

TITULO MEMORIA

La recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno.

Análisis en particular de la prisión por deudas.

Nombre: Rafael González Silva

Universidad de Valparaíso

ÍNDICE

	Página
I INTRODUCCIÓN	1
II CAPITULADO	6
<u>CAPITULO PRIMERO</u>	
1. Evolución histórica desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos por el derecho internacional	7
1.1 En el ámbito Europeo	7
1.2 En el ámbito Interamericano	10
2. Recepción del derecho internacional por el derecho interno de los Estados, teorías y sistemas aplicables.	12
2.1 Teorías	12
2.1.1 La Teoría Dualista	12
2.1.2 La Teoría Monista	14
2.2 Sistemas de implementación	16
2.2.1 Sistema de ejecución interna general de las normas internacionales	16
2.2.2 Sistema del reenvío	16
2.2.3 Sistema de la incorporación automática	16

2.3	Sistema utilizado en Chile en materia de Tratados internacionales Derechos Humanos	16
3.	Derechos humanos y soberanía.	17
3.1	La Doctrina.	17
3.1.1	Jean Bodin	17
3.1.2	Hugo Grocio	18
3.1.3	Hermann Heller	18
3.2	Competencia	19
3.3	Las Normas de Ius Cogens	19
4.	Conclusión parcial del capítulo	20

CAPITULO SEGUNDO: LA RECEPCIÓN DE LA NORMA HUMANITARIA EN CHILE

1.	Los tratados internacionales en el derecho interno chileno	21
1.1	Breve Introducción	21
1.2	Fuente normativa	22
1.3	Interpretación	24
2.	Jerarquía Constitucional. En relación al artículo 5 de la Constitución	29
2.1	Posturas que sostienen que los tratados sobre derechos humanos tienen un rango inferior a la constitución	30
2.2	Posturas que sostienen que los tratados sobre derechos humanos tienen el mismo rango que la constitución	32
3.	Conclusión parcial del capítulo	34

2.2.1.1	El Pacto de San José De Costa Rica tiene rango de ley	66
2.2.1.2	El Pacto De San José De Costa Rica tiene rango Constitucional	66
2.2.2	Sentido y alcance de la prohibición a la prisión por deudas	69
2.2.3	Derogación tacita o inconstitucionalidad del precepto en referencia	76
2.2.4	Apremio ilegítimo	78
2.2.5	La historia fidedigna del pacto de San José de Costa Rica	83
2.2.6	El carácter análogo que presentarían las obligaciones alimentarias con deudas previsionales	85
2.2.7	Reflexiones respecto a los distintos argumentos sostenidos en los fallos jurisprudenciales	86
2.3	En el ámbito administrativo	90
2.3.1	En la ley orgánica constitucional N° 18.695 de Municipalidades	90
2.3.2	En la ley de Concesiones de Obras Públicas	93
3.	Breve referencia a la Responsabilidad Internacional del Estado por incumplimiento de Tratados sobre Derechos Humanos	96
III	CONCLUSIONES	100
	BIBLIOGRAFÍA	103

INTRODUCCIÓN

Introducción

El tema central de esta tesis es: “La recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno. Análisis en particular de la prisión por deudas”. Con ella, se intenta responder de manera central a la pregunta si existen casos de prisión por deudas en nuestro país.

En el Capítulo I, se tratara brevemente la forma en que la norma humanitaria ha ido surgiendo e incorporándose en los ordenamientos internos de los Estados, teniendo como objetivo ubicarnos en el contexto histórico. También se analizaran las teorías sobre la incorporación del Derecho Internacional en el derecho interno de los estados y los sistemas que han surgido a partir de ellos y por ultimo el concepto de soberanía y el cambio que ha experimentado, poniendo énfasis en el hecho de que los derechos humanos implican una limitante al Estado en este aspecto. Todo ello con el objeto de responder a las siguientes preguntas: ¿A que teoría adhiere Chile, monista o dualista y que sistema de incorporación en materia de derechos humanos ocupa?.

En el Capítulo II, se intenta responder a las siguientes preguntas: ¿Cuál es la forma de incorporación al sistema de los tratados de derechos humanos, como se interpretan estos tratados y cual es su jerarquía? .

En el Capítulo III, se tratara de manera concreta la evolución que ha tenido la institución de la prisión por deudas en el derecho que sirve de base a nuestro ordenamiento jurídico, se analizaran los posibles casos de prisión por deudas que existen y su tratamiento jurisprudencial, intentando responder a la pregunta si actualmente se esta vulnerando el artículo 7 N° 7 d el Pacto de San Jose De Costa Rica en nuestro país.

La elección del tema se justifica plenamente por la relevancia que tiene la forma en que se han ido incorporando a nuestro ordenamiento jurídico los tratados

sobre derechos humanos y que dice relación cuando se hacen exigibles en el ordenamiento jurídico los derechos contemplados en ellos, además por la importancia de los bienes jurídicos que se intentan proteger a través de la celebración de éstos, ya que, la libertad de los individuos, debe ser restringida en situaciones específicas que dicen relación con materias de índole penal y no para satisfacer una deuda o como medio coactivo para cumplir una obligación contraída, cual es el tema central de esta tesis.

El problema jurídico es actual y tiene relevancia practica, ya que, los tribunales de justicia constantemente en sus fallos hacen mención a él, pronunciándose de manera diversa respecto si se configura un caso de prisión por deudas en cada caso en particular y si se ha vulnerado de esta forma la prohibición a la prisión por deudas, refiriéndose para fundamentar sus fallos a la jerarquía normativa que tienen los tratados sobre derechos humanos, su forma de incorporación, su vigencia y la manera en que deben ser interpretados.

A partir de lo señalado precedentemente las hipótesis jurídicas que se sostendrán son las siguientes:

Primero: Que nuestro país adhiere a la teoría monista

Segundo: Consecuencia de lo anterior en nuestro país los derechos humanos se incorporan a nuestro ordenamiento a través de un sistema de ejecución individual.

Tercero: Que las normas sobre derechos humanos tienen rango constitucional.

Cuarto: Que los tratados sobre derechos humanos adquieren plena vigencia desde el punto de vista internacional y nacional desde el momento de su ratificación.

Quinto: Que la institución de la prisión por deudas existe y se sigue aplicando en nuestro país pese a haber sido proscrita del sistema en 1868.

Sexto : Que vulneran la prohibición a la prisión por deudas contemplada en el Pacto de San Jose de Costa Rica los siguientes casos, los artículos 97 N°11 y Art. 12 de la ley 17322, Art. 32 inciso segundo de la ley de Municipalidades y Art. 42 del Decreto 900 de 1996 del Ministerio de Obras Publicas en relación con los artículos 198 N°8 y 118 bis de la ley 18290 y 23 de la ley 1 8287

Las técnicas de investigación empleadas lo han sido en consideración a las características que reviste esta tesis, se trata de una tesis:

1. - Jurídica descriptiva, ya que mediante el análisis descompone un problema jurídico y ofrece una imagen de funcionamiento de una norma o de una institución jurídica, en este caso la prisión por deudas

2. - Jurídica propositiva ya que cuestiona una ley o norma o institución jurídica vigente para luego evaluar sus fallas proponiendo cambios o reformas legislativas concretas.

3. - Dogmática formalista

A partir de esto, el método científico utilizado es el deductivo y en el se han considerado las fuentes formales del derecho.

El objetivo de esta tesis es entregar un enfoque global respecto del tema central planteado, sistematizar los principales argumentos aportados por la doctrina y la jurisprudencia respecto del mismo, para concluir que las hipótesis formuladas son correctas.

Al elaborar esta tesis me encontré con las siguientes dificultades: La forma de incorporación de la norma humanitaria en nuestro país ha sido profusamente tratada por la doctrina, sin embargo los argumentos y las remisiones, son siempre las mismas, sin considerar otras variantes como es la importancia de un orden jurídico coherente y la unidad del sistema, a contrario de lo que sucede con el tema central de esta memoria, que es la prohibición a la prisión por deudas, por cuanto aquí la doctrina es escasa y solo se ha tratado el tema en artículos monográficos y de manera parcial sin entregar una visión global del problema y de la jurisprudencia contemporánea.

Respecto de las fuentes jurídicas consultadas puedo señalar brevemente que: En el Capítulo Primero, he seguido a los autores clásicos en la materia

como son Rousseau, Verdross, Kelsen los cuales entregan los cimientos sobre los cuales se desarrolla el tema principal de esta tesis.

En el Capitulo Segundo, he seguido a los principales constitucionalistas de nuestro país, Jose Luis Cea Egaña, Alejandro Silva Bascuñan, Humberto Nogueira De Alcalá, con el objeto de indagar en la posición que tiene los tratadistas de derecho Constitucional sobre la materia.

En el Capitulo Tercero, he seguido en la parte introductoria principalmente al fallecido y prestigioso autor español Francisco Tomas y Valiente y he utilizado como fuente de información jurisprudencial tanto el soporte papel, como también y acorde con nuestros tiempos el soporte electrónico.

CAPITULADO

CAPITULO I

1. - Evolución histórica desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos por el derecho internacional

Desde comienzos del siglo XX aparecen las primeras normas de derecho internacional publico aplicables directamente al individuo y no a los Estados, de esta forma los Estados no prevén derechos u obligaciones para sí, sino que coinciden en consagrar derechos a favor de los individuos bajo su jurisdicción. El contexto global y la existencia de regímenes totalitarios, ya sean nazistas, fascistas u otros, lleva al surgimiento de la protección de los derechos humanos desde el plano internacional, así:

1.1 En el ámbito Europeo

En 1906 se celebran dos tratados internacionales regulatorios del trabajo nocturno de las mujeres y de la utilización de ciertas sustancias toxicas en el trabajo.

En 1907 encontramos el primer atisbo en cuanto a la posibilidad de los individuos de acudir a tribunales internacionales, ya que en la XII Convención de La Haya de ese año se instituyo un tribunal de presas marítimas que nunca entro en vigor.

En la Sociedad de Las Naciones a través de regulaciones específicas encontramos los primeros intentos por institucionalizar la protección internacional de los derechos humanos así:

- a) Se establece el sistema de Mandatos (Art. 22 del pacto) con el cual los habitantes de dichas colonias no se transmitían como si fueran objetos a las potencias vencedoras, sino que esos territorios eran administrados por la

Sociedad de las Naciones con una “misión sagrada de civilización” y con controles sobre el trato que se les brindaba.

- b) El Art. 23 del pacto se refería a condiciones de trabajo equitativas y humanas, tratamiento justo a los habitantes nativos, objetivo que se llevo a efecto con la creación de la Organizaron Internacional del Trabajo
- c) En 1926 se celebra en Ginebra bajo el alero de la Sociedad de las Naciones la Convención sobre la Esclavitud en la cual las partes contratantes se comprometen a prevenir y reprimir la trata de esclavos.
- d) El 26 de junio de 1945 debido a los horrores de la II Guerra mundial se firma la Carta de Naciones Unidas la cual proclama como objetivo en su articulo 1. -el desarrollo y estimulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y promueve el respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y a la efectividad de tales derechos y libertades, así la Organización de Naciones Unidas redactó y dio lugar a la Declaración Universal de Derechos Humanos que data del 10 de Diciembre de 1948, en ese mismo año y previamente surge a partir de la IX Conferencia Iberoamericana celebrada en Bogota la Declaración Americana de los Derechos del Hombre.

Se van celebrando una serie de convenciones bajo el alero de Naciones Unidas con el objeto de lograr una real y efectiva protección de los derechos humanos así:

La Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, en tal sentido la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de Mayo de 1951 sostiene que dicha convención contiene principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los estados al margen incluso de todo vinculo convencional.

La Convención de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario de 12 de Agosto de 1949 que protege los derechos de las personas que no toman parte en las hostilidades.

La Convención Europea de Derechos Humanos celebrada en Roma el 04 de Noviembre de 1950 en la cual se define como propósito "... tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de alguno de los derechos enunciados en la declaración universal" (preámbulo)

La adopción de la resolución 2625(XV) por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas marca un hito en lo referente a la protección internacional de los Derechos Humanos llamados de la tercera generación, los cuales tienen su origen en el derecho internacional y no en las constituciones como es el caso de los de primera y segunda generación, se trata de derechos que además de pertenecerles al individuo en particular le pertenecen del mismo modo a los demás miembros de la sociedad en que esta inserto.

En la resolución 2625(XV) se consagra: a) El Derecho a la Paz en sus capítulos primero y segundo(principios de abstención de la amenaza o el uso de la fuerza y principio de solución pacífica de controversias. b)El derecho al desarrollo en su capítulo cuarto(Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí a fin de promover el bienestar general de las naciones) c)El derecho a la autodeterminación de los pueblos en su capítulo quinto(" el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como una denegación de los derechos humanos fundamentales"..)

No obstante lo señalado precedentemente los derechos consagrados en ella lo fueron en favor de los Estados o de los pueblos pero no de los individuos por sí solos.

Otras declaraciones de Naciones Unidas referentes a la materia son:

La estrategia Internacional para el desarrollo, proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas para el decenio 1971-1980.

El programa de Naciones Unidas para el medio Ambiente resultante de la Conferencia sobre el medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972.

La Carta de derechos y deberes Económicos de los Estados (resolución 3281 XIX)

La Declaración sobre Desarme y Desarrollo, del grupo de personalidad Eminentes, convocado por las Naciones Unidas (Nueva York 1986)

La Declaración sobre el Derecho de los pueblos a la Paz adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 39/11 del 12 de Noviembre de 1984.

Desde 1990 en adelante tienen lugar una serie de conferencias auspiciadas por Naciones Unidas, entre las cuales encontramos:

La Cumbre Mundial en favor de la Infancia (Nueva York 1990)

La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena 1993)

La Cumbre Mundial sobre la Mujer (Pekín 1995))

La Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional(Roma 1198).

1.2 En el ámbito interamericano

En 1928 se adopto en el continente americano la Convención sobre Asilo.

Es en el tratado interamericano de asistencia reciproca de Río de Janeiro de 2 de septiembre de 1974, en el cual se habla de comunidad regional americana, y que fue creada en la I Conferencia Panamericana de Washington (1889-90) como Unión Internacional de las republicas Americanas con la Oficina Comercial de la Republicas Americanas y que tenia por objeto coordinar las actividades económicas y culturales de los estados americanos, dicha agrupación se convirtió en organismo regional. (1)En 1948 con ocasión de la Novena Conferencia Internacional Americana desarrollada en Colombia, comienza el desarrollo interamericano de la protección a los derechos humanos, se adopta la carta de la Organización de Estados Americanos, consagrándose como uno de los deberes fundamentales de los estados suscribientes el de respetar los derechos de la persona humana.

1. -Verdross, Alfred. Derecho Internacional Publico. Derecho Internacional Publico y Derecho Interno. 5ª edición, Alemania. Editorial Aguilar, 1980. Pág . 520

Se concibió incluso la creación de un órgano encargado de velar por el cumplimiento de los derechos consagrados en la carta, el cual vería la luz años mas tarde con la creación de la Corte Interamericana de Justicia.

En 1959 se celebro en Santiago de Chile la V reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en la cual se aprobaron resoluciones respecto a la vigencia de la democracia representativa y los derechos humanos sin referencias especificas a ningún estado.

En 1966 se celebra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Pacto que tiene como novedad la creación de un Comité de Derechos Humanos destinado a analizar los informes periódicos que cada estado parte deba remitirle con relación a la puesta en practica del pacto en su territorio(Art. 40) y a recibir comunicaciones interestatales en las que un estado denuncia el incumplimiento del pacto realizado por otro(Art. 41), estos pactos fueron complementados a través de la adopción de las resoluciones N° 1235 de 6 de Junio de 1967 y la resolución 1503 de 27 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas que instituyeron mecanismos extraconvencionales de protección de los derechos humanos, los cuales por ese carácter son aplicables a los estados que no han ratificado los pactos en caso que existan situaciones de violación notoria y sistemática de los derechos humanos.

En 1969 la conferencia especializada de la Organización internacional de Estados Americanos, reunida en Costa Rica adopta el Pacto de San José de Costa Rica, el cual define en su primera parte los derechos civiles y políticos objeto de protección y en la segunda se establecen los medios para resguardarlos

En 1988 se adopta en el Salvador el Protocolo Adicional en Materia de Derechos económicos, Sociales y Culturales, dicho protocolo establece los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección: Derecho al trabajo; Derecho a gozar de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo; Derechos sindicales; Derecho a la seguridad social; Derecho a la salud; Derecho a un medio ambiente sano; Derecho a la alimentación; Derecho a la

educación; Derecho a los beneficios de la cultura; Derecho de la constitución y protección de la familia; Derechos de la niñez, de los ancianos y de los minusválidos, por los medios de protección y mecanismos establecidos en el protocolo

Chile firma el tratado el 5 de Junio de 2001, en el trigésimo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General en San Jose, Costa Rica.

En 1985 se adopta la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura de la cual Chile forma parte (2)

En 1990 en Asunción se adopta un segundo protocolo adicional relativo a la abolición de la pena de muerte del cual Chile no forma parte (3)

En 1994: 1. -La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de la cual Chile no forma parte, de esta misma fecha es 2. -La Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de la cual Chile forma parte (4).

2. – Recepción del derecho internacional por el derecho interno de los Estados, teorías y sistemas aplicables.

El objetivo de este punto es exponer sintéticamente las formas en que el derecho internacional se relaciona con el derecho interno de los Estados, cuestión que cobra relevancia al momento de establecer su jerarquía.

2.1 Teorías: Dos han servido para dilucidar este problema, a saber, La teoría Dualista y La teoría Monista.

2.1.1 La Teoría Dualista encuentra su fundamento en la concepción voluntarista que hace reposar el derecho internacional en el

2. - Carreño Vargas, Edmundo, Derecho Internacional Publico de acuerdo a las normas y practicas que rigen en el siglo XXI. 1ª edición. Editorial Jurídica de Chile. 2007 Pág. 556.

3. - Vid. Carreño Vargas, Edmundo, id. Pp 556

4. - Vid. Carreño Vargas, Edmundo, id. Pp 556

consentimiento de los Estados, sus principales exponentes son Triepel en Alemania y Anzilotti en Italia, ambos consideran al derecho internacional y al derecho interno como dos sistemas de derecho iguales, independientes y separados que no se confunden nunca, ya que el valor propio del derecho interno es independiente de su conformidad con el derecho internacional, para lo cual se apoyan en los siguientes argumentos:

a. -La diversidad de fuentes que poseen, así el derecho interno emana de la voluntad unilateral del estado en cambio el derecho internacional lo hace de la voluntad común de los estados, cuestión que es criticable por cuanto se sostiene que el derecho no es creación del estado sino que producto de la vida social, la única diferencia reside en la forma de expresión técnica(5)

b. - La diversidad de los sujetos hacia los cuales se dirige la norma, mientras en el derecho internacional va dirigido a los estados en el derecho interno se dirige a los individuos, cuestión que recibe una critica conceptual por cuanto en la concepción dualista el Estado no posee existencia alguna fuera de los individuos que lo componen, siendo por ende, los gobernados los verdaderos destinatarios de la norma, actualmente se puede agregar como critica que en el devenir del derecho internacional el principal destinatario de las normas humanitarias es el individuo como sujeto particular.

c.-Otro punto que ha perdido relevancia histórica, es que los órganos destinados al cumplimiento coactivo del derecho interno eran permanentes no así los del derecho internacional;

d.- Por ultimo no se puede concebir que dos normas contrarias reguladoras de las mismas materias y frente a los mismos sujetos puedan ser ambas validas. La concepción dualista lleva a la conclusión que no pueden existir en ninguno de los dos sistemas jurídicos una norma obligatoria que emane del otro, lo que conlleva a que si el Estado establece su derecho interno sin

5. – En tal sentido, Rousseau, Charles. Derecho internacional Publico. Relaciones del derecho internacional con el derecho Interno. 3ª edición. Barcelona. Editorial Ariel, 1966. Pág. 11

considerar las normas internacionales no verá afectada la validez de sus normas internas sino que solo su responsabilidad internacional, además para que una norma de derecho internacional sea válida en el derecho interno debe ser validamente transformada en norma de derecho interno y solo será válida en esa forma, de tal manera puede ser modificada o incluso derogada por otra ley interna, consecuencia de ambos argumentos los tribunales nacionales juzgan teniendo solo como base las normas de derecho interno y si se basan en una norma de derecho internacional es por que ella ha sido previamente transformada.

En la teoría dualista no pueden existir conflictos entre los dos ordenes jurídicos, sino que tan solo reenvió del uno al otro.

2.1.2 La Teoría Monista, encuentra su fundamento en la concepción objetivista del derecho de gentes en virtud de la cual el origen del ordenamiento jurídico se encuentra fuera de la voluntad humana, es construido a partir del principio de la subordinación en virtud, del cual todas las normas jurídicas se hallan subordinadas entre sí, en un orden rigurosamente jerárquico, su mayor exponente es Hans Kelsen, de la escuela Austriaca, para él científicamente el sistema puede ser construido desde la primacía del derecho internacional como la del derecho interno, sin embargo, si se optase por hacer prevalecer la norma de derecho interno por la del derecho internacional esto llevaría a la fragmentación de este ultimo y conllevaría la negación de la solución propuesta por Kelsen, por ende siguiendo esa estructura lógica ha de primar el derecho internacional por sobre el derecho interno.

En la concepción monista, las normas de derecho internacional pueden ser aplicables automáticamente dentro de un Estado y llegar incluso a obligar directamente a los individuos u órganos del mismo, sin embargo, muchas veces se requiere un acto de implementación o complementación como acontece por Ej. Con la publicación de los tratados. Tal acto no implica transformar el derecho internacional en interno. En tal sentido Kelsen sostiene

“que muchas Constituciones establecen que todos, o ciertos tratados deben ser aprobados por el órgano legislativo a fin de ser validados.

