uno de los requisitos de procedencia de la figura del desistimiento, salvo lo referido al requisito definitorio de la figura de tentativa acabada consistente en la *eficacia*, entendida como impedimento en la producción del resultado típico. La razón de esta decisión se encuentra en que tales discrepancias exceden el contenido y objetivo de la investigación.

Esta exigencia importa que, en el desistimiento de la tentativa acabada, no sea procedente el mero abandono u abstención, como se profundizará, sino que debe existir una actividad tendiente a evitar el proceso causal puesto en marcha. Al agente que ha instalado una bomba con detonación automática es necesario desactivar el explosivo en funcionamiento para verse envuelto en el requisito de eficacia.

9 Véase JIMÉNEZ DE ASÚA (1970) que postula que la “tentativa acabada” es el género y que la “frustración” es la especie.

Por otro lado, el agente que se desiste puede realizar una acción evitadora que sea en sí constitutiva de delito, y esto, en la medida que esté dirigido a impedir la producción típica, no hace perder su calidad liberadora de la sanción que corresponde al resultado típico evitado, sin perjuicio de la responsabilidad remanente de esta conducta ilícita.

La ley no exige que la actividad impeditiva sea producto de su acción personal. Puede recurrir a terceros, generalmente organismos de emergencia, para que realicen la actividad respectiva. Ahondando en la prestación que pueden cumplir terceros, resulta necesario determinar cómo imputar el servicio emprendido por o a través de otros en favor del agente, en el sentido de que su contribución causal sea reconocida por el Derecho. Existen dos tesis tradicionales, la primera es conocida como “solución del resultado (impeditivo)”, que considera suficiente cualquier ejercicio del agente, por mínimo que sea, siempre y cuando tenga el grado de eficacia suficiente para impedir la consumación. Antagónica a ella es la línea denominada como de “prestación óptima”, donde se requiere del sujeto la adopción de aquella alternativa más favorable o segura para impedir el perfeccionamiento típico.

Sin cuestionar el rendimiento explicativo que los defensores de estas tesis presentan, para efectos del presente, resultan insuficientes estos postulados. En este sentido se sigue la teorización presentada por Mañalich, para quien *“la imputación del impedimento de la consumación como desistimiento de una tentativa acabada depende de que, en cuanto acción principal, ese impedimento se corresponda con un ejercicio de agencia directa o indirectamente reconducible al responsable de esta misma tentativa”*¹⁰. Así, en lo que respecta a la procedencia del desistimiento, será tal cuando el salvamento sea el resultado de un ejercicio de agencia reconducible al propio comportamiento del agente. Por lo que se niega cualquier beneficio cuando éste haya dejado a la contingencia la atención servida en favor de la víctima.

10 MAÑALICH (2020), p. 805.

Este requisito es esencial para efectos del presente, por lo que tendrá una profundización en lo venidero.

a) Deslinde entre la tentativa acabada e inacabada

Sin lugar a duda, el artículo 7° del Código penal diferencia de forma expresa dos modalidades de actuación, considerando punible tanto la tentativa como la frustración. Pese a ello, tal disposición pasa por alto una expresa referencia al desistimiento en cada una de sus modalidades¹¹, como, asimismo, la consideración a casos de multiplicidad de intervinientes.

Da muestra de este déficit la 4ª Sesión de la Comisión Redactora, la cual acordó prescindir de expresa regulación de la figura; misma línea fue expresada en la sesión 41ª, al discutir el actual art. 192 del Código penal, cuando se negó el beneficio a fin de evitar que se aparentara arrepentimiento, guardando, en el fondo, un recelo en materia probatoria¹².

Debido a esto, en primer lugar, la doctrina ha elaborado y perfilado la figura por medio de una interpretación sistemática con un argumento *contrario sensu*, estableciendo que el comportamiento del autor que ha de beneficiarse de la exclusión de la pena por desistimiento variará según se trate de una tentativa acabada o inacabada, irrogando con ello diversas exigencias en lo que respecta a su comportamiento.

Según el deslinde previamente reseñado, la primera modalidad de tentativa la hallamos en el inc. 3 del art. 7°, la cual condiciona la punibilidad de la tentativa inacabada a los casos en que se da principio a la ejecución por medio de hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. Así, en lo que respecta a su reverso, el desistimiento se produce en aquellos casos en que el autor, antes de haber concluido la realización de todos los actos necesarios para la consumación, decide libre y voluntariamente no

11 Da cuenta de ello: JIMÉNEZ DE ASÚA (1997), p. 484.

12 CURY (1977), p. 108.

continuar¹³. De tal modo, le basta con abandonar definitivamente¹⁴ la ejecución para lograr que el delito no se consume, lo que será suficiente con un desistimiento pasivo, o sea, de mera abstención.

La segunda modalidad de tentativa está contemplada en el inc. 2 del art. 7°, que hace depender la punibilidad de la tentativa acabada a que la consumación no se verifique por causas independientes de la voluntad del agente. En este caso, el autor ha realizado todo lo necesario para que el resultado se produzca y, producto de ello, no le basta con una actitud pasiva de “no hacer” para detener el curso desencadenado, sino que le es preciso realizar actos que contrarresten a los anteriores. Estos supuestos se caracterizan porque el curso causal está fuera del ámbito del dominio del agente (lo que se intensifica en situaciones de pluralidad de intervinientes), por lo que el agente deberá emprender acciones positivas que busquen evitar la producción del resultado consumativo, ya que la mera abstención resulta insuficiente ante el requisito de eficacia propio de la figura. Así, si el impedimento voluntario se concibe como una condición negativa de la punibilidad que da paso al beneficio del desistimiento, entonces, *a fortiori* tendría que valer, *mutatis mutandis*, para la primera tentativa mencionada.

La propia configuración objetiva de la distinción impide apreciar la modalidad acabada en algunos delitos, puesto que resulta difícil admitir que se realicen todos los actos ejecutivos sin que el resultado se verifique. Es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la libertad sexual y los delitos de simple actividad.

13 Esta ha sido discutida por dos líneas tradicionales. Las primeras, que inmediatamente se rechazan, agrupan las teorías valorativas que solo aceptan la voluntariedad del desistimiento cuando obedezca a un móvil susceptible de valoración positiva. De ahí que las líneas se dividan en valoraciones éticas y jurídicas. Por el contrario, las segundas, denominadas como psicológicas, parten de la fórmula de Frank: el desistimiento será voluntario si el agente “puede terminar la acción, pero no quiere hacerlo”. Requiere de la convicción que, si quiere, le es factible continuar adelante con su obrar delictivo, pero opta por no hacerlo.

14 Se deja en claro que la renuncia debe ser definitiva, puesto que, si hay una simple suspensión con el propósito de reiniciar el hecho en un mejor momento (v. gr., tras la aparición sorpresiva de una ronda policial), el bien jurídico sigue en una situación de riesgo continuado temporalmente a otra instancia. GARRIDO (1984), pp. 193-194.

Junto con los criterios objetivos recién descritos, se debe considerar que el delito puede estar compuesto por una reiteración de acciones análogas o por la ejecución de acciones alternativas; lo que importa la necesidad de apreciar el plan del agente en la realización del hecho típico. Esta permitirá definir el esquema del delito y, consecuentemente, la determinación de si había o no finalizado su ejecución, ello como una globalidad en cuanto factor mixto a ponderar.

En contra de los partidarios de esta postura -entre los cuales nos encontramos-, existen dos líneas que buscan determinar cuándo el sujeto ha realizado todos o parte de los actos que han de producir el resultado. En primer lugar, con arreglo al punto de vista objetivo, para conformar la tentativa acabada se precisa la concurrencia de todos los actos objetivamente necesarios para la producción del resultado; de no ser así estaríamos ante una modalidad inacabada. Esto con independencia de quien los haya realizado. Por otra parte, si se atiende a un criterio subjetivo, lo relevante son las representaciones del autor, de lo que se siguen diversos problemas de delimitación: la decisión no puede corresponder al agente, dado que su plan delictivo y opinión pueden ser *a priori* erróneas. De ahí que no se encuentre acabada la tentativa porque el autor crea que ha realizado todos los actos requeridos, sino porque efectiva y objetivamente los haya realizado. Resulta insalvable que la sanción por imponer dependerá de la opinión que el sujeto tenga de su exteriorización.

De esto se sigue la adopción del criterio objetivo-subjetivo o mixto, como ya se expresó, que atiende de manera correcta a ambos elementos. Parte de una perspectiva objetiva, en cuanto espectador imparcial, para considerar si el sujeto ha realizado o no todos los actos típicos, esto sobre la consideración del plan del agente.

En lo que respecta a la función de la gravedad del injusto, el disvalor del resultado en cuanto elemento objetivo es mayor en la tentativa acabada que en la tentativa inacabada, que va desde la puesta en peligro inherente al intento. De ahí que la relación entre una y otra es de concurso de leyes, no

cabiendo, pues, apreciar conjuntamente ambas, así la fase anterior queda absorbida en la posterior, salvo interrupciones esenciales en la ejecución, lo que encuentra reflejo en la consecuencia jurídica aplicable dispuesta en los arts. 51 y 52 del Código penal.

Ahora bien, el criterio que permite deslindar las modalidades de tentativa es problemático al momento de calibrar las exigencias para determinar qué exigir o no a un sujeto para que su desistimiento cuente como tal. Esto se debe a que en el plano fáctico existe una multiplicidad de casos en que los criterios aplicables a uno son necesarios para la procedencia del otro. Así, por ejemplo, para optar al beneficio respecto de un desistimiento de tentativa inacabada se requerirá de una activación impeditiva, no su mero retiro¹⁵. Esto lleva a que el límite trazado por la doctrina mayoritaria no sea definitivo, sino que un criterio contingente el cual debe ser sopesado con el carácter obligatorio o debido que ese comportamiento ha de presentar en atención al deber infringido, junto con el ámbito de protección del bien jurídico que se busca resguardar.

El estatus deóntico de las modalidades de tentativa variará según se trate de una u otra. Así, respecto de la tentativa inacabada, será expresada como un cumplimiento de deber en cuya infracción consiste la misma tentativa, existiendo una identidad unitaria entre ambas. De ello surge que los criterios de imputación del desistimiento no sean necesariamente negativos (aunque, por regla general, lo sean), sino aquellos que den cumplimiento al deber situacionalmente fundamentado por la norma, o sea, positivos o negativos según sea el caso en un plano nomológico¹⁶. El cual siempre deberá tener una correspondencia con la norma de comportamiento que lo fundamenta.

15 Como sucede en los delitos de comisión por omisión; en ellos la única forma de interrumpir es realizando voluntariamente aquello que se estaba obligado a hacer.

16 MAÑALICH (2020) ob. cit., p. 783.

En cambio, en la tentativa acabada, el desistimiento solo será posible por medio de la realización de aquello que la ley exige, lo que se encontrará supeditado, en la práctica, por el estado particular en que se encuentre el hecho emprendido y, eventualmente, la pérdida del dominio causal. Condicionado, a su vez, por el requisito de eficacia que deja un margen limitado a una modalidad pasiva. A esto se debe agregar el límite propio de los casos de tentativa fracasada, donde la posibilidad de procedencia de la figura se alza como negativa.

b) Consideración especial de la eficacia del desistimiento

Como se ha venido expresando, este es el requisito definitorio de una de las modalidades de conato. De él derivan las mayores implicaciones y exigencias en lo referido a las figuras de autoría y participación.

En estos casos de tentativa, el actor ha desplegado todo el actuar típico necesario para la producción del resultado, poniendo en movimiento el adecuado proceso causal. El criterio de necesidad de no consumación se funda en la idea que es el agente quien ha dado origen al riesgo en contra del bien jurídico y que de su actividad depende si se materializa el resultado típico, dada la inmediata conexión en la que se halla. De ello se sigue que la única posibilidad para la obtención del beneficio del desistimiento sea el cumplimiento del comportamiento evitativo exigido, que consistirá en una actividad alternativa de comportamiento tendiente a impedir la producción del resultado típico respecto del deber original infringido¹⁷, el que se corresponde, generalmente, con uno de abstención.

De allí que, a su vez, se piense en una correspondencia con una posición de garante, en lo que respecta a lo debido. Lo que importará, dentro de otras, un alto estándar para efectos del desacople de lo realizado en circunstancias de multiplicidad de intervinientes.

17 Ahora bien, situacionalmente, cuando este ya no puede ser cumplido alternativamente porque ha devenido en situacionalmente imposible, se requerirá de un comportamiento adicional para dar con este cumplimiento.

Así, el que dispara a otro dejándolo gravemente herido se convierte en un garante por injerencia, quedando obligado a impedir la muerte del paciente. Por tal acto (entiéndase, los disparos percutados), el deber inicial que se corresponde con la prohibición de no matar a otro se ha incumplido. De acuerdo con ello, en la situación que versa el actor, solo podrá optar al beneficio cumpliendo con el deber evitativo: el de impedir la muerte por la vía de asegurar su salvamento, lo que claramente va más allá del deber original de abstención. Lo que no implica, en ningún caso, que de no impedir la muerte de esa persona, quien le disparó responda por el delito de homicidio por omisión. Ello no sería correcto, dado que esa misma persona habría ejecutado la acción productiva de dicha muerte. Sino solo guarda un sentido de correspondencia en lo que respecta a la evitación debida del resultado típico, en atención al riesgo creado.

Por el contrario, si este comportamiento no ha logrado evitar el resultado típico, aunque haya existido una convicción seria en el intento, podrá verse beneficiado por la circunstancia atenuante contemplada en el N° 7 del art. 11 del Código penal. Pero se descarta completamente el beneficio de impunidad.

Este comportamiento debido está íntimamente ligado a la eficacia, en cuanto evitación del resultado. De ahí que el desistimiento sea posible desde que el actor ha realizado todos los actos necesarios para producir la consumación hasta el momento en que efectivamente se produzca ese resultado.

Ahora bien, esta respuesta que reconoce la impunidad por la evitación del resultado típico es dable para los casos de hechor único, recordando el fundamento de excusa personal del desistimiento.

Más complicada es la situación en los casos de multiplicidad de intervinientes¹⁸, ya que en tales casos el control causal se encuentra entregado a manos de otros. No es problemático si ambos sujetos desisten y, por medio de una actividad conjunta, evitan la consumación. Tampoco lo será el caso en que uno realice la evitación, cuando el otro esté de acuerdo. El problema real se da en los casos en que uno de los intervinientes decide desistir, pero el otro busca mantenerse en el hecho típico.

Esto es especialmente delicado considerando que la legislación nacional no contiene ninguna referencia a la modalidad de desistimiento en la code-lincuencia. Sí lo hace la regulación española (artículo 16.3) y alemana (§ 24 (2)) cuando el sujeto que se desiste intente impedir seria, firme y decididamente, la consumación. En tales supuestos -especialmente el español-, se podrá conceder la excusa absolutoria (sin perjuicio de las responsabilidades ya contraídas), aunque el resultado se haya producido por la conducta del resto de los partícipes.

Actualmente esta posibilidad se excluye por la limitación del requisito de eficacia, y de ello se sigue que la anomia legal pueda generar efectos crimí-nógenos entre los propios compañeros de delito, producto de situaciones de felonía o delación. Politoff niega la admisión de propuestas afines, señalando que por atractivas que puedan resultar las soluciones legales de los sistemas jurídicos españoles y alemanes, ello solo resulta posible por medio de lege ferenda¹⁹. De ahí que la eficacia no solo límite el comportamiento debido del hechor único en lo referido a la evitación, sino que conlleva grandes repercusiones en materia de code-lincuencia.

18 En lo referido a las diversas modalidades de participación en el hecho punible, para el caso nacional, se hace patente la excesiva extensión al concepto de autor en desmedro de la calidad de partícipe, importando con esto una degeneración dogmática de las figuras, elevando situaciones de participación a autoría. CURY (1973), p. 266; PEÑA (1972); BASCUR (2015), YÁÑEZ (1975), con la salvedad que, para este autor, el numeral 3º del artículo 15 del mencionado cuerpo legal contemplaría un genuino caso de coautoría. Cada uno de éstos tiene en sus manos el dominio del hecho a través de su función específica en la ejecución total del mismo. El autor ve en este numeral la consagración expresa de los elementos necesarios: el concierto previo y la ejecución común al hecho.

19 POLITOFF (1999), p. 255.

3. EL PROBLEMA EN EL DERECHO COMPARADO

Es menester destacar dos legislaciones extranjeras que han tratado este problema en sus respectivos Códigos penales, por un lado, la española, y por otro, la alemana. Su horizonte normativo es de completo interés y suficiencia para el ámbito nacional, guardando con ello sus diferencias propias.

Para el caso alemán, el horizonte del desistimiento (en sentido amplio) vendrá determinado esencialmente por el punto de vista subjetivo²⁰ del hechor y no de los actos realizados. En tanto, la legislación española, en el nuevo texto del Código, unifica los conceptos adoptados por nuestra Comisión Redactora, bajo la noción única de tentativa, sin embargo, como se tratará a continuación, tales normas difieren del criterio concebido por el Código alemán, ya que en ellas se ha seguido un modelo consecuentemente objetivo, lo que es corolario a nuestra institución²¹. Es por esto que, de la influencia de ambas fuentes y, consecuentemente, del arraigo para con la normativa nacional presente y venidera, que cabe analizar el avance y estado de estas legislaciones foráneas.

En lo que concierne a la regulación normativa sobre el desistimiento en los supuestos de codelincuencia en España, cabe hacer la distinción entre lo que ocurría antes y durante la entrada en vigor del actual Código penal español de 1995.

Dicha distinción se produce debido a que en la legislación penal española anterior al año 1995, las situaciones en donde existía la intervención de varios sujetos en un hecho delictivo no tenían una regulación expresa, y la carencia de desistimiento era considerado mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia como un elemento del tipo de la tentativa²².

20 JESCHECK (1993), p. 490.

21 POLITOFF (1999) ob. cit., pp. 213-215 y 251-252.

22 RODRÍGUEZ (1980), p. 19.

En esa misma línea, Fátima Pérez ha señalado que el Código penal español de 1973 mantenía un absoluto silencio respecto al problema del desistimiento en las diversas modalidades de coparticipación criminal. Tan así, que establece que el ordenamiento jurídico penal español adolecía de una laguna legal en relación con la iuspositivización del desistimiento de los partícipes²³.

Todo lo dicho anteriormente se debía a que de acuerdo con la definición del artículo 3 del Código penal español de 1973, solo había tentativa cuando el culpable *“da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que deberían producir el resultado, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento”*. Este enunciado normativo provocaba importantes problemas en los supuestos de coparticipación, ya que si el autor desistía, no existía tentativa y por lo tanto, no podían incurrir en responsabilidad los sujetos que no habían desistido, y perseveraban en su fin criminal.

Sin embargo, la reforma al Código penal ocurrida en el año 1995, trajo consigo la regulación expresa del desistimiento en los supuestos de code-lincuencia, dando lugar a la existencia del artículo 16.3, instaurando que *“Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”*.

El fundamento de esta nueva norma estriba en que cuando intervienen en el delito una pluralidad de personas, y no un autor único, no basta con centrar en lo que a su conducta respecta lo exigible de cara a evitar la con-

23 PÉREZ (2008), p. 456.

sumación, siendo necesario tener en cuenta, de alguna manera, la aportación a la consumación que han realizado, realizan o tienen aún que realizar los restantes partícipes²⁴.

En cuanto a los requisitos para que opere el beneficio de la tentativa desistida impune, en primer lugar, el artículo 16.3 establece que será necesario que el interviniente con su comportamiento “desista de la ejecución ya iniciada e impida o intente impedir la consumación”, efecto que se puede conseguir ya sea dejando de actuar, o activándose, es decir, llevando a cabo un hacer positivo, esto dependiendo de si se han realizado todos o tan solo parte de los actos ejecutivos. Así, por ejemplo, el plan del autor principal Y, consiste en matar al sujeto pasivo B suministrándole cuatro dosis mortales de veneno proporcionado por X. El veneno tiene efecto solo si media un espacio de tiempo de una hora cada dos dosis. Si X, desiste cuando el autor principal Y, ha suministrado las primeras dos dosis, aguardando el tiempo restante; evidentemente, será necesaria su intervención positiva para merecer la impunidad²⁵.

De igual forma e independientemente a lo expresado en el párrafo precedente, se ha señalado por parte de cierto sector de la doctrina española, que el cuestionar si basta con un dejar de actuar o es necesario, por el contrario, un hacer positivo, suponen problemas de carácter secundario, ya que lo decisivo es la eficacia del mismo. En otros términos, a los efectos de la impunidad por desistimiento lo único que interesa y a lo que realmente el legislador ha condicionado la exclusión de pena es, a que la conducta voluntaria del sujeto haya impedido o intentado impedir la consumación²⁶.

Otra prerrogativa para que el desistimiento pueda alcanzar el beneficio de la exención de la pena, es que aquél debe tener el carácter de voluntario, es decir, que dicha conducta activa u omisiva que produce el desistimiento, sea

24 CUELLO (2009), p. 143.

25 PÉREZ (2008) ob. cit., p. 371.

26 FERNÁNDEZ-ESPINAR (1995), p. 647.

exclusivamente fruto de la voluntad del agente, de un cambio en ella, por ende no será voluntario cuando las circunstancias ajenas impidan la consumación del hecho delictivo. Sin embargo, existirá voluntariedad cuando el sujeto teniendo intenciones criminales, transmuta aquellas por su propia voluntad, en acciones u omisiones tendientes a evitar la producción del resultado²⁷.

A su vez, en relación con otro de los requisitos que se exigen en el precepto del 16.3, este es el esfuerzo serio, firme y decidido para evitar la consumación, Fernández-Espinar ha estipulado que respecto a la expresión “esfuerzo serio” debe entenderse, como *“toda conducta activa u omisiva que entre las alternativas de tutela a disposición del agente, sea, desde un punto de vista objetivo ex ante, la más idónea a los efectos de proteger los bienes jurídicos en peligro”*²⁸. Asimismo, en un sentido similar, Silva se inclina también por considerar que la exigencia de seriedad implica la idoneidad ex ante de los actos realizados para la consumación del delito²⁹.

Ahora bien, la mayor característica del desistimiento del partícipe consiste en la evitación de la consumación del delito, bastando con “intentar impedir, seria, firme y decididamente, la consumación”. Esto debido a que, por intervenir en los hechos otras personas que libremente se proponen cometer el delito, es muy posible que por más que haga quien desiste de participar, no logre que quien se mantiene en su propósito consume el delito, no debiendo el sujeto que desiste, verse perjudicado por lo que es una decisión inquebrantable del resto de los intervinientes de cometer el delito. De tal manera, el partícipe desiste con efectos eximentes cuando antes de consumarse el delito, deja de ejecutar su parte, si todavía quedaba algo de ella por realizar, y se esmera en evitar la consumación. Por ejemplo, denunciando los hechos para que la policía intervenga, siendo aún posible su efectiva intervención.

27 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2022), p. 90.

28 FERNÁNDEZ-ESPINAR (1995) ob. cit., p. 649.

29 SILVA (1997), p. 144.

En consonancia con lo mencionado en el párrafo anterior, Martínez ha señalado que, en consecuencia, los partícipes, siempre y cuando intenten impedir el resultado de manera seria, firme y decididamente, aunque no lo consigan, quedarán exentos de responsabilidad criminal³⁰.

A su vez, cabe señalar que en estos supuestos en donde intervienen una pluralidad de sujetos en el hecho delictivo, el artículo 16.3 es aplicable a todos y cada uno de los que han intervenido en él, incluyendo no solo a los partícipes en sentido estricto, sino también a los coautores en sentido material³¹. Siguiendo esta directriz, López Barja de Quiroga concuerda con aquello, señalando que el artículo 16.3 no realiza ninguna distinción, por lo tanto la norma es aplicable a supuestos de pluralidad de partícipes, cualquiera sea su modalidad de imputación, pudiendo ser un coautor, un inductor, un autor mediato, o un cómplice, debiendo en todo caso la norma beneficiarlos³².

Es menester señalar que el ingreso de esta regla al ordenamiento jurídico penal español, tal como ha señalado parte de la doctrina³³ de ese país, ha permitido a los tribunales apreciar la figura del desistimiento en aquellos sujetos que hayan desistido de la ejecución del delito -aunque los demás copartícipes continúen con su propósito criminal- y que impidan o intenten impedir con todas su fuerzas o capacidades la consumación del hecho ilícito. Es en estos casos en donde se podrá conceder la causa personal de exclusión de la pena, sin perjuicio de las responsabilidades ya contraídas.

Al tener este desistimiento dicha una naturaleza, es decir, de causa personal de exclusión de la pena, trae como consecuencia directa que en aquellos casos de intervención de varias personas en el hecho delictivo, solamente se deja sin castigo a aquella que ha desistido por sí misma, pero no al resto, quienes también tienen que desistir personalmente para merecer la impunidad.

30 MARTÍNEZ (1994), p. 174.

31 NÚÑEZ (2003), p. 170.

32 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2010), p. 969.

33 PÉREZ (2008) ob. cit., p. 365.

Esto se ha visto reflejado en sentencias dictadas por el Tribunal Supremo español, en donde se afirma que el desistimiento debe tener el carácter de propio³⁴.

Por su parte, la legislación penal alemana en cuanto al tratamiento del desistimiento del partícipe en fase de tentativa también es merecedora de un distingo, debido a que hasta antes de la Reforma del *Strafgesetzbuch* de 1975, no existía norma expresa que regulara el mencionado desistimiento.

Esto se veía reflejado en el derogado párrafo § 46, el cual establecía que: “la tentativa como tal queda impune, cuando el autor 1. Abandone dicha ejecución por circunstancias ajenas a su voluntad. 2. En el tiempo en que su acción todavía no ha sido descubierta, mediante la propia actividad, evita la producción del resultado perteneciente a la consumación del delito o de la falta”.

De la reciente lectura del § 46³⁵, se puede señalar que dicho precepto solo se circunscribe al desistimiento del autor, según el grado de tentativa en que se encuentre, recogiendo la doble posibilidad de desistir, ya sea abandonando la ejecución de la acción perseguida, o bien, evitando la producción del resultado mediante su propia actividad antes que sea descubierta³⁶.

Sin embargo, en virtud de la Reforma del *Strafgesetzbuch* de 1975, el StGB alemán introdujo una regulación expresa en lo referido al desistimiento del partícipe en la tentativa, específicamente en su párrafo § 24 II disponiendo que: “*Cuando concurren varios partícipes en la realización de un hecho, no incurrirá en pena alguna el que, en grado de tentativa, evite voluntariamente la consumación. Sin embargo, basta para su impunidad*

34 Así, la sentencia de 16 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10316) en su considerando segundo señala que “*el desistimiento para tener eficacia debe ser propio (...) y hoy establece de modo expreso el artículo 16.3 del Código Penal de 1995, cuando se refiere a aquél o aquellos que desistan (...)*”.

35 Mayor detalle al respecto, véase: MERKEL (2004), pp. 135-137.

36 MEZGER (1958), pp. 292-293.

el que voluntaria y seriamente se esfuerce en impedir la consumación del hecho, cuando éste se hubiera evitado sin su intervención o cuando éste hubiera sido cometido con independencia de su anterior aportación”. Es posible afirmar luego de la lectura de este último precepto, que aquél es el que regula los presupuestos para conceder la impunidad en los casos de intervención de varias personas en el hecho delictivo.

Ahora bien, analizando el respectivo precepto § 24 II del StGB alemán, es posible arribar a las siguientes conclusiones, en primer lugar, es que si el partícipe se ha esforzado en vano para hacer desistir al autor, el desistimiento ha fracasado. Empero, y en segundo término, el desistimiento puede ser eficaz, cuando el partícipe impida voluntariamente la consumación del hecho en el que ha cooperado. Asimismo, en el caso de que a pesar de los esfuerzos realizados por el partícipe, el autor principal comete el hecho delictivo de una forma distinta, por ejemplo, sobre un objeto distinto o en otro momento, el desistimiento del partícipe puede ser considerado como eficaz, debido a que el nuevo hecho representa un exceso del autor principal. Finalmente, en el supuesto de que el hecho no se consuma por causas ajenas al partícipe, por ejemplo, en el caso de una tentativa inidónea, basta para obtener el beneficio de la impunidad por el desistimiento de la tentativa, el esfuerzo serio y voluntario del partícipe de impedir la consumación del hecho (§ 24 II 2, alternativa primera)³⁷.

Respecto a los requisitos para que opere el desistimiento, y por consiguiente, lograr el beneficio de la impunidad, podemos nombrar los siguientes: la evitación, el esfuerzo serio y finalmente la voluntariedad. En cuanto a la evitación, es posible estipular de una forma sintetizada, que allí donde el participante sin ayuda de otros, frustra el hecho de uno o varios terceros, por ejemplo, amenazando con llamar a la policía, existirá siempre una evitación del hecho que excluye la pena³⁸.

37 JESCHECK (1993) ob. cit., pp. 498-499.

38 ROXIN (2014), p. 708.

Ahora bien, respecto del esfuerzo serio, se exige que el que desiste emplee aquél método que, desde su punto de vista, esté más cerca de ser el mejor, pero no necesariamente tiene que ser el objetivamente adecuado para la evitación del resultado. Igualmente, en el caso de que el sujeto que intenta evitar el resultado, no logre su cometido con la mera petición a sus cómplices que desistan, no será merecedor del beneficio de la impunidad, ya que en tal caso, deberá emplear otros métodos de evitación que sean obstruyentes, por ejemplo, sabotando la ejecución o amenazando con denunciarles. Empero, no cabe perder de vista la opinión que se defendió en la Comisión Especial que elaboró la Reforma del *Strafgesetzbuch* de 1975, la que señalaba que es suficiente para un “esfuerzo serio”, con pretender impedir o intentar apartar a los demás intervinientes de cualquier acto comisivo ulterior³⁹.

Por último, en lo referente con el requisito de la voluntariedad del desistimiento, cabe estipular que aquél tiene relación con el concepto del retorno a la legalidad o a la senda del derecho. Es decir, el sujeto que desiste, lo hace porque retorna a la legalidad mediante su renuncia al delito, ya sea contrariando su plan inicial o impidiendo su resultado. Por ejemplo, si el individuo desiste porque tiene compasión por su víctima, se trata entonces de un comportamiento contrario al plan e incompatible con la motivación para el hecho concreto, a través del cual, el sujeto se manifiesta como una persona que en última instancia actúa legalmente. Es por este motivo, señala Roxin, que el legislador ve que no procede la necesidad de la pena⁴⁰, es decir, no se requiere ninguna retribución justa, puesto que el propio sujeto ya ha suprimido su delito⁴¹.

39 *Ibidem*, p. 709.

40 Respecto de la justificación del desistimiento en el delito intentado: teoría del fin de la pena. La cual se identifica con la falta de necesidad de sanción penal cuando no existen razones de prevención general y especial, ni tampoco la retribución por la culpabilidad exige su castigo. Si lo que justifica el recurso a la pena es el objeto de mantener la delincuencia dentro de un límite soportable para la convivencia, debe acudirse a la impunidad cuando nos encontremos ante un supuesto en el que pueda predicarse la falta de necesidad de pena. BUSTOS (2017), p. 28.

41 ROXIN (2014) ob. cit., p. 723.

En cuanto a la demanda de evitar la consumación del hecho, es plausible señalar que la Comisión Especial que elaboró la Reforma del *Strafgesetzbuch* de 1975 argumentó dicha exigencia, entre otros argumentos, por la mayor peligrosidad que posee el hecho realizado por varios sujetos, en comparación, con aquél en el que interviene solamente un sujeto, especial peligrosidad a la que no se pondría fin con la anulación particular de la contribución del partícipe que desiste. De esta manera, puesto que el partícipe ha contribuido a que los demás hayan comenzado su actividad, debe exigirse en principio, que evite la consumación del hecho.

En lo concerniente a los sujetos afectados por el párrafo en cuestión, cabe señalar que el § 24 II tal como ha sido señalado por Roxin, se refiere únicamente a los intervinientes, cuya responsabilidad se fundamenta en la contribución causal al hecho de otro o, en todo caso, no solo en su propia conducta. De igual forma, el mismo autor, señala que el desistimiento de un inductor, de un cooperador o de un coautor está regulado por el § 24 II⁴².

Al igual que en la regulación española, en Alemania es considerado el desistimiento como una causa personal de anulación de la pena, por lo tanto, el efecto liberador de pena del desistimiento solo se aplica a aquellos intervinientes en quienes concurre. En otras palabras, estos tienen que desistir por su parte para ser favorecidos por la impunidad⁴³. En esa misma directriz, Welzel señala que el desistimiento es una excusa absolutoria personal, por lo tanto obra solamente en favor del concurrente que se ha desistido de forma eficaz⁴⁴.

Del análisis llevado a cabo en los párrafos precedentes, respecto a la regulación existente en los ordenamientos jurídicos penales de España y Alemania, sobre el problema del desistimiento de la tentativa en supuestos

42 Ibidem, pág. 699.

43 POLITOFF (1999) ob. cit., p. 237.

44 WELZEL (1970) p. 275.

de codelincuencia o multiplicidad de intervinientes, es posible llegar a la afirmación de que existe una evidente influencia del parágrafo § 24 II del StGb alemán, sobre el artículo 16.3 del Código penal español.

Esto debido a que, en los dos cuerpos normativos citados, se encuentran similares posibilidades para que opere el respectivo desistimiento, y por consiguiente, la obtención del beneficio de la tentativa desistida impune. Dichas similitudes entre ambos ordenamientos normativos específicamente son, las posibilidades que dan para que el partícipe quede impune con su desistimiento, ya sea evitando la consumación del hecho en el que ha intervenido, o también, mediante el esfuerzo serio por impedir su resultado.

Asimismo, es posible notar una exigencia más alta por parte del régimen penal alemán, en comparación con el español, en cuanto a la conducta exigible del sujeto que desiste, ya que el StGb alemán no contempla la mera abstención o retiro del aporte como una posibilidad para que el agente desistido obtenga el beneficio de la impunidad, a contraposición de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico penal español, en donde el sujeto que desiste puede impedir o intentar impedir la consumación del hecho, ya sea, llevando a cabo una conducta positiva, o bien, mediante un simple no seguir actuando.

4. DESISTIMIENTO Y CODELINCUENCIA. TEORÍA DE LOS DOS NIVELES

De cuanto antecede, para dar tratamiento a este punto, resulta necesario reiterar la actual regulación de las modalidades de conato en la legislación nacional. Así, el art. 7 del Código penal expresa que es punible el delito frustrado y la tentativa. Continúa por presentar el tratamiento de ambas modalidades en los inc. 2 y 3, respectivamente. Reglamentación análoga a la fijada por el Código penal español previa reforma de 1995⁴⁵.

45 Véase, DEL ROSAL (1969), pp. 303-306 y 320-327.

Ahora bien, e independientemente del acertado tratamiento en referencia al plano objetivo para con el hecho (fruto de influencia española), la mencionada disposición es deficiente en al menos dos grandes puntos. En primer lugar, la ausencia de definición de la figura del desistimiento con sus correspondientes requisitos y, en segundo lugar, el régimen de aplicación para el caso de multiplicidad de intervinientes en el hecho punible.

Por esta razón, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de estudios mediante argumentos analógicos o *a fortiori* para determinar la procedencia y el deslinde de las figuras, alcanzando respuestas medianamente satisfactorias en la materia. No obstante, el trabajo ha sido diferencial cuando se trata del caso de autor único en desmedro del múltiple⁴⁶, aplicando el resultado de uno para con el otro, cuando este último posee una estructura diferencial.

Esto se debe a que, cuando intervienen en el delito una pluralidad de personas, y no un autor único, *“no basta con centrar en lo que a su conducta respecta lo exigible de cara a evitar la consumación en que consiste el desistimiento, siendo necesario tener en cuenta, de alguna manera, la aportación a la consumación que han realizado, realizan o tienen aún que realizar los restantes partícipes”*⁴⁷.

Así pues, en primer término, toma sentido la decisión metodológica de emplear las instituciones de origen alemán. Si bien estas últimas son más exigentes en lo que respecta a la evitación del resultado, esto no dista de lo actualmente exigible en Chile producto del requisito estricto de eficacia. Como ya se ha expresado, ante situaciones de tentativas acabadas, el requisito de evitación del resultado limita estrictamente la procedencia del beneficio del desistimiento, de ahí que cualquier respuesta dada a favor de que basta

46 Véase para el caso de desistimiento de los partícipes, JIMÉNEZ DE ASÚA (1970) ob. cit., pp. 842-844.

47 CUELLO (2009) ob. cit., p. 143.

el mero retiro o anulación del aporte del partícipe o coautor sea rechazada por ser *contra legem*⁴⁸. En tal caso, solo sería procedente el beneficio de la circunstancia atenuante contemplada en el N° 7 del art. 11 del Código penal.

En este sentido Cury señala que en el delito frustrado (tentativa acabada para estos efectos) no se plantean mayores problemas ante una situación multiplicidad de intervinientes. *“Aquel de entre ellos que se desiste está obligado a intervenir activamente para impedir la consumación. Eso es también lo que se exige al que actúa solo; por consiguiente, no constituye un gravamen especial establecido por la concurrencia, sino de un requisito impuesto por la naturaleza de la situación que se ha creado”*⁴⁹. En sentido análogo Garrido Montt⁵⁰ da cuenta que tratándose de una acción de sujeto múltiple, cuando el desistimiento solo es efectuado por alguno de los partícipes, en el caso de una tentativa acabada donde la actividad debe ser activa, la excusa procedería en favor de quien evitó el resultado.

Esta exigencia de evitación es contraria a los fundamentos político criminales defendidos en el presente trabajo para la figura del desistimiento. Dicho requisito constriñe desmedidamente la figura a una única posibilidad. En la base de esta decisión se encuentra el pensamiento de la protección de la víctima, no obstante, parece generar efectos contrarios y constituirse por ser una solución criminógena en la práctica.

La misma genera una multiplicidad de casos de conflicto entre los propios compañeros del crimen, ya que el desacople de uno puede determinar el futuro fracaso del emprendimiento delictivo del resto, elevando los niveles de desconfianza y conflicto entre los mismos. En este mismo sentido, el rol del desistente va a conllevar probablemente una difícil tarea de enfrentamiento con los restantes agentes del delito⁵¹, la que se agrava ante la falta de solución expresa para el caso de intervinientes. De ahí que, producto de

48 CURY (1977) ob. cit., p. 131.

49 Ídem.

50 GARRIDO (1992) p. 201.

51 BLANCO (2005), p. 427.

la laguna normativa, se dé la aplicación por analogía para una multiplicidad de casos que requieren de certeza y seguridad, justamente para intentar salvar esta situación.

Antes de continuar con la exposición, con el objetivo previo de determinar y dar cuenta del vínculo en la extensión del beneficio de la tentativa impune con la respectiva participación en el acto punible, hemos de hacer aquí unos incisos. Nos servimos de una serie de casos que dejan en evidencia algunos de los problemas que guardan las modalidades de participación en el hecho típico.

1) Así, en el caso del sujeto S que presta a L un arma. Pero piensa mejor la situación y la busca antes de que fuera utilizada. No obstante, L lleva a cabo el robo por medio de otros instrumentos que le habían sido proporcionados en otra parte.

En tal supuesto, la contribución de S al hecho no ha tenido efecto en referencia a la tentativa. Dado que la complicidad no se configuró como tal. Así, S queda exento de pena, sin que sea necesario que concurren los respectivos requisitos del desistimiento.

2) La situación se complica cuando, en el caso precedente, S pide inútilmente a L que le devuelva el arma; cometiendo este último el robo con el instrumento.

Esta variante del caso muestra de forma sencilla el problema normativo que guarda la institución, ya que la causalidad en curso depende de otro, y la única posibilidad cierta para verse S amparado por el desistimiento es el retiro del aporte (anulación de la propia contribución).

3) Modificando nuevamente la situación, si S le paga a L, un conocido sicario, para que mate a su enemigo F. En circunstancias que L realiza el hecho incluso tras la revocación de la promesa de pago de S, al darse cuenta de que F era el amante de su esposa.

Ahora, si consideramos que el desistimiento del inductor no se corresponde simplemente con la ejecución del hecho por un móvil distinto al suministrado, sino en disuadir al autor en abandonar la razón para la acción ofrecida inicialmente. Es posible sostener que, en un caso como el planteado, S no sería responsable como inductor, pero no porque hubo desistimiento, sino fundamentalmente porque L inició un nuevo proceso de deliberación en el que S no ha intervenido.

4) Alterando algunos factores del hecho (3). Pensemos en que S busca retirar su aporte en lo referido a la promesa remuneratoria, no obstante, ya no puede contactarse con L. Por tal razón se dirige al lugar pactado de los hechos y ve a F en el piso desangrándose, en circunstancias que L le apunta a la cabeza para dar un disparo final. Es necesario, por medio del requisito de eficacia, evitar la consumación del hecho.

Esta serie de casos da cuenta de las grandes implicancias que pueden tener las modalidades de autoría y participación en referencia a la tentativa y su reverso. A ello se le deben sumar los problemas propios de la causalidad y, particularmente, el principio de autorresponsabilidad⁵². Cada variante implica dar una respuesta coherente ante una laguna legal en la materia.

Por consiguiente, buscando fijar el límite de los dos problemas antes mencionados, nos tomamos de la legislación alemana que, de acuerdo con el § 24 II 1, establece un incremento en los requisitos del desistimiento; procediendo, por regla general, la exclusión de la pena a un partícipe cuando haya

52 Entiéndase que los sujetos solo pueden ser responsables por las conductas desplegadas y los resultados acaecidos, como corolario de ello, nadie debe ser responsable por el producto de las inobservancias al deber de cuidado llevadas a cabo por terceros, ya que estos son igualmente libres y responsables. STRATENWERTH (2005), p. 523.

evitado la consumación. Decisivo para esta opción ha sido la valoración de la Comisión Especial para la Reforma Penal alemana, quien consideró que en un hecho en el que intervienen varios autores resulta más peligroso que el realizado por un autor único, y de que, con deshacer la propia contribución en el hecho, no se elimina esa mayor peligrosidad. Esto es por naturaleza contrario al principio de autorresponsabilidad, ya que se hace depender el impedimento de un acontecimiento o resultado en el que ya no tiene parte el agente -considerando el retiro de la contribución en el hecho-. Por lo que el fundamento de la regulación es en sí mismo problemático⁵³.

Para Roxin⁵⁴ es errónea la idea de mayor peligrosidad, ya que, en contra de lo expresado, si un partícipe retira su aporte, ha eliminado la cantidad de peligrosidad aportada por él, y en razón de ello no puede servir de fundamento para reclamar mayores exigencias para la obtención del beneficio. Consideramos que esta lógica es conveniente cuando se trata de casos de participación en tentativas inacabadas, abarcando con ello, incluso, casos de coautoría, aunque manteniendo sus propios problemas en lo referido su proximidad con el núcleo típico, además del problema de limitación de su acto con el del otro agente, ya que estos tienden a fundirse en uno.

Siguiendo con el tratamiento alemán en la materia, y en contra de la regla general anteriormente presentada, el parágrafo § 24 II 2 reconoce tres acciones de desistimiento. Quedándonos con la última de éstas, e interpretando sistemáticamente la disposición, la institución operará en favor del partícipe cuando, en el caso de consumación de la lesión típica del bien jurídico, este retrotrae o, si se quiere, anula completamente su aporte al hecho efectuado, y mediante un esfuerzo voluntario y serio intenta evitar la consumación, aunque infructuosamente⁵⁵. De ahí que esta última mitigue de forma significativa la exigencia impuesta por el § 24 II 1.

53 ROXIN (2014), p. 706.

54 *Ibidem*, p. 707.

55 MAURACH; GÖSSEL y ZIPF (1995) pp. 421-422.

Esta alternativa de desistimiento ante multiplicidad de intervinientes resulta parcialmente conveniente, en lo que se refiere a sus exigencias copulativas. Por esta razón, cabe retomar el tratamiento de la legislación española para contrastar las variantes de resultado.

Como se hizo presente, hasta la entrada en vigor del nuevo Código penal español de 1995, los casos de desistimiento en la codelinquencia eran tratados de manera similar a la aplicable actualmente en el medio nacional, es decir, se concedía la impunidad con la condición del abandono voluntario y eficaz, lo que obligaba ineludiblemente a evitar la producción del resultado típico⁵⁶ cuando se tratara de una modalidad acabada, sin discernir entre las modalidades de intervención⁵⁷.

Por tal razón, el actual art. 16.3 del Código penal ha introducido una importante novedad al abordar los problemas que se planteaban en la práctica en relación con la aplicabilidad de las reglas sobre desistimiento en los supuestos de intervención múltiple. Situándonos en el ámbito objetivo de la regulación, para que el partícipe obtenga el beneficio de la impunidad, será necesario que, acumulativamente con su comportamiento, “desista de la ejecución ya iniciada e impida o intente impedir la consumación”, efecto éste que puede conseguirse bien mediante un simple no seguir actuando, o que requerirá un hacer positivo, dependiendo de la modalidad de tentativa.

No obstante, esta solución traslada parte de los requisitos propios de la modalidad de autor único al caso de multiplicidad de intervinientes. Lo que no resulta del todo conveniente, justamente porque el deslinde en la práctica tiende a difuminarse y el requisito de una es aplicable a la modalidad de otra. Por esto, lo decisivo no son las formas externas que pueda adoptar una u

56 En este sentido, previo a la reforma del Código penal español de 1995, RODRÍGUEZ y SERRANO (1995) ob. cit., pp. 787-788.

57 PÉREZ (2008) ob. cit., p. 353.

otra figura⁵⁸, sino la eficacia en miras al cumplimiento alternativo “todavía” ajustado al deber fundado por la norma o el cumplimiento evitativo para con el deber infringido. De ahí que nos parece conveniente servirnos, en parte, de la legislación alemana⁵⁹ para nuestra propuesta de solución de casos, ya que de adoptar la solución española, el mero abandono de la ejecución (además del intento de evitación), en cuanto comportamiento omisivo, resulta insuficiente.

Tras todo lo expresado, una solución que parece óptima para el panorama nacional, considerando la anomia presentada, es aplicar la teoría que denominamos de doble nivel, diferenciando las dos modalidades de conato. Esta tiene un carácter híbrido, agrupando en su seno un conjunto de reglas de *lege lata* y *lege ferenda*, con miras a superar la aplicación analógica actual.

El primer nivel, viene dado por la modalidad de tentativa acabada. Así, teniendo en cuenta el requisito definitorio de la figura: *la eficacia*; afirmamos que tanto partícipes como coautores deberán evitar la producción del resultado típico. Por esto, será necesario desplegar una acción que reúna las condiciones de eficacia necesarias en referencia al deber infringido. En el fondo importa la realización de toda conducta impeditiva de la efectiva producción del resultado lesivo, sea mediante su propia actividad o con la ayuda de terceros.

No es baladí reiterar que el hecho se encuentra suficientemente condicionado en lo referido a sus elementos típicos, quedando pendiente la sola verificación del resultado. Por esto, y contrario a lo que uno podría reclamar,

58 Para BLANCO (2005) ob. cit., p. 426, el desistente debe abandonar la ejecución (comportamiento necesariamente omisivo) e impedir -o intentar impedir- sería, firme y decididamente la consumación (conducta activa). No obstante, la discusión externa de cada una de las modalidades se debe atender a la eficacia.

59 Rehusando el fundamento subjetivo del castigo de la tentativa del actuante, visión impulsada, por Von Buri. De ahí que la tentativa sea un tipo subjetivamente completo; objetivamente, imperfecto. En contra de este fundamento, apuntamos a considerar externamente los elementos integrantes, por una estricta razón práctica.

no cabe otra alternativa *de lege lata*. La legislación nacional no efectúa ninguna distinción entre las modalidades de participación, puesto que la eficacia requiere de la necesidad de evitación, no variando entre una y otra.

En relación con lo anterior, erróneamente se podría considerar hacer extensible el requisito de eficacia, propio de la modalidad de tentativa acabada, al caso de coautor en la modalidad inacabada. Lo que implicaría degenerar de una modalidad a otra, en lo referido a su contenido.

Un posible argumento para fundar este razonamiento estaría en el aporte del injusto, dada la creación del riesgo prohibido, de ahí su posición de garante y, consecuentemente, su obligación de actuar más allá⁶⁰; por esta razón la eficacia, propia de una modalidad, podría extenderse a la otra.

Sin embargo, esta correlación⁶¹ entre desistimiento y deber de garante por injerencia es, por lo bajo, discutible, primero, porque el desistimiento, en tanto presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción, no puede identificarse con el cumplimiento de un deber negativo deficiente el cual ya existe con anterioridad al inicio de ejecución de la tentativa e, inclusive, subsiste más allá de que el sujeto pierda el control del riesgo de la tentativa⁶².

