

**Análisis de los vacíos legales existentes,
necesidades legislativas y propuestas de
mociones en diversas materias**



Contrato de fecha: 7 de Sept. 2017
Solicitante: Senadora Carolina Goic

Contenido

Introducción.....	3
Proyecto de reforma constitucional sobre el recurso de protección	6
I. Derecho comparado sobre el Recurso de Amparo.....	6
A. Colombia.....	6
B. España.....	11
C. Alemania.....	13
II. Puntos relevantes del proyecto	14
A. Derechos protegidos.....	14
B. Legitimación pasiva	16
C. Tribunal Competente	17
D. Bilateralidad de la audiencia	17
E. Plazos de presentación.....	18
Proyecto de ley sobre el procedimiento del Recurso de Protección.....	21
I. Derecho comparado sobre el Recurso de Amparo.....	21
A. Colombia.....	21
B. España.....	26
C. Alemania.....	28
II. Puntos relevantes del proyecto	30
A. Legitimación activa	30
B. Legitimación pasiva	32
C. Tribunal Competente	33
D. Requisitos de admisibilidad.....	34
E. Bilateralidad de la audiencia	34
F. Plazos de presentación.....	35
G. Efectos de la sentencia.....	36
H. Cumplimiento de la sentencia	36
I. Orden de no innovar	38
J. Derogación del recurso de amparo económico.....	39

Proyecto de ley que adapta la regulación de los ajustes necesarios en ley N°20.422 a las observaciones del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	51
I. Introducción	51
II. La realidad de Chile	56
III. La observación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	57
IV. El proyecto de ley.....	59
Proyecto de ley que establece un mecanismo de publicidad para las inversiones de personas fallecidas en fondos de inversión y regula el destino dichos recursos	61
I. Los Fondos de Inversión en Chile	61
II. El problema de los partícipes fallecidos	63
III. Elementos del proyecto de ley	65
IV. Proyecto de ley	73

Introducción

En el marco del contrato celebrado entre el Centro Democracia y Comunidad y la H. Senadora Carolina Goic el 7 de septiembre del año en curso, presentamos el siguiente informe que contiene cuatro proyectos de ley desarrollados por el área legislativa del Centro, abordando diversas realidades en las que nuestro país presenta desafíos legislativos.

El primero es una reforma constitucional que busca reconfigurar el recurso de protección con los siguientes elementos en general: 1) constituirlo una forma efectiva de resguardar todos los derechos fundamentales, sin exclusiones e incluyendo los establecidos en tratados de derechos humanos ratificados por Chile; 2) abrir la puerta a la protección de los derechos de interés colectivo o difuso; 3) dar legitimidad activa a grupos de personas o personas jurídicas que trabajen en temas de derechos humanos; 4) establecer formas para recurrir contra una resolución judicial y; 5) ampliar el plazo de interposición del recurso, al usar la figura del cese de la perturbación como momento en que se empieza a contar el plazo.

El segundo es un proyecto de ley que busca reemplazar al auto acordado de la Corte Suprema que actualmente regula el procedimiento del recurso de protección. Realiza diversos cambios y adiciones, entre las que se encuentran: 1) establece que los derechos fundamentales deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; 2) fortalece las facultades de la Corte para hacer cumplir las resoluciones del procedimiento; 3) amplía la legitimación activa, incluyendo al Instituto Nacional de Derechos Humanos como legitimado activo para presentar el recurso; 4) establece formas para recurrir contra una resolución judicial; 5)

fortalece la facultad cautelar del tribunal; 6) regula y explicita los efectos de la sentencia.

Ambos proyectos son sinérgicos, pero se sostienen de forma independiente. Esto en consideración a que en la tramitación legislativa uno puede convertirse en ley primero que el otro, o puede decidirse no presentar uno y el otro sí. Nuestra propuesta es, no obstante, presentar ambos proyectos de forma conjunta. Ambos proyectos comparten fundamento, si bien regulan situaciones distintas por su respectiva naturaleza. Queremos advertir que por este motivo hay argumentos que se reproducen de forma idéntica en ambos proyectos.

Esta no es la primera vez que trata de regularse el recurso de protección. El proyecto boletín 2809-07 presentado en 2001 fue votado en general por la Cámara en 2008, pero no ha sido tratado nuevamente. Aquel proyecto tiene muy buenas soluciones a los problemas que presenta el recurso, y nos hemos alimentado de algunas de sus ideas en estos proyectos, especialmente en el proyecto de ley.

El tercer proyecto propone modificar la ley N° 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, con el objeto de adaptar la definición del concepto “ajustes necesarios”. Nuestro país ha sido advertido por el Comité encargado de controlar el cumplimiento de las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre la inconsistencia entre la definición nacional con la establecida en la Convención. El proyecto busca ajustar la realidad nacional a las exigencias del derecho internacional, considerando además que nuestro país ha suscrito dicha convención.

El cuarto proyecto que se contempla en el presente informe se refiere a la realidad de los recursos invertidos en fondos mutuos u otros fondos de inversión cuyos dueños han fallecido. Se propone establecer obligaciones de publicidad para las

Administradoras Generales de Fondos, que faciliten a los herederos identificar si el causante tiene inversiones en estas sociedades, para realizar las gestiones pertinentes y reclamar dichos recursos. Además se propone que los recursos que no sean reclamados por los herederos luego de un plazo de cinco años sean destinados al Fisco.

En el informe se desarrollan los cuatro proyectos en profundidad, abordando sus fundamentos y proponiendo una redacción consistente con los mismos.

Proyecto de reforma constitucional sobre el recurso de protección

I. Derecho comparado sobre el Recurso de Amparo¹

La presente reforma constitucional tiene por objeto principal la garantía del art. 20 de la Constitución. Actualmente este recurso protege los derechos de primera generación de los derechos humanos, privilegiando especialmente aquellos patrimoniales. Deja en el desamparo, en cambio, a los derechos sociales y aquellos de tercera generación, los cuales eran considerados “aspiraciones sociales” por quienes redactaron la Constitución. En esto, como en muchas otras cosas, nuestro país se aleja del avance del mundo en derechos humanos, ya que en todo el orbe los derechos fundamentales sin excepción son cautelados por una sola acción rápida y efectiva.

Esta reforma cumple con otros objetivos también como son la ampliación de la legitimidad activa del recurso; la posibilidad de recurrir contra resoluciones judiciales; la fijación del plazo para presentar el recurso desde el cese del agravio, etc.

A continuación haremos un breve análisis de la institución del recurso de amparo en Colombia, España y Alemania. Luego revisaremos los puntos más importantes del proyecto y explicaremos brevemente los fundamentos de cada uno.

A. Colombia

¹ En el derecho comparado se conoce como Recurso de Amparo lo que en Chile es conocido como Recurso de Protección, no debe confundirse la denominación internacional del recurso de amparo con la que existe en nuestro país.

La acción de amparo en Colombia se conoce con el nombre de **“acción de tutela”** y nace en un contexto bastante particular. Luego del fracaso de la reforma constitucional de 1988, el movimiento estudiantil de la época propone la creación de una asamblea constituyente mediante la llamada “Séptima Papeleta”. Esta asamblea promulga la Constitución de 1991, que dispone la acción de tutela. Desde su creación comenzó a ser ejercida por varios sectores de la población, desde personas pertenecientes a una étnica indígena hasta campesinos, estudiantes, personas de la tercera edad entre otros.²

La Acción de Tutela se encuentra consagrada en el art 86 de la Constitución Colombiana de 1991, el cual prescribe que *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

² CARRERA SILVA, LILINA. *La acción de tutela en Colombia*. Revista. IUS. 2011, vol.5, n.27, pp.72-94

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

De esta manera, la acción de tutela se entiende como un mecanismo para la defensa pronta y efectiva de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial que sirva para tales efectos.³

Esta acción, se caracteriza por tener un carácter subsidiario, de modo que sólo procede cuando no hay otro mecanismo de defensa; es específica, ya que solo está dirigida a la protección de derechos fundamentales; es sumaria, debido a la brevedad del procedimiento y eficaz, puesto que se exige del juez un estudio de fondo de la causa antes de dar el veredicto final.

La tramitación de la acción de tutela se encuentra regulada en el Decreto 2591 de 1991, el cual se encarga de establecer el objeto de la acción, la legitimación, los principios, las causales de improcedencia de la acción, las reglas de competencia entre otras materias.

En relación al objeto de la acción de tutela, en artículo 2do del mencionado decreto, establece que la acción de tutela garantiza los derechos fundamentales constitucionales. En este sentido cabe mencionar que la jurisprudencia colombiana considera dentro de estos derechos a:

³ BOTERO MARINO, CATALINA. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla–Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, D.C., 2006, pp. 11 y 12

1. Los derechos fundamentales del bloque constitucionales, que son aquellos que están establecidos en la constitución y en los tratados internacionales ratificados por el estado Colombiano.
2. Los derechos fundamentales innominados, que corresponden a aquellos que son inherentes a las personas y que garantizan condiciones mínimas, que son básicos para el desarrollo, como por ejemplo la dignidad humana.
3. Derechos fundamentales por conexidad, es decir, derechos que no tienen carácter fundamental pero que guardan una relación directa con otros que si tienen ese carácter.

En cuanto a la legitimación activa, puede ser ejercida por cualquier persona natural ante la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales; por personas jurídicas a través de representante legal; por un agente oficioso que actúe a nombre de otra persona que no es capaz de asumir su propia defensa y por el defensor del pueblo.

Por otro lado, la acción de tutela se dirige contra cualquier servidor público con ocasión del ejercicio de sus funciones o apartándose de las mismas, viole o amenace los derechos fundamentales y también procede contra las acciones u omisiones ilegítimas de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo⁴¹ o respecto de quien el accionante se encuentre en situación de subordinación o indefensión

La forma en que se ejercer esta acción es mediante una solicitud que se presenta ante el juez competente y que exprese con claridad, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la

autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

El juez competente es aquel que tiene jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud. Con todo, se contempla un caso de competencia especial que se da cuando las resoluciones y providencias judiciales que pongan término a un proceso, dictadas por los jueces superiores, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

Las causas derivadas del ejercicio de la acción de tutela tienen preferencia para su vista. Por otro lado, durante el proceso el juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto.

En los casos en que la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible. Por otro lado, cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenara realizarlo o desarrollar la acción adecuada.

Una vez dictada la sentencia, la persona responsable del agravio deberá cumplirla inmediatamente, de lo contrario podrá ser sancionado por desacato.

El fallo puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación por el Defensor de Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato y pasará a conocimiento del superior jerárquico. Por su parte, los fallos que no fueren impugnados pasarán a ser revisados por la Corte Constitucional.

B. España

En España, el recurso de amparo tiene como antecedentes históricos los Fueros Aragoneses, las Siete Partidas y las Leyes de Toro, en que se concedían a los individuos ciertas acciones para la protección de algunas libertades.

La importancia de este recurso no ha sido menor, pues permite otorgar una protección eficaz a los fundamentales de las personas, convirtiéndose en un mecanismo de defensa que ha permitido el acercamiento del ciudadano a la constitución⁴

Este recurso se encuentra consagrado en el art 53.2 de la Constitución Española, el cual dispone que *“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”* y por otro lado en el artículo 161 letra B), que prescribe que *“Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”*.

El trámite de este recurso se encuentra regulado en el título II de La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 y es considerado como un recurso extraordinario y de naturaleza subsidiaria, de modo que solo procederá cuando todos los otros medios de impugnación para la protección del derecho establecidos en las normas procesales se hubieren agotado.

⁴ RODRIGUEZ BEREIJO, ALVARO. *Cuestionamientos sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Revista Teoría y realidad constitucional, ISSN 1139-5583, N° 4, 1999, PP. 66.

