Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 213
Año LXXI
Enero - Junio 2003
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

EL APREMIO DE ARRESTO CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 12 DE LA LEY 17.322. ¿PRISION POR DEUDA?

GABRIELA LANATA FUENZALIDA
Profesora de Derecho Laboral
Universidad de Concepción

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como todos sabemos, en 1980 se dictaron, entre otros, dos importantísimos textos legales: los decretos leyes 3.500 y 3.501. El primero estableció un régimen de capitalización individual destinado a permitir el financiamiento de los sistemas de pensiones, obligando a los cotizantes a aportar para ese fin el diez por ciento de sus remuneraciones. Como una forma de hacer realidad su obligatoriedad, característica esencial e inherente a cualquier régimen de seguro social, se obligó al empleador a retener de las remuneraciones los porcentajes a enterar a título de cotizaciones. Esta obligación puede hoy considerarse como uno de los pilares del sistema, toda vez que sin cotizaciones efectivas mal podrá el trabajador financiar sus pensiones, o recaerá sobre el Estado la obligación de conferirle una pensión mínima. A su vez, el D.L. 3.501 traspasó la carga previsional que recaía en el empleador al trabajador, como una forma de hacerlo responsable de su propia previsión. En ambas situaciones no es dable pensar que el Estado se desentienda de su responsabilidad de velar porque tales obligaciones sean efectivamente cumplidas. En efecto, si permite que a través de un marco legal el empleador no pague todas las remuneraciones al trabajador, sino que retenga parte de ellas, también debe velar porque esas cantidades lleguen al destino que se espera. Es así como el mecanismo de cobro quedó entregado a la normativa establecida por la Ley 17.322, que contempla un procedimiento ejecutivo especial, en el cual se destaca la norma contenida en el artículo 12, que permite que el empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, en la forma que la referida disposición señala, sea apremiado con arresto, hasta por quince días, apremio que puede repetirse hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse y de sus reajustes e intereses penales.

En 1969, con ocasión de la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica, se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigencia casi diez años después, el 18 de julio de 1978. Fue ratificada por Chile en 1990, constituyéndose en ley de la República en virtud de su publicación en el *Diario Oficial* del 5 de enero de 1991. Esta Convención, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, regula en su artículo 7 el derecho a la libertad personal, señalando en su número 7 que *nadie será detenido por deudas*, y agrega que este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Ello ha llevado a relacionarlo en una forma u otra con la obligación que la ley ha impuesto al empleador de retener y enterar en una entidad previsional las cotizaciones descontadas de las remuneraciones de sus trabajadores. El tema ha sido analizado a la luz de llegar a determinar si existe o no en esta situación una forma de prisión por deudas, de aquellas a que hace referencia el artículo 7 número 7 del Pacto de San José de Costa Rica. Este no es un tema nuevo, pero ello no debe llevarnos a concluir que por ello es menos digno de estudio pues, por un lado, su importancia práctica resulta innegable y, por otro, es posible constatar la clara tendencia de los empleadores afectados por la medida de apremio indicada a invocar protección a través de la interposición de un recurso de amparo. A su vez, se advierte una jurisprudencia vacilante en nuestros tribunales de justicia, realidad que me ha llevado a considerar la pertinencia de efectuar algunas reflexiones sobre este ya conocido tema. Es oportuno hacer presente, además, que los fallos en esta materia rara vez son adoptados por acuerdo unánime, encontrando a menudo fundamentados votos de minoría, en términos tales que aún hoy resulta legítimo cuestionarse si el apremio de arresto establecido en el artículo 12 de la Ley 17.322 es o no una forma de prisión por deudas, de aquellas que atentan en contra de la libertad personal reconocida en el Pacto de San José de Costa Rica.