Segundo, no se puede obviar que el fundamento de la posición de garante por injerencia se encuentra fuertemente arraigado en el dogma causal que, a su vez, difumina sus perfiles; constituyéndose como un cúmulo heterogéneo de criterios correctores del original deber negativo de no dañar, derivado del concreto tipo de la parte especial⁶³.

60 CURY (1977), p. 130. Para el autor existe hasta cierto punto una relación formal entre la estructura del desistimiento y la de los delitos de omisión propia. Aunque no debe exagerarse su aplicación.

61 Véase ya MAÑALICH (2020) ob. cit., pp. 784-786. Para ver en detalle la superposición que puede y suele darse entre desistimiento, por un lado, y el eventual cumplimiento de un deber de acción condicionado por el comportamiento constitutivo de la respectiva tentativa acabada.

62 MONTERO (2021) pp. 745-748 y 757.

63 DOPICO GÓMEZ-ALLER (2018), pp. 7-8.

Ahora bien, y siguiendo con el tratamiento de la teoría propuesta, para integrar este grupo de casos resulta necesario hacer un ejercicio *de lege ferenda*, aplicando modalidades similares a las expresadas en el Derecho foráneo. Para equilibrar la figura, se le provee de una segunda posibilidad para optar al beneficio del desistimiento, para ello serán necesarias dos condiciones: primero, retirar o anular su contribución en el hecho y, en segundo lugar, un esfuerzo serio dirigido a *impedir la consumación típica* ⁶⁴. Así, aunque el hecho se cometa, el partícipe podrá lograr la impunidad a través de esta alternativa copulativa⁶⁵. Ello guarda coherencia con el fundamento político criminal propuesto, atenuando el requisito de eficacia.

Contrario a esta idea, Politoff ⁶⁶ Señala que no es aplicable al medio nacional ninguna de estas opciones, salvo por medio *de lege ferenda*. Éste propone la aplicación por analogía del inc. final art. 8 del Código penal, respecto de las figuras de proposición y conspiración, así se debe considerar impune al sujeto que, ante la imposibilidad del retiro con su sola voluntad y capacidades, denuncie el hecho a la autoridad. Ello equivaldría a tratar de impedir seria, firme y decididamente la consumación, pero con una base en el Derecho nacional. En contra de este argumento, sostenemos que a través de él solo se reconocería una situación de delación, soplonería o felonía, lo que es contrario a los principios cardinales de un Derecho penal liberal.

Además, que el art. 8 del cuerpo mencionado establezca una conducta particular hace preguntarnos por su fundamento, ya que señala que “*el desistimiento de ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias*”. Cuestionable es la exigencia aludida, considerando que los actos preparatorios son, en referencia al *iter*

64 JAKOBS (1997), p. 914.

65 En sentido análogo, véase, JESCHECK y WEIGEND (2014), pág. 826.

66 POLITOFF (1999) p. 255.

criminis, previos a la tentativa. De ahí que se exija más a lo que en teoría en menos, con un razonamiento estricto de política criminal en atención a ciertos delitos que son de especial interés para el Estado.

El segundo nivel está dado por la modalidad de tentativa inacabada, la cual rige para los partícipes en sentido estricto, sea, inductor o cómplice, y coautores. Según lo expresado, la forma externa propia de la figura es la abstención de contribución en el hecho típico. Ahora bien, en el caso de multiplicidad de agentes, se deberá distinguir. I) Si el partícipe todavía no ha contribuido con su parte en la ejecución, será preciso que se abstenga de hacerlo. II) Si ya ha realizado su parte en el hecho, deberá procurar anular o deshacer lo realizado⁶⁷.

En caso contrario, si el sujeto adoptara una actitud pasiva, la eficacia causal de lo realizado seguirá operando a través de los demás intervinientes.

Cuando su aporte ya no pueda ser retirado y este puede ser aprovechado por el otro como condición del resultado común, se abre la segunda posibilidad para optar al beneficio del desistimiento. Así, para que opere la impunidad, se permitirá la posibilidad de un esfuerzo serio para *neutralizar su aportación en el hecho delictivo*. Velando por el principio de autorresponsabilidad.

Al no introducir matices en función de la aportación, carece de sentido y se vuelve un requisito adicional exigir la evitación de la consumación en esta modalidad de conato. De lo contrario se podría generar un efecto indeseado respecto del desistimiento y, además, acentuar el *versari in re illicita* como manifestación de la responsabilidad objetiva.

67 A favor, véase, *Ibidem*, pp. 238-239. Contrario a esto, GARRIDO (2007) ob. cit., p. 190; von LISZT (1917), p. 24. No basta el mero retiro de la contribución, sino que exige del desistido la evitación de la consumación o por lo menos lograr la anulación de su aporte. Asemejan las exigencias de esta modalidad a aquellas que se formulan para el caso de tentativa acabada.

Para ambos niveles, la seriedad vendrá determinada por el medio empleado por el sujeto que desista, no necesariamente debe ser el más adecuado, ni tampoco debe ser analizado meticulosamente en su idoneidad. Ahora bien, esto no significa que el agente no deba realizar algo adicional, sino, por el contrario, debe buscar emplear otros medios que resulten obstruyentes en el intento. Esto con el límite del estado de necesidad exculpante contenido en el art 10 N°11 del Código penal nacional.

Ya que ahí donde cualquier ulterior esfuerzo conlleve un peligro para la vida, integridad corporal o libertad, el agente desistido no tiene por qué emplear la fuerza si corre el peligro de que los actores que se mantienen en el hecho se dirijan en contra de él, por ejemplo, disparándole. Así, considerando que el mal grave e inminente puede provenir de cualquier fuente y amenazar a cualquier bien jurídico del cual se es titular, éste no deberá exponerse en contra de su propia seguridad; se debe estar a la ponderación de bienes y el Derecho no podrá exigirle una auto exposición al riesgo por su comportamiento antijurídico previo. Esto termina por ser un elemento del juicio cognitivo del juez al momento de calibrar los hechos.

Así, el que después de fracasar un intento de retiro que parecía promotor, y no halle otro método disponible que le resulte exigible en la situación concreta; el que pretende neutralizar su aportación habrá hecho todo lo posible y, por tal razón, estará amparado por el desistimiento.

Lo presentado es el contenido de la teoría doble nivel, este se condice con los fundamentos político-criminales y, a su vez, de protección a la víctima. Consideramos que su aplicación, si bien hipotética, no deja de entregar valiosos puntos de reflexión en el plano forense, brindando soluciones diferenciales, tanto de *lege lata* como *lege ferenda*. La misma agrupa criterios funcionales seleccionados entre la vasta doctrina tanto nacional como extranjera, de ahí que cada uno de sus elementos y modalidades sean coherentes entre sí.

5. CONCLUSIONES

La anomia referente a la institución de la tentativa es una situación que no se puede eludir, sus implicancias no solo se agravan por su déficit explicativo, sino porque la modalidad de participación es en sí misma compleja de analizar y referenciar, considerando, además, la intrincada regulación de las modalidades de participación en el Código penal nacional. Su origen es remoto, fiel reflejo de la época de dictación del cuerpo legal, consecuente con las legislaciones foráneas afines, particularmente española y francesa.

No obstante, la deficiencia no se encuentra radicada en la adopción de líneas teóricas denominadas como clásicas, en referencia al triple problema del conato como figura jurídica. Considerando que no toda idea de modernidad es consecuente corolario de los principios cardinales que deben primar en un Derecho penal liberal. Al contrario, su carencia está en la conservación de una regulación arcaica, en circunstancias que el contexto del cual se inspiró varió significativamente a fines del siglo decimonono.

La actual línea de trabajo se desplaza en la extensión, más analógica que sistemática, de los requisitos de una modalidad de autoría única a otra de multiplicidad de intervinientes, cuando estos son estructuralmente diferenciales. No solo importa la extensión de las exigencias, sino una cristalización de criterios que pueden resultar criminógenos, importando un abandono de los fundamentos clásicos de los que se sirve la institución y su reverso en cuanto beneficio.

Producto de esto, mayoritariamente se considera que la eficacia, como requisito de la modalidad acabada de tentativa, con su exigencia externa de evitación del resultado, limita cualquier posibilidad o alternativa en favor del codelincuente desistente, sin variar en su calificación ni aporte en el hecho. Por el contrario, en lo que respecta a la modalidad inacabada, se discurre en una división dependiente al aporte o no suministrado al hecho principal, exigiendo -aunque con opiniones contrarias-, para el caso que se preste, el

mero retiro u anulación del aporte. Por el contrario, si el desacoplamiento del sujeto, antes del inicio de la tentativa en cuestión, da lugar a la supresión de cualquier eventual imputación de quebrantamiento de la norma, esta no se podría considerar como interviniente en el delito.

Si bien esta solución no es incoherente, sí es deficiente. De ahí que resulte imperioso abordar nuevas líneas normativas de trabajo. Así, considerando el estatus deóntico de cada una de las modalidades: el cumplimiento alternativo de comportamiento y el deber evitativo, proponemos una segunda alternativa de trabajo que beneficie al interviniente que desiste alcanzando con ello un beneficio a la víctima. La teoría doble nivel agrupa criterios híbridos de trabajo, toma exigencias de *lege lata* y *lege ferenda*, en miras a brindar una solución integral. No solo desplaza e irrumpe en instituciones de tradiciones extranjeras, sino que razona sobre la lógica de la tradición nacional.

Ahora bien, no puede obviarse que su aplicación solo podrá ser fruto de una reforma legislativa, como se hace mención, sin embargo, ello no le resta mérito a la propuesta, ya que todo trabajo en miras a superar el anacronismo penal vigente es un aporte a la alteridad del debate venidero. Independientemente de su aplicación, el presente trabajo concientiza de un problema, asimismo suministra una serie de argumentos teóricos que enriquecen todo intento de superación. Concluimos, con ello, con una propuesta de determinación para casos, extendida como fórmula general cuando estemos frente a una multiplicidad de actores en el hecho típico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALASTUEY, Carmen: (2011) “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, en: Revista de Derecho penal y Criminología (Nº 5).

BACIGALUPO, Enrique (1994): Principios de Derecho penal. Parte general, tercera edición, (Madrid, Ediciones Akal).

BASCUR, Gonzalo (2015): “Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del Derecho Penal Chileno”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, (Nº 23), pp. 175–226.

BECCARIA, Cesare (1973): *Dei delitti e delle pene*, (Milano, Letteratura italiana Einaudi).

BELING, Ernst von (1944): *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo* (Traducc. Soler, S., Buenos Aires, Editorial Depalma).

BLANCO, Carlos (2005): *Tratado de Derecho penal español* (Barcelona, Bosch Editor), tomo I, Vol. II.

BUSTOS, Miguel (2017): “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-32.

CUELLO, Joaquín (2009): *El Derecho penal español. Parte General*. (Madrid, Editorial Dykinson), Vol. II.

CURY, Enrique (1973): *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, segunda edición, (Santiago, Ediciones Nueva Universidad).

CURY, Enrique (1977): *Tentativa y delito frustrado*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CURY, Enrique (1997): *Derecho penal. Parte General*, segunda edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

CURY, Enrique (2005): *Derecho penal. Parte General*, séptima edición, (Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).

DAVID, Héctor (2009): *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad* (Buenos Aires, Editorial Marcial Pons).

DEL ROSAL, Juan (1969): Tratado de Derecho penal español. Parte General (Madrid, Imprenta Aguirre), Vol. II.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2018): “¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi”, en: Indret (Nº 4), pp. 1-22.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y VILLEGAS, María Ángeles (2022): Código penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias, novena edición, (Madrid, Editorial Lefebvre).

ETCHEBERRY, Alfredo (1999): Derecho penal. Parte General (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

FARRÉ, Elena (1986): La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia (Barcelona, Bosch).

FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo (1995): “El desistimiento en la fase externa de ejecución del iter criminis”, en: Actualidad Penal, (Nº 2), pp. 647-649.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo (2009): Diritto penale. Parte Generale, sexta edición, (Bologna, Zanichelli Editore).

FRÍAS, Jorge (1993): Teoría del delito. (Buenos Aires, Editorial Hammurabi).

GARRIDO, Mario (1984): Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GARRIDO, (1992): Nociones fundamentales de la teoría del delito (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GARRIDO, (2007): Derecho penal. Parte General, cuarta edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

GILI PASCUAL, Antoni (2012): “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado”, en: *InDret* (Nº 2), pp. 1-36.

GUZMÁN, José Luis (2019): “Mentalidad autoritaria, actitudes punitivas y pensamiento penal: un esbozo”, en: *Política Criminal* (Vol. 14, Nº27), pp. 606-634.

HAAS, Volker (2016): “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, en: *InDret* (Nº1), pp. 1-32.

JAKOBS, Günther (1997): *Derecho Penal. Parte General*, segunda edición, (Madrid, Editorial Marcial Pons).

JESCHECK, Hans-Heinrich (1993): *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cuarta edición, (Granada, Editorial Comares).

JESCHECK, Hans; WEIGEND, Thomas (2014): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (Lima, Instituto Pacífico), Vol. II.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1997): *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, tercera edición, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana).

JIMÉNEZ DE ASÚA (1970): *Tratado de Derecho penal*, cuarta edición, (Buenos Aires, Editorial Losada), tomo VII.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2010): *Tratado de Derecho penal. Parte general* (Madrid, Thomson Reuters-Civitas).

MAÑALICH, Juan Pablo (2004): “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, (Nº 4), pp. 137-175.

MAÑALICH, Juan Pablo (2018): Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena (Santiago, Thomson Reuters).

MAÑALICH, Juan Pablo (2020): “El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación”, en: Revista Política Criminal, (Vol. 15, N° 30), pp. 780-810.

MARTÍNEZ, Margarita (1994): El desistimiento en Derecho penal, (Madrid, Editorial Universidad Complutense).

MARTÍNEZ, Margarita (1997): “Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal”, en: Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, (Barcelona, Bosch), pp. 345-421.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2019): Manual de Derecho penal chileno. Parte General (Valencia, Tirant Lo Blanch).

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl-Heinz y ZIPF, Heinz (1995): Derecho penal. Parte General (Buenos Aires, Editorial Astrea), tomo II.

MERKEL, Adolf (2004): Derecho penal. Parte General (Buenos Aires, Editorial B de F).

MEZGER, Edmund (1958): Derecho penal. Parte General (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica).

MIR PUIG, Santiago (2011): Derecho penal. Parte General, novena edición, (Barcelona, Editorial Reppertor).

MIR PUIG, Santiago (2007): Derecho penal. Parte General, séptima edición, (Buenos Aires, Editorial B de F).

MONTERO, Federico (2021): “Desistimiento de la tentativa. Su consideración a la luz de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Nº 1), pp. 736-763.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA Arán, Mercedes (2010): *Derecho penal. Parte General*, octava edición, (Valencia, Tirant Lo Blanch).

NÁQUIRA, Jaime (2017): *Derecho Penal chileno. Parte General* (Santiago, Thomson Reuters).

NÚÑEZ, Miguel Ángel (2003): *El delito intentado* (La Coruña, Editorial Constitución y Leyes).

PACHECO, Joaquín (1967): *El Código Penal comentado y concordado* (Madrid, Editorial TI).

PEÑA, Silvia (1972): “Autoría y participación en el delito”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, (Nº 3), pp. 85-128.

PÉREZ, Fátima (2008): *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español* (Madrid, Editorial Dykinson).

POLITOFF, Sergio (1999): *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración* (Santiago, Editorial Jurídica).

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

REAÑO, José Leandro (2005): “El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» de la tentativa: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, en: *Derecho PUCP*, (Nº 58), pp. 453-483.

RODRÍGUEZ, Gonzalo (1980): “Las fases de ejecución del delito”, en: Revista Jurídica de Cataluña, (Vol. 79), pp. 5-20.

RODRÍGUEZ, José María y SERRANO, Alfonso (1995): Derecho penal español. Parte General, décimo octava edición, (Madrid, Dykinson).

ROXIN, Claus (2000): Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, séptima edición, (Madrid, Marcial Pons).

ROXIN, Claus (2001): “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal”, en: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología (Nº 3).

ROXIN, Claus (2014): Derecho penal. Parte General (Buenos Aires, Editorial Thomson Reuters-Civitas), tomo II.

ROXIN, Claus (2014): Derecho penal, parte general, especiales formas de aparición del delito, (Navarra, Editorial Thomson Reuters-Civitas), tomo II.

SEMINARA, Sergio (2022): “Consideraciones sobre un caso de orden delictiva no ejecutada”, en: Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo (Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), pp. 1607-1620.

SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón (1999): “Fundamento de la punición de la tentativa”, en: Nuevo Foro Penal (Nº 61), pp. 3-33.

SILVA, Jesús María (1997): “La regulación del iter criminis (arts. 16-18)”, en: El nuevo Código Penal. Cinco Cuestiones Fundamentales (Barcelona, Bosch Editor), pp. 121-157.

SOLER, Sebastián (1992): Derecho penal argentino (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina), tomo II.

STRATENWERTH, Günter (2005): Derecho penal. Parte general, cuarta edición, (Buenos Aires, Editorial Hammurabi).

VACCHELLI, Ezequiel (2018): “Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad”. Tesis para optar a Doctor en derecho. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/665393> [Fecha de última consulta: 02.08.2023].

VON LISZT, Franz (1917): Tratado de Derecho penal (Madrid, Hijos de Reus Editores), tomo III.

WELZEL, Hans (1956): Derecho Penal. Parte General (Buenos Aires, Roque Depalma Editor).

WELZEL, Hans (1970): Derecho penal alemán, décimo primera edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

YÁÑEZ, Sergio (1975): “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en: Revista de Ciencias Penales. (Vol. 34, N°1), pp. 49-64.

ZAFFARONI, Eugenio (1996): Tratado de Derecho Penal. Parte General (Buenos Aires, Editorial EDIAR), tomo IV.

EL D.L. N° 2.695 DE 1979, ANTE LA INFORMALIDAD URBANA: HACIA LA CONFORMACIÓN DE UN SISTEMA DE REGULARIZACIÓN INTEGRADO¹

D.L. N° 2.695 OF 1979 ON URBAN INFORMALITY: TOWARDS THE CONFORMATION OF AN INTEGRATED REGULARISATION SYSTEM

Felipe Reyes Vallejos²

Resumen

La presente investigación tiene por objeto analizar la aplicación del D.L. N° 2.695, de 1979, como herramienta de saneamiento del dominio en asentamientos irregulares. Específicamente, se busca: 1) proveer una nueva aproximación sobre la interacción entre el D.L. N° 2.695, de 1979, y la legislación urbanística, mediante el desarrollo de un enfoque integral del saneamiento urbano (dominial y urbanístico) de asentamientos irregulares; y 2) establecer las características actuales del sistema de regularización de la posesión y constitución del dominio del D.L. N° 2.695, de 1979, observando su vinculación con la reciente normativa sobre saneamiento urbanístico de asentamientos irregulares. La investigación se estructura sobre la base de una revisión de la legislación sobre regularización urbanística emergida a partir de la ley N° 20.234, de 2008, y sus modificaciones, y su impacto en el D.L. N° 2.695, de 1979, junto con la principal doctrina, jurisprudencia

¹ Artículo recibido el 20 de junio de 2023 y aceptado el 14 de septiembre de 2023.

² Abogado U. de Valparaíso. Magíster en Urbanismo U. de Chile. ORCID: 0009-0000-4226-773X. Dirección postal: García Reyes N° 44, departamento N° 724, Santiago, Chile. Correo electrónico: felipereyesvallejos@gmail.com.

administrativa y circulares ministeriales, exponiendo las líneas centrales del sistema de saneamiento dominial en cada periodo. Se afirmará que tras la dictación de la ley N° 21.477, de 2022, que introdujo sustantivas modificaciones a la ley N° 20.234, de 2008, se estructuró un sistema de saneamiento de asentamientos irregulares que encausó el procedimiento de regularización del D.L. N° 2.695, de 1979, en el marco del sistema normativo urbanístico general que rige la formación de loteos, al condicionar la regularización de la posesión material a la recepción definitiva de las obras de urbanización, integrando así ambos sistemas de saneamiento.

Palabras claves

Regularización, asentamientos irregulares, urbanización, dominio.

Abstract

The purpose of this research is to analyse the application of the D.L. N° 2.695, of 1979, as a tool to regularize of domain in irregular settlements. Specifically, it seeks to: 1) provide a new approach to the interaction between the D.L. N° 2.695, of 1979, and the urban legislation, through the development of a comprehensive approach to urban regularization (dominial and urban) of irregular settlements; and 2) to establish the current characteristics of the system of regularization of the possession and constitution of the domain of D.L N° 2,695, of 1979, observing its connection with the recent regulations on urban regularization of irregular settlements. The investigation is structured on the basis of a review of the legislation on urban regularization that emerged from Law N° 20.234, of 2008, and its modifications, and its impact on the D.L. N°2,695, of 1979, together with the main doctrine, administrative jurisprudence and ministerial circulars, exposing the main lines of the property regularization system in each period. It will be affirmed that after the enactment of Law N° 21.477, of 2022, which introduced substantive modifications to Law N° 20,234, of 2008, a system of sanitation of irregular settlements was structured that prosecuted the regularization procedure of D.L. N° 2,695, of 1,979, within the framework of the general urban regula-

tory system that governs the formation of subdivisions, by conditioning the regularization of material possession to the final receipt of the urbanization works, thus integrating both sanitation systems.

Keywords

Regularization, irregular settlements, urbanization, domain.

1. INTRODUCCIÓN

Desde su entrada en vigor, el Decreto Ley N° 2.695, de 1979 (en adelante D.L. N° 2.695), ha sido objeto de interés jurídico, particularmente por sus efectos sobre el régimen de propiedad del suelo dando lugar a debates doctrinarios y pronunciamientos jurisprudenciales sobre su aplicabilidad³. Sin embargo, sus efectos sobre el ordenamiento territorial, particularmente en lo que respecta a su aplicación en asentamientos irregulares, no ha merecido el mismo interés desde la Ciencia Jurídica⁴ o desde los estudios sobre Gobernanza de asentamientos irregulares, aunque sí ha tenido implicancias y reacciones normativas y administrativas, destinadas a regular en mayor o menor medida, conflictos de aplicación del citado Decreto Ley con la normativa urbanística⁵.

En este marco, el presente trabajo pretende una revisión crítica de la aplicación del D.L N° 2.695 en asentamientos irregulares, con el objeto de observar la estructura actual del sistema de saneamiento del dominio en el

3 Véase SALAH (2009), SEPÚLVEDA (2011), LEHMANN (2019), ZAVALA y ZAVALA (2023), ÁLVAREZ (2023), entre otros.

4 Probablemente el trabajo de BAHAMONDES (2020), sea quien más se acerque a esta problemática (aunque siempre desde una óptica civilista), al analizar la cuestión de la regularización de un predio como especie o cuerpo cierto en comparación con la regularización parcial de un predio de mayor extensión (en mayor cabida).

5 Al cierre de este trabajo, un proyecto de ley se tramita en el Congreso Nacional (Boletín N° 15304-14) y otro se prepara en seno del Gobierno, destinados a regular en parte, los efectos urbanísticos de la aplicación del Decreto Ley y las condiciones de su aplicación en asentamientos irregulares. Lo anterior, como veremos en la presente investigación, es sin perjuicio de ya haberse regulado esta cuestión mediante la ley N° 21.477, de 2022, que modificó la ley N° 20.234, de 2008.

ordenamiento jurídico nacional y su vinculación con el régimen urbanístico aplicable a tales asentamientos. Seguidamente, se intentará fundar la necesidad de una perspectiva integral del proceso de saneamiento, en coherencia con las últimas reformas legislativas introducidas al sistema de regularización urbanística de asentamientos irregulares.

Para tal efecto, se empleará un enfoque cualitativo de tipo exploratorio, que se estructura sobre la base de una revisión de la legislación sobre saneamiento urbanístico emergida a partir de la ley N° 20.234, de 2008 (en adelante ley N° 20.234), y sus modificaciones, y su impacto en el D.L. N° 2.695, junto con la principal doctrina, jurisprudencia administrativa y circulares ministeriales, exponiendo las líneas centrales del sistema de saneamiento dominial en cada período.

Finalmente, se propondrán algunas conclusiones dogmáticas y consideraciones críticas sobre el sistema y eventuales modificaciones.

2. INFORMALIDAD Y SANEAMIENTO EN EL MARCO REGIONAL

2.1. Producción informal del espacio urbano

La producción informal del espacio urbano⁶, constituye una realidad persistente⁷ en nuestro país y en América Latina, al punto que, según la literatura especializada, “la tenencia ilegal se ha convertido en la forma principal de desarrollo del suelo urbano en la región”⁸; patrón de urbaniza-

6 LEFEBVRE (1974) fue el primero en advertir concretamente la dualidad producto/medio de producción del espacio urbano bajo el modo de producción capitalista, concepto que ha trascendido en buena parte de las investigaciones especializadas en estudios urbanos. Véase al respecto DE MATTOS (2015) y GOTTDIENER (1985).

7 “La irregularidad en el dominio de la propiedad es un fenómeno endémico en diversos países de Iberoamérica”, GÓMEZ (2020), p. 296. Para un desarrollo con antecedentes históricos sobre esta cuestión en nuestro país, véase el prolífico trabajo de DE RAMÓN (1985, 1990, 2018).

8 Véase FERNANDES (2008) y COSTA y HERNÁNDEZ (2010), quienes coinciden en que la informalidad está dejando de ser excepción para convertirse en regla. “América Latina (...) se ha consolidado como netamente urbanizada, con más de un 75% de su población viviendo en áreas urbanas”, FERNANDES (2008), p. 26.

ción que combina históricamente procesos de exclusión social y segregación espacial⁹. Chile, si bien se encuentra entre los países con menor número de asentamientos informales, investigaciones recientes han aportado antecedentes que indican una tendencia al aumento¹⁰, registrándose cifras históricas durante el último periodo¹¹.

En tal contexto, la informalidad, desde el punto de vista más comprensivo de los estudios urbanos, ha sido caracterizada como un fenómeno multidimensional que involucra tanto problemas relacionados con la propiedad del suelo urbano, como con las normas y regulaciones vigentes en materia urbanística y ambiental¹²; caracterización a partir de la cual deviene la distinción general entre informalidad dominial e informalidad urbana. La primera, referida a la ausencia de título de dominio inscrito; la segunda, al incumplimiento de las condiciones urbanísticas y ambientales¹³. La informalidad de un asentamiento refiere, por consiguiente, a su materialización de hecho en contravención de la normativa civil, urbanística y ambiental, que regula la propiedad y el uso del suelo¹⁴. En dicho marco, las investigaciones sobre la materia¹⁵, dan cuenta de las principales dimensiones y variantes que puede adoptar la informalidad en las ciudades de América Latina, destacándose para nuestro medio las siguientes situaciones: i) Ocupación de suelos públicos, comunales y privados, seguida de autoconstrucción; ii) subdivisión sin licencia de suelos privados, comunales y públicos para vender lotes individuales, seguida de autoconstrucción; iii) urbanización y el desarrollo de zonas rurales; iv)

9 Véase para Chile los trabajos de DE MATTOS (1999, 2002, 2010); BRAIN et al. (2007); BRAIN y SABATINI, (2006); RODRÍGUEZ y SUGRANYES (2004, 2005).

10 BRAVO (2019), p. 7.

11 FUNDACIÓN TECHO (2023), p. 20.

12 Véase SMOLKA y DAMASIO (2005).

13 Véase CLICHEVSKY (2000), p. 4. En nuestro medio, GÓMEZ (2020) representa también una mirada comprensiva no solo de lo urbanístico, sino también de lo ambiental.

14 “El concepto de informalidad o de irregularidad del suelo, se ha entendido como las distintas situaciones en que un predio incumple las regulaciones que la normativa le impone, tanto desde el punto de vista de las formalidades de su tenencia como respecto del cumplimiento de las exigencias de urbanismo y construcción, que entre otros aspectos consideran el acceso a los servicios básicos”, MELLADO (2019), p. 1. Véase en este sentido CLICHEVSKY (2000) y MELLADO (2020).

15 Véase por ejemplo FERNANDES (2011) y ABRHAMO (2012).

ocupación generalizada de orillas fluviales, reservorios de agua, laderas de montaña y otras áreas ecológicamente protegidas; y v) ocupación de espacios públicos, como calles, pavimentos y viaductos¹⁶.

En la doctrina jurídica, por su parte, “existe consenso en torno a que los asentamientos son calificados como informales, cuando contravienen la normativa urbana ya sea por ocupación ilegal de la tierra, el desconocimiento de la zonificación o de las regulaciones de subdivisión, o por infringir las normas de construcción”¹⁷. En tal sentido, se ha destacado que la tensión formalidad-informalidad, “presenta perfiles especialmente acusados en materia urbanística, en la medida en que en ésta se dilucida la efectividad de la utilización racional y conforme al interés general del bien escaso que representa el suelo y, en último término y a su través, de los recursos naturales y del medio ambiente en general”¹⁸, lo que estaría vinculado con la propia naturaleza del Derecho Urbanístico, en el sentido de que, como ha desarrollado la doctrina española, “la ordenación urbanística determina el contenido del derecho de propiedad, mediante la fijación tanto de los límites dentro de los cuales pueden ser ejercidas las facultades como de los deberes que han de ser cumplidos”¹⁹, según veremos en lo sucesivo.

2.2. Informalidad: Políticas y enfoques de saneamiento

En este marco, la implementación de programas de saneamiento ha sido una de las principales respuestas del poder público²⁰, los que han dado lugar a diversos sistemas que se estructuran en lo medular en torno a la mayor o menor vinculación entre los procesos de urbanización y la consolidación del dominio, y a la participación pública en dichos procesos²¹.

16 Sobre las formas o variantes mencionadas, véanse los trabajos de CLICHEVSKY (2000, 2006).

17 GONZÁLEZ y VALENZUELA (2020), p. 228.

18 PAREJO (2020), p. 20. Véase también PAREJO (1986), p.88.

19 CORDERO (2020), p. 220.

20 Véase CLICHEVSKY (2006), FERNANDES (2011) y FERNANDES y SMOLKA (2004).

21 Una sistematización de los estudios latinoamericanos en la materia puede encontrarse en CONNOLLY (2013).

En general, de las políticas públicas comparadas, es posible advertir dos grandes enfoques que han inspirado el diseño de diversos sistemas de saneamiento dominial. El primero, liderado por DE SOTO²², entiende el fenómeno de los asentamientos informales como un problema de deficiente constitución de derechos de propiedad, lo que repercute en la exclusión de sus habitantes de los mercados financieros (créditos, inmobiliarios, etc.), al no contar con seguridad jurídica de la tenencia del suelo para garantizar créditos que permitan elevar sus niveles de vida (invirtiendo en mejoras). Como se observa, este enfoque se funda en una perspectiva económica del fenómeno, entendiendo a los asentamientos informales como reservorios de “capital muerto de valor inestimado, que debidamente reanimado y transformado en capital líquido, puede reactivar en gran medida la economía urbana y combatir la pobreza social”²³, por lo que, sobre la base de este razonamiento, se promueve el diseño de sistemas de regularización centrados en el otorgamiento masivo de títulos de dominio individuales²⁴, entendiendo la urbanización y su saneamiento como una cuestión privada²⁵.

Sin embargo, a raíz de diversos problemas y distorsiones, documentados²⁶ a partir de la experiencia concreta de este tipo de sistemas, es que se ha ido generando una perspectiva crítica, “al punto que son muchos los que defienden la idea de que los programas de regularización, en vez de promover la integración social deseada, acaban por mantener y reproducir

22 DE SOTO (1986, 2000).

23 FERNANDES (2003), p. 11.

24 CALDERÓN (2009, 2013), denomina a estos sistemas de “titularización masiva”. Véase también el trabajo de MOSSO (2017), quien profundiza en las políticas neoliberales de regularización dominial.

25 Bajo este enfoque, la urbanización y su saneamiento recaen en el propietario, por ello es que se suele argumentar que este tipo de diseños obedecen a criterios de eficiencia económica al reducir el gasto público en dichos asentamientos, remitiéndose el Estado a la consolidación del dominio, dejando la gestión de la urbanización a los agentes privados desarrolladores del suelo urbano. Según informa FERNANDES (2003), gobiernos nacionales y locales han materializado estas ideas en políticas públicas de regularización masiva (Perú, México, El Salvador, Egipto, Filipinas, Rumania, etc.).

26 Véase en este sentido los trabajos críticos de SMOLKA (2002), FERNANDES (2001) y ANGEL et al. (2006).

el status quo que originalmente produjo la informalidad urbana”²⁷. En este sentido, CONNOLLY afirma que las teorías en contra de la regularización masiva se formulan desde tres posiciones: i) por promover la formación de más asentamientos irregulares; ii) por desencadenar el aumento generalizado del precio de la tierra urbana; iii) por privatización del suelo, mediante la sustitución de población original por otra con mayor capacidad económica²⁸.

En efecto, para estos enfoques críticos, liderados por autores como FERNANDES y SMOLKA, el reconocimiento del fenómeno de los asentamientos informales no se ha traducido en análisis que permitan la identificación de sus causas y funcionamiento, de ahí que el diseño de sistemas o programas de regularización supone una “discusión previa sobre las lógicas y mecanismo de los procesos socioeconómicos y político-jurídicos que producen la informalidad”²⁹. En este marco, esta posición subraya el carácter correctivo de los programas de regularización de la tenencia, por lo que “no puede ser separada de un conjunto más amplio de políticas públicas, directrices de planeamiento y estrategias de gestión de las áreas urbanas”³⁰. En otras palabras, las políticas de regularización no pueden ser formuladas de manera aislada (en el sentido de solo titularización), requiriéndose la intervención pública directa no solo en la consolidación del dominio, sino ante todo en el saneamiento de la urbanización, con el objeto de promover seguridad jurídica de la tenencia e integración socio espacial³¹.

27 FERNANDES (2003), p. 3.

28 CONNOLLY (2013), p. 507. La última hipótesis, configura una especie de desplazamiento forzoso post saneamiento como efecto no deseado, pero desencadenado por el mecanismo de la renta del suelo urbano. Véase en este sentido el trabajo de JARAMILLO (2008).

29 FERNANDES (2003), p. 5.

30 FERNANDES (2003), p. 5.

31 En buena medida puede decirse que Brasil y Colombia han experimentado sistemas a partir de este enfoque. Véase SMOLKA y DAMASIO (2005).

3. HACIA UN ENFOQUE INTEGRAL DEL PROCESO DE SANEAMIENTO

3.1. Regularización en el sistema nacional

En nuestro país, como bien apunta GÓMEZ, “el término “regularización” ha sido empleado por el legislador no solo para definir la situación de un predio disconforme con la normativa urbanística, sino que también para normalizar la situación de los tenedores materiales del suelo que carecen de un título inscrito”³², por lo que es posible identificar instrumentos jurídicos que buscan regularizar ambas situaciones³³. El D.L. N° 2.695, sería, en general, un instrumento³⁴ específicamente orientado a sanear la situación de los poseedores materiales de bienes raíces rurales o urbanos, que carezcan de título inscrito, a fin de adquirir el dominio por prescripción especial de corto tiempo, según el procedimiento y condiciones que señala el citado Decreto Ley³⁵. Se trata, por tanto, de una herramienta de saneamiento de la titularidad sobre la tenencia de un inmueble, pero que, sin embargo, no hace parte de un sistema de regularización o saneamiento integrado que conjugue y normalice ambas formas de irregularidad³⁶. En efecto, siguiendo a GÓMEZ, el sistema general de regularización chileno se caracteriza por su fragmentación y heterogeneidad, por cuanto no se trata del diseño de un sistema en sí, sino del resultado de la sumatoria de instrumentos excepcionales que han buscado responder de forma específica y acotada al problema de los asentamientos irregulares, tanto en lo que respecta a la urbanización como

32 GÓMEZ (2020), p. 298.

33 GÓMEZ (2020), p. 298-299.

34 Entre otros, dentro de los cuales cabe ubicar a la ley N° 19.776, de 2001, sobre regularización de posesión y ocupación de inmuebles fiscales; y la ley N° 20.062, de 2005, sobre regularización de ocupaciones irregulares en borde costero.

35 Sobre el objeto del DL. N° 2.695, véanse los siguientes Dictámenes de la Contraloría General de la República: N° E16097/2020, N° 2.806/2019, N° 42.084/2017, entre otros.

36 Empleamos de aquí en más el término irregularidad o irregular, en coherencia con la terminología el texto vigente de la ley N° 20.234, de 2008.

al dominio³⁷. Bajo este marco, puede afirmarse que, el D.L. N° 2.695 no fue concebido particularmente como instrumento de regularización de la tenencia para asentamientos irregulares, sino en general con el objeto de atender a la deficiente constitución del dominio de las pequeñas propiedades raíces rurales y urbanas³⁸, fundamentalmente en lo relativo a su ingreso al sistema registral y posesorio de la propiedad inmueble del ordenamiento jurídico civil chileno³⁹. En síntesis, “mediante esta normativa se busca regularizar el dominio sobre una propiedad sin atender a las circunstancias urbanísticas del mismo, por ende, se mantiene la precariedad urbana del inmueble”⁴⁰.

En el mismo sentido, GONZÁLEZ y VALENZUELA afirman respecto del sistema chileno que “la sola regularización del título de propiedad resulta ineficiente y muchas veces contraproducente para dotar al suelo de las infraestructuras y equipamiento necesarios, para asegurar una tenencia segura de la tierra, según se puede constatar en la realidad chilena, particularmente en la región de Valparaíso”⁴¹. Para estas autoras, el sistema de regularización nacional se caracteriza por poner “énfasis en la situación dominial, en desmedro del aseguramiento de las condiciones de urbanización que permiten la integración socio territorial del asentamiento informal a la ciudad”, subrayando que una de las consecuencias más relevantes de este sistema, particularmente para el caso de Valparaíso, es tornar “crecientemente vulnerables al riesgo de incendios, entre otras amenazas”, a tales asentamientos. Sin embargo, la aplicación *de facto* del D.L. N° 2.695, como instrumento de regularización del dominio sobre asentamientos irregulares, ha

37 “Se advierte la carencia de instrumentos legales acabados que les permitan a la Administración, un abordaje sistemático e integral, quedando de este modo supeditada la resolución del problema, entre otros factores, a decisiones coyunturales de las políticas de turno”, GÓMEZ (2020), p. 320. De esta autora a su vez extraemos el término “irregularidad de la tenencia”.

38 Véase el párrafo 2° del preámbulo y los artículos 1°, 2° y 15° del D.L. N° 2.695, de 1979.

39 SEPÚLVEDA (2019), p. 9-10, plantea lo siguiente: “Una pregunta importante que cabe formularse es por qué en nuestro país se produce la interrupción del tracto sucesivo del Registro. Nos parece que las razones son principalmente socioculturales, es decir, debido a la falta de comprensión de las funciones y beneficios de la inscripción, y muy especialmente a las herencias no tramitadas legalmente o cuya partición no ha sido efectuada conforme a derecho”.

40 GÓMEZ (2020), p. 301.

41 GONZÁLEZ y VALENZUELA (2020), p. 241.

tenido consecuencias sobre el ordenamiento territorial. En tal sentido, según las citadas autoras, “las regularizaciones de títulos de propiedad mediante la aplicación del D.L. N° 2.695, de 1979, así como la obtención inorgánica de ciertas mejoras de urbanización (...), no logran integrar el asentamiento irregular a la ciudad formal”⁴².

3.2. D.L. N° 2.695 de 1979, ante del Derecho Urbanístico

De este modo, el diseño de un sistema de estas características, tarde o temprano ha debido movilizar reformas legales y pronunciamientos administrativos, destinados a regular en mayor o menor medida la inevitable colisión del citado Decreto Ley con la normativa urbanística, según veremos en lo sucesivo de esta investigación, dando lugar a debates en torno a la aplicabilidad de la legislación urbanística en el contexto del procedimiento de saneamiento del dominio. Precisamente, tanto la estructura no integrada de los sistemas de regularización de la tenencia y la urbanización en nuestro ordenamiento, así como la comprensión que se ha tenido tradicionalmente sobre el derecho de propiedad, frente a limitaciones externas que pretendan imponer morigeraciones a sus facultades omnímodas, puede proveer una entendible base a esta reticencia. Respecto de este último punto, como destaca CORDERO, en la doctrina y jurisprudencia chilena subyace todavía el concepto abstracto, unitario y absoluto de propiedad previsto en el Código Civil, “razón por la cual los diferentes regímenes jurídicos del suelo se explican en base a los diversos tipos de limitaciones que se imponen por razones de interés público. Así, para la doctrina tradicional el Derecho urbanístico integra todo el amplio abanico de limitaciones externas a las cuales se encuentra sujeta la propiedad inmobiliaria”⁴³. Esta lectura liberal del derecho de propiedad, que tiende a darle un carácter excepcional al Derecho Urbanístico, puede proporcionar una explicación para el diseño de un sistema puramente civil

42 GONZÁLEZ y VALENZUELA (2020), p. 241.

43 CORDERO (2020), p. 190-191, subraya en todo caso que, si bien no existen pronunciamientos concretos respecto de la relación entre el concepto civil de derecho de propiedad y la legislación urbanística, “en la jurisprudencia general, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, se ha utilizado como criterio de referencia el concepto civil de propiedad”.

de saneamiento o que, al menos, no conecta en principio con el saneamiento urbanístico, en coherencia con los sistemas centrados en la titularización masiva, según hemos visto *supra*.

Sin embargo, durante los últimos años, se ha ido desarrollando un enfoque con una orientación más urbanística y, por ende, de Derecho Público⁴⁴, sobre la vinculación entre derecho de propiedad y legislación urbanística, que expresa en parte su relación con el Derecho Civil, y que supone una redefinición de la comprensión tradición o privatista de estos vínculos, enfoque que puede ser de utilidad para efectos de sustentante sobre bases sólidas la aplicabilidad del D.L. N° 2.695 como herramienta de saneamiento del dominio de asentamiento irregulares. A su turno, desde los estudios urbanos, durante las últimas décadas, se ha venido generando un amplio consenso en torno a la necesidad de políticas integrales en materia de saneamiento de asentamientos irregulares, acompañada de una sugerente perspectiva relacionada con al papel de la ley en la producción de la informalidad urbana, cuya lectura resulta de sumo interés, en la búsqueda de un marco teórico que permita una nueva mirada de la aplicación del D.L. N° 2.695 sobre el territorio.

a) Régimen urbanístico de la propiedad del suelo y consolidación del dominio

Siguiendo el enfoque de CORDERO, en el ordenamiento jurídico encontramos normas que, no siendo estrictamente urbanísticas, tienen incidencia en la materia, como las contenidas en el Código Civil. Llama a éstas, “normas de incidencia urbanística centradas en la regulación del derecho de propiedad, aunque sin la pretensión de ordenar el uso del suelo desde una perspectiva pública”⁴⁵. Hemos de caracterizar, por tanto, al D.L. N° 2.695

44 CORDERO (2020), condensa en una sucesión de artículos su enfoque al respecto.

45 CORDERO (2020), p. 160-161, distingue entre normas de incidencia urbanística y normas urbanísticas propiamente tales.

como una de estas normas con incidencia urbanística⁴⁶. Pero si la normativa civil tiene innegables efectos normativo-urbanísticos y espaciales, la ordenación urbanística también tiene profundos efectos sobre la normativa civil y particularmente sobre el régimen de propiedad⁴⁷. En efecto, siguiendo el desarrollo de la doctrina española, el Derecho Urbanístico como función pública establece un “específico régimen urbanístico del derecho de propiedad”⁴⁸ o “estatuto legal del derecho de la propiedad urbana”, para definir el conjunto de derechos y deberes urbanísticos del propietario del suelo⁴⁹. En nuestro medio, RIOS replica esta idea, señalando que el Derecho Urbanístico “define el contenido del derecho de propiedad de acuerdo a su calificación urbanística y a los límites, deberes y cargas que le impone la ley”⁵⁰ y, en el mismo sentido, CORDERO propone que “la ordenación urbanística determina el “contenido” del derecho de propiedad, mediante la fijación tanto de límites dentro de los cuales pueden ser ejercidas las facultades como de los deberes que han de ser cumplidos”⁵¹. Para tal afirmación es necesario indefectiblemente cortar con la concepción tradicional del derecho de propiedad, lo que para CORDERO resulta plenamente justificado, sobre la base del siguiente razonamiento: Primero, que la concepción unitaria del dominio no se corresponde con la Constitución Política de la República (en adelante CPR), ya que esta garantiza el derecho de propiedad *en sus diversas especies*, siendo el concepto del Código Civil solo uno de los diversos tipos o especies. Segundo, la CPR reconoce la facultad del legislador para configurar distintos regímenes o tipos de propiedad al determinar como

46 Esta cuestión es clave, puesto que si bien el D.L. N° 2.695 no está diseñado para la realización de actos urbanísticos (como la subdivisión o loteo), no es menos cierto que su aplicación tiene efectos en el ordenamiento territorial (norma con incidencia urbanística), al crear una unidad de suelo jurídicamente autónoma, una especie o cuerpo cierto susceptible de ingresar al tráfico económico y jurídico, y de ser posteriormente objeto de actos urbanísticos (subdivisión, fusión, loteo, permisos de edificación, etc.).

47 CORDERO (2020), p. 220.

48 PAREJO (1981), p. 71.

49 FERNÁNDEZ (2006), pp. 115 y siguientes. “el conjunto de normas jurídicas que estructuran una rama de la Administración pública, y, por sí mismas o a través del planeamiento que regulan, definen el contenido de la propiedad según su calificación urbanística y disciplinan la actividad administrativa encaminada a la urbanización y la edificación” CARCELLER (1981), p. 19.

50 RÍOS (1985), p. 455.

51 CORDERO (2020), p. 220.

contenido intrínseco de cada una de ellas su respectiva función social. Por consiguiente, para CORDERO “la forma que adopta el régimen o estatuto de la propiedad inmobiliaria surge de la integración de la legislación civil y urbanística, y los límites y alcances de esta especie de propiedad deben ser determinados a la luz de ambos ordenamientos que se estructuran como una unidad”⁵². Bajo este enfoque, por consiguiente, el Derecho Urbanístico deja de ser un mero conjunto de limitaciones externas de la propiedad civil que vienen desde una legislación excepcional, sino que se nos muestra como disposiciones que configuran un distinto tipo de propiedad a partir de su función social”⁵³. Se trata de un enfoque desde los intereses colectivos, fruto de la idea de Estado Social, que expresa la transformación del concepto de propiedad, “imponiendo un nuevo fin legitimador de este derecho (función social) que opera desde su interior (y no sobre él o desde fuera del mismo), conformando su propio contenido”⁵⁴.

A partir de aquí, nuestra conclusión es la siguiente: el objeto del D.L. N° 2.695 ya no sería la consolidación del dominio a secas (en el sentido del dominio en abstracto), sino de la consolidación de la propiedad sobre el suelo urbanísticamente determinado, de tal manera que no puede consolidarse un derecho de propiedad fuera de este derecho sobre el suelo con los contornos fijados por este régimen urbanístico. Esto implica que, la inobservancia de alguno de sus contornos o límites, supone una oposición a la configuración misma del derecho de propiedad sobre el suelo, porque en el fondo supone una transgresión a su fin legitimador que es su función social. En otras palabras, con este enfoque vemos que, tanto la norma civil como la urbanística, operan en este punto específico, sobre el mismo objeto, pues sin el cumplimiento de ambas normativas, no puede surgir el régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Un enfoque público e integrativo del vínculo entre la norma civil y urbanística, nos permite no solo un nuevo entendimiento del D.L. N° 2.695 como herramienta de saneamiento del do-

52 CORDERO (2020), p. 191.

53 CORDERO (2020), p. 224.

54 CORDERO (2020), p. 225.

minio de asentamientos irregulares, sino que provee de una lectura coherente con una visión integral del proceso de saneamiento, esto es, comprensivo tanto del saneamiento del dominio como de la urbanización, entendiendo que una y otra son inseparables entre sí no solo en el sentido de una buena política pública, sino particularmente en el sentido de que se encuentran normativamente integradas en la conformación del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, objeto jurídico en el que confluyen.