Tal aprobación no es una transformación, es la participación del órgano legislativo en la conclusión del tratado, es decir, participación en la creación del derecho internacional...”. (6) sin embargo, el monismo radical de Kelsen resulta insostenible, en el punto que sostiene que, toda norma estatal contraria al Derecho Internacional es nula, por cuanto los órganos jurisdiccionales estarían obligado a aplicar la ley estatal hasta que el propio derecho estatal determine otra cosa, de manera provisoria y solo en consideración a sus efectos internos. En este orden de ideas resulta mas acertada la posición del jurista Verdross conocida como monismo moderado o estructurado, posición que sostiene la primacía del derecho internacional por sobre el derecho estatal manteniendo la distinción entre ambos, pero subrayando su conexión dentro de un sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional. Señala Verdross que “La precedencia interna de la ley sobre el derecho internacional es tan solo de carácter provisional puesto que los Estados tienen la obligación jurídico-internacional de modificar o derogar las normas por ellas promulgadas en oposición al derecho internacional, a petición del Estado, mediante este procedimiento el conflicto originario entre derecho internacional y el derecho interno se resuelven a favor del derecho internacional”(7)

La escuela soviética seguidora del monismo jurídico, por su parte defiende la primacía del derecho interno, basado en que la validez del derecho internacional depende de su reconocimiento por los órganos del Estado. Por lo tanto, es la voluntad del estado que brinda ese reconocimiento la que adquiere el carácter supremo, ya que si el derecho internacional depende de ella y de allí deriva su fuerza normativa, no puede ser supremo ni independiente de él.

6. - *En su obra Principios de derecho Internacional Publico Buenos Aires 1965 Pág. 302.*

7. - *En tal sentido Vid. Verdross, Alfred. Id. Pp 96-97-98*

El derecho internacional se transforma así en derecho publico externo de cada estado y en parte integrante de cada estado y en parte integrante del orden jurídico de cada estado, de esta forma se resuelve el problema de la soberanía ya que con ese fundamento del derecho internacional, el estado sigue siendo soberano en todo el alcance del termino(8)

2.2 De las teorías expuestas surgieron diversos sistemas de implementación del derecho internacional (9):

2.2.1 Sistema de ejecución interna general de las normas internacionales, en esos casos la Constitución del Estado establecerá un sistema según el cual los tribunales podrán directamente aplicar el derecho internacional común sin necesidad de esperar la adopción por parte del Estado de una ley destinada a hacerlo regir.

2.2.2 Sistema del reenvío, ya sea, del derecho interno al derecho internacional o del derecho internacional al derecho interno, es la ley interna de cada país la que determina como y en que casos se aplica la normativa internacional.

2.2.3 Sistema de la incorporación automática, en tal caso la norma de derecho internacional general pasa a formar parte integrante del derecho estatal sin que sea necesario un mecanismo especial.

2.3 Sistema utilizado en Chile en materia de Tratados internacionales de Derechos Humanos En Chile en virtud de lo prescrito en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República de Chile los tratados de derechos humanos se entienden incorporados a nuestro ordenamiento jurídico tan pronto se encuentran ratificados, debiendo el Estado respetarlos.

8. En tal sentido, -Manili, Pablo. El Bloque de Constitucionalidad.La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho Constitucional Argentino Pág. 84

9. - Gaete González, Eugenio, Derecho Internacional y Derecho de los Estados.Incorporación de los Derechos Humanos. Revista Chilena de Derecho.Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 23 N°s 2y3. Tomo I.1996. Pág. 265,266,267

La referencia a la vigencia del tratado ha de entenderse en el contexto del derecho internacional, así por Ej. Un tratado no estará vigente por el vencimiento del plazo estipulado para su duración(10). En este caso estamos frente a un sistema de ejecución interna individual al decir de Verdross, un acto de complementación o ejecución y no de transformación. Tampoco estamos frente a un sistema de incorporación automática, toda vez que los tratados en nuestro país deben seguir los tramites de una ley conforme lo prescribe el artículo 54 N° 1 de la Constitución Política.

3. Derechos humanos y soberanía.

En la teoría clásica del derecho internacional la noción de soberanía reviste un aspecto positivo consistente en poder dar ordenes no condicionadas y un aspecto negativo consistente en el derecho de no recibirlas de ninguna otra autoridad, esta postura ha sido ampliamente criticada primero por que se sostiene que es antijurídica por cuanto hablar de soberanía como un derecho subjetivo de los estados es un error ya que los estados son independientes y solo poseen competencias y estas se traducen mucho mas en cargas y funciones sociales que en verdaderos derechos, además la idea de que la soberanía es un poder absoluto se contradice por la institución de la responsabilidad internacional del estado, ya que un concepto absoluto de soberanía implica la idea de imponerse a otros sin compensación.

3.1 Doctrina.

3.1.1 Jean Bodin: En el siglo XVI en el contexto de las monarquías de origen religioso Bodin concibió una idea fuerte de soberanía, definiéndola “como el poder supremo sobre las ciudades y súbditos, independientes de las leyes positivas”. Pero Bodin admitió expresamente que el poder soberano está vinculado

10. – En tal sentido *Silva Bascuñan Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV. Congreso Nacional. 2ª edición, Editorial Jurídica Chile. 1997. Pág. 115-116.*

por el derecho divino, natural y de gentes; nunca pretendió que el Estado sea el ordenamiento jurídico supremo, limitándose a decir que el Estado constituye la *potestas* suprema o sea la instancia temporal suprema con respecto a sus súbditos y ciudadanos” (11) por tanto se trata de un concepto de soberanía relativo, el cual es plenamente compatible con la existencia de un derecho internacional, el cual por esencia vincula a Estados independientes, constituyendo una comunidad jurídica internacional.

3.1.2 Hugo Grocio: considerado el precursor del derecho internacional en 1625 apoyó el principio según el cual toda sociedad humana y la ley que la rige están limitadas por un principio de humanidad universalmente reconocido y que cuando un gobierno viola los derechos humanos, los demás estados pueden ejercer legítimamente el derecho de intervención(12) Durante los siglos XVII Y XVIII se fue desarrollando el principio de jurisdicción territorial exclusiva de los Estados, abandonándose la practica de intervenir un estado en otro.

3.1.3 Hermann Heller: A partir del siglo XX sostiene que “ el principio de la soberanía del estado se conserva en el derecho internacional, en primer termino por que no existe ni puede existir una norma jurídica positiva internacional capaz de decidir sobre el ser o no ser del estado. Además, antes de que exista una sola norma de derecho internacional tienen que existir por lo menos dos estados.

La norma jurídica Internacional... puede únicamente persistir a condición de que los dos estados subsistan con carácter de unidades decisorias universales e independientes... En consecuencia, la norma jurídica internacional positiva tiene como presupuesto inquebrantable la soberanía de los estados..” Concibiendo un concepto de soberanía absoluta. (13)

11. Vid Verdross obra citada Pág. 9 párrafo final

12. - Vid. Manili, Pablo. Id. Pp 131 y Ss.

13. - Vid. Manili, Pablo. Id. Pp 133 y Ss.

3.2 Competencias: Hoy en día se suele hablar de competencia estatal y no de soberanía; los Estados son independientes y en este sentido ejercen competencia y lo hacen de manera exclusiva, autónoma y plena en su territorio, lo que se traduce en que poseen el monopolio de la coacción, del ejercicio del poder judicial y de la organización de los servicios públicos; el estado actúa además guiado por su propio criterio sin necesidad de seguir directrices ni las indicaciones que pretenda imponerle otro estado, y es totalmente libre de determinar según su criterio la extensión de su competencia, sin perjuicio de que se haga responsable internacionalmente por violación de tratados ante otros estados o ante la comunidad internacional por violaciones a los derechos humanos en contra de sus gobernados.

En tal sentido los estados han ido delegando y limitando sus atribuciones a través de la suscripción de tratados multilaterales, es el caso europeo y latinoamericano los cuales a través del Pacto de San José de Costa Rica y La Convención Europea de Derechos Humanos, respectivamente han forjado esta línea de protección.

3.3. - Las normas de Ius Cogens Constituyen otra limitación al ejercicio de la competencia que ejerce el estado en su territorio por cuanto le imponen un deber de respeto a estas normas de orden público, bajo sanción de incurrir en responsabilidad internacional.

Las normas de Ius Cogens, pueden ser definidas como normas imperativas de derecho internacional general, ellas importan un respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana " Su fundamento se encuentra en la dimensión ética de ciertos postulados, que precisamente por ello, trascienden al estado, obligándolo mas allá de su voluntad"(14) Hay ciertas normas que los estados no pueden modificar *Inter. Se.* " Desde la entrada en vigor de la carta, figuran entre esos todos los tratados que violan los derechos humanos

14. - Gaete, Eugenio. *Recepción Del Derecho Internacional en el Derecho Humanitario Interno de Chile. Artículo monográfico Pág. 2.*

fundamentales...” (15) Las normas de ius cogen son normas de orden publico internacional.

En Chile y en sentido contrario a la postura señalada en el párrafo anterior, se sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico, según la historia fidedigna del establecimiento del Art. 5 inc 2 modificado de nuestra carta fundamental, quedo establecido de la forma en que actualmente se encuentra justamente para evitar hacer una interpretación extensiva a las llamadas normas de ius cogen, desechando las mociones relativas ha hacerlas extensivas a las normas internacionales que comprometían a Chile. (16)

4. - Conclusión parcial del capítulo

En esta línea de ideas se puede sostener que desde el momento que los estados han ido celebrando tratados relativos a los derechos humanos han dejado de lado el concepto de soberanía absoluto y establecido una limitación propia a sus atribuciones, las cuales imponen un respeto por los derechos esenciales que emanan de la persona humana bajo sanción de incurrir en responsabilidad internacional, esta obligación tiene su fuente no solo en una convención celebrada libremente por los estados sino que también en el respeto de las normas imperativas de carácter general, de orden publico pertenecientes al ius Cogen, a las cuales pertenecen los tratados de derechos humanos.

Chile no escapa a esta realidad y en materia de tratados relativos a derechos humanos adhiere a la teoría monista, dando primacía al derecho internacional por sobre el derecho interno, lo cual se lleva a cabo a través de un sistema de ejecución interna individual de la norma, requiriendo tan solo de un acto de complementación como lo es lo es el proceso de conclusión de los tratados establecido en la Constitución Política.

15. - Vid. Verdross. *Id.Pp* 113, *párrafo primero*.

16. - Vid. Silva Bascuñan, *id.Pp.* 110 y *sgtes.* 119

CAPITULO II

LA RECEPCIÓN DE LA NORMA HUMANITARIA EN CHILE.

1. - Los tratados internacionales en el derecho interno chileno.

1.1 Breve Introducción:

Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación. (17)

Un Estado puede manifestar su consentimiento para obligarse por un tratado en cualquier forma convenida en la que conste ese consentimiento, como puede ser mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión. (18)

Generalmente se utilizan tres métodos de conclusión de los tratados: **Primero:** El llamado tradicional o clásico consistente en diversas etapas, tales como la 1. - La negociación y adopción del texto del tratado; 2. - Firma; 3. - Ratificación y 4. - Canje o deposito de los instrumentos de ratificación. **Segundo:** El Simplificado o abreviado y **Tercero:** La vía de la adhesión utilizada comúnmente en tratados multilaterales y que permite la incorporación al tratado de estados que no han participado en su negociación; o cuando la elaboración del texto del tratado se ha llevado a cabo en ciertas conferencias o se adopta por una organización internacional.

(17) Art. 2 N° 1 letra a de la Convención de Viena **Términos empleados.** 1. Para los efectos de la presente Convención: se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

(18) Art. 11 Convención de Viena. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

1.2 Fuente Normativa

En Chile el método generalmente utilizado es el llamado tradicional o clásico y en particular es el que se utiliza en materia de derechos humanos, de esta forma, el proceso de negociación, conclusión, firma y ratificación⁽¹⁹⁾ de los tratados es una atribución especial del presidente de la república⁽²⁰⁾, correspondiéndole al Congreso Nacional aprobar o desechar los tratados internacionales que le presente éste antes de su ratificación sin que le sea posible introducir modificaciones, en estos casos el tratado deberá someterse a la tramitación de una ley y cumplir con los quórum de aprobación establecidos en la constitución ⁽²¹⁾

El congreso tiene la posibilidad de sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas⁽²²⁾; Manifestar su opinión respecto a la denuncia o el retiro de un tratado que el presidente de la república efectúe en el caso que los

(19) Ratificación Art. 2 n 1 letra b Convención de Viena: “es el acto internacional... por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”

(20) El artículo 32 de la Constitución Política de la República prescribe: Son atribuciones especiales del Presidente de la República número 15: “Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; Concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N°1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetivos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere.

(21) Artículo 54 inciso primero de la Constitución Política señala: Son atribuciones del Congreso: Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

(22) inciso tercero artículo 54 de la Constitución Política señala: El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.

tratados hayan sido aprobados por él (23); y manifestar su acuerdo respecto del retiro de una reserva que haya formulado al presidente de la república cuando el congreso tuvo en consideración esa reforma al momento de aprobar el tratado.

En cuanto a la vigencia interna de los tratados esta no se encuentra regulada en nuestra Constitución Política. En la práctica el tratado rige y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno desde la fecha en que ha sido publicado en el diario oficial, se fundamenta esta posición en la asimilación que para los efectos de la vigencia interna de los tratados, resultan aplicables los artículos 6 y 7 del Código Civil en cuanto a que esas normas disponen la obligatoriedad de la ley una vez que se ha efectuado su promulgación y publicación en el diario oficial (24). Sin embargo es necesario precisar que los tratados en referencia han alcanzado su perfeccionamiento tanto en lo internacional como en lo interno aun antes de que esos actos ejecutivos de promulgación y publicación se hayan efectuado.

La postura correcta en cuanto a la vigencia del tratado es la contenida en la Convención de Viena, es decir, un tratado se encuentra vigente si mantiene su vigor conforme al derecho internacional aun cuando no se hayan cumplido los tramites internos de promulgación y publicación. (25)

(23) Art. 54 inciso sexto Constitución política de Chile: *Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.*

(24) *En tal sentido. Vid. Vargas Carreño, Edmundo. Id..Pp. 143. y sgtes.*

(25) *Convención de Viena, sección Tercera, artículo 24 Entrada en vigor y aplicación provisional de los tratados: 1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en el se disponga o que acuerden los Estados negociadores.*

2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrara en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

La circunstancia de no haberse practicado las formalidades de promulgación y publicación no puede servir de fundamento o excusa para dejar de aplicar el tratado conforme lo dispone la Convención de Viena. (26)

“ Es de advertir que fue derogado, en virtud de la ley n ° 19.903, de 19 de Enero de 1990, el DL. . N°247, de 31 de diciembre de 1973, decisiones ambas de la Junta de Gobierno, adoptadas al comienzo y al final de la intervención militar, en atención a que el segundo cuerpo normativo, en su Art. 5°, establecía que, luego de ratificado el tratado, debía promulgarse por decreto supremo y luego publicarse en el Diario Oficial. Tal cambio legislativo cabe atribuirlo a que, según la propia Junta Militar, no era ya aplicable el sistema contenido en el D.L.N° 247 que obligaba a dictar tal decreto.” (27)

Lo cual reafirma la posición sostenida por la Convención de Viena en el párrafo precedente.

1.3 Interpretación de los tratados de derechos humanos.

Interpretar un tratado consiste en precisar el sentido y alcance de sus términos, dicha interpretación puede ser efectuada en el orden interno por los órganos estatales y en el orden internacional por los órganos interestatales verbigracia órgano jurisdiccional internacional Corte Interamericana.

Rige en nuestro país la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, promulgada en Chile por decreto N° 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el diario oficial el 22 de Junio de 1981. La Convención de Viena establece como reglas de interpretación 1. - La del sentido corriente de los términos del tratado. 2. - La utilización del contexto. 3. - La de la compatibilidad con el objeto y fin del tratado. 4. - La de la conducta ulterior de las partes.

(26) Art. 27 de la convención de Viena “ una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

(27) **En tal sentido, Silva Bascuñan Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV. Bases de la institucionalidad. 2ª edición, Editorial Jurídica Chile. 1997. Pág. 11 5.**

5. - La de la aplicación de las normas pertinentes de derecho internacional y 6. - la de la utilización de los trabajos preparatorios del tratado y la de las circunstancias de su celebración. (28)

La redacción de estas normas lleva a la conclusión de que los diversos criterios de interpretación forman un sistema sin que haya entre ellos ningún orden jerárquico (29)

Es preciso destacar que el “texto de un tratado forma parte de un contexto”, en el que el sentido integral se esclarece por el objeto y fin del tratado. “ Los tratados de derechos humanos han de interpretarse en el “contexto” de la

(28) *Convención de Viena Interpretación de los tratados. Artículo 31. **Regla general de interpretación.** 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. *Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

(29) *En tal sentido, Medina Cecilia. “Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos”. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cuadernos de análisis Jurídico, Universidad Diego Portales. N°6, serie publicaciones especiales, Septiembre de 1996. Pág. 48 y ss*

democracia, y conforme a su fin, que es doble: a) obligar a los estados a conferirle vigencia sociológica, y b) darles aplicación en su jurisdicción interna a favor de cuantas personas se hallan sometidas a ella.” (30)

A su vez la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que no puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, limitar el goce o ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en ella en mayor medida que la prevista en su texto; b) Limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que este reconocido de acuerdo con las leyes de los estados partes o de otra convención en que sea parte uno de dichos estados; c) Limitar o excluir el efecto que pueden producir la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre u otros actos internacionales de igual naturaleza.

La Corte Interamericana de derechos humanos ha invocado reiteradamente este artículo 29 en sus opiniones consultivas (31)

Los tratados sobre derechos humanos revisten una naturaleza especial ya que están destinados a regular la relación entre el Estado y los individuos que lo componen, a diferencia de los tratados Ej. Bilaterales o de otra índole que regulan las relaciones entre Estados, de tal forma que la interpretación de los tratados requiere la existencia de normas adicionales a las de la Convención de Viena. (32) Así, “... los tratados dotados de mecanismos propios de supervisión, creados por ellos mismos, establecen sistemas de protección a nivel global y regional que requieren una interpretación objetiva de sus dispositivos dado el referido

(30) En tal sentido, San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 1ª edición. 1994. Art. La interpretación de los Derechos Humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. Bidart Campos, German. Pág. 39 y ss.

(31) Así, por ejemplo en las siguientes opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Oc.-1/82, párrafos 41,42,48. Oc.-3/83, párrafo 51. Oc.-4/84. Oc. -5/85, párrafo 29,41 párrafo 20 oca-8/87 párrafo 15

(32) Vid. Carreño, Edmundo. Id. Pp 159 y ss.

carácter esencialmente objetivo de las obligaciones contraídas por los Estados partes...” (33)

Sin embargo la Corte ha utilizado como base esencial del método de interpretación usada por ella, las pautas contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, especialmente en los artículos 31 y 32. Prácticamente en todas sus opiniones consultivas se citan y aplican estas disposiciones(34)

En ellas se ha utilizado el criterio contextual y el teleológico prescindiendo de los trabajos preparatorios en esta materia, por cuanto ello resulta imposible dado la naturaleza del tratado ya que han tenido lugar en diferentes momentos y lugares en que los puntos de vista de las partes no son generalmente coincidentes y sus propuestas buscan finalidades diferentes (35)

Si el objeto y fin del tratado ha de ser uno de los elementos esenciales al momento de interpretar un tratado ha de concluirse necesariamente que la interpretación ha de ser siempre a favor del individuo. (36)

En esta materia se ha aceptado *el principio de la interpretación pro-hominis*, basado en que el objeto y fin del tratado es la protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se trata de una interpretación teleológica. Que ha de servir de guía al interprete.

(33) *En tal sentido Llanos Mancilla, Hugo. Teoría y practica del derecho internacional publico. Introducción y fuentes. Tomo I. 3ª edición. Editorial Jurídica Chile.2005. Pág. 378-379.*

(34) *Gros Espiell, Héctor. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. 1ª edición, Editorial Jurídica Chile. 1991. Pág. 196 y ss.*

(35) *Vid. Gros Espiell, Héctor. Obra citada que corrobora la afirmación en referencia, a través de las siguientes opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana: Oc.-1/82, párrafos 33,45; Oc. -3/83.párrafos 47,48 y 49; Oc.-4/84, párrafos 21.22.23; Oc.-6/86, párrafos 13; Oc.-7/86, párrafo 21; Oc.-8/87, párrafos 14,16,17.*

(36) *En tal sentido, Vid. Medina, Cecilia. Id. Pág. 52 y 64 sostiene “... el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema” así la Corte interamericana de Derechos Humanos. Asunto Viviana Gallardo y otras, n°G 101/81.Serie A, considerando 16.*

Se habla también *de una interpretación evolutiva o mutativa* (37) en el sentido que su interpretación debe efectuarse considerando los valores imperantes a la época de aplicación del tratado, de una manera amplia y dinámica mientras que las restricciones de los derechos deben interpretarse restrictivamente o en forma dinámica(38).