El objetivo o finalidad del recurso de amparo en el ordenamiento jurídico español, es dar protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, dentro de los cuales se encuentran

De acuerdo con la ley, las personas legitimadas para ejercer este recurso las personas naturales o jurídicas que invoquen un interés legítimo, el defensor del pueblo y el Ministerio Fiscal. Por su parte los legitimados pasivos, corresponde a los poderes del estado que hayan vulnerado de alguna forma los derechos fundamentales de las personas.

En cuanto al tribunal competente, se establece que el órgano facultado para conocer del recurso de amparo es el Tribunal Constitucional y además el procedimiento es gratuito, que se inicia con la interposición de la demanda, en la cual deben hacerse constar con claridad los hechos que la fundamenten, los preceptos constitucionales infringidos y fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado.

La interposición del recurso de amparo no suspende los efectos del acto o decisión impugnado, aunque el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede disponer su suspensión total o parcial cuando la ejecución del acto o decisión recurrido pudiera producir al demandante un perjuicio que pudiera hacer perder al amparo su finalidad y si la suspensión no ocasiona perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

C. Alemania

En Alemania la implementación del recurso de amparo fue muy discutida, en la Comisión del Bundestag, tanto el presidente de dicha comisión como los miembros informantes estimaban que la implementación del recurso era innecesaria, pero su parecer no prevaleció y el recurso fue incluido en la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, con posterioridad la discusión respecto de la necesidad y conveniencia del recurso continuó, algunos se preguntaban si realmente había que darse tal “lujo jurídico” y otros fundaban sus críticas en el hecho de que el recurso se encontrara regulado en una ley federal y no en la Carta fundamental, lo que quedó zanjado con la reforma constitucional del año 1969, que añadió al artículo 93 de la Ley Fundamental las ya mencionadas disposiciones núm. A-a y 4-b.⁵

Este recurso, pese a todas las críticas, para muchos resultaba esencial para fortalecer a los jueces y dar una verdadera protección a los derechos fundamentales de las personas, pues no se quería pasar nuevamente por la experiencia vivida años anteriores con el nacionalsocialismo, que vulneró, violó y aplastó totalmente los derechos y libertades de muchos.

El recurso de amparo constitucional se encuentra contemplado en La Constitución de la República Federal de Alemania en tres artículos: en primer lugar, en el artículo 93, apartado 1, núm. 4-a que hace referencia a la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los recursos de amparo, en segundo lugar, en el artículo 93, apartado 1, núm. 4-b que alude a la facultad del Tribunal Constitucional de conocer de los recursos de amparo interpuestos por municipios y asociaciones de municipios, por violación a su derecho de auto administrarse y

⁵ VON MÜNCH, INGO. *El Recurso de Amparo Constitucional Alemán como instrumento jurídico y político en la República Federal Alemana*. Revista de Estudios Políticos del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (nº7, 1979) 279,280 p.

por último, en el artículo 94, apartado 2, párrafo 2 que dispone que la organización y procedimiento del Tribunal constitucional serán regulados por una ley federal ordinaria y que ésta puede la organización y el procedimiento del Tribunal poner como condición del recurso de amparo la de que previamente se hayan agotado las vías jurídicas, pudiendo establecer asimismo un procedimiento especial de admisibilidad.

La regulación del recurso de amparo y su procedimiento son encomendados a una Ley Federal Ordinaria, que es la Ley de la Corte Constitucional Alemana.

De conformidad con la constitución y la ley, este recurso puede ser interpuesto por Cualquiera que afirme encontrarse lesionado por el poder público en alguno de sus derechos fundamentales o en alguno de los derechos contemplados por el artículo 20, apartado 4, y artículos 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental, puede interponer el recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal. De esta manera, nos encontramos con que el objeto del recurso de amparo es brindar protección en aquellas situaciones en que se vulneren los derechos fundamentales.

Para poder ejercer el recurso, es necesario que se haya agotado la vía judicial, es decir, que se hayan agotado todos los medios judiciales posibles, esto debido al carácter subsidiario del recurso. Agotadas, todas las otras vías legales, se presenta el recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

II. Puntos relevantes del proyecto

A. Derechos protegidos

En nuestra normativa actual, los derechos que protege el recurso de protección se limitan algunos de los derechos fundamentales que se encuentran enumerados en

el artículo 19 de la Constitución de la República. No obstante, consideramos que es necesario extender el recurso, de modo que se otorgue protección a los derechos humanos que se encuentren contemplados en la Constitución como también a aquellos que se encuentran en los Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, pues respecto de estos últimos existe también un deber de protección, que se cumple estableciendo mecanismos eficaces para detener o impedir violaciones a esos derechos.

Por otro lado, al realizar esta ampliación, se daría cumplimiento a la disposición del art 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual reza *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

Ahora bien, para lograr este objetivo, resulta de gran ayuda mirar legislación comparada, y en esta materia en particular, el caso mexicano resulta ser una gran referencia, ya que en la Ley de Amparo en el art 43 inciso primero, prescribe lo siguiente:

Art. 43 inciso 1. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

B. Legitimación pasiva

Sobre la Legitimación Pasiva, creemos que el recurso de protección ha de proceder tanto respecto de actos arbitrarios o ilegales que provengan de un órgano del Estado o de una persona o grupo de personas. Respecto a este último sujeto (grupo de personas), pensamos que no debe limitarse el recurso a personas que gocen de personalidad jurídica. Por el contrario, también debe ser posible accionar contra los actos que vulneren los derechos humanos que provengan de grupos de personas que carecen de personalidad jurídica, dado que a final de cuentas se trata de conductas que transgreden y vulneran derechos.

Respecto de los actos que emanan del poder judicial, las resoluciones dictadas por los tribunales que afectan derechos humanos, creemos que deben poder ser revisados por el recurso. Pero no todas las resoluciones, sino solo aquellas en las cuales la persona afectada no haya sido parte del juicio por causas ajenas a su voluntad y que no exista otro medio idóneo para procurar la protección del derecho afectado. Esto con el fin de evitar que el recurso de protección desnaturalice todo el sistema de recursos y jerarquías del poder judicial.

La idea de fondo es no caer en la negativa absoluta de la procedencia del recurso de protección respecto de resoluciones judiciales. Esta postura plantea que, de permitirse, se abriría la posibilidad de que los jueces inferiores terminen revisando vía recurso de protección las resoluciones de los tribunales superiores. Tampoco comulgamos con la idea de que se permita el recurso en todo evento contra las resoluciones judiciales, pues los problemas que se generarían no serían menores. Es por esto que hemos decidido tener una postura intermedia, adhiriendo de cierta manera al pensamiento y postulados de Humberto Nogueira⁶, para quien

⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. "El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: Evolución y perspectivas", en: VVAA. "Acciones Constitucionales De Amparo Y Protección: Realidad Y Prospectiva En Chile Y América". Coordinador Humberto Nogueira, Talca, Chile: Universidad De Talca; 2000. P. 45

excepcionalmente el recurso de protección procede respecto de resoluciones judiciales.

C. Tribunal Competente

Actualmente los tribunales con competencia para conocer de este tipo de recursos son las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. En nuestra opinión esto debe mantenerse por varios motivos: en primer lugar, porque se trata de jueces que ya tienen una considerable experiencia en el ámbito judicial, con un elevado nivel profesional⁷; en segundo lugar por motivos históricos, ya que desde siempre el recurso de protección ha estado en manos de estos tribunales y; porque si fuese entregada esta facultad a un organismo como el Tribunal Constitucional, se produciría un problema en cuanto a la función de dicho tribunal. Normalmente el TC no analiza si un hecho (acción u omisión) se ajusta a derecho, sino si las normas se ajustan a la Constitución. Parece recomendable entonces dejar en manos de las Cortes de Apelaciones la tramitación de este recurso.

D. Bilateralidad de la audiencia

Respecto a este punto, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia postula que el procedimiento del recurso es unilateral. Sin embargo, a nuestro juicio, esto es un problema y debe ser corregido. La tramitación de recurso de protección se inserta en un verdadero proceso desde que existe una parte con legitimación activa, un tribunal competente, un recurrido y un conflicto generado por la vulneración de un derecho. Entonces, existiendo un proceso han de respetarse ciertos principios, entre ellos, la bilateralidad de la audiencia. El juez debe oír a ambas partes, recurrente y recurrido, y a los terceros, todo en base al derecho a la defensa.

⁷ Pinochet Cantwell, Francisco José. El recurso de protección. Primera edición. Santiago de Chile: El Jurista; 2016. Pp.160-108.

Podría decirse que esto se cumple de alguna manera en la actual regulación con el informe que solicita el tribunal al recurrido. Sin embargo, no nos parece que esta diligencia sea suficiente para garantizar la bilateralidad de la audiencia. Por lo que resulta necesario efectuar modificaciones que permitan el desarrollo del debido proceso.

Hemos incluido la bilateralidad de la audiencia como uno de los elementos que debe estar presente en la ley que regule el procedimiento del recurso.

E. Plazos de presentación

El auto acordado señala que el plazo para interponer el recurso es de 30 días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos.

A este respecto, creemos que el plazo de 30 días es apropiado, pero en relación al momento en que comienza a correr, tenemos una postura distinta.

En nuestra opinión, el recurso debiese poder interponerse desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión y hasta 30 días después del cese del agravio o, según el caso, desde que se tenga conocimiento cierto del mismo. De esta manera, se da a la persona la posibilidad presentar la solicitud desde que está viendo vulnerado su derecho. Como el plazo del recurso comienza a correr desde el cese del acto o desde que se tuvo conocimiento de éste, tiene más tiempo para recurrir. Esto es importante porque se puede dar el caso de que la vulneración del derecho sea prolongada, y si se usa el plazo actual de 30 días, estos podría terminar siendo menos. También es importante para aquellos casos en que la vulneración del derecho impide en la práctica la presentación del recurso.

Reforma Constitucional

Recurso de Protección

Artículo 20.- Toda persona o grupo de personas puede interponer por sí o por cualquiera a su nombre recurso de protección en el caso que:

1. Haya sufrido privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de alguno de sus derechos humanos por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales;

2. Los derechos agraviados se encuentren consagrados en esta Constitución o en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

3. El agravio a los derechos proceda de un órgano del Estado o de una persona o grupo de personas. Procederá el recurso de protección contra resoluciones judiciales sólo si el agravio tiene su origen en una resolución que pone fin a un proceso o hace imposible su consecución, el afectado no pudo formar parte del mismo por causas que le sean inimputables, y no existe en el ordenamiento jurídico otro medio idóneo y rápido para procurar la protección de los derechos vulnerados.

Estarán legitimados para interponerlos las personas jurídicas sin fines de lucro que promuevan el respeto y la defensa de los derechos humanos en el caso de agravio a derechos de

incidencia colectiva o en los cuales exista un interés difuso. La ley podrá autorizar a otros organismos públicos o privados legitimados.

El recurso se presentará ante la Corte de Apelaciones respectiva. Podrá interponerse desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión y hasta la cantidad de días después del cese del agravio que la ley determine. De no haber sido conocido el acto o la omisión, el plazo se contará desde que se haya tenido conocimiento cierto del mismo.

La ley regulará el procedimiento del recurso, el cual debe ser sumario, eficaz y bilateral. La Corte adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Proyecto de ley sobre el procedimiento del Recurso de Protección

El presente proyecto de ley tiene varios objetivos. El primero es resolver una antigua inconstitucionalidad de nuestro sistema jurídico: la regulación del procedimiento del recurso de protección por medio de un auto acordado de la Corte Suprema. La doctrina⁸ esta mayormente de acuerdo en que estas normas no pueden ser materia de un reglamento del Poder Judicial. Es la ley la que debe reglar aspectos fundamentales de un proceso como los plazos del recurso, la determinación de la competencia, los límites de la potestad cautelar, las sanciones por el incumplimiento de las resoluciones, etc.