Finalmente, considero que este enfoque es el único coherente con la regulación del orden del proceso general de producción de espacio urbano, en la ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante LGUC) y su Ordenanza. En efecto, como bien apuntan GONZÁLEZ y VALENZUELA, tratándose de asentamientos irregulares, la consolidación del dominio en favor de sus poseedores materiales, antes de encontrarse ejecutadas la totalidad de las obras de urbanización, supone la “alteración del orden del proceso establecido en la legislación general”⁵⁵, regulado por el artículo 136° de la LGUC, conforme al cual “mientras en una población, apertura de calles, formación de un nuevo barrio, loteo o subdivisión de un predio, no se hubieren ejecutado todos los trabajos de urbanización que exigen los dos artículos precedentes y la Ordenanza General, no será lícito al propietario, loteador o urbanizador de los terrenos correspondientes, enajenarlos, acordar adjudicaciones en lote, celebrar contratos de compraventa, promesas de venta, reservas de sitios, constituir comunidades o sociedades tendientes a la formación de nuevas poblaciones o celebrar cualquier clase de actos o contratos que tengan por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio de dichos terrenos”. Lo anterior, supone que la dinámica del proceso de producción *formal* del espacio urbano, se estructura sobre la base de condicionar la circulación o el tráfico jurídico de lotes resultantes de un proceso de loteo (materia entregada al Derecho Civil), a la ejecución total (recepción definitiva) de las obras de urbanización (materia entregada

55 GONZÁLEZ y VALENZUELA (2020), p. 248.

al Derecho Urbanístico)⁵⁶. Es en efecto, la forma en que opera el régimen urbanístico de la propiedad del suelo en el proceso de producción formal del espacio urbano. Por ello es que según vimos, el establecimiento de un sistema de saneamiento del dominio, previo y separado de la ejecución de las obras de urbanización, supone la alteración del orden del proceso establecido en la legislación general. Por consiguiente, al faltar o prescindir el sistema de un elemento del saneamiento, esto es, la urbanización, no hace sino favorecer la producción informal del espacio urbano⁵⁷, o al menos, en contradicción con la dinámica del proceso de producción formal⁵⁸.

4. HACIA LA CONFORMACIÓN DE UN SISTEMA DE REGULACIÓN INTEGRADO

4.1. Consideraciones generales

Previo a la entrada en vigor de la ley N° 20.234, que establece un procedimiento de saneamiento y regularización de loteos, bien podía afirmarse que no existía un régimen jurídico general para el saneamiento de la urbanización y el dominio de inmuebles que formen parte de asentamientos irregulares⁵⁹, fuera de la órbita de la ley N° 16.741, de 1968, y demás legislación de

56 Esto quiere decir que el ingreso del predio al tráfico jurídico está *subordinado* a la culminación de las obras de urbanización.

57 En este sentido autores como FERNANDES, han puesto énfasis en la “dimensión legal del proceso de urbanización”, sosteniendo que, en la doctrina especializada, no ha habido una discusión más profunda acerca de la naturaleza, rol e implicaciones de la ley en sí en el proceso de urbanización, sosteniendo que la mayoría de los estudios urbanos reduce el papel de la ley a una dimensión meramente instrumental, ascética y técnica. En este marco, plantea que la informalidad urbana no solo es producida por la “mezcla de la dinámica de los mercados inmobiliarios y de los sistemas políticos, sino también por los sistemas jurídicos, especialmente en lo que se refiere a la definición de los derechos de propiedad inmobiliaria urbana”, FERNANDES (2001), p. 30.

58 Véase nota 53.

59 Empleamos en lo sucesivo el término asentamiento irregular, que es el que emplea y define el texto vigente de la ley N° 20.234, de 2008, en su artículo 1°, aunque en su formulación de 2008 no se empleaba tal término, como veremos más adelante. Para efectos de una correcta distinción de los conceptos que se han empleado en la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal, para el tratamiento jurídico del fenómeno de la informalidad urbana, se añadirá un breve apartado sobre tal tema.

excepción⁶⁰; por lo que, los requerimientos de regularización recaían casi exclusivamente en el D.L. N° 2.695, el que como hemos visto, no contiene un estatuto diferenciado para tales asentamientos, puesto que su objeto nunca fue aplicarse a tales situaciones⁶¹.

En este periodo, a falta de régimen jurídico que recogiera el fenómeno de los asentamientos irregulares y dotara de un dispositivo general que vehiculice su saneamiento (urbanización y dominio)⁶²; y frente al hecho de que este tipo de asentamientos poblados configuran una infracción de la normativa urbanística general y local sobre planificación territorial con consecuencias espaciales, económicas y sociales⁶³, se impusieron indistintamente en la doctrina y uso foral los términos loteo al margen de la ley, loteo de hecho, o incluso loteo irregular, para referirse a tales asentamientos, fuera de las poblaciones declaradas en situación irregular de la ley N°16.741, de 1968, y demás estatutos de excepción.

60 Véanse: ley N° 16.282, de 1977, sobre disposiciones permanentes para casos de sismos o catástrofe; D.L. N° 2.833, de 1979, que simplifica tramites de transferencia de dominio y constitución de gravámenes y prohibiciones en sitios ubicados en poblaciones de propiedad de los servicios de vivienda y urbanización; y ley N° 18.138, de 1982, que faculta a las municipalidades para desarrollar programas de construcción de viviendas y de infraestructuras sanitarias. Por su parte, la ley N° 16.741, de 1968, estableció un sistema especial de saneamiento de títulos de dominio y urbanización de poblaciones en situación irregular, por Decreto Supremo del Presidente de la República. Al respecto, cabe destacar que la citada ley no refiere a loteos irregulares, sino a poblaciones en situación irregular, siendo la primera una expresión del uso foral (como lo hace SERVIU en sus “Certificados de Loteo Irregular” y que se conserva hasta hoy) para referirse a predios bajo su administración por Decreto Supremo en virtud de la ley N° 16.741, de 1968.

61 Véase el dictamen de la CGR N° 053687N08 acerca del objeto del D.L. N° 2.695.

62 A propósito de la falta de un reconocimiento general de los asentamientos irregulares en el ordenamiento jurídico de la época, vale la pena tener en cuenta la siguiente reflexión de OLLIVARES (2021), p. 146: “El o los cuerpos normativos encargados del tratamiento de loteos irregulares, no existen, dado que la ley no podría entrar a normar una situación irregular que, por lo anteriormente expuesto, surge por el no cumplimiento de las exigencias contenidas en leyes urbanísticas, es decir, no podemos normar aquello que la propia ley le dota el carácter de irregular al no cumplir con sus exigencias”.

63 Véase Mapa Social de Campamentos MINVU (2019), y en la literatura especializada a FERNANDES (2011), RIVAS (2013), entre otros.

4.2. La ley N° 20.234 y el Oficio Circular N° 1 de 2009

La necesidad de una normativa general que atendiera al problema de los asentamientos irregulares⁶⁴, dio lugar a la ley N° 20.234, que estableció un sistema excepcional, de aplicación general y temporal de saneamiento urbanístico de asentamientos irregulares⁶⁵, fijándose las bases de un estatuto de saneamiento del dominio diferenciado para dichos asentamientos, aunque este no fuere su objeto original. En efecto, el proyecto de ley en la parte pertinente rezaba: “Artículo 8°.- La recepción provisoria obtenida conforme a la presente ley habilitará al interesado, sea o no el propietario, para optar a programas que cuenten con financiamiento estatal destinados a la ejecución de obras de urbanización”. Es decir, que la recepción provisoria (en lo que respecta a este punto específico, insistimos) fue concebida originalmente con el objeto de permitir que los asentamientos pudieran optar a programas con financiamiento público para culminar las obras de saneamiento urbanístico. Nada se decía del saneamiento del dominio, en coherencia con un sistema general en donde el saneamiento urbanístico y del dominio no aparecen integrados. Sin embargo, la norma en su texto publicado quedó con el agregado “o saneamiento” después del vocablo “urbanización”⁶⁶, a partir de lo cual se interpretó en el sentido de autorizar el saneamiento del dominio, aunque no hubiere mención expresa al D.L. N° 2.695.

La interpretación estuvo a cargo del Oficio Circular N°1, de la Subsecretaría de Bienes Nacionales, de 2009, que recoge expresamente en su apartado III la situación de los “loteos irregulares”⁶⁷, señalando que “en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° de la ley N° 20.234 (...), se establece un procedimiento administrativo para la regularización de tales condiciones

64 Véase la Historia de la ley N° 20.234, de 2008, pp. 3-13.

65 GONZÁLEZ y VALENZUELA (2020), p. 250, explican esta idea del siguiente modo: “(...) es la principal herramienta de regularización de loteos vigente, configurada como una normativa excepcional, de aplicación general pero temporal”.

66 Se agregó por indicación del senador Horvatz, aunque no se indica en la historia de la ley cuál fue el fundamento, ni cuál era el sentido de tal indicación.

67 Aunque no definió el término, la ley N° 20.234, de 2008, empleo la expresión loteo irregular para referir a los actuales asentamientos irregulares.

urbanísticas y se autoriza además (...) para acogerse o postular a programas que cuenten con financiamiento estatal, destinados no solo a la ejecución de esas obras, sino que también al saneamiento de sus títulos de dominio. Esto, siempre que (...) hubieren tramitado y obtenido la recepción provisoria de las obras citadas”. Por consiguiente, el surgimiento de un sistema de saneamiento del dominio de asentamientos irregulares, en el que la consolidación del dominio aparece subordinada a la recepción provisoria⁶⁸ de las obras de urbanización, parece ser más propiamente creación de la interpretación administrativa de la Subsecretaría de Bienes Nacionales, en el marco de sus facultades discrecionales para regularizar la posesión material conforme al del D.L. N° 2.695 y, en tal sentido, una política pública de Gobierno antes que un sistema e institucionalidad jurídica propiamente tal.

Por tanto, razones de integración social y ordenamiento territorial, impusieron la necesidad de establecer una institucionalidad político jurídica que permitiera el saneamiento de asentamientos irregulares, con la ley N° 20.234, de 2008, como herramienta de saneamiento de la urbanización y el D.L. N° 2.695 como herramienta de saneamiento del dominio, subordinando la consolidación de éste último a la recepción provisoria de las obras de urbanización, acto urbanístico que permite, a lo menos, un mínimo de certeza jurídica en cuanto al ordenamiento y organización del asentamiento, y de las obras de urbanización que deben cumplirse, introduciendo algo de resguardo en cuanto al cumplimiento de las obligaciones del loteador que

68 Que sepamos, la recepción provisoria, es una innovación de la ley N° 20.234, de 2008. La LGUC y su Ordenanza, solo distingue entre recepción parcial o total, lo que da cuenta de un criterio espacial más que temporal (como ocurre en el caso de la recepción provisoria). “El proyecto va a permitir que los afectados -como las familias que hoy nos acompañan en las tribunas- puedan regularizar el loteo desde el punto de vista urbanístico. Para ello, se establece este procedimiento especial, en virtud del cual los ocupantes podrán solicitar a las direcciones de obras correspondientes la recepción provisoria del loteo, la que, al momento de otorgarla, tendrá que señalar las condiciones de urbanización faltantes, las que deberán ejecutarse en un plazo no superior a cinco años” Sra. Patricia Poblete, Ministra de Vivienda y Urbanismo (2006-2010), en historia de la ley N° 20.234, de 2008, p. 42.

impone el sistema general (LGUC y su Ordenanza)⁶⁹, aunque éstas todavía se encontraren pendientes de ejecución y recepción. Trátese, en efecto, de los primeros pasos hacia la integración del sistema de saneamiento del dominio con el saneamiento urbanístico⁷⁰.

4.3. La jurisprudencia administrativa y el Oficio Circular N°1 de 2019

El siguiente paso hacia la integración, con consecuencias en la aplicación del D.L. N°2.695 sobre el territorio, aparece, con data reciente, vinculado al fenómeno de la conformación de loteos o subdivisiones irregulares de predios (generalmente rurales) de grandes extensiones que configuren posibles núcleos urbanos, mediante el mecanismo de cesiones de derechos⁷¹, lo que ha supuesto un nuevo antecedente que funda la necesidad de un enfoque urbanístico en la aplicación del D.L. N° 2.695⁷². En efecto, fue la Contraloría General de la República (en adelante CGR) mediante dictámenes N° 42.084/2017, N° 2.806/2019, N° 20438/2019, N° E16097/2020, N° E129442/2021, la que ha ido perfilando el principio de que “frente a la normativa urbanística, el D.L. N° 2.695/1979 no puede transformarse en un instrumento de desregulación”, esto es, que “a través de esta vía de excepción no se pueden subsanar situaciones que vulneren la normativa de

69 En efecto, conforme a los artículos 65 letra b) de la LGUC y 1.1.2 de la OGUC, el loteo de terrenos es el proceso de división del suelo, cualquiera sea el número de predios resultantes, cuyo proyecto contempla la apertura de nuevas vías públicas y su correspondiente urbanización. De dicho proceso, surgen para el loteador dos importantes obligaciones: la de urbanizar (artículos 134 LGUC y 2.2.1, 2.2.4 OGUC) y la de ceder al Estado a título gratuito las circulaciones, áreas verdes y equipamiento (artículo 70 LGUC y 2.2.4 OGUC).

70 Aunque todavía supone, como hemos visto de GONZÁLEZ Y VALENZUELA (2020), p. 248, una alteración del orden del proceso establecido en la legislación general, en donde la urbanización, esto es, la ejecución y recepción de la misma, precede a la consolidación del dominio, conforme al artículo 136 LGUC. Realizan esta observación a propósito del mecanismo de saneamiento del dominio de la ley N° 16.741, de 1968, perfectamente extensible a la situación de la ley N° 20.234, de 2008, en su texto original.

71 Véase Circulares N°1, de 2019, N°1, de 2022 y N°3, de 2022.

72 El D.L. N° 2.695, de 1979 sería lo que CORDERO (2020), p. 161, llama normas de incidencia urbanística, esto es, “normas que, no siendo estrictamente urbanísticas, tienen incidencia en la materia”, tratándose en particular de aquellas que el citado autor llama “normas de incidencia urbanística centradas en la regulación del derecho de propiedad, aunque sin la pretensión de ordenar el uso del suelo desde una perspectiva pública”.

planificación territorial”⁷³. Por consiguiente, conforme a esta interpretación, el D.L. N° 2.695 contiene un procedimiento de excepción para regularizar la posesión material, mas no para el saneamiento de la irregularidad urbanística. En este marco, aparecerá en el plano legislativo la ley N° 21.108, de 2018, que introdujo al D.L. N° 2.695⁷⁴ el deber de acompañar un certificado de informaciones previas (CIP) con fines de regularización, emitido por la dirección de obras municipales correspondiente, el cual “deberá tenerse en consideración al momento de aprobar o rechazar la solicitud de regularización”, cláusula por la cual, sin afectar la discrecionalidad administrativa del Servicio, al no exigir una sujeción directa al contenido normativo del CIP, se introduce todo el bloque de legalidad⁷⁵ que conforma la totalidad de la normativa urbanística, al razonamiento jurídico que debe motivar el pronunciamiento del Servicio.

Sin embargo, pese a los avances en el plano legal y de la jurisprudencia administrativa, la dictación del Oficio Circular N° 1, de la Subsecretaría de Bienes Nacionales, de 2019, representó un claro intento por flexibilizar la aplicación del D.L. N° 2.695, así como de la jurisprudencia de la CGR recién citada, implicando una breve resistencia en el camino hacia la integración del sistema de saneamiento con la normativa urbanística. Por una parte, la citada Circular invocaba los criterios de jerarquía y especialidad como principios de hermenéutica jurídica, frente a una eventual colisión normativa, razonando que frente a una “discordancia entre la aplicación del D.L. N° 2.695/1979 con alguna disposición del instrumento de planificación”, debe primar el Decreto Ley, “por cuanto es una norma de mayor jerarquía legal, y que el ámbito de su regulación es de mayor especificidad”⁷⁶. Por otro lado,

73 Dictamen N° 2.806, de 2019.

74 Inciso 2° del artículo 5.

75 CORDERO, retomando la idea de PAREJO, enseña que “en el Derecho Urbanístico vemos una pluralidad de fuentes que parte con la ley, sigue con una frondosa regulación reglamentaria y continúa con un conjunto de instrumentos de planificación territorial con clara naturaleza normativa, con lo cual se amplía el abanico de lo que conforma el bloque de legalidad”, concluyendo para nuestro medio que “(...) la legalidad urbanística está conformada por un conjunto de normas de naturaleza legal, reglamentaria y diversos instrumentos de planificación urbanística (...)”, CORDERO (2020), p. 254.

76 Véase el apartado 2.3. del Oficio Circular N° 1, de 2019.

amparándose en la propia jurisprudencia administrativa, la citada Circular N° 1, de 2019, interpretó que lo central a la hora de analizar la pertinencia de una regularización emplazada en asentamiento irregular, lo constituía la buena o mala fe del poseedor material⁷⁷, facultándose para ponderar tal circunstancia⁷⁸, y estableciendo el principio de que “se deberá entender que no toda digresión de la normativa urbanística corresponde a un loteo irregular”⁷⁹.

A contrapelo de la tendencia legal y jurisprudencial, breve habría de ser la vida jurídica del citado Oficio Circular N° 1, de 2019, siendo la propia CGR quien echó por tierra la interpretación enarbolada por dicha Circular. En efecto, la CGR, en dictamen N° E129442/2021, establece que la buena fe no desvirtúa la presunción de conocimiento de la ley de los artículos 7 y 8 del Código Civil, por lo que cabe entender que lo central no es en modo alguno la disposición subjetiva del poseedor material de un predio emplazado en un asentamiento irregular, sino la infracción objetiva del régimen urbanístico⁸⁰. Ergo, el D.L. N° 2.695 regla un sistema excepcional de saneamiento del dominio, que no constituye un mecanismo para infringir las condiciones establecidas en la normativa urbanística y en la jurisprudencia administrativa.

4.4. El Oficio Circular N° 1 de 2022, la ley N° 21.477 de 2022 y el Oficio Circular N°3 de 2022

Con el fin de ajustarse a la jurisprudencia administrativa citada, se dictó el Oficio Circular N° 1, de la Subsecretaría de Bienes Nacionales, de 2022, que recoge definitivamente el principio de que el D.L. N° 2.695 no puede

77 Relevamos aquí que la Circular en comento, despreció como criterio la infracción objetiva de la normativa urbanística, esto es, como cuestión fáctica independiente del contenido subjetivo de la voluntad del poseedor.

78 En otro lugar expondremos una crítica más profunda a la doctrina de la buena fe del Oficio Circular N° 1, de 2019.

79 Apartado 2.3. del Oficio Circular N° 1, de 2019.

80 Lo que es lógico por cuanto la normativa urbanística surge del interés y necesidad general (social) de establecer un orden racional en la configuración de los asentamientos humanos, mediante la regulación del uso del suelo y la edificación, la que se funda en la función social de la propiedad constitucionalmente reconocida, como fin legitimador de la misma y configurativa de un régimen de propiedad urbanísticamente determinado.

transformarse en un instrumento de desregulación⁸¹, imponiéndose por tanto a nivel del Servicio un enfoque urbanístico coherente con la evolución normativa del D.L. N° 2.695 y la jurisprudencia administrativa aneja.

En este marco, se dicta la ley N° 21.477, de 2022, que introdujo modificaciones en materia de “requisitos, causales y modalidades aplicables, prórroga de su vigencia, además de mencionar la intervención directa y explícita del Ministerio de Bienes Nacionales en el saneamiento de loteos o asentamientos irregulares”⁸². Precisamente, una de las novedades más importantes introducidas, dice relación con la regulación del sistema de saneamiento del dominio de los predios que forman parte de un asentamiento irregular, desarrollado específicamente en los incisos 16° y 17° del artículo 4 de la vigente ley N° 20.234, de 2008, la que descansa sobre una lógica regla general/excepción. La regla general, conforme al inciso 16° del citado artículo 4, es que solo podrá requerirse la regularización del dominio una vez otorgada la recepción definitiva de las obras de urbanización del asentamiento. Solo excepcionalmente, cuando se trate del procedimiento del D.L. N° 2.695, podrá solicitarse la regularización del dominio de lotes desde la recepción provisoria, conforme al inciso 17° del mismo artículo. Sin embargo, según la misma norma, el otorgamiento del correspondiente título de dominio solo podrá verificarse una vez otorgada la recepción definitiva de las obras de urbanización del sector en que se emplaza el lote y respetando los deslindes que contemple el plano definitivo de regularización del asentamiento.

Como se observa, el espíritu tras el establecimiento de este sistema fue integrar definitivamente el procedimiento de regularización del D.L. N° 2.695 en el marco del sistema normativo urbanístico general que rige la formación de loteos (LGUC y su Ordenanza), en particular en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones del loteador (urbanización y cesión), lo que es coherente con la jurisprudencia administrativa (dictámenes CGR) y Oficio

81 Otras cuestiones, imposibles de tratar aquí, fueron problemáticas en este Oficio, como la relativa a la cesión de derechos inscritos.

82 Véase ORD. DCPR. N° 1348, de 2022, de la Subsecretaría de Bienes Nacionales.

Circular N° 1, de 2022, que han ido perfilando el principio de que el D.L. N° 2.695 no puede transformarse en un instrumento de desregulación o un mecanismo de elusión de las normas urbanísticas. Por ello, a fin de ajustarse a la nueva normativa, se dictó el Oficio Circular N° 3, de la Subsecretaría de Bienes Nacionales, de 2022, que reitera el criterio jurisprudencial ya asentado, en el sentido de que, tratándose de asentamientos irregulares, el saneamiento de la urbanización precede al saneamiento del dominio y éste se encuentra condicionado a la recepción definitiva de las obras de urbanización, lo que es coherente con el propio sistema general trazado por el artículo 136° LGUC.

Por consiguiente, con la entrada en vigor de la ley N° 21.477, de 2022, se buscó encausar al D.L N° 2.695 dentro del bloque de legalidad que conforma a la normativa urbanística en su totalidad, produciéndose la integración del sistema de saneamiento del dominio con el sistema de saneamiento de la urbanización, al condicionarse el título de dominio a la recepción definitiva de las obras de urbanización, lo que implica en efecto un retorno al orden del proceso general de producción del espacio urbano formal en la LGUC, rompiéndose la alteración de dicho orden promovida por la normativa de excepción.

Así, con el texto actual de la ley N° 20.234, bien puede afirmarse que el sistema general de saneamiento del dominio en el ordenamiento urbanístico nacional, se encuentra compuesto por tres estatutos básicos: El primero, relativo a los inmuebles afectos a la legislación de excepción, como las poblaciones declaradas en situación irregular conforme a las disposiciones de la ley N° 16.741, de 1968; el segundo, relativo a los inmuebles que forman parte de asentamientos irregulares que deban acogerse a las disposiciones de la ley N° 20.234, estos es, ejecución y recepción definitiva de obras de

urbanización como condición para la entrega del título vía D.L N° 2.695, y; el tercero, referido a todo otro inmueble fuera de los casos anteriores, a los que se aplica el régimen normal previsto por el D.L N° 2.695⁸³.

5. PRECISIONES CONCEPTUALES

A pesar de que, como hemos visto, los asentamientos irregulares son una realidad permanente en nuestro país⁸⁴, no ha imperado una nomenclatura única y pacífica, lo que puede aparejar confusiones conceptuales, por lo que se ha estimado pertinente agregar el presente apartado, particularmente destinado a contribuir al uso preciso de los conceptos.

5.1. Poblaciones en situación irregular, loteos irregulares y loteos de hecho

En efecto, previo a la dictación de la ley N° 20.234, no existía una nomenclatura legal general para referirse a los asentamientos poblados materializados con infracción de la normativa urbanística, por lo que se impusieron indistintamente en la doctrina y uso foral los términos loteo al margen de la ley, loteo de hecho, o incluso loteo irregular, para referirse a

83 GONZÁLEZ y VALENZUELA (2020), p. 229, nos explican la misma idea, pero ordenando las piezas de otro modo: “(...) este trabajo abordará la informalidad desde una perspectiva urbana analizando los tres principales cuerpos legales destinados a regularizar urbanísticamente las ocupaciones ilegales, a saber: la ley N° 16.741, de 1968, que Establece Normas para el Saneamiento de los Titulo de Dominio y Urbanización de Poblaciones en Situación Irregular, la ley N° 16.282, de 1977, de Sismos y Catástrofes y ley N° 20.234, de 2008, que Establece un Procedimiento de Saneamiento y Regularización de Loteos. En la práctica se ha visto su aplicación conjunta, complementando y subsanando los efectos indeseados de unas con la aplicación de las otras, lo que pone en evidencia no solo las complejidades de su operatividad, sino también sus falencias normativas y de gestión”.

84 Véase nota al pie N° 5. “(...) la producción informal de la ciudad en Latinoamérica hoy está dejando de ser excepción para convertirse en regla”. “(...) no se trata de un mero síntoma de un modelo de desarrollo económico y crecimiento urbano o de una simple distorsión de dicho modelo, sino del modelo en sí mismo, de la forma latinoamericana de producir espacio urbano, es decir, una producción de ciudad que se da, cada vez más, al margen de la ley, incumpliendo especialmente los estándares y criterios establecidos por la legislación civil y urbanística”, FERNANDES (2008), p. 26.

tales asentamientos, fuera de la ley N° 16.741, de 1968, y demás estatutos de excepción, ley que rehusó la expresión loteo irregular prefiriendo el más genérico de población en situación irregular.

Con la entrada en vigor de la ley N° 20.234, se introduce la referencia de loteo irregular para referirse a dichos asentamientos, aunque omite definiciones o alguna referencia a qué debe entenderse por tal⁸⁵. Sin embargo, frente a la opacidad de la norma, la creación doctrinal también empleó el concepto loteo de hecho, para referirse a este tipo de asentamientos, nomenclatura que encontraba asilo en la propia ley N° 20.234, en la expresión “materializados de hecho” del artículo 2 N° 1⁸⁶. Así, a nivel de conceptos legales, se distingue, por un lado, las poblaciones en situación irregular de la ley N° 16.741, de 1968; y, por otro, los loteos irregulares (o loteos de hecho) de la ley N° 20.234. Sin perjuicio de lo anterior, en el uso foral y en alguna doctrina y jurisprudencia, se reservará el empleo del concepto loteo irregular para referirse a las poblaciones en situación irregular de la ley N° 16.741, de 1968⁸⁷, y el concepto loteo de hecho, para referirse a aquellos asentamientos materializados al margen de la legalidad urbanística, que deben acogerse a la ley N° 20.234.

Posteriormente, un avance en la precisión del concepto de loteo irregular se produjo con la ley N° 20.562, de 2012, que modificó la ley N° 20.234, ley que, si bien también rehusó una definición, sí introdujo una referencia sustantiva e inequívoca acerca de qué debe entenderse por loteo irregular, entendiéndose por tales los asentamientos poblados que “no cuenten con la recepción definitiva de las respectivas Direcciones de Obras Municipales”⁸⁸. Misma situación se seguirá con la ley N° 20.812, de 2015 y la ley N° 21.206, de 2020, que no introducirán a la ley N° 20.234, cambios en esta materia,

85 Véanse artículos 3 y 4.

86 A propósito de la ley N° 20.234, de 2008, en su forma original, GONZÁLEZ y VALENZUELA (2020), p. 250, sostienen: “Esta ley tiene por objeto regularizar los loteos de hecho, desde un punto de vista exclusivamente urbanístico por medo de la aplicación de una serie de excepciones a las exigencias dispuestas al loteamiento del suelo (...)”.

87 Particularmente el SERVIU con el “Certificado de Loteo irregular”.

88 Ley N° 20.562, de 2012, que modificó la ley N° 20.234, de 2008.

salvo la última, que ampliará el concepto a los asentamientos que no cuenten con el permiso de loteo, con lo que se complementa la conceptualización de loteo irregular, el que ahora está vinculado a la falta de permiso de loteo como a la falta de recepción de obras de urbanización, esquema que se mantiene hasta el día de hoy.

5.2. El concepto de asentamiento irregular

Finalmente, la entrada en vigor de la ley N° 21.477 de 2022 introducirá el concepto de asentamiento irregular⁸⁹ a la ley N° 20.234, definiéndole en su artículo 1° inciso 1 como “asentamientos poblados que no cuenten con permiso o recepción de loteo otorgado por la respectiva Dirección de Obras Municipales”, o bien, como “ocupaciones de terreno que se materializaron sin el permiso o recepción definitiva correspondiente”⁹⁰; agregando el inciso 2 que “para efectos de esta ley, los asentamientos referidos en el inciso precedente se denominarán asentamientos irregulares”, por lo que conforme al artículo 20 del Código Civil “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. Por tanto, hoy debe estarse a la definición legal de asentamiento irregular, en el sentido de asentamiento humano sin permiso de loteo ni recepción de obras de urbanización.

El esquema conceptual queda, por tanto, constituido del siguiente modo: Por un lado, las poblaciones en situación irregular de la ley N° 16.741 de 1968, las que por uso foral (SERVIU) son referidas como loteos irregulares; y, por otro, los asentamientos irregulares de la ley N° 20.234, las que por uso foral y doctrinal son referidas también como loteos de hecho.

89 Fuera de la hermenéutica jurídica, se trata de la introducción de un concepto no solo más amplio y comprensivo, sino además socio-antropológico, en el sentido de que refiere al ser humano y su entorno. En cambio, loteo irregular, es más bien un concepto técnico que refiere al suelo y su división. El enfoque cambia desde el objeto, al sujeto colectivo conformador del asentamiento irregular.

90 La modificación legal también elimina la referencia a los loteos irregulares, la que se reserva en el artículo 16 para referirse a los “loteos irregulares acogidos a la ley N° 16.741 de 1968”.

6. CONCLUSIONES

El D.L. N°2.695, surge como una herramienta de saneamiento específicamente orientado a la regularización de la tenencia de un inmueble, sin atender a las circunstancias urbanísticas del mismo, por lo que no hace parte de un sistema de saneamiento integrado. En tal sentido, el sistema de saneamiento chileno se caracteriza por su fragmentación y heterogeneidad, por cuanto no se trata del diseño de un sistema en sí, sino del resultado de la sumatoria de instrumentos excepcionales. Se han formulado críticas al sistema, principalmente vinculadas a la falta de integración socio espacial de los asentamientos y las consecuencias negativas en el ordenamiento territorial, que mantiene la precariedad urbana no logrando integrar el asentamiento a la ciudad formal.

Se propone entonces una revisión del fenómeno, a partir de un enfoque urbanístico y de derecho público, que provee de una relectura de los vínculos entre propiedad y legislación urbanística. Por un lado, se emplea la noción de régimen urbanístico de la propiedad del suelo, para afirmar que el objeto del D.L. N° 2.695 no es la consolidación del dominio en abstracto, sino de la propiedad sobre el suelo *urbanísticamente determinado*, lo que provee una lectura coherente con una visión integral del proceso de saneamiento (dominio y urbanización) y con el orden del proceso de producción formal de espacio urbano en la legislación general (LGUC).

En el plano legal, hemos visto que con la entrada en vigor de la ley N° 20.234, se estableció un régimen excepcional, de aplicación general y temporal de saneamiento urbanístico de asentamientos irregulares, que -aunque no mencionaba expresamente el saneamiento del dominio vía D.L. N° 2.695- éste se implementó sobre la base de la interpretación administrativa de la Subsecretaría de Bienes Nacionales, surgiendo un sistema de saneamiento del dominio subordinado a la recepción provisoria de las obras

de urbanización. Se trata en efecto, de un sistema general, en parte legal y parte política pública, que representa los primeros pasos hacia la integración de ambas formas de saneamiento.

En coherencia, hemos visto el criterio reiterado de CGR en orden a que D.L. N° 2.695 no puede ser utilizado como una herramienta de desregulación frente a la normativa urbanística, a lo que se agrega la ley N° 21.108, de 2018, mediante la cual –sin afectar la discrecionalidad administrativa del Servicio– se introduce el bloque de legalidad que conforma la totalidad de la normativa urbanística, al razonamiento jurídico del procedimiento de regularización del D.L. N° 2.695. Sin embargo, a pesar de los avances legales y jurisprudenciales, el Oficio Circular N°1, de 2019, intentó flexibilizar la aplicación del D.L. N° 2.695, aunque fue posteriormente descartado por la propia CGR.

Con el objetivo de cumplir con la jurisprudencia administrativa, se emitió el Oficio Circular N° 1, de 2022. En este marco, se promulgó la ley N° 21.477, de 2022, que introduce modificaciones sustantivas a la ley N° 20.234. Esta ley regula el sistema de saneamiento del dominio en asentamientos irregulares vía D.L. N° 2.695, estableciendo que el título de dominio solo puede otorgarse una vez obtenida la recepción definitiva de las obras de urbanización. Se emitió el Oficio Circular N° 3, de 2022, reafirmando este criterio. Por consiguiente, hemos afirmado, que el espíritu tras la dictación de la ley N° 21.477, de 2022, que modificó el régimen de la ley N° 20.234, fue el diseño de un sistema de saneamiento de asentamientos irregulares que integra el procedimiento de regularización del D.L. N° 2.695, en el marco del sistema normativo urbanístico general que rige la formación de loteos en Chile, al condicionar el saneamiento del dominio a la recepción definitiva de las obras de urbanización, integrando así ambos sistemas de saneamiento.

Sin perjuicio de lo concluido a nivel dogmático, una cuestión crítica observada se relaciona con la estructural del sistema de urbanización chileno, el cual entrega a la disposición privada la etapa de ejecución de la

urbanización⁹¹, lo que en el contexto de la realidad socioeconómica de los asentamientos irregulares en nuestro país resulta en una limitación directa dados los altos costos de todo proceso de urbanización. Esto sugiere que, si no se arbitran mecanismos, más allá del impulso privado, en la ejecución de la urbanización de asentamientos irregulares, se corre el riesgo de perpetuar la irregularidad, al no poder obtener la recepción definitiva y, por tanto, el saneamiento del dominio. En otras palabras, la integración normativa puede resultar contraproducente, si no se arbitran mecanismos públicos de intervención en la etapa de ejecución de las obras de urbanización.

Vinculado a lo anterior, se observa su vez la carencia de una integración a nivel institucional, en el sentido de servicios públicos que operen sobre la base de un sistema único. La integración de que se habla, por tanto, tiene lugar en el marco de las condiciones urbanísticas más generales, pero no existen en nuestro ordenamiento órganos públicos con facultades y que operen en el marco de un sistema general de saneamiento de asentamientos irregulares. Esto resulta de suma relevancia, ya que se detecta que en general los procesos de saneamiento pueden exceder las capacidades y recursos técnicos de la organización de los asentamientos y de las municipalidades respectivas, pudiendo resultar nuevamente factor de la irregularidad.

Por último, se observa que existen proyectos de ley en proceso de discusión parlamentaria que pueden poner en riesgo el sistema recientemente introducido por la ley N° 21.477, de 2022, que consideró un avance en pos de la integración socio espacial de los asentamientos irregulares, ya que –conforme al boletín N° 15304-14- se pretende permitir el saneamiento del dominio con certificado de recepción provisoria de obras y condiciones mínimas de urbanización, acreditadas con el certificado otorgado por la respectiva Dirección de Obras Municipales. Lo anterior, y cualquier reforma en tal sentido, suponen una evidente contradicción con el sistema recientemente en vigor (saneamiento condicionado a la recepción definitiva y conforme al orden del proceso regulado en la LGUC y su Ordenanza), lo que podría im-

91 Véase CORDERO (2020), pp. 244-245.

plicar un retroceso al sistema anterior a la ley N° 21.477, de 2022. Se estima que, excepcionalmente, la facultad de sanear el dominio en asentamientos irregulares con recepción provisoria, debe estar circunscrita no solo a las condiciones mínimas de urbanización, sino a otras dos condiciones: Por un lado, que el asentamiento se encuentre amparado por alguna estrategia de radicación pública (Serviu, Municipal); y, por otro, que el alzamiento de la prohibición de enajenar⁹² quede sujeto al certificado de recepción definitiva de obras de urbanización. Lo anterior, siempre como excepción al sistema general ya contenido en el actual texto vigente de la ley N° 20.234.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABRAMO, Pedro (2012): “La ciudad com-fusa: mercado y producción de la estructura urbana en las grandes metrópolis latinoamericanas”, en Revista EURE (Vol. 38, N°114), pp. 35-69.

ÁLVAREZ, Manuel (2023): Visión jurisprudencial y legislativa, Decreto Ley (DL) N°2.695 pequeña propiedad raíz. (Santiago de Chile, Editorial Hammurabi).

ÁNGEL, S., BROWN, E., DIMITROVA, D., EHRENBURG, D., HEYES, J., KUSEK, P. & ERNESTO, V. (2006): Secure tenure in Latin America and the Caribbean: Regularization of informal urban settlements in Peru, Mexico and Brazil. Woodrow Wilson School of Public and International Affairs. (New Jersey, Princeton University).

BAHAMONDES, Claudia (2020): Por una correcta aplicación práctica del D.L. N°2.695 y la seguridad del registro conservatorio. En A.A.V.V., Estudios de derecho privado II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado (Santiago, DER Editores), pp. 137-154.

92 Artículo 17 del D.L. N° 2.695.

BRAIN, Isabel y SABATINI, Francisco (2006): “Los precios del suelo en alza carcomen el subsidio habitacional, contribuyendo al deterioro en la calidad y localización de la vivienda social”, en: *Prourbana* (Nº 4), pp. 2-13.

BRAIN, Isabel, CUBILLOS, Gonzalo y SABATINI, Francisco (2007): “Integración social urbana en la nueva política habitacional”, en: *Temas de agenda pública* (Vol. 2, Nº 7), pp. 1-15.

BRAVO, Sebastián (2019): “Asentamientos informales en Chile: aumento esperable de un problema conocido”, en: *Revista CIS* (Nº 27), pp. 7-12.

CARCELLER, Antonio (1981): *Instituciones de Derecho Urbanístico*. (Madrid, Editorial Montecorvo).

CLICHEVSKY, Nora (2000): *Informalidad y segregación urbana en América Latina. Una aproximación*. (Santiago de Chile, CEPAL).

CLICHEVSKY, Nora (2006): *Regularizando la informalidad del suelo en América Latina y el Caribe. Una evaluación sobre la base de 13 países y 71 programas*. (Santiago de Chile, CEPAL).

COCKBURN, Juan (2009): “Títulos de propiedad, mercados y políticas urbanas”, en: *Centro-h* (Nº 3), pp. 47-62.

COCKBURN, Juan (2013): *Titulación masiva de tierras en el Perú 2007-2011*. Documento de Trabajo del Lincoln Institute of Land Policy.

CONNOLLY, Priscila (2013): “La Ciudad y el Hábitat Popular: Paradigma Latinoamericana”, en: *Teorías sobre la Ciudad en América Latina* (Vol. II), pp.505-562.

CORDERO, Eduardo (2020): *Estudios sobre propiedad y derecho urbanístico*. (Valencia, Tirant lo Blanch).

COSTA, Aline y HERNÁNDEZ, Agustín (2010): “Análisis de la situación actual de la regularización urbana en América Latina: La cuestión de la tenencia segura de los asentamientos informales en tres realidades distintas: Brasil, Colombia y Perú”, en: Revista INVI (Vol. 25, N° 68), pp. 121-152.

DE MATTOS, Carlos (1999): “Santiago de Chile, globalización y expansión metropolitana: lo que existía sigue existiendo”, en: EURE (Vol. 25 N° 76), pp. 29-56.

DE MATTOS, Carlos (2002): “Transformación de las ciudades latinoamericanas: ¿Impactos de la globalización?”, en: EURE (Vol. 28 N° 85), pp. 5-10.

DE MATTOS, Carlos (2010): “Globalización y metamorfosis metropolitana en América Latina: de la ciudad a lo urbano generalizado”, en: Revista de Geografía Norte Grande (N° 47), pp. 81-104.

DE MATTOS, Carlos (2015): “Lefebvre, producción del espacio, revolución urbana y urbanización planetaria”, en: Lefebvre revisitado: capitalismo, vida cotidiana y el derecho a la ciudad, pp. 37-56.

DE RAMÓN, Armando (1985): Estudio de una periferia urbana: Santiago de Chile, 1850-1900. Historia, pp. 199-289.

DE RAMÓN, Armando (1990): “La población informal. Poblamiento de la periferia de Santiago de Chile. 1920-1970”, en: EURE (Vol. 16 N° 50), pp. 5-17.

DE RAMÓN, Armando (2018): Santiago de Chile (1541-1991): Historia de una sociedad urbana. (Santiago de Chile, Catalonia).

DE SOTO, Hernando (1986): El otro sendero – la revolución informal. Instituto Libertad y Democracia. (Perú, Editorial El Barranco).

DE SOTO, Hernando (2000): El misterio del capital. (Perú, Grupo Editorial Norma).

FERNANDES, Edesio (2001): Urban illegality and security of tenure. En Las campañas mundiales de seguridad en la tenencia de la vivienda y por una mejor gobernabilidad urbana en América Latina y el Caribe. (Santiago de Chile, CEPAL).

FERNANDES, Edesio (2003): “Programas de regularización de la tenencia de la tierra urbana y pobreza urbana en Latinoamérica”, en: Revista Vivienda Popular 12, pp. 5-16.

FERNANDES, Edesio (2008): “Consideraciones generales sobre las políticas públicas de regularización de asentamientos informales en América Latina”, en: Revista EURE (Vol. 34 N°102), pp. 25-38.

FERNANDES, Edesio (2011): Regularización de asentamientos informales en América Latina. (Cambridge, Lincoln Institute of Land Policy).

FERNANDES, Edesio y SMOLKA, Martim (2004): “Land Regularization and Upgrading Programs Revisited”, en: Land Lines (N° 16), pp. 12-16.

FERNÁNDEZ, Tomás (2006): Manual de Derecho Urbanístico, diecisieteava edición, (Madrid, El Consultor).

FUNDACIÓN TECHO (2023): Catastro nacional de campamentos 2022-2023. Santiago de Chile. Disponible en <https://cl.techo.org/catastro/>. [Fecha de última consulta: 11.09.2023].

GÓMEZ, Rosa (2020): “Sistema de regularización de inmuebles en Chile”, en: Estudios sobre la regularización urbana y registral en Iberoamérica (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 295-330.

GONZÁLEZ, María. y VALENZUELA, Paulina (2020): “Regularización urbana en Chile: principales instrumentos jurídicos para la regularización de loteos informales”, en: Estudios sobre la regularización urbana y registral en Iberoamérica (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 227-263.

GOTTDIENER, Mark (1985): The Social Production of Urban Space. (Austin, University of Texas Press).

JARAMILLO, Samuel (2008): “Reflexiones sobre la “informalidad” fundiaria como peculiaridad de los mercados del suelo en las ciudades de América Latina”, en: Territorios (N°18-19), pp. 11-53.

LEFEBVRE, Henri (1974): La producción del espacio. (Madrid, Capitán Swing).

LEHMANN, Rodrigo (2019): “El saneamiento de la pequeña propiedad raíz”, en: Revista Chilena de Derecho Privado. pp. 285-297.

MELLADO, Verónica (2019): Principales aspectos de la legislación para la regularización de asentamientos informales. BCN - Elaborado para la Comisión de Vivienda, Urbanismo y Bienes Nacionales de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión boletines refundidos N°12.756- 14; 12.871-14; 12.872-14 y 12.899-14.

MELLADO, Verónica (2020): Asentamientos irregulares: normativa para la regularización de su urbanización. BCN - Elaborado para la Comisión de Vivienda y Urbanismo, Senado (Boletines refundidos N°s12.756-14, 12.871-14, 12.872-14 Y 12.899-14).

MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2019). Catastro Nacional de Campamentos. Disponible en <https://storymaps.arcgis.com/stories/dfe1fe1afd334ec790f879e736a5af5e>. [Fecha de última consulta: 11.09.2023].

MOSSO, Emilia (2017): “Políticas {neoliberales} de regularización dominial del suelo urbano”, en: *Espacio, cultura, sociedad* (Vol. 22, N° 22), pp. 91-110.

OLIVARES, María (2021): “Loteos irregulares en Chile. Un breve acercamiento a la normativa urbanística de regularización y saneamiento”, en: *Revista de Ciencias Sociales* (N° 79), pp. 138-168.

PAREJO, Luciano (1981): “El Urbanismo ante el Derecho”, en: *R.D.U* (N°71), pp. 41-54.

PAREJO, Luciano (1986): *Derecho Urbanístico*. (Mendoza, Instituciones Básicas).

PAREJO, Luciano (2020): “La disciplina urbanística en el ordenamiento español: una sintética visión panorámica”, en: *Estudios sobre la regularización urbana y registral en Iberoamérica* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 20-32.

RIOS, Lautaro (1985): “El urbanismo y los principios fundamentales del derecho urbanístico”. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, España.

RIVAS, Alejandra (2013): “Campamentos: factores socioespaciales vinculados a su persistencia”. Tesis para optar al grado de Magíster en Urbanismo, Universidad de Chile.

RODRÍGUEZ, Alfredo y SUGRANYES, Ana (2004): “El problema de vivienda de los “con techo””, en: *Revista EURE* (Vol. 30 N° 91), pp. 53-65.

RODRÍGUEZ, Alfredo y SUGRANYES, Ana (Eds.) (2005): *Los con techo. Un desafío para la política de vivienda social* (Santiago, SUR).

SALAH, María (2010): “El DL N°. 2.695, naturaleza jurídica y funciones”, en: Estudios de Derecho Civil y Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santiago, Legal Publishing), pp. 257-272.

SEPÚLVEDA, Marco (2011): El D.L. N° 2.695 de 1979 ante la jurisprudencia, tercera edición, (Santiago, Editorial Metropolitana).

SEPÚLVEDA, Marco (2019): “La regularización de la propiedad raíz en Chile”, en: Revista de Derecho Inmobiliario (N° 1), pp. 379-389.

SMOLKA, Martim (2002): “Regularización de la ocupación del suelo urbano: El problema que es parte de la solución, la solución que es parte del problema”, en: A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano (Belo Horizonte, Del Rey).

SMOLKA, Martim y DAMASIO, Claudia (2005): “El Urbanizador Social: un experimento en políticas del suelo en Porto Alegre”, en: Perspectivas urbanas. Temas críticos en políticas de suelo en Cambridge, Massachusetts, USA.

ZAVALA, José y ZAVALA, José (2023): El D.L N° 2.695 y su jurisprudencia (Santiago, Libromar).

CAPACIDAD Y MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD EN LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ANÁLISIS A PROPÓSITO DE LA REFORMA PERUANA¹

CAPACITY AND EXPRESSION OF WILL IN LEGAL ACTS HELD BY PERSONS WITH DISABILITIES: ANALYSIS OF THE PERUVIAN REFORM

Sandra Manrique Urteaga²

Resumen

El presente artículo analiza el contexto de celebración de actos jurídicos por las personas con discapacidad, partiendo para ello de la descripción del estado de las cosas antes de la reforma, en las que se exigía para celebrar actos jurídicos, la intervención del denominado “agente capaz”, categoría esbozada en base a la dicotomía de personas capaces -aquellas habilitadas para celebrar válidamente un acto jurídico- y de otro lado personas incapaces -aquellas a quienes se les vedaba la posibilidad de celebrarlos directamente, pudiendo hacerlo solo a través de un representante, quien sustituía su voluntad. Se explica a continuación, que es a partir de los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad y en el ámbito peruano, de las modificatorias introducidas por

1 Artículo recibido el 06 de junio de 2023 y aceptado el 08 de noviembre de 2023.

2 Doctora en Ciencias mención Derecho por la U. Nacional de Cajamarca. Máster en Familia e Infancia por la U. de Barcelona. Profesora y directora de la Escuela Académico profesional de Derecho de la U. Nacional de Cajamarca, Perú. ORCID: 0000-0001-8983-2978. Dirección postal: Av. Atahualpa Km. 3, Cajamarca, Perú. Correo electrónico: smanrique@unc.edu.pe.

el Decreto Legislativo 1384 y su Reglamento³, que todas las personas mayores de dieciocho años independientemente de su discapacidad están aptas para celebrar actos jurídicos directamente o con la asistencia de apoyos. Así, el reconocimiento de capacidad jurídica posibilita la celebración de actos jurídicos, sin embargo, tal facultad de intervención solo constituye el punto de partida, pues, como consecuencia de ello, la discusión escala al análisis de la manifestación de voluntad como requisito para la celebración de dichos actos jurídicos, quedando claro que reconocida la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, ahora corresponde evaluar si para la formación y expresión de su voluntad, la actual regulación normativa y la doctrina es adecuada, suficiente y pertinente en atención a las particularidades generadas por la intervención en los actos jurídicos de la persona con discapacidad y los apoyos, o por el contrario hay que reestructurarlas y/o complementarlas.

Palabras claves

Personas con discapacidad, capacidad jurídica, apoyos, manifestación de voluntad.