POSICION DE LA JURISPRUDENCIA

Los fallos de los tribunales han considerado diversos aspectos para fallar en un sentido o en otro, los que se sintetizan a continuación:

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

- *El apremio contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322 es prisión por deuda*

Se han esgrimido al respecto los siguientes fundamentos:

a) El artículo 5 inciso segundo de nuestra Carta Fundamental dispone que "...Es deber fundamental de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes", disposición que ha llevado a nuestros tribunales[1] a sostener, por un lado, que el Pacto de San José de Costa Rica tiene una jerarquía superior a la Ley N° 17.322 y, por el otro, que en circunstancias que habiendo sido publicada esta ley en 1970, fue derogada por el referido Pacto, el que fue publicado en el *Diario Oficial* del 5 de enero de 1991. El mismo fallo advierte que la única excepción a la posibilidad de prisión por deuda fue establecida por el propio Pacto, y dice relación con "los mandatos de autoridad jurisdiccional competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios", por lo cual –señala el fallo– "no puede ampliarse su interpretación para incluir, además, las deudas previsionales".

El argumento en orden a sostener simplemente que el apremio en análisis constituye una forma de prisión por deuda, ha sido esgrimido en diversos pronunciamiento judiciales, ya como voto disidente o de mayoría[2]. En un reciente fallo de la Corte Suprema[3] se ha señalado que el artículo 5 de la Constitución confiere a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos una jerarquía mayor que a los tratados internacionales. Lo anterior implica que los derechos humanos asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo, por el contrario, protegerlos y ampararlos. Las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer por sobre un tratado, razón por la cual resulta necesario concluir que el artículo 12 ya referido no se encuentra vigente.

b) El arresto en análisis constituye un apremio para que se pague. No se trata de una sanción penal, pues la presunción de derecho de haberse efectuado la

[1] Corte Suprema, 6 de abril de 2004, rol 1.179-04.
[2] Corte de Apelaciones de Santiago 10 de junio de 2004, rol 15.169; confirmado por la Corte Suprema, rol 2.431, 17 de junio de 2004 (votos de minoría).
[3] Recurso de Amparo, rol 1.179-2004, de 6 de abril de 2004 (con fundamento de voto disidente de fallo de Corte de Apelaciones de Santiago).

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

retención de los fondos al tiempo de pagarse las remuneraciones, no tiene alcances penales, pudiendo el empleador acreditar en sede penal que no descontó las cotizaciones y, por otro lado, porque el artículo 13 de la ley contempla una figura delictiva para el caso que exista apropiación de los fondos descontados. Por lo tanto, como no constituye una sanción penal, la única naturaleza que puede asignársele es la de apremio para que se pague una cantidad de dinero, lo que constituye prisión por deuda. Se hace aplicación aquí de un criterio de exclusión[4].

c) La ilicitud del proceder del empleador que no paga las cotizaciones en la hipótesis del art. 12, debe ser previamente juzgada en un debido proceso[5].

d) El entero de cotizaciones se inserta en el campo de la seguridad social, la que no es un derecho superior a la libertad personal, toda vez que ésta emana de la naturaleza del hombre y aquélla la adquiere cuando inicia su vida laboral[6].

e) Independientemente de la consideración de si estamos o no frente a una prisión por deuda, la privación de libertad en virtud del art. 12 vulnera las garantías constitucionales establecidas en los números 3 y 7 del artículo 19 de la Constitución, pues desde la tipificación de la apropiación de dineros por el empleador como delito, ya no puede ser considerada como una obligación de índole civil, sino que es constitutiva de un ilícito penal, lo que hace que la medida de arresto en esta situación constituya una pena aplicada sin que se haya incoado el proceso penal correspondiente. Lo anterior, en razón de que el número 7 del artículo 19 de la Carta Fundamental concibe el arresto como una medida cuya finalidad es asegurar la justicia mientras se averigua, por el tribunal competente, si existe mérito suficiente para imputar la comisión de un ilícito penal a persona determinada[7].

- *El apremio contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322 no es prisión por deuda*

Por otro lado, se han esgrimido otros tantos argumentos para fundamentar la posición contraria, los que son posibles de sintetizar en los siguientes:

a) No se está frente a una prisión por deudas de aquella que proscribe la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que se trata de retenciones

[4] Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 220.340.
[5] Corte de Apelaciones de Concepción, rol 5.273, 8 de octubre de 2004 (voto de mayoría).
[6] Idem.
[7] Idem, prevención abogado integrante Alvaro Troncoso Larronde.