El segundo objetivo es dotar al recurso de protección de una regulación moderna y eficaz. La garantía de nuestros derechos carece de elementos importantes para cumplir su objetivo como, por ejemplo, una correcta regulación de la bilateralidad de la audiencia, una poco clara legitimación activa y un plazo demasiado corto para su presentación. Este proyecto viene a corregir este y otros defectos de la actual norma.

A continuación haremos un breve análisis de la institución del recurso de amparo en Colombia, España y Alemania. Luego revisaremos los puntos más importantes del proyecto y explicaremos brevemente los fundamentos de cada uno.

I. Derecho comparado sobre el Recurso de Amparo⁹

A. Colombia

⁸ Ver, por ejemplo, PINOCHET CANTWELL, Francisco José. El recurso de protección. Primera edición. Santiago de Chile: El Jurista; 2016. .

⁹ En el derecho comparado se conoce como Recurso de Amparo lo que en Chile es conocido como Recurso de Protección, no debe confundirse la denominación internacional del recurso de amparo con la que existe en nuestro país.

La acción de amparo en Colombia se conoce con el nombre de **“acción de tutela”** y nace en un contexto bastante particular. Luego del fracaso de la reforma constitucional de 1988, el movimiento estudiantil de la época propone la creación de una asamblea constituyente mediante la llamada “Séptima Papeleta”. Esta asamblea promulga la Constitución de 1991, que dispone la acción de tutela. Desde su creación comenzó a ser ejercida por varios sectores de la población, desde personas pertenecientes a un étnica indígena hasta campesinos, estudiantes, personas de la tercera edad entre otros.¹⁰

La Acción de Tutela se encuentra consagrada en el art 86 de la Constitución Colombiana de 1991, el cual prescribe que *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

¹⁰ CARRERA SILVA, LILINA. *La acción de tutela en Colombia*. Revista. IUS. 2011, vol.5, n.27, pp.72-94

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

De esta manera, la acción de tutela se entiende como un mecanismo para la defensa pronta y efectiva de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial que sirva para tales efectos.¹¹

Esta acción, se caracteriza por tener un carácter subsidiario, de modo que sólo procede cuando no hay otro mecanismo de defensa; es específica, ya que solo está dirigida a la protección de derechos fundamentales; es sumaria, debido a la brevedad el procedimiento y eficaz, puesto que se exige del juez un estudio de fondo de la causa antes de dar el veredicto final.

La tramitación de la acción de tutela se encuentra regulada en el Decreto 2591 de 1991, el cual se encarga de establecer el objeto de la acción, la legitimación, los principios, las causales de improcedencia de la acción, las reglas de competencia entre otras materias.

En relación al objeto de la acción de tutela, en artículo 2do del mencionado decreto, establece que la acción de tutela garantiza los derechos fundamentales constitucionales. En este sentido cabe mencionar que la jurisprudencia colombiana considera dentro de estos derechos a:

¹¹ BOTERO MARINO, CATALINA. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla–Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, D.C., 2006, pp. 11 y 12

4. Los derechos fundamentales del bloque constitucionales, que son aquellos que están establecidos en la constitución y en los tratados internacionales ratificados por el estado Colombiano.
5. Los derechos fundamentales innominados, que corresponden a aquellos que son inherentes a las personas y que garantizan condiciones mínimas, que son básicos para el desarrollo, como por ejemplo la dignidad humana.
6. Derechos fundamentales por conexidad, es decir, derechos que no tienen carácter fundamental pero que guardan una relación directa con otros que si tienen ese carácter.

En cuanto a la legitimación activa, puede ser ejercida por cualquier persona natural ante la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales; por personas jurídicas a través de representante legal; por un agente oficioso que actúe a nombre de otra persona que no es capaz de asumir su propia defensa y por el defensor del pueblo.

Por otro lado, la acción de tutela se dirige contra cualquier servidor público con ocasión del ejercicio de sus funciones o apartándose de las mismas, viole o amenace los derechos fundamentales y también procede contra las acciones u omisiones ilegítimas de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo⁴¹ o respecto de quien el accionante se encuentre en situación de subordinación o indefensión

La forma en que se ejercer esta acción es mediante una solicitud que se presenta ante el juez competente y que exprese con claridad, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la

autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

El juez competente es aquel que tiene jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud. Con todo, se contempla un caso de competencia especial que se da cuando las resoluciones y providencias judiciales que pongan término a un proceso, dictadas por los jueces superiores, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

Las causas derivadas del ejercicio de la acción de tutela tienen preferencia para su vista. Por otro lado, durante el proceso el juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto.

En los casos en que la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible. Por otro lado, cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenara realizarlo o desarrollar la acción adecuada.

Una vez dictada la sentencia, la persona responsable del agravio deberá cumplirla inmediatamente, de lo contrario podrá ser sancionado por desacato.

El fallo puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación por el Defensor de Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato y pasará a conocimiento del superior jerárquico. Por su parte, los fallos que no fueren impugnados pasarán a ser revisados por la Corte Constitucional.

B. España

En España, el recurso de amparo tiene como antecedentes históricos los Fueros Aragoneses, las Siete Partidas y las Leyes de Toro, en que se concedían a los individuos ciertas acciones para la protección de algunas libertades.

La importancia de este recurso no ha sido menor, pues permite otorgar una protección eficaz a los fundamentales de las personas, convirtiéndose en un mecanismo de defensa que ha permitido el acercamiento del ciudadano a la constitución¹²

Este recurso se encuentra consagrado en el art 53.2 de la Constitución Española, el cual dispone que “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*” y por otro lado en el artículo 161 letra B), que prescribe que “*Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal*”.

El trámite de este recurso se encuentra regulado en el título II de La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 y es considerado como un recurso extraordinario y de naturaleza subsidiaria, de modo que solo procederá cuando todos los otros medios de impugnación para la protección del derecho establecidos en las normas procesales se hubieren agotado.

¹² RODRIGUEZ BEREIJO, ALVARO. *Cuestionamientos sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Revista Teoría y realidad constitucional, ISSN 1139-5583, N° 4, 1999, PP. 66.

El objetivo o finalidad del recurso de amparo en el ordenamiento jurídico español, es dar protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, dentro de los cuales se encuentran

De acuerdo con la ley, las personas legitimadas para ejercer este recurso las personas naturales o jurídicas que invoquen un interés legítimo, el defensor del pueblo y el Ministerio Fiscal. Por su parte los legitimados pasivos, corresponde a los poderes del estado que hayan vulnerado de alguna forma los derechos fundamentales de las personas.

En cuanto al tribunal competente, se establece que el órgano facultado para conocer del recurso de amparo es el Tribunal Constitucional y además el procedimiento es gratuito, que se inicia con la interposición de la demanda, en la cual deben hacerse constar con claridad los hechos que la fundamenten, los preceptos constitucionales infringidos y fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado.

La interposición del recurso de amparo no suspende los efectos del acto o decisión impugnado, aunque el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede disponer su suspensión total o parcial cuando la ejecución del acto o decisión recurrido pudiera producir al demandante un perjuicio que pudiera hacer perder al amparo su finalidad y si la suspensión no ocasiona perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

C. Alemania

En Alemania la implementación del recurso de amparo fue muy discutida, en la Comisión del Bundestag, tanto el presidente de dicha comisión como los miembros informantes estimaban que la implementación del recurso era innecesaria, pero su parecer no prevaleció y el recurso fue incluido en la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, con posterioridad la discusión respecto de la necesidad y conveniencia del recurso continuó, algunos se preguntaban si realmente había que darse tal “lujo jurídico” y otros fundaban sus críticas en el hecho de que el recurso se encontrara regulado en una ley federal y no en la Carta fundamental, lo que quedó zanjado con la reforma constitucional del año 1969, que añadió al artículo 93 de la Ley Fundamental las ya mencionadas disposiciones núm. A-a y 4-b.¹³

Este recurso, pese a todas las críticas, para muchos resultaba esencial para fortalecer a los jueces y dar una verdadera protección a los derechos fundamentales de las personas, pues no se quería pasar nuevamente por la experiencia vivida años anteriores con el nacionalsocialismo, que vulneró, violó y aplastó totalmente los derechos y libertades de muchos.

El recurso de amparo constitucional se encuentra contemplado en La Constitución de la República Federal de Alemania en tres artículos: en primer lugar, en el artículo 93, apartado 1, núm. 4-a que hace referencia a la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los recursos de amparo, en segundo lugar, en el artículo 93, apartado 1, núm. 4-b que alude a la facultad del Tribunal Constitucional de conocer de los recursos de amparo interpuestos por municipios y asociaciones de municipios, por violación a su derecho de auto administrarse y

¹³ VON MÜNCH, INGO. *El Recurso de Amparo Constitucional Alemán como instrumento jurídico y político en la República Federal Alemana*. Revista de Estudios Políticos del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (nº7, 1979) 279,280 p.

por último, en el artículo 94, apartado 2, párrafo 2 que dispone que la organización y procedimiento del Tribunal constitucional serán regulados por una ley federal ordinaria y que ésta puede la organización y el procedimiento del Tribunal poner como condición del recurso de amparo la de que previamente se hayan agotado las vías jurídicas, pudiendo establecer asimismo un procedimiento especial de admisibilidad.

La regulación del recurso de amparo y su procedimiento son encomendados a una Ley Federal Ordinaria, que es la Ley de la Corte Constitucional Alemana.

De conformidad con la constitución y la ley, este recurso puede ser interpuesto por Cualquiera que afirme encontrarse lesionado por el poder público en alguno de sus derechos fundamentales o en alguno de los derechos contemplados por el artículo 20, apartado 4, y artículos 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental, puede interponer el recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal. De esta manera, nos encontramos con que el objeto del recurso de amparo es brindar protección en aquellas situaciones en que se vulneren los derechos fundamentales.

Para poder ejercer el recurso, es necesario que se haya agotado la vía judicial, es decir, que se hayan agotado todos los medios judiciales posibles, esto debido al carácter subsidiario del recurso. Agotadas, todas las otras vías legales, se presenta el recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

II. Puntos relevantes del proyecto

A. Legitimación activa

Respecto a este punto, creemos que la acción de protección debe proteger no solo los intereses individuales sino que también los colectivos, en primer lugar por la naturaleza de ciertos derechos como el caso del derecho a un ambiente libre de contaminación. En segundo lugar, porque ciertas vulneraciones a derechos fundamentales no son tan gravosas como desde un punto de vista colectivo, o bien, las respuestas que se dan para los derechos individuales no resultan del todo satisfactorias para los derechos colectivos. En tercer lugar, porque los derechos colectivos y los derechos individuales tienen el mismo peso, son derechos y la protección que se les otorga no puede basarse en el hecho de ser unos de interés individual y otros de interés difuso, pues tal consideración resultaría arbitraria.¹⁴

Es por esto que consideramos que la regulación existente en México en cuanto a los titulares de la acción de amparo ha de ser la que inspira la legislación de nuestro país en el tema, pues en el art 5to de la Ley de Amparo contempla lo siguiente:

*Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce **ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo**, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.*

¹⁴ Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Primera Edición. Santiago de Chile: Librotecnia; 2007. Pp. 219-220.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa; La víctima u ofendido del delito podrán tener el carácter de quejosos en los términos de esta Ley.