Abstract

This article analyzes the context of the execution of legal acts by people with disabilities, starting from the description of the state of affairs before the reform, in which the intervention of the so-called “capable agent” was required to conclude legal acts, a category outlined based on the dichotomy of capable persons -those authorized to validly conclude a legal act- and on the other hand incapable persons -those who were prohibited the possibility of to celebrate them directly, being able to do so only through a representative, who substituted his will. It is explained below that it is based on the postulates of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and, in the Peruvian context, of the modifications introduced by Legislative Decree 1384 and its Regulations, that all persons over eighteen years of age, regardless of their disability, are entitled to enter into legal acts of law directly or with the assistance of supports. Thus, the recognition

3 D. S. N° 016-2019, de 2019.

of legal capacity makes it possible to conclude legal acts, however, such power of intervention only constitutes the starting point, since, as a consequence, the discussion escalates to the analysis of the expression of will as a requirement for the conclusion of such legal acts, making it clear that recognizing the legal capacity of persons with disabilities, now it is time to assess whether for the in order to form and express their will, the current normative regulation and doctrine is adequate, sufficient and pertinent in view of the particularities generated by the intervention in the legal acts of the person with disabilities and the supports, or on the contrary they must be restructured and/or complemented.

Keywords

People with disabilities, legal capacity, support, expression of will.

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad constituye uno de los mayores logros en materia de derechos humanos que se ha alcanzado en los últimos tiempos, en sintonía con los principios de igualdad y no discriminación y el derecho a una vida independiente.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las personas con discapacidad ha reconocido capacidad jurídica a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones; situación que tiene un marcado impacto en la autorregulación de su propia esfera jurídica, pues, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma, ahora pueden vincularse jurídicamente interviniendo directamente en la celebración de actos jurídicos, algunos de los cuales, por decisión voluntaria o determinación judicial se deberán configurar con la asistencia de apoyos.

La facultad otorgada a las personas con discapacidad para la celebración de actos jurídicos, constituye el punto de partida; sin embargo, ello no se agota allí, pues corresponde evaluar la manera en la que las personas con

discapacidad pueden formar y manifestar su voluntad, cuando la construcción normativa y doctrinaria tradicional ha sido realizada en base a las denominadas personas “capaces”, y en consecuencia los vicios que pudiesen presentarse a nivel de formación o declaración de voluntad y las consecuentes causales de invalidez, también se han elaborado en atención al agente capaz.

Así, este artículo muestra la construcción normativa y doctrinaria de la manifestación de voluntad configurada para personas sin discapacidad y plantea la necesidad de que la manifestación de voluntad para el caso de las personas con discapacidad deba ser reestructurada y complementada atendiendo por ejemplo al tipo de discapacidad y a la intervención de los apoyos en la celebración de actos jurídicos; asimismo, propone incorporar algunas causales de invalidez estrictamente aplicables a los actos jurídicos celebrados por una persona con discapacidad.

Habiendo transcurrido más de cuatro años de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1384, se analiza en el ámbito fáctico, una resolución relacionada directamente con la manifestación de voluntad para la celebración de actos jurídicos específicos por una persona con discapacidad que cuenta con la asistencia de apoyos, de la que se puede advertir el establecimiento de consecuencias jurídicas distintas respecto a la invalidez de los actos jurídicos en atención a la intervención del apoyo en el proceso de conformación y declaración de la voluntad.

2. BREVES NOTAS REFERIDAS A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) elaborada en New York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Perú el 30 de enero de 2008 y cuya vigencia data del 3 de mayo de 2008, se constituye en el primer instrumento internacional de derechos humanos que establece el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad.

La Convención replantea la tradicional idea de que la capacidad de la persona esté en correspondencia a circunstancias de “normalidad” basadas en no sufrir de anomalías físicas, sensoriales, intelectuales o psíquicas; entendiendo, desde una visión amplia e incluyente, la consagración de su autonomía, esto es, que toda persona, con independencia de su discapacidad, puede decidir respecto a los actos de su vida civil, claro, reconociendo expresamente la necesidad de la implementación de apoyos en aquellas situaciones necesarias para la efectivización de sus derechos y su participación plena en diversos ámbitos como el familiar, social, educativo, empresarial, laboral, etc. Así, este cambio revolucionario radica en dotar de capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas y no excluirlas de la posibilidad de ser propietarias, heredar y contratar.⁴

Se fundamenta en el respeto por la dignidad, la igualdad y la libertad personal, y propicia la inclusión social y la autonomía de la persona con discapacidad para decidir en igualdad de oportunidades que los demás y poder efectivizar sus planes de vida.

Para comprender el estándar de capacidad jurídica recogido por la Convención, es elemental ocuparnos del abordaje que históricamente se ha dado a la discapacidad, desarrollando para tal efecto los tres modelos o paradigmas: el de prescindencia, el rehabilitador y el social.

El modelo de prescindencia, explica el origen de la discapacidad en motivos de carácter religioso, que encierran mensajes diabólicos y son producto de la ira de los dioses, calificándose a las personas que la padecían como innecesarias para la sociedad, siendo justificado prescindir de ellas; bajo la postura extrema de este modelo, las prácticas eugenésicas como el infanticidio en función a la diversidad funcional y a considerarlos una carga para los padres y la sociedad estaban justificadas. En una versión menos radical se parte de la marginación y exclusión, considerando a las personas con discapacidad como objeto de compasión. Para el modelo médico

4 CONSTANTINO y BREGAGLIO (2022), p.156.

rehabilitador, las causas que originan la discapacidad se encuentran en la propia persona, son de carácter médico, existe cierto déficit en ella producto de enfermedad, un accidente o alguna condición de salud; a diferencia del modelo anterior que prescindía y marginaba, este modelo busca recuperar o “normalizar” a la persona con discapacidad a partir de un tratamiento médico individualizado que le permita asimilarla a una persona sin discapacidad. La crítica a este modelo es que el pasaporte de la integración pasa a ser el ocultamiento de la diferencia, considerando a la persona con discapacidad desviada de un supuesto estándar de normalidad⁵.

El modelo social, plantea que la discapacidad se origina en las deficiencias de la sociedad traducidas en barreras discapacitantes y no en la deficiencia de la persona con discapacidad; así, las causas que la originan son eminentemente sociales, ello implica que las personas con discapacidad están en la aptitud de aportar a la comunidad en igual medida que el resto de personas sin discapacidad; pero valorando y respetando su condición de personas diferentes, al respecto, Palacios precisa:

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y así aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social y estándares sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, participación, entre otros. El modelo parte de la premisa que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a la persona con discapacidad. Asimismo apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto a su propia vida y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera discapacitante a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades⁶.

5 PALACIOS (2015), pp. 9 y ss.

6 PALACIOS (2008), pp. 27 y ss.

El modelo social se encuentra recogido en la CDPD, Alemany⁷ señala al respecto:

La Convención parte de un concepto de discapacidad que tiene tres características: 1) el “modelo social”, de modo que la discapacidad es un “concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno” (Preámbulo, apartado “e”).

Bregaglio y Constantino⁸ precisan que la discapacidad, para el modelo social, no es una cuestión estática intrínseca a la persona, sino una construcción social dinámica que se origina en la interacción que se produce entre las deficiencias de la persona y las barreras que impone la sociedad, se distingue la deficiencia (lo biológico) de discapacidad (lo social), trasladándose al Estado y la sociedad, la responsabilidad de la inclusión de las personas con discapacidad mental.

Como se observa, los aspectos más resaltantes del modelo social son: el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, su inclusión plena a la sociedad respetando y valorando las diferencias, la necesidad de que el Estado y la sociedad remuevan las barreras discapacitantes y la igualdad jurídica y no discriminación en el ejercicio de sus derechos.

El artículo 1 de la Convención⁹, recoge de manera muy ilustrativa los postulados del modelo social de discapacidad adoptado, así precisa:

“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”

7 ALEMANY (2018), p. 204.

8 BREGAGLIO y CONSTANTINO (2019), p. 34.

9 ONU, Asamblea General. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), artículo 1.

La CDPD reconoce principios como la autonomía individual, expresada en la libertad para tomar las propias decisiones, la independencia, la no discriminación, la participación e inclusión en la sociedad y la igualdad de oportunidades, como esenciales para consolidar una perspectiva de derechos humanos frente a las personas con discapacidad.

Asimismo, establece en su artículo 12¹⁰ que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto, en todos los aspectos de la vida; las considera como sujetos de derecho y no como objetos de protección, independientemente del tipo de discapacidad que las afecte.

Se produce así, un cambio de paradigma, pasando de un modelo de sustitución de la voluntad (propio de la interdicción) a un modelo de apoyos en la toma de decisiones para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Para Bariffi¹¹ el modelo que propugna el artículo 12 de la CDPD:

10 “Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

11 BARIFFI (2016), pp. 41 y ss.

(...) se conforma por la integración armónica de tres elementos (Capacidad + Apoyos + Salvaguardias). En primer lugar, el reconocimiento pleno y efectivo de la capacidad de obrar respecto de todas las personas con discapacidad. En segundo lugar, el deber del Estado de reconocer y proporcionar los apoyos necesarios para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, cuando ello fuera necesario. Por último, el deber por parte del Estado de procurar las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

El establecimiento de apoyos resulta un elemento fundamental para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Para Bustamante e Isaza¹² esta nueva concepción de la capacidad jurídica tiene un gran impacto respecto a la participación y relacionamiento de las personas con discapacidad en los diversos ámbitos de su vida, pues, tradicionalmente, la sustitución de la voluntad era la respuesta jurídica para asegurar la validez de sus actos, que solo podrían celebrarse válidamente mediante la intervención de un tercero designado para decidir en nombre de ella; aún, cuando ello se justificaba en su protección, lo cierto es que la voluntad y derechos de la persona con discapacidad no se tenían en cuenta para las decisiones sobre su vida.

El radical cambio de concepción involucra comprender que la discapacidad no puede ser una razón para restringirles su poder de actuación y realización de actos relacionados con su propia esfera jurídica, por lo que está proscrita toda situación que implique su exclusión y la posibilidad de que sea un representante quien ejerza sus derechos.

Lo afirmado se sustenta específicamente en lo descrito en el referido artículo 12, inciso segundo, pues conforme lo precisan Bregaglio y Constantino¹³ “la norma es clara al plantear que la discapacidad deja de ser un motivo

12 BUSTAMANTE e ISAZA (2019), pp. 4-13.

13 BREGAGLIO y CONSTANTINO (2023), p. 18.

para excluir a la persona de la posibilidad de tomar decisiones jurídicamente vinculantes, sin embargo no lo es respecto a si otras condiciones, que pueden estar estrechamente vinculadas a la discapacidad, podrían ser una razón válida para dicha restricción”. Se deduce así, toda imposibilidad de exclusión de las personas con discapacidad en la toma de decisiones, sin embargo, conforme lo precisan los autores citados, la norma no aclara si podrían generarse otras restricciones derivadas por ejemplo del tipo de diagnóstico de discapacidad, de si la decisión pasa el filtro de razonabilidad en un contexto determinado o de la comprensión o no por parte de la persona con discapacidad de las implicancias del acto jurídico a celebrar; debiéndose tener en cuenta que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General N° 01 identifica los criterios antes precisados, como razones que se usan para la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, precisando que cualquier restricción resulta discriminatoria y vulnera el artículo 12 de la CDPD.

3. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y EL DECRETO LEGISLATIVO 1384

3.1. La capacidad jurídica en el Código Civil de 1984

Hablar de capacidad es referirnos a un atributo fundamental de la personalidad, para Torres “Es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y para realizar actos con eficacia jurídica”¹⁴. Se distinguen, la capacidad de goce, denominada también capacidad de derecho o jurídica, considerada como la aptitud para ser titular de derechos y deberes; titularidad que es actual, aunque su efectividad no necesariamente lo sea así; caracterizándose por ser genérica y no admitir limitaciones.

De otro lado, la capacidad de ejercicio, llamada también capacidad de obrar se refiere a la posibilidad de ejercer por uno mismo los derechos y deberes. Esta capacidad ha admitido restricciones por razones de edad, salud

14 TORRES (2007), p. 163.

física o mental. La regulación de la capacidad de ejercicio la encontramos en el artículo 3 del Código Civil y la capacidad de ejercicio en los artículos 42 y siguientes.

Así, el Código Civil estipuló restricciones a la capacidad de obrar, además de las relacionadas con la edad, aquellas ligadas a razones de salud, calificando a las personas con discapacidad mental como incapaces relativos¹⁵ o absolutamente incapaces¹⁶, según los supuestos de hecho diseñados en la previsión normativa.

Mejía¹⁷ refiriéndose al Código Civil de 1984, -entiéndase antes de la modificatoria introducida por el Dec. Leg. 1384-, precisa que la capacidad se regía bajo el binomio capacidad versus incapacidad, manteniéndose vigentes las instituciones de la interdicción y la curatela; así el régimen legal para las personas mayores con alguna discapacidad seguía el modelo médico rehabilitador, de modo tal que una vez declarada la interdicción, la persona era sustituida por un curador, quien actuaba por ella; bastando para acreditar la incapacidad, el certificado médico, el cual se constituía en la prueba suficiente para que el Juez declare a la persona incapaz interdicta y designe un curador elegido según un orden de prelación familiar determinado por el Código.

En la tradicional regulación de la capacidad, las denominadas personas incapaces, necesitaban de un representante legal (curador) para el ejercicio de sus derechos, el cual era designado mediante el denominado proceso no contencioso de interdicción promovido a solicitud de los familiares o

15 Art. 44, incs. 2 y 3 C.C.: Son relativamente incapaces los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

16 Art. 43, inc. 2 C.C.: Son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

17 MEJÍA (2019), pp. 62-97.

terceros interesados, cuya principal función era decidir, por tanto, sustituir de manera permanente la voluntad de la persona con discapacidad en todos los actos de su vida civil.

3.2. El Decreto Legislativo 1384 y la reconstruida noción de capacidad jurídica

El artículo 12 de la CDPD obliga a los Estados Parte a tomar una serie de medidas para el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, que para el caso peruano se materializó con la dación del Decreto Legislativo 1384, que modifica el Código Civil, el Código Procesal Civil y la ley del Notariado.

En ese sentido, para abordar el término de capacidad jurídica recogido actualmente en el Código Civil, es pertinente precisar de manera previa, cómo se concibe el mismo en la Convención, a partir del desarrollo realizado en la Observación General N° 01 (2014), en la cual se precisa:

Contenido normativo del artículo 12 párrafo 2. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. Es un derecho inherente reconocido a todas las personas incluidas las personas con discapacidad. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y de legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano.

Podemos notar que la capacidad jurídica engloba claramente estas dos aristas: la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones y la facultad para ejercer esos derechos y obligaciones; es decir, la categoría recoge las dos dimensiones: titularidad y ejercicio.

Como consecuencia de ello, en el derecho peruano, actualmente se utiliza el término de capacidad jurídica para comprender tanto a la capacidad de goce como a la capacidad de ejercicio, esto se desprende de lo regulado por el artículo 3 del Código Civil que señala:

“Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de su vida”.

Asimismo, el modificado artículo 42 del C.C. precisa que: “Toda persona mayor de 18 años tiene plena capacidad de ejercicio, ello incluye a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad”.

Comparando el texto modificado con el texto anterior del artículo 42 del C.C. que establecía que “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años, salvo lo dispuesto en los artículos 42 y 43”, podemos advertir que actualmente la capacidad de ejercicio no puede ser restringida por razones de discapacidad; esto significa reconocer capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y permitirles de inicio su inserción y participación autónoma e independiente en la vida de relacionamiento jurídico en sociedad, sin discriminarlos por la discapacidad que tuviesen, sino más bien incluirlos para que así, por ejemplo, puedan celebrar actos jurídicos por sí solos, sin la necesidad de un representante legal; dotándoseles de los ajustes razonables para ello; y solo cuando haya necesidad, ya sea de manera voluntaria o judicial, contar con un apoyo que les asista en la toma de sus propias decisiones respetando siempre su voluntad y preferencias. El apoyo puede ser en la comunicación, comprensión de los actos jurídicos y consecuencias de estos y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien lo requiere.

Así, las cosas, los supuestos de restricción de la capacidad de ejercicio contemplados en el artículo 43 del Código Civil, denominados aún como “incapacidad absoluta”, se ven reducidos en comparación al texto original del artículo; pues, actualmente solo consideran que “son absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley”. Actos determinados por ley, que se encuentran recogidos en los artículos 42, 455 y 457 del C.C.¹⁸.

Los supuestos de capacidad restringida de ejercicio contemplados en el artículo 44 del C.C., también han variado, y actualmente están referidos a: Los mayores de 16 y menores de 18 años de edad, a quienes se les reconoce capacidad jurídica para: Casarse (Arts. 241-244 C.C.), aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias; ejercer derechos estrictamente personales (Art. 455 C.C.), contraer obligaciones o renunciar a derechos con autorización de sus padres (Art. 456 C.C.), opinar sobre la administración de sus bienes (Art. 459 C.C.), ser oído por el Juez, antes de que se emita autorización para disposición de sus bienes (Art. 533 C.C.). Los pródigos: Aquél que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de la libre disposición. Se busca proteger la legítima. Los que incurren en mala gestión: Aquel que es un mal administrador, deficiente, inhábil para administrar su patrimonio, corresponderá calificar al juez el caso en concreto, buscando proteger la legítima. Los ebrios habituales, aquel adicto al alcohol. Los toxicómanos: Adictos, drogodependientes. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil y las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

18 Casarse, celebrar actos y comparecer judicialmente en aquello relacionado con su paternidad y maternidad (Mayores de catorce y menores de dieciocho años). Aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias; ejercer derechos estrictamente personales. Trabajar con autorización de sus padres. Administrar bienes que se le hubiese encargado como objeto de la labor encomendada, administrar bienes que adquiera producto de su trabajo, usufructuarlos e incluso disponer de ellos. También se les permite asociarse y en el caso de los adolescentes pueden constituir personas jurídicas sin fines de lucro, estando a lo dispuesto por el artículo 13 del C.N.A

En el caso de las personas con capacidad de ejercicio restringida para el ejercicio de sus derechos contarán con un representante legal (Artículo 45-A C.C.), que será según corresponda, el padre, el tutor o el curador.

Para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en caso sea necesario, se contempla el Sistema de designación de apoyos y salvaguardias, así en el artículo 45 -B del Código Civil se regula que:

- Las personas con discapacidad que manifiesten su voluntad pueden contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente.

- Si la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad, podrá contar con apoyo y salvaguardia designados judicialmente.

- El que se encuentre en estado de coma y haya designado apoyo con anterioridad mantendrá el apoyo designado.

- En aquellos casos en que la persona se encuentre en estado de coma, se le establecerá apoyo y salvaguardia judicialmente, ello luego de que el Juez haya realizado todos los esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener la manifestación de voluntad; de manera excepcional se permite que en este supuesto el juez pueda disponer que el apoyo tenga facultades de representación, conforme se infiere de la redacción de los artículos 659-B y 659-E del Código Civil.

La designación de apoyos es necesaria para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. No es suficiente el reconocimiento de la capacidad jurídica, es pertinente, como lo dispone la Convención, adoptar las medidas respectivas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en ejercicio de su capacidad jurídica conforme se prescribe en el artículo 12.3. de la CDPD.

Refiriéndose a los apoyos, Palacios¹⁹ señala, el modelo de apoyos establecido en la CDPD parte de la siguiente premisa “la persona no necesita de una medida de protección que le prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que lo que se requiere es de medidas de promoción destinadas a proporcionar la asistencia necesaria para potenciar el ejercicio de la capacidad jurídica”.

Los apoyos se constituyen en mecanismos para facilitar la voluntad de una persona con discapacidad en el marco de un acto con relevancia jurídica. Catalina Devandas, Relatora de las Naciones Unidas para los derechos de personas con discapacidad, citada por Begraglio²⁰, precisa que los apoyos sirven para: Obtener y entender información, evaluar posibles alternativas respecto a una decisión y sus consecuencias, expresar y comunicar una decisión y ejecutar una decisión.

Para Bariffi²¹, la noción de apoyos irrumpe en el Derecho a partir de una mirada social de las relaciones humanas, de aquella interdependencia y ayuda que comúnmente los seres humanos necesitamos de los demás para la toma de decisiones, muchas de ellas con eficacia jurídica; así, mientras el modelo clásico de protección se ha centrado en la formalización del acto jurídico considerando a la seguridad jurídica como el máximo bien a tutelar; para el modelo de apoyos, la formalización del acto jurídico es el último escalón de un proceso complejo y humano, en el que el principal bien jurídico a proteger es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.

El apoyo, no reemplaza la voluntad de la persona con discapacidad, no la representa, no decide por ella; sino que facilita la toma de decisiones, pero respetando plenamente los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; así se busca que quien decida sea siempre la persona con discapacidad garantizando su autonomía, independencia y libertad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

19 PALACIOS (2008), p. 28.

20 BREGAGLIO, y CONSTANTINO (2023), pp. 15-47.

21 BARIFFI (2020), pp. 241-288.

Por otro lado, es preciso resaltar que podrían presentarse ciertos riesgos para la persona con discapacidad que cuenta con apoyos. Para ello, la CDPD y en la misma línea el Decreto Legislativo 1384 han previsto el establecimiento de las salvaguardias que tienen por objeto proteger a las personas con discapacidad en la prestación de apoyos, lo que no significa impedirles que tomen decisiones ni protegerlas de la posibilidad de asumir riesgos o de equivocarse.

El objetivo principal de las salvaguardias establecidas en el artículo 12.4 de la Convención es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona:

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

El Decreto Legislativo 1384 establece en el artículo 659-G:

Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

Se trata de medidas amplias que se dan en la determinación de apoyos, establecidas de oficio por el Juez, por el Notario en la escritura pública de designación voluntaria, sirven para proteger la voluntad y los derechos de la persona con discapacidad. Se caracterizan por ser proporcionales y adaptadas a la persona con discapacidad en el caso concreto.

La finalidad de las salvaguardias es impedir el abuso que podría presentarse por la existencia de un conflicto de intereses, el cual se configura cuando un interés personal impide al apoyo cumplir imparcialmente con su deber; o en el supuesto de influencia indebida, la cual se evalúa atendiendo a los criterios de vulnerabilidad de la víctima, autoridad aparente de quien influencia, las acciones y tácticas utilizadas para influenciar y la justicia del resultado.

En definitiva, puede expresarse que la finalidad del Decreto Legislativo 1384 es:

- Reconocer plena capacidad jurídica (goce y ejercicio) a todas las personas mayores de 18 años sin distinción alguna, incluyendo a las personas con discapacidad con independencia de si la persona requiere de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de la voluntad.

- Que ya no proceda la interdicción de las personas con discapacidad, en cualquiera de sus formas, en especial cuando sea una discapacidad psíquica, por tanto se destierra el “Sistema Sustitutivo de la voluntad” cimentado en la interdicción y nombramiento de un curador; para pasar a un “Sistema de Apoyos” que posibilite el ejercicio de las capacidades y derechos de las personas con discapacidad, reconociendo su autonomía e independencia.

- Establecer la figura de apoyos para que las personas con discapacidad puedan celebrar actos jurídicos, en caso los necesiten.

- Considerar a los apoyos como mecanismos necesarios para promover la autonomía e independencia de la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, respetando su autonomía y facilitando la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad. La intervención de los apoyos es relevante para la toma de una decisión con relevancia jurídica; pudiendo recaer su designación en una persona natural o jurídica; sin embargo, los apoyos no reemplazan la voluntad de la persona, no la representan, no deciden por ella, sino que facilitan la toma de decisiones.

- Prever las salvaguardias pertinentes para el caso concreto, considerándolas como medidas previstas para vigilar y supervisar al apoyo, respetando el derecho, la voluntad y preferencias que a la persona la asisten, evitándose las influencias indebidas y el conflicto de intereses.

Los cambios introducidos, no están exentos a posturas críticas, así por ejemplo Cárdenas²² precisa que “Con esta modificación, lo que se pretende es modificar la realidad y declarar plenamente capaz a quien no lo es, pues ahora un discapacitado que no tenga poco o incluso nulo discernimiento es considerado plenamente capaz”. Estas críticas a la reforma, también son compartidas por otros autores²³ y pueden resumirse en que si bien la discapacidad no tiene por qué afectar la capacidad natural de autogobierno de quienes la padecen, existirán casos de discapacidad psíquica en los cuales la persona sí estaría privada de su capacidad natural de conocer y querer, y se la colocaría en un riesgo frente a los terceros que podrían aprovecharse de ellas, además de afectarse la seguridad jurídica respecto a quienes celebren actos jurídicos con dichas personas.

22 CÁRDENAS (2020), p. 252.

23 Así, Castillo y Chipana “acusamos que nos encontramos ante un despropósito que ha abierto una Caja de Pandora, creando una inseguridad jurídica de alcances insospechados a través de una modificación no solo altamente defectuosa, sino alarmante”, en la misma línea Cieza y Olivarría “califican el nuevo ordenamiento como precipitado, denunciando que ha desnaturalizado la institución de la capacidad jurídica en el Código Civil”. *Ibíd.*, p. 251.

En los supuestos planteados anteriormente, ya no nos hallamos en la consideración respecto a la capacidad jurídica, sino, entramos a referirnos a la formación y emisión de la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad, y es en ese plano que debiese analizarse, a fin de verificar si aquella se encuentra o no viciada.

Varsi²⁴ de forma muy acertada precisa que: Con el nuevo régimen, la persona con discapacidad es capaz de ejercicio pudiendo manifestar su voluntad; puede decir no solo lo que siente, sino decir y hacer lo que quiere trascendiendo jurídicamente. El tema es determinar cuándo una expresión es una manifestación de voluntad, efectiva, real, capaz de generar efectos jurídicos. La manifestación de voluntad como institución jurídica no es la misma por lo que requiere de un análisis adecuado a tono de la nueva dimensión de la capacidad.

Las posturas críticas expuestas no comprenden la necesidad de la reforma justificada en la protección de derechos fundamentales como la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, sino por el contrario se estancan en concepciones pétreas y construidas bajo otros paradigmas, cuya necesidad de transformación se halla plenamente justificada en la dignidad misma de la persona.

Coincidimos, sí, en que surgirán muchos y diversos conflictos en la aplicación de la norma, tal es así, que debemos comprender que el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, nos obliga a la reformulación de gran parte de la teoría del acto jurídico, especialmente en cuanto a la formación y emisión de la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad con o sin la intervención de apoyos; y más aún, en los casos de discapacidad síquica. Y es allí donde debiese estar centrada la atención para construir una teoría adecuada y normatividad pertinente

24 VARSÍ (2022), p. 161.

respecto a los supuestos de manifestación de voluntad de las personas con discapacidad y sus apoyos; ello en miras a proteger sus derechos y su efectivo ejercicio, pero también el de los terceros que se vinculen con ellas.

3.3. La capacidad requerida para la celebración de actos jurídicos

La estructura clásica del acto jurídico, pensada y construida en la celebración de actos jurídicos por quienes reunían condiciones de “normalidad” o no se encontraban inmersos en ninguno de los supuestos de incapacidad absoluta y relativa derivados de su discapacidad física y mental ha sido evidentemente impactada por la reforma introducida.

La idea tradicional de capacidad e incapacidad se adecuaba perfectamente a esa concepción de exclusión y sustitución de la persona con discapacidad, es decir, ha sido elaborada partiendo de que los celebrantes de cualquier acto jurídico están en la aptitud de comprender por sí solos y sin la ayuda de nadie, la naturaleza, relevancia y consecuencias de cualquier acto jurídico.

Así, la clásica concepción de consideración al “agente capaz” como requisito de validez del acto jurídico, no podría encajar en este reconstruido contenido de la capacidad jurídica, que reconoce plena capacidad de ejercicio a todas las personas mayores de edad, independientemente de si tienen alguna discapacidad o no.

Es en atención a ello, que el Decreto Legislativo 1384 modifica el artículo 140 del C.C. para considerar como requisito de validez del acto jurídico “la plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones establecidas por ley”. Esta plena capacidad de ejercicio corresponde a todos los seres humanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, independientemente de que tengan alguna discapacidad en igualdad de condiciones y en todos los aspectos de su vida civil. De ello podemos deducir que la capacidad necesaria para la

celebración de actos jurídicos se amplía para las personas con discapacidad, dejando de lado la discriminación relacionada con su condición física o mental.

En esa misma línea, se ha derogado el inciso 2 del artículo 219 del C.C., referido a la causal de nulidad del acto jurídico relacionada con la incapacidad absoluta, dejando de considerar que los actos jurídicos celebrados por los denominados incapaces absolutos (hoy solo los menores de dieciséis años) sean nulos, lo que no quiere decir que no se sancione con nulidad los actos celebrados por los menores de dieciséis años, pues de una interpretación sistemática del artículo 140 inc. 2 del C.C. en concordancia con el artículo 219 inc. 8 del C.C., puede inferirse que el acto jurídico celebrado por un menor de 16 años se sanciona con nulidad virtual por la clara contravención a una norma imperativa como lo es el art. 140 inc. 1 del C.C. Asimismo, se ha dispuesto que los actos jurídicos realizados por personas con capacidad de ejercicio restringida, sean anulables, ya no considerándose este supuesto a los que sufren de anomalía psíquica, ello por efecto de la modificación del inciso 1 del artículo 221 del Código Civil.

Extraídas las causales de nulidad y anulabilidad del acto jurídico referidas en específico a las personas con discapacidad, se desprende que los actos jurídicos celebrados por quienes tienen alguna discapacidad psíquica son plenamente válidos; debiendo establecerse en el caso concreto, si existe la necesidad de la designación voluntaria o judicial de apoyos y salvaguardias para la formación y emisión válida de su manifestación de voluntad, situación posterior e independiente de la capacidad jurídica que por el solo hecho de ser personas se les reconoce.

4. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

De forma cotidiana y tradicional se entiende que las personas con discapacidad intelectual son aquellas que no poseen el discernimiento necesario para comprender el acto o contrato, carecen de capacidad suficiente no sólo

para querer sino para entender acerca del acto, sus alcances y consecuencias, y que por tanto no resulta adecuado ni para la persona con discapacidad intelectual ni para los terceros que se vinculen jurídicamente con ella, que se le dote de capacidad jurídica.

Sánchez²⁵ precisa que lo determinante aquí es resolver en qué medida la persona con discapacidad intelectual ve limitada la posibilidad de ejercer sus derechos, pues tal discapacidad no debe significar una negación total de capacidad sino una manera especial de ser capaz.

Encontrándose las personas con discapacidad intelectual ante una forma especial de ser capaz, por las dificultades que suelen presentarse para que puedan formar una voluntad libre y totalmente consciente al celebrar actos jurídicos, a partir de la Convención del 2006 se descarta toda postura de marginarlas e impedir que decidan por sí mismas y la designación de un representante; para, de manera inclusiva habilitarlas a ejercer esa forma especial de ser capaz a través de los apoyos en la toma de decisiones, los que respetarán su voluntad, intereses y preferencias y no precisamente decidir lo que según otros será lo adecuado para ella.

Es preciso hacer notar que, de manera excepcional, ante supuestos severos de discapacidad intelectual, en los que sea imposible que la persona con discapacidad forme y exprese su voluntad, la legislación peruana contempla que el apoyo tenga facultades de representación²⁶.

Lledó y Monje²⁷, como se cita en Sánchez, precisan respecto a los apoyos y el alcance de sus funciones en la celebración de actos jurídicos, lo siguiente:

25 SÁNCHEZ (2022), p. 22.

26 Esta postura queda recogida en el artículo 659-B del C.C. que prescribe: “Definición de apoyos”. Son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

27 SÁNCHEZ, ob. cit., p. 23.

(...) Y así, el sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un «continuum», contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación.

Entonces, queda claro que la designación de apoyos debe atender a las especificidades de cada caso, buscando que con su actuación asistan a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, mas no la sustituyan, y solo excepcionalmente en el caso de discapacidad intelectual, luego de agotados por el Juez, todos los medios para obtener la voluntad de la persona con discapacidad, establecer facultades de representación al apoyo.

5. LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

La manifestación de voluntad constituye la esencia del acto jurídico, a través de ella el sujeto autorregula su esfera jurídica y se vincula con los demás estableciendo prescripciones con carácter normativo respecto a sus propios intereses y los de aquel con el que se ha relacionado jurídicamente.

La unidad formada entre la voluntad interna y la voluntad manifestada conforma la manifestación de voluntad, así, importa la concurrencia del elemento subjetivo que se verifica a través de la voluntad interna y del elemento objetivo que se plasma en la voluntad manifestada o declarada.

Espinoza²⁸ precisa que la concurrencia de la voluntad interna y la manifestada dan sentido al acto jurídico, así “la manifestación de la voluntad es la exteriorización de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos. Si estos son queridos por el agente, se trata de declaración de voluntad”.

Para Vidal²⁹ “La voluntad constituye la esencia misma del acto jurídico, la conjunción de la voluntad y su manifestación es el resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo, de la voluntad interna a la voluntad exteriorizada”.

El artículo 140 del C.C. establece que “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.

Torres³⁰ entiende que la manifestación de voluntad se constituye así, en uno de los elementos fundamentales para la configuración del acto jurídico, el cual exige para su validez que se haya generado con la convergencia de elementos internos como el discernimiento, intención y libertad, y externos como la manifestación.

Coincide Vidal³¹ en que la exigencia de estos tres elementos internos importa atender al proceso formativo de la voluntad que reúne tres fases: i) el discernimiento que es la aptitud para percibir las diferencias en relación a aquello que guarda conformidad con nuestra conveniencia o sentido moral, diferenciar lo bueno de lo malo y comprender y valorar las consecuencias de algo, ii) la intención, el propósito encaminado a una finalidad prevista por el sujeto, y iii) la libertad, facultad de elección voluntaria por parte del sujeto para decidir si celebra o no un acto jurídico.

28 ESPINOZA (2008), p. 49.

29 VIDAL (2008), p. 90.

30 TORRES, ob. cit., p.119.

31 VIDAL, ob. cit., p. 92.

Producido este proceso normal de formación de la voluntad debe exteriorizarse a través de su manifestación para poder referirnos a una verdadera voluntad jurídica como esencia de todo acto jurídico.

Conformada así la voluntad interna y exteriorizada, ha de cumplir con requisitos para dar plena validez al acto jurídico; esto es, debe tratarse de declaraciones serias y sin factores perturbadores que produzcan distorsión y que trastoken el proceso normal de formación de la voluntad, es decir, libres de vicios que los afecten como el error, dolo, violencia o intimidación.

Este proceso de formación y declaración de voluntad ha sido teóricamente construido en función a personas que no tienen discapacidad, por ello, requerirá ser complementado y adecuado a aquellas situaciones en las que intervenga una persona con discapacidad, pues el proceso de discernimiento requerirá por ejemplo que inicialmente el Juez indague respecto a la comprensión de los actos o a la intervención del apoyo para ayudar a esa comprensión, además de tener en cuenta qué es lo que realmente quiere la persona con discapacidad, y a la posibilidad de verificar si existen los clásicos vicios de la voluntad (error, dolo, violencia o intimidación) o aquellos que afectarían directamente a su especial situación como lo serían: la influencia indebida y el conflicto de intereses.

Anotado ello, corresponde ocuparnos de las clases de manifestación de voluntad contempladas en la legislación civil. Así, se establece que puede ser expresa o tácita, en atención a si su exteriorización se ha realizado por medios directos y precisos como la palabra oral, escrita, gestos, medios electrónicos u otros análogos; o cuando para poder conocerla es necesario inferirla de ciertos comportamientos del sujeto o sujetos que desembocan en conclusiones respecto a lo que se quiso expresar, obteniéndose de manera indirecta a partir de los denominados hechos concluyentes.

El texto del artículo 141 del C.C. antes de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1384, establecía que:

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza de forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

De la referida norma puede colegirse que la concepción de manifestación de la voluntad y la forma en la que se exterioriza se la construyó normativa y doctrinariamente, teniendo en cuenta de manera exclusiva que las únicas personas que podrían formar y expresar válidamente su voluntad serían aquellas que cuenten con capacidad de ejercicio, excluyéndose de su configuración a quienes no se encuentren en la aptitud de hacerlo, como por ejemplo los incapaces absolutos (locos, dementes, quienes se hallen privados de discernimiento). Ello explica por qué la norma no hace referencia a ninguna consideración en caso de personas que no posean capacidad de ejercicio; simple y llanamente porque a ellas les estaba prohibida la posibilidad de autorregular de manera directa su propia esfera jurídica y por tanto vincularse jurídicamente.

En conclusión, de acuerdo a la legislación civil antes de la modificatoria, se asume que la teoría general del acto jurídico construyó el contenido de la manifestación de voluntad en base única y exclusivamente a las personas con capacidad de ejercicio, a aquellos que por sí solos podrían formar y expresar su voluntad, desprendiéndose la necesidad urgente de adecuar y complementar en el caso de las personas con discapacidad.

6. EL DECRETO LEGISLATIVO 1384 Y SU IMPACTO EN LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD PARA CELEBRAR ACTOS JURÍDICOS

A diferencia de la concepción respecto a la manifestación de voluntad que se ha mantenido hasta hace pocos años en el Código Civil peruano, la actual redacción producto de la reforma de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, atiende al proceso existente para la toma de decisiones; así lo

señala Bariffi citado por Varsi³² al precisar que “el modelo de asistencia del código derogado (argentino) se centraba en *la formalización del acto jurídico* en tanto que el modelo de apoyos no solo se centra en dicho ámbito, sino que además se proyecta sobre *el proceso de toma de decisiones*”.

En el caso peruano, señala Mejía³³, el Decreto Legislativo 1384 modifica la redacción original del Código Civil en lo que respecta a la manifestación de voluntad en forma válida jurídicamente. Amplía las formas antes reconocidas de manifestación de la voluntad suficiente para crear efectos jurídicos, en especial en los casos de personas con discapacidad física o intelectual.

Ello lleva a repensar la tradicional concepción de la manifestación de voluntad, que fue elaborada bajo la intervención en la celebración de actos jurídicos de aquellos capaces de ejercicio, excluyendo a los que no contaban con tal condición; y que por tanto difícilmente en su concepción pétrea y original podría adecuarse al actual modelo de derechos humanos respecto a la discapacidad, que entiende que todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, independientemente de su discapacidad.

Abordando esa situación, en posición que compartimos, Varsi³⁴ precisa lo siguiente:

Los apoyos irrumpen en el derecho civil cambiando paradigmas; nos fuerzan a entender que la toma de decisión con relevancia jurídica (patrimonial o personal) no solo es la manifestación de voluntad (que es un *acto final*), sino es el proceso humano de toma de decisiones (que es un *acto integral*), el cual se estructura tomando en cuenta que la persona: se informe, comprenda, se comunique y manifieste su voluntad.

32 VARSÍ, ob. cit., p. 169.

33 MEJÍA, ob. cit., p. 72.

34 VARSÍ, ob. cit., p. 70.

Así, la actual redacción del artículo 141 del C.C. señala:

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Esta nueva redacción, considerando a las personas con discapacidad recoge dentro de la manifestación de voluntad expresa la lengua de señas o cualquier medio alternativo de comunicación e incluye el uso de apoyos o de ajustes razonables que requiera la persona con discapacidad; asimismo en la manifestación de voluntad tácita, tiene en cuenta que ésta puede deducirse de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia, ello quiere decir, que toma en cuenta a las personas con discapacidad, para regular que respecto a ellas también puede inferirse una manifestación de voluntad tácita.

Entonces la manifestación de voluntad ya no se agota en su formalización a través de la declaración, sino que, en el caso de las personas con discapacidad involucra atender a ese proceso integral de formación y finalmente manifestación, en el cual, los apoyos se convierten en una pieza fundamental para que la persona con discapacidad pueda formar y expresar su voluntad y vincularse jurídicamente, esto se explica dado el impacto de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, así lo precisa Pau Pedrón, citado por Sánchez³⁵:

35 SÁNCHEZ, ob. cit., p. 22.

En la Convención de 2006, se propugna una reforma para cambiar la mentalidad ya que no tiene sentido incapacitar a una persona con algún tipo de deficiencia -limitación intelectual-, puesto que ello supone marginarla o dejarla a un lado al privarla de su capacidad de decidir por sí misma, actuando por ella su representante. Lo que tiene sentido es ayudar o apoyar a esa persona para que logre tomar la decisión que esa persona con discapacidad quiere, la que desea, la que sea de su interés (en sentido subjetivo), facilitándole que quiera algo, atendiendo a su voluntad, a sus deseos o preferencias -no objetivamente en el sentido de buscar lo que según otros le conviene.

En este sentido, conforme lo precisado por Sánchez³⁶: “Si la persona con discapacidad intelectual no tiene clara su voluntad o preferencia, la persona de apoyo, en interés de la primera, debe intentar ayudar a que tenga su propia voluntad, a buscar el deseo y preferencia de aquella”.

Esta nueva concepción se ve reflejada de manera puntual en la reforma introducida en el Código Civil peruano respecto al acto jurídico testamentario y la capacidad para testar, pues se reconoce a las personas con discapacidad el derecho a otorgar testamento por escritura pública, expresando directamente su voluntad o con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos; así, conforme a lo establecido en el artículo 696 inc. 2 del C.C.³⁷, quien otorga testamento puede dictar al notario las disposiciones testamentarias o alcanzarlas por escrito, se admite así, que en el momento de otorgamiento del testamento esté presente el o los apoyos a solicitud del testador, modificándose la privacidad exigida antes de la reforma. Asimismo, en el otorgamiento del testamento por escritura pública el notario está obligado a verificar al final de cada cláusula, el asentimiento u observaciones del testador. Esta formalidad se cumplía estrictamente con la manifestación de voluntad del

36 *Ibíd*, p. 23.

37 Las formalidades especiales del testamento por escritura pública son: inc. 2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

testador expresada por sí mismo; sin embargo, el Decreto Legislativo 1384 ha incorporado la posibilidad de que la manifestación de voluntad se realice a través de ajustes razonables o apoyos, en caso lo requiera; como puede verificarse de lo establecido por el artículo 696 inc. 6 del Código Civil³⁸.

En el Reglamento del Decreto Legislativo 1384, promulgado con fecha 23 de agosto del 2019, mediante Decreto Supremo 016-2019, se hacen precisiones respecto a las personas con discapacidad que pueden manifestar su voluntad y a aquellas que no pueden hacerlo, señalando al respecto:

Art. 2 inc. 7: persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad

Art. 2 inc. 8: persona con discapacidad que no puede manifestar voluntad

Se establecen algunos criterios a considerar para determinar si la persona con discapacidad puede manifestar o no su voluntad, así: Corroborar si la persona con discapacidad establece comunicación e interacción con su entorno, comprobar que la persona con discapacidad manifiesta voluntad de manera expresa y que comprende los alcances y efectos que produce la realización del acto jurídico. Para Mejía³⁹, con ello queda definido que la capacidad mental no es lo que determina si una persona manifiesta o no voluntad, no existiendo limitación alguna para que la persona con discapacidad manifieste voluntad con la asistencia de una persona de confianza o la intervención de apoyos y ajustes razonables; así, las únicas consideraciones que podrían determinar que no manifiesta voluntad, serán la no comunicación e interacción con el entorno y que no comprende el acto que va a realizar y sus efectos, a pesar de la participación de los apoyos y de haberse realizado ajustes razonables y esfuerzos considerables para ello.

38 Las formalidades especiales del testamento por escritura pública son: inc. 6. Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en cualquier caso.

39 MEJÍA, ob. cit., p. 72.

En igual forma, en el citado Reglamento, se regula la participación del apoyo en la formalización de actos jurídicos a nivel notarial por la persona con discapacidad, precisándose en el artículo 12 que el apoyo participará solo en los casos que así se haya determinado en el documento de designación de apoyos (sentencia o escritura pública); lo que significa que la persona con discapacidad puede realizar el acto jurídico sin la participación de apoyo designado, salvo la excepción antes indicada, exigiéndose la obligación de consignar la participación de la persona designada como apoyo durante la realización del acto jurídico, solo cuando se facilite o interprete la manifestación de voluntad.

Así advertimos, que la formación y declaración de la voluntad de las personas con discapacidad, implica un proceso, que no se agota con la simple manifestación, y que debe considerar todos los matices que pueden presentarse; lo que marca una gran diferencia en comparación a la concepción de manifestación de voluntad esbozada por la teoría general del acto jurídico, que como ya indicamos, se diseñó y configuró en base a personas sin discapacidad.

En palabras muy acertadas de Varsi⁴⁰ “toda esta nueva teoría de la capacidad influye en la clásica estructura del acto jurídico; no llega a encajar a cabalidad, lo que genera un nuevo pensamiento que podríamos denominar de la siguiente manera: hacia una nueva teoría especial del acto jurídico en materia de capacidad”.

Creemos que lo determinante no versa en la declaración o comunicación de la voluntad sino en la necesidad de comprensión de la realidad por parte de la persona con discapacidad; sin embargo, esta no es una postura pacífica, así, Muñiz como se cita en Sánchez⁴¹, en posición crítica a la reforma similar introducida en España por la ley 8/2021, indica:

40 VARSÍ (2021), pp. 153-168.

41 SÁNCHEZ, ob. cit., p. 22.

Lo importante es que el pretendido cambio que se quiere adoptar ha de garantizar indubitadamente la seguridad del tráfico jurídico, y en esta consecuencia falla la reforma, porque representa una mayor seguridad a este respecto para los terceros la situación precedente, es decir, la actual; si se quiere modificar habría que hacerlo con un sistema que no deje duda a los terceros con quienes se contrata de la estabilidad de su negocio. Entender poder realizar actos jurídicos válidos sin necesidad de incapacitación cuando la persona está afectada obviamente de deficiencias intelectuales, simplemente asistido por la indefinición de un apoyo cuando tampoco está profesionalizado, no representa una adecuada seguridad, ni para los terceros ni para el mismo incapaz.

La postura planteada coloca especial atención en la seguridad jurídica y la protección al tercero contratante o al destinatario de un determinado acto jurídico, creo yo, sin abandonar la clásica construcción de la teoría contractual diseñada bajo la idea de una necesaria “normalidad”. Frente a esta postura, se plantea una posición enfocada en la inclusión e igualdad de derechos de las personas con discapacidad, así Bariffi como se cita en Varsi⁴² precisa que:

Mientras el modelo clásico de protección se ha centrado exclusivamente en la formalización del acto jurídico -principalmente actos jurídicos de contenido patrimonial- y ha considerado a la “seguridad jurídica” como máximo bien a tutelar, el modelo de apoyos que recoge la CDPC resulta mucho más amplio al entender la formalización del acto jurídico como la última instancia de un proceso complejo y humano, y donde el principal bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.

Nos hallamos obligados a comprender la manifestación de voluntad como requisito de validez para la celebración del acto jurídico incluyendo estos nuevos matices y la función que los apoyos cumplen en la misma; y también a la necesidad de por ejemplo considerar al conflicto de intereses y a la influencia indebida, como circunstancias que pueden afectar el ade-

42 VARSÍ (2022), p. 176.

cuado proceso de formación de la voluntad de la persona con discapacidad, comparable a los tradicionales vicios de la voluntad: error, dolo, violencia e intimidación; cuya verificación se sanciona con la anulabilidad del acto jurídico.

Ello nos conduce a reestructurar también, la teoría de invalidez del acto jurídico, específicamente respecto a las causales de nulidad y anulabilidad que puedan generarse en los actos jurídicos celebrados por la persona con discapacidad con la asistencia de apoyos, pues, tal como está normada actualmente, existirían claros vacíos legislativos, siendo insuficiente la aplicación de alguna de las causales hoy existentes, por cuanto, no consideran la intervención del apoyo en el proceso de la formación y declaración de voluntad. Esta situación empieza ya a visibilizarse en resoluciones judiciales como la que citamos a continuación:

Exp. 2017-1042-CAJAMARCA (Discapacidad Intelectual: síndrome de down y retraso mental grave).

1) Se designa como APOYOS de AAA, a sus dos hermanos XXX y YYY, y a su tía ZZZ quienes tendrán la labor permanente e indefinida (según sus arribos a esta ciudad) de velar por su bienestar físico y psicológico (otorgándole las adecuadas condiciones de vida para sobrellevar su enfermedad); asimismo, la labor permanente e indefinida (según sus arribos a esta ciudad) de ayudar, orientar y/o guiar a la tutelada en la expresión de su voluntad para la toma de decisiones y su accionar respecto a situaciones cotidianas de la vida (garantizando y respetando con esto su autonomía, voluntad y preferencias);

2) Se precisa que XXX, podrá actuar como representante de AAA, en la realización de cualquier trámite administrativo o judicial en estricto beneficio de ésta (Vgr. tramitar la pensión de orfandad), debiendo las autoridades y/o

funcionarios de las instancias administrativas respectivas reconocer esta designación y prestar las facilidades del caso, dejando de exigir las resoluciones judiciales que declaran la interdicción, bajo responsabilidad funcional;

3) Se establecen como SALVAGUARDIAS: a) Durante la vigencia del sistema de apoyos, las personas designadas deberán en todo momento respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de AAA (por más básica que sea); b) Los apoyos brindados deben ser proporcionales y adaptados a las condiciones y necesidades de AAA; c) Los hermanos y la tía de AAA no deben ejercer influencia indebida hacia ella para la toma de sus decisiones, y deben abstenerse de intervenir cuando exista conflicto de intereses en el apoyo a prestar en dicha toma de decisiones, debiendo informar inmediatamente al Juzgado de presentarse un conflicto de intereses; y d) Para el caso de actos de disposición o administración que comprometan el patrimonio de AAA, en pleno ejercicio de su capacidad jurídica deberá adoptar sus decisiones con la participación necesaria de sus apoyos, **bajo sanción de nulidad del acto jurídico celebrado**. En caso de no poderse realizar de esa manera, deberá solicitarse autorización en vía judicial. (El resaltado es nuestro).