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

efectuadas a los sueldos de los trabajadores, razón por la cual se trata de un apremio legítimo[8].

b) El procedimiento establecido en la Ley 17.322 no es un simple juicio ejecutivo de cobro de dinero, sino que se origina en un hecho constitutivo de delito[9].

c) No se está frente a una deuda de origen contractual, sino del cumplimiento de una obligación legal. Lo prohibido por el Pacto de San José de Costa Rica es la prisión por deudas que deriven de incumplimientos civiles, que es la única forma de armonizar las normas del Pacto con lo dispuesto en el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que expresamente dispone: "Nadie puede ser privado de libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes". Y agrega, "Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil"[10]. No se trata en este caso de deudas de naturaleza patrimonial[11].

d) No se trata de una obligación contraída por el empleador en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino de una obligación impuesta por la ley que pesa sobre él por su calidad de empleador, quedando obligado a actuar como mero retenedor o recaudador de dineros ajenos en la lógica del sistema de fondos de pensiones introducido por el Decreto Ley 3.500. Aquí se está frente a un ilícito laboral, cual es un incumplimiento grave de las obligaciones del empleador y que además configura un delito de apropiación indebida[12].

e) Los dineros descontados y no enterados en los fondos de pensiones participarían del carácter de alimenticios, lo que a la luz de las normas de la Convención justifica la excepción que el mismo precepto del artículo 7 número 7 contempla. En esencia se está frente a un fondo alimenticio[13].

f) El arresto no es una prisión por deuda, sino simplemente una medida coercitiva concedida por la ley para obtener el cumplimiento de una obligación de carácter legal. Por lo demás, el arresto por vía de apremio es susceptible de ser

[8] Corte de Apelaciones de Santiago. 30 de marzo de 2004. Voto de mayoría (revocado por sentencia de la Corte Suprema de 6 de abril del mismo año).
[9] Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de mayo de 2004, rol 11.693-04, confirmada por la Corte Suprema el 17 de mayo de 2004, con un voto en contra.
[10] Corte de Apelaciones de Talca, 15 de julio de 2004 (la Corte Suprema tuvo por desistido el recurso de apelación).
[11] Voto disidente. Corte de Apelaciones de Concepción, 8 de octubre de 2004, rol 5273-2004.
[12] Informe de la juez subrogante del Octavo Juzgado del Trabajo de Santiago. Rol 33.658-2003, 15 de diciembre de 2003. Recurso rechazado. Sentencia confirmada por la Corte Suprema, con un voto disidente (rol 5.527-2003).
[13] Idem.

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

enervado mediante la consignación de las sumas descontadas de las remuneraciones del trabajador[14].

Es así como puede observarse que esté ya clásico problema no ha encontrado una decisión clara y uniforme en nuestra jurisprudencia, razón por la cual se ha querido poner en el tapete a fin de obtener conclusiones doctrinarias que enriquezcan la discusión.

La ratificación del Pacto de San José de Costa Rica era una ansiada aspiración de muchos chilenos. El Pacto se había celebrado en la permanente búsqueda de los estados americanos de mecanismos más eficaces de protección a los derechos humanos y sólo pudo ser ratificado con el regreso de la democracia. Nada hace suponer que cuando ello aconteció se vislumbró siquiera que a poco andar iba a ser invocado por los empleadores que incumplían su obligación legal de retener y enterar las cotizaciones de sus trabajadores, como el salvavidas que les iba a permitir evitar el apremio, mecanismo que es el que en realidad posibilita en muchas ocasiones hacer efectivo tal entero. Creo que nada estaba más lejos de la intención de nuestros legisladores, afirmación que queda demostrada con las posiciones que se han adoptado en diversas situaciones posteriores, en las que el Congreso ha debido considerar ya sea directa o indirectamente esta materia, emitiéndose pronunciamientos que sin duda constituyen un aporte en la búsqueda de una solución al problema.