Por otro lado, consideramos indispensable que también que exista una delimitación respecto de quienes serían las personas facultadas para actuar en representación de los intereses colectivos, y en este sentido, el ordenamiento jurídico argentino, nos sirve como referente, dado que el art 43 inciso 2do de la Constitución prescribe lo siguiente:

*Art 43. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, **el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines**, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*

En consideración a todo esto, creemos que han de tener legitimación activa toda persona o grupo de personas que vea afectados sus derechos. También estarán legitimados para interponerlos las personas jurídicas que promuevan el respeto y

la defensa de los derechos humanos en el caso de agravio a derechos de incidencia colectiva o en los cuales un exista un interés difuso. La ley podrá autorizar a otros organismos públicos o privados legitimados. En el caso de los organismos públicos, podrá interponer el recurso para proteger los derechos de las personas el instituto de derechos humanos, ya que es una institución que precisamente busca la promoción y protección de estos derechos y de esta manera también se evita que se puedan generar situaciones de abuso dentro de los diversos organismos estatales.

B. Legitimación pasiva

Sobre la Legitimación Pasiva, creemos que el recurso de protección ha de proceder tanto respecto de actos arbitrarios o ilegales que provengan de un órgano del Estado o de una persona o grupo de personas. Respecto a este último sujeto (grupo de personas), pensamos que no debe limitarse el recurso a personas que gocen de personalidad jurídica. Por el contrario, también debe ser posible accionar contra los actos que vulneren los derechos humanos que provengan de grupos de personas que carecen de personalidad jurídica, dado que a final de cuentas se trata de conductas que transgreden y vulneran derechos.

Respecto de los actos que emanan del poder judicial, las resoluciones dictadas por los tribunales que afectan derechos humanos, creemos que deben poder ser revisados por el recurso. Pero no todas las resoluciones, sino solo aquellas en las cuales la persona afectada no haya sido parte del juicio por causas ajenas a su voluntad y que no exista otro medio idóneo para procurar la protección del derecho afectado. Esto con el fin de evitar que el recurso de protección desnaturalice todo el sistema de recursos y jerarquías del poder judicial.

La idea de fondo es no caer en la negativa absoluta de la procedencia del recurso de protección respecto de resoluciones judiciales. Esta postura plantea que, de

permitirse, se abriría la posibilidad de que los jueces inferiores terminen revisando vía recurso de protección las resoluciones de los tribunales superiores. Tampoco comulgamos con la idea de que se permita el recurso en todo evento contra las resoluciones judiciales, pues los problemas que se generarían no serían menores. Es por esto que hemos decidido tener una postura intermedia, adhiriendo de cierta manera al pensamiento y postulados de Humberto Nogueira¹⁵, para quien excepcionalmente el recurso de protección procede respecto de resoluciones judiciales.

C. Tribunal Competente

Actualmente los tribunales con competencia para conocer de este tipo de recursos son las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. En nuestra opinión esto debe mantenerse por varios motivos: en primer lugar, porque se trata de jueces que ya tienen una considerable experiencia en el ámbito judicial, con un elevado nivel profesional¹⁶; en segundo lugar por motivos históricos, ya que desde siempre el recurso de protección ha estado en manos de estos tribunales y; porque si fuese entregada esta facultad a un organismo como el Tribunal Constitucional, se produciría un problema en cuanto a la función de dicho tribunal. Normalmente el TC no analiza si un hecho (acción u omisión) se ajusta a derecho, sino si las normas se ajustan a la Constitución. Parece recomendable entonces dejar en manos de las Cortes de Apelaciones la tramitación de este recurso.

¹⁵ Nogueira Alcalá, Humberto. “El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: Evolución y perspectivas”, en: VVAA. “Acciones Constitucionales De Amparo Y Protección: Realidad Y Prospectiva En Chile Y América”. Coordinador Humberto Nogueira, Talca, Chile: Universidad De Talca; 2000. P. 45

¹⁶ Pinochet Cantwell, Francisco José. El recurso de protección. Primera edición. Santiago de Chile: El Jurista; 2016. Pp.160-108.

D. Requisitos de admisibilidad

En la norma actual (el autoacordado) son dos los requisitos de admisibilidad del recurso. Por una parte, que el recurso se haya interpuesto dentro del plazo; por otra, que se señalen hechos que puedan constituir vulneración a las garantías mencionadas en el art. 20. En nuestra opinión, estas exigencias han de mantenerse, teniendo en cuenta que un examen de admisibilidad se enfoca en una revisión formal y no en un examen de mérito.

Sobre los recursos, creemos que debe poder apelarse la resolución que declara inadmisibile el recurso de protección. Nos parece que debe haber un control a las decisiones de las Cortes que unifique los criterios de admisibilidad.

Ahora bien, si se permite que respecto de todas las resoluciones proceda apelación ante la Corte Suprema, es claro que se le estaría dando muchísima carga adicional. Por este motivo, creemos que la mejor solución sería que respecto de cualquier resolución que declare inadmisibile un recurso de protección ha de proceder recurso de reposición con apelación subsidiaria.

E. Bilateralidad de la audiencia

Respecto a este punto, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia postula que el procedimiento del recurso es unilateral. Sin embargo, a nuestro juicio, esto es un problema y debe ser corregido. La tramitación de recurso de protección se inserta en un verdadero proceso desde que existe una parte con legitimación activa, un tribunal competente, un recurrido y un conflicto generado por la vulneración de un derecho. Entonces, existiendo un proceso han de respetarse ciertos principios, entre ellos, la bilateralidad de la audiencia. El juez debe oír a ambas partes, recurrente y recurrido, y a los terceros, todo en base al derecho a la defensa.

Podría decirse que esto se cumple de alguna manera en la actual regulación con el informe que solicita el tribunal al recurrido. Sin embargo, no nos parece que esta diligencia sea suficiente para garantizar la bilateralidad de la audiencia. Por lo que resulta necesario efectuar modificaciones que permitan el desarrollo del debido proceso.

Hemos incluido explícitamente la bilateralidad como uno de los principios del procedimiento. Se considera también al recurrido como parte en el proceso, se explicita por ley el plazo en el cual debe enviar el informe solicitado por la Corte y se explicita la posibilidad de que hayan terceros en el proceso.

F. Plazos de presentación

El auto acordado señala que el plazo para interponer el recurso es de 30 días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos.

A este respecto, creemos que el plazo de 30 días es apropiado, pero en relación al momento en que comienza a correr, tenemos una postura distinta.

En nuestra opinión, el recurso debiese poder interponerse desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión y hasta 30 días después del cese del agravio o, según el caso, desde que se tenga conocimiento cierto del mismo. De esta manera, se da a la persona la posibilidad presentar la solicitud desde que está viendo vulnerado su derecho. Como el plazo del recurso comienza a correr desde el cese del acto o desde que se tuvo conocimiento de éste, tiene más tiempo para recurrir. Esto es importante porque se puede dar el caso de que la vulneración del derecho sea prolongada, y si se usa el plazo actual de 30 días, estos podría

terminar siendo menos. También es importante para aquellos casos en que la vulneración del derecho impide en la práctica la presentación del recurso.

G. Efectos de la sentencia

El efecto de la sentencia que resuelve el recurso de protección es la cosa juzgada formal, la cual tal como señala el profesor Humberto Nogueira. Esto en virtud de las características y objetivos del proceso, que busca el restablecimiento inmediato de la situación afectada por la acción u omisión arbitraria o ilegal. Por otro lado, en razón del carácter de cosa juzgada sólo formal que tiene la sentencia, el rechazo del recurso no afecta las responsabilidades civil, penal o administrativa en que pueda incurrir el autor del delito. A su vez, aquella que acoge el recurso tampoco incide en las eventuales responsabilidades que se podrán perseguir contra el autor del agravio por los medios ordinarios establecidos en la ley.¹⁷

No obstante, al existir cosa juzgada, aunque sea formal, no se puede interponer un nuevo recurso de protección si se cumple la triple identidad y no hay un cambio en las circunstancias del caso.

H. Cumplimiento de la sentencia

Firme el fallo, el auto acordado establece que debe procederse a la transcripción de lo resuelto a la persona, funcionario o autoridad cuyas actuaciones hubieren motivado el recurso de protección, por oficio directo, o por cualquier medio electrónico si el caso así lo requiere.

¹⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Primera Edición. Santiago de Chile: Librotecnia; 2007. Pp. 364

Si la persona, el funcionario o el representante o jefe del órgano del Estado, ya tenga éste la calidad de titular, interino, suplente o subrogante, o cualquiera otra, no evacuar los informes o no diere cumplimiento a las diligencias, resoluciones y sentencias dentro de los plazos que la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema ordenarán, conforme a lo establecido en este Auto Acordado, podrán éstas imponer al renuente, oyéndolo o en su rebeldía alguna o algunas de las siguientes medidas: a) amonestación privada; b) censura por escrito; c) multa a beneficio fiscal que no sea inferior a una unidad tributaria mensual ni exceda de cinco unidades tributarias mensuales; y d) suspensión de funciones hasta por cuatro meses, tiempo durante el cual el funcionario gozará de medio sueldo. Todo ello además de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir dichas personas.

En relación a esta disposición. Consideramos que esencial que la ley contemple expresamente que el cumplimiento de la sentencia ha de ser inmediato. Por otro, lado también creemos que al igual que en el caso de los funcionario público, es necesario considerar medidas para sancionar a los particulares similares. En este sentido, a nuestro parecer deberían existir sanciones generales tanto para particulares como para funcionarios públicos, como multa, delito de desacato e indemnización de perjuicios por no cumplir la sentencia y por otro lado, medidas particulares para los funcionarios públicos.

Para efectos de regular este tema, hemos tomado en consideración la legislación colombiana que en el art 27 del decreto 2591 de 1991 establece:

Artículo 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta

y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

I. Orden de no innovar

Esta posibilidad se encuentra contemplada en el inciso final del art 3, el cual prescribe *“Los oficios que fueren necesarios para el cumplimiento de las diligencias decretadas se despachará por comunicación directa, por correo o por cualquier medio electrónico; a través de las Oficinas del Estado o por medio de un ministro de fe. El Tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar orden de no innovar”*

En relación a esta medida, pensamos que puede ser decretada por el juez a petición de parte o bien de oficio cuando lo considere necesario, en ambos casos fundamentando el por qué concede la medida.

El tercer objetivo es el fortalecimiento de los medios cautelares que poseen las Cortes Superiores de Justicia. El auto acordado permite que se decrete la orden de no innovar, sin poner requisitos ni describir la extensión de esta facultad. El proyecto

Respecto de esto, nos inclinamos a dar más poder cautelar a la Corte. Creemos que para proteger los derechos muchas veces no basta con una orden de no innovar. Al ser la omisión una forma en la cual se pueden vulnerar los derechos, no tiene sentido que la Corte solo pueda hacerse cargo de las vulneraciones que ocurren por una acción positiva. Por eso, proponemos reglas para que se puedan decretar medidas cautelares en general, las que deberán ser cumplidas de inmediato, podrán ser revisadas en todo momento por el tribunal y serán objeto de recurso de protección.

J. Derogación del recurso de amparo económico

El presente proyecto busca poner los derechos fundamentales en un plano de igualdad en cuanto a su interpretación y a su aplicación. Desde ese punto de vista, nos parece que el recurso de amparo económico es una institución que rompe esta igualdad. Este recurso es una garantía amplia y enérgica en resguardo de una garantía (la del art. 19 n° 21, limitación a la actividad empresarial del Estado) que no tiene ninguna otra garantía en nuestro sistema. Esta fue instituida el 10 de marzo de 1990, como impulso de temor de la dictadura hacia los desastres que, según ellos, traería la democracia a la economía del país.

Este proyecto vuelve tal recurso redundante e innecesario. En primer lugar, porque nuestra propuesta establece que el plazo se empieza a contar desde en comienzo del agravio del derecho fundamental y hasta el cese de este. Si el Estado realiza una actividad económica fuera de las Constitución o las leyes, los particulares podrán recurrir contra esa medida en tanto se mantenga vigente. En segundo lugar, la legitimación activa de aquel recurso es de acción popular, lo cual es innecesario ante la norma que proponemos. Como se ha explicado, podrán recurrir de protección los agraviados en sus derechos (un particular que deba competir contra el Estado en desventaja es evidentemente un agraviado) y las personas jurídicas sin fines de lucro que se dediquen a la promoción y defensa de

los derechos fundamentales. Con los plazos y legitimados activos que establece la configuración que proponemos se protege de forma más que suficiente esta garantía. Por eso proponemos su derogación.

Proyecto de ley

Procedimiento Recurso de Protección

Título I.- Disposiciones Generales

Artículo 1°.- Recurso de Protección. El que sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías señalados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República en las condiciones que esa misma norma establece, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Artículo 2°.- Normativa aplicable. El procedimiento del Recurso de Protección se regirá por lo dispuesto en la Constitución Política de la República y en las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de las facultades propias de la Corte Suprema.

Artículo 3°.- Principios. El Recurso de protección se regirá por los principios de bilateralidad de la audiencia, celeridad y oficiosidad.

Artículo 4°.- Interpretación de conformidad a los tratados internacionales y sana crítica. El tribunal interpretará los derechos resguardados por este recurso a la luz de los

tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

El tribunal apreciará los antecedentes y medios de prueba que consten en la causa conforme a las reglas de la sana crítica

Artículo 5°.- Cumplimiento de las resoluciones. Toda autoridad, funcionario, persona natural o jurídica o grupo de personas deberá cumplir sin dilación las resoluciones que dicte el tribunal en el procedimiento del recurso de protección. El incumplimiento o cumplimiento tardío que haga inútil o ilusoria la resolución acarreará las responsabilidades civiles, funcionarias, penales, y todas las otras que en derecho correspondan. En tal caso, el tribunal remitirá al Ministerio Público y, en su caso, al superior jerárquico de la autoridad o funcionario que incumpla, los antecedentes para que hagan efectiva su responsabilidad conforme a sus atribuciones.

No obstante, el tribunal impondrá por cada incumplimiento o cumplimiento tardío una multa a beneficio fiscal de 1 a 20 unidades tributarias mensuales a quienes las cometan, sean órganos del Estado, personas o grupos de personas.

Podrá también decretar la suspensión de hasta 4 meses del cargo, con medio sueldo, al funcionario público que no cumpla o cumpla tardíamente una resolución del tribunal en este proceso.

En casos urgentes, el tribunal podrá disponer directamente la intervención de la fuerza pública para reestablecer el imperio del derecho. La notificación de esta orden al encargado de la fuerza pública se hará por el medio más expedito posible.

Artículo 6°.- Legitimados activos. Podrá interponer el recurso de protección:

1. El agraviado por el acto u omisión arbitraria o ilegal o cualquiera a su nombre, aun cuando no tenga poder ni cuenta con patrocinio de abogado. En casos especialmente calificados, se podrá presentar recurso de protección en nombre y a favor de una persona incluso en contra de su propia voluntad.

2. Las personas jurídicas sin fines de lucro que promuevan el respeto y la defensa de los derechos humanos en el caso de agravio a derechos de incidencia colectiva o en los cuales exista un interés difuso.

3. El Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Artículo 7°.- Sujetos pasivos. El recurso puede presentarse contra cualquier órgano del Estado o persona o grupo de personas que haya incurrido en el acto u omisión ilegal o arbitrario. Procederá contra resoluciones judiciales sólo si el agravio es causado por una resolución que pone fin a un proceso o hace imposible su consecución, el afectado no pudo formar parte del mismo por causas que no le sean imputables,

y no existe en el ordenamiento jurídico otro medio idóneo y rápido para procurar la protección de los derechos vulnerados.

Los recurridos serán parte del recurso y podrán alegar en la vista de la causa.

Artículo 8°.- Terceros interesados. Podrá hacerse parte del procedimiento todo tercero que tenga derechos emanados de la acción u omisión recurrida. También podrán hacerlo todos aquellos que tengan un interés legítimo en el resultado del proceso. La oportunidad para hacerse parte será antes de la resolución que ordene traer los autos en relación.

Artículo 9°.- Notificaciones. Las resoluciones que soliciten informes y la sentencia del recurso se notificarán por cédula. El resto de las resoluciones de este procedimiento se notificarán por el estado diario. En la primera actuación que realice en el proceso, las partes deberán indicar otra forma de notificación que elijan para sí, la que deberá ser expedita y eficaz según criterio del tribunal.

Artículo 10°.- Tribunal competente. Será competente para conocer del recurso la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar de ejecución del acto o de ocurrencia de la omisión, o aquella correspondiente al domicilio del recurrente, a elección de éste último.

Título II.- Procedimiento

Artículo 11.- Plazo de interposición. El recurso podrá interponerse desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión y hasta 30 días después del cese del agravio. De no haber sido conocido el acto o la omisión, el plazo se contará desde que se haya tenido conocimiento cierto del mismo.

Artículo 12.- Interposición del recurso. El recurso se presentará por escrito en papel simple o por medios electrónicos, telegráficos o cualquier otro idóneo y capaz de dar fe. Cada Corte de Apelaciones dispondrá de una dirección de correo electrónico habilitada para la recepción de recursos de protección. En casos urgentes el recurso podrá ser presentado oralmente de forma presencial o remota, en cuyo caso su contenido constará en el acta que levantará la secretaría del tribunal.

El recurso deberá contener:

- a) el nombre completo, nacionalidad y domicilio del solicitante;
- b) el nombre completo, nacionalidad y domicilio de la persona en favor de la cual se presenta, si no es ella misma la que lo solicita;
- c) individualización del órgano del Estado, autoridad, funcionario, persona natural o jurídica o grupo de personas contra la cual se recurre, la cual podrá contener información como nombre, cargo o domicilio de la entidad requerida;
- d) una relación de los hechos que motivan el recurso con mención específica de los actos u omisiones arbitrarios o ilegales;

- e) los derechos agraviados y las fuentes jurídicas de los que emanan;
- f) las peticiones concretas que se realizan a el tribunal;
- g) los documentos en los cuales se funde el recurso y que estén en poder del solicitante;
- h) una mención a los documentos o pruebas que el solicitante no tenga en su poder, con un señalamiento a la autoridad o lugar donde pudiera encontrárselos.

Artículo 13.- Admisibilidad. No será admitido a trámite el recurso de protección:

- a) cuando sea manifiestamente extemporáneo;
- b) cuando no contenga una relación de los hechos en los que se funda, o los hechos en los que se funde no puedan ser un agravio a los derechos que establece el art. 20.

La admisibilidad del recurso será vista en cuenta. La resolución que decrete la inadmisibilidad debe estar suficientemente fundada. No se podrá declarar inadmisibile un recurso de protección solo por existir cualquier otra vía idónea para resolver el asunto.

Contra la resolución que declare inadmisibile el recurso procederá la reposición con apelación en subsidio, que deberá ser presentada dentro de quinto día. La Corte Suprema conocerá esta apelación previa vista de la causa.

Artículo 14.- Medidas provisionales de protección. Acogido a trámite el recurso, el tribunal podrá de oficio o a petición

de parte establecer todo tipo de medidas provisionales de protección necesarias, idóneas y proporcionales para el resguardo de los derechos.

Los órganos del Estado, las personas y los grupos de personas deberán cumplir sin dilación las medidas ordenadas por el tribunal. La dilación en el cumplimiento acarreará las sanciones establecidas en esta ley.

Las medidas mencionadas en este artículo podrán ser modificadas o dejadas sin efecto en cualquier momento de oficio o a petición de parte. La discusión sobre las medidas provisionales de resguardo se tramitará como incidente y no afectará la tramitación normal del recurso.

Contra la resolución que establezca medidas provisionales de protección procederá la reposición con apelación en subsidio, que deberá ser presentada dentro de segundo día. La apelación se otorgará solo con efecto devolutivo.

Artículo 15.- Informes. Acogido a trámite el recurso, el tribunal mandará informar al órgano del Estado, autoridad, funcionario, persona o grupos de personas que según el recurso o en concepto del tribunal son los causantes del agravio.

Podrá mandarse también que informe cualquier autoridad, funcionario, persona, grupo de personas que el tribunal estime que pueda tener antecedentes relevantes para la resolución del caso.

Los informes deberán presentarse al tribunal dentro de diez días desde la notificación de la resolución. El informe deberá contener la individualización de la autoridad, funcionario o persona informante. Se deberán adjuntar también todos los documentos y antecedentes relativos a los hechos del recurso.

Artículo 16.- Nuevos antecedentes. Cumplido el plazo para la recepción de los informes, el tribunal podrá ordenar de oficio o a petición de parte que los informantes presenten nuevos antecedentes. Estos deberán ser remitidos dentro de quinto día. El tribunal podrá, mediante resolución fundada y a oficio o petición de parte, mandar informar a órganos del Estado, autoridades, funcionarios, personas o grupos de personas que no hubieran sido mandadas a informar anteriormente.

Artículo 17.- Autos en relación. El tribunal mandará traer los autos en relación y agregará extraordinariamente y en lugar preferente a la causa para su vista antes de quinto día cuando: se haya cumplido el plazo presentar los primeros informes; se hayan cumplido los plazos para la presentación de los nuevos antecedentes y nuevos informes.

Artículo 18.- Sentencia. El tribunal deberá dictar sentencia antes de quinto día desde que la causa haya quedado para estado de fallo. La sentencia debe cumplir los requisitos establecidos en el art. 170 del Código de Procedimiento Civil.

Si la sentencia acoge el recurso, el tribunal podrá decretar todas las medidas que estime necesarias, idóneas y proporcionales para la protección de los derechos y la restitución del imperio del derecho, incluso si no hubieran sido pedidas por el solicitante. La sentencia establecerá el plazo en el cual la parte recurrida deberá cumplir lo ordenado, el cual no podrá exceder los 10 días. En caso de inminente e irreparable riesgo de los derechos protegidos, este plazo no podrá exceder las 48 horas.

La sentencia que acoja el recurso incluirá la condena en costas a la recurrida. Si el recurso es rechazado, se condenará en costas a la parte requirente solo si el tribunal considera que el recurso fue temerario.

Artículo 19.- Efectos de la sentencia. La sentencia producirá efecto de cosa juzgada formal; no obstará ejercicio de las demás acciones o recursos que la ley entregue a las partes o a terceros.

Artículo 20.- Cumplimiento de la sentencia. La Corte de Apelaciones conservará la competencia de la ejecución del fallo hasta que esté completamente restablecido el derecho y eliminadas las causas del agravio.

Artículo 21.- Recursos contra la sentencia. Contra la sentencia del recurso de Protección procederá recurso de apelación, el cual deberá presentarse dentro de quinto día desde la notificación. La apelación se otorgará con efecto

suspensivo y devolutivo. La causa contará con preferencia para ser vista en la Corte Suprema, y deberá ser agregada a la tabla antes de quinto día para la vista de la causa.

Encontrándose los antecedentes en la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones mantendrá la competencia sobre las medidas provisionales de protección hasta que se apele la resolución que recaiga sobre ellas.

Título III.- Modificación a otras normas

Artículo 21.- Derogase la ley 18.971 que establece recurso especial que indica.

Proyecto de ley que adapta la regulación de los ajustes necesarios en ley N°20.422 a las observaciones del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

I. Introducción

En las últimas décadas la forma de entender la discapacidad ha cambiado sustancialmente. Esto ha significado que tanto la legislación como las políticas públicas han ido adoptando un enfoque de derechos humanos para abordar la realidad de las personas con discapacidad¹⁸. En esta línea, se han abandonado modelos como el de la rehabilitación o el asistencialismo y se han reemplazado por modelos que aseguren la opción inalienable que tienen las personas con discapacidad de gobernarse a sí mismas y de ser incluidos en igualdad de condiciones a la comunidad que ellos estimen conveniente¹⁹.

Este nuevo enfoque basado en derechos se plasma, en términos jurídicos, en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y en diversos cuerpos de legislación tanto en Estados Unidos (EEUU) como en Europa.

Nuestro país también ha dado pasos en esta materia, suscribiendo durante el año 2008 la Convención y posteriormente con la promulgación en el año 2010 de la ley N° 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

¹⁸ Cayo Pérez Bueno, Luis (2012): “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en: Revista “2003-2012: 10 años de Legislación sobre no Discriminación de Personas con Discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna”. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi) (N° 55)

¹⁹ *Ibíd.*

El nuevo enfoque sobre la discapacidad tiene un objetivo claro, hacer que las personas con discapacidad gocen de sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad. Este objetivo está plasmado en la Convención de las Naciones Unidas que señala en su artículo 1:

“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.”

Para lograr este objetivo en la Convención se contemplan tres dispositivos que a nuestro juicio son fundamentales para hacer efectivo los derechos que propugna: la accesibilidad universal, el diseño para todos y los ajustes razonables.

La accesibilidad universal dice relación con que el entorno sea accesible para que la persona con discapacidad pueda tener igual goce del derecho; de lo contrario la persona con discapacidad queda en una posición de desigualdad vulnerándose sus derechos como persona. Así la accesibilidad universal nace como acción normativa ya que el correcto desenvolvimiento de las personas con discapacidad va de la mano con un correcto acceso en los distintos entornos y “constituyen un condicionante para el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad”²⁰.

El acceso universal requiere del diseño para todas las personas, esto significa que los entornos sean pensados desde un inicio en clave de la satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad. Esto está estrechamente ligado al principio de accesibilidad universal²¹.

²⁰ *Ibíd.*, p. 3

²¹ *Ibíd.*

El último instrumento es el de los ajustes razonables. Son definidos en la Convención como *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*.²²

Los ajustes razonables son una respuesta que propone la Convención para aquellos casos en que los principios de accesibilidad universal y del diseño para todos no se han logrado consagrar en una realidad particular, en palabras de Cayo:

*“Ante el fracaso garantista, valga la expresión, de la accesibilidad universal y del diseño para todas las personas, que ha de gozar de precedencia y preferencia, se despliegan los ajustes razonables, que aspiran a dotar de contenido y preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad universal y de diseño para todos, resulta inoperante, bien porque no se ha extendido jurídicamente a todos los ámbitos posibles y con la intensidad máxima deseable, o bien porque no ha sido capaz de prever (y regular) todas las situaciones en que una persona con discapacidad puede hallarse, en su interacción con el entorno que la rodea, dotándolas de garantías de no discriminación y accesibilidad.”*²³

Los ajustes razonables hacen un llamado a la imaginación del legislador, ya que una vez que se concreta la idea de igualdad, es necesario establecer los mecanismos para concretar dicha igualdad circunscrita en un contexto socio-

²² Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 2.

²³ Cayo, L. Op. Cit. p. 5

político y normativo. De esta forma la legislación o la jurisprudencia tienen que ser lo suficientemente amplias como para que el ideal de igualdad sea realizable mediante los ajustes razonables.

Los ajustes razonables, sin embargo, tiene algunas limitaciones propias de su concepto, como por ejemplo su carácter de subsidiarios, es decir operan únicamente cuando fracasan los otros mecanismos y solo sirven para asegurar el derecho de la igualdad en casos particulares, *“están concebidos para ofrecer aseguramientos del derecho a la igualdad en casos particulares cuando los mecanismos reforzados no resultan eficaces.”*²⁴

Por otro lado, el propio carácter de razonable hace que sea una limitación en sí misma. Cuando no son razonables no es obligatoria su realización aun cuando podrían parecer justas, *“no todas esas eventuales adaptaciones terminan siendo jurídicamente obligatorias, por más justas materialmente que puedan parecer, sino únicamente aquellas que sean razonables”*²⁵. El legislador debe ser cuidadoso a la hora de legislar sobre dicha materia para evitar y reducir las posibilidades en las que el concepto no tenga aplicabilidad debido a su carácter de poco razonable.

“[C]abe exigir a las legislaciones en la materia que en la regulación de los elementos que conforman el carácter de razonable de los ajustes, se sea muy cuidadoso, de suerte que se abuse de la consideración de no razonable para ampliar el número de supuestos donde no resulta posible imponer la obligación de realizar ajustes. Sería una vía de escape rayana en lo fraudulento, que pondría aún más en entredicho esta falla de la institución”.²⁶

²⁴ Cayo, Óp. Cit. pág. 5

²⁵ *Ibíd.*, p. 6

²⁶ *Ibíd.*, p. 6

En la legislación internacional se ha tendido a circunscribir el concepto de ajustes razonables a las relaciones laborales; EEUU y la Unión Europea (UE) son un ejemplo de lo anterior. Esto no significa que no sea necesario incluirlo en otras esferas de la vida tanto pública como privada. Sin embargo, falta voluntad política para seguir avanzando en otras esferas que rigen la vida diaria. La UE define los ajustes razonables en su directiva 2000/78/CE en su artículo 5 de la siguiente manera:

“A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.”

El caso de EEUU es similar al europeo en cuanto a que la definición jurídica es prácticamente la misma, sin embargo, la jurisprudencia ha favorecido la evolución del concepto progresivamente hacia una perspectiva normativa más inclusiva especialmente con las personas con discapacidad:

“Analizando en detalle la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU., se ha detectado una definición progresiva del contenido de la obligación, fruto de los vaivenes interpretativos de la jurisprudencia americana, evolucionando hacia una perspectiva normativa más inclusiva, dado que uno de los principales problemas que presentaba

la legislación fue una caracterización sumamente restrictiva del concepto de persona con discapacidad.”²⁷

La riqueza de la jurisprudencia en EEUU ha permitido que se favorezca el cumplimiento de la obligación detectando los vacíos que pudiesen existir, ofreciendo seguridad jurídica a los involucrados. De esa forma los ajustes razonables no se convierten necesariamente en una carga que a la larga termina siendo perjudicial para aquellos con discapacidad.²⁸

II. La realidad de Chile

En materia de discapacidad Chile ha ido dando pequeños pasos en línea con la legislación internacional. Las Naciones Unidas, a través del comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su informe final reconoce como positiva la creación del Servicio Nacional de Discapacidad en 2010 o la inclusión de discapacidad en la ley N° 20.609 como forma de discriminación. Sin embargo, detecta una serie de falencias entre las que destaca que la legislación de ajuste razonable no va en línea con lo que establece la CDPD en su artículo 2.

Al respecto la legislación chilena en la ley N° 20.422, en su artículo 5 consagra el mecanismo de los ajustes razonables en el marco del derecho a la igualdad de las oportunidades:

“Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, el Estado establecerá medidas contra la discriminación, las que consistirán en exigencias de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso.

²⁷ Gutiérrez, David. (2015). La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EEUU y España: Una visión comparada. Revista internacional comparada de relaciones laborales y derecho del empleo. p.29.

²⁸ *Ibíd.*

Se entiende por exigencias de accesibilidad, los requisitos que deben cumplir los bienes, entornos, productos, servicios y procedimientos, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo al principio de accesibilidad universal.

*Los **ajustes necesarios** son las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.*

Conducta de acoso, es toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”

III. La observación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En su informe de abril de 2016, el Comité planteó su preocupación por la regulación de los ajustes razonables en la legislación nacional²⁹, indica que la

²⁹ Las observaciones planteadas son:

“11. Al Comité le preocupa que la definición de ajuste razonable no se adapta al artículo 2 de la Convención; que la legislación del Estado parte no incluya la denegación de ajustes razonables como forma de discriminación contra las personas con discapacidad en otros ámbitos además del empleo; también le preocupa la ausencia de políticas que combatan la discriminación múltiple e interseccional.

12. El Comité recomienda al Estado parte revisar la definición de ajuste razonable así como reconocer en su legislación la denegación de ajustes razonables como forma de discriminación basada en la discapacidad en todas las esferas de la vida. Asimismo le recomienda incluir las formas múltiples e interseccionales en su legislación antidiscriminación, proporcionar remedios adecuados y sanciones en caso de violación.”

Informe disponible en: <http://acnudh.org/paises/chile/>

definición que establece el artículo 8 de la ley N° 20.422 no es consistente con la que se establece en la Convención.

Junto con lo anterior, el Comité indica que la legislación chilena no contempla la denegación de realizar ajustes razonables como una causal de discriminación en otros ámbitos distintos al empleo. Esto significa una restricción de la obligación que no se condice con la esencia de la misma.

Por lo tanto, este proyecto de ley busca modificar la legislación chilena correspondiente a los ajustes razonables para que sea acorde a los tratados internacionales firmados por Chile tomando como referencia y experiencia la legislación internacional.

Es necesario modificar la legislación actual para que sea explícito que la denegación del ajuste razonable sea considerada como una forma de discriminación. Esto es importante ya que un principio básico del nuevo enfoque en torno a la discapacidad es que todos, incluidos los sujetos con discapacidad, tengan igual goce de los derechos. En esta línea, al no considerar la denegación del ajuste razonable como discriminatorio se abre la posibilidad a que en casos específicos el sujeto con alguna discapacidad sean impunemente discriminados. En ese caso no se cumpliría el principio reivindicatorio de la igualdad a la que todos tienen derecho³⁰.

La ley debe ser lo suficientemente clara como para que los ajustes no constituyan una carga desproporcionada a quien deba realizarlas. Esto con el propósito fundamental de que la puesta en práctica no menoscabe el normal desenvolvimiento de las personas con alguna discapacidad en su vida diaria. En la

³⁰ Finsterbusch Christian. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. Ius et Praxis.

legislación comparada este problema se ha resuelto por medio de la jurisprudencia o con una definición explícita que facilite la puesta en práctica de dicho principio.

Unido con lo anterior la ley debe establecer los mecanismos adecuados para que funcione de forma correcta el carácter subsidiario de los ajustes razonables. En esta línea el carácter de urgente que muchas veces tienen los ajustes razonables (al estar el sujeto sin el correcto goce de sus derechos fundamentales) requiere que el procedimiento burocrático para el cumplimiento efectivo de sus derechos sea rápido y efectivo, así se evita que la legislación sea ineficaz.

A pesar de que la legislación internacional circunscribe el tema de los ajustes razonables principalmente a material laborales³¹ es menester, de acuerdo con las observaciones hechas por la ONU, que los ajustes razonables se circunscriban a todos los aspectos de la vida.

IV. El proyecto de ley

Con el objeto de asumir las observaciones realizadas por el Comité proponemos la modificación de la definición establecida en la ley, de modo que su formulación no sea más restrictiva que la contemplada en la Convención.

Junto con ello nos parece necesario establecer que la denegación de realizar ajustes necesarios constituye una discriminación por razón de discapacidad siempre que ocurra.

Artículo único: introduce las siguientes modificaciones a la ley N° 20.422:

1. Reemplácese el inciso tercero del artículo octavo de la ley por el siguiente:

³¹ Cayo, Óp. Cit.

Los ajustes necesarios son las medidas de adecuación requeridas en un caso particular que, sin suponer una carga desproporcionada, permitan garantizar el goce o ejercicio de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.

2. Agréguese el siguiente nuevo inciso cuarto, pasando el inciso cuarto vigente a ser el inciso quinto:

La denegación de realizar los ajustes necesarios cuando ellos procedan será considerada una conducta de discriminación por razón de discapacidad.

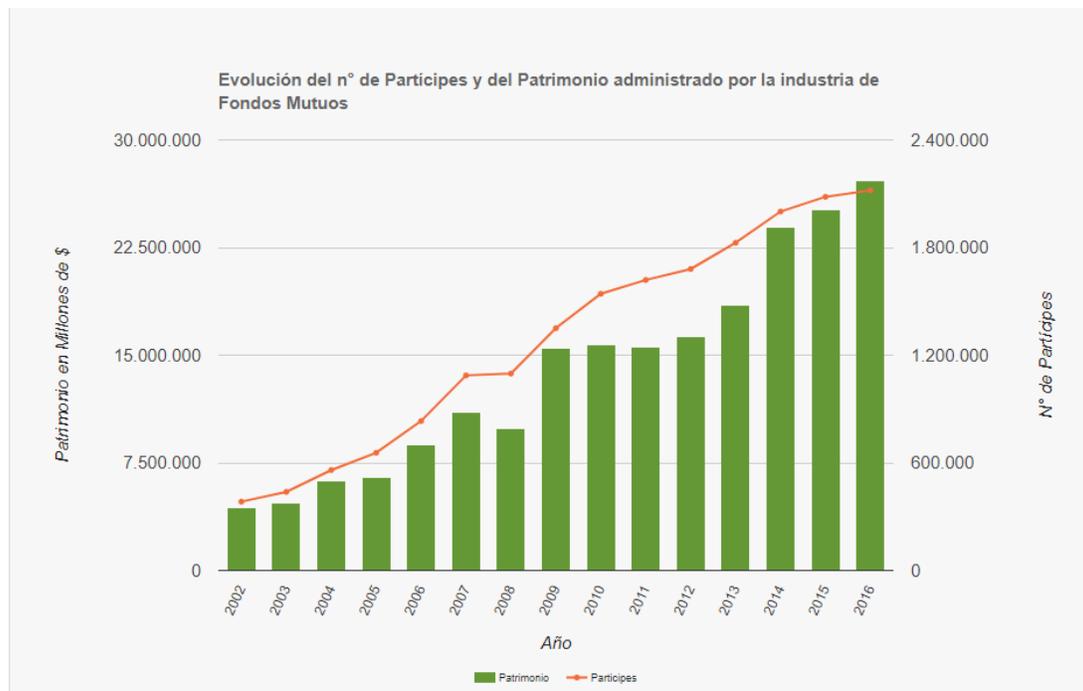
Proyecto de ley que establece un mecanismo de publicidad para las inversiones de personas fallecidas en fondos de inversión y regula el destino dichos recursos

I. Los Fondos de Inversión en Chile

La ley N°20.712 es la norma encargada de regular todos los tipos de fondos de inversión existentes en nuestro país, regula también a las sociedades que administran estos fondos estableciendo las condiciones que deben cumplir para operar en el mercado. Dentro de esta norma se contempla la regulación de los fondos mutuos, mecanismo que ha masificado la cantidad de personas que han accedido a invertir sus recursos en fondos de inversión.

Los Fondos Mutuos son un instrumento financiero que ha permitido acceder al mercado de capitales a personas que por su patrimonio no tienen la posibilidad de invertir de forma individual en acciones, bonos u otros. El mecanismo permite que una Sociedad Administradora canalice por medio de fondos mutuos la inversión de personas naturales o jurídicas.

La industria de los Fondos Mutuos en nuestro país ha tenido un importante desarrollo en los últimos años, de acuerdo a los datos de la Superintendencia de Valores y Seguros, al 31 de diciembre de 2016 se registraban 2.118.637 partícipes y un patrimonio total administrado por la industria de 27.148.763 miles de pesos.

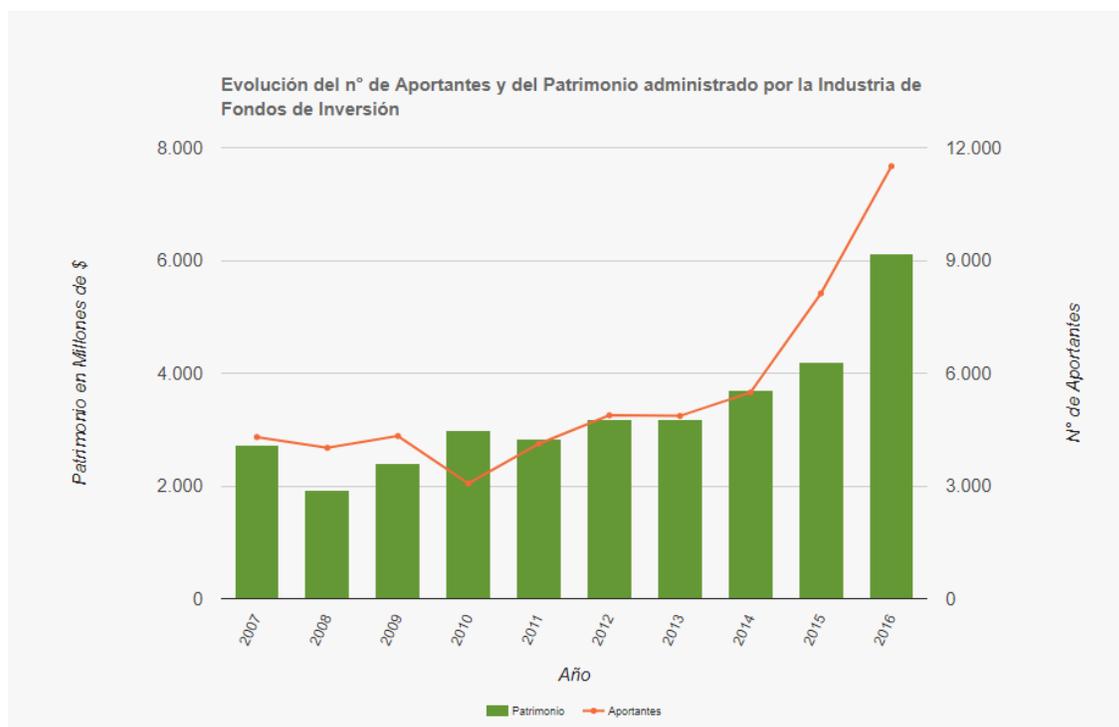


Fuente: Superintendencia de Valores y Seguros

Como se aprecia en el gráfico, el aumento de partícipes y de dinero invertido ha crecido sostenidamente desde 2002, lo que demuestra la relevancia que ha adquirido esta industria que se ha constituido como una alternativa relevante para los ahorrantes del país.

Respecto a la industria de los Fondos de Inversión, de acuerdo a los antecedentes proporcionados por la Superintendencia de Valores y Seguros al 31 de diciembre

de 2016 se registraban 11.505 aportantes con un patrimonio total administrado de 6.122 millones de pesos.



Fuente: Superintendencia de Valores y Seguros

Si sumamos los aportantes de la industria de fondos de inversión y de fondos mutuos nos encontramos con que existen 2.130.142 personas que invierten en algún tipo de fondo y un patrimonio invertido total de 27.154.885 millones de pesos.

II. El problema de los partícipes fallecidos

Investigando con actores de la industria de los fondos de inversión se ha identificado una realidad no solucionada por la ley N° 20.712 vinculada a la participación en fondos inversión de personas que han fallecido y cuya sucesión

no ha reclamado el patrimonio invertido, probablemente, por desconocimiento de su existencia.

La ley no señala nada respecto a los deberes que tienen las Administradoras Generales de Fondos respecto a las inversiones de las personas que han fallecido. Tampoco las Administradoras tienen un incentivo para identificar a los partícipes que han fallecido, ya que los recursos que se mantienen invertidos siguen generando utilidades para la sociedad por medio del pago de las respectivas comisiones.

Es por ello que proponemos una modificación a la ley N° 20.712 para que incorpore un mecanismo adecuado de solución a los problemas que esta realidad genera. Consideramos que la ley debe hacerse cargo de dos aspectos: 1) incorporar algún mecanismo de publicidad que permita a los herederos enterarse de la existencia del patrimonio invertido por el causante; 2) determinar el destino de aquellos fondos en el caso de no ser reclamados por los herederos luego de un plazo determinado.

El mecanismo de publicidad: en la actualidad la única opción que tendrían los herederos es consultar en cada una de las Administradoras Generales de Fondos que existen en el país con el objeto de conocer si la persona tenía parte de su patrimonio invertido en alguno de los fondos que administran. Esta consulta puede realizarse a través de la Superintendencia de Valores y Seguros, sin embargo nos parece que el mecanismo no es suficientemente eficiente y tampoco es conocido publicamente.

Consideramos adecuado que las Administradoras tengan la obligación legal de elaborar un listado en el que se incluyan todas aquellas personas fallecidas cuyos fondos no han sido reclamados por sus herederos y que por lo tanto se encuentran “abandonados”. Proponemos que anualmente este listado sea

actualizado y se de a conocer por los medios que la Comisión para el Mercado Financiero considere más adecuados.

El destino de los fondos: además de la obligación ya descrita proponemos que la ley establezca que transcurrido un plazo sin ser reclamados los fondos, estos pasen al Fisco, debiendo ser transferidos por la Sociedad Administradora. Este plazo deberá contarse a partir de la publicación de la información en el listado público.

El objetivo primordial de esta reforma es generar herramientas que permitan a los herederos tener conocimiento sobre aquellos recursos que el causante ha invertido en algún fondo del cual los herederos no tenían conocimiento. Establecer un mecanismo de publicidad permitirá que se consulte con mayor facilidad y determinar si hay recursos que deban ser contemplados en la posesión efectiva. De este modo se garantiza que el patrimonio del causante sea heredado en su integridad, sin quedar remanentes olvidados en este tipo de instituciones.

El mecanismo de publicidad no garantiza que todos los fondos serán reclamados por los respectivos herederos. En caso de que existan fondos no reclamados, ¿quién debe beneficiarse de los mismos? Si se mantienen los recursos en la Administradora, será esta la que se beneficie ya que seguirá cobrando las comisiones pactadas. Consideramos que dicha situación no puede prolongarse de forma indefinida, por lo que proponemos que los recursos olvidados, transcurrido un plazo, ingresen al Fisco y se destinen a obras que beneficien a la comunidad.

III. Elementos del proyecto de ley

Proponemos incorporar a la ley N° 20.712 la obligación, para todas las sociedades administradoras, de realizar anualmente un listado que contemple aquellos

aportantes fallecidos, cuyos fondos no han sido retirados, el cual será publicado y entregado a la Comisión para el Mercado Financiero (CMF).

Se establece que el listado deberá ser publicado durante el mes de enero y que la información publicada no puede contener el monto invertido, solamente indicará si la persona tenía dinero invertido y en cual de las sociedades administradoras está. Con dicha información es suficiente para que los herederos puedan realizar las gestiones necesarias para obtener los recursos que existan.

La prevención de no hacer públicos los montos que la persona tenía invertidos responde al interés de evitar que terceros obtengan esta información y busquen obtener algún beneficio ofreciendo a los herederos la recuperación de los fondos. De este modo se equilibran los intereses de publicidad de la información con un grado de privacidad que evite intromisiones indeseadas.

El proyecto establece que transcurridos cinco años desde que la información ha sido publicada, se extinguirán los derechos de los titulares y los fondos deberán ser transferidos a la Tesorería General de la República.

a. Extensión plazo

Se establece el plazo en cinco años principalmente por la consistencia del mismo con otras disposiciones legales relacionadas. En primer término, si consideramos las reglas de la prescripción extintiva el Código Civil establece que la prescripción extingue las acciones y derechos por el transcurso de un plazo durante el cual no se hayan ejercido. Este plazo es de 3 años para las acciones ejecutivas y de 5 años para las acciones ordinarias.³²

³² Art. 2514. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

La Ley General de Bancos contempla la caducidad de las acreencias en favor de terceros en su artículo 156³³, el cual dispone que transcurridos dos años sin que la acreencia sea cobrada o sin que la cuenta tenga movimiento la institución financiera deberá publicarla en una lista. Transcurridos tres años desde dicha publicación, la acreencia caduca y deben transferirse los recursos a la Tesorería. Como se aprecia, el plazo también es de cinco años si sumamos los dos años sin movimiento y los tres años desde la publicación de la información.