En tal sentido el juez de la Corte Interamericana de Justicia Cancado Trindade sostiene lo siguiente: “ En lo relativo a los principios y métodos de interpretación de estos tratados, desarrollados en la jurisprudencia de los órganos convencionales de protección, se debe tener siempre presente el carácter objetivo de las obligaciones que consagran el sentido autónomo (con relación al derecho

(37) *En esta materia Juan Carlos Hitter. Derecho internacional de los derechos humanos. edición. Editorial EDIAR. Tomo I 1991-1993. Pág. 187 y siguientes.*

(38) *En tal sentido, Vid. Medina, Cecilia. Id. Pág 54 y ss sostiene lo siguiente” El dinamismo tanto en la interpretación del contenido de las normas de derechos humanos como en el contexto de los tratados, se advierte también en la opinión Consultiva N° 10 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El considerando 37 dispone: “... por eso la Corte considera necesario precisar que no es la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que hoy es el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la declaración”;*

También en tal sentido Vid. Llanos, Hugo. Id. Pp 379 y ss sostiene “... la Corte Internacional de Justicia, en 1971, en su opinión consultiva sobre Namibia, expreso sobre el sistema de mandatos que al encarar las instituciones de 1919, “... la corte debe considerar las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución subsiguiente del derecho, gracias a la carta de las Naciones Unidas y mediante el derecho consuetudinario” y en el caso Tyrer versus Reino Unido(1978), la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que la Convención Europea de Derechos Humanos “ es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales”, asimismo la Corte Interamericana de derechos Humanos, en su Décima Opinión Consultiva (1989) señaló que se debería analizar el valor y la significación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre no a la luz de lo que se pensaba en 1948, sino más bien “ en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano de protección, teniendo en consideración la evolución experimentada desde la adopción de la declaración”.

interno de los Estados) de los términos de tales tratados, la garantía colectiva a éstos subyacente, el amplio alcance de las obligaciones de protección y la interpretación restrictiva de las restricciones permisibles” (39)

En concordancia con las normas de interpretación contenidas en el Pacto de San Jose el método de interpretación humanitario ha de utilizar los principios de interpretación que favorecen al hombre. (40)

Las normas sobre derechos humanos contenidos en los tratados internacionales debidamente ratificados y vigentes deben ser interpretados de conformidad a las convenciones internacionales que los contienen y las resoluciones de los órganos jurisdiccionales generados para asegurar su correcta aplicación(41) En tal sentido “... un tribunal chileno debe aplicar las normas de derecho internacional sobre interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.” (42)

2 – Jerarquía Constitucional. En relación al artículo 5 de la Constitución.

El problema de la jerarquía que tienen los tratados sobre derechos humanos tiene relevancia práctica por cuanto en caso de pugna entre las normas contenidas en él y otra norma jurídica que tenga su origen en el ordenamiento interno deberá prevalecer una de las dos.

(39) Vid. Llanos, Hugo. *Id.* Pp 380 y ss

(40) Vid. Hitter, Juan Carlos. *id.* Pp. 189.

(41) *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y perspectivas en Chile y América Latina. Serie Estudios Jurídicos de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. 2000. artículo de Humberto Nogueira Alcalá El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile evolución y perspectiva*

(42) *Obra citada. Benadava, Santiago. Nuevos enfoques del derecho internacional. 1a.ed. Santiago. Jurídica de Chile, 1992. Pág. 46*

AL RESPECTO LAS PRINCIPALES POSICIONES FRENTE AL PROBLEMA:

2.1. - Posturas que sostienen que los tratados sobre derechos humanos tienen un rango inferior a la constitución. Se basan en los siguientes argumentos:

a) La historia fidedigna de la Constitución Política, en las actas de la constitución se sostuvo “ que dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del estado, de manera, entonces que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido este dentro de los preceptos constitucionales “ sosteniéndose que no hay razón para dejar de aplicar esta lógica tratándose de tratados sobre derechos humanos, ya que ambos están situados en la categoría formal de la ley, con la salvedad, de que en caso de contradicción entre la ley y el tratado tiene primacía el tratado. En tal sentido también se ha sostenido que pese a la primacía de las normas constitucionales por sobre el tratado, se deben aplicar estas ultimas tratándose de normas tendientes a la protección de los derechos humanos por cuanto la autolimitación de la soberanía efectuada por el constituyente en el artículo 5 de la constitución política referente a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana lo obliga a ello (43)

b) Control de constitucionalidad: Corresponde al Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad de las normas de un tratado y resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados

(43) *En tal sentido la posición que sostiene el profesor Silva Bascuñan en la comisión Ortúzar sesión 47 Pág. 14 y 15 citado del libro del mismo profesor Tratado de Derecho Constitucional tomo IV Pág. 124-128*

sometidos a la aprobación del congreso(44) tales disposiciones, incorporada la modificación efectuada el año 2005, es signo claro para algunos autores que el ordenamiento jurídico chileno deja subordinados los tratados a la constitución, sin embargo, respecto a los tratados sobre derechos humanos estos tienen rango constitucional fundado en el inciso segundo del artículo 5 y abarca a todos aquellos tratados que contienen disposiciones relativas a los derechos humanos (45)

c) Sistema impropio de Reforma Constitucional: “Se reformaría la constitución por un procedimiento distinto al consagrado en la carta fundamental ninguna constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inciso 2 del Art.5 de nuestra carta, que tiene manifiestamente otro alcance... La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD.HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados sobre DD.HH. tuvieran rango constitucional per se... Dicha pretensión atenta contra el delicado mecanismo de reforma de la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del

(44) El artículo 93 de la Constitución Política de Chile prescribe: Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;

3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

(45) En tal sentido, Vargas Carreño, Edmundo.id.Pp 219 y ss.

capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Tanto ese quórum especial como los trámites propios de una ley y de reforma quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley ordinaria que, además, tendría el efecto de reformar la Constitución si aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre DD.HH. y su eventual carácter modificatorio de la Constitución.

Una interpretación semejante, para ser armónica con el resto de la preceptiva constitucional, debiera haberse plasmado en un texto diferente y debiera haber venido acompañada de la modificación de los Art.80, 82, N°2, y del capítulo XIV de la Constitución” (46)

2.2 - Posturas que sostienen que los tratados sobre derechos humanos tienen el mismo rango que la constitución.

a) La historia fidedigna de la incorporación del inciso segundo al artículo 5 de la Constitución Política: en la cual se sostiene lo siguiente “ Hemos incluido una norma que asegura el respeto de todo derecho inherente a la persona humana aunque no este precisamente incorporado en su texto.

El fundamento de este precepto reside en que hay recursos que emanan de la naturaleza humana que no están comprendidos expresamente en la enumeración que hace la Constitución y que no por ello dejan de ser tales y de merecer la protección del ordenamiento jurídico fundamental. Basta recordar que el derecho a la vida que ahora se consagra como garantía constitucional, no estaba comprendido en la carta de 1925 y que el derecho a contraer matrimonio no lo ha

(46) Ríos, Lautaro. Jerarquía normativa de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Gaceta Jurídica N°15, 1998, p.13 soporte electrónico.

estado jamás. No obstante, nadie podría sostener que estos derechos no han tenido el amparo de nuestro ordenamiento jurídico” (47)

Francisco Cumplido, a su vez sostiene que “... la Constitución de 1980 reforzó el carácter de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno.. en efecto, el inciso segundo del artículo 5 establece, nada menos, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Coloca pues, sobre la soberanía a tales derechos...” (48)

Llanos sostiene que con la reforma “... se lograba que los derechos garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados y vigentes tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la constitución ” además sostiene que “... si los tratados de derechos humanos fueron incluidos en la modificación constitucional citada, se infiere que estos últimos necesariamente han de tener una mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional que el resto de los tratados internacionales” (49)

Para este autor, ratificado un tratado internacional en materia de derechos humanos, previa aprobación del Congreso, y siempre que el tratado se encuentre vigente en el ámbito internacional y nacional, ello produce las siguientes consecuencias en el ordenamiento jurídico nacional: a) de acuerdo al artículo 5 inciso 2 de la Constitución, los derechos naturales asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución

(47) Cea Egaña, Jose Luis. *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. 1° edición. textos Universitarios Universidad Católica de Chile. 2002-2004. Pág. 50, citando a la comisión de estudio de la nueva Constitución: Informe con proposiciones de ideas precisas,*

(48) Vid. Llanos, Hugo. *id. Pp 194 y ss, citando a Francisco Cumplido en el Seminario Internacional sobre Derechos Humanos, Constitución y tratados Internacionales, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, en Mayo de 2003*

(49) **Nogueira, Humberto.** “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”. *En revista Chilena de Derecho, volumen 23, números 2 y 3. tomo I, mayo-agosto 1996, pp 351*

material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos...” (50)

b) El devenir internacional: El desarrollo de la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional y el anhelo de Chile al término del régimen militar y en el período posterior, de adherir y ratificar los tratados sobre derechos humanos implica aceptar las obligaciones internacionales que en la materia ella conlleva.

Algunos autores sostienen que los derechos esenciales son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por lo tanto, gozan de esa jerarquía desde que entro en vigencia dicha constitución, la expresión derechos humanos se utilizan como equivalente de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los tratados así enunciados en tratados de los que Chile es parte quedan cubiertos por la primera oración del inciso 2 del artículo 5 de la constitución y tendrían jerarquía constitucional, por lo tanto la reforma al artículo en mención no habría hecho otra cosa que reforzar su jerarquía constitucional. (51)

3.0. - Conclusión parcial del capítulo

En Chile los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional, rigen y tienen plena aplicación desde que han sido ratificados por Chile, han de ser interpretados considerando a) Las normas del derecho internacional vigente, en particular la Convención Americana de derechos humanos, b) Utilizando una interpretación pro hominis, c) Teniendo en consideración el objeto y fin del tratado y los valores esenciales existentes en un estado de derecho social democrático al momento de su aplicación, Y d) cuidando no restringir su aplicación en desmedro de la protección de los derechos esenciales que emanan del ser humano.

(50) *Vid. Llanos, Hugo. Pág. 196 y ss.*

(51) *En tal sentido Vid. Medina, .id. Pp. 36-39-40 y ss*

CAPITULO III PRISIÓN POR DEUDAS

1. - Evolución Histórica.

Con el objeto de llevar adelante este análisis se hace necesario remontarse a las fuentes de nuestro derecho, constituido esencialmente por el derecho Español y por remisión de este al derecho Castellano, a los Fueros Municipales, al derecho Visigodo y al derecho Romano y desde esa perspectiva analizar el origen de la prisión por deudas, institución que se encuentra ligada al juicio ejecutivo.

1.1 En el Derecho Romano el deudor garantizaba sus obligaciones contractuales con su persona, es decir, si no solucionaba la deuda, respondía no solo con su patrimonio sino que también con su persona teniendo la facultad el acreedor de venderle como esclavo o incluso darle muerte.

Así, en la época clásica del derecho romano el mutuo o préstamo de dinero era la forma mas antigua de relación de crédito y de deuda.

Para que se entendiera realizado el préstamo bajo el amparo del ius civile debía cumplirse con la formalidad o rito denominado *nexum*, que implicaba una verdadera mancipatio(venta ritual) que hace el deudor de su propia persona en garantía del crédito que le ha sido otorgado, de allí entonces que el deudor entre, desde el momento mismo de realizarse el *nexum*(y no desde el incumplimiento) en un estado de perdida de libertad personal que durara hasta que pague lo que debe(52). La responsabilidad se hace efectiva en el corpus del deudor

Una variante de este tipo de obligaciones es la *sponcio* o promesa solemne de cumplir una prestación, la diferencia con la anterior es que la responsabilidad se hace efectiva en caso de incumplimiento del deudor y no desde el momento en que solemnemente se obliga (manus del acreedor).

En Roma el juicio ejecutivo se regía por la "*Legis Actio per Manu*

(52). Obra citada, *Topasio Ferretti, Aldo. Derecho romano. 1a. ed. Valparaíso: Editora Latinoclásica, 1992. Pág. 280 y ss.*

iniectioem” procedimiento que consistía en que pasados 30 días de dictada la sentencia declarativa sin que el deudor haya pagado al acreedor, éste llevaba al deudor por la fuerza ante el magistrado donde pronunciaba la formula de la *manus iniectioem* y se apoderaba de la persona del deudor (53)

La desaparición de la esclavitud por deudas en Roma se remonta al cruel comportamiento del usurero Lucio Papirio. A partir de este momento se vendría a limitar la responsabilidad por deudas a los bienes del deudor y no a la persona del mismo. La *Lex Poetelia Papiria*(326 AC) puede considerarse como precedente de la *cessio bonorum* y liberaba a los esclavos de las deudas (*nexum*) si juraban no tener liquidez (*juramentum bonae copiae*) y hacer frente al pago si mejoraban su fortuna.

1.2 En el derecho Visigodo se contemplaba la posibilidad que el deudor acudiera al presbítero para que el acreedor le concediera un nuevo plazo y no le diera muerte.

Solo en el *Liber* se encuentran algunas leyes referentes a la prisión por deudas y que dicen relación con la regulación de la protección que el deudor obtenía cuando se refugiaba en una iglesia huyendo de su acreedor. El deudor no puede ser violentamente extraído del templo por el acreedor, esta prohibición busca mas que proteger la persona del deudor, garantizar la paz del templo. En efecto el acreedor es castigado por que *iniriussus fuit*, y tal injuria no puede considerarse infringida contra el deudor, sino contra la iglesia. Por esto una vez que el acreedor satisface la pena impuesta por la ley en proporción a su personal condición, los sacerdotes le entregaban al deudor.

El presbítero estaba facultado para entregar al deudor al acreedor y este debía concederle un plazo al primero para que pagara el debito. Fuera del templo el acreedor podía apresarse nuevamente al deudor.

(53).- Vida jurídica y practica contenida en los protocolos notariales del Reino de Chile en el siglo XVIII, memoria de prueba autor, Oscar Astrian Donoso.

Sin embargo en las leyes de Chindasvinto incluidas en el *Liber Iudiciorum*, la responsabilidad del deudor se caracteriza por lo siguiente:

1. -Es subsidiaria, por cuanto solo tiene lugar en el evento que el deudor no tiene bienes suficientes.
2. -Solo se admite en los casos en que el deudor tiene muchos acreedores
3. - Se concreta siempre en la servidumbre del deudor en favor de sus acreedores.
4. - Esta servidumbre era perpetua.

En este periodo la prisión del deudor era una realidad frecuente.

1.3 En los Fueros Municipales:

- A) En los fueros municipales de Guadalajara, Madrid y Molina se condena a morir de hambre y de sed a un hombre, no por la comisión del delito, sino por no pagar las “caloñas” del mismo. La prisión y la muerte son consecuencias del incumplimiento de una obligación ex delicto.
- B) En los Fueros de Belorado, Guadalajara(1219), Miranda de Ebro, Logroño y Daroca se establece el principio de que el deudor a quien se reclama el cumplimiento de una obligación ha de presentar fiador, y si no quiere darlo o no encuentra quien quiera ser su fiador puede ser apresado por el acreedor. En estos casos la prisión es subsidiaria en defecto de fiador y con la salvedad de que si el deudor paga ha de quedar en libertad.(prisión coactiva)
- C) Fueros de Alfambra y Medinaceli la prisión del deudor se aplica no en defecto de sobrelevador o fiador, como en los casos señalados precedentemente, sino que por falta de prendas que aseguren el cumplimiento. Si el deudor no puede pagar ni dar prendas, el juez ha de meterlo en prisión y entregarlo al acreedor.
- D) En el Fuero de Ucles la prisión por deudas reúne las siguientes características:
 1. -Se refiere al deudor no insolvente sino solamente moroso.
 - 2.-Es subsidiaria de la ejecución de bienes muebles y de la fianza.
 - 3.-El deudor esta preso con hierros o cadenas en poder de su acreedor
 4. -Cuando el deudor pagaba lo debido mas las caloñas judiciales, quedaba completamente libre. (prisión coactiva)

- E) Fueros de Zamora, Ledesma y Alba de Tormes, en éstos ningún juez puede apresar a nadie que tenga bienes por valía de cien maravedis, o dé en garantía bienes raíces de igual valor. La prisión tiene lugar cuando no hay garantías reales suficientes, en estos casos la prisión del deudor insolvente se transforma en servidumbre de éste en favor el acreedor.
- F) Fueros de la familia de Cuenca: 1. - Fuero de Alcalá se consagra el derecho que tiene el demandante a exigir al demandado un fiador al comienzo del juicio, el cual tiene por objeto asegurar la presencia del deudor en él y que cumplirá la sentencia condenatoria si esta se produce, de esta forma la prisión se decreta no para asegurar el pago de una obligación sino para asegurar la comparecencia del demandado en juicio. (Medida procesal) La prisión se toma como medida inmediata.
- G) Fuero de Brihuegase contempla la prisión como medida aseguradora de la comparecencia en juicio del deudor y en defecto de prendas reales y de fiador. En el caso de que el acreedor haya vencido en juicio al deudor demandado o bien cuando éste no cumple lo debido esta facultado para intervenir en su patrimonio y cobrar la totalidad de su crédito, mas aun se establece que nadie puede ser preso si tiene bienes muebles o inmuebles con cuya venta forzosa se satisfaga al acreedor. La intervención forzosa en el patrimonio del deudor elimina la prisión personal de éste. No hay lugar a la prisión coactiva.
- H) Fueros de Coria y Usagre también contemplan la fianza como medio de asegurar la comparecencia en juicio del deudor, en defecto de fiador el deudor se va preso pero esta es solo una prisión aparente, por cuanto el derecho del acreedor sobre el deudor era puesto de manifiesto por la existencia de ciertos signos exteriores que el deudor llevaba, hierros en manos y pies, las anillas = prisión, es solo un dato externo de cual era la situación patrimonial del deudor (en relación a un antecedente externo que han de tener presente los terceros que quisieran contratar con el deudor, hoy lo sería por Ej. Dicom).
- I) Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Bejar y Plasencia contemplan: 1. - La prisión como garantía de la comparecencia en juicio, si el demandado no tiene bienes

muebles, tampoco sobrelevador se le apresaba, pero no se trata de una prisión por deuda, no es directamente una medida de tipo ejecutivo, sino tan solo una medida pre-procesal, ya que lo que directamente garantiza es que el proceso tendrá lugar por que al demandado se le hace comparecer a la fuerza.2.- Prisión del deudor manifiesto: La deuda esta reconocida y el deudor es preso por el acreedor pasando a tomar la forma de una prisión coactiva, es decir, dirigida a obtener el pago forzado del deudor. El deudor queda libre si presenta sobrelevador el cual responderá con su persona y patrimonio de la deuda.3.- Prisión del deudor vencido en juicio: Es aquel que acudiendo al juicio ha obtenido una sentencia desfavorable, la prisión del deudor tiene lugar en defecto de sobrelevador y de prendas y dura hasta que el deudor pague y satisfaga a su acreedor.4.- Prisión de la mujer e hijos del deudor establecen un principio respecto del deudor acotado(aquel que se le fija un plazo para pagar) que excluye la responsabilidad de la mujer y de los hijos

J) Fuero de Soria la prisión es subsidiaria a la titularidad de bienes raíces y a la prestación de sobrelevador; el lugar de la prisión no es la casa del demandante, sino la prisión del consejo; es prisión procesal pues concluye cuando el juicio termina. El deudor vencido en juicio es obligado a pagar a través de la ejecución forzosa en su patrimonio. Solo en el caso de deudor insolvente el acreedor podía meter preso al deudor.

1.4 En el derecho Castellano en él ultimo periodo de vigencia de los fueros municipales y con la recepción del proceso común en Castilla se van a producir importantes cambios en la prisión por deudas, que se traducen en modificaciones procesales relativas al asentamiento de bienes como medida para asegurar la comparecencia en juicio y la ejecución patrimonial forzosa, el asentamiento de bienes tiene la misma razón de ser que la prisión del demandado y la ejecución tiende a satisfacer de modo rápido y directo al acreedor del deudor vencido en juicio. A medida que uno y otro se fueron aplicando dejo de practicarse la prisión por deudas.

Al respecto en los Fueros de Castilla y del Fuero Viejo se da la posibilidad de meter preso al deudor si éste es insolvente, se trata de un caso de prisión – servidumbre, también se analiza la situación del demandado que posee bienes raíces y muebles, en tal caso se fuerza al deudor para que proceda a la venta de dichos bienes y pague la deuda. En el caso que el deudor haya sido declarado vencido en juicio se lleva a efecto directamente la ejecución forzosa sobre los bienes del deudor y la prisión en este caso no era necesaria. Sólo se admite la ejecución patrimonial sobre los bienes muebles del deudor y no sobre los bienes raíces, procediendo la prisión coactiva hasta satisfacer el crédito.

En el Fuero Juzgo y en el Fuero Real.

En el fuero Juzgo se prohíbe que nadie empeñe su persona ni todo su patrimonio por una sola deuda, se declara que en caso de pluralidad de créditos contra un mismo deudor cobren primeramente los acreedores que antes demandaron, aunque sus créditos no fuesen los mas antiguos; Si demandaban todos a la vez cobran a prorrata.

En el Fuero Real, el cual sirve de medio interpretativo de las llamadas leyes de Estilo y Leyes Nuevas, se establece como medida general para asegurar la comparencias del deudor el asentamiento de los bienes del demandado, a falta de bienes se le exigía fiador y si no tenia se autorizaba al acreedor para retenerle y llevarlo ante el juez y podía mantenerlo preso hasta que se celebrase el juicio.

En el caso que el deudor sea vencido en juicio y no cumpla voluntariamente la sentencia pagando lo debido se hace entrega al acreedor de los bienes del deudor, si hay bienes muebles se venden estos preferentemente, a falta de estos se venden los raíces, haciendo al dueño que otorgue la venta, si el deudor carecía de bienes muebles o raíces y la ejecución patrimonial se hacia imposible entonces el deudor era preso en régimen de servidumbre, se permitía que trabajase y de esta forma fuese pagando la deuda y liberándose.