En el auto antes descrito, el Magistrado, genera una causal de nulidad derivada de la no participación del apoyo en la celebración de actos de disposición o administración que comprometan el patrimonio de la persona con discapacidad, señalando expresamente que si ello no ocurriera el acto se declarará nulo; sin embargo, nos preguntamos, ¿puede generarse una causal de nulidad a partir de una decisión jurisdiccional?, ello acaso no afectaría el principio de legalidad aplicable a la invalidez del acto jurídico, en el sentido de que únicamente se consideran como tales aquellas causales establecidas por ley, es decir en los artículos 219 y 221 del C.C.

Al respecto, en el Reglamento del Decreto Legislativo 1384, en el artículo 12, se dispone lo siguiente referente a la participación de la persona designada como apoyo en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos:

“12.1 La participación de la persona designada como apoyo es obligatoria en caso se haya determinado en el documento de designación. 12.2 Durante la realización del acto que produzca efectos jurídicos, se debe dejar constancia de la participación de la persona designada como apoyo, únicamente cuando se facilite o interprete la manifestación de voluntad”.

De esta norma, se infiere la obligatoriedad de la participación del apoyo cuando así haya sido determinado en el documento de designación (auto judicial o escritura pública); sin embargo, no se establece la consecuencia jurídica si es que el acto se celebra sin la intervención del apoyo; frente a ello, consideramos que se debería modificar este artículo, proponiendo se agregue tal consecuencia jurídica en los siguientes términos:

“12.1. La participación de la persona designada como apoyo en los actos jurídicos celebrados por la persona con discapacidad es obligatoria, bajo sanción de nulidad, en caso así se haya determinado en el documento de designación”.

Con ello nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad perfectamente aplicable, de conformidad con lo establecido en el artículo 219 inc. 7 del C.C.:

“Cuando la ley lo declara nulo”.

Asimismo, consideramos como otra propuesta, la modificación del Código Civil otorgando también la posibilidad de que las causales de nulidad puedan ser generadas a través de la decisión judicial, estableciéndolas expresamente como una salvaguardia para el caso concreto.

En suma, la reforma de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad exige complementar, y por qué no decir, reestructurar la teoría de invalidez del acto jurídico hasta ahora asumida; pues, tal y como se halla

esbozada, resulta insuficiente para resolver los conflictos jurídicos que puedan presentarse respecto a la validez de los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad que requieran de apoyos para la toma de decisiones.

7. CONCLUSIONES

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se sustenta en el modelo social, que reconoce capacidad jurídica a las personas con discapacidad, su inclusión plena a la sociedad respetando y valorando las diferencias y la obligación del Estado y la sociedad de remover las barreras discapacitantes.

Se reconoce capacidad jurídica a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, así, se los considera como sujetos plenos de derecho, variando de un sistema de sustitución basado en la representación a un sistema de toma de decisiones con apoyos que centra su atención en los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, a quienes no se les sustrae más su capacidad jurídica, sino se les proporciona el apoyo y salvaguardias necesarias para la toma de decisiones con efectos jurídicos.

El modelo de apoyos tiene como principal objetivo reconocer y garantizar los derechos, la autonomía y la independencia de las personas con discapacidad y está constituido por mecanismos para facilitar la toma de decisiones en el marco de la celebración de actos con relevancia jurídica.

En el ámbito interno, el Decreto Legislativo 1384 en estricta coherencia con la Convención, ha introducido una reforma integral respecto a la capacidad jurídica, estableciendo una nueva concepción de la misma; así, hoy se reconoce plena capacidad jurídica (goce y ejercicio) a todas las personas mayores de 18 años sin distinción alguna, incluyendo a las personas con discapacidad con independencia de si requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de la voluntad.

Respecto a la capacidad exigida para la celebración de actos jurídicos, el Decreto Legislativo 1384 modifica el artículo 140 del C.C. para considerar como requisito de validez del acto jurídico la plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones establecidas por ley, la cual corresponde a todos los seres humanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, independientemente de que tengan alguna discapacidad en igualdad de condiciones y en todos los aspectos de su vida civil.

Debe comprenderse la manifestación de voluntad como requisito de validez para la celebración del acto jurídico realizado por las personas con discapacidad como resultado de un proceso en el que se incluya la función que los apoyos cumplen en el mismo; considerando al conflicto de intereses y a la influencia indebida, como circunstancias que pueden afectar el adecuado proceso de formación de la voluntad de la persona con discapacidad, comparable a los tradicionales vicios de la voluntad: error, dolo, violencia e intimidación.

La reforma de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad exige reestructurar la teoría de invalidez del acto jurídico hasta ahora asumida; pues, tal y como se halla esbozada, resulta insuficiente para resolver los conflictos jurídicos que puedan presentarse respecto a la validez de los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad que requieran de apoyos para la toma de decisiones.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEMANY, Macario (2014): “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General N° 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (N° 52), pp. 201-222.

BREGAGLIO, Renata y CONSTANTINO Renato (2019): “Un modelo para armar: La regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384”, en: *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, pp. 32-59.

BREGAGLIO, Renata y CONSTANTINO Renato (2023): “La capacidad jurídica en la jurisprudencia peruana. Análisis cualitativo de las decisiones judiciales de restitución de la capacidad jurídica y designaciones de apoyo en aplicación del Decreto Legislativo 1384”, en: *Revista de Derecho Privado* (N° 44), pp. 15-47.

BUSTAMANTE, J. e ISAZA, F. (2019): “Capacidad Jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley N° 1996 de 2019”, en: *Capacidad legal de las personas con discapacidad* (Colombia, Ministerio de Justicia y de Derecho), pp. 4-13.

BARIFFI, Francisco (2016): “Restricción a la capacidad y la capacidad civil. Tensiones constitucionales y Código Civil y Comercial”, en: *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (Vol. 77), pp. 41-55.

BARIFFI, Francisco (2020): “El Modelo de toma de decisiones con apoyos: De la Teoría a la práctica”, en Kraut, Alfredo (dir.): *Derechos y Salud Mental* (Buenos Aires, Burbinzal Culzoni), tomo II, pp. 241-288.

CÁRDENAS, Ronald (2020): *Capacidad e incapacidad de ejercicio*. En *Código Civil comentado* (Lima, Gaceta Jurídica), tomo II.

CONSTANTINO, Renato y BREGAGLIO, Renata (2022): “La compleja comprensión del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en: *Revista Ius et Veritas* (N° 64), pp. 156-176.

ESPINOZA, Juan (2008): *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (Lima, Gaceta Jurídica Editores).

MARTÍNEZ, Antonio (2020): “A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo”, en: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (Nº 42), s/p.

MEJÍA, Rosalía (2019): “La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial. Implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en: Capacidad legal de las personas con discapacidad, Ministerio de Justicia y de Derecho, Colombia, pp. 62-97.

PALACIOS, Agustina (2008): Modelo Social de la Discapacidad, orígenes, caracterización y su plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad (Madrid, Ediciones Cinca).

PALACIOS, Agustina (2015): “Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en: IDEHPUCP (eds): Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, pp. 9-16.

SÁNCHEZ, Ángel (2022): “Aspectos Generales de la Reforma del Código Civil relativa a las Personas con Discapacidad Intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en: Revista Boliviana de Derecho (Nº 33), pp. 14-51.

TORRES, Aníbal (2007): Acto Jurídico, tercera edición, (Lima, Idemsa).

VARSI, Enrique (2021): “Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos”, en: Gaceta de Familia, (T. 2), pp. 153-168.

VARSI, Enrique (2021): Tratado del derecho de las Personas. Capacidad, (Lima, Fondo Editorial Derecho Universidad de Lima).

VIDAL, Fernando (1998): El Acto Jurídico, cuarta edición, (Lima, Gaceta Jurídica Editores).

DOCUMENTOS EN FORMATO ELECTRÓNICO

NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11 período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. CRPD/C/GC/1. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en [Fecha de última consulta: 01.11.2023].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Decreto Legislativo 1384. Diario Oficial El Peruano, Perú.

Decreto Supremo N° 016-2019. Diario Oficial El Peruano, Perú.

JURISPRUDENCIA CITADA

Exp. N° 2017-1042-CAJAMARCA

CLÁUSULA INENTENDIBLE COMO CLÁUSULA ABUSIVA EN CONTRATOS DE ADHESIÓN REGIDOS POR LA LEY N°19.496¹

NOT UNDERSTANDABLE TERM AS ABUSIVE TERM IN ADHESION CONTRACTS RULED BY THE LAW N°19.496

David Rodríguez Guerra²

Resumen

Existen varios motivos que pueden explicar por qué los consumidores podrían no entender un contrato de adhesión. Estos motivos pueden ser la falta de información relevante en ellos, tener faltas de ortografía, no estar escritos en castellano o estarlo en un lenguaje altamente técnico, entre otros motivos. Si se considera que “inentendible” es sinónimo de “ilegible”, el mecanismo de control que debe utilizarse es el control formal del artículo 17 de la ley de protección del consumidor. Si se considera que no son sinónimos, entonces la letra g) del artículo 16 de dicha ley, puede presentarse como un mecanismo eficiente de control para cláusulas inentendibles.

Palabras claves

Cláusula abusiva, mecanismo de control, inentendible, ilegible.

¹ Artículo recibido el 02 de julio de 2023 y aceptado el 02 de octubre de 2023.

² Magíster en Derecho Civil Patrimonial U. Diego Portales. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la U. Diego Portales, Santiago, Chile. ORCID: 0000-0003-3342-2042. Dirección postal: Avenida República N° 112, Santiago, Chile. Correo electrónico: david.rodriguezg@mail.udp.cl.

Abstract

There are several reasons that may explain why consumers may not understand an adhesion contract. These reasons may be the lack of relevant information in them, having misspellings, not being written in Spanish or being in highly technical language, between other reasons. If “not understandable” is considered synonymous with “illegible”, the control mechanism to be used is the formal control of the article 17 of the consumer protection law. If it is considered that they are not synonymous, then letter g) of the article 16 of said law, can be presented as an efficient control mechanism for not understandable terms.

Keywords

Abusive term, control mechanism, not understandable, illegible.

1. INTRODUCCIÓN

La característica fundamental de las cláusulas abusivas, es que atentan contra la buena fe y generan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes³. Es habitual que estas cláusulas no sean del todo entendidas por los consumidores, por diversos motivos.

El presente trabajo tiene por objeto de estudio analizar cuáles son estos motivos en virtud de los cuales los consumidores suelen no entender las cláusulas en sus contratos de consumo y qué formas o mecanismos existen en nuestra legislación para poder controlar y de ser posible, anular dichas cláusulas inentendibles. De manera más específica, me interesa explorar el protagonismo que puede llegar a tener el literal g) del artículo 16 de la ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores⁴ (en adelante “la ley”), para efectos de enfrentarse a cláusulas que, por los motivos que se estudiarán, pueden no ser comprendidas por los consumidores.

3 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 51.

4 Ley N°19.496, de 1997.

La importancia de la presente investigación radica en que pretende dar cuenta de cómo operan los mecanismos de control de cláusulas abusivas dependiendo del motivo por el cual una cláusula es inentendible para los consumidores identificando qué mecanismo de control corresponde aplicar. La hipótesis de investigación que se defenderá en el presente trabajo es la siguiente: las cláusulas inentendibles son cláusulas abusivas que pueden ser controladas en virtud de los mecanismos que la ley N°19.496 dispone. Considerando lo anterior, en caso de que se estime que el control de incorporación del artículo 17 de la ley es insuficiente para controlar cláusulas inentendibles, aquello no significará la impunidad de dichas cláusulas, sino que se hará aplicable el control de contenido del artículo 16 letra g) de la ley.

Para dichos efectos expondré someramente qué son los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas y sus mecanismos de control. Luego expondré qué explica que los consumidores puedan no entender una cláusula y qué mecanismos existen y corresponden para anular una cláusula que no es entendida por el adherente. Finalmente se expondrán dos fallos dictados por Tribunales de Justicia que se han enfrentado a cláusulas no entendibles y se analizará qué mecanismo de control utilizaron al enfrentarse a ellas.

2. CONTRATOS POR ADHESIÓN, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y MECANISMOS DE CONTROL

Como lo señala Sandoval, la industrialización de la economía se caracterizó por la producción y oferta masiva de bienes y servicios⁵. Dicho escenario hizo necesaria la creación de contratos sujetos a las mismas condiciones para todos los demandantes de aquellos⁶. A estos contratos se les denominó contratos por adhesión, los cuales contemplan cláusulas pre-redactadas por una de las partes, mientras que la contraparte no tiene más opción que adherirse o no contratar. En la doctrina pueden identificarse variadas definiciones de lo que es un contrato por adhesión. Meza Barros los define como aquellos

5 SANDOVAL (2009), p. 128.

6 SANDOVAL (2009), pp. 128-129.

en que “Una de las partes formula las condiciones del contrato y la otra se limita a prestar su aprobación o adhesión a dichas condiciones en block”⁷. Abeliuk expresa que “el contrato de adhesión se caracteriza porque la oferta la hace una de las partes conteniendo todas las estipulaciones del mismo, sobre las cuales no acepta discusión ni regateo alguno; la contraparte o acepta el contrato tal como se le ofrece o se abstiene de contratar; no existe otra alternativa para ella: lo toma o lo deja, según el decir popular”⁸. López Santa María por su parte indica que “El contrato de adhesión o por adhesión es aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas”⁹. Ducci expresa que “Otros contratos de características especiales son los contratos de adhesión. Ellos se forman a base de un esquema preestablecido por uno de los contratantes y cuyo texto no puede generalmente ser discutido por la otra parte”¹⁰. De estas definiciones es posible extraer las principales características de estos contratos, esto es, sus cláusulas son redactadas por, tan solo, una de las partes y no hay lugar a negociación o discusión alguna. El no redactor debe adherirse en bloque al programa contractual o abstenerse de contratar.

Si bien es cierto en estos contratos se identifica una clara lejanía con los principios tradicionales de la contratación como son la libre negociación del contenido del contrato y la autonomía de la voluntad, hoy existe acuerdo en que el adherente conserva un mínimo de voluntad evidenciada en la aceptación o rechazo del contenido que se le presenta, por lo que las dudas en torno a la validez de los contratos por adhesión se encuentran superadas¹¹.

El uso de contratos por adhesión se explica, entonces, por ser el único mecanismo eficaz que permite disciplinar relaciones jurídicas con miles o millones de contratantes, lo que, en parecer de Barrientos, en sí mismo no

7 MEZA (2007), pp. 13-14.

8 ABELIUK (2008), p. 92.

9 LÓPEZ (2010), p. 118.

10 DUCCI (2005), p. 26.

11 MORALES (2018), pp. 33-34.

genera ningún inconveniente, sino que, facilita el intercambio económico¹². Al predisponer el contenido contractual y reducir la negociación a tan solo las opciones de adherirse o no a dicho contenido, pueden llevarse a cabo contratos de forma masiva a bajo costo¹³. Ducci señala que “Responden estos contratos a una exigencia de rápida conclusión y a una necesidad de unificar relaciones semejantes por el gran número de ellos que realiza uno de los contratantes”¹⁴. Por ello, como las cláusulas son estandarizadas para todos los consumidores, sin importar los aspectos personales adscritos a estos, se les reconoce a los contratos por adhesión tratar a todos los consumidores en igualdad¹⁵, de manera tal que un contratante ingenuo no podría verse más perjudicado que otro más astuto, recibiendo todos, las mismas cláusulas predispuestas por el oferente.

Si bien es cierto que los contratos por adhesión manifiestan aspectos positivos y razonables¹⁶, no es menos cierto que esconden graves peligros para los consumidores. Uno de los problemas que conlleva mayores peligros para estos es la presencia de cláusulas abusivas en estos contratos¹⁷. No existe una definición legal de cláusula abusiva en la ley, lo cual, de acuerdo a Morales se explica pues, en su formulación original, el artículo 16 establecía una lista negra de cláusulas consideradas abusivas y, no fue sino hasta la reforma del año 2004 que culminó con la publicación de la ley N°19.955, que se incorporó la letra g) al listado, contemplándose en dicho literal una idea general de cláusula abusiva¹⁸. Dicha idea general de cláusula abusiva contempla elementos que permiten identificar una cláusula abusiva. Así, como se indicó anteriormente, las cláusulas abusivas son aquellas que atentan contra la buena fe y generan un desequilibrio importante e injustificado en las prestaciones del contrato, dejando a una de las partes en indefensión

12 BARRIENTOS (2013), p. 415.

13 DE LA MAZA (2003), p. 113.

14 DUCCI (2005), p. 26.

15 DE LA MAZA (2003), p. 115.

16 Ver más en PIZARRO (2004), pp. 117-141.

17 PIZARRO (2005), pp. 391-392; PIZARRO (2007), p. 32 y DE LA MAZA (2003), pp. 109-148.

18 MORALES (2018), pp. 34-35.

respecto de la otra. Es por ello que se han ideado mecanismos de control de este tipo de cláusulas. Respecto a estos mecanismos, el modelo chileno adoptó elementos antes vistos principalmente en la Directiva 93/13/CEE¹⁹ sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores²⁰. De entre todas las clasificaciones de mecanismos de control, aquí tan solo me referiré a aquellas de las que dispone la Directiva que son: 1) Control de inclusión de las cláusulas en el contrato; 2) Reglas de interpretación favorables al consumidor y; 3) Control de contenido de las cláusulas²¹.

Sobre el control de inclusión, se ha manifestado que se trata de un mecanismo que pretende cumplir determinadas formalidades que permitan a los consumidores tener claridad sobre el contenido del contrato que buscan perfeccionar²², es decir, un control formal. Este mecanismo se encuentra regulado en el artículo 17 de la ley²³ y de acuerdo a Tapia y Valdivia, las reglas formales allí descritas son la escrituración, la legibilidad, el idioma castellano y la entrega de copia del contrato mismo²⁴. Corral señala que este tipo de control “se refiere a la forma en que se admite que pasan a componer el contrato vigente entre el consumidor y el proveedor, con independencia de su contenido”²⁵. Como veremos más adelante, para efectos de este trabajo, tan solo me enfocaré en la legibilidad y en el idioma castellano. Asimismo, respecto a la legibilidad, se estudiará la relación de dicho concepto con el principio de transparencia en las relaciones de consumo.

El segundo mecanismo es la interpretación favorable al consumidor. Esta se relaciona directamente con el artículo 1566 del Código Civil. En especial con su inciso 2°, el cual manifiesta que “...las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga

19 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 1993.

20 PIZARRO (2005), pp. 400-402.

21 DE LA MAZA (2004), p. 54.

22 PIZARRO y PÉREZ (2013), p. 360.

23 CAMPOS (2020), p. 792.

24 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 66.

25 CORRAL (2011), p. 667.

de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”. De manera tal que un mecanismo de control de una cláusula es que si esta es poco clara y ambigua se interpretará en contra del redactor²⁶, en este caso, el proveedor. A esto se le conoce como mecanismo de interpretación contra proferentem o stipulatio contra stipulatorem²⁷. Este mecanismo no formó parte de la redacción original de la ley, la cual, de acuerdo a Campos, tan solo contempló un control de contenido y un control de incorporación²⁸. Sin embargo, cuenta hoy con una consagración expresa en la ley en su artículo 16 C, el cual expresa en su inciso 1° que “Las cláusulas ambiguas de los contratos de adhesión se interpretarán en favor del consumidor” y en su inciso 2° señala que “Cuando existan cláusulas contradictorias entre sí, prevalecerá aquella cláusula o parte de ella que sea más favorable al consumidor”. Sin embargo, cabe señalar que inclusive antes de dicho reconocimiento legal, este mecanismo de interpretación se aplicaba en base al principio de protección del consumidor²⁹.

Finalmente, el control de contenido se refiere a la abstención o prohibición al redactor de alterar de forma desproporcionada e injustificada el equilibrio de las prestaciones objeto del contrato³⁰, de manera tal que las normas de control de contenido o control sustancial pretenden establecer la justicia material de las cláusulas, es decir, si estas son o no abusivas para el consumidor³¹. Corral señala que este tipo de control “opera cuando la cláusula ha sido legalmente incluida en el contrato, pero su contenido es contrastante con el equilibrio de prestaciones que exige la buena fe entre las partes”³². Morales y Veloso agregan que este control consiste en el establecimiento de normas jurídicas especialmente dirigidas a regular la ineficacia de cláusulas consideradas abusivas por el legislador³³. El control de contenido, o denominado también

26 TAPIA y VALDIVIA (1999), pp. 142-146.

27 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 140; DE LA MAZA (2004), p.49; MORALES (2016), p. 82.

28 CAMPOS (2019), p. 218.

29 MORALES (2016), p. 83.

30 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 79.

31 CONTARDO (2014), p. 120.

32 CORRAL (2011), p. 667.

33 MORALES y VELOSO (2019), p. 151.

control sustancial o control por abusividad³⁴, se encuentra desarrollado en el artículo 16 de la ley³⁵ en base a un catálogo de cláusulas abusivas numerus clausus que constituye una lista negra³⁶, y una cláusula abierta, la letra g), la que parece exigir conjuntamente el atentado a la buena fe y la producción de un desequilibrio importante³⁷. Con todo, si bien el artículo 16 letra g) sugiere que son dos los elementos que deben concurrir para la evaluación de la abusividad de una cláusula, existe debate respecto a si tan solo puede concurrir uno de ellos para tener por abusiva la cláusula. Por una parte se ha sostenido que basta con la constatación del desequilibrio importante³⁸ mientras que Pizarro y Momberg indican que de acuerdo al texto nacional el desequilibrio es una consecuencia de la infracción al deber de comportarse de buena fe, lo que significaría que una infracción a aquella implicaría per se el desequilibrio³⁹.

Como señala Morales, la cláusula general de abusividad de la letra g) forma parte del mismo listado por lo que, en su parecer, no constituiría una definición⁴⁰, aunque debe señalarse que, al menos, contempla los elementos para identificar una cláusula abusiva. Asimismo, como señala Campos, la letra g) del artículo 16 contempla los parámetros legales para la apreciación de la abusividad de las cláusulas, de forma tal que, para la apreciación del desequilibrio importante se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen⁴¹. Campos indica que para efectuar la apreciación aludida basta con atender a la finalidad típica que subyace al contrato, esto es, la función socioeconómica que sirve de causa del contrato y a la regulación contemplada en el derecho dispositivo para el respectivo contrato, pues tal regulación, está diseñada sobre un ideal de

34 BARRIENTOS (2019), p. 107.

35 BARAONA (2014), p. 390.

36 DE LA MAZA (2004), p. 57 y PIZARRO (2005), p. 400.

37 DE LA MAZA (2004), p. 59 y MOMBERG (2013), p. 9-27.

38 CAMPOS (2019), p. 241.

39 PIZARRO y MOMBERG (2013), p. 345.

40 MORALES (2018), p. 88 y MORALES (2016), p. 84.

41 CAMPOS (2019), p. 239 y BARAONA (2014), p. 390.

justicia conmutativa⁴². Por último, señala Morales, que este sería un control legal, de contenido, represivo y judicial⁴³ pues entrega a los tribunales la facultad de anular cláusulas abusivas⁴⁴.

Expuesto lo que son los contratos de adhesión, la definición general de cláusulas abusivas y sus mecanismos de control, corresponde ahora analizar, qué motivos podría haber para que los consumidores no entiendan las cláusulas de un contrato de adhesión.

3. ¿POR QUÉ LOS CONSUMIDORES PODRÍAN NO ENTENDER UNA CLÁUSULA?

Antes de analizar detalladamente los motivos que podrían explicar el no entendimiento, por parte de los consumidores, de las cláusulas en los contratos por adhesión que aquellos suscriben, cabe manifestar que es habitual que los consumidores no lean estos contratos. Sin embargo, aquello no puede ser interpretado como un comportamiento irracional por parte de los consumidores. Se ha afirmado, inclusive, que lo irracional sería, justamente, leer detenidamente los contratos por adhesión. Es decir, aunque suene contra intuitivo, es racional no leerlos⁴⁵, lo que puede implicar que la presencia de cláusulas abusivas pase inadvertida para los consumidores⁴⁶.

Lo que explica lo anterior se basa en diversos motivos tales como: el lenguaje complejo en que están redactados; letra pequeña y obstáculos que dificultan la lectura; el tiempo limitado que existe para leer y comprender toda la información; el adherente no tiene el poder negociador para modificar las cláusulas; el contrato cubre riesgos de ocurrencia improbable; el hecho de que todos los oferentes utilizan cláusulas similares y el mismo lenguaje;

42 CAMPOS (2019), p. 241.

43 Se ha señalado, sin embargo, que “el control represivo judicial no constituye un mecanismo eficaz en el control de cláusulas abusivas” en Chile, en BARRIENTOS (2013), p. 428.

44 MORALES (2018), p. 89.

45 DE LA MAZA (2003), pp. 128-129; WAHL (2006), p. 60 y CAÑIZARES (2015), p. 77.

46 WAHL (2006), p. 61.

y finalmente, el hecho de que los tribunales no harán exigibles las cláusulas abusivas⁴⁷. Todo aquello redundará en que una lectura minuciosa no resulta eficiente. Pese a que el consumidor lea con detención, invierta tiempo y costos, cuando termine de leer, se dará cuenta de que le guste o no lo que leyó, no hay nada que él pueda hacer para modificarlo. La única opción que le queda es no contratar, lo que habría implicado, entonces, una pérdida de recursos. Así se ha dicho que “por regla general, la cantidad de recursos que deberían invertir los consumidores en leer y comprender los términos de un contrato por adhesión es superior al beneficio que éste les produce”⁴⁸.

Sin embargo, el hecho de que los consumidores no lean los contratos, no puede significar que el redactor sienta la libertad de ejecutar una plantación de cláusulas abusivas en ellos a espaldas de aquellos. Por ello es relevante identificar si una cláusula inentendible puede ser considerada abusiva, porque de serlo, aquello implica que puede ser controlada, con independencia de que haya sido o no leída por el consumidor.

Con ello despejado, si el factor que vuelve inentendible la cláusula proviene del proveedor, es muy posible que nos enfrentemos con una cláusula que debe ser controlada. A continuación, expondré algunos de estos factores. Cabe destacar que este listado en ningún caso es taxativo.

1. Falta de información relevante

Es posible que el redactor de una cláusula no incluya toda la información relevante y suficiente en ella para que sea del todo entendida por el adherente. Aquello implica que la cláusula está incompleta y no permite ser entendida de forma clara. Ahora bien, como estamos frente a cláusulas en contratos, es relevante determinar en qué momento se entenderá completa o no una cláusula. En otros términos, es posible que el redactor de la cláusula, en su percepción subjetiva, considere que la cláusula cuenta con

47 DE LA MAZA (2003), pp. 129-134.

48 DE LA MAZA (2003), p. 129.

toda la información que los adherentes necesitan. Para determinar aquello, deben tenerse presentes dos factores: i) los efectos que la cláusula genera en el adherente y; ii) si el consumidor puede, razonablemente, acceder a la información faltante.

Respecto del primer factor, si con lo que estrictamente se desprende de la cláusula, esta genera todos sus efectos, entonces debe entenderse que esta cuenta con toda la información suficiente. Es decir, el contenido de la cláusula se presenta como lo suficientemente completo para permitir que se produzcan los efectos que la cláusula pretende originar. Respecto del segundo factor el Código Civil contempla reglas de interpretación de los contratos que pueden subsanar esta carencia. Así, el artículo 1564 inciso 1° establece que “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. Es claro que el codificador previó el caso en que las partes (o en este caso, una de ellas, el redactor), no estableciera cláusulas del todo completas, de manera tal que proveyó una norma expresa para que las cláusulas se interpreten en conjunto con otras para aclararse entre sí. De esta forma el consumidor puede interpretar el contrato sin requerir elementos ajenos ni salirse del mismo⁴⁹. Esto es a lo que López Santa María denomina regla de la armonía de las cláusulas indicando que como normalmente las cláusulas de un contrato se hallan subordinadas unas a otras, nada más lógico que examinarlas todas en conjunto⁵⁰. De acuerdo a Tapia y Valdivia, esta regla de interpretación puede aplicarse al contrato por adhesión⁵¹. Esto implica que lo razonable antes de dirimir si una cláusula aislada es abusiva, sería primero interpretarla conjuntamente con otras.

Así, si el redactor pretende hacer ejecutables efectos de la cláusula que no derivan de su tenor o de lo que sensatamente puede leerse en ella, entonces estamos frente a una cláusula a la que le falta información. Asimismo, si

49 ABELIUK (2008), p. 119.

50 LÓPEZ (2010), p. 390.

51 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 128.

la falta de integridad de una cláusula en un contrato de adhesión es posible subsanarla en virtud de su lectura conjunta con otras cláusulas, en realidad, no estamos frente a una cláusula que deba ser controlada, ya que al consumidor no le falta información relevante, esta tan solo está mal distribuida dentro del contrato. Por el contrario, si aun aplicando una interpretación conjunta, el consumidor no puede razonablemente acceder al contenido completo de la cláusula, estamos frente a una cláusula potencialmente controlable.

2. Mala redacción, faltas de ortografía y ambigüedad

Una cláusula mal redactada, o que contenga faltas de ortografía puede derivar en que las cláusulas sean ambiguas. Tapia y Valdivia indican que “este término hace referencia a que la cláusula pueda entenderse de varios modos, dando motivo a incertidumbres”⁵². Es decir, las cláusulas de un contrato pueden sufrir las mismas consecuencias que la doctrina ha estudiado respecto a la ambigüedad de disposiciones normativas. Así Guastini ha señalado que “Una disposición normativa es ambigua (en el sentido amplio que hemos dicho): es decir, puede ser entendida en dos (o más) sentidos distintos”⁵³. Kelsen ha señalado que la ambigüedad de una palabra o de una secuencia de palabras, mediante las cuales la norma se expresa puede implicar que el sentido lingüístico de una norma no sea unívoco⁵⁴. Lell ha expresado que “La ambigüedad implica que una formulación normativa o un término dentro de ella cuando, en un contexto dado, sea posible asignarle dos o más significados. En el caso de la ambigüedad de las formulaciones normativas, se produce que el intérprete deba elegir entre dos normas”⁵⁵ y en una línea concordante, y más amplia, Moreso ha expresado que una expresión lingüística es ambigua si, y solo si, tiene varios sentidos⁵⁶.

52 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 146.

53 GUASTINI (2015), p. 25

54 KELSEN (1982), pp. 350-351.

55 LELL (2017), p. 173.

56 MORESO (2005), p. 28.

La mala redacción puede producirse por problemas en la composición de la cláusula respecto de las palabras utilizadas en ella, el orden en que estas aparecen, problemas de puntuación, palabras mal escritas, mala ubicación de tildes, entre otros.

Atendido que la parte débil del contrato es el consumidor, es de esperarse que el proveedor abuse de dicha ambigüedad para interpretar a su favor las incertidumbres. En otros términos, si la existencia de una ambigüedad puede dar lugar a que una cláusula tenga más de un sentido, es posible que el redactor prefiera aquel sentido que mejor se acomoda a sus propios intereses. Por lo tanto, si estamos frente a una cláusula que tiene problemas de redacción u ortográficos, y que, por tanto, es ambigua, dando lugar a más de un sentido, estamos frente a una cláusula que posiblemente amerite ser controlada.

3. Lenguaje altamente técnico

Dependiendo el tipo de producto elegido por el consumidor, el lenguaje que contendrá el contrato puede variar en complejidad. Esto es inevitable. No es posible equiparar lingüísticamente un contrato que versa sobre productos financieros o un contrato de seguro con la compra de una lavadora. Al respecto se ha señalado que “Como en todo contrato mediante condiciones generales, nos encontramos con un predisponente, el asegurador, empresario especializado, y con un adherente, el asegurado, que, por la forma abierta en la que se recoge en la LCS, podría ser tanto consumidor como empresario. Esta desigualdad, que podría encajar en cualquier tipo de contrato mediante condiciones generales, posiblemente se acentúa más todavía en el ámbito del sector del seguro, pues el asegurador se encuentra normalmente en una situación singularmente superior en cuanto al conocimiento técnico de los avatares de la relación jurídica”⁵⁷.

57 MATO (2017), p. 107.

Por ello, es claro que normalmente el redactor trasladará sus conocimientos técnicos a la redacción de las estipulaciones del contrato dando lugar a un programa contractual en el cual él posee más y mejores herramientas para entenderlo. En virtud de aquello, es posible aseverar que la complejidad del lenguaje empleado dependerá de cada contrato, cada producto y cada servicio. Por ello, la que debiera ser controlada, es aquella cláusula que innecesariamente utiliza un lenguaje altamente técnico, siendo perfectamente prescindible para la aplicación práctica del contrato. O, en otros términos, si el contrato puede producir todos sus efectos sin la necesidad de requerir un lenguaje técnico y especializado, entonces no debe recurrirse a él.

Por tanto, el lenguaje técnico y especializado debiese abarcar lo estrictamente necesario para que el contrato produzca sus efectos, sin necesidad de extender innecesariamente un lenguaje complejo allí donde es prescindible, a la luz de los requerimientos propios del contrato y las situaciones que este disciplina.

4. Presencia de palabras escritas en otro idioma

De forma similar a lo expresado en el numeral anterior, el idioma empleado para disciplinar el contrato dependerá del producto que se pretende consumir. Cada contrato que verse sobre cada producto y servicio tendrá sus propios usos lingüísticos, y es posible que en ellos sea necesario recurrir a palabras en otro idioma y que aquello sea inevitable. Para poder identificar si una cláusula merece ser controlada por contener palabras en otro idioma se debe prestar atención a dos factores: i) el tipo de producto a consumir y, ii) que la costumbre haya incorporado la palabra al léxico requerido para disciplinar dicho producto.

Si atendido el producto, el redactor se vale de palabras o conceptos en otro idioma que no forman parte del léxico que requiere el tratamiento de aquel, existen posibilidades de estar frente a una cláusula que deba ser controlada. Se ha señalado inclusive que “En lo que a los contratos con

parte débil respecta, la normativa europea exige, con carácter general, que las cláusulas de un contrato que hayan sido predispuestas por el profesional estén redactadas siempre ‘de forma clara y comprensible’; de lo contrario, serán consideradas abusivas. Por consiguiente, podrán recibir esta calificación las cláusulas redactadas en un idioma que el consumidor no entiende. Pero además, para ciertos contratos se establece la obligación de que se redacten en una lengua que resulte familiar al consumidor”⁵⁸. Por ello, la regla general es que debe utilizarse un lenguaje familiar para el consumidor y, tan sólo, por motivos que encuentre su justificación en el propio contrato puede recurrirse a expresiones en un idioma diverso.

Por otra parte, si el redactor recurrió a palabras en otro idioma, por ejemplo, porque determinadas palabras que son necesarias para disciplinar el producto no existen en el lenguaje castellano, y dichas palabras forman parte del léxico que por costumbre se usa al tratarlo, entonces dicha cláusula debiese aprobar los controles respectivos.

4. ¿CÓMO PUEDE CONTROLARSE UNA CLÁUSULA QUE NO ES ENTENDIBLE POR EL CONSUMIDOR?

Ya sabiendo algunos motivos que pueden provocar que una cláusula sea inentendible, la pregunta que corresponde responder es ¿Cómo se controla una cláusula inentendible?

De acuerdo a Tapia y Valdivia, en el artículo 17 de la ley se contemplan las reglas formales que debe cumplir el redactor al componer las cláusulas de sus contratos de adhesión. Las reglas formales que me interesa comentar aquí son la legibilidad y el idioma castellano⁵⁹. De acuerdo a los autores mencionados, la Comisión de Constitución del Senado, que fue la que redactó el texto definitivo de dicho artículo, “no reparó en el significado de la expresión

58 OREJUDO (2011), pp. 155-182.

59 TAPIA y VALDIVIA (1999), pp. 69-75.

‘legible’, pues su sentido natural tiene un alcance muy superior a la ‘letra chica’. ‘Legible’ es lo que se puede leer, y leer, gramaticalmente, no solo es ‘pasar la vista’ por lo escrito, sino también entender o interpretar un texto”⁶⁰.

Así mismo agregan que “Entre los supuestos más usuales de esta falta de claridad o legibilidad se encuentra el contrato por adhesión excesivamente extenso; uso de conceptos jurídicos y técnicos; las largas series de excepciones y contraexcepciones o las remisiones cruzadas de unas cláusulas a otras; las cláusulas recogidas sin ningún orden o clasificación; las referencias a reglas legales que, por su vaguedad, impidan al consumidor comprender su sentido; y las remisiones a textos que no se entregan o ponen a disposición del consumidor en el acto”⁶¹. Por lo tanto, para Tapia y Valdivia, inentendible es sinónimo de ilegible, y siempre que una cláusula sea inentendible para el consumidor, porque no la puede comprender, podrá ser controlada en virtud del control formal. En el mismo sentido, el artículo 17 de la ley indica que los contratos deben estar escritos en lenguaje castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. De manera tal que las cláusulas que contengan palabras en otro idioma también pueden ser controladas por el artículo 17. En resumen, para los autores citados, siempre que una cláusula sea inentendible, por cualquiera de los motivos explicados anteriormente, esta podría ser controlada formalmente, ya que sería ilegible.

En concordancia con lo anterior, existe doctrina que relaciona el concepto de legibilidad del artículo 17 de la ley con el requisito de transparencia, el cual radica en la entrega, hacia los consumidores, de informaciones verídicas y oportunas en términos comprensibles y legibles⁶², lo que implica que el requisito se desenvuelve en dos dimensiones. Por una parte, el acceso a la información y por otra su comprensibilidad⁶³. Barrientos entiende que la historia de la ley N° 19.955 del año 2004 incorporó la expresión “claramente” antes de la expresión legible lo que constituiría un antecedente para

60 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 71.

61 TAPIA y VALDIVIA (1999), pp. 72-73.

62 BARRIENTOS (2018), p. 1011.

63 DE LA MAZA y MOMBERG (2018), p. 83.

favorecer la comprensión por vía de transparencia del contrato de adhesión⁶⁴. Baraona⁶⁵, De la Maza junto con Momberg⁶⁶, Momberg por sí solo⁶⁷, Pizarro y Pérez⁶⁸, Morales⁶⁹ y Barrientos⁷⁰ señalan que el principio de transparencia tendría sustento normativo en el artículo 17 de la ley.

Desde ese punto de vista, señala Barrientos, “el artículo 17 LPDC constituye la primera y más importante fuente normativa que permitiría considerar la segunda dimensión orientada a la comprensión de los contratos por adhesión celebrados con consumidores”⁷¹. Campos distingue entre transparencia formal y material, indicando que la primera se debe a la falta de concreción o precisión de los presupuestos que permiten su aplicación o a cualquier otro problema relativo a la claridad o comprensibilidad en su redacción, mientras que la segunda se debe a su falta de comunicación, presentación o a la inadecuada ilustración de su importancia y alcances en la ejecución del contrato⁷². Así, la falta de transparencia formal no permitiría una adecuada comprensión de las cláusulas por lo que perfectamente podrían estimarse no incorporadas al contrato, mientras que tratándose de falta de transparencia material, señala Campos que su ineficacia no debe justificarse en su abusividad sino en su carácter sorpresivo y por ende, tampoco deben entenderse incorporadas al contenido del contrato⁷³. De lo dicho, parece que el autor adhiere a la idea de que una cláusula a la que le falta transparencia, sea material o formal, debe ser controlada en virtud del control de incorporación. En la misma línea Morales expresa que el principio de transparencia implica, por una parte, que los términos redactados por el proveedor deben ser puestos a disposición del consumidor antes de la conclusión del contrato y, por otro lado, implica que dichos términos deben ser redactados de tal manera que

64 BARRIENTOS (2018), pp. 1013-1014.

65 BARAONA (2014), p. 387.

66 DE LA MAZA y MOMBERG (2018), pp. 96-98.

67 MOMBERG (2014), pp. 175-176.

68 PIZARRO y PÉREZ (2013), p. 362.

69 MORALES (2018), p. 86 y MORALES (2016), p. 81.

70 BARRIENTOS (2019), p. 105 y BARRIENTOS (2018), p. 1013.

71 BARRIENTOS (2018), p. 1013.

72 CAMPOS (2019), pp. 84-85.

73 CAMPOS (2019), p. 91.

un consumidor promedio sea capaz de entenderlos sin necesidad de asesoría jurídica, por ello, el principio de transparencia opera como control ex ante, ya que sus exigencias deben satisfacerse antes de la conclusión del contrato⁷⁴.

Se ha señalado, asimismo, que el control de incorporación buscaría verificar la concurrencia de ciertas cargas que debe cumplir quien utiliza cláusulas no negociadas, las cuales pueden ser cargas de cognoscibilidad, de comprensibilidad y previsibilidad. Las primeras estarían orientadas a que el adherente tenga la oportunidad de conocer la existencia y contenido de las cláusulas del contrato; las segundas estarían orientadas a posibilitar que pueda comprender dichas cláusulas; y las últimas a resguardar la razonable previsibilidad del clausulado⁷⁵. En conformidad a lo anterior, entonces, la comprensibilidad de las cláusulas del contrato formaría parte del control de incorporación de cláusulas por lo que este cumple una función de transparencia⁷⁶.

En virtud de lo expresado anteriormente, existe doctrina nacional que considera que el artículo 17 y, en definitiva, el control de incorporación contempla más que simplemente un examen meramente formal de las cláusulas. Es decir, no se agota simplemente en detectar si el tamaño de la letra y el idioma permiten que este sea visible y pueda ser estrictamente leído con nitidez, sino que, también contempla la transparencia, entendibilidad y comprensibilidad de las cláusulas.

En el caso español, tratándose de cláusulas en contratos de préstamos hipotecarios, pareciera que se ha llegado a una conclusión similar. Cañizares señala que desde hace un tiempo se ha venido planteando que el control de transparencia constituiría un tercer control ajeno al control de inclusión y control de contenido⁷⁷, sin embargo, en su parecer no es necesario decidir si el control de transparencia constituye o no un tercer control, considerando

74 MORALES (2016), p. 81.

75 HERNÁNDEZ y CAMPOS (2021), pp. 52-53.

76 HERNÁNDEZ y CAMPOS (2021), p. 53.

77 CAÑIZARES (2015), p. 81.

que probablemente “la transparencia se encuentra en ese control de incorporación o inclusión del contrato con condiciones generales no tratándose en definitiva de un control meramente formal, como venimos sosteniendo, sino que supone también un control del consentimiento material en el sentido visto”⁷⁸. Asimismo, Mato indica que el control de incorporación “lo que exige es que el clausulado se entregue y sea accesible al consumidor y que su redacción sea clara y legible de tal modo que se le posibilite su lectura en el caso de que el consumidor quiera detenerse a analizar el contenido del contrato que firmó”⁷⁹.

En dicha consideración, una cláusula inentendible no cumpliría el requisito de la transparencia señalado anteriormente, lo que volvería ilegible la cláusula, haciéndose aplicable el control de inclusión del artículo 17 de la ley.

Sin embargo, de acuerdo a De la Maza, “la historia fidedigna del precepto indicaba la voluntad del legislador de limitar la exigencia a que el tamaño de la letra hiciera legible el contrato. La modificación del artículo⁸⁰ no parece mejorar las cosas, una vez más la historia fidedigna de la ley indica la vocación del legislador por asegurar únicamente que el tamaño de las letras del texto lo hiciera legible”⁸¹. Desde este punto de vista, inentendible no es sinónimo de ilegible y, por tanto, puede haber cláusulas legibles pero inentendibles, es decir, que se pueda pasar la vista sobre ellas, pero que estas no sean comprensibles por el consumidor, y aquellas cláusulas no podrán ser controladas por el artículo 17 ya que cumplen con el requisito de legibilidad.

78 CAÑIZARES (2015), pp. 81-82. En la misma línea se ha indicado que el control de transparencia no se limita al cumplimiento de los requisitos de incorporación, sino que también contempla “que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener” en PERTÍNEZ (2013), p. 13.

79 MATO (2019), pp. 190-191. Asimismo, AGÜERO expresa que la jurisprudencia española ha hecho hincapié en los requisitos de concreción, claridad, sencillez, accesibilidad y legibilidad de las cláusulas no negociadas en AGÜERO (2020), pp. 91-97

80 DE LA MAZA manifiesta que el artículo 17 “experimentó únicamente dos modificaciones en su texto, se incorporó la expresión “claramente” antes de legible y se fijó el tamaño mínimo de la letra del contrato en 2.5 mm” en DE LA MAZA (2004), p. 55.

81 DE LA MAZA (2004), p. 55.

Si bien el concepto de legibilidad y transparencia desarrollado, tanto por la doctrina nacional como la doctrina española antes referida, tiene sustento argumentativo, debe decirse que, a la luz de la historia de la ley, y el tenor literal del artículo 17, es a lo menos dudoso. Se ha señalado que nuestro ordenamiento no contempla expresamente cargas de comprensibilidad de las cláusulas, sino que solo de legibilidad en el artículo 17 de la ley. Ahora bien, se ha planteado que pese a ello se debiera efectuar una interpretación teleológica de dicho artículo e integrar la carga de legibilidad con el espíritu de la ley de Protección del Consumidor, esto es, la protección de la parte más débil. En dicho escenario, entonces, correspondería no tener por incorporadas cláusulas ininteligibles⁸². Con todo, no haría daño recurrir a otro método de control. Por tanto, adoptando la postura de que el control formal del artículo 17 de la ley, es insuficiente para controlar cláusulas inentendibles, ¿Cómo se pueden controlar este tipo de cláusulas? En mi parecer, en virtud del control de contenido y la aplicación de los conceptos de buena fe y desequilibrio importante de la letra g) del artículo 16⁸³.

4.1. Control de una cláusula a la que le falta información relevante

Más arriba se comentó que antes de evaluar si la cláusula era controlable o no de forma aislada, se debía interpretar la cláusula a la luz de otras en virtud de una interpretación conjunta por aplicación del artículo 1564 del Código Civil. Si bien para Tapia y Valdivia, las remisiones cruzadas de unas

82 HERNÁNDEZ y CAMPOS (2021), pp. 61-62.

83 Se ha señalado que “si se entendiera que el artículo 17 de la LPDC no consagra realmente cargas de comprensibilidad, la falta de esta igualmente produciría consecuencias jurídicas. En concreto, teniendo a la vista que la claridad es una carga que debe satisfacer toda declaración de voluntad, cualquier cláusula que no sea comprensible para un adherente de diligencia ordinaria, no debería estimarse siquiera presuntivamente aceptada, siendo nula absolutamente por ausencia de consentimiento (ex artículo 1682 del Código Civil). Por su parte, la falta de precisión o concreción de los supuestos de hecho o de los efectos que contempla una cláusula, en cuanto involucra una infracción a la buena fe, podría conducir a la declaración de abusividad en aplicación del artículo 16 letra g) de la LPDC, al atribuirse al proveedor un espacio de discrecionalidad ostensible para la determinación del alcance del contrato” en HERNÁNDEZ y CAMPOS (2021), pp. 62-63.

cláusulas a otras son supuestos de ilegibilidad⁸⁴, ellos mismos consideran que la interpretación sistemática es una regla general de interpretación del contrato de adhesión⁸⁵.

En mi parecer, se debe evaluar si la interpretación entre cláusulas es suficiente para que el consumidor pueda acceder al contenido íntegro del contrato. En caso de que no sea suficiente, estaremos en presencia de una cláusula que atenta contra la buena fe y genera un desequilibrio importante, ya que se atenta contra las expectativas razonables del consumidor⁸⁶, quien desde luego, espera contar con toda la información disponible para ejecutar el contrato y sus efectos. En virtud de aquello, toda cláusula que no permita acceder a toda la información relevante y, por tanto, no aporta al adherente la instrucción necesaria para prever los efectos del contrato y, considerando que ni siquiera interpretando dicha cláusula de forma conjunta con otras permite acceder a dicha información, entonces la cláusula será nula por aplicación del artículo 16 letra g) de la ley.