El plazo de cinco años, además de ser consistente con las disposiciones enunciadas, es un lapso suficiente para que los herederos puedan enterarse de la existencia de las inversiones del causante y reclamar estos recursos ante la entidad correspondiente.

b. Afectación al derecho de propiedad

Sabemos que el proyecto puede presentar reparos desde la perspectiva de la vulneración del derecho de propiedad que se produciría con la incorporación de

Art. 2515. Este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las ordinarias.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de tres años, y convertida en ordinaria durará solamente otros dos.

³³ "Artículo 156.- Las instituciones financieras estarán sujetas al siguiente sistema de caducidad de los depósitos, captaciones o de cualquier otra acreencia a favor de terceros derivada de su giro financiero, comprendidas expresamente las provenientes de dividendos pagados a sus accionistas:

Transcurridos dos años desde que la cuenta respectiva no haya tenido movimiento o no haya sido cobrada la acreencia por el titular, la institución financiera formará una lista en el mes de enero siguiente, la que fijará en su domicilio principal. Podrán omitirse de la lista las acreencias inferiores al equivalente de una unidad de fomento. Las que excedan individualmente del equivalente de cinco unidades de fomento deberán publicarse en el Diario Oficial en un día del mes de marzo siguiente.

Transcurridos tres años desde el mes de enero en que corresponda formar la lista, la acreencia correspondiente caducará y se extinguirán a su respecto todos los derechos del titular, debiendo la institución financiera enterar las cantidades correspondientes, deducidos los gastos de publicación en su caso, en la Tesorería Regional o Provincial que corresponda a su domicilio principal.

No se aplicará lo dispuesto en este artículo:

- a) A los depósitos y captaciones a plazo indefinido o con cláusula de renovación automática;
- b) A las boletas o depósitos de garantía;
- c) A las sumas recibidas por cheques viajeros, y
- d) En los casos en que haya retención, prenda o embargo sobre los dineros correspondientes."

una norma como la que proponemos, sin embargo hay fundamentos suficientes para sostener que no hay una violación de este derecho, sobre todo si consideramos que hay distintas normas con efectos similares que existen actualmente en el sistema jurídico.

De acuerdo a nuestra Constitución: “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.”³⁴ El legislador, en diversas normas, establece límites al derecho de propiedad e incluso se establecen casos en los que se pierde el dominio de un bien por el transcurso del tiempo.

Las normas sobre prescripción son el ejemplo más claro de esta realidad, el Código Civil define la prescripción como “un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.”³⁵

La institución de la prescripción en un ordenamiento jurídico tiene el rol de dar certeza a los actores respecto a situaciones de inactividad por parte del dueño de un bien o del titular de una acreencia. “La prescripción afecta a derechos que, por su naturaleza, pueden tener una vigencia perpetua. El tiempo actúa como hecho extintivo que se ve acompañado continuamente por la inactividad del titular.”³⁶

En el caso de la prescripción el legislador determina que la inactividad del acreedor durante un plazo determinado es motivo suficiente para que su acreencia deje de ser exigible. “El tiempo actúa como elemento para medir si el silencio ha

³⁴ Art. 24 inc. 2. CPR.

³⁵ Art. 2492. Código Civil.

³⁶ Lagos, O. “Para una recepción crítica de la caducidad” Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 4. 2005. Universidad Diego Portales. Santiago. p. 83.

sido tan prolongado como para considerar que el acreedor ha perdido interés o ha dado la señal de perder el interés en el crédito.”³⁷

Otras normas que apuntan en el mismo sentido están contenidas en la regulación de los títulos de créditos, en la ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques se establece un plazo para el cobro de los cheques de sesenta días o noventa días dependiendo del lugar de cobro³⁸, transcurrido el cual estos caducan. Lo mismo ocurre en la ley N° 18.092 que establece un plazo de caducidad de un año para los pagarés y letras de cambio.³⁹

Como ya hemos mencionado, la Ley General de Bancos también establece un plazo de caducidad de las acreencias en favor de terceros en su artículo 156. El mecanismo establecido exige que transcurridos dos años sin ser cobrada la acreencia esta debe incorporarse a un listado público, tres años después de la publicación, la acreencia caduca y los recursos deben enterarse al Fisco.

El profesor Salvador Mohor ha planteado los peligros para la propiedad privada que genera el artículo 156 de la Ley General de Bancos señalando que la caducidad es “una especie de sanción que paradójicamente castiga un comportamiento – el retardo en el ejercicio del derecho de restitución –

³⁷ *Ibíd.* p. 84.

³⁸ Artículo 23.- El portador de un cheque deberá presentarlo al cobro dentro del plazo de sesenta días, contados desde su fecha, si el librado estuviere en la misma plaza de su emisión, y dentro de noventa días, si estuviere en otra.

Este plazo será de tres meses para los cheques girados desde el extranjero.

El portador de un cheque que no reclame su pago dentro de los plazos señalados, perderá su acción contra los endosantes. En el mismo caso el portador perderá su acción contra el librador si el pago se hace imposible por hecho o por culpa del librado, posteriores al vencimiento de dichos plazos.

Estos plazos se aumentarán con los días hábiles durante los cuales el Banco librado hubiere suspendido, por cualquier motivo, sus operaciones y pagos.

³⁹ Artículo 49.- La letra a la vista es pagadera a su presentación, y si no fuere pagada dentro del plazo de un año contado desde la fecha de su giro quedará sin valor a menos de ser protestada oportunamente por falta de pago.

absolutamente inocuo desde el punto de vista de la conservación de los valores y bienes protegidos por el ordenamiento positivo en aras de una convivencia pacífica y una mejor calidad de vida. Más aun, tanto el derecho del depositante a exigir la restitución; como el derecho de la institución financiera a beneficiarse con las ganancias que obtenga de la inversión de los depósitos, y que se mantiene durante el periodo del retardo, sin compensación alguna para el titular del depósito; y el derecho de dominio que luego obtiene del Estado sobre los depósitos caducados, derivan de una misma fuente pecuniaria, de un mismo y único centro de interés: los haberes del titular del depósito, de los cuales finalmente este último termina siendo despojado mediante la caducidad”⁴⁰.

No estamos de acuerdo con Mohor en entender la caducidad como una sanción al propietario por el retardo en el ejercicio del derecho, consideramos que el fundamento de la norma es la presunción de que el dinero no será cobrado por el titular ya sea por olvido o por cualquier otro motivo. El plazo que la ley establece para que caduquen las acreencias es suficientemente extenso, el acreedor que no exige el dinero dentro del mismo probablemente nunca lo exigirá.

Desde esta perspectiva no nos parece adecuado que los recursos no reclamados sean una fuente de enriquecimiento para la institución financiera, tal como reconoce el mismo Mohor, “los depósitos no reclamados enriquecen a la institución financiera hasta el momento de la caducidad, para luego, a partir de este momento incrementar el patrimonio fiscal.”⁴¹

En el entendido de que los recursos no reclamados en el plazo probablemente nunca sean exigidos por el titular, preferimos que estos pasen al patrimonio fiscal y que puedan ser destinados a obras en beneficio de la comunidad, es un destino

⁴⁰ Mohor, S. “La caducidad de los depósitos bancarios: un potencial peligro a la propiedad privada”. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Vol. 68. p. 277.

⁴¹ *Ibidem*. p. 277.

socialmente más valioso que el que tendrían si se mantienen en la institución financiera.

Señala también Mohor que “al imponer el Estado como sanción la caducidad de los depósitos, desconoce abiertamente el derecho de los herederos, haciendo jurídicamente imposible que puedan acceder a los haberes del causante, cuando la causa del retardo ha sido la muerte del titular del depósito.”⁴²

En ningún caso puede afirmarse que la norma desconozca el derecho que los herederos tienen respecto del patrimonio del causante, nuevamente hay que recordar que el plazo establecido en la ley y la publicidad de las acreencias permiten a los herederos enterarse de la situación y reclamarlas. Sin embargo hay casos en los cuales los herederos no conocerán, por diversos motivos, la existencia de dichas acreencias y por lo tanto nunca las podrán exigir. Es este el caso que la ley busca solucionar mediante la caducidad.

La jurisprudencia ha entendido que la caducidad “es una institución de una definida fundamentación objetiva, que el legislador suele introducir en el ordenamiento cuando razones de conveniencia pública hacen aconsejable que determinadas situaciones jurídicas se consoliden definitivamente en un período breve, el que se expresa en un plazo de carácter fatal. En ella la norma fija anticipadamente un límite de tiempo al derecho de modo que si transcurre el plazo que al efecto se ha determinado, sin que se intente la acción o se celebre el acto de que depende su existencia, el derecho expira inexorablemente quedando las partes desprovistas de toda posibilidad de prolongarlo más allá del último día establecido para el cumplimiento de dicho plazo.”⁴³

⁴² *Ibíd.* p. 278.

⁴³ Corte Suprema, 2 de junio de 2004, GJ, N° 288, p. 85. EN: Lagos, O. “Para una recepción crítica de la caducidad” *Revista Chilena de Derecho Privado*, num. 4. 2005. Universidad Diego Portales. Santiago. p. 93.

Como bien se señala en la sentencia de la Corte Suprema, el objetivo de la caducidad es consolidar determinadas situaciones jurídicas por razones de conveniencia pública. La caducidad no debe ser entendida como una sanción para el titular del derecho sino como un mecanismo que permite dar solución a situaciones de incerteza.

Ha quedado de manifiesto que el ordenamiento jurídico dispone de diversos mecanismos en virtud de los cuales una persona puede perder la titularidad de un bien o de un derecho por el transcurso del tiempo, sin que esto sea considerado contrario a la Constitución por vulnerar las normas que regulan el derecho de propiedad.

Consideramos que se hace necesario contemplar un mecanismo que permita que los recursos que una persona invirtió durante su vida sean conocidos por sus herederos, permitiéndoles realizar las gestiones pertinentes para heredarlos. La regulación actual, al no contemplar mecanismos de información, hace muy difícil que los herederos se enteren de la existencia de estos recursos, por lo que las probabilidades de que los mismos queden abandonados son muy altas.

El objetivo principal que se debe buscar es que los herederos conozcan la existencia de los recursos que el causante tenía en fondos de inversión, sin embargo en el caso de que a pesar de las normas de publicidad esto no ocurra, es necesario que la ley contemple un destino de esos recursos.

No parece razonable que los recursos quedene a la deriva en las Administradoras Generales de Fondos, generando beneficio exclusivamente para estas entidades, por ello proponemos que ingresen al patrimonio fiscal de modo que se les pueda dar una utilidad social.

IV. Proyecto de ley

Artículo unico: agréguese a la ley N° 20.712 “Administración de Fondos de Terceros y Carteras Individuales y Deroga los cuerpos legales que indica” el siguiente nuevo artículo 34 bis:

Las Administradoras estarán obligadas a realizar anualmente un listado que individualice a todos los aportantes que hayan fallecido y cuyo patrimonio invertido no haya sido reclamado por sus herederos.

El listado deberá ser publicado durante el mes de diciembre de cada año en la forma que señale la Comisión para el Mercado Financiero mediante una norma de Carácter General. La información publicada no podrá indicar el monto invertido, solamente señalará si existe participación en un fondo y la Administradora en la que está.

Transcurridos 5 años desde la publicación de la información señalada, se extinguirán los derechos de los titulares y los fondos deberán ser transferidos por las Administradoras a la Tesorería General de la República, deducidos los gastos de publicación.