En las leyes de Estilo se aclara que el sobrelevador no responde con su cuerpo por la deuda que garantizo aunque sus bienes sean insuficientes, a no ser que expresamente se viese obligado a responder personalmente.

La prisión por deudas en las Partidas En las Partidas la comparecencia en juicio se asegura por la vía del asentamiento en los bienes del demandado y si no los tiene pidiéndole fiador, a falta de ambos medios de seguridad se exige al demandado que jure que acudirá ante el juez y en cuanto al procedimiento para asegurar el cumplimiento de sentencias judiciales, la Partida Tercera establece el régimen de ejecución patrimonial forzosa sobre los bienes del deudor vencido y sin necesidad de intervención alguna por parte de éste. De tal forma en las Partidas se sustituye la prisión del demandado por su juramento de estar a derecho, la del deudor solvente por la ejecución patrimonial forzosa y la del deudor insolvente de un solo acreedor por la responsabilidad patrimonial futura.

La Partida Quinta viene a complementar el régimen ejecutivo, se instituye la cesión o desamparo de bienes, consiste esta figura en que si un hombre comprende que el importe de sus deudas es superior al valor de sus bienes, abandona todos estos en manos de sus acreedores, reconociendo expresamente las deudas por las cuales hace cesión, se le deja lo necesario para su vestimenta y el resto de su patrimonio se vende entregando el producto a sus acreedores, el deudor insolvente queda en libertad después de haber desamparado todos sus bienes en favor de los acreedores, no hay prisión servidumbre del deudor, si el deudor no quiere desampararse de sus bienes entonces procede la prisión coactiva para obtener el desamparo de los mismos.

Según el orden de prelación de fuentes establecido por el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, que es valido para el derecho Castellano hasta el siglo XIX, desde la baja Edad Media hasta el siglo XIX, debe considerarse que siguen siendo aplicables las fuentes del derecho local que se practicasen y las Partidas e incluidas en esta ultima las del Fuero Real.

Los casos en que se aplica la prisión son los siguientes: 1. - Deudor insolvente de muchos acreedores o de uno solo según la Ley III del Fuero Real que posteriormente será incluida tanto en el ordenamiento de Montalvo como en la Nueva Recopilación “ la admisión de la ejecución patrimonial forzosa por las leyes de esa época hace que la prisión del deudor surja siempre en función de la ejecución de los bienes, bien por inexistencia de ellos(prisión servidumbre de la III, 8,2 del Fuero Real), o cuando se ha hecho cesión de bienes(ley de Enrique IV en 1458 y pragmática de los reyes Católicos), o para forzar al deudor a que de fiador de saneamiento sobre sus bienes inmuebles que han de ser ejecutados(pragmática de Felipe II de 1566) La responsabilidad personal del deudor es siempre subsidiaria a su responsabilidad patrimonial y salvo en el caso de la no prestación del fiador de saneamiento, se trata siempre de prisión del deudor insolvente y por ello prisión servidumbre”.

La ley XXI del Ordenamiento de Pedro I dictada en 1360, resulta interesante, ya que intenta eliminar la prisión por deudas en Sevilla y su Arzobispado, por opinar “ *que non es derecho que sea preso nin encarcelado por tales debdas*” el cuerpo de un hombre libre, considerando que la medida es inútil y contraproducente.

En 1548 bajo el reinado de Enrique IV se enlaza la cesión de bienes regulada en las Partidas con la servidumbre regulada en el Fuero Real, con esto el deudor parcialmente insolvente hacia cesión de bienes en favor de sus acreedores haciendo la servidumbre sucesiva en favor de cada acreedor y en cada caso temporalmente limitada.

Posteriormente con las pragmáticas de los reyes Católicos de 1490,1498,1501 y 1503 que fueron recogidas por la Nueva Recopilación queda definido el tratamiento de la prisión por deudas.

La pragmática de 1490 establece como medio de publicidad que el deudor que haya hecho cesión de bienes en favor de su acreedor lleve al cuello una argolla de hierro por encima de la ropa plenamente visible. El deudor ya no esta preso físicamente sino que se encuentra en una situación de plena sujeción

jurídica respecto de sus acreedores, de esta forma va pagando con su trabajo su deuda, se pasa de una prisión coactiva a una prisión servidumbre.

En virtud de la pragmática de 1501 la cesión de bienes se considera hecha automáticamente por el deudor preso al cabo de 6 meses de líquida la deuda, aunque el deudor no solicite hacer la cesión.

Las normas que contemplaban la prisión servidumbre no pasaron a la Novísima recopilación, manteniéndose las referentes a la prisión coactiva las cuales formalmente estuvieron vigentes hasta la ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, en efecto hasta ese texto legal de cuyo articulado queda excluida la prisión por deudas, han de considerarse formalmente en vigor las pragmáticas de 1566 y 1590 pues ningún precepto legal desde 1805 hasta 1855 deroga expresa o tácitamente la prisión del deudor, ni siquiera se oponen a ella los textos constitucionales, sin embargo, la prisión por deudas va decayendo en la practica pero no por la falta o derogación de las normas en referencia sino por el creciente numero de personas que gozaban del privilegio de estar exentas del régimen de la prisión por deudas.

1.5 En Chile en sus inicios se contemplaba la prisión por deudas por aplicación de la ley Castellana en referencia. La ley Mariana de 1837 en materia de juicio ejecutivo contemplaba la prisión en caso de que el deudor en el momento de la traba del embargo no diere fianza de saneamiento, también si no tuviere bienes, o no fueren suficientes a juicio del acreedor para cubrir el pago decretado, regia contra toda clase de personas, cualquiera fuere su clase o fuero salvo algunas excepciones. En 1868 bajo el gobierno de José Joaquín Pérez se dicta la ley de 23 de Junio de ese mismo año, en la cual se “suprimió de nuestra legislación (norma a la que se hace referencia de manera frecuente en los fallos) la prisión por deudas como mecanismo de apremio general destinado a compulsionar al deudor a cumplir sus obligaciones” (54) se derogaron todas las

(54) *Algunas cuestiones sobre juicio ejecutivo, Romero Seguel, Alejandro, cuadernos jurídicos, Universidad Adolfo Ibáñez n°1, septiembre año 2000. Pág. 43*

hipótesis de prisión por deudas existentes hasta ese entonces, manteniéndose 4 casos: 1. - Quiebra culpable o fraudulenta, 2. - En los de penas que consisten en multas pecuniarias que estén substituidas por prisión y los otros dos referentes al cargo que ostentaba el deudor.

Con la entrada en vigencia del Código Civil en 1857 que consagra en los artículos 2. 465 y 2. 469 el llamado " Derecho de Prenda General ", en el cual se establece que todo deudor, al contraer una obligación, afecta la totalidad de su patrimonio a su cumplimiento, y que a la inversa, cada acreedor tiene para garantizar su acreencia todo el patrimonio del deudor y la del Código de Procedimiento Civil en 1902 se eliminan los últimos vestigios de esta institución (en teoría) quedando subsistente solo como hipótesis de prisión por deudas, el apremio personal del deudor que no cumple con una obligación de hacer. Posteriormente cobro relevancia en nuestro país, la hipótesis del giro doloso de cheque como prisión por deudas derogada el 31 de mayo del año 2002 en que se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.806 sobre "Normas Adecuatorias del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal". Entre las normas que han sido objeto de modificación por esta ley se encuentra el DFL N° 707 de 1982, que fija el texto refundido de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y que incide directamente en 1) Las normas relativas al procesamiento y el decreto de prisión preventiva derivado del procesamiento, en cuanto no existe la institución del auto de procesamiento en el nuevo proceso penal; 2) La cuestión de la cuantía de la caución para recuperar la libertad provisional, pues en el nuevo proceso penal no existe la libertad bajo fianza, salvo casos excepcionales (por eso el inc. 1º del Art. 44 ya había sido considerado tácitamente derogado, aun antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.806);

En efecto, entre las modificaciones incorporadas al DFL N° 707 se substituyó su artículo 42 por el siguiente: "Artículo 42. - Los delitos previstos y sancionados en el artículo 22 que deriven del giro del cheque efectuado por un librador que no cuente de antemano con fondos o créditos disponibles suficientes en su cuenta corriente, que hubiere retirado los fondos disponibles después de expedido el

cheque o hubiere girado sobre cuenta corriente cerrada, conferirán acción penal privada al tenedor del cheque protestado por dichas causales.”

Los restantes delitos establecidos en esa disposición y en el artículo 43, darán lugar a acción penal pública, pero los fiscales del Ministerio Público sólo iniciarán la investigación cuando se les presente el cheque protestado y la constancia de haberse practicado la notificación judicial del protesto y de no haberse consignado los fondos en el plazo indicado en el mismo artículo 22, sea que se haya opuesto o no tacha de falsedad en el momento del protesto, o dentro de los tres días siguientes a la notificación judicial del mismo”.

En efecto, someter algunas de las figuras tipificadas en el DFL N° 707 al régimen de acción privada implica afirmar que el bien jurídico o interés protegido en esos supuestos es de carácter individual y, precisamente por ello, disponible para su titular. La preeminencia del interés individual como bien protegido es reafirmado, por lo demás, cuando la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el informe ya citado, afirma que lo que la reforma pretende evitar es, precisamente, que el Ministerio Público -o los Juzgados del Crimen, en el procedimiento todavía vigente en algunas regiones- haga las veces de cobrador gratuito a favor del tenedor del documento. En otras palabras, que el Ministerio Público actúe para proteger, únicamente, el interés económico individual del afectado; interés que, en consecuencia, sería el único o principal bien jurídico protegido por la norma.

El supuesto del delito cometido cuando se gira un cheque en descubierto ha estado siempre bajo la sombra de la duda de configurar un caso de prisión por deudas, que contradicen expresas prohibiciones de los Tratados internacionales de Derechos Humanos. Afirma el profesor Soto Piñeiro que el carácter privado que se asigna a la acción en estos casos implica el reconocimiento de que estamos ante un caso de prisión por deudas. El que «la legislación procesal admita (ratifique) que en la especial protección penal del cheque sin provisión de fondos está consagrada una hipótesis de prisión por deudas... tiene la ventaja de poner al descubierto qué es exactamente lo protegido en la protección penal del cheque y

de permitir, por ende, a la comunidad jurídica nacional tomar conciencia sobre ese extremo y pronunciarse sobre sus consecuencias»

De tal forma queda expresamente derogada este caso constitutivo de prisión por deudas que no solo atentaba en contra del artículo 7 número 7 del Pacto de San José de Costa Rica, sino que especial y directamente sobre el artículo 19 N° 7 Y N° 26 de la Constitución Política de la República de Chile, postura que aun antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal fue acogida por los tribunales superiores de justicia a través de los recursos de amparo interpuestos.

Conclusión : Fundado en la reseña histórica expuesta, la prisión como medio de apremio para obtener la satisfacción de un crédito en el evento de que el deudor no cumpla con la prestación a la cual se obligo en materia de juicio ejecutivo, fue evolucionando desde la prisión servidumbre, cuyo origen lo encontramos en el derecho romano, hasta la prisión coactiva subsistente bajo el reinado de los Reyes Católicos y por remisión de estas normas hacia nuestro derecho. Una vez proclamada la independencia en nuestro país surge la idea de dictar leyes propias, en tal sentido se dicta la ley Mariana en materia de juicio ejecutivo, ley que posteriormente fue derogada bajo el gobierno de José Joaquín Pérez y que elimino a lo menos formalmente de nuestro sistema la prisión por deudas.

Se evoluciona de esta forma hasta llegar al derecho de prenda general que tienen los acreedores sobre el patrimonio del deudor consagrado en el Código Civil, el apremio en tal sentido ha de tender a establecer obligaciones por parte del deudor que faciliten la realización de sus bienes, lo cual queda expresamente regulado en el Código de Procedimiento Civil. Y que contempla solo un caso de prisión por deudas relativas a las obligaciones de hacer.

Posteriormente otros casos de prisión por deudas como las normas relativas al giro doloso cheques o la caución exigida en el Art. 163 F del Código

Tributario fueron modificadas y en virtud de la nueva legislación se fueron adaptando a la normativa internacional.

Pese a lo anterior, todavía quedan casos que encuadran en esta hipótesis.

2. CASOS DE PRISIÓN POR DEUDA EN CHILE.

2.1 EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO

2.1.2 Fundamento El fundamento de la carga tributaria se encuentra en la necesidad que asiste al Estado de obtener recursos que le permitan llevar adelante sus proyectos sociales y financiar los gastos inherentes a la administración estatal, en este sentido se ha sostenido que el vocablo tributo significa “obligaciones pecuniarias que la ley impone a las personas para el cumplimiento de los fines del Bien Común propios del Estado”. (55)

Para ello cuenta con la atribución de imponer cargas tributarias y con la inherente potestad sancionadora para hacer efectivo el cumplimiento de ellas, todo conforme a las leyes vigentes.

Dentro de estas facultades el Estado deberá respetar no solo los principios que rigen la administración sino que deberá tener especial cuidado por los derechos y garantías establecidas en la Constitución, norma fundamental en nuestro país. De esta forma los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, deben ser respetados y efectivamente aplicados.

En doctrina surge el principio de la justicia tributaria el cual como principio de carácter constitucional, sostiene que los tributos que se impongan deben ser compatibles con el necesario respeto a los derechos fundamentales de los contribuyentes, consagrados tanto en el propio artículo 19 de la Constitución Política, como en los tratados internacionales ratificados por Chile que se

(55) *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae Año IV.Nº-2000, ponencia de la profesora de derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Marisol Peña Torres sobre aspectos constitucionales del sistema tributario en Chile, Pág. 171.*

encuentran vigentes, consecuentemente desde este punto de vista, el principio de la justicia tributaria constituye un verdadero limite al ejercicio de la potestad tributaria por parte de los órganos pertinentes.

Este principio ha sido recogido por el Tribunal Constitucional y se expresa entre otros en la necesidad de que las leyes que se dicten en materia de orden tributario como las atribuciones que estas confieran a determinados órganos del estado respeten el contenido valorico de la Constitución Política que aparece presidido por el reconocimiento de la dignidad sustancial de toda persona(56)

2.1.3 Casos de prisión por deudas

2.1.3.1 Retardo en enterar en tesorería impuestos sujetos a retención En ese orden de ideas y dirigiéndome al tema de esta memoria, el Libro I titulo primero del Código Tributario trata de los apremios. En él se otorga la facultad al Servicio de Tesorería para solicitar ante la justicia ordinaria el arresto del contribuyente que no hubiere dado cumplimiento a sus obligaciones tributarias (57)

(56) *Fallo del tribunal constitucional del 17 de mayo de 1994, rol n° 183, considerando 5 del voto de minoría del ministro Osvaldo Faundez.*

(57) *El Art. 168 inciso segundo del Código Tributario dispone que “ Corresponde al Servicio de Tesorería la facultad de solicitar de la justicia ordinaria los apremios en el caso especial a que se refiere el artículo 96 y, en general, el ejercicio de las demás atribuciones que le otorguen las leyes) a su vez el artículo 93 del citado cuerpo legal dispone en su inciso primero que en los casos que se señalen en el presente titulo podrá decretarse por la justicia ordinaria el arresto del infractor hasta por quince días, como medida de apremio a fin de obtener el cumplimiento de las obligaciones tributarias respectivas.*

Considerando **una primera hipótesis**(58) el retardo en enterar en tesorería impuestos sujetos a retención(59), estos apremios, establece dicho cuerpo legal, podrán renovarse si se mantienen las circunstancias que los motivaron y no se aplicaran o cesaran si los contribuyentes cumplen con sus obligaciones tributarias (60).

Tales apremios tienen su origen en una infracción tributaria que puede definirse como “las modalidades de comportamiento de los sujetos pasivos del tributo, que determinen por acción u omisión, una trasgresión de las normas jurídicas que importan obligaciones sustantivas de realización de prestaciones tributarias o deberes formales de colaboración con la administración financiera, para dar efectividad a los créditos fiscales” (61).

Es necesario destacar que en el caso en comento no nos encontramos frente a un delito tributario, el cual acarrea una sanción penal e implica que el sujeto activo del delito ha actuado con dolo y por ende ha existido intención positiva de defraudar al patrimonio fiscal, sino que frente a una infracción tributaria.

Los apremios se pueden definir como los medios compulsivos consagrados por la ley, a fin de obtener de los contribuyentes el cumplimiento de la obligación

(58) Art. 96 del Código Tributario prescribe que también procederá la medida de apremio tratándose de la infracción contemplada en el n°11 del artículo 97.

En los casos del presente artículo el servicio de tesorería requerirá a las personas que no hayan enterado los impuestos dentro de los plazos legales, y si no los pagaren en el término de 5 días, contados desde la fecha de notificación, enviara los antecedentes al juez civil del domicilio del contribuyente, para la aplicación de lo dispuesto en los artículos 93 y 94.

(59) Art. 97 n 11 Código Tributario Inciso final: las resoluciones que decreten el apremio serán inapelables.

(60))Art. 94 Código Tributario “. Los apremios podrán renovarse mientras se mantengan las circunstancias que lo motivaron...” “Los apremios no se aplicaran o cesaran, según el caso, cuando los contribuyentes cumplan con las obligaciones tributarias respectivas”.

(61) Radovic Schoepen, Ángela, Sistema Sancionatorio Tributario: infracciones y delitos. 1edición. 199. Pág. 39

tributaria, tratándose de determinados tributos, o bien obtener, de ciertas personas, conductas determinadas. (62).

Una segunda hipótesis hace extensivo el apremio a aquellos casos en que el contribuyente no ha dado cumplimiento a su obligación tributaria originada en las diferencias al IVA por objeciones al crédito fiscal.

De esta forma ambas situaciones configuran un típico caso de prisión por deudas ya que se contraviene en forma expresa el artículo 7 número 7 del Pacto de San José de Costa Rica que acepta solo como excepción a tal norma, las obligaciones que tienen su origen en un incumplimiento de deberes alimentarios.

2.1.3.2 Consignación del 30% de los impuestos adeudados para obtener libertad.

Otro caso que se ha sostenido constituye una prisión por deuda en esta materia es el del artículo 163 f del citado cuerpo legal, discusión que ha perdido relevancia con la modificación que experimentó dicho artículo; Se sostenía que dicho artículo era inconstitucional por vulnerar el artículo 19 N° 7 y N° 26 de la Constitución Política de la República de Chile, es decir, el derecho a la libertad personal y la esencialidad de los derechos, pues la ley al establecer los requisitos y modalidades para obtener la libertad provisional no puede afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, de esta forma los tribunales superiores sin necesidad de pronunciarse directamente si se estaba frente a un caso de vulneración del Art. 7 n 7 del Pacto de San José acogieron las acciones de amparo interpuestas por transgredir los preceptos constitucionales en referencia.

Al respecto un breve análisis de la norma en comento:

El artículo 163 f del Código tributario dispone que “Cuando proceda la excarcelación, el Juez fijará el monto de la fianza. En los casos a que se refiere el

(62) *Obra citada. Zavala Ortiz, José Luis. Manual de derecho tributario. Jurídica ConoSur, 1998. Pp. 129*

inciso segundo del número 4º del artículo 97, la fijará en una suma no inferior al 30 por ciento de los impuestos evadidos, reajustados en la forma prevista en el artículo 53, y de acuerdo a la estimación que de ellos se haga por el Servicio de Impuestos Internos. La excarcelación se otorgará y la fianza se rendirá de acuerdo a los incisos segundo y tercero del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, cualquiera que sea la pena asignada al delito.

Sin embargo, en los casos a que se refiere el inciso tercero del N° 4º del artículo 97, la excarcelación procederá de acuerdo con las reglas generales, pero se exigirá, además, caución y no se admitirá otra que no sea un depósito de dinero de un monto no inferior a la devolución indebidamente obtenida, según los antecedentes que presente el Servicio de Impuestos Internos. Sobre este monto, el Tribunal fijará los reajustes e intereses que procedan.”

El artículo 163 del Código Tributario fue sustituido por el artículo 43 de la Ley 19.806, publicada el 31 de mayo de 2002, el cual prescribe que “Cuando el Director del Servicio debiere prestar declaración testimonial en un proceso penal por el delito tributario, se aplicará lo dispuesto en los artículos 300 y 301 del Código Procesal Penal.

Si en los procedimientos penales que se sigan por los mismos delitos, procediere la prisión preventiva, para determinar en su caso la suficiencia de la caución económica que la reemplazará, el tribunal tomará especialmente en consideración el hecho de que el perjuicio fiscal se derive de impuestos sujetos a retención o recargo o de devoluciones de tributos; el monto actualizado, conforme al artículo 53 de este Código, de lo evadido o indebidamente obtenido, y la capacidad económica que tuviere el imputado”.