La ley 17.322 data de 1970[15], pero fue modificada por el DL 1.526, de 7 de agosto de 1976, que, como se dirá más adelante, sustituyó la pena que la ley establecía por el apremio de arresto. A su vez, la Ley 19.260, aprobada después de haberse publicado en Chile el Pacto, lejos de suprimir la medida de arresto la reforzó, al disponer que tanto la orden de apremio como su suspensión deberían ser comunicadas a la Policía de Investigaciones de Chile para su registro.

Pertinente resulta señalar, además, que el año 1994 se presentó al Senado por el H. senador Julio Lagos Cosgrove[16], una moción con el preciso objeto de derogar derechamente el referido artículo 12. La moción se fundamentaba en que tanto las Administradoras de Fondos de Pensiones, como también el Instituto de Normalización Previsional utilizaban este recurso de "forma legal pero indiscriminada"; en que el término legal de oposición contemplado en la Ley

[14] Rol 95.395, Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de septiembre de 1991, confirmado por la Corte Suprema (rol 28.642, de 16 de septiembre de 1991).
[15] Fue publicada en el *Diario Oficial* del 8 de agosto de 1970.
[16] Boletín N° 1.436-07.

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

17.322 era muy breve; en que los más afectados por esta medida eran los pequeños o medianos empresarios en épocas de crisis de sus finanzas, los que "se ven en la necesidad de usar los fondos previsionales que debieran enterar al organismo previsional en fines particulares"[17] y en que en muchas ocasiones los empleadores afectados por esta medida "desperdician" el plazo para objetar las liquidaciones efectuadas debido a que sólo son notificados por el estado diario. En la moción se reconocía la "inconveniencia" de que los trabajadores se vieran perjudicados por el incumplimiento de sus empleadores, pero se agregaba que para aplicar procedimientos de apremio sería necesario probar ánimo de defraudación por parte del empleador; en definitiva, que dichos procedimientos no debían en caso alguno atentar en contra de los derechos fundamentales de éste. Como fundamentación jurídica se citaban los artículos 5 de la Constitución Política y el artículo 7 número 7 del Pacto de San José de Costa Rica, los cuales estarían siendo vulnerados al tratarse en la especie de "deudas previsionales" y no alimentarias (únicas exceptuadas en el Convenio).

Informó el proyecto 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 entidades contraloras coincidieron en la inconveniencia de derogar el artículo 12. La primera recordó que poco tiempo atrás ya se había modificado dicha disposición con el fin precisamente de fortalecer el procedimiento de cobranza, atendida la alta morosidad que registraban los empleadores en el entero y pago de las imposiciones descontadas de sus trabajadores. Agregó que no existía justificación alguna para que los empleadores distrajesen los dineros de las cotizaciones, utilizándolos para otros fines. Negó expresamente que se haya estado vulnerando el Pacto de San José de Costa Rica, pues se estaría en presencia de un delito, sancionado en el artículo 13 de la Ley 17.322. La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, a su vez, manifestó que el empleador al retener las cotizaciones no estaba haciendo sino otra cosa que manejar fondos de terceros, en este caso de sus trabajadores y, por lo tanto, nada justificaba la demora en su entero. Hizo presente asimismo la inconveniencia que esta falta de pago ocasionaba al funcionamiento del sistema previsional creado por el DL 3.500. No se infringía –agregó– el Pacto de San José de Costa Rica pues, de acuerdo a los principios generales de derecho y de la seguridad social, según los cuales las cotizaciones forman parte de las remuneraciones del trabajador, el empleador está facultado a

[17] Idem.

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

retenerlas sólo con un fin especial, actuando entonces como un mandatario legal, por lo que mal podría ser calificado como un simple deudor.

En fin, atendidas principalmente estas motivaciones, la Comisión estimó necesario "conservar el apremio a los empleadores que infringen las obligaciones de que se trata, porque se está en presencia no de una mera deuda, sino de la apropiación de fondos que se les han retenido a los trabajadores, a quienes se causa un perjuicio al no enterarlos oportunamente en los institutos previsionales"[18].

En definitiva, la moción fue remitida a la Cámara Revisora, sin la proposición de derogar el artículo 12. La Cámara pidió su archivo, lo que así se hizo el año 2002.

Todavía es posible hacer referencia a la Ley N° 19.845, publicada en el *Diario Oficial* del 14 de diciembre de 2002, que modifica la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, disponiendo que 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 arresto prevista en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, ésta sólo procederá respecto del alcalde en cuyo ejercicio se hubiere contraído la deuda que dio origen al juicio. Debe recordarse que los alcaldes en ejercicio eran apremiados con medidas de arresto para proceder al pago de las cotizaciones previsionales adeudadas a los profesores.

Finalmente, estimo pertinente traer a colación el actual proyecto sobre cobranza laboral y previsional, que se encuentra en tramitación en el Congreso, el que tampoco aborda el tema. Es más, se han propuesto modificaciones a diversas disposiciones de la Ley 17.322, pero dejando inalterados los artículos 12 y 13. En el Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que se inicia el proyecto, expresamente se reconoce que el cobro de las cotizaciones previsionales es un tema de interés público y su fracaso implica la falta de protección para el trabajador y su familia. Se resalta la idea de generar un procedimiento acorde con los principios inspiradores de la reforma de la justicia procesal laboral, "cuyo objetivo es establecer una relación moderna y justa, en que se respeten eficazmente los derechos de los trabajadores". En este contexto, se estimó procedente mantener la posibilidad de apremio con arresto al empleador moroso.

Es así entonces como es posible encontrar manifestaciones concretas de nuestro Congreso en orden a reconocer la vigencia y legitimidad de los apremios en esta materia. Es difícil pensar que a escasos dos años de la ratificación del

[18] Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín N° 1.436-07.

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pacto, se haya dictado una ley que fortalecía aún más el procedimiento de cobro de cotizaciones, perfeccionando el apremio. Ello no permite sino concluir que jamás fue entendido como una forma de prisión por deudas que pudiese atentar de alguna forma contra las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica.

Por otra parte debe tenerse presente que el propio Pacto contempló una excepción concreta en este punto, lo que implica el reconocimiento a la existencia de una prisión por deuda que no repugna a la libertad personal, cual es el derecho de alimentos. Aquí obviamente estamos frente a una deuda civil propiamente tal, pero en atención al loable fin que se busca con esos dineros es que el Pacto privilegió el logro de la prestación frente a la mantención de la libertad personal. Es así entonces que es perfectamente posible concluir que esta libertad encuentra límites legítimos. En otros términos, si se autorizó la privación de libertad de una persona por faltar a su obligación civil y moral de proporcionar alimentos a sus alimentarios y permitirles así su subsistencia, en situaciones en que aquél no hubiese pagado dineros propios, no es posible pensar que podría repugnar al Pacto la idea de tal privación por haber retenido dineros que el trabajador necesita para financiar los beneficios que le permitirán la subsistencia a él y a su familia, cuando esté impedido de trabajar para proporcionársela de otra forma. Cabe recordar al respecto, que esta figura era típica del Derecho Romano, en que a través del procedimiento denominado *manus injectio*, el acreedor podía materialmente apoderarse de su deudor moroso como medio de iniciar la ejecución personal. Si al cabo de determinado plazo, contado desde la sentencia que favorecía al acreedor, el deudor no había pagado, el acreedor ponía su mano sobre él diciendo ritualmente: "Como has sido condenado a pagarme y no lo has hecho me apodero materialmente de ti". Si el deudor no pagaba, podía ser conducido a la casa del acreedor por sesenta días, publicándose en el mercado su nombre y el monto de su deuda por si un tercero pagaba por él. Trascurrido este lapso el acreedor podía venderlo como esclavo o darle muerte.

Así entonces, en nada se asemeja la situación a que da origen el artículo 12 con la prisión por deuda, que alguna vez existió en nuestro país.

Tampoco se está aquí frente a la imposición de una pena sin un debido proceso, como lo afirmó alguna sentencia. Efectivamente esta situación ha sido tipificada como un delito en el artículo 13 de la Ley 17.322, pero las penas que esa disposición señala sí que sólo podrán ser aplicadas como resultado de un procedimiento regulado en la ley, que respete la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental. El arresto decretado en virtud de la norma del artículo 12 constituye un medio de apremio,

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

es decir, una forma por la cual la autoridad jurisdiccional compele a una persona, en este caso al empleador, a cumplir con lo que está obligado a hacer por ley. Confirma esta conclusión la modificación introducida por el Decreto Ley N° 1.526, de 7 de agosto de 1976. En efectó, la Ley 17.322, en su texto original, disponía expresamente que si el empleador no consignaba las sumas descontadas o que debía descontar dentro de cierto plazo o si no realizaba otras actuaciones que la norma señalaba, sería sancionado con la pena de presidio menor en sus grados de medio a máximo o medio, según los montos de las cantidades a pagar. El Decreto Ley 1.526 sustituyó el inciso primero, disponiendo que el empleador que no efectuare las referidas consignaciones sería apremiado con arresto hasta por quince días.

Así entonces, se vino a reafirmar por nuestros legisladores la idea de que estamos frente a un apremio y no a una pena y, por lo demás, no es el único apremio de arresto que existe en nuestra legislación; en otras palabras, existen otras situaciones en que el legislador autoriza la privación de libertad de una persona a fin de compelerla a hacer algo. Baste citar que el propio Código Procesal Penal permite en su artículo 33, en relación con el artículo 127, que se decrete por el tribunal la detención del imputado para asegurar su comparecencia a determinada audiencia; algo similar ocurre en aquellos casos en que se permite apercibir con arresto a una persona para que comparezca a declarar como testigo. O en la situación regulada por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, en que al referirse a la ejecución de las resoluciones judiciales contempla la posibilidad de que se apremie al incumplidor con arrestos, en la forma que la referida disposición lo indica. Es decir, resulta claro que los apremios de este tipo existen en nuestra legislación, a fin de compeler a una persona a cumplir determinada actuación y no se han estimado como una limitación a la libertad personal, sino que han sido vistos como una protección al poder del Estado y los principios que detrás de él subyacen, como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados. Así entonces, ¿por qué no sería aceptable disponer este apremio para compeler al empleador a cumplir con determinada obligación que la ley le ha impuesto? En este caso se trata de que entregue los dineros que retuvo de las remuneraciones de sus trabajadores, fin que parece más loable aún que obligar a un testigo a comparecer a declarar en determinado juicio; no se trata entonces de obligarlo a cumplir con una deuda civil pura y simple.

Por otra parte del propio texto del artículo 12 es posible concluir sin duda alguna que no se contempló una especie de prisión por deuda, dejándose fuera

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de su campo de aplicación el no pago de cotizaciones que son de cargo del propio empleador; es así como ha ocurrido por ejemplo con nuestro más nuevo seguro social: el contemplado en la Ley 19.728, sobre seguro de desempleo, en cuyo artículo 11 se hace aplicable a los empleadores deudores de cotizaciones previsionales entre otras las disposiciones del artículo 12 de la Ley 17.322, pero sólo en lo pertinente; es más, expresamente les aplica a los empleadores, que no enteren las cotizaciones que hubieren retenido o debido retener, las sanciones penales del artículo 13, reforzando una vez más su plena vigencia.

Por lo demás, al artículo 12 permite apremiar al empleador incluso por el incumplimiento de su obligación de retener las cotizaciones; es decir, se trata de compelerlo a hacer algo, es decir, retener las cotizaciones y ello nunca jamás puede ser confundido con una deuda, aunque a la postre implique hacer entrega de sumas de dinero.