4.2. Control de una cláusula mal redactada y con faltas de ortografía

Como señala Abeliuk, puede ocurrir que las cláusulas de un contrato se redacten en forma ambigua y poco clara⁸⁷. Existen a lo menos tres normas que servirán para evaluar una cláusula que tenga estos problemas. Por una parte, tenemos el artículo 1566 del Código Civil, por otra parte, el artículo 16 C, y finalmente el artículo 16 letra g), estos dos últimos, de la ley. Como indican Tapia y Valdivia, “Cuando la ambigüedad se debe a la falta de explicación que ha debido dar el redactor, debe interpretarse la cláusula contra éste”⁸⁸. Lo señalado por Tapia y Valdivia encuentra su sustento normativo en el artículo 16 C de la ley y el artículo 1566 del Código Civil. Sin embargo, a

84 TAPIA y VALDIVIA (1999), p.72.

85 TAPIA y VALDIVIA (1999), p.138.

86 TAPIA y VALDIVIA (1999), p.86 y DE LA MAZA (2004), pp. 61-62.

87 ABELIUK (2008), p. 115.

88 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 149.

mi juicio, el artículo 16 letra g) puede tener cierto protagonismo cuando la ambigüedad de la cláusula es tal, que es posible afirmar que aquella atenta contra la buena fe o produce desequilibrio en las prestaciones.

Por lo tanto, una cláusula mal redactada o con faltas de ortografía puede derivar en dos sanciones, las que a su vez derivan de la aplicación de dos mecanismos de control diferentes respectivamente. Por una parte, la sanción será la interpretación de la cláusula contra el proveedor, derivada del mecanismo de control de la regla de interpretación contra el redactor⁸⁹; y por otra parte la nulidad de la cláusula por aplicación del mecanismo de control de contenido de la letra g) del artículo 16 de la ley.

La ley, no incluyó las cláusulas ambiguas en el listado de cláusulas abusivas del artículo 16, sino que hizo referencia a ellas en un artículo separado, el artículo 16 C. Esto podría dar lugar a entender que ante cláusulas ambiguas corresponde aplicar, tan solo el artículo 16 C y no el 16. Es decir, que una cláusula ambigua no es una cláusula abusiva pues no se entiende incorporada en dicho listado, sin embargo, considerando la existencia del artículo 16 letra g), me parece posible que una cláusula ambigua también sea considerada abusiva si, en efecto, se produce un desequilibrio importante y existe un atentado a la buena fe. Desde este punto de vista, una primera intuición indicaría que entre ambas normas existiría una inconsistencia que puede ser resuelta por el principio de especialidad. Así, como el artículo 16 C regula específicamente las cláusulas ambiguas, esta norma debe ser preferida por sobre el artículo 16 letra g). Esto conllevaría que una cláusula ambigua nunca podría ser anulada, sino, tan solo, interpretada contra el redactor. A mi juicio, por el contrario, entre estas dos normas existe una inconsistencia parcial – parcial⁹⁰, pues, como lo indica Corral “los estatutos sólo confluyen

89 Se ha señalado que “la regla interpretatio contra proferentem tuvo su momento de gloria, particularmente en el viejo continente, con el advenimiento de la técnica de las condiciones generales del contrato y, en particular, con la posterior difusión de dicha técnica como respuesta a la nueva realidad de la contratación en ‘masa’” en RODRÍGUEZ (2008), p. 70.

90 HENRÍQUEZ (2013), p. 462.

para solo ciertos supuestos manteniendo cada uno de ellos un ámbito de aplicación autónomo. La ‘inconsistencia parcial-parcial’ puede graficarse como dos círculos secantes y se denomina superposición de regla”⁹¹.

A mi juicio esta inconsistencia es parcial – parcial, pues puede acontecer que la ambigüedad de la cláusula se deba a la mala fe del proveedor, en cuyo caso, la cláusula puede ser, a su vez, considerada abusiva. En dicho caso estaremos frente a la situación en la cual “cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero ambas tienen también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos”⁹². El campo en el cual no se producen conflictos será el caso en que la ambigüedad de la cláusula no se deba a la mala fe del redactor, en cuyo caso, como se verá, el artículo 16 C se presentará como mecanismo de control suficiente. Sin embargo, cuando exista mala fe por parte del proveedor, ambas normas entrarán en conflicto. Así, la primera intuición en cuya virtud se debía resolver el problema recurriendo al principio de especialidad se desvanecerá pues “no estamos ante el supuesto típico resuelto por el principio *lex specialis* y, por eso, tenemos que acudir a criterios adicionales o sustitutorios”⁹³.

En mi parecer, recurrir a una u otra sanción o a uno u otro mecanismo de control, no debe ser una decisión arbitraria, sino que se debe evaluar la magnitud de la ambigüedad de la cláusula y dirimir si esta, en los términos en que está escrita, atenta o no contra la buena fe o genera un desequilibrio importante. Esto se da por la justificación que existe para cada sanción. La interpretación contra el redactor surge como una atribución de responsabilidad para que aquel que no ha sido intelectualmente capaz de darse a entender claramente no pueda valerse de su propia torpeza⁹⁴. Por el contrario, la nulidad de la cláusula abusiva, si bien también es una sanción al proveedor,

91 CORRAL (2010), pp. 639-653.

92 TARDÍO (2003), p. 203

93 TARDÍO (2003), p. 203.

94 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 143.

se justifica para penalizar a aquel que ha defraudado las expectativas del adherente desequilibrando los derechos y obligaciones que emanan del contrato⁹⁵, y en consecuencia proteger al consumidor⁹⁶.

Si el juzgador estima que razonablemente la cláusula mal escrita y ambigua no atenta contra la buena fe, la sanción deberá ser la interpretación de la misma en contra del redactor, pero para que él soporte las consecuencias de no haber formulado una cláusula clara y no para proteger al consumidor. O, dicho de otra manera, si la cláusula mal escrita no atenta contra la buena fe o no produce desequilibrio, en realidad el consumidor no requiere de protección ni de la nulidad de la cláusula, tan solo requiere que esta se interprete contra el proveedor y como consecuencia, el consumidor se aprovechará de una interpretación favorable⁹⁷. Si por el contrario, la magnitud de la ambigüedad es tal que el juzgador estima que existe mala fe por parte del proveedor⁹⁸, y que por tanto, hay un atentado a la buena fe y se produce un desequilibrio importante, la cláusula debe ser anulada, porque ahora ya no es tan relevante que el proveedor asuma el riesgo de una formulación defectuosa⁹⁹, sino, más bien, proteger al consumidor ante la existencia de una grave desproporción en las prestaciones y derechos. En ese mismo orden de ideas Tapia y Valdivia, citando a Alfaro, indican que “Alfaro, pragmáticamente, propone reservar ‘la no inclusión y consiguiente ineficacia para los casos más graves de falta de claridad y aplicando la regla contra proferentem a los demás supuestos de cláusulas dudosas’”¹⁰⁰, es decir, para cláusulas groseramente ambiguas procede la nulidad, para el resto de cláusulas cuya ambigüedad no es de tan alta magnitud, procede la interpretación contra proferentem, aplicando entonces dos mecanismos de control dependiendo la magnitud de la ambigüedad.

95 MATO (2017), pp. 87-88.

96 Se ha indicado que “Se trata de una especificación del supuesto anterior que encuentra fundamento en la buena fe, en el sentido de que la justicia sugeriría que la ambigüedad u oscuridad perjudique a quien la provocó y no a quien prácticamente no ha intervenido en la fijación del contenido contractual. Asimismo, esta solución contribuye a aminorar la desigualdad de negociación que suele existir entre las partes” en ISLER (2019), p.49.

97 COLOMA (2016), p. 31.

98 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 149.

99 TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 144.

100 TAPIA y VALDIVIA (1999), pp. 147-148.

En suma, no siempre que una cláusula esté mal escrita, mal redactada, tenga faltas de ortografía o sea ambigua en general, estaremos en presencia de una cláusula abusiva. Sino que, el juzgador deberá evaluar en base a los antecedentes que obran en cada proceso si dicha ambigüedad le resulta ostensiblemente favorable al proveedor a tal punto que la cláusula atenta contra la buena fe y genera desequilibrio o, si por el contrario, no es posible predicar aquello de la cláusula. En este último caso la cláusula no debiera ser anulada en aplicación del artículo 16 letra g) por ser inentendible, tan solo interpretada en contra del redactor por aplicación del artículo 16 C y 1566 del Código Civil.

4.3. Control de una cláusula escrita en un lenguaje altamente técnico

Tapia y Valdivia consideran que una cláusula escrita en lenguaje altamente técnico es ilegible¹⁰¹. Sin embargo, como se explicó anteriormente, existen casos en que recurrir a este tipo de lenguaje es inevitable en función del producto o servicio que será consumido. Por tanto, el criterio debiese ser el de la necesidad. Utilizar un lenguaje innecesariamente técnico debiese levantar las sospechas del juzgador en cuanto a que determinadas cláusulas atentan contra la buena fe y producen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, y aquello ocurrirá porque será evidente que tan solo una de las partes, el redactor, entenderá el contenido del contrato. Por ende, este tipo de cláusulas es controlable en virtud del mecanismo de control de contenido y específicamente por el artículo 16 letra g).

Si el redactor se apegó al lenguaje técnico estrictamente necesario para hacer operativo el contrato, dicha cláusula, pese a contener un lenguaje técnico, no debiera ser anulada, por no atentar contra la buena fe, ya que una cláusula redactada en un lenguaje técnico necesario respeta las expectativas razonables del consumidor.

101 TAPIA y VALDIVIA (1999), p.72.

4.4. Control de una cláusula que contenga palabras en otro idioma

A diferencia de los tres tipos de cláusulas inentendibles antes expuestos, aquellas que contemplan palabras en otro idioma fueron una preocupación explícita del legislador. El artículo 17 de la ley establece que los contratos de adhesión deben estar escritos en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. De la norma mencionada se extrae que el idioma castellano es la regla general, y las palabras en otro idioma son una excepción. La misma norma establece que las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor. Como se sabe, en el artículo 17 de la ley se contempla el control formal de cláusulas abusivas.

Puede aseverarse que, si el contrato presenta palabras o conceptos en otro idioma, que el uso no ha incorporado al léxico, la cláusula es nula sin necesidad de entrar a dirimir si ésta atenta contra la buena fe o genera un desequilibrio importante o, en otras palabras, sin necesidad de recurrir al control sustancial de cláusulas abusivas, siendo aplicable tan solo el control formal. Sin embargo, el concepto “léxico” debe ser clarificado. De acuerdo a la Academia Española, léxico es “Vocabulario, conjunto de las palabras de un idioma, o de las que pertenecen al uso de una región, a una actividad determinada, a un campo semántico dado, etc.”¹⁰². De manera tal que, con léxico, no necesariamente se hace referencia al idioma castellano o al idioma que se emplea en Chile. Léxico también puede referirse a las palabras de determinada actividad o en nuestro caso, que disciplinan un producto o servicio en determinado contrato. De manera tal, que si una palabra en otro idioma forma parte de la actividad en la que se circunscribe el contrato, el uso la habrá incorporado léxico, aunque aquella palabra no sea popular en Chile. Lo que implica que el juzgador deberá instruirse sobre las costumbres y usos lingüísticos que forman parte del léxico específico que regula el producto o servicio consumido.

102 Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23° edición.

Así las cosas, cada producto, servicio o mercado tiene su propio léxico, el cual no necesariamente debe coincidir con el lenguaje de uso normal y corriente en Chile, de tal manera que, para evaluar si una cláusula que contempla una palabra en otro idioma es o no abusiva, no debe evaluarse si dicha palabra de otro idioma se usa o no de forma regular en el vocablo de los chilenos, sino, si se usa o no en el mercado específico en que se lleva a cabo la relación de consumo.

5. DOS CASOS CONOCIDOS POR TRIBUNALES DE JUSTICIA

La jurisprudencia se ha enfrentado a casos en que determinadas cláusulas en contratos de adhesión no han resultado ser del todo entendibles para consumidores. Aquello ha ocurrido, a lo menos, en el caso Servicio Nacional del Consumidor con Corporación Educacional Universidad del Mar y en el caso Servicio Nacional del Consumidor con Financiera La Elegante S.A.C. Ltda., los que se comentarán a continuación.

5.1. Sernac con Corporación Educacional Universidad del Mar

Ante el Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar¹⁰³, el Servicio Nacional del Consumidor interpuso demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores en contra de la Corporación Educacional Universidad del Mar. Dicha demanda se incardina en contra de la Universidad en su calidad de institución proveedora de servicios educacionales por haber incluido cláusulas abusivas en sus contratos de adhesión. La actora acusó la abusividad y transcribió una serie de cláusulas que en su visión eran abusivas, las cuales formaban parte del denominado “Contrato de Prestación Servicios Educacionales Universidad del Mar N° 35915; del denominado Contrato de Prestación Servicios Educacionales Universidad del Mar N° 3815; y del denominado “Contrato de Crédito Directo Universidad del Mar para Financiamiento de Estudios Superiores, Poder y Mandato Especial Delegable e Irrevocable”.

103 3° Juzgado Civil de Viña del Mar, Rol N° C-4815-2014, de 08 de enero de 2016.

La actora indicó en general que, en dichas cláusulas, implícita o explícitamente, el proveedor se reservó la facultad de dejar sin efecto, modificar o suspender el contrato unilateralmente y a su arbitrio, y que lo que hacen es conferir a la Universidad un alto grado de discrecionalidad a la hora de adoptar decisiones que involucran a ambas partes del contrato, por lo que en general atentaban contra la letra a) y g) del artículo 16 de la ley.

Luego analizó pormenorizadamente determinadas cláusulas de los contratos antes mencionados. De entre todas ellas, tan solo me interesa resaltar la cláusula décima del contrato N° 35915, la cual manifestaba, que “Las partes dejan expresa constancia que será responsabilidad exclusiva del alumno y/o sostenedor tomar conocimiento de las condiciones y requisitos de otorgamiento, vigencia, plazos, extensión y aplicación de las becas y/o convenios que pudieren beneficiarle, debiendo hacer efectivas al momento de la suscripción del presente convenio”¹⁰⁴. La actora indicó que dicha cláusula era abusiva por infringir el artículo 16 letra g) de la ley.

La universidad contestó la demanda solicitando su rechazo y negó cada uno de los hechos e imputaciones. Entre otros argumentos, manifestó que al momento de los hechos ella tenía autonomía y acreditación universitaria lo que abarca autonomía académica, económica y administrativa; que la actora no indicó en qué consiste el daño y perjuicio a los alumnos, ni cuando ocurrió, ni la época, ni la sede universitaria, ni a cuántos alumnos afectó, ni de

104 La cláusula completa rezaba lo siguiente: “Las partes dejan expresa constancia que será responsabilidad exclusiva del alumno y/o sostenedor tomar conocimiento de las condiciones y requisitos de otorgamiento, vigencia, plazos, extensión y aplicación de las becas y/o convenios que pudieren beneficiarle, debiendo hacer efectivas al momento de la suscripción del presente convenio. En virtud de lo expuesto, no será admisible su invocación posterior a la suscripción del presente contrato de prestación de servicios educacionales, entendiéndose por tanto renunciada por el alumno y/o sostenedor la beca o beneficio en cuestión. Se deja expresa constancia que en todo caso el otorgamiento de becas y beneficios derivados de convenios suscritos por la Universidad con otras instituciones se encuentran sujeto al proceso de evaluación de procedencia que unilateralmente disponga la Universidad. Las becas y/o beneficios derivados de convenios suscritos por la Universidad no serán acumulables entre sí por el alumno, quién deberá optar solo por una de las becas o beneficios que le favorezcan” en 3° Juzgado Civil de Viña del Mar, Rol N° C-4815-2014, de 08 de enero de 2016.

qué carrera; y que los alumnos como adultos aceptaron las condiciones sin ningún tipo de fuerza sobre su autonomía. En lo que respecta a la cláusula décima, la Universidad manifestó que esta no hace más que recoger la regla general en materia de responsabilidad civil, reconociendo como eximente de esta, el caso fortuito y la fuerza mayor.

El Juzgado Civil analizó cláusula por cláusula a la luz de todos los literales del artículo 16 invocados. En lo que respecta a la cláusula décima, manifestó que “no se advierten las hipótesis de abusividad en los términos establecidos en el artículo 16 de la ley N°19.496, que se denuncian en autos, por cuanto, la tramitación necesaria para la obtención de becas o beneficios solo va en beneficio del alumno, quien resulta ser el único y principal interesado en obtener información al respecto”¹⁰⁵. Por tanto, si bien la demanda fue acogida, tan solo lo fue parcialmente, no considerando que la cláusula décima haya sido abusiva.

La parte demandante apeló de esta sentencia para ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, solicitando entre otras cosas, que la cláusula décima sea declarada abusiva y por tanto nula. La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia en aquella parte declarando que “La cláusula en cuestión a juicio de esta Corte tampoco es abusiva, pues el alumno debe entregar información a la Universidad y no viceversa, él es este único interesado”¹⁰⁶.

En contra de este último pronunciamiento la demandante interpuso recurso de casación en el fondo. La Corte Suprema al conocer del caso consideró que “La cláusula décima no resulta del todo inteligible en cuanto a las reglas que deben ser cumplidas por parte de los estudiantes para acceder a becas y/o beneficios, de forma previa a la contratación del servicio educacional. Al no contener normas o reglas claras para los alumnos, se incumplen las exigencias de la buena fe, que impone someterse para estos efectos a parámetros

105 3° Juzgado Civil de Viña del Mar, Rol N° C-4815-2014, de 08 de enero de 2016.

106 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° C-1626-2016, de 21 de febrero de 2018.

objetivos, conforme lo consagra el artículo 16 letra g) de la citada ley”¹⁰⁷ y en virtud de dicho razonamiento acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Sernac, anulando finalmente la referida cláusula décima.

Si bien es cierto que la cláusula juzgada por la Corte Suprema era inentendible por uno de los motivos vistos en el apartado número 3 de este trabajo, aquella utilizó una expresión esclarecedora que motivó un análisis de los otros motivos. La Corte consideró que la cláusula era abusiva por “no ser del todo inteligible”, de manera tal que el hecho de estar incompleta era tan solo una consecuencia de aquello. Es por esto que era relevante analizar otros motivos por los cuales una cláusula puede ser inentendible o no del todo inteligible. En mi opinión, la Corte apuntó bien al recurrir a la letra g) para anular la cláusula décima del contrato con la Universidad del Mar. Recordemos que esta cláusula era inentendible por estar incompleta y aquellas, según se comentó, en caso de no poder anularlas en virtud del control de inclusión o formal, tan solo resta la letra g) como mecanismo de control, es decir, el control de contenido.

La cláusula expresa que son los alumnos o los sostenedores los responsables exclusivos de recabar la información respecto de becas y/o convenios que la Universidad pueda otorgarles, pero no expresa dónde recabar esta información de forma íntegra, de manera tal que el alumno difícilmente podrá saber con exactitud qué información es la correcta y si la que logró recabar es la información completa. Esto no era solucionable recurriendo a otras cláusulas ya que la información faltante no estaba allí, y no se informaba dónde poder encontrarla. Desde ese punto de vista existe un problema de asimetría de información entre la Universidad y el estudiante el cual produjo una situación de desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, ya que dejaba al alumno sin la posibilidad de exigir sus derechos y dejaba al proveedor en posición de no cumplir sus obligaciones.

107 Corte Suprema, Rol N° C-5363-2018, de 15 de abril de 2019.

En suma, si bien es cierto que autorizada doctrina asimila las cláusulas inentendibles a las ilegibles y, por tanto, estas serían nulas en virtud del control formal, ante la insuficiencia y dudas que presenta la aplicación de dicho mecanismo, el único que puede resultar aplicable es el control de contenido en virtud de la cláusula abierta del artículo 16, es decir, la letra g), recurriendo a los parámetros de la buena fe y la producción de un desequilibrio importante.

5.2. Sernac con Financiera La Elegante S.A.C. Ltda.

Ante el Tercer Juzgado de Letras de Coquimbo¹⁰⁸, el Servicio Nacional del Consumidor interpuso demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores en contra de Financiera La Elegante SAC Limitada. La actora acusó la abusividad y transcribió una serie de cláusulas que en su visión eran abusivas, las cuales formaban parte del denominado “Contrato de Afiliación al Sistema de Crédito La Elegante”; y del denominado “Reglamento del contrato de afiliación al Sistema de Crédito La Elegante”.

La actora manifestó que dichos cuerpos contractuales contemplaban cláusulas abusivas por atentar contra la buena fe. De entre todas las cláusulas impugnadas por la actora, la que es particularmente relevante para efectos de este manuscrito es la cláusula 10 del Reglamento la cual señala “Producido el simple retardo o la mora del Cliente respecto de sus obligaciones para con LA ELEGANTE SAC LTDA, se iniciará el proceso de cobranza extrajudicial y judicial, que significará para el cliente moroso el pago del interés máximo que la ley permita estipular y que se aplicará desde el día de vencimiento de la cuota correspondiente, más los gastos de cobranza extrajudicial que estarán exhibidos en las dependencias de La Sociedad y de que el Cliente tiene la obligación de informarse en cada oportunidad, como asimismo los gastos correspondientes”. Manifestó que aquella cláusula era abusiva por aplicación del artículo 16 letra g), siendo esta la causal genérica de abusi-

108 3° Juzgado de Letras de Coquimbo, Rol N° C-2820-2011, de 30 de noviembre de 2015.

vidad que permite el control de los desequilibrios y abusos que incorporan los contenidos contractuales que no quedan incluidos en la protección que brindan las anteriores cláusulas del artículo 16.

La Financiera contestó la demanda señalando, entre otros argumentos, que no existe una exposición clara de la forma que ella pudo abusar de la redacción de las cláusulas; que el Sernac no señala las personas o clientes que efectivamente reclamaron por supuestas cláusulas abusivas; que no existe mala fe de su parte y; que no existe perjuicio a los consumidores. Asimismo, en un otrosí solicitó que la demanda sea declarada temeraria.

El Juzgado al analizar la cláusula anteriormente transcrita declaró “Al igual que las Cláusulas contenidas en el contrato ya referidas, la Cláusula transcrita contiene acuerdos atentatorios contra la buena fe toda vez que en el concepto de rectitud que aquella involucra, la primera manifestación de corrección es otorgar información completa y oportuna acerca de los montos a pagar por parte del Cliente en caso de mora o retardo. Sin embargo, la Cláusula reglamentaria solo refiere conceptos sin precisar su contenido específico en cuanto a cuáles son las gestiones específicas que comprende y cuál es el monto a que asciende cada una de ellas”. El Tercer Juzgado de Letras de Coquimbo manifestó al respecto que “Es en este contexto, que tratándose de un contrato de adhesión, se debe cumplir con los requisitos fundados en la buena fe contemplados en el artículo 16 letra g) de la LPDC, y que en el caso, no cumple, al no contener el contrato un desglose pormenorizado de los cargos, comisiones, costos y tarifas que expliquen el valor efectivo de los servicios prestados...”¹⁰⁹. El fallo pronunciado fue apelado por el Servi-

109 Cabe señalar que en el presente caso el Tercer Juzgado de Letras de Coquimbo no procedió a la anulación de la cláusula, sino, a su modificación. El Juzgado señaló: “Es en este contexto, que tratándose de un contrato de adhesión, se debe cumplir con los requisitos fundados en la buena fe contemplados en el artículo 16 letra g) de la LPDC, y que en el caso, no cumple, al no contener el contrato un desglose pormenorizado de los cargos, comisiones, costos y tarifas que expliquen el valor efectivo de los servicios prestados, por lo que esta cláusula será modificada, quedando como sigue: “Producido el simple retardo o la mora del Cliente respecto de sus obligaciones para con la Elegante SAC Ltda., se iniciará el proceso de cobranza judicial,

cio Nacional del Consumidor, sin embargo, la Corte de Apelaciones de La Serena¹¹⁰ lo confirmó. Posteriormente el mismo Servicio dedujo recurso de casación en el fondo el cual fue rechazado¹¹¹.

Como puede verse el Tercer Juzgado de Letras de Coquimbo consideró que la cláusula, al no aclarar cuáles serían los cargos, comisiones, costos y tarifas del servicio no habría aportado información completa a los consumidores. En virtud de aquello, a mi juicio, es posible señalar que, al igual que en el caso contra la Corporación Educacional Universidad del Mar, la cláusula no permite a los consumidores comprender su sentido y alcance, justamente, por ser incompleta, y al no poder ser comprendida, es posible afirmar que esta sería inentendible lo que ameritaría ser controlada en virtud del control sustancial del artículo 16 letra g), tal y como lo hizo el Juzgado.

En los dos casos descritos puede evidenciarse que los Tribunales respectivos hicieron aplicación del artículo 16 letra g) para enfrentarse a cláusulas incompletas y, por tanto, inentendibles. Esto es particularmente relevante al momento de identificar cuál es el mecanismo de control utilizado, pues, como se señaló anteriormente, en caso de que lo inentendible sea considerado sinónimo de ilegible, el mecanismo de control a aplicar debiera ser el control formal del artículo 17 de la ley, sin embargo, en los dos casos analizados, los respectivos Tribunales no hicieron aplicación del control formal del artículo 17, sino que, hicieron aplicación del control sustancial del artículo 16 letra g), por lo que, si bien no lo señalan expresamente, no consideran que ilegible sea sinónimo de inentendible y, por tanto, ante cláusulas que son legibles pero ininteligibles no corresponde aplicar el control formal sino que se debe recurrir al artículo 16 letra g).

que significará para el Cliente moroso el pago del interés máximo que la ley permita y que se aplicará desde el día del vencimiento de la cuota correspondiente”, en 3° Juzgado de Letras de Coquimbo, Rol N° C-2820-2011, de 30 de noviembre de 2015.

110 Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° C-669-2016, de 30 de mayo de 2017.

111 Corte Suprema, Rol N° C- 34.507-2017, de 21 de enero de 2019.

En otros términos, al parecer la Corte Suprema no adhiere a la idea de que el artículo 17 de la ley contempla el requisito de transparencia. Al menos no al resolver estos dos casos. Puesto que, de hacerlo, debió entonces llegar a la conclusión de que cláusulas incompletas como las observadas eran incomprensibles para los consumidores, lo que implicaría la no superación del control de transparencia. La falta de transparencia de las cláusulas debió llevar a la Corte a la aplicación del artículo 17 de la ley, lo que no ocurrió, pues, en definitiva, hizo aplicación del control de contenido del artículo 16 letra g).

Finalmente cabe señalar que, tratándose del caso español, se ha indicado que el control de transparencia tuvo el germen de su reconocimiento en la jurisprudencia, particularmente, de acuerdo a Muñoz, en la STS 18 junio 2012¹¹². Considerando este antecedente y la autorizada doctrina nacional que argumenta a favor de la idea de que el artículo 17 de la ley contempla el principio de transparencia, es posible que los Tribunales de Justicia chilenos consideren pertinente adherir a dicha idea, pese a los reparos que se han planteado en este trabajo respecto a lo dudoso que resulta concluir aquello a partir de la redacción del artículo 17.

6. CONCLUSIONES

Existen diversos tipos de cláusulas que pueden resultar inentendibles o ininteligibles para un consumidor por diversos motivos. Algunos de estos motivos pueden ser la insuficiencia de información en ellas; la mala redacción, ambigüedad y faltas de ortografía; el uso de lenguaje altamente técnico; y el uso de palabras en otro idioma.

Las cláusulas inentendibles pueden ser nulas tanto por el artículo 16 como por el 17 de la ley. Si se entiende que inentendible es sinónimo de ilegible, todas las cláusulas inentendibles analizadas en este trabajo podrán ser controladas en virtud del artículo 17, el cual le quita eficacia a cláusulas ilegibles. En la misma línea, si se estima que el artículo 17 de la ley contem-

112 MUÑOZ (2018), p. 217.

pla el requisito de transparencia, entonces debiese concluirse que todas las cláusulas tratadas en el presente trabajo deben ser controladas en virtud del control de incorporación, ya sea porque son cláusulas que impiden el acceso a la información o entorpecen su comprensibilidad, lo que las volvería ilegibles.

Sin embargo, si se estima que en realidad inentendible no es sinónimo de ilegible, que pueden existir cláusulas legibles pero inentendibles, y que legible tan solo implica que sea posible pasar la vista por sobre ellas, entonces existen a lo menos tres tipos de cláusulas inentendibles que serían legibles, que no podrán ser controladas en virtud del artículo 17 y que solo podrán ser declaradas nulas por aplicación del artículo 16 letra g). Estas cláusulas son aquella a la que le falta información relevante o está incompleta, aquella con faltas de ortografía o que es ambigua y aquella escrita en un lenguaje altamente técnico. Por su parte, por expresa mención del artículo 17 de la ley, aquellas cláusulas que tengan conceptos en otro idioma y que el uso no las haya incorporado al léxico, deberán ser controladas en virtud del control formal de dicho artículo.

Como se ve, parte importante del debate y de la determinación del control a aplicar depende directamente de cómo ha de entenderse la expresión “claramente legible” que está expresada en el artículo 17 de la ley. Si de dicha expresión se infiere la existencia del control de transparencia, con la expresión antes señalada se está haciendo referencia a la cognoscibilidad y comprensibilidad de las cláusulas del contrato. Por el contrario, si se estima que el artículo 17 de la ley no contempla el requisito de transparencia, es decir, no contempla expresamente la carga de comprensibilidad de la cláusula y que “claramente legible” continúa siendo una expresión que tan solo alude a la posibilidad de que dichas cláusulas puedan ser estrictamente leídas, entonces la cláusula incompleta, la cláusula ambigua y la cláusula redactada en lenguaje altamente técnico, si bien no superan el control de transparencia, no podrían ser controladas en virtud del control de incorporación. En este último escenario, sin embargo, si bien el control de transparencia y, en definitiva,

el control de incorporación se mostrará como insuficiente para controlar dichas cláusulas aquello no implica la impunidad de estas, sino que, deberá transitarse hacia la aplicación del control de contenido del artículo 16 letra g).

La opinión de los Tribunales de Justicia en los casos analizados parece orientarse hacia la idea de que ilegible no es sinónimo de inentendible, ya que esta no analizó las respectivas cláusulas desde el punto de vista formal sino sustancial, aplicando el artículo 16 letra g) y no el 17 de la ley, es decir, al parecer en los casos analizados la Corte Suprema no fue de la idea de que el artículo 17 de la ley contuviere el requisito de transparencia. Con todo, finalmente, todo se reducirá a determinar con estricta claridad qué significa o qué implica que una cláusula sea legible, ya que de aquello dependerá el tipo de control a aplicar y cuál será la sanción a declarar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK MANASEVICH, René (2008): Las obligaciones, quinta edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

AGÜERO ORTIZ, Alicia (2020): “Análisis jurisprudencial de la evolución del control de transparencia de las cláusulas suelo”, en: Revista CESCO de Derecho de Consumo (Nº 36), pp. 90-103.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014): “La regulación contenida en la ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 41, Nº 2), pp. 381-408.

BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2018): “Repensando el control de forma de los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia”, en: Bahamondes Oyarzún, Claudia; Etcheberry Court, Leonor y Pizarro Wilson, Carlos (Eds.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Thomson Reuters).

BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2019): Lecciones de derecho del consumidor (Santiago, Thomson Reuters).

BARRIENTOS CAMUS, Francisca María (2013): “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en: Domínguez Hidalgo, Carmen; González Castillo, Joel; Barrientos Zamorano, Marcelo y Goldenberg Serrano, Juan Luis (Coords.), Estudios de Derecho Civil VIII (Santiago, Thomson Reuters).

CAMPOS MICIN, Sebastián Nicolás (2019): Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas (Santiago, Thomson Reuters).

CAMPOS MICIN, Sebastián Nicolás (2020): “Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la ley N°19.496, con especial referencia a su artículo 16 letra g). Bases para una diferenciación entre el control de contenido y el de sorpresividad”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 47, N° 3), pp. 785-808.

CANIZARES LASO, Ana (2015): “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, en: Revista de Derecho Civil (Vol. 2, N° 3), pp. 67-105.

COLOMA CORREA, Rodrigo (2016): “Interpretación de contratos: entre liberalidad e intención”, en: Revista Chilena de Derecho Privado (N° 26), pp. 9-47.

CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2014): “Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión recogido por la ley N° 19.496”, en: Barrientos Camus, Francisca (coord.), Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado VIII (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales).

CORRAL TALCIANI, Hernán (2010): “El concurso de responsabilidades en el Derecho de daños chileno: defensa y delimitación de la teoría de la opción”, en: Pizarro Wilson, Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Legal Publishing).

CORRAL TALCIANI, Hernán (2011): “Cláusulas de exención, limitación y agravación de responsabilidad civil en perjuicio del consumidor”, en: Figueroa Yáñez, Gonzalo; Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (Coords.), *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago, Legal Publishing).

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2003): “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 1), pp. 109-148.

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2004): “El control de las cláusulas abusivas y la letra G”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 3), pp. 35-67.

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y MOMBERG URIBE, Rodrigo (2018): “La transparencia como mecanismo de tutela de la privacidad de los consumidores y usuarios en contratos electrónicos”, en: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (Vol. 7, Nº 2), pp. 81-111.

DUCCI CLARO, Carlos (2005): *Derecho civil. Parte general*, cuarta edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GUASTINI, Riccardo (2015): “Interpretación y construcción jurídica”, en: *Revista Isonomía* (Nº 43), pp. 11-48.

HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel y CAMPOS MICIN, Sebastián (2021): “Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros”, en: *Revista de Derecho Valdivia* (Vol. 34, Nº 1), pp. 51-70.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena (2013): “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno”, en: Estudios Constitucionales (Año 11, N° 1), pp. 459-476.

ISLER SOTO, Erika (2019): Del favor debilis al favor consumatore: consideraciones históricas”, en: Revista de la Facultad de Derecho PUCP (N° 89), pp. 35-59.

KELSEN, Hans (1982): Teoría pura del derecho (Traducc. Roberto J. Vergengo, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México).

LELL, Helga María (2017): “Las palabras de la ley y la interpretación normativa. El clásico problema del Derecho y el lenguaje”, en: Derecho y Ciencias Sociales (N° 17), pp. 164-184.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): Los contratos. Parte general, quinta edición (Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing).

MATO PACÍN, María Natalia (2017): Cláusulas abusivas y empresario adherente (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado).

MATO PACÍN, María Natalia (2019): “El deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores en el ordenamiento jurídico español”, en: Revista Boliviana de Derecho (N° 27), pp. 188-219.

MEZA BARROS, Ramón (2007): Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones, séptima edición actualizada, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013): “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, en: Revista de Derecho Valdivia (Vol. 26, N° 1), pp. 9-27.

MOMBERG URIBE, Rodrigo (2014): “Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo”, en: Barrientos Camus, Francisca (coord.), Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado VIII (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales).

MORALES ORTIZ, María Elisa (2016): “Algunos mecanismos de control en cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno”, en: Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción (Nº 32), pp. 71-91.

MORALES ORTIZ, María Elisa (2018): Control preventivo de cláusulas abusivas (Santiago, DER Ediciones).

MORALES ORTIZ, María Elisa y VELOSO CASTILLO, Franco (2019): “Cláusulas abusivas en la ley Nº 19.496. Ley, doctrina y jurisprudencia”, en: Morales Ortiz, María Elisa (Dir.), Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia (Santiago, DER Ediciones).

MORESO MATEOS, Josep Joan (2005): Lógica, argumentación e interpretación en el derecho (Barcelona, Editorial UOC).

MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo (2018): “El control de transparencia en las cláusulas suelo”, en: Revista Boliviana de Derecho (Nº 25), pp. 212-271.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia (2011): “El idioma del contrato en el Derecho internacional privado”, en: Anuario español de derecho internacional privado (Vol.11), pp. 155-182.

PERTÍNEZ VÍLCHEZ, Francisco (2013): “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en: Indret: Revista para el Análisis del Derecho (Nº3), pp. 1-28.

PIZARRO WILSON, Carlos (2004): “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”, en: Revista Estudios Socio-Jurídicos (Vol. 6, N° 2), pp. 117-141.

PIZARRO WILSON, Carlos (2005): “Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. 26, N° 2), pp. 391-404.

PIZARRO WILSON, Carlos (2007): “El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión”, en: Revista de derecho Valdivia (Vol. 20, N° 2), pp. 31-47.

PIZARRO WILSON, Carlos y MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013): “Artículo 16 G)”, en: Barrientos Camus, Francisca (coord.), La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores (Santiago: Thomson Reuters).

PIZARRO WILSON, Carlos y PÉREZ LÓPEZ, Ignacio (2013): “Artículo 17”, en: Barrientos Camus, Francisca (coord.), La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores (Santiago: Thomson Reuters).

RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M. (2008): “Contexto y construcción de la regla ‘interpretatio contra proferentem’ en la tradición romanista. Aspectos histórico-comparativos de un principio de interpretación contractual”, en: Revista de Derecho Privado (N° 14), pp. 69-111.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2009): Derecho comercial (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I, volumen I.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (1999): Contrato por adhesión. Ley N° 19.496 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

TARDÍO PATO, José Antonio (2003): “El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, en: *Revista de Administración Pública* (Nº 162), pp. 189-225.

WAHL SILVA, Jorge (2006): “Los contratos de adhesión: normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento”, en: Baraona González, Jorge y Lagos Villarreal, Osvaldo (Eds.), *Cuadernos de Extensión Jurídica* 12. La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.555 de 2004 (Santiago, Universidad de los Andes).

JURISPRUDENCIA CITADA

3º Juzgado de Letras de Coquimbo, sentencia de fecha 30 de noviembre de 2015, rol Nº 2820-2011.

3º Juzgado Civil de Viña del Mar, sentencia de fecha 08 de enero de 2016, rol Nº 4815-2014.

Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de fecha 30 de mayo de 2017, rol Nº 669-2016.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 21 de febrero de 2018, rol Nº 1626-2016.

Corte Suprema, sentencia de fecha 21 de enero de 2019, rol Nº 34.507-2017.

Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de abril de 2019, rol Nº 5363-2018.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil chileno.

Ley N°19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 07 de marzo de 1997.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial N° L095, 21 de abril de 1993.

MÁS ALLÁ DE LOS CONTRATANTES: LOS TERCEROS EN EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL EN CHILE. UN ENFOQUE AMPLIADO¹⁻²

BEYOND THE CONTRACTING PARTIES: THIRD PARTIES IN COMMUNITY OF ASSETS IN CHILE. AN EXPENDED APPROACH

Francisco Cabello Vargas³

Resumen

El presente trabajo presenta una visión ampliada y general de los terceros en el derecho civil que luego aplica al régimen legal y supletorio de la sociedad conyugal. En particular, llama la atención sobre la existencia de un vacío con relación al examen de terceros que no tengan la calidad de contratantes. Para estos efectos, se realiza un estudio pormenorizado del tercero-víctima dentro del régimen de sociedad conyugal, el cual goza de una tutela jurídica predilecta al disponer de una pluralidad de patrimonios para hacer efectiva su acreencia.

1 Artículo recibido el 15 de julio de 2023 y aceptado el 02 de octubre de 2023.

2 Investigación desarrollada en el marco de la ejecución de la Beca ANID-PFCHA/Doctorado Nacional/2021-21210028, financiada por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación de Chile, de la cual el autor es beneficiario.

3 Magíster en Historia con mención en Historia Política y de las Relaciones Internacionales Pontificia U. Católica de Valparaíso. Candidato a Doctor en Derecho Pontificia U. Católica de Valparaíso. Becario ANID. Profesor de Introducción al Estudio del Derecho Positivo Chileno y Derecho Civil Facultad de Derecho de la Pontificia U. Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. ORCID: 0000-0001-7788-034X. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: francisco.cabello@pucv.cl.

Palabras claves

Los terceros, regímenes patrimoniales del matrimonio, tercero no contratante, tercero-víctima, tutela jurídica, garantía patrimonial plena.

Abstract

This paper presents an expanded and general overview of third parties in civil law which is then applies it to the community of assets. It draws attention to the existence of a gap in relation to the examination of third parties who are not contracting parties. For these purposes, a detailed study is made of the third party-victim within in the community of assets, which enjoys a privileges legal protection as it has a plurality of estates to enforce its claim.

Keywords

Third parties, matrimonial regimes, non-contracting third party, third party-victim, legal protection, full estates guarantee.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como propósito proponer una perspectiva extensiva del concepto de “tercero” en general, bajo una acepción y alcance distinto al que tradicionalmente se ha empleado, en particular a la luz de una noción ampliada de los terceros aplicable a los regímenes económico-matrimoniales en general, pero en especial a la sociedad conyugal. Hasta la fecha, la comprensión del tercero ha sido examinada mayormente en función del ámbito de la contratación en virtud del artículo 1545 del Código Civil -por exclusión u oposición de la parte contratante- y ha circunscrito su significación y alcance al efecto relativo de los contratos.

En tales circunstancias, la doctrina chilena ha desarrollado vastamente la idea del tercero, y ha establecido una escala conceptual y clasificación de él solo a partir de este tópico. Empero, la adopción de esta ordenación no permite verificar la complejidad de un vocablo cuya riqueza dogmática no ha sido del todo examinada. En efecto, tal metodología convencional ha

aislado la posibilidad indagar diferentes nociones más allá del ámbito de la contratación, y aunque posiblemente conectados bajo algún respecto, ha solapado otros ámbitos o fenómenos donde la incidencia de los terceros es evidente.

En específico, una dimensión que ha sido descuidada y no se le ha puesto la misma atención acerca de los caracteres y roles de los terceros, es en el caso de su relación con los regímenes patrimoniales del matrimonio, los que tradicionalmente se han definido como un conjunto estructurado de normas jurídicas y principios que rigen los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y en sus relaciones con los terceros⁴, pues también contemplan y actúan como medida de protección de estos últimos. Esta omisión ha evitado inquirir en profundidad acerca de las múltiples variables o categorías que podrían observarse al respecto, prescindiendo del examen crítico de una relación que admite graduaciones y que se presenta notablemente dinámica, compleja y llena de matices.

Expandir, diversificar y examinar de manera meticulosa la figura de los terceros en el marco de los regímenes económicos-matrimoniales es el objetivo general que persigue el presente artículo, aunque el énfasis estará concentrado en el régimen de sociedad conyugal, dado que es el estatuto pecuniario que cuenta con mayor disposiciones que tutelan a los terceros que ingresan o mantienen relaciones jurídicas con alguno de los cónyuges, y es el que presenta mayores complejidades y problemáticas en el terreno práctico debido a la pluralidad de patrimonios y la administración de ellos. Para lograr esto, la categoría de los terceros será englobada en un andamiaje teórico y conceptual genérico, lo que permitirá incursionar hacia un análisis pormenorizado de los terceros en el marco de los efectos patrimoniales del

4 Véase la siguiente literatura: ALESSANDRI (1935), p. 19; SOMARRIVA (1946), p. 159; SOMARRIVA (1955), p. 283; FUEYO (1959), p. 302; RAMOS (2015), p. 152; PARDO (1998), p. 145; TOMASELLO y QUINTANILLA (1981), p. 16; etcétera. En general, el significado de los regímenes patrimoniales del matrimonio se ha presentado en la doctrina chilena como algo pacífico, pues los principales conceptos que se han desarrollado muestran como atributos esenciales y diferencias específicas de ellos aspectos comunes, aunque ciertamente alguna definición propuesta admita alguna diferencia particular.

matrimonio, con el propósito de extender y profundizar acerca de la categoría del “tercero” en esta reglamentación jurídica y analizarlo detalladamente en la sociedad conyugal. La elección de este ángulo obedece al estrecho vínculo y la sensible relación que se produce entre los regímenes patrimoniales del matrimonio y los terceros, actores gravitantes que juegan un papel crucial en este ámbito. Para estos terceros resulta esencial conocer a cabalidad cuál es el estatuto que disciplina las relaciones económicas entre los cónyuges, pues de ello se derivan derechos, prerrogativas y limitaciones que son decisivos para determinar la eficacia de un acto o contrato, el patrimonio en el cual se pueden perseguir las deudas de uno de los cónyuges, los bienes que resultan afectos al cumplimiento de una obligación, entre otras consideraciones.

A pesar de la indiscutible yuxtaposición entre los terceros y los regímenes patrimoniales, aún existe la necesidad de ahondar en mayor profundidad sobre esta materia. De esta manera, resulta plausible dar a conocer una perspectiva aún no investigada a partir de la cual se puede analizar y reevaluar el contenido, máxime considerando que el principal interés que ha suscitado esta relación usualmente se adosa a los terceros como contrapartes contractuales, lo que reclama una investigación y análisis más exhaustivo que permita ampliar esta óptica acotada, ensanchar la noción de los terceros y precisar que la condición del tercero destinatario de la tutela jurídica no se reduce a los que contratan con cualquiera de los cónyuges, sino que debe incluirse a los que por otras circunstancias entran en relaciones jurídicas con cualquiera de ellos. Ahora bien, dado que no resulta posible cubrir este vacío en este artículo, su objeto es algo más modesto, y se traduce en reexaminar y analizar críticamente la figura del tercero no contratante con especial atención al régimen de sociedad conyugal, complementada con alguna referencia a los otros regímenes.

El punto primordial de este examen estriba en la proposición de una definición ensanchada de los terceros. Bajo este rótulo se integrarán otros supuestos de los típicamente citados, lo que permitirá la inclusión de terceros no contratantes. Asimismo, se discernirá cuáles son los elementos y

características distintivas de los terceros, para que posteriormente se puedan aplicar sobre aquellos que mantienen relaciones patrimoniales con alguno de los cónyuges. Este enfoque permitirá entender mejor las diversas formas en las que un tercero puede interactuar en el marco de un régimen económico-matrimonial, en particular, merced de ciertas categorías preteridas que son distintas del tercero contratante y que se observan con mayor nitidez en el régimen de sociedad conyugal.

2. LA DEFINICIÓN DEL TERCERO EN GENERAL A LA LUZ DEL DERECHO CIVIL CHILENO

1. La aproximación a la noción de tercero pone en evidencia una primera dificultad de orden conceptual. El Código Civil no ha definido ni descrito al tercero; otro tanto ocurre con otros cuerpos jurídicos semejantes. Consecuente con ello, es forzoso entender esta palabra de la ley en su sentido natural y obvio, según su uso general y considerando su contexto, lo que servirá para ilustrar el sentido del término, y en definitiva, determinarlo por su genuino sentido.

Conviene tener en cuenta que en la mayoría de los casos, la arquitectura del tercero se ha cimentado como algo casi connatural a la teoría general del contrato. En esta sede, según la mayoría de la literatura especializada, la esencia del tercero se ha consolidado como la de un individuo extraño a la conclusión de un contrato. En particular, dado que la eficacia del contrato se limita solo a generar derechos y obligaciones para aquellos sujetos que han concurrido a consentir en su formación, solo ellos pueden ser beneficiados o perjudicados por sus efectos, lo que no significa que no generen alguna repercusión en los terceros. Por consiguiente, el contrato no puede ser opuesto ni invocado por el tercero por aplicación de la máxima *res inter alios acta*

aliis neque nocere neque prodesse potest. De esta guisa, por exclusión o de forma negativa, comparece la institución del tercero: por definición no es parte de un contrato ajeno⁵.

La consecuencia que se ha seguido, quizás por una razón de orden sistemático, es que la doctrina y la jurisprudencia han escudriñado acerca de la noción del tercero principalmente desde la perspectiva contractual. El fundamento de ello se advierte a partir del artículo 1545 del Código Civil: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. De acuerdo con el precepto, en términos metafóricos el contrato se equipara a la ley, y como tal, obliga a las partes contratantes, es decir, aquellos sujetos que comparecieron personalmente o representados a su perfeccionamiento. Solo respecto de ellos el contrato despliega su eficacia normativa como fuente de derecho.

En esta línea argumental, y a propósito del artículo 1545 del Código Civil, la Corte Suprema ha reiterado que “la ley del contrato es una ley para las partes y sus sucesores; pero no para los extraños al contrato, cuyos efectos no los alcanzan”. También ha señalado que “el contrato de sociedad celebrado entre dos personas [...] deben considerarse como fuente de obligaciones solo respecto de los contratantes, sin que en manera alguna sea lícito a un tercero pretender arrancar de él derechos que poder hacer valer contra uno de esos socios”; en fin, que “los títulos traslativos de dominio no producen por sí solos efectos universales, porque crean relaciones personales entre los contratantes. Por tanto, los terceros que no fueron las partes en el contrato no

5 Cfr., ABELIUK (2014), pp. 158 y ss.; ALCALDE y BOETSCH (2021), pp. 640 y ss.; CLARO SOLAR (1979), pp. 468 y ss.; CORRAL (2018), pp. 621 y ss.; FIGUEROA (2011), pp. 181 y ss.; LÓPEZ y ELORRIAGA (2018), pp. 363 y ss.; MEZA (1994), pp. 21 y ss.; PIZARRO, en GUZMÁN (2007), pp. 556 y ss.; VODANOVIC (2019), pp. 265 y ss.; entre otros. En todos los casos referidos, no obstante la posibilidad de haber diferentes rangos de generalidad, la estructura es la misma. El estudio del tercero por parte de la literatura nacional suele constreñirse, pues, dentro de los márgenes del tercero ajeno al contrato.

podrán impugnarlos”⁶. A la luz de estos antecedentes, puede corroborarse que el mayor desarrollo jurisprudencial se orienta hacia los efectos del contrato entre las partes y la ulterior exclusión de ellos respecto de terceros; noción del tercero que principia como aquel que no interviene ni participa en la celebración del contrato ajeno ni se ve alcanzado por sus efectos, conclusión que surge precisamente a partir del artículo 1545 del Código Civil. A partir de la idea principal mencionada, se suele realizar el estudio de las partes y los terceros en el marco del efecto relativo de los contratos. Este descenso abarca su definición, clasificación, excepciones, entre otras aristas relevantes.