En el Código Procesal Penal desapareció el instituto del procesamiento, que aparejaba la prisión preventiva del inculpado. Su Título V consigna las medidas cautelares personales, estableciendo -como “principio general”- que ellas “sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la

necesidad de su aplicación”. El artículo 139, después de expresar que “toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”, prescribe que la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Y el artículo 146, referido a la “caución para reemplazar la prisión preventiva”, dispone que cuando ésta “hubiere sido o debiere ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará”; a su vez, el actual artículo 163 del Código Tributario (reemplazado por el artículo 43 de la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2006), en armonía con las reglas dadas sobre la caución económica por el Código Procesal Penal, entrega al juez, para calificar su suficiencia, ciertos elementos como la naturaleza del delito, el monto de lo evadido y la capacidad económica del imputado;

El primitivo artículo 163 F imponía al juez, para otorgar la libertad provisional, y cualquiera que sea la pena asignada al delito, el deber de fijar una fianza cuyo monto no podía ser inferior al 30% de los impuestos evadidos (reajustados en el mismo porcentaje de aumento experimentado por el índice de precios al consumidor y aumentado con el interés penal del uno y medio por ciento mensual por cada mes), y de acuerdo a la estimación que de ello hiciera el Servicio de Impuestos Internos. Lo cual atentaba directamente contra los parámetros incuestionables de razonabilidad y justificación, ya que, la estimación o cálculo que sirve de base a la fijación de la fianza, era confiado por el legislador a una de las partes del juicio criminal, sobrepasándose la indispensable objetividad que debe inspirar una operación de esa naturaleza y se sustraía al juez su potestad para regular soberanamente el monto de la caución, de la misma forma la cuantía de la fianza –concebida para asegurar la comparecencia a los actos del juicio implicaba desproporción entre la norma y su finalidad y la limitación al ejercicio del derecho carecía de determinación, ya que la aplicación del porcentaje mínimo que fija el precepto puede elevar la caución a un monto tal que

haga difícil o imposible su satisfacción para el titular; De esta forma la aplicación de las condiciones contempladas en el primitivo artículo 163 letra f significaba imponer un requisito que impedía el libre ejercicio del derecho consagrado en el artículo 19 N° 26 de la Constitución de la República de Chile;

No se analizara mayormente esta hipótesis, puesto que la infracción constitucional directa y evidente respecto del artículo 19 numerales 7 y 26 de la Constitución Política fue subsanada con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, dejando de configurarse de esta manera un caso de prisión por deudas.

2.1.4 Sirven de fundamento a que los casos señalados configuran una prisión por deudas los siguientes argumentos:

1.- El Pacto de San Jose de Costa Rica es ley en nuestro país por cuanto ha sido ratificado conforme lo prescriben los artículos 30 N° 17 y N° 50 de la Constitución Política de la República.

De esta forma la libertad personal es un derecho esencial que debe ser respetado y garantido por los órganos del estado bajo sanción de nulidad según lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

2. - Las normas contenidas en el Pacto de San Jose de Costa Rica tienen rango constitucional conforme al artículo 5 de la Constitución Política de la República.

3. - No hay lugar a dudas de que nos encontramos en un procedimiento ejecutivo, antecedente directo de la prisión por deudas como se ha sostenido en la introducción de este tercer capítulo. Así, el Art. 168 inciso 2 del título V del Código Tributario que trata del cobro ejecutivo de las obligaciones tributarias de dinero entrega esa facultad exclusiva de solicitar apremios al Servicio de Tesorerías en el caso especial del artículo 96, que se refiere al artículo 97 N° 11.

2.1.5 Posibles vías de impugnación De solicitarse el apremio al afectado le sería posible impugnarlo a lo menos por tres vías:

1. - A través de un recurso de amparo, sosteniendo que de esta forma se ve conculcada su libertad personal y que el apremio solicitado es ilegal por cuanto el Pacto de San José en su artículo 7 lo prohíbe.

2. - Sosteniendo ante los jueces de la instancia que con respecto a la normativa en que se fundamenta el apremio ésta se encuentra derogada tácitamente ya que el decreto ley N°830 que aprueba el Código Tributario data del 27 de diciembre 1974 y el Pacto de San José de Costa Rica entra en vigencia en nuestro país el 5 de Enero de 1991.

3.- Solicitando que se declaren inaplicables las normas en referencia por contradecir el Art. 5 de la Constitución Política de la Republica, en concordancia con el Art. 7 numero 7 del Pacto de San José de Costa Rica.

Al respecto encontramos la siguiente jurisprudencia relativa al tema, respecto de la cual solo se analizaran los principales argumentos:

2.1.6 JURISPRUDENCIA

2.1.6.1 JURISPRUDENCIA DEL ARTICULO 97 N ° 11 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO.

1. -Corte de Apelaciones de Punta Arenas rol I.CA N°38-2007, recurso de amparo presentado por medida de apremio decretada contra el deudor de obligaciones tributarias

En la causa en comento la defensa del amparado argumentó con relación al tema en referencia que la orden de arresto despachada infringe las disposiciones contenidas en la Constitución Política de la Republica y en los tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En la parte considerativa se fundamenta el rechazo al recurso de amparo, fundado en el hecho de que la orden de arresto ha sido dictada en el curso de un procedimiento ejecutivo de obligaciones tributarias de dinero, producto de una orden emanada de una autoridad con facultad para disponerla y expedida dentro de los casos previstos en la ley.

Que el recurso no constituye ni la oportunidad ni la vía procesal idónea.

Que no se vulnera el Pacto de San Jose de Costa Rica por cuanto la obligación tributaria perseguida y cuyo cumplimiento se pretende mediante el apremio solicitado, encuentra su origen en la ley, y no corresponde a una deuda entre particulares, que emane de un vinculo contractual. (el subrayado es mío)

Esta sentencia fue confirmada por la Corte suprema en fallo de 17 de Julio de 2007 rol N°3585-2007. (63)

2. -Recurso de amparo, apremio personal por falta de pago de tributos originadas en diferencias motivadas por el rechazo que el servicio de impuestos internos ha hecho del crédito fiscal.

Causa rol de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción N°24-98 se rechaza el recurso, se sostiene que el recurrente pretende impugnar por esta vía el proceso administrativo tramitado por el servicio de impuestos internos y el servicio de tesorería, sin embargo, el legislador ha establecido un procedimiento y un tribunal tributario encargado de conocer los asuntos en que se funda el recurso y que el apremio es legítimo.

Sin embargo en fallo de 21 de Julio de 1998 emanado de la Corte Suprema se hace lugar al recurso de amparo preventivo fundado en que el apremio es improcedente por cuanto el cobro del IVA que se hace al contribuyente es por el rechazo que el Servicio de Impuestos Internos hace del crédito fiscal alegado por éste y no por la retención indebida del IVA que es el caso previsto y sancionado en el artículo 93 Y 97 N°11 del Código Tributario. (64)

En este caso queda de manifiesto que la aplicación de los apremios en el caso del Art. 97 N° 11 se encuentra plenamente vigente y se ha extendido a casos de diferencias de crédito fiscal ampliando los casos en que se estaría vulnerando la prohibición de la prisión por deudas.

(63) *Gaceta Jurídica* origen Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, año 2007 / Julio /N|325 Pág. 388 a 393.

(64) *Jurisprudencia tributaria* editorial Conosur Pág. 782 a 795..

Aunque el caso en referencia fue resuelto sobre la base del argumento señalado y el recurrente no funda sus alegaciones en el numeral 7 del Pacto de San Jose de Costa Rica, estos se hacen plenamente aplicables en virtud los argumentos latamente expuestos.

3.-Recurso de amparo acogido infracción artículos 95 y 96 del Código Tributario Corte Suprema rol 4292-02.

Recurso de amparo tiene su origen en la causa rol N° 32.898 caratulada “Fisco con Muñoz Molina, Jose Eustasio”, en apelación ante la Corte Suprema esta falla lo siguiente: Que el arresto dispuesto por el tribunal se aparto de los casos específicos que lo autorizan y que se contemplan en los articulo 95 y 96 inciso primero del Código Tributario ya que tal medida fue solicitada dentro de un procedimiento ejecutivo, de cobro de impuestos adeudados, en el cual no se faculta la utilización de esta medida compulsiva personal, por lo cual dicha resolución importa una verdadera prisión por deudas (65)

2.1.6.2 JURISPRUDENCIA DEL ART. 163 LETRA F DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

1.-- El Tribunal Constitucional declaró inaplicable en la causa seguida contra el recurrente, del Primer Juzgado de Letras de San Bernardo, el precepto contenido en el artículo 163, letra f, del Código Tributario, anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.806.

En su fallo, el Tribunal señaló que la disposición objetada impone al juez, para otorgar la libertad provisional, y cualquiera que sea la pena asignada al delito, el deber de fijar una fianza cuyo monto no puede ser inferior al 30% de los impuestos evadidos y de acuerdo a la estimación que de ello haga el Servicio de Impuestos Internos.

(65) *Gaceta Jurídica* año 2002/ N°269. Pág. 201-202.

Agregó, que no se condice con parámetros incuestionables de razonabilidad y justificación que la estimación o cálculo que sirve de base a la fijación de la fianza, sea confiado por el legislador a una de las partes del juicio criminal, sobrepasándose la indispensable objetividad que debe inspirar una operación de esa naturaleza y sustrayéndose al juez su potestad para regular soberanamente el monto de la caución. (66)

2. - La disposición del artículo 163 f del código tributario, que en los delitos tributarios establece que el juez fijara la fianza en una suma no inferior al 30% de los impuestos evadidos, debe entenderse derogada por la norma superior de los n° 7 letra e y 26 del artículo 19 de la Constitución Política Diciembre de 1990. rol 3.746 Tulio Chichiziola Cansino .3° sala.26 de Diciembre. Fallos del mes. Queja. Integran : Rafael Retamal, Servando Jordan, Roberto Dávila, Claudio Illanes y Pedro Montero. (67)

3. - No procede la fijación de la caución prescrita en el artículo 163 f del Código Tributario, por cuanto esta disposición debe entenderse derogada por la norma superior de los n 7 letra e y 26 de la Constitución Política, de modo que procede fijar únicamente la fianza que señal el artículo 163 del código de procedimiento penal. Abril de 1991.rol 4080. Juan Dellafiori Gaggino .2° sala.11 de Abril.

(66) *Tribunal Constitucional – 03.07.2007 – Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad – Francisco Godoy Rojas c/ sii - rol 728-07 - ministros Sres. José Luis Cea Egaña – Juan Columbo Campbell – Hernán Vodanovic Schnake – Mario Fernández Baeza – Marcelo Venegas Palacios – señora Marisol Peña Torres – Enrique Navarro Beltrán – Francisco Fernández Fredes. (Fuente) (Fuente <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/judicial/2007/codigo/jj2206.htm>-----trib const rol 787-07 art 163 f)*

(67) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema autor Jorge Mera Figueroa, Álvaro Castro 1983-1995. Pág. 355*

Fallos del mes. Queja. integran: Marcos Aburto, Servando Jordán, Enrique Zurita, Osvaldo Faundez, Fernando Fueyo. (68)

4. -La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, desechó un recurso de amparo deducido en favor de un procesado, en cuanto estableció que la exigencia de una caución igual al 30% del impuesto evadido que se establece en la letra f) del artículo 163º del Código Tributario, para que proceda la libertad provisional de un procesado por delito tributario, no es contraria al derecho que establece la letra e) del N° 7 del artículo 19º de la Constitución Política de la República, ni tampoco se encuentra en pugna con el numerando 5º del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, en lo referente al derecho a la libertad personal, a la seguridad personal y sus garantías.

Interpuesto recurso de apelación en contra del fallo, la Excma. Corte Suprema, con fecha 11.02.1999, lo confirmó en todas sus partes.

El fallo dictado por la Ilma., Corte de Apelaciones de Copiapó, hecho suyo por la Excma. Corte Suprema establece en su considerando tercero: Que si bien es cierto, con fecha 05 de enero de 1991 se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 873, que ordena cumplir en todas sus partes la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, en lo que interesa examinar, resulta que en el artículo 7º de ese Pacto se consagra lo referente al derecho a la libertad personal, a la seguridad personal y sus garantías, y entre éstas, en lo que concierne a la prisión preventiva, en su numerando 5º ese precepto dispone, que toda persona detenida deberá ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe su proceso; y establece, además, que esa libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren de algún modo su comparecencia en juicio.

(68) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema autor Jorge Mera Figueroa, Álvaro Castro 1983-1995. Pág. 355*

En el numerando 7° el comentado artículo del “Pacto de San José”, asegura el derecho de que nadie será detenido por deudas, pero tal norma no resulta contraria a la del artículo 163 letra f) del Código Tributario, en cuanto la caución que establece es una condición legal para que las personas privadas de libertad, por delitos descritos en esa ley, puedan obtener su excarcelación asegurando de ese modo su comparecencia al juicio. (69)

5. - Considerando 4º que el artículo 163 letra f) del Código tributario al exigir una caución extraordinaria para permitir la libertad provisional en los procesos por delitos previstos en ese cuerpo legal, ha sido derogado por las reglas o prescripciones de los N.ºs. 7 letra e) de la Constitución Política, por ser la disposición del Código Tributario absolutamente incompatible con estos últimos. Agosto de 1991. Rol 3.499. Director de SII.2 Sala.5 de Agosto. Fallos del Mes. Queja. Integran: Rafael Retamal, Emilio Ulloa, Roberto Dávila, Hernán Álvarez, Luis Cousiño. (70)

6. - El artículo 167 letra f) del Código tributario ha sido derogado tácitamente por el N.º 7 letra e) y 26 del artículo 19 de la Constitución Política. Diciembre de 1991. Rol 4.833. Director SII.2 Sala.23 de Diciembre. Fallos del Mes. Queja. Integran: Rafael Retamal, Emilio Ulloa, Roberto Dávila, Hernán Álvarez y Eugenio Álvarez (71)

7. - En sentido contrario se niega lugar al recurso de queja interpuesto fundado en “ El artículo 163 letra f) del Código tributario debe aplicarse, incurriéndose en falta si no se aplica”. Agosto de 1993. Rol 6.312. Director SII. 1 Sala. 19 de Agosto. Fallos

(69) <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/judicial/1999/codigo/agosto4.doc> rol 67.406-29/01/1999 Copiapor Art. 163 f)

(70 y 71) Fallos sacados de Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, Autor Jorge Mera Figueroa y Álvaro Castro.

del Mes. Queja. Integran: Hernán Álvarez, Guillermo Navas, Víctor Hernández, Alejandro Silva y Álvaro Rencoret.(72)

8. - La caución del artículo 163 letra f del Código Tributario no debe ser aplicada de lo contrario se comete falta o abuso, puesto que estas normas son contrarias al N°7 letra e y 26 del artículo 19 de la Constitución Política.

Acordada contra el voto de los señores Beraud y Carrasco, que dicen que dichas normas están en armonía con la Constitución Política.

Agosto de 1994. Rol 90. Fisco. 2 Sala. 4 de Agosto. Fallos del Mes. Queja. Integran: Lionel Beraud, Arnaldo Toro, Oscar Carrasco, Fernando Castro y Mario Verdugo.(73)

9. - El artículo 163 letra f del Código Tributario, al establecer que, cuando proceda la excarcelación, el juez fijar el monto de la fianza en una suma no inferior al 30% de los impuestos evadidos reajustados en la forma señalada en su artículo 53, afecta en su esencia al derecho a la libertad provisional del procesado al imponerle requisitos que en el hecho impiden su libre ejercicio.

El artículo 19 N°26 de la Constitución Política garantiza que los preceptos legales complementarios no pueden limitar o afectar los derechos o garantías en su esencia, ni imponer condiciones o requisitos que impidan su ejecución.

Acordada con el voto en contra del Sr. Bañados y el abogado integrante Sr. Castro.

Agosto de 1994. Rol 4.705. Hernán Carrasco Tauler. 1 Sala. 30 de Agosto. Fallos del Mes. Queja. Integran: Adolfo Bañados, Luis Correa, Mario Garrido, Fernando Castro y Mario Verdugo.(74)

(72,73,74) fallos sacados de *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*, Autor Jorge Mera Figueroa y Álvaro Castro.

2.1.7 Conclusiones:

En lo que respecta al argumento que la obligación tributaria tiene su origen en la ley y no en una obligación contractual, ha de desestimarse por cuanto el Pacto de San Jose de Costa Rica prohíbe la prisión por deudas en un sentido amplio admitiendo solo una excepción, a saber, aquella originada en el incumplimiento de deberes alimentarios, no debiendo por tanto hacerse una interpretación restrictiva del alcance de la prohibición a la prisión por deudas.

También se argumenta en el caso del artículo 163 f del Código Tributario que la caución exigida al inculpado es una condición legal para obtener su libertad, lo cual es improcedente por cuanto la única caución posible de exigir constitucionalmente es aquella que encuentra su fundamento en la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado en juicio, además la ley al establecer los requisitos y modalidades para obtener la libertad provisional no puede afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio,

De esta forma se puede sostener que al exigir la caución de la norma en referencia se configuraba un caso de prisión por deudas toda vez, que esta se calculaba sobre la base de los impuestos adeudados, sin considerar otros parámetros, resultando no solo vulnerado el Art. 7 del Pacto de San Jose de Costa Rica, sino que también los derechos consagrados en los artículo 19 N°7 y N°26 de la Constitución Política de la Republica.

En tal sentido los tribunales hicieron aplicación directa de estas normas para acoger los recursos de amparo presentados.

En el ámbito tributario el Código Modelo Tributario para América Latina trata en sus artículos 79 y 80 de los apremios estableciendo que las causas para su aplicación son solo dos, Art. 80 Causas para la aplicación del apremio. Procederá el apremio en contra de las personas que: 1. - Habiendo sido citadas por segunda vez por la Administración tributaria no concurren sin causa justificada. 2.

Entorpezcan las diligencias dispuestas por la Administración tributaria en el ejercicio de sus facultades de fiscalización y cobranza.

Ninguno de estos artículos contempla la posibilidad de solicitar apremios fundado en el no pago de impuestos.

Aunque se ha avanzado introduciendo mecanismos tendientes a que el deudor efectivamente cumpla con su obligación tributaria haciendo mas expedito el procedimiento de ejecución y permitiendo la pronta realización de sus bienes, como por Ej. La obligación que pesa sobre los deudores morosos de realizar una declaración jurada de sus bienes a petición de los recaudadores fiscales, se insiste en el apremio corporal y de esta forma se incumple de manera flagrante la normativa internacional, advirtiéndose una cierta reticencia a aplicar directamente las normas contenidas en el Pacto de San Jose, quizás por que hay que aceptar que se trata de una norma de rango constitucional y que la extensión a la prohibición de la prisión por deudas incluye todo tipo de obligaciones cualquiera sea su fuente con la excepción de las alimentarias.

2.2 EN EL ÁMBITO PREVISIONAL

El Derecho a la Seguridad Social es definido por la Organización Internacional del Trabajo como “ El conjunto de disposiciones legislativas que crean un derecho a determinadas prestaciones, para determinadas categorías de personas, en condiciones específicas” (75)

Se encuentra consagrado en el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la Republica de Chile el cual asegura a todas las personas el derecho a la Seguridad Social y señala que corresponde al Estado supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho(76)

Con el objeto de resguardar el derecho en referencia el 13 de Noviembre de 1980 se publico en el diario oficial el Decreto Ley 3500 el cual crea un sistema de

(75) *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Héctor Humeres Nogue, decimosexta edición.*

(76) *Artículo 19 n 8 inciso primero y final de la Constitución Política de la Republica de Chile..*

pensiones, de vejez, de invalidez y de sobrevivencia derivados de la capitalización individual (77), en el cual se establece que el trabajador deberá destinar el 10% de su remuneración a estos fines(78) y que corresponderá al empleador retener, deducir, declarar y pagar en la administradora de fondos correspondientes dichas cotizaciones, en este sentido se establecen una serie de multas para el empleador que incumpla tal obligación (*Art. 4 D.L 3500*) y se entrega la facultad de cobrar las cotizaciones impagas a la AFP del afiliado afectado (79) a través de un procedimiento especial ante el Juzgado de Cobranzas Laborales y Previsionales.

Las normas en referencia constituyen un efectivo mecanismo de resguardo de los intereses de los trabajadores y su severidad que recae en el ámbito patrimonial de los empleadores que incumplen su obligación se encuentra plenamente justificada atendidos los intereses comprometidos. Sin embargo, se recurre con frecuencia, por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones a la ley 17322, Art. 12 y 14 a objeto de que se apremie al deudor que no ha enterado en dichas Administradoras de Fondos de Pensiones los montos correspondientes a las deducciones efectuadas a sus trabajadores por concepto de cotizaciones, apremio que consiste en la privación de libertad del empleador hasta por 15 días, sin perjuicio, de la posibilidad de repetir el apremio (80) hasta obtener el pago de las sumas retenidas, esta ley data del año 1970 y contempla un procedimiento ejecutivo especial. La aplicación de esta norma implica una vulneración grave al Art. 7 N°7 del Pacto de San Jose de Costa Rica y constituye a nuestro parecer un caso de prisión por deudas.

La ley en referencia según nuestro entender se encuentra tácitamente derogada por cuanto una ley posterior con rango constitucional como es el Pacto de San Jose de Costa Rica que entró en vigencia en nuestro país en el año 1991.

(77) *Art. 1 D.L 350,*

(78) *Art 3 D.L 3500.*

(79) *Art. 5 D.L 3500.*

(80) *Art. 12 ley 17322.*

Se ha intentado sostener la vigencia de los Art. 12 y 14 de la ley 17322 basado en las diversas modificaciones que ha sufrido con posterioridad a la entrada en vigencia del Pacto de San Jose, haciendo énfasis en que el legislador no la considera un caso de prisión por deudas e incluso la ha reforzado a través de nuevos mecanismos así el DL. 1.526 de 7 de agosto de 1976 que dispone que tanto la orden de apremio como su suspensión deberían ser comunicadas a la policía de Investigaciones de Chile para su registro.