Como se indicó, en algún fallo se ha sostenido que el derecho a la libertad personal es un derecho humano, que nace con la persona, a diferencia del derecho a la seguridad social, que es una creación del ser humano. Pertinente me parece acotar que, tradicionalmente, en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha recurrido a efectuar algunas clasificaciones en la materia, diferenciando a los derechos llamados civiles y políticos (el derecho a la vida, a la integridad física, libertad personal, entre otros) de los derechos económicos, sociales y culturales (derecho a la educación, al trabajo, a la seguridad social). La diferencia entre ambos radicaría en que los primeros exigen la abstención del Estado, en cambio los segundos requieren de la protección de éste a través de acciones positivas del Estado[19]. Ello implica enfatizar los derechos civiles y políticos tradicionales y tratar los derechos económicos, sociales y culturales más como subproductos del desarrollo económico que como valores en sí mismos. Ello quiere significar, que los seres humanos sólo gozan de derecho tales como al trabajo, a un adecuado nivel de salud, a seguridad social, si tienen la suerte de vivir en un sistema con una economía que sea fuerte y que permita su existencia, pues no se trata de valores en sí mismos, como sí lo son el de la libertad personal, o el de la libre expresión. Sin embargo, este enfoque hoy ha sido superado, de manera tal que la Conferencia Interamericana de Derechos Humanos inició un movimiento destinado a adoptar un protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos destinado a regular exclusivamente los derechos económicos,

[19] Medina, Cecilia, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual de enseñanza.* Sociedad Impresora La Unión Ltda., 1990, págs. 13 y ss.

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sociales y culturales, los que no habían sido contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este protocolo, que fue adoptado en noviembre de 1988, y ya en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1983-1984 se indicaba: "En concepto de la Comisión, existe una estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, ya que las dos categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual ambos exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse el sacrificio de uno en aras de la realización de otros"[20]. En fin, la discusión puede no estar agotada, pero los antecedentes expuestos parecen ser suficientes como para concluir que la fundamentación señalada en el sentido de que la libertad personal es un derecho de carácter superior al de la seguridad social ya no parece decisivo. No estamos frente a una violación a la libertad personal, sino frente a una violación a los derechos de los trabajadores, que nuestro sistema jurídico busca remediar a través de la privación de la libertad, no de quien debe una suma de dinero así, pura y simple sino del empleador que no ha cumplido con una obligación legal que es esencial en el funcionamiento de los sistemas previsionales vigentes en nuestro país.

Pretender dejar sin efecto la posibilidad de apremio implicaría un retroceso en materia de derechos humanos y no como se ha sostenido el reconocimiento a la libertad personal. Ya en 1979 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconocía la igual valoración que debe darse a los derechos civiles y políticos y a los económicos, sociales y culturales y declaraba: "La Organización de Estados Americanos, y en particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como el órgano específicamente encargado de promover y defender los derechos humanos, tiene la obligación ineludible de desempeñar un rol más activo para proteger los derechos económicos, sociales y culturales, tanto como la tiene para los civiles y políticos". En este contexto no es posible pensar que se deba privilegiar la libertad personal por sobre el derecho a la seguridad social, pues como se ha reiterado ya tantas veces, se trata de la libertad personal de un empleador que realizando una actividad delictual se ha apropiado de los fondos que permitirán a un trabajador gozar de los beneficios de la seguridad social. Se trata de un empleador que ha burlado la confianza que el legislador ha depositado

[20] Leblanc, Larry. "El Protocolo Adicional a la Convención Americana y sus Antecedentes" en El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, *Cuadernos Jurídicos.* Universidad Diego Portales N° 25, abril de 1993.

Artículo: El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en él, al entregarle la loable labor de ser el intermediario que permitirá hacer efectivo un derecho humano garantizado en instrumentos internacionales que Chile se ha obligado a respetar. No se trata entonces de sostener la prevalencia indiscutible de un tratado en materia de derechos humanos sobre una imposición legal sino, por el contrario, su pleno reconocimiento. Todo lo anterior me permite afirmar, sin duda alguna, que el apremio que se contempla en el artículo 12 de la Ley 17.322 no constituye una forma de prisión por deudas proscrita por el Pacto de San José de Costa Rica.

BIBLIOGRAFIA

1. *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 25. 1991. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.

2. *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 26. 1991. Curso de Entrenamiento en Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Jueces y Abogados de Sudamérica. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.

3. Medina Cecilia, 1990. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Soc. Impresos La Unión Ltda.

4. Revista *Fallos del Mes.*

5. Revista *Gaceta Jurídica.*

6. *Repertorio de Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* Tomos I y II.

7. Bernd Baron von Maydell, "Derechos Humanos y Seguridad Social". En Ponencias Oficiales XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.