2. El término tercero es ambiguo. Su empleo se constata en múltiples contextos y lo cierto es que se revela como una noción equívoca, cuyo contenido y perímetro no están claramente especificados. En el Código Civil, la utilización de la voz tercero se encuentra constantemente en plural y utiliza el término terceros. De esto se sigue que el uso frecuente de este vocablo evoca una multiplicidad de individuos y es comprensiva de sujetos en sí mismos diferentes, aunque estén relacionados bajo alguna clase mayor o pertenecen a un mismo género. Como contrapartida, de forma excepcional se sirve de la voz tercero en singular. Normalmente, cuando está así, va asociada a otra calidad o situación. El escenario se dificulta aún más si se acepta la posibilidad de agrupar dentro de este conjunto genérico de “terceros” una pluralidad indefinida o indeterminada de sujetos cuyas procedencias o calidades se explican en una variedad nociones, atributos o situaciones distintas en las que se les pueden concebir, pues los terceros se pueden hallar en diversas categorías de cualidad o relación.

Podría, pues, referirse al tercero como una categoría universal o genérica al cual le son aplicables un conjunto de reglas predicables respecto del género, aunque se corre el peligro de extender demasiado su genuino sentido y ampliar su interpretación a nociones que no figuran como aplicables. A

6 Para los fallos referidos, véase, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil (1968), pp. 167 y ss. en que menciona una serie de fallos emanados del máximo tribunal en el mismo sentido.

la inversa, el pormenorizado distingo merced al cual el concepto de tercero evoca nociones distintas de acuerdo con sus cualidades, relaciones o posiciones, decanta en el peligro de desmembrar el género y en un forzado tratamiento particularizado.

El primer sentido aparece cuando el Código Civil hace comparecer el término “terceros” en plural y en el que suele denotar un conjunto indefinido de posibles actores, pues la ley no añade algún adjetivo, condición o calidad, lo que permite incluso incorporar a aquellos completamente extraños al vínculo jurídico y que no están o que no figuran como parte de la convención. Tal acaece, por ejemplo, (i) en el artículo 150 inciso 3° que expresa: *“Incumbe a la mujer acreditar, tanto respecto del marido como de terceros, el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a este artículo [...]”*; (ii) el artículo 225 inciso 4° que establece: *“Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”*; (iii) otro tanto ocurre con el artículo 1716 inciso 1°: *“Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, y solo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio [...]”*; (iv) en el artículo 1723 que recurre tres veces a la palabra tercero y en dos de éstas no establece ninguna división ni categoría, al establecer que: *“El pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros [...] pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción a que se refiere el inciso anterior [...]”*; (v) lo mismo sobreviene en el artículo 1750 inciso 1°: *“El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales [...]”*; finalmente, (vi) en el artículo 1792-3: *“Ninguno de los cónyuges podrá otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge [...]”*; etcétera.

En cambio, en otras oportunidades el Código Civil hace comparecer el término tercero como una condición singular atribuible a un determinado individuo dentro de cierta categoría, calidad o condición algo variada, y en tal sentido se emplazan las disposiciones, como por ejemplo, (i) el artículo 148 inciso 2°: *“Cada vez que en virtud de una acción ejecutiva deducida por un tercero acreedor, se disponga el embargo de algún bien familiar de propiedad del cónyuge deudor [...]”* en el que alude a un tercero acreedor; (ii) el artículo 150 inciso 4° reza que: *“Los terceros que contraten con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación que pudieren interponer ella o el marido, sus herederos o cesionarios [...]”* y precisa la voz de tercero contratante; (iii) el artículo 1449: *“Cualquiera pueda estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá [...]”* alude a la tercera persona; (iv) el artículo 2428 inciso 2° y 3°: *“Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez. Mas para que esta excepción surta efecto a favor del tercero deberá hacerse [...]”* en el que se indica al tercer poseedor de la finca hipotecada; (v) el precepto contenido en el artículo 1689: *“La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales”* que se refiere al tercero poseedor como sujeto pasivo de la acción reivindicatoria; (vi) el artículo 1723 inciso 2° precisa que: *“El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer [...]”* y delimita el ámbito del concepto al circunscribirlo solo a aquellos terceros que tienen derechos válidamente adquiridos; (vii) en fin, aunque las normas contenidas en el *Título XXXV De los delitos y cuasidelitos* no hagan referencia expresa al concepto de tercero, es un lugar común en la doctrina y jurisprudencia hacer referencia al tercero civilmente responsable; etcétera.

En este punto, lo decisivo es que no se ha puesto la atención acerca de estas otras calidades o adjetivaciones del tercero y los diferentes modos de interacción en que puede relacionarse con las partes de la relación jurídica

concreta. Por consiguiente, la noción de tercero se ha definido y descompuesto, tradicionalmente, a partir de un enfoque contractual, cuyo corolario es que se ha desatendido y truncado el verdadero alcance que esta figura puede contener.

3. Atendida esta demarcación, resulta provechoso discurrir en términos más extensos acerca de la naturaleza y caracteres de aquello que se designa bajo el concepto de tercero.

a) El concepto de tercero es esencialmente relativo, pues se trata de un término que solo tiene sentido al relacionarlo con una pluralidad de sujetos. Esto puede parecer evidente, pero debe ser destacado. Así, típicamente, el concepto de tercero sirve para aludir a un conjunto indeterminado de sujetos que son destinatarios de la norma, como también a un sujeto determinado que tiene una implicación directa o indirecta con las partes principales de una convención o situación jurídica. La primera acepción, normalmente tiene como objeto poner en conocimiento de los miembros de la comunidad un estado, situación o relación que se da entre individuos. Así acaece, a título ejemplar, en el ya citado artículo 225 inciso 4°; como también en el artículo 305 inciso 1°: *“El estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado, o viudo, y de padre, madre o hijo, se acreditará frente a terceros y se probará por las respectivas partidas de matrimonio, de muerte, y de nacimiento o bautismo”*; otro ejemplo es el ya referido artículo 1750 inciso 1° de modo tal que la calidad dominical del marido sobre los bienes sociales tiene una eficacia casi absoluta oponible a la comunidad en general; o, en fin, en el artículo 2513: *“La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción”*; etcétera.

Con todo, la mayor riqueza dogmática se verifica en la segunda acepción, es decir, con relación a un sujeto externo a una situación jurídica ajena, pero implicado directa o indirectamente en ella, ya sea en virtud de un derecho,

interés jurídico actual o potencialmente afectado, y que solo tiene sentido si se comprende en algún grado vinculado con una de las partes integrantes de la relación jurídica principal. Así, “la idea jurídica de terceros presupone, por una parte, un acto al cual una persona (el tercero) es extraña, y por otra, un nuevo acto (o un nuevo hecho jurídico en general), en el que esta persona es parte con relación a uno de los sujetos del primer acto y en virtud del cual llega, necesariamente, a encontrarse en relación con el otro sujeto del primer acto como consecuencia del contenido de estas dos estipulaciones”⁷.

En tal sentido, es empleado en múltiples preceptos del Código Civil, y tales casos aparecen, como muestra, (i) en el precitado artículo 148 inciso 2° porque el tercero acreedor lo es en relación al cónyuge no contratante merced de un vínculo jurídico obligatorio; (ii) en el artículo 150 inciso 4° ya enunciado previamente, dado que el tercero contratante lo es en relación del marido de la mujer casada en sociedad conyugal, sus herederos o cesionarios, cuando actúa dentro del patrimonio reservado de ella; (iii) en el artículo 1689 precitado, en que el tercero, en el marco de un juicio anulatorio de un negocio jurídico y el subsecuente proceso reivindicatorio, es aquel que a pesar de no haber comparecido a la celebración del acto obliterado, merced a su calidad de poseedor de la cosa, se ve alcanzado por el efecto retroactivo de la nulidad judicialmente declarada; en fin, (iv) en el artículo 1739 inciso 4°: “*Tratándose de bienes muebles, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos pudieran intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante [...]*” en que la calidad de tercero se erige en relación al cónyuge que no formó parte de la convención y se encuentra casado bajo el régimen sociedad conyugal; etcétera.

En la mayoría de las instancias que el Código Civil evoca la voz “tercero” junto a una calidad, un adjetivo o un atributo -por ejemplo, acreedor, contratante, poseedor- lo hace con la intención de limitar su aplicación, pues circunscribe su alcance a determinados terceros. Además, esta acepción es

7 GIOVENE (1917), p. 207, citado en ALESSANDRI (1991), p. 370.

también la que predomina en el lenguaje que adopta legislador, es decir, como un cierto sujeto coligado en algún grado de afectación con las partes principales de un negocio.

b) El tercero se sitúa en una posición externa respecto de la relación obligatoria o situación jurídica entre las partes principales, ya que no es parte constitutiva de alguna de ellas. Ahora bien, no se trata de un individuo pasivo o indiferente, sino que de un sujeto ajeno que se relaciona con una de las partes por tener algún derecho involucrado, interés legítimo o que potencialmente podría verse afectado hasta que ocurra un hecho determinado, de lo que se sigue que la actuación de las partes puede tener gravitación o algún grado de afectación en el interés jurídico del tercero. Por esta razón se ha dicho que “corresponderían a terceros todos los sujetos que aún siendo afectados por el contrato no han consentido en dichos efectos”⁸. A modo de ejemplo, se puede mencionar el vínculo matrimonial y el régimen patrimonial de éste. En efecto, el tercero es una persona distinta de los cónyuges fuera de la relación jurídica entre ellos, pero sus intereses, derechos y obligaciones podrían verse alcanzados por las decisiones y acuerdos que los cónyuges adopten con relación a sus patrimonios.

c) El concepto de tercero se encuentra subordinado con relación al de parte, pues se encuentra en un nivel secundario y dependiente con relación a éste. En efecto, la existencia del tercero subsiste en la medida en que existan unas partes a las que acceder. En contraste, el concepto de parte es subordinante por su mayor extensión pues goza de mayor jerarquía y autonomía en comparación con el de tercero, dado que lo envuelve y no requiere de él para su definición. Expresado en otras palabras, el término tercero se halla implicado en el de parte.

Las consecuencias de entender así esta relación conceptual es que se conserva el estatus de tercero mientras el estado o vínculo jurídico principal persista. Dicho en otros términos, la condición de tercero se activa a partir de

8 PIZARRO, en GUZMÁN (2007), p. 556.

la existencia de las partes y su rol se define en función de las interacciones entre estas partes. De acuerdo con ello, dado que la noción de tercero queda incorporado al concepto de parte, de ello se sigue que si el estado o vínculo jurídico principal se termina o extingue, no solo se puede predicar la pérdida de calidad de dichas partes, sino que, por vía consecuencial, también lo hace el tercero. Paralelamente, subyace en estos enunciados, que el fenómeno en sentido contrario no puede tener este alcance, pues se puede acabar la condición de tercero sin repercutir en la relación principal.

Una dimensión peculiar que conviene destacar se verifica en el supuesto de que la alteración del vínculo jurídico principal o estatus de parte se haya visto modificado por una causa anómala, irregular o que presente algún supuesto de ineficacia, pues en tal caso, la condición de tercero renace o se mantiene. Por ejemplo, según el artículo 1689, la calidad de “*tercero poseedor*” se adquiere siempre y cuando se declare la nulidad del acto jurídico viciado, pues de no ser así bastaría solo con hacer referencia al actual poseedor de la cosa; otro tanto puede sostenerse en relación al artículo 1723, pues aunque resulta válido pactar la sustitución del régimen de sociedad conyugal por otro, este cambio encuentra un límite sustancial como condición de eficacia, ya que “*El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer [...]*” de manera que el tercero no solo podrá conservar su calidad de tal, sino que también subsistirá la sociedad conyugal respecto de él, como si se tratara de un cierto efecto ultraactivo de ella en virtud de la utilizabilidad que puede proporcionarle al tercero.

d) El tercero goza de tutela jurídica, es decir, el ordenamiento jurídico ampara a este sujeto de derecho que se vincula con una de las partes principales. El punto de partida es considerar que, aunque no haya comparecido personalmente o representado a consentir en el nacimiento del negocio o situación jurídica, existen diversos grados de impacto dentro de su órbita

de intereses que pueden verse alcanzados por la actuación ajena, lo que se traduce en la gravitación de distintos rangos o niveles de afectación en los intereses del tercero que pueden verse lesionados.

En este contexto, el tercero tiene una tutela jurídica. Aunque no haya comparecido en la concertación del acto o contrato, su campo de intereses puede verse alcanzado en diferentes grados por la actuación ajena. Con todo, este grado de afectación no significa necesariamente la lesión de un derecho adquirido, pues puede variar desde un derecho incorporado en el patrimonio hasta una mera expectativa, que en ciertas ocasiones puede tener relevancia en materia procesal civil. Con esto presente, la protección jurídica del tercero puede visualizarse a partir de un radio representado por sus derechos adquiridos, del cual en la medida en que se aleja, figuran intereses aminorados o expectativas que aún no se encuentran consolidados. Pese a ello, este modelo no debe interpretarse de manera estricta, ya que en algunos casos el interés procesal puede tener una mayor importancia, e incluso, lograr una tutela jurídica semejante al de un derecho adquirido e incorporado en el patrimonio. Esta clarificación conceptual permite comprender de forma más exacta la noción de “interés” que es primordialmente de naturaleza procesal, pese a su presencia en el Código Civil, puesto que está vinculado con la capacidad de entablar una acción judicial con éxito desde el punto de vista procesal. De ello se sigue que la protección jurídica se presenta como una estructura compleja donde derechos, intereses y expectativas que coexisten simultáneamente e interactúan entre sí. De esta manera, la protección jurídica aparece como multidimensional.

Todo ello se materializa en la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico de disponer de un concurso de acciones frente a ciertos supuestos; obtener a su favor ciertas prerrogativas como lo es gozar de presunciones; entablar una acción con el objeto de anular un determinado acto o contrato; ponerse a cubierto frente a la reclamación que pudiera efectuar alguna de las partes principales reclamando un derecho o invocando su relación principal; permitiéndole desconocer los efectos de un contrato celebrado entre las partes,

etcétera. Por esta razón, se puede distinguir un tercero que ha adquirido un derecho con relación a alguna de las partes; aquél que tiene un interés legítimo o legítima expectativa por la actuación ajena; o bien, el que tiene un interés potencialmente afectado que goza de una eficacia limitada respecto de la actuación ajena. Mirado así, desde una perspectiva contractual, ha podido sostenerse que “hay todo un radio de repercusión del contrato que va desde las partes, hasta terceros más próximos y otros cada vez más lejanos [...] Frente a terceros el contrato tiene una eficacia menor o disminuida; pero la tiene y variada aunque no para todos esa eficacia sea igual”⁹ concluyendo que el contrato tiene una eficacia indirecta frente a terceros.

Una demostración de cómo un derecho adquirido por parte de un tercero puede verse afectado se encuentra en el artículo 1723 inciso 2° *in fine* donde el destinatario de la tutela jurídica es un sujeto ajeno al vínculo matrimonial que ha incorporado en su patrimonio un derecho válidamente adquirido. La exigencia desde el punto de vista subjetivo es la radicación válida del derecho en el patrimonio del tercero. Desde el punto de vista objetivo, el límite está “en el derecho de los terceros y ello quiere significar que el contrato y, más precisamente, el cambio que él introduce en la realidad jurídica, no puede perjudicar los derechos adquiridos por los terceros acreedores por una causa anterior al contrato [...] nace la necesidad de resguardar debidamente los intereses de estos terceros en cuanto titulares de derechos anteriores a ese contrato”¹⁰. En esta regla subyace la idea de que la actuación jurídica no perjudicará a los terceros, puesto que le está vedado a las partes actuar en detrimento del derecho ajeno.

Un ejemplo de cómo se reconoce y respalda el interés legítimo por la actuación ajena se evidencia positivamente en el artículo 1683 donde: “[La nulidad absoluta] *puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que [...]*”. Esta disposición amplía el espectro de legitimados

9 DOMÍNGUEZ (1983), pp. 155-156.

10 VIDAL (2019), pp. 66-67.

activos para impetrar la acción de nulidad absoluta, cubriendo también los casos en que un tercero tenga un interés legítimo en la actuación ajena para obtener la anulación del acto o contrato impugnado.

Para ilustrar una hipótesis en que el ordenamiento jurídico protege el interés de un tercero que podría rotularse como potencialmente afectado pero que genera una eficacia limitada en términos de defensa jurídica, se puede ejemplificar a través de la acción de inoficiosa donación que permite al legitimario y mejorero, en su calidad de tercero, impugnar una donación cuando se cumplen los requisitos especificados en los artículos 1186 y 1187. En este análisis, las exigencias establecidas en estas disposiciones aluden a que *“Si el que tenía a la sazón legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños [...]”* y *“tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado [...]”*. Por lo tanto, el tercero debe ser un legitimario o un mejorero al momento que se produzca la muerte del causante, pues en vida de éste, solo cuenta con la expectativa de ser heredero, como si tuviera un derecho condicionado o en suspenso, supeditado al deceso del causante y la preservación de su calidad de legitimario o mejorero. De esta manera, ve radicado su derecho a impetrar esta acción, propiamente tal, desde el momento que acepta la herencia y con ello se consolida en él su calidad de heredero. Luego, en vida del causante, dado que no pueden impugnar sus actos, gozan potencialmente de una eficacia limitada. Solo al momento de consolidar su situación jurídica de heredero nace el derecho de accionar mediante inoficiosa donación cuyo plazo extintivo es de cinco años contados desde la delación, sin perjuicio, por cierto, del plazo de la prescripción adquisitiva que podría invocar el donatario.

Finalmente, en algunos casos, la tutela jurídica que establece el ordenamiento jurídico a favor del tercero se ve supeditada por algún elemento adicional a él. Tal acaece, por ejemplo, en el artículo 189 inciso 2º: *“El reconocimiento [de un hijo] no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterior a la subinscripción de éste [...]”* por la exigencia accidental de la buena fe por parte del tercero para

no verse perjudicado en estas circunstancias; otro ejemplo es el artículo 927 inciso 2°: “*Pero no serán obligados a la indemnización de perjuicios sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe [...]*” en que la categoría de tercero exige mala fe para poder ser sujeto pasivo de la acción reparatoria; etcétera¹¹.

e) La noción de tercero tiene un contenido dúctil en relación con las partes principales, lo cual quiere decir que se presenta como algo versátil y dinámico, toda vez que durante la vida del negocio o situación jurídica, pueden surgir nuevos terceros, sustituirse algunos existentes o transformarse la naturaleza del vínculo, como también, ver extinguida su calidad de tal. Además, conviene tener presente que si la calidad de tercero pertenece al género de sujeto de derecho, éste puede ser identificado como un órgano público, un heredero, la víctima de un delito, un contratante, una persona civilmente responsable, entre otras formas que puede revestir.

Los terceros, pues, pueden comparecer como un conjunto flexible de sujetos de derecho frente a las partes porque la naturaleza, identidad y número de terceros puede cambiar. Esto es demostrativo de que la relación entre los terceros y las partes puede ser compleja porque su vínculo puede variar en el transcurso tiempo y en función de los contextos.

f) En general, el legislador emplea la expresión terceros de forma plural, en la mayoría de los casos equiparable a un sustantivo *pluralia tantum*, como si lo numeroso fuera una categoría inherente al término, indicativo de un conjunto indeterminado de sujetos a los cuales cierta relación, condición o estado jurídico, les interesa directa o indirectamente. Aunque no necesaria-

11 De esta suerte, el tercero puede incluso asumir responsabilidad surgida de su relación con las partes principal del negocio o situación jurídica. Además del citado caso del artículo 927 inciso 2°, el artículo 1930 confirma esta situación: “*Si el arrendatario es turbado en su goce por vías de hecho de terceros, que no pretenden derecho a la cosa arrendada, el arrendatario a su propio nombre perseguirá la reparación del daño [...]*” donde el tercero figura así en relación con las partes del contrato de arrendamiento. Por cierto que si el tercero se encuentra vinculado con alguna de las partes merced de un acto simulatorio, fraudulento o doloso, se sujeta a las reglas generales.

mente sea de esta forma, esta reiteración del uso plural es proveniente de la existencia de una variedad de sujetos que podría verse afectado por una situación o vínculo jurídico.

Algunas disposiciones que corroboran esta idea, además de algunos ya aludidos, incluyen los artículos (i) 246: “*Mientras una subinscripción relativa al ejercicio de la patria potestad no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros*”; (ii) ítem el artículo 1707: “*Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros [...]*”. De hecho, con relación a este artículo, la jurisprudencia ha precisado que “aunque la ley no dice quiénes tienen la calidad de terceros para los efectos del artículo 1707 del Código Civil, ha de entenderse que lo son los que no figuran como partes en la escritura pública, y en el hecho, lo serán aquéllos que de alguna manera, directa o indirectamente, pueden ser afectados o tener interés en sus estipulaciones”¹²; o, en fin, (iii) el artículo 2114: “*La disolución de la sociedad no podrá alegarse contra terceros sino en los casos siguientes [...]*”; etcétera.

De esta forma, a la luz de estas propiedades y rasgos atribuibles al tercero, se puede perfilar una definición comprensiva de él. La conceptualización más elemental y en el contexto más amplio posible, designa a aquel sujeto de derecho que, aunque no integra directamente el vínculo obligacional, el negocio o la relación jurídica entre las partes principales de alguno de ellos, puede tener algún derecho afectado, interés legítimo, o incluso responsabilidad, como resultado de los actos o situaciones jurídicas que existan o que pueden alterarse entre dichas partes principales merced de estar vinculado jurídicamente con alguna de ellos. De manera que esta noción ampliada del tercero logra incorporar a todos aquellos que no son partes constitutivas del acto o contrato por no haber comparecido personalmente ni representados, como también a los que no son causahabientes a título universal, lo que admite una graduación en atención al vínculo jurídico que los liga con alguna

12 DÍEZ (1996), p. 79.

de las partes, de forma tal que se puede reconocer la existencia de sujetos completamente extraños a las partes de la convención cuyos intereses no se verán alcanzados *-penitus extranei-*; otros que invocan un derecho o interés legítimo en la actuación ajena por la afectación u oponibilidad que puede producir en ellos; y, en fin los causahabientes a título singular.

A continuación, el análisis se concentrará de manera detallada en los terceros relativos a los cónyuges y el régimen económico-matrimonial, con particular atención en la sociedad conyugal, pues interesa describir y explicar la potencialidad de sujetos que pueden interactuar en esta relación jurídica específica, la pluralidad de vínculos que pueden existir entre ellos y la complejidad que representa este ligamen debido a los derechos e intereses involucrados, máxime si se concibe que el régimen patrimonial adoptado por los cónyuges es tan relevante para ellos como para los terceros, a los que les interesará conocer el régimen en el cual participan los cónyuges dentro del tráfico jurídico, las masas patrimoniales con las que cuentan los cónyuges, la administración de los bienes, entre otras consideraciones. Para lograr este propósito, las características y elementos comunes de los terceros que se han analizado se proyectarán en este marco preciso y se destacarán particularidades que se observen.

3. EXTENSIÓN DE LOS TERCEROS ANTE EL MATRIMONIO Y LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

La definición del tercero acuñada en el capítulo anterior es de amplio alcance y genérica, pues logra incorporar múltiples calidades y posibilidades de sujetos extraños que interactúan con alguna de las partes de la relación jurídica principal y que comparecen en virtud de alguna vinculación, directa o indirecta, con ambas o alguna de ellas, sea en virtud de un derecho, interés legítimo o eventual responsabilidad que pueda hacerse efectiva. A continuación, se realizará una proyección de las características que se han atribuido al tercero a una categoría especial de éste, fundado de cara al matrimonio

y a los regímenes patrimoniales en general y a la sociedad conyugal en especial. Se trata, pues, de un tercero que lo es con relación a los derechos y obligaciones de carácter económico que derivan del sistema patrimonial escogido por los cónyuges y también respecto a las convenciones de carácter patrimonial que entre estos últimos puedan celebrar.

Además, conviene hacer una precisión metodológica para demarcar adecuadamente el objeto de la investigación. Cuando uno de los dos cónyuges está o entabla una relación jurídica con otra parte, si bien ello implica que el cónyuge no participante se constituye en un tercero -toda vez que no ha comparecido personalmente ni representado y es ajeno al referido vínculo obligacional- dada su especial condición y los derechos o intereses involucrados que puede tener, parece recomendable excluirlo en atención a la extensión y complejidad que ello envuelve, máxime considerando la defensa y tutela de él frente al consorte y los terceros. Ello exigiría un examen detallado y desbordaría los límites de este artículo. Por lo tanto, cada vez que se haga referencia a un tercero en relación con al régimen patrimonial, debe entenderse excluida de él la referencia al cónyuge no interviniente, aunque en estricto rigor queda comprendido en él.

1. La noción del tercero en el marco de la regulación patrimonial del matrimonio se ha erigido fundamentalmente a propósito de la tutela jurídica de éste. En efecto, a modo de ejemplo, se ha sostenido en el contexto de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal que “los terceros protegidos son aquellos que detentan un derecho personal de crédito respecto de alguno de los cónyuges”¹³; como también con relación al artículo 1723 que “no cualquier tercero es beneficiario de la protección sino solo aquellos que tengan la calidad de acreedores, quienes serían los que efectivamente tienen derechos adquiridos respecto de los cónyuges. Solo los derechos personales o de crédito son los que se tienen respecto de otra persona, en este caso, el marido o la mujer”¹⁴. Por añadidura, los terceros han sido tradicionalmente

13 AEDO (2018), p. 77.

14 BRANTT (2015), p. 85.

enmarcados en un cuadro predefinido por los derechos personales o créditos que éstos han adquirido, lo que ha limitado la revisión de otros supuestos de procedencia, como la lesión potencial o actual de un interés jurídicamente protegido.

2. La conceptualización del tercero en la regulación de los regímenes patrimoniales del matrimonio se puede organizar en términos de su posición jurídica, las masas patrimoniales y la gravitación o alcance de las decisiones de contenido económico adoptadas por alguno de los cónyuges o ambos. A continuación se propondrán características específicas de este tipo de tercero que se presenta en estas circunstancias.

a) Se es tercero con relación a los regímenes matrimoniales y a las convenciones patrimoniales que pueden celebrar los cónyuges entre sí, en la medida en que las decisiones o situaciones jurídicas de ellos repercutan en la condición de él. Se trata, pues, de un sujeto que no forma parte del matrimonio pero que solo tiene sentido si se le vincula con uno o ambos cónyuges pues ha entablado o entablará relaciones de carácter económico con ellos, y que es ajeno a las masas patrimoniales del matrimonio, pero le concierne saber qué estatuto patrimonial han adoptado, a quién le pertenece la titularidad de los bienes que lo integran y los frutos que se generan, cómo lo administran y con qué facultades, cuáles son los bienes o patrimonios de afectación al cumplimiento de las obligaciones que han contraído o que puedan contraer con él, entre otras cosas. Por ello, con vistas a estos terceros se ha dicho que “del régimen existente dependerán consecuencias tan importantes como la validez de las disposiciones por uno de los cónyuges de los bienes comunes o propios o pertenecientes originariamente al otro; la extensión de la responsabilidad por las deudas contraídas por el marido, restringida a sus propios bienes o ampliada a los comunes o incluso a los de su mujer: etc.”¹⁵. De esta manera, si el tercero está o estará en relaciones jurídicas con alguno de los

15 SOTO (1967), p. 511.

cónyuges, tendrá derechos adquiridos o intereses legítimos que podrán verse afectados por el contenido de nuevos actos o circunstancias que modifiquen de forma sobreviniente el régimen patrimonial.

b) El tercero está subordinado a la existencia de un régimen patrimonial. A partir del momento en que entabla relaciones jurídicas con una persona casada bajo determinado régimen patrimonial, se sujeta a un estatuto jurídico compuesto tanto por normas de orden público, supletorias de la voluntad de los cónyuges dentro del marco permitido por la ley y convenciones de carácter patrimonial que los cónyuges hayan celebrado antes del matrimonio, durante su celebración o en la vigencia de éste. Generalmente esta información es pública y el tercero puede tomar conocimiento de ella. El vínculo jurídico obligatorio que liga al tercero con alguno de los cónyuges puede extinguirse por el cumplimiento de las prestaciones o por otros modos de extinguirlo, y tanto el matrimonio como el régimen patrimonial subsistirán. De ello se sigue que la calidad de tercero se desvanece aunque la de los cónyuges y el régimen siguen vigentes.

Como contrapartida, durante la relación jurídica que vincula al tercero con el cónyuge, la sustitución de un régimen patrimonial por otro, de acuerdo con el artículo 1723, *“no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer”*, por lo que su calidad como tal subsiste, tanto respecto de los cónyuges como del nuevo régimen patrimonial, aunque esto último con una eficacia limitada, dada por la pervivencia que tendrá el anterior régimen con relación a la esfera protegida en el campo de repercusión de sus derechos válidamente adquiridos y en el detrimento que puede acarrear sobre ellos, como si actuara una especie de barrera o freno frente a la autonomía decisional de los cónyuges.

Existe, pues, un límite de carácter sustantivo o de fondo que se corresponde a la afectación de un derecho incorporado al patrimonio del tercero, impedimento que se materializa en un menoscabo de su condición en relación con sus prerrogativas o derechos, y que depende, en último término, del

grado de utilidad o no que le reporta el cambio de régimen de acuerdo con su conveniencia. Por esta razón se ha sostenido que “si se produce el perjuicio, dicho pacto es ineficaz, pero solo con relación al tercero perjudicado y en la medida del perjuicio causado [...] El supuesto es que el contrato lesiona o perjudica los derechos preexistentes de un tercero, los que podrán consistir o no, en derecho de crédito. Este límite actúa objetivamente, con independencia de la intención o propósito de las partes y aun a falta de una norma expresa que lo prevea”¹⁶, aunque en este caso, por cierto, sí se establece un texto expreso al respecto.

Un escenario distinto podría presentarse si se produce la terminación del matrimonio y subsecuentemente la del régimen matrimonial adoptado. Podría sugerirse que la condición de tercero también se desvanece, pues está subordinado al vínculo principal que ha finalizado, y solo se trataría de una relación jurídica entre dos partes sin participación ajena. A ello habría que agregar las eventuales etapas de disolución y liquidación del régimen como también el grado de responsabilidad que le corresponde todavía a los excónyuges o herederos de uno de ellos. Empero, tal tesis podría llevar a resultados perniciosos con vistas al interés jurídico protegido del tercero, pues la norma precitada hace referencia a la sustitución del régimen patrimonial y no a su finalización. De esta manera, es necesario reflexionar acerca del influjo que genera la terminación del régimen matrimonial sobre los terceros.

Sobre este punto, aunque no existe una reglamentación expresa y ha sido objeto de discusión a nivel doctrinal¹⁷, parece presentarse una hipótesis de ultraactividad del régimen patrimonial, el cual conserva su eficacia frente a los derechos válidamente adquiridos por terceros con anterioridad a la terminación del matrimonio y el régimen matrimonial. Pueden comparecer como argumentos de tal aserto los artículos 1739, 1778 y 1779. El primero de ellos en su inciso final dispone que “*Se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquier de los cónyuges después de disuelta la sociedad*

¹⁶ VIDAL (2006), p. 66.

¹⁷ Véase, AEDO (2018), pp. 96 y ss.

conyugal y antes de su liquidación, se ha adquirido con bienes sociales” aunque de hecho la sociedad conyugal se haya disuelto y exista un estado de indivisión entre los excónyuges. El segundo establece que *“El marido es responsable del total de las deudas de la sociedad; salvo su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de estas deudas, según el artículo precedente”* sin perjuicio de que ya la sociedad conyugal está disuelta. Por su parte, el tercero prescribe que *“Aquel de los cónyuges que, por el efecto de una hipoteca o prenda constituida sobre una especie que le ha cabido en la división de la masa social, paga una deuda de la sociedad, tendrá acción contra el otro cónyuge para el reintegro de la mitad de lo que pagare; y pagando una deuda del otro cónyuge, tendrá acción contra él para el reintegro de todo lo que pagare”*. Los tres artículos precedentemente citados inducen a proponer que por lo menos en relación con las deudas contraídas con terceros, el patrimonio social subsiste pese al estado de indivisión o liquidación que existe. De aceptarse este razonamiento, se podría presentar una ficción en virtud de la cual aún existe un tercero frente a un cierto régimen matrimonial, aunque de hecho, ya no existe el matrimonio.

c) El tercero se encuentra en una situación externa pues no es parte del estatuto patrimonial que rige a los cónyuges, aunque se ve alcanzado por él dado los derechos involucrados que puede tener sobre una cosa que integra alguna masa patrimonial o crédito que pueda hacer valer frente a uno cónyuge, el interés legítimo directo o indirecto que tiene por objeto un bien, derecho o prestación que debe ser ejecutada por algún cónyuge y, en fin, por el cumplimiento de las prestaciones a que se ha obligado como la eventual responsabilidad en la que puede incurrir.

A modo de referencia, tratándose de la sociedad conyugal, en virtud del artículo 1749, por regla general será el marido quien puede exigir el cumplimiento de la prestación y perseguir la responsabilidad del tercero, aunque sea un deudor personal de la mujer, toda vez que *“como administrador de la sociedad conyugal, el marido ejercerá los derechos de la mujer que siendo socia de una sociedad civil o comercial se casare [...]”*. Otro tanto puede

predicarse de los acreedores del marido, pues al momento de hacer efectiva sus acreencias están facultados para hacerlas valer sobre el patrimonio social y el del marido, pues *“el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales [...]”* aunque también sobre los bienes del patrimonio de la mujer, quien no ha comparecido al acto personalmente ni representada ni tampoco es deudora personal del tercero, bajo la condición de que *“en virtud de un contrato celebrado por ellos con el marido, en cuanto se probare haber cedido el contrato en utilidad de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores al matrimonio”*.

d) El tercero goza de tutela jurídica frente a las actuaciones y convenciones que celebran los cónyuges en el marco de los regímenes matrimoniales. La órbita de intereses del tercero se ve afectada por la actuación ajena de los cónyuges porque se encuentra dentro del radio de repercusión de ellos. El tercero es, en este sentido, destinatario predilecto por parte del legislador, toda vez que ampara su condición frente al régimen patrimonial. Esto es especialmente nítido cuando se alude a terceros que han incorporado un derecho a su patrimonio. A modo de ejemplo, el citado artículo 1723 establece que la convención que sustituye el régimen matrimonial solo puede ser celebrada por los cónyuges mayores de edad, la que debe ser reducida a escritura pública, subinscribirse dentro del plazo de treinta días y *“no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros del marido o de la mujer y, una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”*. Si se conculcara este mandato, el tercero cuenta con un concurso de acciones disponibles para hacer efectivos sus derechos¹⁸. Otra manifestación, pero desde un ángulo puramente adjetivo, se visualiza en el artículo 1739 inciso cuarto, el cual presenta un paralelo en su razón legal dentro del patrimonio reservado de la mujer casada de

18 La protección proclamada en el artículo 1723 ha generado gran discusión en la doctrina nacional. En especial, Cfr. PEÑAILILLO (1983), pp. 145-170; ABELIUK (2011), pp. 93-100; CORRAL (2012) y VIDAL (2019), pp. 619-627.

acuerdo con el artículo 150, pues “*Los terceros que contraten con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación que pudieren interponer ella o el marido, sus herederos o cesionario, fundada en la circunstancia de haber obrado la mujer fuera de los términos del presente artículo [...]*”, etcétera.

Con todo, dentro del régimen de la sociedad conyugal, el amparo del tercero se concretiza fundamentalmente en la tutela crediticia que goza frente a uno de los cónyuges. De esta guisa, al momento de ejercitar su poder de agresión patrimonial sobre el patrimonio del cónyuge deudor, cuenta con una ampliación que opera por el solo ministerio de la ley como garantía para la satisfacción de su acreencia. En efecto, si este ensanchamiento patrimonial se examina en la etapa de obligación a la deuda, se puede comprobar que el acreedor cuenta con una pluralidad de bienes que puede embargar para lograr el pago su deuda. Para el acreedor, la distinción entre pasivo absoluto y relativo de la sociedad conyugal, además del concepto de recompensa que se pueden hacerse valer recíprocamente entre marido, mujer y sociedad, son irrelevantes.

Ahora bien, la regla general es que toda deuda contraída vigente durante la sociedad conyugal sea social, aunque pueden presentarse un conjunto de otras posibilidades. El escenario de mayor ensanchamiento patrimonial a favor del tercero se presenta cuando éste puede ejercitar su derecho de garantía general conjuntamente sobre el (i) patrimonio social, (ii) del marido y (iii) de la mujer. Este evento puede acaecer en las siguientes situaciones: (i) acreedores de las deudas personales de la mujer contraídas por ella con anterioridad al acceso legal o convencional de la sociedad conyugal de acuerdo con el artículo 1740 N° 3¹⁹; (ii) acreedores de las deudas personales de

19 Sobre el particular, Fernando Fueyo ha observado que si se trata de deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio, “por ser deuda personal de un cónyuge la sociedad es obligada al pago, de acuerdo con el N° 3 del art. 1740. Pero esto no impide una doble posibilidad en favor del acreedor, y así, éste también puede ejercitar su acción en contra de los bienes de la mujer, que respondían todos ellos al tiempo de obligarse ésta, en virtud del derecho de prenda general, o responsabilidad patrimonial universal, que no puede menoscabarse por el matrimonio, hecho ajeno a la obligación y a los acreedores. A mayor abundamiento, el principio está confirmado en el inc. 2° del art. 1750. En suma, hay un verdadero *derecho de opción* en favor

la mujer contraídas por ella en virtud de las “*compras que haga al fiado de objetos muebles destinados naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, obligan al marido en sus bienes y en los de la sociedad conyugal; y obligan además los bienes propios de la mujer, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto, comprendiendo en este beneficio el de la familia común en la parte en que de derecho haya ella debido proveer a la necesidades de ésta*” de conformidad al artículo 137; (iii) acreedores del marido podrán “*perseguir sus derechos sobre los bienes de la mujer, en virtud de un contrato celebrado por ellos con el marido, en cuanto se probare haber cedido el contrato en utilidad personal de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores del matrimonio*” según el artículo 1750 inciso 2° más la debida concordancia con el artículo 1751 que se sitúa en el caso que la mujer actúa con un mandato general o especial del marido y que exige también que el contrato celebrado haya cedido en utilidad personal de la mujer y también lo prevenido sobre los contratos celebrados por el marido y la mujer de consuno o en que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido cuando también cedan en beneficio personal de ella; (iv) las deudas que tengan su origen en la comisión de un delito o cuasidelito civil cometido por la mujer, sea antes del régimen de sociedad conyugal o vigente ésta. En el primer caso será una deuda personal de la mujer contraída con anterioridad a la sociedad conyugal, por lo que el patrimonio responsable es también el social. En el segundo caso, se trata de una deuda personal de la mujer que nace vigente la sociedad conyugal, por lo que también será el patrimonio social uno en que se puede hacer efectiva la acreencia. Este último caso presentado es el que se desarrollará con mayor profundidad en el próximo capítulo.

e) Con el propósito de no reducir los patrones solo a la sociedad conyugal, parece útil dar a conocer alguna situación que pueda predicarse sobre el régimen de separación de bienes o participación en los gananciales que

del acreedor, quien puede dirigirse contra el marido o contra la mujer [patrimonio de la mujer que es administrado por él], persiguiendo en tales casos bienes sociales o de la mujer”. Cfr. FUEYO (1959), p. 72.

implique algún grado de protección jurídica del tercero. Con todo, conviene advertir que esta clase de normas jurídicas y reglas que proporcionan prerrogativas para el tercero se observan principalmente en el régimen de sociedad conyugal, dado que pareciera existir una graduación de su tutela según el régimen matrimonial adoptado.

En el caso de la separación de bienes, existe una hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno que se configura a partir del artículo 161. Señala el inciso primero de este artículo que *“Los acreedores de la mujer separada de bienes, por actos o contratos que legítimamente han podido establecerse por ella, tendrán acción sobre los bienes de la mujer [...]”*, precepto del que pudo prescindirse por ser absolutamente coherente con el funcionamiento de este régimen. Consecuente con ello, el inciso segundo indica el efecto que se sigue de ello: *“El marido no será responsable con sus bienes, sino cuando hubiere accedido como fiador, o de otro modo, a las obligaciones contraídas por la mujer [...]”*, es decir, un supuesto genérico en que el marido hubiera accedido personalmente a la deuda de algún modo como garantía del cumplimiento de la obligación contraída por la mujer, como también si el marido grava un bien su propiedad para asegurar el cumplimiento de la obligación de ella. Pero los incisos tercero y cuarto facilitan, de forma excepcional al funcionamiento del régimen, una seguridad adicional para el acreedor, al indicar que *“Será asimismo responsable [el marido], a prorrata del beneficio que hubiere reportado de las obligaciones contraídas por la mujer; comprendiendo en este caso el de la familia común, en la parte en que de derecho haya él debido proveer a las necesidades de ésta. Rigen iguales disposiciones para la mujer separada de bienes respecto de las obligaciones que contraiga el marido”*. Estas disposiciones son concordantes con lo que establecen los artículos 134 y 160. El primero de ellos señala que *“El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie. El juez, si fuere necesario, regirá la contribución”* y el segundo que *“En*

el estado de separación [de bienes] ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades. El juez en caso necesario reglamentará la contribución”.

Como consecuencia de la unión de estas normas, el tercero que logra acreditar que la celebración del acto o contrato con alguno de los cónyuges ha reportado utilidad al otro cónyuge o a la familia común, tendrá acción también contra el cónyuge no deudor en la parte o proporción del beneficio que le haya reportado a él o a la familia común. Desde luego, se trata de una carga que recae sobre el tercero, quien debe probar que los efectos del acto o contrato han reportado beneficio al otro cónyuge o a la familia común. Si lo logra hacer, se produce una ampliación patrimonial pues podrá ejercer su derecho de garantía general sobre los bienes del cónyuge no deudor, pero con una limitación: solo hasta la fracción de lo que le haya reportado utilidad a él o a la familia común según la contribución que le corresponda de acuerdo con sus facultades. Además, el campo de aplicación de la norma desde el punto de vista subjetivo tiene como destinatario a los acreedores tanto del marido como de la mujer, de manera tal que cautela los derechos del tercero que haya contratado con cualquiera de los cónyuges en este régimen, no obstante la carga probatoria de acreditar el beneficio que la reporta al cónyuge no contratante y la limitación del derecho de agresión patrimonial solo a una porción de los bienes de él.

En el caso del régimen de participación en los gananciales, dada la naturaleza protectora que tiene este sistema con relación al crédito que se originará al término de este estatuto de bienes, el legislador es extremadamente cuidadoso en evitar la administración fraudulenta o de dilapidación perniciosa y en limitar el otorgamiento de cauciones personales para asegurar el cumplimiento de obligaciones ajenas como las erogaciones gratuitas, entre otros mecanismos legales para evitar el perjuicio al otro cónyuge al mermar el monto del crédito al que tendrá derecho eventualmente. Se trata, pues, de un conjunto de medidas tendientes a proteger el crédito al que tiene derecho el cónyuge de participar en las ganancias del otro. Ahora bien, este eventual

crédito no solo tiene en miras al otro cónyuge, sino que también a los hijos comunes o herederos, los que constituyen un grupo de terceros protegidos indirectamente al momento de originar el crédito como al tiempo de pagarlo.

Al respecto, a modo de ejemplo, el legislador ordena que el pago del crédito de participación en los gananciales sea puro y simple, lo que evita la introducción de alguna modalidad del pago. Sin embargo, es posible verificar una excepción, siempre y cuando sea en beneficio del cónyuge deudor o de los hijos comunes bajo determinado supuesto. Para estos efectos, interesan los hijos comunes, es decir, estos terceros protegidos del círculo directo de los cónyuges que se ven afectados por sus decisiones de orden patrimonial. En efecto, el artículo 1792-21 impone que *“El crédito de participación en los gananciales es puro y simple y se pagará en dinero. Con todo, si lo anterior causare grave perjuicio al cónyuge deudor o a los hijos comunes, y ello se probare debidamente, el juez podrá conceder plazo de hasta un año para el pago del crédito, el que se expresará en unidades tributarias mensuales [...]”*. La norma, pues, extiende su consideración al perjuicio que el pago del cónyuge deudor pudiera causar a los hijos comunes, el que si resulta ser de una cierta entidad que pueda calificarse de grave, habilita al juez para introducir la modalidad del plazo para el pago del crédito (además del establecimiento de otra garantía fijada por la ley), lo que actúa como una medida de protección frente a sus hijos.

f) Finalmente, hay casos tipificados por el legislador en que éste se pronuncia en términos expresos y restringe su protección jurídica solo respecto de aquellos terceros que hayan actuado de buena fe, excluyendo, en consecuencia, a los que carecen de tal estándar de conducta exigido como a los que conocen la existencia de defectos, vicios o irregularidades en la relación jurídica que participan. Por lo tanto, les está vedado impetrar a su favor el remedio o instrumento preestablecido. Algunos ejemplos previstos en el Código Civil que evidencian lo enunciado se pueden verificar (i) en el ya referido artículo 1723 al permitir invocar al tercero la inoponibilidad de fondo por perjuicio en su beneficio solo si había adquirido sus derechos

“*válidamente*”; (ii) en el citado artículo 1739 al permitir que el tercero quede a cubierto de toda reclamación “*siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o la tradición del bien respectivo*” además de establecer un precepto contrario al régimen general de la buena fe al fijar como regla que “*no se presumirá la buena fe del tercero cuando el bien objeto del contrato figure inscrito a nombre del otro cónyuge en un registro abierto al público*”; etcétera.

g) Es un tercero esencialmente dúctil que puede incluir a distintos sujetos, los que no se agotan en los acreedores personales de alguno de los cónyuges en virtud de un vínculo contractual, sino que según el tipo de relación jurídica de que se trata, se pueden ampliar a otros sujetos susceptibles a esta calidad jurídica, tales como los hijos de ambos cónyuges o alguno de ellos, la víctima de un delito o cuasidelito civil, órganos de la administración del Estado, el tercero hipotecario, parientes, etcétera. Además, es menester efectuar algunos distinguos de estos terceros con relación a la etapa de la relación matrimonial, pues de acuerdo con una perspectiva temporal, se puede acceder a tener relaciones jurídicas con alguno de los cónyuges en un estadio previo a la celebración del matrimonio, durante la vigencia de éste, o bien, a su terminación, con el subsecuente término del estatuto patrimonial que ello implica. Especial cuidado que reviste para los terceros, por cierto, es el régimen patrimonial que los cónyuges adoptan vigente el matrimonio, en especial si se escoge la sociedad conyugal, pues debe tenerse a la vista de ellos su formación, funcionamiento y disolución, en el curso ulterior, sea por sustitución del régimen matrimonial, término del matrimonio o las otras causas legales previstas por el legislador.

En atención a las particularidades de estos terceros que se han propuesto, se puede esbozar un concepto de ellos. Así, se puede precisar que es aquel sujeto de derecho que no forma parte del matrimonio ni integra el régimen patrimonial escogido por los cónyuges, que tiene algún derecho involucrado, interés legítimo o eventual responsabilidad, en relación con los bienes, dere-

chos u obligaciones que componen las masas patrimoniales del matrimonio, y que puede verse afectado a raíz de las decisiones o situaciones jurídicas que adoptan o que puedan cambiar entre los cónyuges.