Así el proyecto del senador Julio Lagos Cosgrove de derogar el Art. 12 de la ley 17332 que data de 1994, sin embargo, dicho proyecto no tuvo éxito, ya que, basado principalmente en los informes que emitieron la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, la que a su vez requirió los informes de la Superintendencia de Seguridad Social y de Administradoras de Fondos de Pensiones, ambas coincidieron en la inconveniencia de derogar el artículo 12, uno fundado en la alta morosidad de los empleadores que registraban en el entero y pago de las imposiciones descontadas de sus trabajadores, sosteniendo que el Pacto de San Jose no se estaría vulnerando ya que se estaría en presencia de un delito, sancionado en el artículo 13 de la ley 17322, la Superintendencia manifestó a su vez que el empleador al retener las cotizaciones no estaba haciendo otra cosa que manejar fondos de terceros que no se infringía el Pacto de San Jose de Costa Rica pues de acuerdo a los principios generales del derecho y de la seguridad social, según los cuales las cotizaciones forman parte de las remuneraciones del trabajador, el empleador esta facultado a retenerlas solo con un fin especial, actuando entonces como un mandatario legal, por lo que mal podría ser calificado como un simple deudor. (81)

Es necesario hacer presente que la ley 19728, que entro en vigencia el Catorce de Mayo del año Dos mil Uno, establece un seguro obligatorio de cesantía, en favor de los trabajadores dependientes regidos por el Código del

(81) *(Obra citada Revista de Derecho Universidad de Concepción, El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la ley 117322 ¿prisión por deudas? Pág. 148-149.*

Trabajo, haciendo procedente el apremio contemplado en el artículo 12 de la ley 17322 al empleador que no cumpla con su obligación de enterar las cotizaciones que hubiere retenido o debido retener a sus trabajadores en la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía, sin perjuicio de hacer aplicables las sanciones penales que se establecen en la citada ley.

Estas manifestaciones del legislativo no hacen otra cosa que reafirmar esta memoria, en el sentido que el Estado de Chile a través de sus órganos, sean estos ejecutivos(al enviar proyectos de ley que insisten en esta idea), el legislativo al aprobar leyes que contravienen Tratados internacionales y el judicial al aplicarlas no han considerado y otorgado(salvo excepciones en el poder judicial) la relevancia constitucional que tienen las normas contenidas en la normativa internacional.

Los principales argumentos para sostener que estamos frente a un caso de prisión por deudas son los siguientes:

- 1.- La jerarquía normativa del Pacto de San Jose de Costa Rica
- 2.-El carácter taxativo que utiliza el pacto de San Jose de Costa Rica en su artículo 7 N° 7 y que no contempla el apremio en caso de incumplimiento de deberes previsionales.
3. El Art. 12 de la ley 17322 se encuentra tácitamente derogado
4. Se esta frente a un apremio y no un delito.
- 3.-La historia fidedigna del Pacto de San Jose de Costa Rica.

Los argumentos en referencia han sido recogidos por la jurisprudencia, a continuación se intentara hacer un análisis particular de cada uno de ellos, considerando los fallos más relevantes y recientes dictados en la materia:

2.2.1 Jerarquía normativa del Pacto de San Jose de Costa Rica a la luz de la jurisprudencia.

2.2.1.1 El Pacto De San Jose De Costa Rica tiene rango de ley;

Así la Corte de Apelaciones de Santiago en Causa rol: N° 3.289-2006. Fecha del fallo: Siete de marzo de 2006, al pronunciarse sobre recurso de amparo expresa y sostiene lo siguiente en su considerando segundo “Que para los efectos de resolver el presente recurso es conveniente, en primer lugar, poner de manifiesto el carácter obligatorio de la norma jurídica aludida(82) para los tribunales nacionales, atendido que dicho cuerpo de derecho internacional es ley en el territorio nacional en virtud de su ratificación parlamentaria y posterior promulgación.

2.2.1.2 El Pacto De San Jose De Costa Rica tiene rango Constitucional:

1. - Corte de Apelaciones de Temuco, Segunda Sala Causa rol: N° 121-2006. Fecha del fallo: Veinte de Junio de 2006 Recurso de amparo acogido.

1º. Que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 32 N°17 y 50 N°1 de la Constitución, y luego de su promulgación y publicación en el Diario Oficial;

2º. Que, de acuerdo con el artículo 5º, inciso 2º de la Carta Fundamental, los derechos asegurados en los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos, y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos;

2. -Recurso de amparo acogido Corte de Apelaciones de Santiago Cuarta Sala Causa rol: N° 5976-2006. Fecha del fallo: Cinco de Mayo de 2006.

(82) El fallo cuando hace referencia a la “... a la norma jurídica aludida...” es a la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 7 N°7

11º Que la prohibición de la prisión por deudas no aparece expresamente prevista como derecho esencial en la Constitución Política de la República, en la numeración que se contiene en el artículo 19, sin embargo, no es posible discutir que la prohibición de determinar la prisión de una persona por el no pago de una cotización provisional, obligación cobrada en juicio ejecutivo laboral, constituye un derecho esencial propio de la naturaleza humana, en la terminología vinculante empleada por el inciso segundo del artículo 5º de la aludida Carta, puesto que dicho derecho se reconoce expresamente en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así, el artículo 11 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, preceptúa que nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual y, más categórico, el artículo 7º Nº 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San_José de Costa Rica) publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991 dispone que nadie será detenido por deudas, exceptuando de esta garantía los mandatos dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

3. -Recurso de inaplicabilidad rechazado

Tribunal Constitucional.

Causa rol: Nº 519-2006.

Fecha del fallo: Cinco de junio de dos mil siete.

Considerando vigésimo quinto: “Que por lo demás y a mayor abundamiento, contrariamente a lo sostenido por los requirentes, el precepto legal en cuestión se encuentra en armonía con los deberes impuestos al Estado en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tal como lo ordena el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, particularmente respecto de diversos tratados internacionales que prohíben la denominada “prisión por deudas.....”.

4. -Recurso de inaplicabilidad rechazado.

Corte Suprema

Causa rol: N° 3387-2003.

Fecha del fallo: Once de Marzo de 2005.

Sin embargo, en el voto en contra de los Ministros señores Cury y Juica, quienes estuvieron por acoger el recurso de que se trata, en su considerando decimotercero sostiene igual argumento y en los mismos términos al sostenido en el considerando undécimo en Recurso de amparo acogido por la Corte de apelaciones de Santiago Cuarta Sala Causa rol: N° -2006. Fecha del fallo: Cinco de Mayo de 2006(ya citado)

En su considerando decimocuarto se expresa(principal argumento resumido)afirma 14. - Que ambos preceptos reafirman la preocupación del ordenamiento jurídico internacional de enfatizar el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, o sea, son disposiciones que satisfacen clara y expresamente el requerimiento que plantea el aludido artículo 5º de nuestra carta Fundamental, en cuanto impone un límite al ejercicio de la soberanía, tratándose de estos derechos, ordenando al Estado, por consiguiente, respetar y promover tanto los derechos que asegura la Constitución, así como por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. La expresión así como denota con claridad el sentido del constituyente de hacer equivalente estos especiales tratados de derechos humanos a la Constitución Política de la República y con el mismo rango al derecho interno.Esta redacción denota claramente que tratándose de derechos esenciales de la persona humana, no sólo constituyen derechos o garantías fundamentales las previstas en el artículo 19 de la Constitución, sino que también lo conforman y con la misma fuerza jerárquica normativa todo otro derecho humano contenido en cualquier tratado internacional que Chile haya ratificado y que se encuentre vigente; 15. - Que en estas condiciones, aclarado que el derecho de una persona de no ser privado de libertad por incumplimiento de una obligación, se alza como un bien esencial y superior del hombre que

emana de su naturaleza humana y por lo tanto, tiene protección constitucional, por lo que cualquier norma, de rango inferior, que prevea la posibilidad de quebrantar tal derecho es incompatible con el sistema protectivo que ampara nuestra Carta Fundamental y, en tal caso, no puede ser aplicada en un proceso, que a su vez, nuestra Constitución asigna su legitimidad, en el supuesto de existir un racional y justo procedimiento.

El fallo mayoritario desconoce su rango constitucional señalando “en su aspecto medular, que el recurso interpuesto se ha cimentado y estructurado en torno a una supuesta contradicción entre el artículo 12 de la Ley 17.322 y la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos cuyas disposiciones - al margen de su incorporación al derecho interno, de su rango y de la subsecuente preeminencia que pudieran tener o no tener respecto de otras normas legales que regulen la misma materia lo cierto es que no tienen el carácter de normas de la Constitución Política de la República y, por ende, no pueden servir de sustento a un recurso de inaplicabilidad”; (el subrayado es mío)

2.2.2 Sentido y alcance de la prohibición por deudas

En este punto se pretende analizar la posición de la jurisprudencia para dilucidar si el conjunto de normas atinentes a la materia consagradas en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes limitan la prohibición de la prisión por deudas a aquellas que tienen un origen netamente contractual de carácter civil o esta prohibición alcanza a todo tipo de obligaciones cualesquiera sea su origen y que por expresa disposición del Pacto de San Jose de Costa Rica se excluyen solo aquellas que tienen su origen en deberes alimentarios, posición esta ultima que comparto y sostengo.

A continuación los principales argumentos para sostener una u otra posición y que han sido recogidos por la jurisprudencia:

1.-Recurso de amparo rechazado

Corte de apelaciones de Santiago

Causa rol: N° 3.289-2006 .

Fecha del fallo: Siete de marzo de 2006 argumentos resumidos.

Considerando tercero: "...Lo debido no deriva de alguna relación de derecho privado generadora de obligaciones de naturaleza patrimonial, sino que deviene del incumplimiento de la función pública, legal e imperativa asignada por el D.L. 3.500 a los empleadores...".

Considerando cuarto: "atendida la naturaleza jurídica del acto(publico) no es posible aceptar para estos hechos la referida limitación a la potestad del Estado, lo impago no es consecuencia del incumplimiento de obligaciones de índole civil -cual es la previsión del artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sino que de la omisión de enterar dineros ajenos que nunca ingresaron al patrimonio del empleador y que continúan siendo de dominio de los trabajadores; hecho que, además - y porque la omisión de enterar no es deuda -, tal apropiación ha dado lugar al tipo penal del artículo 19 inciso final del citado D.L. 3.500. (sic)

2.-Recurso de amparo acogido

Corte de apelaciones de Temuco, Segunda Sala

Causa rol: N° 121-2006 .

Fecha del fallo: Veinte de Junio de 2006 argumentos resumidos

4º. Que el referido Pacto, admite una sola excepción: los mandatos de autoridad jurisdiccional competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios, por lo que no puede ampliarse su interpretación para incluir, además, las deudas previsionales.

3. -Recurso de amparo acogido

Corte de apelaciones de Temuco Primera Sala.

Causa rol: N° 208-2006 .

Fecha del fallo: Veintiocho de Septiembre de 2006

Principales argumentos(resumidos):

1. - Que el Pacto de San José de Costa Rica, admite una sola excepción, " *los mandatos de autoridad competente dictado por incumplimiento de deberes alimentario*, por lo que no puede ampliarse su interpretación para incluir además las deudas previsionales."

4. -Corte de apelaciones de Santiago Cuarta Sala

Causa rol: N° 5975-2006.

Fecha del fallo: Cinco de Mayo de 2006

Principales argumentos(resumidos):

1º Que la Ley 17.322 prevé el cumplimiento forzado de la obligación que se le impone a todo empleador de declarar y pagar las cotizaciones previsionales. Las imposiciones, tienen como causa y razón, a lo menos mediata, un contrato de trabajo

4º Que de lo expresado, el no pago de imposiciones previsionales coloca al deudor en mora de una carga legal, esto es, de declarar y pagar al ente previsional dicho tributo que, siendo de cargo del trabajador, se traslada por el ministerio de la ley al empleador el compromiso de dar algo por otro, lo cual tiene siempre como antecedentes una convención que acarrea derechos y obligaciones de naturaleza laboral, y su cumplimiento civil- afecta bienes del deudor y no puede acarrear como otra consecuencia frente al mero incumplimiento, aunque éste posteriormente se declare delictivo, una privación o menoscabo a la libertad personal del obligado, por la mera circunstancia de no solucionar un crédito pendiente, de orden civil.

Acordada con el voto en contra del ministro Sr. Dahm quien estuvo por rechazar el recurso de amparo de que se trata en virtud de las siguientes consideraciones:

3º Lo debido no deriva de alguna relación de derecho privado generadora de obligaciones de naturaleza patrimonial, en las que ciertamente es inaceptable la

prisión en el evento de no haber tenido lugar el pago, sino que deviene del incumplimiento de la función pública, legal e imperativa asignada por el D.L. 3.500 a los empleadores.

4º Que atendida la naturaleza jurídica del acto encomendado, no es posible aceptar para estos hechos la referida limitación a la potestad del Estado, por cuanto, como se ha razonado, lo impago no es consecuencia del incumplimiento de obligaciones de índole civil -cual es la previsión del artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -, sino que de la omisión de enterar dineros ajenos que nunca ingresaron al patrimonio del empleador y que continúan siendo de dominio de los trabajadores; hecho que, además - y porque la omisión de enterar no es deuda, tal apropiación ha dado lugar al tipo penal del artículo 19 inciso final del citado D.L. 3.500.

5. -Corte de apelaciones de La Serena.

Causa rol: N° 485-2005 .

Fecha del fallo: Treinta de Septiembre de 2005.

Principales argumentos resumidos

CONSIDERANDO:

1º Que la norma del artículo 12 de la Ley N° 17.322 se refiere a una situación establecida por la ley,.....En base a esto, la circunstancia de que el empleador distraiga tales fondos hacia otros propósitos y no les otorgue el destino que el legislador pretende, hace que nos encontremos en una situación diferente al incumplimiento de obligaciones en las cuales están involucrados simples intereses particulares, por lo que no estaríamos frente a una simple deuda, lo que determina que tal situación quede fuera del ámbito de lo que ha sido constitutivo de la prisión por deudas.

6. -RECURSO DE INAPLICABILIDAD

VI Recurso de inaplicabilidad rechazado

Tribunal Constitucional

Causa rol: N° 519-2006 .

Fecha del fallo: cinco de junio de dos mil siete.

Principales argumentos resumidos

DECIMOCUARTO: Que, en aquel sentido, la cotización ha sido definida por algunos autores como “una forma de descuento coactivo, ordenada por la ley con respecto a determinados grupos, afecta a garantizar prestaciones de seguridad social” (Héctor Humeres M. y Héctor Humeres N., Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, año 1988, p. 426). la obligación de cotizar *“es exigida por la sociedad,.....; es una obligación de derecho público subjetivo,por lo cual nuestra jurisprudencia ha considerado que la obligación de cotizar no tiene carácter contractual ni ha nacido de la voluntad de las partes”* (Ibíd.).

VIGÉSIMO QUINTO: Que por lo demás y a mayor abundamiento, contrariamente a lo sostenido por los requirentes, el precepto legal en cuestión se encuentra en armonía con los deberes impuestos al Estado en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tal como lo ordena el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, particularmente respecto de diversos tratados internacionales que prohíben la denominada “prisión por deudas”. En efecto, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, esto es, una deuda emanada de un contrato puramente civil. Sobre el punto, la doctrina ha señalado que esto significa que la privación de libertad basada en el incumplimiento de obligaciones legales, sean de derecho privado o público, es aceptable. De modo que cuando un tribunal impone la privación de libertad para compeler al cumplimiento de una obligación legal ello no importa una vulneración de la prohibición de la prisión por deudas. (Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. N.P.

Engel, Publisher. Kerl, Strasbourg, Arlington, 1993). De esta forma, se ha concluido que las obligaciones contractuales a que suelen aludir los pactos internacionales dicen más bien relación con obligaciones civiles emanadas típicamente del derecho privado, que de aquellas establecidas por la ley. (Sarah Joseph, Jenny Schultz & Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary, Second Edition*, 2004). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español ha sentenciado que “sólo puede hablarse con propiedad de prisión por deudas cuando la insolvencia tiene su base en el incumplimiento de una obligación contractual” (STC de España Rol Nº 230/1991);

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en armonía con lo anterior, la Declaración Americana de Derechos Humanos, antecedente directo del Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 25, inciso segundo, prohíbe la detención “por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil”. Precisamente por lo mismo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales admite la posibilidad de la detención o privación de libertad en su artículo 5º “por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida en la ley”;

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, como resulta claro, los más importantes tratados internacionales de derechos humanos, en concordancia con el mandato constitucional establecido en el artículo 19 Nº 7 de la Constitución, tuvieron especial preocupación por la libertad de las personas frente a los abusos en que pudiese incurrir el Estado mediante detenciones ilegales o arbitrarias, esto es, que no obedecieran al quebrantamiento de un mandato legal y a una causa debidamente justificada en la razón y la equidad. En esta misma línea, proscribieron la privación de la libertad por deudas, entendiendo por tales aquellas que tuvieran como antecedente el mero interés pecuniario de un individuo (“una obligación contractual” u “obligaciones de carácter netamente civil”), de modo de no poner al servicio de causas únicamente particulares o privadas el aparato represivo del Estado. De este modo se ha aceptado la privación de libertad frente

al grave incumplimiento de determinados deberes legales en la medida que estuviere envuelto el interés social y el buen funcionamiento de la comunidad, en otras palabras, el bien común, que constituye el fin que debe perseguir el Estado, tal como lo reconoce el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental;

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, adicionalmente, en concordancia con lo ya razonado, el numeral 7º del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos reitera que “nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente, dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. La discusión en torno al establecimiento de la disposición, en particular las observaciones de los países participantes en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, permite sostener que su finalidad se vincula con la proscripción de la privación de libertad derivada de deudas propiamente civiles y, en modo alguno, con el incumplimiento de las obligaciones legales que involucran intereses de toda la sociedad;

7.-Recurso de inaplicabilidad rechazado

Corte Suprema

Causa rol: N° 3387-2003.

Fecha del fallo: Once de Marzo de 2005.

Principales argumentos(resumidos):

Voto disidente Ministros señores Cury y Juica los cuales están por acoger el recurso y en su considerando quinto señalan: Que de lo expresado, para los disidentes, el no pago de imposiciones previsionales coloca al deudor en mora de una carga que le impone la ley, esto es, de declarar y pagar al ente previsional dicho tributo, dicho acto jurídico, tiene siempre como antecedente una convención que acarrea derechos y obligaciones propios de toda relación laboral y que, por consiguiente sólo puede afectar, en su cumplimiento civil, bienes del deudor y no puede acarrear como otra consecuencia, frente al mero incumplimiento, aunque

éste posteriormente se declare delictivo, una afectación a la libertad personal del obligado, por la sola circunstancia de no solucionar un crédito pendiente;

2.2.3 Derogación tacita o inconstitucionalidad del precepto en referencia.

1.- Recurso de amparo acogido

Corte de apelaciones de Temuco, Segunda Sala

Causa rol: N° 121-2006 .

Fecha del fallo: Veinte de Junio de 2006

Principales argumentos(resumidos):

El Ministro señor Fernando Carreño Ortega, concurre al voto de mayoría teniendo además presente los siguientes argumentos:

3º. Que de lo expuesto, cabe concluir que el Pacto de San José de Costa Rica tiene una jerarquía superior a la Ley 17.322, y que, por lo demás, al haber sido esta Ley publicada en 1970, fue derogada tácitamente por el Pacto, cuya publicación en el Diario Oficial es posterior;

2.- Recurso de amparo acogido

Corte de apelaciones de Santiago Cuarta Sala

Causa rol: N° 5975-2006.

Fecha del fallo: Cinco de Mayo de 2006

Principales argumentos(resumidos):

5º Que se encuentra derogado mediante una ley del año 1968, en nuestro derecho positivo la prisión por deudas como mecanismo de apremio general, destinado a compeler al deudor laboral o provisional a cumplir sus obligaciones de naturaleza y esencia civil.

3.-Recurso de inaplicabilidad rechazado por la Corte Suprema. Redacción del Ministro señor Domingo Yurac Soto y de la disidencia, del Ministro señor Milton Juica Arancibia.

Causa rol: N° 3387-2003. .

Fecha del fallo: Once de Marzo de 2005.

Principales argumentos(resumidos):

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Cury y Juica, quienes estuvieron por acoger el recurso de que se trata, con arreglo a las siguientes consideraciones: 1.- Que los disidentes creen que, en el presente caso, no se trata propiamente de un conflicto entre una disposición constitucional con otra meramente legal, puesto que entiende que siendo el artículo 5º del Estatuto Fundamental, con la modificación introducida por la ley de reforma constitucional N° 18.825, una norma posterior a la vigencia del apremio privativo de libertad dispuesto por la ley 17.322, en rigor la discordia normativa es más propiamente de discernir acerca de la vigencia de este último precepto, puesto que operando una derogación tácita, dicha cuestión resulta privativa del debate jurisdiccional propio de los jueces de la instancia, por lo que, como cuestión previa, debió considerarse improcedente la inaplicabilidad planteada en esta gestión; Destinado a compulsionar al deudor a cumplir sus obligaciones.

6.- Que en lo que interesa, de antiguo la prisión por deudas, resultaba un mecanismo inseparable del juicio ejecutivo. Así la ley del año 1.837de nuestro país, Este mecanismo compulsivo y privativo de libertad al deudor ejecutado civilmente fue derogado por la ley de 23 de junio de 1.968(83), con lo cual se suprimió en nuestra legislación la prisión por deudas como mecanismo de apremio general.

(83) Nota: La referencia hecha a “ la ley de 23 de Junio de 1968” es incorrecta, por cuanto se refiere a la ley dictada bajo el gobierno de Jose Joaquín Pérez de 23 de Junio de 1868 que deroga la hipótesis de prisión por deudas contempladas en la ley Mariana de 1837

2.2.4 APREMIO ILEGITIMO

1.- Recurso de amparo acogido

Corte de apelaciones de Temuco, Segunda Sala

Causa rol: N° 121-2006 .

Fecha del fallo: Veinte de Junio de 2006

Principales argumentos(resumidos):

El Ministro señor Fernando Carreño Ortega, concurre al voto de mayoría teniendo además presente los siguientes argumentos:

5º. Las ordenes de arresto atentan en contra de la garantía constitucional invocada por el recurrente, por constituir una amenaza ilegítima a la libertad personal del recurrente, ya que el pago compulsivo de una cotización previsional constituye prisión por deuda, proscrita de nuestro sistema jurídico.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Lenin Lillo Hunzinker, quien atendido que las órdenes de arresto fueron dictadas por autoridad competente, dentro de sus atribuciones y en los casos previstos por la ley, fue del parecer de rechazar el recurso en referencia.

2.- Recurso de amparo acogido

Corte de apelaciones de Temuco Primera Sala.

Causa rol: N° 208-2006 .

Fecha del fallo: Veintiocho de Septiembre de 2006

Principales argumentos(resumidos):

CONSIDERANDO: 2. - Que el pago compulsivo de una cotización previsional, constituye prisión por deuda, proscrita de nuestro sistema jurídico.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Julio Cesar Grandon Castro, quien fue del parecer de rechazar el recurso de amparo, por estimar que la medida de apremio fue dictada por autoridad competente, dentro de sus facultades legales y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 17.322, que de esta

forma el acto no es arbitrario e ilegal, se ajusto a los términos señalados en la Ley y tampoco vulnera la Constitución Política de la Republica de Chile, pues el apremio se relaciona con los dineros que el amparado retuvo o debió retener estando obligado a consignarlos en la entidad provisional correspondiente.

3.-Corte de apelaciones de Santiago. Cuarta sala

Causa rol: N° 5975-2006 .

Fecha del fallo: Cinco de Mayo de 2006

Principales argumentos(resumidos):

6° Que el artículo 12 de la ley 17.322 contempla el arresto como medida de apremio. Por su parte, el arresto como sanción restrictiva de libertad, constituye una sanción procesal establecida para la correcta administración de justicia y constituida como una herramienta en el ejercicio de la facultad de imperio que la Constitución entrega a los órganos jurisdiccionales y tiene como finalidad básica obligar al debido cumplimiento de las resoluciones judiciales y por consecuencia, no puede constituir un equivalente jurisdiccional que permita sustituir un proceso o una sentencia que resuelva una litis. En este orden de ideas, si se trata del cumplimiento de una obligación de carácter patrimonial, no es posible concebir como herramienta de ejecución del crédito aún en un procedimiento ejecutivo laboral, la privación de la libertad personal de un sujeto,

7° Que conforme a lo expuesto, para procurar el pago de obligaciones de carácter previsional el arresto que autoriza el artículo 12 de la ley 17.322, se enmarca dentro de un procedimiento de ejecución y provoca un cobro compulsivo, una privación del ejercicio de la libertad personal de una persona que no se condice, sino también, resulta contradictorio con las garantías y derechos que establece nuestra Constitución Política de la República.

15° Que el objetivo de la norma imperativa que impone la sanción, donde se aplica la medida (arresto) para el logro del fin último, cual es el efectivo ingreso de dinero en arcas del órgano recaudador previsional, en otras palabras, en la institución

previsional, lo que lleva a concluir que la sanción-apremio es correlato y prius de un monto de dinero.

Acordada con el voto en contra del ministro Sr. Dahm quien estuvo por rechazar el recurso de amparo de que se trata en virtud de las siguientes consideraciones:

7º la orden de arresto que motiva el recurso de estos antecedentes ha sido dispuesta por un tribunal con facultades para hacerlo y en los casos que la ley previene.

4.-Corte de apelaciones de La Serena.

Causa rol: N° 485-2005.

Fecha del fallo: Treinta de Septiembre de 2005

Principales argumentos(resumidos):

3º En virtud de estas razones, el arresto que ha sido decretado en estos autos debe estimarse que no resulta arbitrario ni ilegal, ya que se ajustó a los términos establecidos por la ley y en su dictación, no se ha vulnerada la Constitución Política de la República.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD

Recurso de inaplicabilidad rechazado

Tribunal Constitucional.

Causa rol: N° 519-2006.

Fecha del fallo: Cinco de Junio de Dos mil Siete

Principales argumentos(resumidos):

VI. El arresto como apremio legítimo autorizado por el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República.

Trigésimo Sexto: Que así pues y tal como lo ha señalado la doctrina, “la Constitución prohíbe la fuerza ilegítima, ya que hay situaciones en que ella está autorizada por la ley, dentro de ciertos límites y con variados requisitos” (Enrique Evans de la Cuadra, Los Derechos Constitucionales, Tomo I, Editorial Jurídica de

Chile, año 2004, p. 115. En efecto, como lo consigna otro autor, “existen ciertos apremios que se estiman legítimos: un embargo, el arresto, la incomunicación, entre otros” (Mario Verdugo M. y otros, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, p. 202); precisando que “el arresto como medida de apremio se ordena a fin de que el afectado cumpla una prestación o realice determinada gestión ante los tribunales de justicia -pague una pensión alimenticia o preste declaración ante un tribunal-“(Ibíd.).

Trigésimo Séptimo: Que, de esta forma, el arresto es adoptado como una medida extrema y excepcional, cuando el empleador ha demostrado una especial contumacia en el incumplimiento de su obligación legal de enterar las cotizaciones previsionales de los trabajadores en las respectivas instituciones de seguridad social....

Trigésimo Octavo: Que de lo dicho es dable concluir que los artículos 12 y 14 de la Ley N° 17.322 se enmarcan dentro de los procedimientos de apremio considerados como legítimos dentro de nuestro sistema legal, para el cumplimiento de resoluciones judiciales que determinan el pago de sumas adeudadas y de propiedad del trabajador, en estricta concordancia con lo señalado en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental;

Quincuagésimo: “la posibilidad de apremio por no pago de cotizaciones previsionales, no se encuentra en contradicción con lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 5º, 6º y 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, por tratarse de una orden de arresto decretada judicialmente, por incumplimiento de deberes legales en materia de seguridad social, en el contexto de un proceso que reúne todas las exigencias de un debido proceso, a lo que debe agregarse que se trata de apremios legítimos en los términos que autoriza expresamente el artículo 19 N° 1 de la misma Carta Fundamental, siendo eventualmente susceptible de ser enmendado por la vía del amparo, en caso que no se cumplan todas las formalidades previstas al efecto en el ordenamiento jurídico; “

Recurso de inaplicabilidad rechazado

Corte Suprema

Causa rol: N° 3387-2003. .

Fecha del fallo: Once de Marzo de 2005.

Principales argumentos(resumidos):

Undécimo: "...Cuando el empleador no consigna las sumas descontadas de la remuneración del trabajador, con sus reajustes e intereses y, en razón de ello, se ve compelido a hacerlo a través del apremio personal o arresto, fuerza es concluir que no lo está siendo en virtud del incumplimiento de una supuesta deuda, como si se tratara de una obligación personal derivada del contrato de trabajo ni de un pago de lo debido que, en cuanto tal, no puede sino involucrar bienes propios. Lejos de ello, el apremio se contempla a su respecto en la condición del retenedor o depositario de dineros ajenos que infringe el deber legal de enterarlos en la institución llamada a administrar dichos dineros. Tan es así que nuestro ordenamiento jurídico consulta el establecimiento de un ilícito penal en la materia, precisamente sustentado en la protección de la propiedad que el trabajador tiene sobre aquellos dineros, que le han sido descontados de su remuneración...;"

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Cury y Juica, quienes estuvieron por acoger el recurso de que se trata, con arreglo a las siguientes consideraciones:

11.- Que la expresión arrestar, según el diccionario equivale a detener, poner preso. En nuestro Código de Procedimiento Civil, se acepta como apremio el arresto en el artículo 238, pero como medida de ejecución subsidiaria de resoluciones judiciales, facultando al Juez, tratándose de el cumplimiento de resoluciones, no comprendidas dentro de los procedimientos generales previstos en normas anteriores, para dictar las medidas conducentes a dicha ejecución, pudiendo al efecto imponer multas y arrestos. Pero resulta evidente que este último apremio está previsto sólo para la debida aplicación de lo ordenado por la

magistratura dentro de un proceso y está relacionado más bien con el litigante o terceros del juicio que no presten la colaboración procesal que la ley les impone, y por tanto, tiene sólo un efecto correctivo. Distinta será la situación, cuando el arresto derive no del incumplimiento de una resolución judicial sino simplemente en el desacato de una norma legal que ordena un pago compulsivo, puesto que así este arresto deriva simplemente en una pena o sanción que importa un atentado grave a la libertad personal de un litigante, para compelerlo a satisfacer una obligación de dinero y se instituye, de este modo, en una verdadera prisión por deudas dentro del desarrollo de un juicio civil, aunque éste tenga una especialidad de carácter laboral.

2..2.5 LA HISTORIA FIDEDIGNA DEL PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD

VI Recurso de inaplicabilidad rechazado

Tribunal Constitucional,

Causa rol: N° 519-2006 .

Fecha del fallo: cinco de junio de dos mil siete

Principales argumentos(resumidos):

Vigésimo quinto: ...En efecto, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, esto es, una deuda emanada de un contrato puramente civil. Sobre el punto, la doctrina ha señalado que esto significa que la privación de libertad basada en el incumplimiento de obligaciones legales, sean de derecho privado o público, es aceptable. De modo que cuando un tribunal impone la privación de libertad para compeler al cumplimiento de una obligación legal ello no importa una vulneración de la prohibición de la prisión por deudas. (Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary.

N.P. Engel, Publisher. Kerl, Strasbourg, Arlington, 1993). De esta forma, se ha concluido que las obligaciones contractuales a que suelen aludir los pactos internacionales dicen más bien relación con obligaciones civiles emanadas típicamente del derecho privado, que de aquellas establecidas por la ley. (Sarah Joseph, Jenny Schultz & Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary, Second Edition*, 2004). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español ha sentenciado que “sólo puede hablarse con propiedad de prisión por deudas cuando la insolvencia tiene su base en el incumplimiento de una obligación contractual” (STC de España Rol Nº 230/1991);

Vigésimo sexto: Que, en armonía con lo anterior, la Declaración Americana de Derechos Humanos, antecedente directo del Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 25, inciso segundo, prohíbe la detención “por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil”. Precisamente por lo mismo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales admite la posibilidad de la detención o privación de libertad en su artículo 5º “por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida en la ley”;(84) Vigésimo octavo: Que, adicionalmente, en concordancia con lo ya razonado, el numeral 7º del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos reitera que “nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente, dictados por incumplimientos de deberes alimentarios

”. La discusión en torno al establecimiento de la disposición, en particular las observaciones de los países participantes en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, permite sostener que su finalidad se vincula con la proscripción de la privación de libertad derivada de deudas propiamente civiles y, en modo alguno, con el incumplimiento de las obligaciones legales que involucran intereses de toda la sociedad;

(84) *Al respecto véase parte final de conclusiones.*

2.2.6 EL CARÁCTER ANÁLOGO QUE PRESENTARÍAN LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS CON LAS DEUDAS PREVISIONALES.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD

VI Recurso de inaplicabilidad rechazado

Tribunal Constitucional

Causa rol: N° 519-2006 .

Fecha del fallo: Cinco de Junio de Dos mil Siete

Vigésimo Noveno: Que, por último, en relación a este capítulo, no puede desconocerse que el deber legal que le asiste al empleador de enterar en las instituciones de previsión social los dineros que previamente ha descontado a sus trabajadores para tal propósito, tiene cierta analogía o similitud con el cumplimiento de ciertos “deberes alimentarios”. Dicha semejanza se observa al constatar que el arresto del empleador es consecuencia, en primer término, de la desobediencia de una orden judicial, como es el requerimiento de pagar las cotizaciones dentro de un determinado plazo. Además, como ya se ha razonado, ambas comparten ser una privación de libertad por deudas con fuente directa en la ley. A lo anterior debe agregarse que corresponde a un apremio con un claro interés social y público involucrado, toda vez que del pago de las respectivas cotizaciones pende en buena medida un correcto funcionamiento del sistema de seguridad social, que tiene como consecuencia asegurar pensiones dignas para los trabajadores del país, deber que además se impone especialmente al Estado supervigilar en el artículo 19 N° 18 de la Constitución Política de la República;

Trigésimo: Que el fin análogo al alimentario de las pensiones de jubilación también ha sido reconocido en diversos fallos pronunciados recientemente por nuestros tribunales superiores de justicia (Corte Suprema, roles números 792-2006 y 2704-06). Adicionalmente, cuando se tramitaba la Ley N° 19.260, que modificó el DL 3.500 y la Ley N° 17.322, cuyos artículos actualmente se impugnan, al emitirse el primer informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del

Senado con la participación de parlamentarios, funcionarios de gobierno y académicos, se recalcó el carácter alimenticio de las pensiones de seguridad social. En efecto, al discutirse la prescripción y caducidad de tales pensiones se dejó constancia en el Informe (páginas 32 y 33) de que “en doctrina puede sostenerse fundadamente que el derecho a la pensión tiene un carácter alimenticio”;

Trigésimo Primero: Que, en síntesis, la similitud es evidente si se tiene presente que tanto los alimentos como la obligación de pago de pensiones tienen fuente legal, pretenden atender estados de necesidad de las personas, propenden a la manutención de quien los recibe, se encuentran establecidos en favor del más débil y, por último, ambos envuelven un interés social y, consecuentemente, están regulados por normas de orden público;

2.2.7 Reflexiones respecto a los distintos argumentos sostenidos en los fallos jurisprudenciales:

Con respecto a la jerarquía normativa del Pacto de San Jose de Costa Rica, la mayoría de los autores coinciden en que sus normas tienen rango constitucional por aplicación del artículo 5 de la Constitución Política de la Republica de Chile, punto que ha sido tratado en el capítulo primero de esta presentación, por ende sostener otra posición implica un retroceso en esta materia y un desconocimiento a la normativa internacional.

Con respecto al sentido y alcance de la prohibición por deudas, pretender hacer una interpretación restringida del artículo 7 N°7 del Pacto de San Jose de Costa Rica vulnera las normas de interpretación de los tratados, las cuales expresamente señalan que los países al momento de interpretar deberán hacerlo buscando dar la mayor amplitud a dicha norma, (85).

(85) *En tal sentido y reafirmando esta posición véase capítulo II*

Mas aun es obligación de los estados dictar y adecuar su normativa interna a objeto de que los tratados tengan plena aplicación y no se conviertan en letra muerta.

Se ha recurrido a la normativa vigente en otros tratados internacionales relativos a la materia para sostener que la prohibición a la prisión por deudas dice relación con obligaciones de carácter netamente civil así el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *“nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”*, sin embargo este pacto que fue ratificado por Chile y entro en vigencia y publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, fue modificado con la entrada en vigencia de la normativa contemplada en el Pacto de San Jose de Costa Rica relativa al tema, esto es, conforme a su Art. 7 n° 7; la Declaración Americana de Derechos Humanos, antecedente directo del Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 25, inciso segundo, prohíbe la detención *“por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil”*. Al respecto es necesario precisar como argumento en contra que si los países signatarios del pacto hubiesen querido restringir el alcance de la prohibición de la prisión por deudas hubiesen mantenido en los mismos términos el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales admite la posibilidad de la detención o privación de libertad en su artículo 5° *“por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida en la ley”*. Podemos Contra argumentar diciendo que se trata de un tratado internacional que no forma parte de nuestro ordenamiento y que la norma en referencia dice relación primero con la contumacia de los terceros para prestar colaboración con la justicia así por Ej. los testigos que no comparecen a declarar habiendo sido citados legalmente(se trata de una típica medida de apremio) y segundo con las medidas cautelares que se dictan para asegurar la presencia del imputado en juicio.

Se hace referencia a las observaciones de los países participantes en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969 para fundamentar que el alcance a de la prohibición se limita solo a aquellas obligaciones de carácter civil, sin embargo, solo dos países hicieron declaraciones interpretativas respecto de la norma en referencia, a saber, Estados Unidos y Argentina, el primero no ha ratificado el pacto y el segundo preciso el alcance de la norma a objeto de limitar su aplicación solo a aquellas deudas de carácter civil, nuestro país en tanto no hizo declaración interpretativa alguna sobre la materia por ende no puede restringirse la aplicación del artículo 7 N°7 ya que el Pacto de San Jose de Costa Rica, admite una sola excepción en esta materia, "*los mandatos de autoridad competente dictado por incumplimiento de deberes alimentarios*", por lo que no puede ampliarse su interpretación para incluir además las deudas previsionales. Ha de considerarse que las imposiciones, tienen como causa y razón, a lo menos mediata, un contrato de trabajo y la obligación del empleador de declarar y enterar las cotizaciones previsionales tiene siempre como antecedentes una convención que acarrea derechos y obligaciones de naturaleza laboral.

Otro argumento esgrimido es la omisión de enterar que tiene el empleador no es deuda ya que tal apropiación ha dado lugar al tipo penal del artículo 19 inciso final del Decreto Ley 3.500. Sin embargo, este argumento a nuestro entender debe ser desestimado por cuanto, efectivamente se trata de un tipo penal el cual requiere para que el empleador en definitiva sea condenado un proceso previo legalmente tramitado, situación que puede acarrear la privación de libertad del imputado por dicho delito, en tal caso, deberá mediar dolo de parte de éste, sin embargo, muchas veces la normativa de la ley 17322 se hace valer en contra de pequeños empresarios quienes por malos negocios u otros motivos ajenos a su voluntad no pueden cumplir con su obligación, se trata efectivamente de una deuda originada en un ilícito civil , otra cosa es que pueda derivar en un

delito ya que el tipo penal sanciona aquellos empleadores que han actuado con dolo y se han apropiado de los dineros de sus trabajadores.

Con respecto a la derogación tácita o inconstitucionalidad del precepto en referencia.

Se ha sostenido que el Pacto de San José de Costa Rica tiene una jerarquía superior a la Ley 17.322, y que, por lo demás, al haber sido esta Ley publicada en 1970, fue derogada tácitamente por el Pacto, cuya publicación en el Diario Oficial es posterior;

También que por ley del 23 de Junio de 1968 quedo proscrita la prohibición de la prisión por deudas en nuestro país.

Otra discusión es que si corresponde a los jueces de la instancia pronunciarse sobre la vigencia de los Art. 12 y 14 de la ley 17322 o al tribunal constitucional.

Ambos fundamentos son totalmente plausibles, sin embargo hay autores que sostienen que las diversas normas posteriores dictadas en esta materia dan a entender que el legislador expresamente ha querido mantener la vigencia de estas normas así (86)

Nuestra posición, fundamentada en las conclusiones, es que se trata de normas que se encuentran tácitamente derogadas y de carácter inconstitucional pese a los fallos adversos en la materia dictados por la Corte Suprema y el tribunal Constitucional.

Con respecto a la justificación del apremio el arresto como sanción privativa de libertad, constituye una sanción procesal establecida para la correcta administración de justicia y tiene como finalidad básica obligar al debido cumplimiento de las resoluciones judiciales en caso de contumacia del rebelde a cumplir con ellas, en tal sentido la orden de arresto fundada en el Art. 14 y 15 de la ley 17322 se aleja de su fin ya que tiene por objeto satisfacer el cumplimiento de

(86) En tal sentido Lanata, Gabriela. Revista de Derecho Universidad de Concepción, año 2003. El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la ley 117322 ¿prisión por deudas?,

una obligación de dinero. No existe una norma similar si el empleador no cancela sus remuneraciones a sus trabajadores, en tal caso el desvalor es el mismo por cuanto éste no contara con los medios económicos para subsistir él y su familia, si la tiene, sin embargo, no se puede solicitar el arresto del empleador que incumpla tal obligación.

A nuestro entender no es posible por una falta de un mecanismo distinto para el entero de las cotizaciones previsionales de los trabajadores que se siga manteniendo este apremio.

2.3 EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

2.3.1. – En la ley orgánica constitucional de Municipalidades:

El DFL-1-19704 que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley Orgánica Constitucional N°18695 de Municipalidades, en su artículo 32 inciso segundo prescribe que “la ejecución de toda sentencia que condene a una Municipalidad se efectuara mediante la dictación de un decreto alcaldicio. Con todo, tratándose de resoluciones recaídas en juicios que ordenen el pago de deudas por parte de una Municipalidad o Corporación Municipal, y correspondiere aplicar la medida de apremio prevista en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, ésta solo procederá respecto del alcalde en cuyo ejercicio se hubiere contraído la deuda que dio origen al juicio.

Jurisprudencia:

I Recurso de amparo rechazado

Corte de Apelaciones de Talca

Causa rol ICA: N° 331-2006.

Fecha del fallo: Quince de Noviembre de dos mil seis

A fojas 1 recurre de amparo preventivo el abogado Luis Cisterna Faure conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, en favor de don Celso René Morales Muñoz, profesor, Alcalde de la Municipalidad de

Curicó y en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud y expresa que se ha expedido una orden de arresto en contra de don Celso Morales Muñoz en su calidad de Alcalde, representante de dicha Corporación Edilicia, por el no pago de una multa de 500 UTM a la que fue en definitiva condenado el Municipio en proceso sanitario. Que la orden de arresto expedida por la Seremi de Salud es ilegal y arbitraria. Es ilegal a su juicio, porque de una infracción sanitaria sólo puede responder el personalmente responsable y que el Municipio tiene entregada la planta al Comité de Agua Potable Los Cristales para su explotación. Civilmente lo que existe es un comodato y que el comodante no conserva sobre la cosa prestada el ejercicio de sus derechos, de tal forma que si no puede ejercer éstos malamente el comodante podrá infringir la norma sanitaria, y es arbitraria por que repugna al razonamiento extender analógicamente la calidad de infractor al dueño de la cosa dada en comodato.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca rechaza el recurso de amparo interpuesto fundado en los siguientes argumentos:

7º) Ahora bien de acuerdo con el Decreto con Fuerza de Ley Nº1/19704, que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley 18695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en su artículo 63 de la Ley Orgánica, el Alcalde tiene entre sus atribuciones a: representar judicial y extrajudicialmente a la Municipalidad. De suerte que la persona que debe responder por los actos de una corporación edilicia es el Alcalde de la Municipalidad respectiva.

8º) Ahora bien respecto de las infracciones que contempla el sumario sanitario, se les aplica penas pecuniarias como es el caso de la multa y conforme al artículo 169 del Código Sanitario, y sólo en el caso que el infractor no hubiere pagado la multa sufrirá por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada décimo de Unidad Tributaria mensual que comprenda dicha multa.

9º) Que a su vez el artículo 171 del Código Sanitario establece que las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud podrá reclamarse ante la justicia

ordinaria civil, reclamo que se tramitará en forma breve y sumaria, es decir el infractor no queda en la indefensión.

10º) Que de acuerdo a lo expuesto y disposiciones legales citadas la orden de arresto expedida en contra del representante de la Municipalidad de Curicó, Alcalde Sr. Celso Morales Muñoz, no es ilegal ni arbitraria.

II I Recurso de amparo Preventivo

Corte de Apelaciones de Talca

Causa rol ICA: N° 266.207

Se interpone recurso de amparo preventivo a favor del alcalde de San Clemente don Juan Rojas Vergara, por ordenes de arresto emanadas del Primer, Segundo y Tercer juzgado de Letras del Trabajo de San Clemente por el no pago de cotizaciones previsionales, caratuladas respectivamente “ A.F.P Próvida S.A con I. Municipalidad de San Clemente” causa rol N° 6541, “ A.F.P Próvida S.A con I. Municipalidad de San Clemente” causa rol N° 6454 , “ A.F.P Próvida S.A con I. Municipalidad de San Clemente” causa rol N°6773.

El recurrente fundamenta su acción, en que la Municipalidad no es empleadora en los términos del artículo 12 de la ley 17322.

Se rechaza el recurso fundado en que la I. Municipalidad de San Clemente tiene el carácter de empleadora y que la representación de la Municipalidad corresponde al alcalde conforme lo dispone el artículo 53 letra a de la ley N° 18695 por tanto la orden de arresto se encuentra justificada. (Considerando Cuarto)

El recurso es rechazado con el voto en contra del abogado don Eugenio Cruz Donoso, quien estuvo por acoger el recurso y por dejar sin efecto las ordenes de arresto fundado en que el artículo 1 de la ley 17322 no alcanza a las Municipalidades que son Corporaciones Autónomas de Derecho Publico.

La Corte Suprema conociendo de la apelación del recurso de amparo en causa rol N° 31.072 con fecha 31 de Enero de 1995, lo acoge fundado en las argumentaciones contenidas en el voto disidente de primera instancia.

2.3.2 En la ley de concesiones de obras publicas

La Concesión de Obras Publicas puede definirse como “ Un Contrato Administrativo celebrado entre el ministerio de Obras Publicas y un particular Concesionario, en virtud del cual este ultimo asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación o conservación de una obra publica Fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha Obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de adjudicación” (87)

Su fundamento radica en la necesidad que asiste al Estado de liberar recursos destinados a solucionar problemas sociales entregando a los privados estas tareas en aras del Bien Común y el desarrollo.

La relación entre el Estado y la empresa concesionaria se rige en nuestro país especialmente por Decreto 900 de 1996 del Ministerio de Obras Publicas que fija el texto refundido del DFL 164 DE 1991 sobre Ley de Concesiones de Obras Publicas, el cual reglamenta las obligaciones y derechos originados en la contratación.

Dentro de estos derechos el Concesionario tiene la facultad de explotar la obra concesionada y el derecho a percibir una retribución económica, lo que se concreta en el cobro de una tarifa(peaje) al usuario por la utilización del servicio. Con relación a este punto el Art. 42 de la citada ley prescribe que “ cuando un usuario de una obra dada en concesión incumpla el pago de su tarifa o peaje, el concesionario tendrá derecho a cobrarla judicialmente...”

El articulo 118 bis de la ley 18290 prescribe que “ En los caminos públicos en que opere un sistema electrónico de cobro de tarifas o peajes, solo podrán circular los vehículos que estén provistos de un dispositivo electrónico u otro sistema complementario que permita su cobro. La infracción a esta prohibición será

(87) En tal sentido, Vargas Fritz, José Fernando. La Concesión de obras públicas: teoría y concepto, marco jurídico, anexo de proyectos, Ley N 19.460. Ediciones Jurídicas La Ley. 1997

sancionada de conformidad al artículo 198 N°8 de la presente ley”.

A su vez el artículo 198 de la citada ley señala cuales son infracciones graves y el artículo 201 hace aplicable la pena de multa a los infractores de los preceptos de la ley del tránsito.

En su numeral 8 el citado Art. 198 prescribe que es constitutiva de una infracción o contravención grave el no respetar los signos y demás señales que rigen el tránsito público, que no sean las indicadas en el número segundo del artículo anterior.

De esta forma no se entiende el criterio seguido por el legislador en el artículo 118 bis, ya que por una parte se sanciona el no utilizamiento de dispositivos para el cobro del peaje y por otro le aplica y asimila una pena originada en el no respeto de las señales del tránsito.

El Art. 23 de la ley 18287 establece en su inciso primero que “transcurrido el plazo de cinco días a que se refiere el artículo anterior sin que se hubiere acreditado el pago de la multa, el tribunal podrá decretar, por vía de sustitución y apremio, algunas de las siguientes medidas contra el infractor: reclusión nocturna, reclusión diurna o reclusión de fin de semana.....”. En su inciso tercero parte primera señala que la aplicación de estas medidas de sustitución y apremio no podrá suspenderse o dejarse sin efecto sino por orden del mismo tribunal que las dicto o por el pago de la multa, cuyo monto deberá expresarse en ella.

Al respecto es necesario precisar que el Art. 42 de la Ley de Concesiones contempla un procedimiento sumario de conocimiento de los Juzgados de Policía Local para el cobro de las multas impagas, estableciendo indemnizaciones cuantiosas a favor de ésta en caso de incumplimiento.

Sin embargo, resulta cuestionable que se incorpore como infracción el hecho de no contar los vehículos con dispositivos para el cobro del peaje (Tag artículo 198 N°8), ya que, analizados los numerales del artículo N°198, la mayoría de ellos han sido establecidos con el objeto de resguardar la seguridad de los peatones y conductores (1,3,4,5,7,8, 10,11,13,14,15,16,17,18,19,21,23,24,25,28

hasta el 43 inclusive) o para sancionar la no utilización del elemento identificador del vehículo o por razones de orden público(Art. 6) o de salud pública (Art. 22).

En tal sentido la infracción contemplada en el artículo 118 bis no dice relación alguna con los criterios que el legislador ha tenido en cuenta para sancionar una determinada conducta, sea esta por acción u omisión, mas bien al parecer se busca resguardar el sistema de concesiones a objeto de privilegiar su efectivo cobro a través de la configuración de una infracción, ya que, de determinarse que ésta existió, lo lógico es que se de lugar a la acción civil de indemnización ejercida por las concesionarias para el cobro de los peajes impagos y los perjuicios ocasionados.

Lamentablemente esta infracción acarrea la aplicación de una multa que oscila entre las 1 y 1,5 UTM la cual de no pagarse en el plazo legal el deudor podrá ser objeto de una medida de apremio o reclusión por vía de sustitución(privación de libertad), es decir, en el fondo, deberá sufrir corporalmente una pena o un apremio por no cumplir con una obligación dineraria y para resguardar intereses de particulares.

Lo más probable es que los defensores de este sistema intenten argumentar primero que el apremio o la sustitución tienen origen en una infracción de reglamento y no en una obligación contractual y segundo que de esta forma se mantiene un mecanismo eficaz que resguarda el interés de los concesionarios para invertir en otras obras, argumentos que han de desestimarse basado en lo señalado en los párrafos anteriores.

Sostengo que se trata de un caso de prisión por deudas, basado en que de manera indirecta se esta incumpliendo el Pacto de San Jose de Costa Rica al no implementar y más aun, dictar normas que vulneran su normativa en su esencia. No existe jurisprudencia en que se aborde el tema de esta forma.

3.0 Breve referencia a la Responsabilidad Internacional del Estado por incumplimiento de Tratados sobre Derechos Humanos

Sin ser tema de esta tesis, he de referirme brevemente a la responsabilidad que atañe al Estado en caso de incumplir tratados internacionales sobre Derechos Humanos que se encuentren ratificados por nuestro país:

Al respecto ha de tenerse presente que el Pacto de San Jose de Costa Rica establece la obligación de respetar los derechos humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción y garantizar su ejercicio y goce(88), en tal sentido la obligación de respetar, exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en el Pacto y la de garantía, la de que el Estado emprenderá las acciones necesarias para asegurar que todos los habitantes en su territorio o sujetos a su jurisdicción estén en condiciones de ejérceles y gozarlos.

De tal forma el Estado deberá asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, para lo cual tendrá que incorporar dichas normas en su ordenamiento interno y revisar su legislación interna con el objeto de adecuar éstas con aquéllas(89). No basta al Estado para salvar su responsabilidad establecer recursos adecuados y eficaces para que los individuos puedan reclamar si estiman que han sido violados sus derechos humanos, por cuanto se

(88) Artículo 1 Pacto San Jose de Costa Rica. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

(89) Artículo 2. Pacto San Jose de Costa Rica. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

incumple de igual forma la exigencia contenida en el Pacto, si los derechos de las personas son constantemente vulnerados al transgredir los órganos estatales una determinada norma, como lo es la prohibición a la prisión por deudas, habida consideración del agotamiento de recursos y aflicción que implica para las víctimas recurrir en cada caso a los tribunales para subsanar una violación a sus derechos humanos.

El sistema de protección Interamericano se ha preocupado especialmente de establecer mecanismos para que los individuos puedan reclamar ante los órganos competentes, si estiman que han sido violados sus derechos humanos.

Existen dos órganos encargados de recibir estas reclamaciones: 1. - la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y 2. - La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (90), es el más importante por cuanto sólo en ella los individuos están facultados para denunciar una violación a sus derechos por un Estado parte en la Convención (91), se requiere además que la víctima sea una persona física, que se impute al Estado la violación de un derecho que se encuentre reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el caso que se trate de un estado de la Organización de Estados Americanos que no es parte de la Convención.

(90) fue creada en 1959 por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores VARGAS Pág. 435, es un órgano de la OEA por cuanto en 1967 fue incorporada a la Carta de la OEA por el protocolo de Buenos Aires, teniendo como función principal promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y servir como órgano consultivo de la organización en esta materia (Art. 106, a su vez la Convención Americana de Derechos Humanos estableció dos órganos para la protección de los derechos humanos la comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos)

(91) Art. 44 “ cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más miembros de la organización puede presenta a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”

El Estado ha de responder por las violaciones a los derechos humanos que sufren los individuos sujetos a su jurisdicción dentro de su territorio.

En relación con el ámbito temporal, la competencia de la Comisión se extiende solo respecto a los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos con relación al estado al cual se le imputa la violación de uno de los derechos protegidos por dicha Convención, sin embargo, esa limitación no se aplica cuando lo que se denuncia sea la continuación de una violación de derechos humanos que aunque se haya iniciado antes de que la Convención entrara en vigor para el estado denunciado, subsista con posterioridad a su entrada en vigor.

El procedimiento se inicia con la denuncia, correspondiendo a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión la responsabilidad de su estudio y tramitación inicial.

Corresponde a la Comisión pronunciarse sobre la admisibilidad de la denuncia, en tal sentido ha de tenerse presente que la denuncia ha de ser presentada dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado del recurso mediante el cual se agoto la jurisdicción interna(Art. 46 convención), sin embargo, esta exigencia no se requerirá si no existe en la legislación interna del estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados o bien no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos o bien se haya retardado injustificadamente la decisión sobre los mencionados recursos(Art. 46.2 de la convención) además se exige que el asunto objeto de la denuncia no hay sido presentado o se encuentre pendiente ante otro organismo internacional(Art. 46 convención)

Posteriormente se inicia la fase contradictoria, si la denuncia ha sido declarada admisible, la comisión fijara un plazo de dos meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo, las cuales a su vez serán transmitidas al estado para que en el mismo plazo éste presente las suyas.

Por ultimo en la fase decisoria la Comisión redactara un informe exponiendo los hechos y sus conclusiones, si estima que hubo violación a los derechos humanos preparara un informe preliminar con proposiciones y recomendaciones para el estado infractor y le fijara un plazo para que informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones efectuadas.

Si el Estado no cumple con las recomendaciones efectuadas por la comisión ésta se encuentra facultada para remitir los antecedentes del caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (solo la comisión esta facultada para introducir un caso en la Corte), en ella la victima podrá efectuar solicitudes tales como la reparación del daño causado.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. - Chile en materia de tratados relativos a derechos humanos adhiere a la teoría monista, dando primacía al derecho internacional por sobre el derecho interno, lo cual se lleva a cabo a través de un sistema de ejecución interna individual de la norma, requiriendo tan solo de un acto de complementación como lo es el proceso de conclusión de los tratados establecido en la Constitución Política.

2. - En Chile los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional, rigen y tienen plena aplicación desde que han sido ratificados por Chile, han de ser interpretados considerando a) Las normas del derecho internacional vigente, en particular la Convención Americana de derechos humanos, b) Utilizando una interpretación pro hominis, c) Teniendo en consideración el objeto y fin del tratado y los valores esenciales existentes en un estado de derecho social democrático al momento de su aplicación, y d) cuidando no restringir su aplicación en desmedro de la protección de los derechos esenciales que emanan del ser humano.

3. - La prisión como medio de apremio para obtener la satisfacción de un crédito en el evento de que el deudor no cumpla con la prestación a la cual se obligo en materia de juicio ejecutivo, fue evolucionando desde la prisión servidumbre, cuyo origen lo encontramos en el derecho romano, hasta la prisión coactiva subsistente bajo el reinado de los Reyes Católicos y por remisión de estas normas hacia nuestro derecho. Subsistiendo hasta el 23 de Junio de 1868, año en que se dicta una ley bajo el gobierno del presidente Jose Joaquín Pérez que elimina a lo menos formalmente de nuestro sistema la prisión por deudas.

4. – Pese a haberse subsanado los casos de prisión por deudas contemplados en la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y en el artículo 163 letra F del Código Tributario subsisten casos de prisión por deudas en nuestro país, como los contemplados en el artículo 97 N° 11 del Código Tributario, Art. 12 de la ley 17322, Art. 32 inciso segundo de la ley de Municipalidades y Art. 42 del Decreto 900 de

1996 del Ministerio de Obras Publicas en relación con los artículos 198 N°8 y 118 bis de la ley 18290 y 23 de la ley 18287, lo cual constituye una vulneración flagrante a los tratados internacionales ratificados por Chile y a la Constitución Política de nuestro país, por la incorporación de éstos en conformidad al artículo 5 de la carta fundamental.

5. - La jurisprudencia respecto de los casos tratados no ha sido uniforme, sin embargo en la mayoría de los fallos analizados, siempre encontramos un voto minoritario que sostiene que se estaría vulnerando el artículo 7 número 7 del Pacto de San Jose de Costa Rica.

6. – La responsabilidad internacional del estado de Chile es evidente en los casos en que se configura una vulneración a la prohibición por deudas, sin embargo, para las victimas recurrir a los mecanismos de protección de los derechos humanos resulta una quimera en atención al costo, tiempo e inversión que ello implica.

7. - Se hace necesario que el Estado de Chile con el objeto de adecuar su normativa a los tratados internacionales sobre derechos humanos que se encuentren vigentes en nuestro país, realice las reformas legislativas tendientes a eliminar de nuestro sistema los casos de prisión por deudas señalados.

BIBLIOGRAFÍA

1. - Ley 18290 de transito.
2. - Decreto 900 de 1996 del Ministerio de Obras Publicas que fija el texto refundido del DFL 164 DE 1991 sobre Ley de concesiones DE Obras Publicas
3. - Convención Americana de Derechos Humanos
4. - Pacto de Derechos Civiles y Políticos
5. - Convención De Viena sobre derecho de los Tratados
6. - Constitución Política de la Republica de Chile
7. - Decreto Ley 3500
8. - Ley 17322
9. - Código Tributario
10. - Modelo de código tributario del CIAT/CIAT.
11. - Vida jurídica y practica contenida en los protocolos notariales del reino de Chile en el siglo XVIII, memoria de prueba autor, Oscar Astrian Donoso.
12. - Topasio Ferretti, Aldo. Derecho Romano. 1º. e d. Valparaíso: Editora Latinoclásica, 1992.
13. -Eizaguirre, Jaime. Historia del derecho. 9º e dición. Editorial Universitaria.1989.
14. - Romero Seguel Alejandro, cuadernos jurídicos, Algunas cuestiones sobre juicio ejecutivo, Universidad Adolfo Ibáñez nº1, s eptiembre año 2000.
15. - Tomas y Valiente, Francisco. La prisión por deudas en el Derecho Castellano y Aragonés. En Obras Completas, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.Tomo IV.
16. - Zavala Ortiz, José Luis. Manual de derecho tributario. Jurídica ConoSur, 1998.

17. -Radovic Schoepen Ángela, Sistema sancionatorio tributario: Infracciones y delitos.1ª edición. 1994.
18. - Evans De La Cuadra, Enrique. Los tributos ante la Constitución, Editorial Jurídica Chile. 1ª ed. 1986 Volumen I y II.
19. - Humeres Noguera, Héctor. Derecho del trabajo y de la Seguridad Social Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, 16ª edición. Editorial Jurídica de Chile. 2000.
20. - Vargas Fritz, José Fernando. La Concesión de obras públicas: teoría y concepto, marco jurídico, anexo de proyectos, Ley N 19.460. Ediciones Jurídicas La Ley. 1997
21. -Verdross, Alfred. Derecho Internacional Publico. Derecho Internacional Publico y Derecho Interno. 5ª edición, Alemania. Editorial Aguilar, 1980.
22. - Carreño Vargas, Edmundo. Derecho Internacional Publico de acuerdo a las normas y practicas que rigen en el siglo XXI. 1ª edición. Editorial Jurídica de Chile. 2007.
- 23.-Rousseau, Charles. Derecho internacional Publico. Relaciones del derecho internacional con el derecho Interno. 3ª edición. Barcelona. Editorial Ariel, 1966.
24. -. Manili, Pablo. El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino. Editorial La Ley.2003.
25. - Gaete González, Eugenio, Derecho Internacional y Derecho de los Estados.Incorporación de los Derechos Humanos. Revista Chilena de Derecho.Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 23 N°s 2 y 3. Tomo I. 1996. Pág. 265,266,267
26. – Silva Bascuñan Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV. Congreso Nacional.2ª edición, Editorial Jurídica Chile.1997.
27. -Silva Bascuñan Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VII. Bases de la institucionalidad.2ª edición, Editorial Jurídica Chile.2007.
28. - Medina Cecilia. Artículo “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En “Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las

obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos". Cuadernos de análisis Jurídico, Universidad Diego Portales. N°6, serie publicaciones especiales, Septiembre de 1996. Pág. 48 y ss

29. - Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 1° edición. 1994. Art. La interpretación de los Derechos Humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. Bidart Campos, German. Pág. 39 y ss.

30. - Llanos Hugo. Teoría y práctica del derecho internacional público. Introducción y fuentes. Tomo I. 3° edición. Editorial Jurídica Chile. 2005.

31. - Gros Espiell, Héctor. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. 1° edición, Editorial Jurídica Chile. 1991

33. – Hitter, Juan Carlos. Derecho internacional de los derechos humanos. Editorial EDIAR. 1991-1993. Tomo I. Pág. 186 y siguientes

34. - Cea Egaña, Jose Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. 1° edición. Textos Universitarios Universidad Católica de Chile. 2002-2004.

35. - Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae Año IV. N°4-2000, Pág. 171 a 176, ponencia de la profesora de derecho Constitucional de la Pontificia Universidad católica de Chile, Marisol Peña Torres sobre Aspectos constitucionales del sistema tributario en Chile.

36. - Revista de Derecho Universidad de Concepción, El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la ley 117322 ¿prisión por deudas?, Año 2003 autor Gabriela Lanata.

37. - revista-praxis@utalca.cl

38. - Gaceta Jurídica origen Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, año 2007 / Julio / N°325 Pág. 388 a 393.

39. - Jurisprudencia tributaria editorial Conosur Pág. 782 a 795.

40. - Jurisprudencia penal de la Corte Suprema autor Jorge Mera Figueroa, Álvaro Castro (1983-1995).

41. - Gaceta Jurídica año 2002/ N°269.

42. - JurisChile.com - Jurisprudencia Chilena en Internet

43. -<http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol0807.doc>
44. -[www_areajuridica_cl](http://www.areajuridica.cl)
45. - Gaete, Eugenio. Recepción Del Derecho Internacional en el Derecho Humanitario Interno de Chile. Artículo monográfico
46. - Benadava, Santiago. Artículo “Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los tribunales Chilenos” En Nuevos enfoques del derecho internacional. 1a.ed. Santiago. Jurídica de Chile, 1992. Pag 9 y ss.