Dentro de esta amplia gama de figuras del tercero y su vinculación con el matrimonio, surge un tipo especial y complejo de tercero que, sin ser parte de un contrato o convención, proporciona un terreno fértil y poco explorado sobre cómo los hechos de uno de los cónyuges pueden afectar los derechos de un tercero no contratante. En concreto, el caso de un tercero que ha sufrido un daño por un hecho cometido por el marido o la mujer casados bajo el régimen de sociedad conyugal proporciona un escenario particular en el cual el régimen jurídico aplicable a la sociedad conyugal afecta a los derechos de los terceros. Este enfoque permitirá explorar de qué forma la legislación se hace cargo y otorga protección a los intereses de terceros cuando sufren un daño o perjuicio, lo que aportará una profundización en un aspecto específico del mismo, permitiendo así una comprensión cabal y matizada de la figura del tercero en el derecho chileno.

De esta forma, a continuación se procederá a escudriñar un caso peculiar de tercero no contratante en el contexto de la sociedad conyugal que presenta ciertos rasgos y notas distintivas que el Código Civil lo hace destinatario de protección crediticia: el tercero que sufre un daño por un hecho cometido por el marido o la mujer, situación en la que la indemnización puede perseguirse en los bienes sociales, sin perjuicio de la recompensa que de ello se derive.

4. EL TERCERO NO CONTRATANTE CON VISTAS AL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. EL CASO DE LA VÍCTIMA DE UN DELITO O CUASIDELITO CIVIL

El artículo 1748 del Código Civil preceptúa que *“Cada cónyuge deberá asimismo recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito”*.

Se trata de una disposición que no ha sido suficientemente examinada por la doctrina y que demanda un análisis crítico acerca de su debida inteligencia, alcance y aplicación. Dada su extensión, el presente capítulo no tiene como finalidad colmar esta laguna, sino que tiene un propósito más limitado. Su objeto es cubrir esta dimensión desde la perspectiva de la víctima que sufre un delito o cuasidelito civil perpetrado por uno de los cónyuges casado bajo el régimen de sociedad conyugal, y poner la atención en que se trata de un tercero no contratante que goza de un crédito contra la sociedad para obtener la reparación integral del daño que ha padecido.

El artículo se encuentra localizado en el Libro IV del Código Civil, Título XXII: *De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal*, en el párrafo 2°, cuya rúbrica es: *Del haber de la sociedad conyugal y sus cargas*. Es una disposición que solo tiene lugar en la sociedad conyugal y no existen visos de figurar ni siquiera por analogía en los otros regímenes matrimoniales. La disposición está emplazada al final de dicho párrafo y es parte de la exposición de aquellos casos en que se le debe recompensa a la sociedad por parte de uno de los cónyuges. Los autores nacionales ven en él una especie de anexo en el tratamiento del pasivo relativo de la sociedad conyugal y es sindicado como uno de los casos en que la sociedad está obligada al pago de la deuda personal de uno de los cónyuges, motivo por el cual nace una recompensa para ella en contra del cónyuge deudor que se hará valer al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal²⁰.

El artículo 1748 admite una partición. La primera parte se refiere a la recompensa que cada cónyuge deberá a la sociedad por los perjuicios que le hubiera causado a ella con dolo o culpa grave. Este ángulo atiende a la relación interna entre los cónyuges y soluciona conflictos que se generan al interior del matrimonio. La segunda parte, en cambio, alude a la recompensa que cada uno de los cónyuges debe a la sociedad por el pago que ella hiciere

20 Véase la siguiente literatura: ALESSANDRI (1935), pp. 350 y ss.; SOMARRIVA (1946), pp. 231 y ss.; MEZA (1989), pp. 272 y ss.; RODRÍGUEZ (2003), pp. 98 y ss.; RAMOS (2015), pp. 208 y ss.; FRIGERIO, (1995), pp. 52 y ss.; FUEYO (1959), pp. 84 y ss.; etcétera.

de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito. Ahora la norma, aunque no lo señala expresamente, está orientada tanto al tercero que ha sido víctima del ilícito como a la consecuencia que de ello se sigue al interior del régimen matrimonial. En lo sucesivo, la atención se centrará en esta segunda parte del artículo 1748. Además, aunque el ilícito que puede cometer uno de los consortes puede ser de naturaleza civil y/o penal, en el análisis subsecuente solo se considerará la dimensión civil.

La regla general en este estatuto matrimonial es que las deudas que paga la sociedad se presumen sociales, y por consiguiente, el pago de ellas no genera recompensas a favor de la sociedad. Esto se ve reflejado en gran medida en la amplitud del artículo 1740 numeral 2° en virtud del cual *“la sociedad es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio, y que no fueren personales de aquél o ésta”*. Como contrapartida, el haber absoluto de la sociedad conyugal está compuesto por una pluralidad de partidas que justifican el ingreso definitivo de los bienes enumerados en el artículo 1725, numerales 1°, 2° y 5°. La razón que subyace detrás de estas reglas y principios es que el matrimonio es una comunidad de vida entre los cónyuges en que ambos consortes contribuyen al patrimonio común y soportan conjuntamente las deudas, como una forma de definirse la solidaridad matrimonial.

Con todo, el propio legislador estatuye ciertas excepciones para estas máximas. Una de ellas se detecta a la luz del artículo 1740 numeral 3°, el cual preceptúa que la sociedad es obligada al pago de las deudas personales de cada uno de los cónyuges, aunque el cónyuge deudor queda obligado a compensar a la sociedad por dicho pago al momento de la disolución. El tratamiento de esto se justifica pues de lo contrario se ampararía un enri-

quecimiento sin causa para el cónyuge deudor²¹. En este orden de ideas, la Corte Suprema ha reconocido que “conforme a lo prevenido en el artículo 1740, número 2° y 3°, la sociedad conyugal es obligada al pago de todas las deudas y obligaciones contraídas durante su vigencia por el marido, regla que se aplica a toda obligación contraída por éste, sea contractual, cuasi-contractual, delictual, cuasidelictual o legal, aunque redunde en beneficio exclusivo del marido, sin perjuicio del derecho de la sociedad conyugal para exigir las recompensas que procedan cuando la deuda deba soportarla solo él, como en el caso que contempla el artículo 1748 del mismo Código, que dispone que el cónyuge deberá recompensa a la sociedad conyugal por el pago que ésta hiciere de las reparaciones pecuniarias a que fuere condenado el cónyuge por algún delito o cuasidelito”²².

El principal análisis que esta figura invita a realizar de acuerdo con la perspectiva de la víctima del delito o cuasidelito civil se configura en virtud de la ampliación patrimonial en la que puede hacer efectiva su acreencia. Por esta razón, sin perjuicio de estar ligado a uno de los cónyuges en virtud de un vínculo extracontractual, el tercero está facultado para ejercer el derecho de garantía general no solo en el patrimonio del cónyuge condenado, sino que también en el patrimonio social. La pluralidad de patrimonios como una

21 La justificación de la existencia de esta regla evitó la siguiente interrogante: la indemnización de perjuicios que genera la comisión de un delito o cuasidelito civil por parte de unos de los cónyuges durante el matrimonio, ¿se califica como una deuda social o personal? De la respuesta que se defina se seguirán consecuencias importantes, tales como la generación o no de recompensas como también los patrimonios susceptibles de persecución por parte de la víctima. *A priori*, la respuesta no parece dilucidarse de forma tan categórica, aunque el legislador, con el propósito de evitar equívocos o discusiones, tomó partido por considerarla una deuda personal del cónyuge infractor. Así fue establecido en el artículo 1748. De esto se sigue que se trata de una obligación social desde el punto de vista de la obligación a la deuda, pero que es personal desde el prisma de la contribución a ella. La razón detrás de esta solución se justifica porque los actos ilícitos de uno de los cónyuges no pueden perjudicar al otro. Ya Matienzo “consideraba que las ganancias y las pérdidas aprovechaban a los cónyuges, pero bien podía alterarse si el riesgo o daño provocado provenía de uno”. Cfr. AMUNÁTEGUI (2023), p. 866. Además, sobre este punto se ha sostenido que “Este precepto es perfectamente equitativo: la sociedad no tiene por qué cargar con estas indemnizaciones ya que en el hecho que la origina no ha existido ni siquiera la posibilidad que le traiga un provecho o beneficio”. Véase, SOMARRIVA (1946), p. 232.

22 Corte Suprema, Rol N° 3404-2013, de 30 de agosto de 2004.

garantía que opera por el solo ministerio de la ley es algo excepcional en el ordenamiento jurídico chileno que suele ser prerrogativa de los terceros-contratantes y que adquiere mayor relevancia cuando el responsable tiene un patrimonio limitado. En este caso, el tercero-víctima cuenta con una ventaja y siempre podrá presentar su demanda para obtener la ejecución de los bienes que integran: (i) el patrimonio social; (ii) el patrimonio del marido; y (iii) eventualmente, también los que componen el patrimonio propio de la mujer; y en todo caso, sin convención previa que así lo establezca.

La mentada tricotomía previa exige una explicación mayor.

1. Si en un estadio previo a la celebración del matrimonio, uno de los futuros cónyuges perpetra un acto ilícito que engendra la obligación de reparar los daños, al momento de contraer matrimonio y adoptar el régimen de la sociedad conyugal -sea que se haya dictado sentencia definitiva previamente condenando al hechor o su pronunciamiento sea vigente el régimen de sociedad conyugal- se tratará inequívocamente de una deuda personal del cónyuge culpable por haber sido contraída con anterioridad al matrimonio, en virtud de la cual la sociedad será la obligada al pago por la disposición contenida en el artículo 1740 numeral 3°. La dictación de la sentencia condenatoria es solo una condición de eficacia para hacer exigible la responsabilidad patrimonial del hechor en sus bienes, pues lo decisivo es el momento constitutivo de la comisión del ilícito civil y no la declaración condenatoria posterior. Es en este primer iter cuando nace la obligación y el derecho correlativo a ser indemnizado²³.

23 De hecho, el Código Civil se orienta hacia la misma dirección, pues el artículo 1437 dispone que *“Las obligaciones nacen ya [...] a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos [...]”*. Conteste con ello, el artículo 2332 establece que *“Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”*. Lo decisivo es el momento de la comisión del hecho dañoso.

Ahora bien, en este caso, nace para la víctima del delito o cuasidelito civil un derecho de opción pues podrá ejercer su acción en el: (i) patrimonio social, pues la sociedad es la obligada al pago de la deuda personal del cónyuge (etapa de la obligación a la deuda), sin perjuicio de la correspondiente recompensa que da lugar (etapa de contribución a la deuda), siendo vano distinguir cuál de los dos cónyuges ha cometido el ilícito civil; (ii) el patrimonio propio del marido, tanto si el delito o cuasidelito fue cometido por él como por la mujer, ya que si se pueden perseguir bienes sociales, necesariamente también pueden ser objeto de ejecución los del marido por aplicación del artículo 1750 pues *“el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio [...]”*, sin perjuicio de los abonos o compensaciones ulteriores; y (iii) siempre y cuando la mujer sea la autora, se podrá perseguir la ejecución también en los bienes que integran su patrimonio propio, pues se trata de una acreencia que ha nacido antes de la celebración del matrimonio, y a partir de su comisión, la víctima cuenta con el derecho de agresión patrimonial sobre los bienes de su propiedad. Es en esta última posibilidad, pues, que el tercero-víctima goza de una “garantía general plena”²⁴ que comprende los bienes sociales, los del marido y los de la mujer²⁵; luego, la responsabilidad-garantía se extiende sobre todos los bienes que comprenden dichos patrimonios, salvo los inembargables. Dicho en otros términos, la víctima cuenta con una pluralidad de patrimonios para hacer efectiva su acreencia, por lo que dispone de la opción de escoger libremente qué patrimonio será el responsable frente a él, sin empecerle los ulteriores efectos que esto podrá tener entre los cónyuges. En este caso, llama la atención que frente a un mismo hecho, el tercero-víctima estará más o menos protegido según cuál de los cónyuges cometió el ilícito;

24 Véase, NIÑO (1995), p. 282, quien emplea este concepto, aunque en una hipótesis diversa.

25 Y no los del patrimonio reservado del artículo 150 ni los especiales de los artículos 166 y 167, pues a la luz de dichas disposiciones, más el artículo 137, solo afectan y alcanzan su patrimonio propio en ciertas circunstancias y solo por actos y contratos celebrados por ella, lo que excluye la posibilidad de subsumir la comisión de actos ilícitos en estas hipótesis previstas.

2. Se ha discutido a nivel doctrinal si la obligación de origen delictual o cuasidelictual contraída por la mujer en este régimen habilita a la víctima para perseguir tanto los bienes sociales, como los personales del marido y de la mujer. La principal cuestión planteada era si siempre se podía accionar contra los bienes sociales y del marido, o en algunos casos, solo en contra del patrimonio de la mujer²⁶. Los principales argumentos de texto que servían de fundamento a esta segunda opción se encuentran actualmente sin vigencia -artículo 384 del Código de Procedimiento Penal y 1273 del Código Civil- o fueron modificados en términos tales que ya no hacen referencia alguna a la mujer casada al régimen de sociedad conyugal -artículos 146 y 2320-. Agréguese a ello, además, la abrogación tanto de la potestad marital del marido sobre la mujer como la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal, lo que hace forzoso concluir que ella responde personalmente por la perpetración de sus ilícitos civiles.

Actualmente, tal discusión carece de causa que la justifique. Lo dispuesto en el artículo 1740 numeral 3° en concordancia con el artículo 1748, llevan a la evidente conclusión de que se trata de una deuda personal de la mujer contraída durante el régimen, de lo que se sigue que es una obligación social con cargo a recompensa en contra de la mujer al tiempo de la disolución de la sociedad. Luego, dado que en la fase de obligación a la deuda se trata de una deuda social, la víctima puede perseguir la satisfacción de su acreencia tanto en los bienes sociales como del marido, pues de cara a él, estos patrimonios de afectación se confunden; y por cierto, podrá dirigirse en contra del patrimonio propio de la mujer, dado que ella fue quien originó el ilícito civil²⁷. A mayor abundamiento, la Corte Suprema ha resuelto que “los derecho de los demandantes en contra de [...] se originaron mientras estaba vigente la sociedad conyugal habida entre éste y [...], con motivo del cuasidelito

26 Véase, COURT (1991), pp. 340 y 341, y él mismo, COURT (2006), pp. 140 y 142., quien además de exponer la discusión pretérita, concluye actualmente que dicha disputa resulta irrelevante porque la comisión de un hecho ilícito por parte de la mujer casada en sociedad conyugal “formará parte siempre del pasivo aparente o relativo por la naturaleza del régimen de sociedad conyugal”.

27 En contra, sostienen que la víctima solo puede dirigirse en contra del patrimonio de la mujer: FIGUEROA (2008), p. 357; y FRIGERIO (1995), pp. 54 y 55.

civil que tuvo lugar el 25 de febrero de 1997 y que irrogó la obligación del demandado de resarcir perjuicios a los actores [...] Los derechos de los demandantes y la responsabilidad del demandado nacieron en la oportunidad antedicha, aunque su reconocimiento y evaluación por la justicia haya sido posterior, al ser desconocido por el obligado a la reparación del mal. Así lo ha resuelto esta Corte Suprema”²⁸.

Sobre el particular, se ha señalado que “esta conclusión es la única que armoniza con el criterio adoptado por el legislador en materia de pasivo de la sociedad conyugal. La regla es que ésta es obligada al pago de todas las deudas de los cónyuges cualquiera naturaleza que sean. Cuando se ha querido que así no ocurra y que una obligación afecte solamente los bienes propios de la mujer, ha debido decirse, como en el caso de los arts. 146, incs. 3° y 4°, y 1273”²⁹. El estatuto jurídico de las deudas contraídas por la mujer casada en sociedad conyugal, cuya fuente esté en la comisión de un delito o cuasidelito civil, es el mismo que se aplica para las deudas personales de ella contraídas en un estadio previo a la celebración del matrimonio, por lo que a la víctima le compete una garantía patrimonial plena al contar con un derecho de opción, de manera tal que escogerá o ejercerá su acción entre los diversos patrimonios según el que más convenga a sus intereses, para lo cual habrá de tomar en consideración la mayor cantidad de información y antecedentes posibles y analizar las diferentes vías de actuación dentro de su abanico de alternativas.

3. Si durante el régimen de la sociedad conyugal, uno de los cónyuges comete un delito o cuasidelito civil generador de responsabilidad extracontractual, y luego se sustituye este estatuto pecuniario por el de separación de bienes o participación en los gananciales, tiene lugar la aplicación del ya citado artículo 1723 que regula la convención sustitutiva del régimen patrimonial por otro. En efecto, dado que el momento de la perpetración del acto ilícito es a su vez constitutivo del derecho de la víctima, ésta desde ese

28 Corte Suprema, Rol N° 3404-2013, de 30 de agosto de 2014.

29 ALESSANDRI (1935), p. 291.

momento tiene un derecho válidamente adquirido en contra del marido o de la mujer culpable; luego, en cuanto al resarcimiento del daño causado por el delito o cuasidelito civil por alguno de ellos, la víctima puede perseguir su reparación en el patrimonio social, del marido o de la mujer -si es que esta última es la hechora- sin perjuicio del eventual cambio de régimen, pues en tal caso, opera una especie de inoponibilidad de fondo o por perjuicio. En estas circunstancias, no obstante producirse válidamente la mutación del régimen matrimonial, su eficacia está condicionada a la lesión que puede irrogarle al tercero-víctima; y en este caso, dicho detrimento se materializaría en una disminución de patrimonios en el cual hacer efectiva su acreencia. Por lo tanto, la actuación ajena ulterior de los cónyuges consistente en la sustitución del régimen no empecerá al tercero-víctima, quien podrá embargar bienes sociales, del marido o de la mujer, como si respecto de él la sociedad conyugal continuara vigente o se le hace extensiva ex post en la medida en que la fuera utilizable a su interés propio.

Este criterio ha sido refrendado por la Corte Suprema al asentar en diversos fallos que “según lo permitido por el citado artículo 1723, no ha surtido efectos jurídicos respecto de los derechos de los actores como acreedores del pago de la indemnización de perjuicios a que ha sido condenado [el marido demandado] lo cual trae consigo que, respecto de aquéllos, no se puede tener por disuelta y continúa la sociedad conyugal que existía entre el nombrado marido y su cónyuge, y que los bienes adjudicados a esta última han de mirarse, respecto de los actores y acreedores, como pertenecientes al marido en calidad de administrador de la sociedad conyugal, aunque se trate de bienes sociales”³⁰; y también que “no es motivo de la discusión que los hechos presuntamente ilícitos que motivan la demanda de autos ocurrieron antes del pacto de separación de bienes y la sociedad conyugal claramente es obligada al pago de las deudas personales de cada uno de los cónyuges, de conformidad con lo dispuesto en el N° 3 del artículo 1740 del Código Civil. Entre estas deudas se encuentran las reparaciones pecuniarias a las cuales alguno de los cónyuges haya sido condenado por algún delito o cua-

30 Corte Suprema, Rol N° 3404-2013, de 30 de agosto de 2014.

sidelito, esto por expresa disposición del artículo 1748 del Código citado. De lo anterior se desprende que la sociedad conyugal debe responder de las obligaciones que emanen de la comisión de un delito por parte de uno de sus miembros. Al efecto, debe tenerse presente que la obligación, y por lo tanto el crédito, surgen desde que se produce el hecho dañoso (art. 1437 del Código Civil), aunque no se trate de una deuda ilíquida. Lo que hace la sentencia, por tanto, no es constituir el derecho sino declarar su existencia y liquidar su cuantía. De esta forma, si la separación de bienes se realiza en el tiempo que media entre el delito o cuasidelito y la sentencia que condena a indemnizar, puede decirse que dicho pacto ha perjudicado derechos adquiridos válidamente por terceros, y será inoponible en su intento por sustraer bienes para evitar el pago de la indemnización judicialmente determinada [...] En efecto, la norma señala que el pacto no perjudicará, ‘en caso alguno’ tales derechos, de lo que se desprende que la protección es amplia y por lo tanto debe abarcar el derecho a partir de se acredite un justo motivo para que se sostenga la acción. No tiene sentido otorgar plena protección al actor y al mismo tiempo imponer graves restricciones para el ejercicio del derecho que se reconoce, máxime si esto último no se dice expresamente. La frase en estudio debe entenderse tiene por finalidad evitar arbitrariedades o abusos por parte de demandantes temerarios o inescrupulosos”³¹.

31 Corte Suprema, Rol N° 29096-2014, de 3 de junio de 2014. En contra: Véase, voto disidente en Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1385-2014, de 30 de septiembre de 2014: “Que el artículo 1748 del Código Civil establece que ‘cada cónyuge deberá, asimismo, recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito’, lo que confirma que la sociedad conyugal no se encuentra obligada a pagar las deudas y compromisos personales de cada cónyuge y que, cuando lo hace, tiene derecho a recompensa del responsable. Que, asimismo, debe entenderse que para que la sociedad pague una reparación pecuniaria exigida a alguno de los cónyuges se requiere previamente, que respecto de dicho cónyuge exista una condena por crimen o simple delito que así lo demande, que dé cuenta de ‘derechos válidamente adquiridos’ [...] Que el aceptar la pretensión demandada significa atribuir a la sociedad conyugal el carácter de deudora solidaria en las obligaciones personales del marido derivadas de la supuesta perpetración de un ilícito penal que aún no ha sido declarado por sentencia firme, afectándose con ello, derecho de la cónyuge, que en esta circunstancia resulta completamente ajena al reparo criminal. Que, finalmente, debe tenerse presente que en el presente caso, y como consecuencia del pacto de separación total de bienes

Al respecto, se ha sostenido que este supuesto es constitutivo de un verdadero caso “de inoponibilidad, que no necesita previa declaración judicial, el que excluye [la posibilidad de] perjudicar los derechos adquiridos por terceros”³². Se trata de un supuesto en que la voz perjuicio se emplea precisamente, pues el legislador recurre al término afectar, sino que denota un significado negativo para los intereses del tercero. Como contrapartida, solo exige el menoscabo económico que se le produzca al tercero para que la sustitución del régimen no le empeza.

4. Un último aspecto a considerar como objeto de análisis es el relativo al patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal regulado en el artículo 150 del Código Civil. Sobre el particular, la interrogante que emerge es la siguiente: ¿puede el tercero-víctima ejercer su derecho de garantía general sobre los bienes que integran este patrimonio especial? La pregunta es pertinente, pues una respuesta afirmativa implicaría concluir que el tercero-víctima dispone además de otro patrimonio adicional sobre el cual hacer efectiva su acreencia; y si es así, también podría dirigirse en contra de los patrimonios satélites de los artículos 166 y 167.

Sin embargo, tal premisa debe ser desechada. La afectación de los bienes que comprenden el patrimonio reservado solo puede ser alcanzado por el derecho de garantía general de los acreedores en la medida en que la fuente de la obligación tenga un origen contractual durante la administración de esta masa patrimonial diferenciada. La literalidad de las palabras del artículo 150 evidencia esta afirmación: “*Los terceros que contraten con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación [...]*”; “*Los actos o contratos celebrados por la mujer en esta administración separada, obligarán los bienes comprendidos en ella y los que administre con arreglo a las disposiciones de los artículos 166 y 167 [...]*”; y “*Los acreedores del marido no tendrán acción sobre los bienes que la mujer administre en virtud de este artículo, a*

cuya oponibilidad por esta vía se invoca, el demandado se adjudicó diversos bienes respecto de los cuales el actor puede ejercer acciones cautelares y, en su oportunidad, perseguir la realización de su acreencia”.

32 CORRAL (2018), p. 665.

menos que probaren que el contrato celebrado por él cedió un utilidad de la mujer o de la familia común [...]”. A partir de estas disposiciones, se sigue que el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal solo es responsable frente a terceros por obligaciones nacidas en virtud de un acto ejecutado o contrato celebrado por ella durante la vigencia del régimen, por lo que excluye la posibilidad de perseguir bienes que componen este patrimonio cuando lo que se busca es hacer efectiva la responsabilidad extracontractual por la comisión de un delito o cuasidelito civil perpetrado por ella.

Sin embargo, la redacción actual de este artículo debe ser objeto de crítica. A modo de cuestionamiento, ¿qué circunstancia justifica que el tercero-víctima no pueda dirigirse en contra del patrimonio reservado de la mujer frente a la comisión de un hecho dañoso por parte de ella? O planteado en otros términos, ¿por qué le está vedado al tercero-víctima dirigir su acción personal en contra de los bienes que integran esta masa? La prerrogativa del tercero-contratante en contraste con el tercero-víctima da cuenta de un tratamiento diferenciado que solo se funda en virtud de la fuente generadora de la obligación, lo que puede llevar a resultados inocuos. En efecto, frente a la perpetración de un ilícito civil por parte de una mujer casada en sociedad conyugal, cuyo patrimonio propio es exiguo y tanto el social como el de su marido insuficiente, ¿qué razones podrían esgrimirse para que la víctima no pueda entablar su acción personal en contra del patrimonio del artículo 150, máxime considerando que éste puede ser cuantioso? No se aprecian razones contundentes para que la víctima no pueda ejercer su derecho de garantía general sobre este patrimonio, y el tercero-contratante frente a un supuesto de incumplimiento contractual, en cambio, sí pueda. La restricción, pues, solo a la responsabilidad contractual debería ser ampliada a la extracontractual, sobre todo si el ordenamiento jurídico tiende a establecer un estatuto protector a favor de los terceros.

5. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

Los resultados que se han obtenido se pueden expresar en los siguientes términos:

1. La figura del tercero no cuenta con una definición de carácter legal en el ordenamiento jurídico chileno. La terminología en torno a él se hace aún más variada en el Código Civil, pues puede aludir tanto a una generalidad de individuos indeterminados como también a un sujeto extraño a una cierta relación jurídica que detenta un atributo o calidad específica;

2. La doctrina suele estudiar a los terceros en el marco del efecto relativo de los contratos como una figura que se erige en oposición a las partes de un contrato. De esta guisa, el influjo que ha generado esto es que ellos solo se circunscriban a este tópico y se excluyan de otros ámbitos del derecho civil. Así, suele vincularse impropiamente la calidad de tercero con la de tercero-contratante, por lo que su mirada debe ser ampliada;

3. Debido a la variedad terminológica de los terceros presente en el Código Civil y la delimitación conceptual que los autores han incardinado, se ha construido una definición extensiva y más amplia del tercero en virtud de sus características, los ropajes y calidades jurídicas que puede asumir, en especial a partir de la categoría de un tercero no contratante;

4. Uno de los rasgos distintivos de los terceros es que, en general, el ordenamiento jurídico tiende a brindarles diversos grados de protección jurídica frente a la actuación ajena. En buenas cuentas, esto se puede graficar como un conjunto ámbitos multidimensionales y tutelados por el marco jurídico. Luego, uno de los ámbitos de mayor trascendencia para los terceros son los regímenes patrimoniales del matrimonio. Empero, la condición de los terceros de cara a los regímenes patrimoniales ha sido en gran medida desatendida y no se ha estudiado profundamente el complejo de relaciones jurídicas que pueden desenvolverse entre unos y otros;

5. La conexión de los terceros con los regímenes patrimoniales lleva aparejada una especial preocupación por parte del legislador en orden a tutelar la órbita de intereses del tercero que se ve afectada por la actuación de los cónyuges porque se encuentra dentro del radio de repercusión de ellos. La ley ha puesto especial atención a la tutela crediticia de los terceros frente a los regímenes patrimoniales. Como expresión específica de esta protección jurídica, el ordenamiento jurídico brinda predominio cuando la fuente del crédito es de origen contractual;

6. Una manifestación de tercero no contratante tiene lugar en el régimen de sociedad conyugal cuando uno de los cónyuges comete un delito o cuasidelito que irroga la obligación de reparar el daño. En este caso incursionado, el tercero-víctima cuenta con un verdadero ensanchamiento patrimonial en la que puede hacer efectiva su acreencia, pues está facultado para ejercer el derecho de garantía general común de los acreedores no solo en el patrimonio del cónyuge victimario, sino que también en el patrimonio social. La pluralidad de patrimonios como una garantía que opera por el solo ministerio de la ley es algo excepcional en el ordenamiento jurídico chileno y adquiere mayor relevancia cuando el responsable tiene un patrimonio limitado.

7. El as patrimonial del artículo 150 es inalcanzable por el derecho de garantía general del tercero-víctima, pues de acuerdo con el tenor literal de la ley, este pasivo solo puede ser afectado por los actos y contratos que la mujer celebre actuando dentro de él y no se vincula por las conductas ilícitas que dan lugar a la responsabilidad extracontractual. Sería útil que esta limitación fuera excluida del artículo 150 y dispusiera así un conjunto protector más efectivo en pro de los terceros.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK, René, (2014): Las obligaciones (Santiago, Thomson Reuters), tomo I.

ABELIUK, René, (2011): El cambio del régimen matrimonial, en Estudio de derecho y propiedad intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

AEDO, Cristián, (2018): El problema de la ausencia de regla general de protección de terceros en la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Una primera aproximación, en Estudios de derecho de familia III (Chile, Thomson Reuters).

ALCALDE, Enrique y BOETSCH, Cristián, (2021): Teoría general del contrato. Doctrina y jurisprudencia. Concepto, funciones, requisitos, clasificación, ineficacia, principios, integración, terminación y efectos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo II.

ALESSANDRI, Arturo, (1935): Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada (artículo 150 y Título 22 del Libro IV del Código Civil) (Santiago, Imprenta Universitaria).

AMUNÁTEGUI, Carlos (editor), (2023): Comentario Histórico-Dogmático al libro IV del Código Civil de Chile (Valencia, Tirant Lo Blanch), tomo 2.

BRANTT, María, (2015): La inoponibilidad como mecanismo de protección de los terceros en la regulación patrimonial del matrimonio en el derecho chileno, en: Revista Chilena de Derecho Privado (Nº 24), pp. 59-117.

CLARO SOLAR, Luis, (1979): Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), volumen V.

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

CORRAL, Hernán, (2018): Corral, Hernán, Curso de derecho civil. Parte general (Santiago, Thomson Reuters).

CORRAL, Hernán, Separación de bienes y perjuicio de terceros, en Diario el Mercurio. Análisis Jurídico. Contratos y responsabilidad (2012). Disponible en: <https://revistas.uv.cl/index.php/rcs/about/submissions>. [Fecha de última consulta: 13.07.2023].

COURT, Eduardo, (1991): Situación de los acreedores frente a las reformas al régimen matrimonial, en: Revista de Ciencias Sociales (Nº 36-37).

COURT, Eduardo, (2006): Obligaciones y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal. Responsabilidad contractual y extracontractual (Santiago, Lexis Nexis).

DOMÍNGUEZ, Ramón, (1983): Los terceros y el contrato, en: Revista de Derecho (Nº 174).

FIGUEROA, Gonzalo, (2011): Curso de derecho civil (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo III.

FIGUEROA, Gonzalo, (2008): El patrimonio, tercera edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

FRIGERIO, César (1995): Regímenes matrimoniales. Sociedad conyugal; separación de bienes; participación en los gananciales; bienes familiares (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).

FUEYO, Fernando, (1959): Derecho Civil. Derecho de familia (Valparaíso, Universo S.A), tomo VI, volumen 1.

GIOVENE, Achille, Il negozio giuridica rispetto ai terzi (Turín, 1917), p. 207, citado en ALESSANDRI, Arturo (1991) et alii, Derecho Civil. Parte preliminar y parte general (Santiago, Técnica Ediar-Conosur Ltda.).

LÓPEZ, Jorge y ELORRIAGA, Fabián, (2018): Los contratos. Parte general (Santiago, Thomson Reuters).

MEZA, Ramón, (1994): Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

MEZA, Ramón, (1989): Manual de derecho de familia (Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

NIÑO, Eduardo, (1995): Capacidad y responsabilidad de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal. Los bienes familiares, en: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (Nº XVI).

PARDO, Inés, (1998): La sociedad conyugal y los frutos, en: Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (Nº XIX).

PEÑAILILLO, Daniel, (1983): El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores, en: Revista de Derecho. Universidad de Concepción (Nº 173).

PIZARRO, Carlos, (2007): El efecto relativo de los contratos: partes y tercero, en Guzmán, Alejandro, El código civil de Chile (1855-2005) (Chile, Lexis Nexis).

PIZARRO, Carlos, El efecto relativo de los contratos: partes y tercero, en: Guzmán, Alejandro, (2007) El Código Civil de Chile (1855-2005) (Lexis Nexis, Chile).

RAMOS, René, (2015): Derecho de familia (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

Revista de Derecho y Jurisprudencia (Tomo 51, Sección Primera), p. 424, citado en DÍEZ, Raúl, (1996): El contrato simulado. Estructura civil y penal. Teoría jurídica y práctica forense (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).

RODRÍGUEZ, Pablo, (2003): Regímenes patrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Sociedad conyugal. Regímenes anexos a la sociedad conyugal. Separación total de bienes. Participación en los gananciales. Bienes familiares (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SOMARRIVA, Manuel, (1946): Derecho de familia (Santiago, Editorial Nascimento).

SOMARRIVA, Manuel, (1955): Evolución del código civil chileno (Santiago, Editorial Nascimento).

SOTO, Antonio (1967): La publicidad del régimen matrimonial de bienes, en: Revista de derecho privado (España, Reus).

TOMASELLO, Leslie y QUINTANILLA, Álvaro, (1981): Reformas al régimen matrimonial y de filiación (Valparaíso, Edeval).

VIDAL, Álvaro, (2006): El efecto absoluto de los contratos, en: Revista chilena de derecho privado (Nº6).

VIDAL, Álvaro, (2019): El pacto de sustitución de régimen matrimonial y la protección de terceros, en: Estudios de derecho de familia IV (Chile, Thomson Reuters).

VIDAL, Álvaro, (2019): La acción de simulación y la inoponibilidad en la hipótesis del artículo 1723 del Código Civil. ¿Un concurso de sanciones de ineficacia de la convención?, en Estudios de derecho de familia V (Chile, Tirant lo blanch).

VODANOVIC, Antonio, (2019): Tratado de derecho civil. Fuentes de las obligaciones. Parte general. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), Tomo I.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014, Rol N° 1385-2014.

Corte Suprema, sentencia de fecha 3 de junio de 2014, Rol N° 29096-2014.

Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de junio de 2004, Rol N° 3404-2013.

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas Código Civil (1968), tomo IV (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

**RECENSIÓN. ISRAEL PREMINGER, DAN:
LA POTESTAD TRIBUTARIA EN EL RÉGIMEN
CONSTITUCIONAL CHILENO,
LIBROMAR, SANTIAGO DE CHILE, 2022¹**

Isaac Schlapnik Fuenzalida²

El libro que se pasa a reseñar fue publicado en un contexto particular, febrero de 2022, con un proceso constituyente en plena marcha y al que se alude con frecuencia a lo largo del texto. Sin embargo, no debe caerse en el error de considerar que ante el rechazo al texto constitucional propuesto por el proceso en cuestión el libro pierda méritos, por cuanto su referencia a él -si bien patente a lo largo del texto- no resta importancia al desarrollo de otras temáticas interesantes referentes siempre a la potestad tributaria, como lo son su revisión al desarrollo histórico (Capítulo I), su tratamiento doctrinal y constitucional en Chile (Capítulo II) y la presentación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia (Capítulo III), además, que las propuestas realizadas en el Capítulo IV tienen plena cabida en el nuevo proceso constitucional que se ha ido labrando en el país tras el resultado plebiscitario.

1 Artículo recibido el 30 de abril de 2023 y aceptado el 02 de octubre de 2023.

2 Abogado, U. de Valparaíso. Magíster en Derecho Tributario, U. de Chile. ORCID: 0009-0007-3262-6840. Dirección postal: Nueva San Martín N° 65, departamento 706, Santiago, Chile. Correo electrónico: isaac.schlapnik@gmail.com.

Ahora bien, sí se puede señalar que el libro explica el escenario constitucional vigente en la época de su redacción en las masivas manifestaciones públicas que ocurrieron en Chile a partir de octubre de 2019 -pp. 218-220-, las que justifica en la amplia desigualdad existente en el país -pp. 227-229- que respalda con datos sobre los ingresos y gastos estatales y el -prácticamente nulo- efecto redistributivo de los impuestos en Chile -pp. 211-215-.

Difícilmente no se pueda compartir la existencia de un alto y sostenido nivel de desigualdad económica en el país, prácticamente la totalidad de los estudios sobre la materia así lo avalan³, y, si bien ella puede situarse con relativa facilidad dentro de las potenciales causas que explican las manifestaciones ocurridas en el país hace algunos años, ello no obsta a la existencia de otras múltiples causas que podrían estar detrás de ellas y explicarlas en igual o mayor medida. Así, por ejemplo, la crisis de legitimidad política aparece como un elemento relevante a la hora de explicar el descontento social, cuya ruptura con la ciudadanía es igualmente multicausal y dentro de ellas es posible también encontrar a la desigualdad⁴.

Adicionalmente, la alusión a la desigualdad como causal se presenta como circunstancial al mirar distintas encuestas, ya que, además de las encuestas CADEM que se citan en el libro -p. 228-, la encuesta CEP del 2019 ubicó a la opción “la alta desigualdad de ingresos” como la principal razón de las manifestaciones políticas de Chile en aquel año, pero ello contrasta con otras informaciones posteriores. Por ejemplo, en las versiones siguientes de la misma encuesta CEP la opción “Desigualdad” solo ha caído, quedando rezagada al 14° puesto con un total de solo 8 puntos en la versión del año

3 Altos índices de desigualdad en diversos ámbitos son un rasgo muy presente en la realidad latinoamericana, de los cuales Chile no es la excepción. Para un mayor detalle de estos índices y los intentos por cuantificarlos, puede verse PNUD, 2018, Índice de Desarrollo Humano ajustado por la Desigualdad; ONU, 2017, Desiguales: Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social chilena; CEPAL, 2016, La matriz de la desigualdad en América Latina; Banco Mundial, 2017, La evolución hacia una sociedad más próspera: República de Chile diagnóstico sistemático de país; World Inequality Lab, 2022, World Inequality Report; entre otros. A nivel estrictamente local, pueden revisarse LÓPEZ et. al., (2013); FAIRFIELD y JORRATT (2014); RODRÍGUEZ (2017); ATRIA (2018); FLORES y GUTIÉRREZ (2021); entre otros.

4 RIVERA (2020), p. 3.

2022 (el año 2019 alcanzó el 7° lugar). Del mismo modo, se ha visto un incremento paulatino desde la versión de 2019 en las personas que valoran mayormente la idea de premiar al esfuerzo individual, aunque ello produzca importantes diferencias de ingresos, alcanzando su porcentaje más alto (51) precisamente en la más reciente encuesta y relegando, de paso, a la alternativa “Los ingresos deberían hacerse más iguales, aunque no se premie el esfuerzo individual” a su porcentaje menor (18).

Pero, quizás, el contraste más particular se da en la percepción de los impuestos progresivos como mecanismo de disminución del nivel de desigualdad económica que se produce en el país. Al efecto, dos interesantes estudios⁵ llevados a cabo en base a los datos del *International Social Survey Programme* (ISSP) para nuestro país demuestran contrastes evidentes y que se han ido modificando en las últimas décadas entre las percepciones de la responsabilidad del Estado en la reducción de la diferencia de ingresos entre personas de altos y bajos ingresos y la idea de que las personas de altos ingresos deberían pagar una proporción mayor que aquellas de bajos ingresos. A continuación, se presentan los resultados más relevantes al respecto:

Chile tanto a nivel de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como en América Latina, según datos del ISSP de 2016 y el *Latin American Public Opinion Project* de 2018, ha manifestado una preferencia mayoritaria por la labor del Estado como ente redistributivo, alcanzando en el primer estudio un 69,6% de respuestas afirmativas respecto de la pregunta ¿Es responsabilidad del gobierno reducir las diferencias de ingreso entre ricos y pobres?, mientras que en el segundo se obtuvo un 65,6% de preferencias sobre la frase “El Estado debe implementar políticas firmes para reducir la desigualdad entre ricos y pobres”⁶, situándose en ambos estudios en el segundo lugar del total de países encuestados. En la misma línea, tomando los datos del ISSP para los años 1999, 2009 y 2019⁷, la frase

5 CASTILLO y OLIVOS (2015) y CASTILLO et. al., (2021).

6 CASTILLO et. al., (2021); pp. 104-105.

7 Debe destacarse que los datos se obtuvieron en mayo de dicho año, de modo que no aparecen influidos por los acontecimientos ocurridos en el país a partir de octubre de 2019.

“¿Es responsabilidad del gobierno reducir las diferencias de ingresos entre las personas con altos ingresos y aquellas con bajos ingresos?” obtuvo en la sumatoria de las opciones “De acuerdo” y “Muy de acuerdo” un 75,25%, 72,23% y 73,98% respectivamente⁸.

No obstante los datos presentados, cuando se pasa al tema de los impuestos y su progresividad, los resultados contrastan notoriamente: Tomando nuevamente los datos del ISSP para los años 1999, 2009 y 2019, a la pregunta “¿Cree usted que las personas con altos ingresos deberían pagar en impuestos una proporción mayor, igual o menor que aquellos con bajos ingresos?” las respuestas variaron significativamente entre las dos primeras entrevistas, donde el porcentaje de preferencias en favor de la alternativa “Mucho mayor”, pasó de un 51,9% de las preferencias en 1999 a un 24,58% en 2009, una reducción de más de la mitad, que se mantuvo en la versión de 2019 donde se situó en un 25,8%. Si bien, la mayoría de las preferencias se las llevó la opción “De acuerdo”, también merece destacarse el incremento en la opción “La misma” que pasó de un 13,37% en 1999 a un 24,98% en 2009 y un 22,75% en 2019⁹.

Para culminar este primer punto, se quiere dejar en claro que se comparte el hecho que los niveles de desigualdad y concentración económica en el país son problemáticos, pero pasar de inmediato a una urgencia con respaldo ciudadano de su reducción por medio de una tributación progresiva no parece tener asidero en las encuestas que tratan el tema o, a lo menos, a su mantención en el tiempo.

Un segundo punto para destacar del texto es la dedicación de un acápite -pp. 78-93- a los fines de la potestad tributaria, oportunidad donde junto con presentar el fin recaudatorio -bajo el nombre de fin fiscal- se exponen otras

8 CASTILLO et. al., (2021); p. 109.

9 Ibid.

tres finalidades englobadas bajo el rótulo de extrafiscales, a saber: Generación de incentivos o desincentivos para determinadas actividades, distributivas y como elemento de política monetaria.

Entre ellas, la finalidad distributiva de los impuestos no resulta ser algo novedoso, aun cuando hay que resaltar que la mirada debe centrarse en la forma de recaudación de ellos, buscando principalmente seguir parámetros de progresividad en la aplicación del sistema tributario, pero sin caer en el yerro de requerir cierta vinculación con el destino del gasto público, pues ambas instancias -recaudación y gasto- constituyen momentos diferentes. Por cierto, que alcanzar una progresividad en ambos niveles resulta deseable -tal como se demuestra en los numerales 1 y 2 del artículo 31 de la Constitución Española -pp. 249-250-, pero una no es requisito de la otra, de ahí que bien puede existir una tributación progresiva y un gasto público que no lo es o a la inversa, una tributación proporcional o regresiva y un gasto público progresivo¹⁰.

En un tercer aspecto, el autor propone la idea de “función tributaria” como un término más apropiado para referirse a lo que doctrinariamente se conoce -según el texto de manera indistinta- como “potestad tributaria” o “poder tributario”, definiéndolo como “el poder-deber que tiene el Estado para imponer obligaciones de carácter tributario y conceder exenciones o establecer beneficios tributarios dentro del marco establecido por los principios constitucionales que orientan el actuar del Estado; ejercicio que solamente es válido en la medida que se enmarque dentro del ámbito permitido por el ordenamiento constitucional” -pp. 105-106-, concepto que tendría similitud con la función jurisdiccional que también compete al Estado en tanto su ejercicio sería obligatorio y, según se explica, este carácter forzoso se expresa en la necesidad que tiene el Estado de contar con los medios materiales necesarios para cumplir con los fines que justifican su existencia -p. 107-,

10 Este último sería precisamente el caso chileno si se considera por progresividad del gasto público a la preferencia por su focalización en los segmentos más desfavorecidos de la población, ver REPETTO (2016).

pues, en virtud de los objetivos por los cuales se establece el Estado, este no solo puede, sino que debe establecer tributos que permitan promover el bien común -p. 104-.

Si bien no queda del todo claro en el texto si la idea de “función tributaria” constituye una nueva forma de concebir a la potestad tributaria o bien un concepto distinto que lo reemplace, caben a su respecto cuatro breves comentarios: Primero, este nuevo componente -promoción del bien común como fin del Estado- es mutable en relación con los objetivos para los que se establece un Estado y que quedarían plasmados en la Carta Fundamental. Así, se aprecia una característica de neutralidad respecto de la función tributaria entendida de esta forma respecto de los fines u objetivos para los cuales el Estado se crea, es decir, sean cuales sean estos, al formar parte del concepto mismo, la tributación estará a su servicio.

Segundo, el carácter de deber no resulta asimilable tan fácilmente, menos si se lo compara con la función jurisdiccional para explicar la dualidad de “poder-deber” y su positivación en el inciso segundo del artículo 76 de la Constitución -p. 105-, pues ella consagra el “principio de inexcusabilidad” de los tribunales de justicia que solo surge una vez se ha reclamado su intervención, lo que contrasta con la “inexcusabilidad” de la función tributaria, pues ella estaría dada por la necesidad del Estado de contar con medios materiales para cumplir sus fines, que existiría en forma permanente y no solo ante reclamación previa.

Tercero, se pone acento únicamente en la necesidad del Estado de recaudar recursos para llevar a cabo sus fines, olvidando los llamados fines extrafiscales a los que se hizo referencia anteriormente. En efecto, la consecución o promoción del bien común -independiente el contenido que se estime darle a este concepto- bien puede lograrse con tributos cuyo fin no sea necesariamente recaudar, sino que principalmente incentivar o desincentivar

actividades o comportamientos que se estimen perjudiciales o contrarios al bien común, como serían, por ejemplo, los gravámenes medioambientales, muy en boga en la actualidad.

Cuarto, la presentación del concepto queda solo en eso. En el desarrollo siguiente del texto se sigue hablando de potestad tributaria y no se exploran posibles usos de esta nueva concepción, por lo que sería interesante que el autor pudiese desarrollar mayormente el concepto y las implicancias que traería aparejada su utilización, lo que permitiría apreciar de mejor manera las diferencias prácticas que existirían con el concepto tradicional de “potestad tributaria”.

En suma, el libro comentado constituye una buena introducción al tratamiento de la potestad tributaria no solo a nivel constitucional y su consagración en el derecho chileno, sino que también entrega nociones de su historia y presenta una síntesis de sus fines y principales características. Se insiste en que, si bien las referencias al proceso constitucional vigente en la época de su dictación son constantes a lo largo del texto, éste no presenta una dependencia con él y sus planteamientos o propuestas -en especial la consagración a nivel constitucional de los principios de capacidad contributiva y progresividad tributaria- mantienen su vigencia en el actual proceso constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ATRIA, Jorge et al (2018): “Top Incomes in Chile: A Historical Perspective of Income Inequality (1964-2015)”. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/335475141> [Fecha de última consulta: 15 de enero de 2023].

CASTILLO, Juan Carlos y OLIVOS, Francisco (2014): “Redistribución e impuestos: Un análisis desde la opinión pública”, en: *Tributación en Sociedad* (Santiago, Uqbar Editores) pp. 143-166.

CASTILLO, Juan Carlos et al (2021): “Impuestos, redistribución y meritocracia: Cambios en Chile entre 1999 y 2019”, en: *Impuestos Justos para el Chile que viene* (Santiago, Fondo de Cultura Económica) pp. 100-126.

FAIRFIELD, Tasha y JORRATT, Michel (2014): “Top Income Shares, Business Profits, and Effective Tax Rates in Contemporary Chile”, en: *Institute of Development Studies, London School of Economics and Political Science*, working paper N° 7.

FLORES, Ignacio y GUTIÉRREZ, Pablo (2021): “Desigualdad y distribución del crecimiento económico en Chile”, en: *Impuestos Justos para el Chile que viene* (Santiago, Fondo de Cultura Económica) pp. 127-146.

LÓPEZ, Ramón et al (2013): “La ‘parte del león’: Nuevas estimaciones de la participación de los súper ricos en el ingreso de Chile”, en: *Serie de Documentos de Trabajos, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile* (N° 379).

REPETTO, Andrea. (2016): “Crecimiento, pobreza y desigualdad: la vía chilena”, en: *Revista Economía y Política* (Vol. 03 N° 1), pp. 71-101.

RIVERA, Felipe (2020): “Situación social y política en Chile posterior al estallido social del 18 de octubre de 2019”, en: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28521/1/N_05_20_La_situacion_social_y_politica_en_Chile.pdf [Fecha de última consulta: 12 de enero de 2023]

RODRÍGUEZ, Javier (2017): Desarrollo y desigualdad en Chile (1850-2009), (Santiago, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos).