ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XIII, N° 28 – Julio 2013

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Juridica 28.indd 1 10-07-13 18:34

Consejo Editorial
Gonzalo Rioseco M. *Presidente*
Hugo Rosende A.
Cecily Halpern M.
Jorge Ogalde M.
Bruno Caprile B.
Ignacio Covarrubias C.
Julio Alvear T.

Director
Pablo Rodríguez G.

Editor
Hugo Fábrega V.

Representante Legal
Federico Valdés L.

ISSN N° 0717–5914 – Santiago de Chile
Ediciones Universidad del Desarrollo

La Revista ***ACTUALIDAD JURÍDICA*** es una publicación semestral
de las Facultades de Derecho (Santiago y Concepción) de
Universidad del Desarrollo

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan
necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

Impresión: Versión, Producciones Gráficas Limitada.

Actualidad Juridica 28.indd 2 10-07-13 18:34

Índice de contenidos

Presentación 5

Anteproyecto de Código Procesal Civil 11

Ensayos y estudios

- **Sobre discriminación arbitraria .** P. Rodríguez G. 187
- **Algunos alcances sobre la protección de los datos de carácter personal.** H. Rosende A., F. Rabat C., M. I. Warnier R. 207
- **El error de derecho como causal eximente de la responsabilidad extracontractual.** E. Alcalde R. 235
- **La actividad jurídica de la Administración del Estado.** I. Aróstica M. 261
- **¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?** J. M. Díaz de Valdés J. 279
- **La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional.** S. Verdugo R. 299
- **Competencia desleal, ¿cuándo optar entre aplicar el derecho de la libre competencia y la ley nº 20.169?** M. F. Juppet E. 315
- **Los delitos aeronáuticos: el bien jurídico protegido.** S. Cea C., P. Morales C. 335
- **Chile y la corte interamericana de derechos humanos: cumplimiento de sentencias.** R. F. Campusano D., M. Aguayo V. 351
- **El registro de accionistas, en especial en las sociedades anónimas cerradas.** L. Ubilla G. 383
- **La pérdida de una chance. notas desde una perspectiva comparada.** R. Munita Marambio. 395
- **Notas sobre la recaudación del impuesto territorial** J. González O.) H. Oberg Y. 443
- **El poder absolutista de la democracia moderna una lectura actualizada de Tocqueville.** J. Alvear T. 473
- **Gran reforma ambiental legislativa e institucional. Lo más relevante para las empresas** J. L. Varela D. 501

Análisis Jurisprudencial

- **Comentario de jurisprudencia** H. Oberg Y. 525
- **No hay interpretación del artículo 206 del Código Civil que sea compatible con el artículo 19 n° 2 de la constitución política de la república. análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional**

Actualidad Juridica 28.indd 3 10-07-13 18:34

que se han pronunciado respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil e incisos 3° y 4° del artículo 5 transitorio de la ley 19.585 F. Mujica E. 531

Actividades de las Facultades

• **Santiago.** T. Siles D. 593
• **Concepción.** S. Arcas A. 607

Libros, Resúmenes y Recensiones

• **Derecho Público Iberoamericano.** S. Verdugo Ramírez. 619

• **Índice Revista Ius Publicum Nº 30** 623

Actualidad Juridica 28.indd 4 10-07-13 18:34

Presentación

La edición N°28 de "Actualidad Jurídica" publica el contenido de una proposición, preparada por la Facultad de Derecho de Santiago, sobre anteproyecto de reforma al Código de Procedimiento Civil vigente. Se trata de un esfuerzo de varios meses, asumido por profesores de diversas disciplinas, todos ellos interesados en contribuir efectivamente al mejoramiento de la justicia civil. No hemos creído suficiente poner en evidencia las debilidades que acusa el proyecto de nuevo Código Procesal Civil que se discute en la Cámara de Diputados, ni demostrar la inviabilidad del mismo, atendida su filosofía y elevados costos de implementación. En esta materia creemos necesario asumir una posición constructiva, elevando a la consideración ciudadana un proyecto alternativo que recoge lo que consideramos una valiosa experiencia, basada en principios diferentes de aquellos que inspiran el modelo oficialista. Numerosos factores nos inducen a pensar que eliminando del quehacer judicial aquellas materias de índole meramente administrativas, mejorará el funcionamiento de los tribunales civiles y la calidad de las resoluciones judiciales. De aquí que lo más trascendente sea la creación del llamado "oficial de ejecución", auxiliar de la Administración de Justicia, cuya actividad se reglamenta en un Libro V del cuerpo legal que se propone modificar, y la regulación de la función jurisdiccional que siguen ejerciendo los jueces en los procesos sobre ejecución forzosa de las obligaciones incumplidas.

De la misma manera, se complementa este proyecto con la modernización de varios procedimientos, a fin de dar mayor participación a los jueces, sin asignarles el "impuso procesal", que sigue en manos de los litigantes, como ha sido tradicional entre nosotros. Especial atención mereció la reglamentación del "juicio sumario". Hemos creído que era hora de incorporar un procedimiento expedito, concentrado y que respetara, hasta donde sea posible, la "igualdad de armas", presupuesto obligado del "debido proceso legal". De la misma manera, creemos que varios estereotipos (como la ritualidad del "término de emplazamiento", del "término probatorio", de la "declaración de testigos" o del "informe de peritos" entre otros), deben flexibilizarse en función de la celeridad y la eficiencia procedimental. Para facilitar el conocimiento de las numerosas reformas que se ofrecen, acompañamos a esta edición, en un anexo especial, el texto completo del Código de Enjuiciamiento Civil, con indicación de las modificaciones propuestas, pudiendo el lector advertir aquello que se modifica o se incorpora a esta legislación. Asimismo, se agrega un análisis que resume los principios que han inspirado este trabajo, ninguno de los cuales violenta los pilares en que se asienta esta normativa.

Actualidad Juridica 28.indd 5 10-07-13 18:34

La tarea emprendida corresponde a la concreción de un imperativo propio, inserto en lo más esencial de la misión de la Universidad. En efecto, asiste a esta institución el deber de promover, apoyar y contribuir al perfeccionamiento de las políticas públicas, mucho más cuando ellas representan una demanda social ineludible de nuestro tiempo. No pretendemos haber realizado una obra perfecta ni exenta de errores, pero, en todo caso, susceptible de corregirse y perfeccionarse. Tampoco procuramos instalar un debate con otros proyectos. Nuestro único norte es sostener una alternativa que resulte viable –atendido su costo de implementación– y que se avenga, como se dijo, con las tradiciones procesales que han moldeado a jueces y litigantes por más de un siglo. Desde esta perspectiva, estamos satisfechos con el trabajo que presentamos, y esperanzados de que se considere nuestra proposición en alguno de sus aspectos fundamentales. No nos parece posible que una reforma de esta envergadura quede reservada a una escasa cantidad de especialistas, al margen de otras opiniones que, por lo menos, deben ser ponderadas con objetividad e independencia. Por último, no debe esquivarse el hecho de que el proyecto oficialista se funda en un "código tipo", elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y adoptado, con diversas modalidades, por otros países. No siempre es bueno copiar modelos ajenos a nuestra idiosincrasia o desatender toda influencia de lo que constituyen las propias raíces, mucho menos tratándose de una materia que, como quiera que se considere, es esencialmente pragmática.

Optar por una reforma integral tiene beneficios y costos. No puede afirmarse que una completa innovación en esta área del conocimiento jurídico sea conveniente per se, y que sólo se progresa removiendo todo lo existente para incorporar nuevas instituciones. Lo anterior tiene sentido cuando ellas –las instituciones– entran en crisis y no puede rescatárselas del colapso. A la inversa, si queremos impulsar la optimización de los procedimientos existentes, es preferible una modernización controlada, que se asiente en los hábitos, tradiciones y avances que se han ido conquistando a lo largo de los años. El derecho repugna, a nuestro juicio, los saltos al vacío o la instalación de políticas que exhiben como única etiqueta una transformación integral.

Dejamos, entonces, a juicio de nuestros lectores, calificar el anteproyecto que hemos sometido a la consideración pública.

La edición que presentamos contiene, además, numerosos trabajos, debiendo destacarse diversos análisis, que versan sobre "los fallos del Tribunal Constitucional respecto del artículo 206 del Código Civil", sobre "la protección de los datos personales", sobre "la objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional", sobre "la pérdida de una chance en la perspectiva del derecho comparado", sobre "los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Chile", sobre "el error de derecho como causal eximente de la

Actualidad Juridica 28.indd 6 10-07-13 18:34

responsabilidad extracontractual, etcétera. Se trata de un conjunto misceláneo de temas, todos los cuales corresponden a una temática de la que los hombres de derecho no pueden prescindir.

Creemos que esta edición reviste, al menos para nosotros, una importancia muy significativa, toda vez que da cuenta de la legítima preocupación que nos embarga a propósito de un proyecto que, tememos, con justificadas aprensiones, no sea lo que el país requiere en este momento de su desarrollo jurídico.

EL DIRECTOR

Actualidad Juridica 28.indd 7 10-07-13 18:34

Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Jurídica 28.indd 9 10-07-13 18:34

Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil

Principios y fundamentos De la reforma procesal civil

La reforma al Código de Procedimiento Civil propuesta por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tiene por objeto hacer viable una innovación de esta naturaleza e impedir que ella nos arrastre a una crisis de consecuencias impredecibles, como ha sucedido con cierta frecuencia en nuestro medio. Se trata, en consecuencia, de un proyecto posible y realista, que se aviene con las tradiciones que reconocemos sobre la materia, y cuya implementación no requiere inversiones de gran envergadura.

El procedimiento civil, en la actualidad, si bien está regulado por un Código del año 1903, ha ido adaptándose a los nuevos requerimientos sin que haya sido necesario alterar las bases en que se sustenta. No se advierte la necesidad imperiosa de introducir variaciones de magnitud en esta materia, sin perjuicio de delimitar las funciones de los jueces civiles, evitando que ellos asuman tareas administrativas que consumen parte importante de su jornada. Lo fundamental consiste en recoger las experiencias del foro, en orden a que los llamados juicios ejecutivos absorben la mayor parte de la actividad del tribunal y, lo que resulta más incongruente, que en ellos predominan gestiones administrativas que se cumplen en desmedro del ejercicio de la jurisdicción. Asimismo, no puede silenciarse que por este medio, se subsidian indirectamente por el Estado ciertas actividades productivas (bancarias, financieras y comerciales), al brindar gratuitamente a los agentes que las ejercen un apoyo tan importante como el derivado de la ejecución forzada de obligaciones incumplidas. Sin duda, esto es lo medular.

Se ha tenido presente, además, la opinión expresada por la Corte Suprema al informar el proyecto de ley que propone un nuevo Código Procesal Civil, mediante oficio N° 24-2013, de 31 de enero de 2013. En especial, nuestro máximo tribunal ha objetado la ejecución provisional de las sentencias en el juicio ordinario, porque, en tal caso, pierde sentido la segunda instancia, si se consigna como regla general la concesión del recurso de apelación en el sólo efecto devolutivo. No se advierte, tampoco, que este solo hecho acarrea una carga adicional a los tribunales, puesto que si la sentencia que se ejecuta es revocada, modificada o anulada, deberá retrotraerse el proceso al estado anterior que se determine. En la misma línea, se ha objetado la carga dinámica de la prueba. El Tribunal

Actualidad Juridica 28.indd 11 10-07-13 18:34

Supremo no comparte el rol asignado al juez, por considerar inadecuado que éste colabore con una de las partes en la aportación de la prueba; ni la reducción de los plazos para dictar sentencia en primera y en segunda instancia, a diez y veinte días, respectivamente; ni las modificaciones al recurso de apelación, tanto en cuanto a la aludida regla general de su concesión en el solo efecto devolutivo, como a su formulación, que limita su alcance, estableciendo una mezcla de causales propias de la apelación actual con motivos de casación de forma y de nulidad, sin esclarecer su objetivo, además de restringirlo a las sentencias definitivas, interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación y a los casos puntuales que se enumeran, lo que atentaría contra la garantía del debido proceso reconocida en la Carta Fundamental.

Intentaremos, resumidamente, describir los principios esenciales que sirven de fundamento al proyecto que hemos elaborado.

1.- Como se consignó precedentemente, la reforma se asienta en el principio del **"ejercicio pleno y excluyente de la jurisdicción"** por parte de los tribunales de justicia. La tarea de los jueces consiste en conocer, juzgar y resolver las causas civiles y criminales que se promueven en el orden temporal. Por lo tanto, no deben los jueces verse envueltos en tareas administrativas ni intervenir en conflictos ajenos a lo propiamente jurisdiccional. Si un derecho, y correlativamente una obligación, está consagrado en un título indubitado que da cuenta de él, no cabe al juez otra posibilidad que juzgar su validez, eficacia, exigibilidad o vigencia, pero no instruir los actos encaminados a su ejecución forzada, porque esta área es meramente administrativa (no existe propiamente un conflicto entre partes que deba resolverse por la vía jurisdiccional). Lo mismo ocurre, por ejemplo, en el ámbito penal, en el cual el cumplimiento de la sentencia queda entregado a un órgano administrativo, como es Gendarmería de Chile. Por ende, los mal llamados "juicios ejecutivos" se reemplazan por "procedimientos de ejecución" y se confían a "oficiales de ejecución" (auxiliares de la administración de justicia), sin perjuicio de someter a la decisión de los tribunales los conflictos que pueda suscitarse con ocasión de este procedimiento, tanto entre las partes afectadas como con terceros interesados.

Para calibrar la importancia de esta reforma, debe considerarse que el ingreso judicial, en el ámbito civil, superó el año 2012, más de 2.100.000 causas. De éstas, aproximadamente un 85% corresponde a juicios ejecutivos. Del indicado porcentaje, sólo en un 17% se dedujeron excepciones por parte del ejecutado (o sea, se cuestionó la validez, eficacia, exigibilidad o vigencia de la obligación). Lo anterior lleva a la conclusión de que, de prosperar la reforma que proponemos, de los 224 tribunales civiles que existen en el país, cada uno de ellos deberá fallar (ejercer jurisdicción) anualmente, en no menos de 2.760 causas, lo que equivale a resolver mensualmente 230 procesos. No cabe duda de que se trata de un trabajo excesivo que exige la creación, pero no desmesurada, de nuevos tribunales. Las cifras

Actualidad Juridica 28.indd 12 10-07-13 18:34

indicadas contrastan con las actuales, ya que cada uno de los jueces civiles –bien o mal– debe atender anualmente 9.375 causas, o sea, 781 causas mensualmente, sin considerar el ingreso acumulado. Creemos que lo señalado justifica sobradamente cualquier esfuerzo que se haga por racionalizar esta anómala situación.

Por último, sobre este particular, digamos que la ley orgánica constitucional que regule las funciones de los "oficiales de ejecución", deberá considerar el financiamiento de estos servicios, porque la gratuidad de la justicia no debe extenderse a tareas administrativas, limitándose la jurisdicción a aquello que concierne a la solución de conflictos de relevancia jurídica.

2.- En íntima vinculación con el anterior, el segundo principio en que se funda es el de la "**eficiencia administrativa de los oficiales de ejecución".** Se ha estimado conveniente reglamentar la actividad de los "oficiales de ejecución" por medio de un Libro V del Código de Procedimiento Civil. Se dota a estos funcionarios (auxiliares de la Administración de Justicia), de todas las facultades necesarias para ejecutar forzosamente las obligaciones incumplidas, sin perjuicio de mantener abierta la posibilidad de recurrir ante el juez competente cada vez que se plantee un conflicto o una reclamación derivada de actuaciones abusivas o irregulares de este funcionario. Dicho conflicto o reclamación, sin embargo, debe tener trascendencia procesal suficiente, para evitar, como bien lo advierte la Corte Suprema en su informe, que la figura del oficial de ejecución no influya significativamente en la disminución de la carga de trabajo de los tribunales civiles, en la medida en que todas sus determinaciones sean recurribles ante el juez. Esta parte, ciertamente, es la más original del texto que se propone y complementa los procedimientos instituidos para hacer cumplir las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Interesa destacar que el desempeño de estas tareas, en la forma en que se hallan reglamentadas, asegura no sólo desplazar del tribunal las funciones administrativas, sino que también lograr que el pretensor obtenga lo que le corresponde en plazos razonables.

La preocupación de la Corte Suprema, absolutamente atendible, en el sentido de que estas labores sean ejercidas por un funcionario sometido al régimen jurisdiccional, de manera que exista un control del mismo por medio del ejercicio de la superintendencia disciplinaria, se obtendrá por medio de su ley orgánica, la cual debería regular la calidad que se le atribuye en el proyecto como auxiliar de la administración de justicia, enmarcándolo, desde luego, en la normativa que establece al efecto el Código Orgánico de Tribunales.

3.- El tercer principio inspirador de esta reforma corresponde al **"principio de celeridad."** Diversas disposiciones se ocupan de evitar el retardo indebido de las actuaciones judiciales, a fin de satisfacer la aspiración generalizada de una justicia rápida y expedita. Especial importancia reviste la reglamentación del **juicio sumario**, que se configura como el juicio concentrado por excelencia, recogiendo la experien-

Actualidad Juridica 28.indd 13 10-07-13 18:34

cia práctica de su aplicación y los principales cambios que también se introducen al juicio ordinario en materia de etapas del proceso y de prueba. Para estos efectos, se impone al demandante la carga de acompañar al proceso, al momento de plantear su pretensión, todos los medios de prueba que hará valer, quedando, a juicio del tribunal, exclusivamente, la procedencia de aquéllos que, como la exhibición de documentos, la absolución de posiciones o la inspección personal del tribunal, requieren de un decreto judicial previo para su producción. La obligación de anticipar los medios de prueba que se emplearán, junto con el concepto de "programación" de la prueba a que se refiere otro de los principios inspiradores de la reforma, debería traducirse en una reducción del plazo máximo para su rendición o, en todo caso, en una mejor distribución de los tiempos propios del proceso.

En la misma línea de razonamiento, se limita el número máximo de testigos, de seis a cuatro, refiriéndolo ahora, no a cada uno de los puntos de prueba, sino que al conjunto de ellos; se reduce la posibilidad de apelar de las resoluciones que se dicten durante la sustanciación del proceso, por ejemplo, en materia probatoria, a fin de circunscribir el uso del recurso de apelación, evitando que se utilice con el solo propósito de entorpecer la tramitación regular del juicio; en el procedimiento de ejecución se circunscriben las excepciones que se pueden oponer, sin afectar los derechos que puedan hacerse valer por la vía ordinaria; y, considerando la opinión favorable de la Corte Suprema, se elimina su competencia exclusiva para conocer del exequátur, entregando la revisión de la solicitud al órgano encargado de conocer la demanda respectiva, sin perjuicio de la interposición de las excepciones que procedan.

La celeridad se consigue también por medio de la uniformidad y, por ello, se reduce la cantidad de procedimientos existentes, eliminándose los juicios de mínima y de menor cuantía, regulados con una considerable cantidad de reglas que tenían sentido cuando estaban asociadas a su aplicación por distintos tribunales, lo que concluyó hace décadas. Aunque esa competencia debería perfeccionarse por medio de una revisión de la justicia vecinal, se avanza en la dirección correcta manteniéndola en los tribunales civiles ordinarios y conservando la idea de someterla a normas más ágiles, como son las del procedimiento sumario. En el mismo sentido, se trasladan la normativa sobre los juicios de hacienda a las normas sobre cumplimiento de las resoluciones judiciales -donde encuentra su cabal justificación-, y las reglas sobre la acción de desposeimiento, al procedimiento de ejecución. En este último, por otra parte, se uniforman, en lo sustancial, los procedimientos sobre tercerías.

Para evitar la dilación en los trámites previstos en la ley es conveniente, asimismo, incentivar la seriedad de las actuaciones procesales. Por tal motivo, se convierten en unidades tributarias mensuales todas las multas y consignaciones que todavía aparecen en el Código expresadas en sueldos vitales, que son la gran mayoría, lo que representa un incremento de su monto y, como la eficacia del

Actualidad Juridica 28.indd 14 10-07-13 18:34

aumento de las sanciones depende de los mecanismos para su cobro, al mismo tiempo, se reordenan las exiguas normas que hoy rigen esta materia con vista a darle real cumplimiento a su aplicación. Estas reformas se complementan con la incorporación al procedimiento civil de los múltiples recursos tecnológicos con los que se cuenta en la actualidad, todos los cuales deben servir de base a nuevos requerimientos y ventajas de todo orden, en especial la constante comunicación entre el tribunal y los litigantes o interesados.

Pero la celeridad no puede impedir la indispensable labor de análisis y reflexión que debe realizar el tribunal para el mejor acierto del fallo. Es en virtud de ello, que se amplían los plazos para dictar sentencia en los juicios concentrados, a fin de proporcionar al juez la oportunidad de efectuar un estudio más acabado de los antecedentes.

4.- El cuarto principio consiste en la apertura de la **"instancia previa de admisibilidad".** Se ha observado, en no pocos casos, que la interposición de una acción civil, suele utilizarse como recurso extremo para generar presiones o perseguir ventajas indebidas. Cuando, a juicio del juez, luego de un examen somero del contenido de la demanda, éste llegue a la conclusión de que existen razones para estimar que ésta carece de una debida y seria fundamentación o constituye un factor de presión indebida, puede el tribunal abrir una instancia de admisibilidad, sin que ello implique un prejuzgamiento. En la forma indicada puede calificarse la acción como abusiva, sea para los efectos de rechazar su tramitación o para ordenar su modificación o exigir cauciones suficientes a objeto de responder de los perjuicios que puedan causarse. Mediante el nuevo trámite de examen de admisibilidad de la demanda, el tribunal controlará también que el libelo no incurra en alguna causa legal de ineptitud y que no altere la correcta ritualidad del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida. Si estimara necesario abrir incidente al respecto, declarada que sea la admisibilidad, no podrán oponerse las respectivas excepciones dilatorias.

La admisibilidad guarda relación también con la necesidad de promover la seriedad en el ofrecimiento y producción de la prueba. Como se señalará más adelante, se obliga a las partes a acompañar en su primera presentación todos sus medios de prueba o a solicitarlos de manera específica. De este modo, el tribunal contará con medios suficientes para examinar la procedencia de las pruebas ofrecidas y, en virtud de esta facultad, podrá excluir aquéllas que se soliciten sin ser debidamente especificadas, las impertinentes, las que persigan acreditar hechos públicos y notorios y las que sean redundantes. Todo ello, adicionalmente contribuye a la celeridad del proceso.

5.- El quinto principio corresponde a la "**flexibilización del término de emplazamiento".** Ocurre con frecuencia que una de las partes sufre un claro perjuicio a la hora de ejercer sus derechos, en relación a su contraparte. Un litigante puede disponer de años para preparar su demanda y allegar los ante-

Actualidad Juridica 28.indd 15 10-07-13 18:34

cedentes en que la fundamenta. A la inversa, el demandado deberá atenerse a plazos rígidos (15 ó 5 días) para contestar y no mucho más para pesquisar los medios de prueba de que se valdrá. Este desequilibrio ha obligado a hacer un uso indebido a las llamadas "excepciones dilatorias", muchas de las cuales se oponen con el objeto de ampliar en la práctica un reducido término de emplazamiento. Recuérdese que las excepciones dilatorias se tramitan como incidente y, por su intermedio, se amplía el plazo para contestar la demanda. Esta sola circunstancia, derivada de una anomalía, es un agente determinante en el retardo de los procedimientos ordinarios. Con el objeto de solucionar este problema, se faculta al juez, en casos calificados, a petición del demandado, para extender el término de emplazamiento, no pudiendo éste exceder de 30 días, en atención a la naturaleza y complejidad de la materia de que trata la demanda. La extensión del término de emplazamiento, en la forma indicada, se considera tanto en el juicio ordinario como en el sumario, sin perjuicio de que, en este último caso, se abre la posibilidad de que sean las mismas partes quienes la convengan en la audiencia de preparación del juicio. No se observa en el Código de Procedimiento Civil resorte alguno destinado a equilibrar la situación de las partes en esta materia, lo que redunda en una ventaja significativa para el demandante frente a las excepciones y defensas opuestas por la contraparte. La reforma que se propone corrige esta situación y evita, por lo menos, una ventaja procesal injusta. En la actualidad la "igualdad de armas" forma parte del "debido proceso legal", en tanto garantía constitucional, toda vez que no parece racional y justo un procedimiento que da ventajas ostensibles a una de las partes.

6.- El sexto principio propuesto se refiere a la "**producción autonómica de la prueba".** La prueba testimonial y la pericial suelen ser un factor que retarda gravemente el curso del juicio. De aquí que se haya introducido, en la prueba testimonial, la obligación de quien la hace valer de acompañar un acta con el testimonio rendido ante un ministro de fe. La declaración del testigo solo tendrá valor legal si éste comparece a ratificar, rectificar, modificar o revocar su testimonio ante el juez. De la misma manera, se admitirán las contra interrogaciones, pero siempre que ellas sean comunicadas al tribunal, en sobre cerrado, con anticipación a la prueba programada, lo cual se armoniza con la entrega previa del testimonio. Si el testigo no concurre a la audiencia designada, se desglosará del proceso el acta y se destruirá el sobre que contenga las contra interrogaciones. Las tachas se podrán hacer valer una vez concluida la declaración y se sujetarán a un procedimiento expedito y concentrado, que excluye la prueba testimonial. La misma filosofía inspira el informe pericial. Cada parte debe acompañar este medio de prueba, seleccionando libremente al experto que estime idóneo, pudiendo la contraparte impugnar su elección o sus conclusiones en una audiencia que se cita para este solo efecto. Para considerar el mérito probatorio del informe pericial será condición esencial su comparecencia ante el juez, a fin de explicar sus consideraciones, estudios y conclusiones. Se pone término, de este modo, a la excesiva extensión del proceso como consecuencia del retardo en evacuar el

Actualidad Juridica 28.indd 16 10-07-13 18:34

informe pericial y, en cierta medida, la transferencia de competencia que hacen algunos jueces al asumir, con muy escasas reflexiones, las conclusiones del perito.

7.- El séptimo principio que desarrolla esta reforma apunta a la "**adecuación del término probatorio",** lo que se logra mediante la programación de la recepción de los medios de prueba. En efecto, la extensión del término probatorio se determina una vez programada (proyección en el tiempo) la prueba ofrecida por las partes, ya sea por acuerdo de ellas o por determinación del tribunal. Para este objeto, se contempla una audiencia preparatoria, citada especialmente, tanto en el juicio ordinario como en el sumario. La duración del término probatorio, por ende, resulta al programarse la recepción de las pruebas ofrecidas, lo cual queda establecido pormenorizadamente en la audiencia de preparación. Para dar un mayor impulso al proceso, se fijan plazos perentorios para la celebración de las audiencias o para dar curso progresivo a los autos, de modo que, salvo acuerdo de las partes en contrario, pueda darse continuidad a la tramitación.

8.- El octavo principio apunta a la llamada **"justicia de los acuerdos".** Las gestiones de conciliación, hasta este momento, no han dado resultados positivos. Creemos que ha faltado una participación más activa del juez y una mayor exigencia a las partes. Es por ello que se innova, en el sentido de que cada parte debe hacer llegar al juez, en sobre cerrado, una vez agotado el período de discusión, una proposición de conciliación (por mínimas que puedan ser las concesiones que propone), las que sólo se darán a conocer en el comparendo de conciliación; salvo que uno de los litigantes no presente bases de acuerdo o no asista a la audiencia respectiva, caso en el cual se destruirá la proposición que se haya hecho llegar regularmente. El juez deberá siempre presentar bases de conciliación y procurar un acercamiento de las partes. De proseguir el juicio, en esta audiencia deberán fijarse, por las partes o por el juez en subsidio, los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

9.- El noveno principio que invocamos consiste en la "**intervención activa del juez"** en el desarrollo del juicio y la recepción de la prueba ofrecida y programada, pero sin recargar indebidamente sus tareas al extremo de hacerla inexigible. Tanto el juicio ordinario como el sumario mantienen los escritos de fondo para conseguir la precisión y adecuada exposición de las acciones y defensas, pero se incorporan sendas audiencias, que van dando curso progresivo al proceso (sea para determinar el plazo para contestar, fijar los hechos controvertidos o programar la recepción de la prueba). Se exige la presencia personal e indelegable del juez en las audiencias de prueba (sea de testigos, peritos o posiciones), en aquéllas destinadas a programar la recepción de la prueba y, por cierto, su intervención activa en los comparendos de conciliación.

Actualidad Juridica 28.indd 17 10-07-13 18:34

10.- Finalmente, el décimo principio radica en la mantención del "**carácter extraordinario de los recursos de casación en la forma y fondo".** Se pone fin a las causales especificas de casación en la forma, sustituyéndolas por una causal genérica fundada en un vicio de nulidad que causa al recurrente un agravio sólo reparable con la invalidación del fallo. El sustento del recurso de casación en la forma es la infracción de una norma legal, sancionada con la nulidad de la sentencia, que causa al recurrente un perjuicio que sólo sea reparable con la invalidación de éste, o que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. Atendido ese alcance del recurso, es preferible consignar derechamente su procedencia en tales términos, sin necesidad de darle carácter taxativo a las causales que en la actualidad se enumeran. Por otra parte, la conveniencia de tener a la brevedad una sentencia de término en el proceso ha conducido a establecer que, en todos los casos en que se acoja el recurso de casación en la forma, el mismo tribunal deberá dictar la sentencia de reemplazo que corresponda.

Creemos absolutamente indispensable mantener el papel que corresponde a la Corte Suprema como tribunal de casación, ampliando sus facultades. Hoy día, reconocida como regla general en nuestro ordenamiento la posibilidad de revisión de los fallos en doble instancia, la habitualidad de la presentación de recursos de casación, en especial los de casación en el fondo, desnaturaliza el papel que debería jugar este Alto Tribunal en materia de interpretación del Derecho. Por tal motivo, se considera la incorporación de un requisito adicional de admisibilidad del recurso de casación, tanto en el fondo como en la forma. Ese requisito es la existencia de razones graves y de importancia general que justifiquen entrar a conocer del recurso, apreciación que queda entregada a la propia Corte, pero que se enmarca dentro de dos ejemplos: la vulneración de derechos y garantías fundamentales, y la determinación de una doctrina jurisprudencial, lo que evita el inmovilismo jurídico, que es desaconsejable desde todo punto de vista.

De esta manera nos hacemos cargo de los reparos que merece la consagración del recurso extraordinario del proyecto de Código Procesal Civil a la mayoría de la Corte Suprema, la que se inclina por mantener la casación en términos similares a la regulación actual, estimando inconveniente limitar las atribuciones que por esencia le son propias, al eliminar la procedencia del recurso por infracción de ley y reducirlo exclusivamente a dos causales determinadas. Al mismo tiempo, la solución propuesta incluso equilibra diversos puntos de vista expresados en la Corte Suprema a favor del recurso extraordinario con otros en contrario, en el sentido de que, al existir mecanismos de control horizontal durante el juicio y dos grados jurisdiccionales, no habría razones que justifiquen un nuevo recurso que reitere el debate de orden legal sólo en interés de las partes, y se explicaría, en cambio, que el tribunal pueda avocarse al conocimiento de asuntos particularmente relevantes para la sociedad y ejercer, de este modo, su reconocida función de orientar la jurisprudencia.

Actualidad Juridica 28.indd 18 10-07-13 18:34

Los principios enunciados son los que se tuvieron en consideración al elaborar este anteproyecto de reforma los que, a juicio de sus autores, deben consolidarse, incorporándolos activamente en nuestro Código de Procedimiento Civil.

La reforma que presentamos está basada en la experiencia que todos los abogados recogen a diario en su vida profesional, más allá de teorías y disquisiciones de carácter doctrinario. No puede perderse de vista que el derecho procesal es adjetivo y que su finalidad no es otra que hacer posible el ejercicio expedito y oportuno de los derechos sustantivos. Nuestro país no necesita, en esta materia, de un nuevo Código que deseche años de jurisprudencia y estudio doctrinario en numerosos temas ya consolidados, e imponga a todos los intervinientes en el proceso civil cambios substanciales que no se justifican suficientemente y que desdeñan las habilidades ya adquiridas por nuestros jueces. La carrera judicial, en el ámbito civil, ha rendido frutos valiosos que requieren afianzarse, despojando al tribunal de tareas meramente administrativas que absorben parte fundamental de su tiempo.

Por último, estamos ciertos que nuestro país no puede afrontar el costo de una reforma que supone la creación de una cantidad desproporciona- da de tribunales. No es bueno olvidar que la peor reforma es aquélla que se aplica sin contar con recursos para financiarla.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Libro Primero
DISPOSICIONES COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO

Título I
REGLAS GENERALES

Art. 1° Las disposiciones de este Código rigen el procedimiento de las contiendas civiles entre partes y de los actos de jurisdicción no contenciosa, cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales de Justicia.

Art. 2° El procedimiento es ordinario o extraordinario. Es ordinario el que se somete a la tramitación común ordenada por la ley, y extraordinario el que se rige por las disposiciones especiales que para determinados casos ella establece.

Art. 3° Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza.

Actualidad Juridica 28.indd 19 10-07-13 18:34

Título II
DE LA COMPARECENCIA EN JUICIO

Art. 4° Toda persona que deba comparecer en juicio a su propio nombre o como representante legal de otra, deberá hacerlo en la forma que determine la ley.

Art. 5° (6°). Si durante el juicio fallece alguna de las partes que obre por sí misma, quedará suspenso por este hecho el procedimiento, y se pondrá su estado en noticia de los herederos para que comparezcan a hacer uso de su derecho en un plazo igual al de emplazamiento para contestar demandas, que conceden los artículos 258 y 259.

Art. 6° (7°). El que comparezca en juicio a nombre de otro, en desempeño de un mandato o en ejercicio de un cargo que requiera especial nombramiento, deberá exhibir el título que acredite su representación.

Para obrar como mandatario se considerará poder suficiente: 1° El constituido por escritura pública otorgada ante notario o ante oficial del Registro Civil a quien la ley confiera esta facultad; 2° el que conste de un acta extendida ante un juez de letras o ante un juez árbitro, y subscrita por todos los otorgantes; y 3° el que conste de una declaración escrita del mandante, autorizada por el secretario del tribunal que esté conociendo de la causa.

Podrá, sin embargo, admitirse la comparecencia al juicio de una persona que obre sin poder en beneficio de otra, con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se haya obrado en su nombre. El tribunal, para aceptar la representación, calificará las circunstancias del caso y la garantía ofrecida, y fijará un plazo para la ratificación del interesado.

Los agentes oficiosos deberán ser personas capacitadas para comparecer ante el respectivo tribunal, **en conformidad a la ley N°18.120, que establece normas sobre comparecencia en juicio,** o, en caso contrario, deberán hacerse representar en la forma que esa misma ley establece.

Art. 7° (8°). El poder para litigar se entenderá conferido para todo el juicio en que se presente, y aun cuando no exprese las facultades que se conceden, autorizará al procurador para tomar parte, del mismo modo que podría hacerlo el poderdante, en todos los trámites e incidentes del juicio y en todas las cuestiones que por vía de reconvención se promuevan, hasta la ejecución completa de la sentencia definitiva, salvo lo dispuesto en el artículo 4° o salvo que la ley exija intervención personal de la parte misma. Las cláusulas en que se nieguen o en que se limiten las facultades expresadas, son nulas. Podrá, asimismo, el procurador delegar el poder obligando al mandante, a menos que se le haya negado esta facultad.

Sin embargo, no se entenderán concedidas al procurador, sin expresa mención, las facultades de desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar la demanda contraria, absolver posiciones, renunciar los recursos o los

Actualidad Juridica 28.indd 20 10-07-13 18:34

términos legales, transigir, comprometer, otorgar a los árbitros facultades de arbitradores, aprobar convenios y percibir.

Art. 8° (9°). El gerente o administrador de sociedades civiles o comerciales, o el presidente de las **corporaciones, fundaciones o asociaciones con personalidad jurídica,** se entenderán autorizados para litigar a nombre de ellas con las facultades que expresa el inciso 1° del artículo anterior, no obstante cualquiera limitación establecida en los estatutos o actos constitutivos de la sociedad o corporación.

Art. 9° (10). Si durante el curso del juicio termina por cualquiera causa el carácter con que una persona representa por ministerio de la ley derechos ajenos, continuará no obstante la representación y serán válidos los actos que ejecute, hasta la comparecencia de la parte representada, o hasta que haya testimonio en el proceso de haberse notificado a ésta la cesación de la representación y el estado del juicio. El representante deberá gestionar para que se practique esta diligencia dentro del plazo que el tribunal designe, bajo pena de pagar una multa de **una a diez unidades tributarias mensuales** y de abonar los perjuicios que resulten.

Art. 10 (11). Todo procurador legalmente constituido conservará su carácter de tal mientras en el proceso no haya testimonio de la expiración de su mandato.

Si la causa de la expiración del mandato es la renuncia del procurador, estará éste obligado a ponerla en conocimiento de su mandante, junto con el estado del juicio, y se entenderá vigente el poder hasta que haya transcurrido el término de emplazamiento desde la notificación de la renuncia al mandante.

Art. 11 (12). Cuando se ausente de la República alguna persona dejando procurador autorizado para obrar en juicio o encargado con poder general de administración, todo el que tenga interés en ello podrá exigir que tome la representación del ausente dicho procurador, justificando que ha aceptado el mandato expresamente o ha ejecutado una gestión cualquiera que importe aceptación.

Este derecho comprende aun la facultad de hacer notificar las nuevas demandas que se entablen contra el ausente, entendiéndose autorizado el procurador para aceptar la notificación, a menos que se establezca lo contrario de un modo expreso en el poder.

Si el poder para obrar en juicio se refiere a uno o más negocios determinados, sólo podrá hacerse valer el derecho que menciona el inciso precedente respecto del negocio o negocios para los cuales se ha conferido el mandato.

Art. 12 (13). En los casos de que trata el artículo 19, el procurador común será nombrado por acuerdo de las partes a quienes haya de representar.

El nombramiento deberá hacerse dentro del término razonable que señale el tribunal.

Actualidad Juridica 28.indd 21 10-07-13 18:34

Art. 13 (14). Si por omisión de todas las partes o por falta de avenimiento entre ellas no se hace el nombramiento dentro del término indicado en el artículo anterior, lo hará el tribunal que conozca de la causa, debiendo, en este caso, recaer el nombramiento en un procurador del número o en una de las partes que haya concurrido.

Si la omisión es de alguna o algunas de las partes, el nombramiento hecho por la otra u otras valdrá respecto de todas.

Art. 14 (15). Una vez hecho por las partes o por el tribunal el nombramiento de procurador común, podrá revocarse por acuerdo unánime de las mismas partes, o por el tribunal a petición de alguna de ellas, si en este caso hay motivos que justifiquen la revocación.

Los procedimientos a que dé lugar esta medida se seguirán en cuaderno separado y no suspenderán el curso del juicio.

Sea que se acuerde por las partes o que se decrete por el tribunal, la revocación no comenzará a producir sus efectos mientras no quede constituido el nuevo procurador.

Art. 15 (16). El procurador común deberá ajustar, en lo posible, su procedimiento a las instrucciones y a la voluntad de las partes que representa; y, en los casos en que éstas no estén de acuerdo, podrá proceder por sí solo y como se lo aconseje la prudencia, teniendo siempre en mira la más fiel y expedita ejecución del mandato.

Art. 16 (17). Cualquiera de las partes representadas por el procurador común que no se conforme con el procedimiento adoptado por él, podrá separadamente hacer las alegaciones y rendir las pruebas que estime conducentes, pero sin entorpecer la marcha regular del juicio y usando los mismos plazos concedidos al procurador común. Podrá, asimismo, solicitar dichos plazos o su ampliación, o interponer los recursos a que haya lugar, tanto sobre las resoluciones que recaigan en estas solicitudes, como sobre cualquiera sentencia interlocutoria o definitiva.

Título III
DE LA PLURALIDAD DE ACCIONES O DE PARTES

Art. 17 (18). En un mismo juicio podrán entablarse dos o más acciones con tal que no sean incompatibles.

Sin embargo, podrán proponerse en una misma demanda dos o más acciones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra.

Art. 18 (19). En un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho, o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley.

Actualidad Juridica 28.indd 22 10-07-13 18:34

Art. 19 (20). Si son dos o más las partes que entablan una demanda o gestión judicial y deducen las mismas acciones, deberán obrar todas conjuntamente, constituyendo un solo mandatario.

La misma regla se aplicará a los demandados cuando sean dos o más y opongan idénticas excepciones o defensas.

Art. 20 (21). Si son distintas entre sí las acciones de los demandantes o las defensas de los demandados, cada uno de ellos podrá obrar separadamente en el juicio, salvo las excepciones legales.

Se concederá la facultad de gestionar por separado en los casos del artículo anterior desde que aparezca haber incompatibilidad de intereses entre las partes que litigan conjuntamente.

Art. 21 (22). Si la acción ejercida por alguna persona corresponde también a otra u otras personas determinadas, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de las que no hayan ocurrido a entablarla, quienes deberán expresar en el término de emplazamiento si se adhieren a ella.

Si las dichas personas se adhieren a la demanda, se aplicará lo dispuesto en los artículos 12 y 13; si declaran su resolución de no adherirse, caducará su derecho; y si nada dicen dentro del término legal, les afectará el resultado del proceso, sin nueva citación. En este último caso podrán comparecer en cualquier estado del juicio, pero respetando todo lo obrado con anterioridad.

Art. 22 (23). Si durante la secuela del juicio se presenta alguien reclamando sobre la cosa litigada derechos incompatibles con los de las otras partes, admitirá el tribunal sus gestiones en la forma establecida por el artículo 16 y se entenderá que acepta todo lo obrado antes de su presentación, continuando el juicio en el estado en que se encuentre.

Art. 23 (24). Los que, sin ser partes directas en el juicio, tengan interés actual en sus resultados, podrán en cualquier estado de él intervenir como coadyuvantes, y tendrán en tal caso los mismos derechos que concede el artículo 16 a cada una de las partes representadas por un procurador común, continuando el juicio en el estado en que se encuentre.

Se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos.

Si el interés invocado por el tercero es independiente del que corresponde en el juicio a las dos partes, se observará lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 24 (25). Las resoluciones que se dicten en los casos de los dos artículos anteriores producirán respecto de las personas a quienes dichos artículos se refieren los mismos efectos que respecto de las partes principales.

Actualidad Juridica 28.indd 23 10-07-13 18:34

Título IV
DE LAS CARGAS PECUNIARIAS A QUE ESTÁN SUJETOS LOS LITIGANTES

Art. 25 (26). Todo litigante está obligado a pagar a los oficiales de la administración de justicia los derechos que los aranceles judiciales señalen para los servicios prestados en el proceso.

Cada parte pagará los derechos correspondientes a las diligencias que haya solicitado, y todas por cuotas iguales los de las diligencias comunes, sin perjuicio del reembolso a que haya lugar cuando por la ley o por resolución de los tribunales corresponda a otras personas hacer el pago.

Art. 26 (27). Los derechos de cada diligencia se pagarán tan pronto como ésta se evacue; pero la falta de pago no podrá entorpecer en ningún caso la marcha del juicio.

Art. 27 (28). Cuando litiguen varias personas conjuntamente, cada una de ellas responderá solidariamente del pago de los derechos que a todas afecten en conformidad a los artículos anteriores, sin perjuicio de que las demás reembolsen a la que haya pagado la cuota que les corresponda, a prorrata de su interés en el juicio.

Art. 28. Los procuradores judiciales responderán personalmente del pago de las costas procesales generadas durante el ejercicio de sus funciones, que sean de cargo de sus mandantes, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.

Título V
DE LA FORMACIÓN DEL PROCESO, DE SU CUSTODIA Y DE SU COMUNICACIÓN A LAS PARTES

Art. 29 (30) Se formará el proceso con los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio.

Ninguna pieza del proceso podrá retirarse sin que previamente lo decrete el tribunal que conoce de la causa.

Art. 30 (31). Todo escrito deberá presentarse al tribunal de la causa por conducto del secretario respectivo y se encabezará con una suma que indique su contenido o el trámite de que se trata.

Art. 31 (32). Junto con cada escrito deberán acompañarse en papel simple tantas copias cuantas sean las partes a quienes debe notificarse la providencia que en él recaiga, y, confrontadas dichas copias por el secretario, se entregarán a la otra u otras partes, o se dejarán en la secretaría a disposición de ellas cuando la notificación no se haga personalmente o por cédula.

Actualidad Juridica 28.indd 24 10-07-13 18:34

Se exceptúan de esta disposición los escritos que tengan por objeto personarse en el juicio, acusar rebeldías, pedir apremios, prórroga de términos, señalamiento de visitas, su suspensión y cualesquiera otras diligencias de mera tramitación.

Si no se entregan las copias o si resulta disconformidad substancial entre aquéllas y el escrito original, no le correrá plazo a la parte contraria y deberá el tribunal, de plano, imponer una multa de **una a diez unidades tributarias mensuales.**

El tribunal ordenará, además, que la parte acompañe las copias dentro de tercero día, bajo apercibimiento de tener por no presentado el escrito.

Las resoluciones que se dicten en conformidad a este artículo serán inapelables.

Art. 32 (33). Entregado un escrito al secretario, deberá éste en el mismo día estampar en cada foja la fecha y su media firma, o un sello autorizado por la respectiva Corte de Apelaciones y que designe la oficina y la fecha de la presentación. Deberá, además, dar recibo de los documentos que se le entreguen, siempre que lo exija la parte que los presenta, sin que pueda cobrar derecho alguno por los servicios a que este artículo se refiere.

Art. 33 (34). Todo escrito será presentado por el secretario al tribunal para su despacho el mismo día en que se le entregue, o al día siguiente hábil si la entrega se hace después de la hora designada al efecto. En casos urgentes podrá el interesado recabar el despacho inmediato aun después de la hora designada.

Los secretarios letrados de los juzgados civiles dictarán por sí solos los decretos, providencias o proveídos, resoluciones que serán autorizadas por el oficial 1°. La reposición, en su caso será resuelta por el juez.

Art. 34 (35). Todas las piezas que deben formar el proceso, en conformidad al artículo 29, se irán agregando sucesivamente según el orden de su presentación. Al tiempo de agregarlas, el secretario numerará cada foja en cifras y en letras. Se exceptúan las piezas que, por su naturaleza, no puedan agregarse o que por motivos fundados se manden reservar fuera del proceso.

Salvo las mismas excepciones, el desarrollo del proceso, para fines informativos, deberá constar en un expediente electrónico actualizado al que tendrán acceso permanente los interesados, en el que se asentarán las actuaciones respetando su orden, con expresión de la fecha de su realización.

Art. 35 (36). Siempre que se desglosen una o más fojas del proceso, deberá colocarse en su lugar una nueva foja con la indicación del decreto que ordenó el desglose y del número y naturaleza de las piezas desglosadas. No se alterará, sin embargo, la numeración de las piezas que queden en el proceso, y se conservará también la de las que se hayan separado, en el nuevo expediente de que pasen a formar parte, agregándose la que en éste corresponda.

Actualidad Juridica 28.indd 25 10-07-13 18:34

Art. 36. El proceso se mantendrá en la oficina del secretario bajo su custodia y responsabilidad. Los autos no podrán retirarse de la secretaría sino por las personas y en los casos expresamente contemplados en la ley. Corresponderá al secretario velar por el estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 393 del Código Orgánico de Tribunales.

Art. 37 (40). Siempre que los tribunales pidan o hayan de oír dictamen por escrito del respectivo fiscal judicial o de los defensores públicos, el secretario entregará el proceso a aquellos funcionarios, exigiendo el correspondiente recibo. Lo mismo se observará cuando haya de remitirse el proceso a una oficina distinta de aquella en que se ha formado.

Si los funcionarios a quienes se pide dictamen retardan la devolución del proceso, podrá el tribunal señalarles un plazo razonable para que la efectúen, y ordenar a su vencimiento que se recojan por el secretario los autos.

En aquellos casos en que otro tribunal requiera la remisión del expediente original o de algún cuaderno o piezas del proceso, el trámite se cumplirá remitiendo, a costa del peticionario o de la parte que hubiere interpuesto el recurso o realizado la gestión que origina la petición, las copias o fotocopias respectivas. Estas deberán ser debidamente certificadas, en cada hoja, por el secretario del tribunal. Se enviará el expediente original sólo en caso que haya imposibilidad para sacar fotocopias en el lugar de asiento del tribunal, lo que certificará el secretario. En casos urgentes o cuando el tribunal lo estime necesario, por resolución fundada, o cuando el expediente tenga más de doscientas cincuenta fojas, podrá remitirse el original.

Título VI
DE LAS NOTIFICACIONES

Art. 38 (41). Las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella.

Art. 39 (42). Para la validez de la notificación no se requiere el consentimiento del notificado.

Art. 40 (43). En toda gestión judicial, la primera notificación a las partes o personas a quienes hayan de afectar sus resultados, deberá hacérseles personalmente, entregándoseles copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído, cuando sea escrita.

Esta notificación se hará al actor en la forma establecida en el artículo 50.

Art. 41 (44). En los lugares y recintos de libre acceso público, la notificación personal se podrá efectuar en cualquier día y a cualquier hora, procurando causar la menor molestia posible al notificado. **(Se suprime el párrafo ubicado a continuación del punto seguido, que pasa a ser punto aparte).**

Actualidad Juridica 28.indd 26 10-07-13 18:34

Además, la notificación podrá hacerse en cualquier día, entre las seis y las veintidós horas, en la morada o lugar donde pernocta el notificado o en el lugar donde éste ordinariamente ejerce su industria, profesión o empleo, o en cualquier recinto privado en que éste se encuentre y al cual se permita el acceso del ministro de fe.

Si la notificación se realizare en día inhábil, los plazos comenzarán a correr desde las cero horas del día hábil inmediatamente siguiente, y si se hubiere practicado fuera de la comuna donde funciona el tribunal, los plazos se aumentarán en la forma establecida en los artículos 258 y 259.

Igualmente, son lugares hábiles para practicar la notificación el oficio del secretario, la casa que sirva para despacho del tribunal y la oficina o despacho del ministro de fe que practique la notificación. Los jueces no podrán, sin embargo, ser notificados en el local en que desempeñan sus funciones.

Art. 42 (45). Podrá el tribunal ordenar que se haga la notificación en otros lugares que los expresados en el artículo anterior, cuando la persona a quien se trate de notificar no tenga habitación conocida en el lugar en que ha de ser notificada. Esta circunstancia se acreditará por certificado de un ministro de fe que afirme haber hecho las indagaciones posibles, de las cuales dejará testimonio detallado en la respectiva diligencia.

Art. 43 (46). La notificación se hará constar en el proceso por diligencia que subscribirán el notificado y el ministro de fe, y si el primero no puede o no quiere firmar, se dejará testimonio de este hecho en la misma diligencia.

La certificación deberá, además, señalar la fecha, hora y lugar donde se realizó la notificación y, de haber sido hecha en forma personal, precisar la manera o el medio con que el ministro de fe comprobó la identidad del notificado.

Art. 44 (47). Si buscada en dos días distintos en su habitación, o en el lugar donde habitualmente ejerce su industria, profesión o empleo, no es habida la persona a quien debe notificarse, se acreditará que ella se encuentra en el lugar del juicio y cuál es su morada o lugar donde ejerce su industria, profesión o empleo, bastando para comprobar estas circunstancias la debida certificación del ministro de fe.

Establecidos ambos hechos, el tribunal ordenará que la notificación se haga entregando las copias a que se refiere el artículo 40 a cualquiera persona adulta que se encuentre en la morada o en el lugar donde la persona que se va a notificar ejerce su industria, profesión o empleo. Si nadie hay allí, o si por cualquiera otra causa no es posible entregar dichas copias a las personas que se encuentren en esos lugares, se fijará en la puerta un aviso que dé noticia de la demanda, con especificación exacta de las partes, materia de la causa, juez que conoce en ella y de las resoluciones que se notifican.

En caso que la morada o el lugar donde pernocta o el lugar donde habitualmente ejerce su industria, profesión o empleo, se encuentre en un edificio

Actualidad Juridica 28.indd 27 10-07-13 18:34

o recinto al que no se permite libre acceso, el aviso y las copias se entregarán al portero o encargado del edificio o recinto, dejándose testimonio expreso de esta circunstancia.

Art. 45 (48). La diligencia de notificación, en el caso del artículo precedente, se extenderá en la forma que determina el artículo 43, siendo obligada a subscribirla la persona que reciba las copias, si puede hacerlo, dejándose testimonio de su nombre, edad, profesión y domicilio.

Art. 46. Cuando la notificación se efectúe en conformidad al artículo 44, el ministro de fe deberá dar aviso de ella al notificado, dirigiéndole con tal objeto carta certificada por correo, en el plazo de dos días contado desde la fecha de la notificación o desde que se reabran las oficinas de correo, si la notificación se hubiere efectuado en domingo o festivo. La carta podrá consistir en tarjeta abierta que llevará impreso el nombre y domicilio del receptor y deberá indicar el tribunal, el número de ingreso de la causa y el nombre de las partes. En el testimonio de la notificación deberá expresarse, además, el hecho del envío, la fecha, la oficina de correo donde se hizo y el número de comprobante emitido por tal oficina. Este comprobante deberá ser pegado al expediente a continuación del testimonio. La omisión en el envío de la carta no invalidará la notificación, pero hará responsable al infractor de los daños y perjuicios que se originen y el tribunal, previa audiencia del afectado, deberá imponerle alguna de las medidas que se señalan en los números 2, 3 y 4 del artículo 532 del Código Orgánico de Tribunales.

Art. 47 (50). La forma de notificación de que tratan los artículos precedentes se empleará siempre que la ley disponga que se notifique a alguna persona para la validez de ciertos actos, o cuando los tribunales lo ordenen expresamente.

Podrá, además, usarse en todo caso.

Art. 48 (51). Las sentencias definitivas, las resoluciones en que se reciba a prueba la causa, o se ordene la comparecencia personal de las partes, se notificarán por medio de cédulas que contengan la copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia.

Estas cédulas se entregarán por un ministro de fe en el domicilio del notificado, en la forma establecida en el inciso 2° del artículo 44.

Se pondrá en los autos testimonio de la notificación con expresión del día y lugar, del nombre, edad, profesión y domicilio de la persona a quien se haga la entrega. El procedimiento que establece este artículo podrá emplearse, además, en todos los casos que el tribunal expresamente lo ordene.

Art. 49 (52). Para los efectos del artículo anterior, todo litigante deberá, en su primera gestión judicial, designar un domicilio conocido dentro de los límites urbanos del lugar en que funcione el tribunal respectivo, y esta designación se considerará subsistente mientras no haga otra la parte interesada, aun cuando de hecho cambie su morada.

(Se elimina el inciso segundo)

Actualidad Juridica 28.indd 28 10-07-13 18:34

Art. 50 (53). Las resoluciones no comprendidas en los artículos precedentes se entenderán notificadas a las partes desde que se incluyan en un estado que deberá formarse y fijarse diariamente en la secretaría de cada tribunal con las indicaciones que el inciso siguiente expresa.

Se encabezará el estado con la fecha del día en que se forme, y se mencionarán por el número de orden que les corresponda en el rol general, expresado en cifras y en letras, y además por los apellidos del demandante y del demandado o de los primeros que figuren con dicho carácter si son varios, todas las causas en que se haya dictado resolución en aquel día, y el número de resoluciones dictadas en cada una de ellas. Se agregará el sello y firma del secretario.

Estos estados se mantendrán durante tres días en un lugar accesible al público, cubiertos con vidrios o en otra forma que impida hacer alteraciones en ellos; y, encuadernados por orden rigoroso de fechas, se archivarán mensualmente.

De las notificaciones hechas en conformidad a este artículo, se pondrá testimonio en los autos. Los errores u omisiones en dicho testimonio no invalidarán la notificación y sólo serán sancionados con **la medida disciplinaria que corresponda, de acuerdo al Código Orgánico de Tribunales, en atención a la gravedad de la falta,** a petición de parte o de oficio.

Art. 51 (54). Para los efectos del artículo precedente, a todo proceso que se inicie se asignará un número de orden en la primera resolución que se dicte y con él figurará en el rol del tribunal, hasta su terminación.

Art. 52 (55). Si transcurren seis meses sin que se dicte resolución alguna en el proceso, no se considerarán como notificaciones válidas las anotaciones en el estado diario mientras no se haga una nueva notificación personalmente o por cédula.

Art. 53 (56). La forma de notificación de que trata el artículo 50 se hará extensiva a las resoluciones comprendidas en el artículo 48, respecto de las partes que no hayan hecho la designación a que se refiere el artículo 49 y mientras ésta no se haga.

Esta notificación se hará sin necesidad de petición de parte y sin previa orden del tribunal.

Art. 54 (57). Cuando haya de notificarse personalmente o por cédula a personas cuya individualidad o residencia sea difícil determinar, o que por su número dificulten considerablemente la práctica de la diligencia, podrá hacerse la notificación por medio de avisos publicados en los diarios del lugar donde se sigue la causa, o de la cabecera de la provincia o de la capital de la región, si allí no los hay. Dichos avisos contendrán los mismos datos que se exigen para la notificación personal; pero si la publicación en esta forma es muy dispen-

Actualidad Juridica 28.indd 29 10-07-13 18:34

diosa, atendida la cuantía del negocio, podrá disponer el tribunal que se haga en extracto redactado por el secretario.

Para autorizar esta forma de notificación, y para determinar los diarios en que haya de hacerse la publicación y el número de veces que deba repetirse, el cual no podrá bajar de tres, procederá el tribunal con conocimiento de causa. Cuando la notificación hecha por este medio sea la primera de una gestión judicial, será necesario, además, para su validez, que se inserte el aviso en los números del "Diario Oficial" correspondientes a los días primero o quince de cualquier mes, o al día siguiente, si no se ha publicado en las fechas indicadas.

Art. 55 (58). Aunque no se haya verificado notificación alguna o se haya efectuado en otra forma que la legal, se tendrá por notificada una resolución desde que la parte a quien afecte haga en el juicio cualquiera gestión que suponga conocimiento de dicha resolución, sin haber antes reclamado la falta o nulidad de la notificación.

Asimismo, la parte que solicitó la nulidad de una notificación, por el solo ministerio de la ley, se tendrá por notificada de la resolución cuya notificación fue declarada nula, desde que se le notifique la sentencia que declara tal nulidad. En caso que la nulidad de la notificación haya sido declarada por un tribunal superior, esta notificación se tendrá por efectuada al notificársele el "cúmplase" de dicha resolución.

Art. 56 (59). Las notificaciones que se hagan a terceros que no sean parte en juicio, o a quienes no afecten sus resultados, se harán personalmente o por cédula.

Art. 57. Las diligencias de notificación que se estampen en los procesos, no contendrán declaración alguna del notificado, salvo que la resolución ordene o, por su naturaleza, requiera esa declaración.

Art. 58 (61). Las funciones que en este Título se encomiendan a los secretarios de tribunales, podrán ser desempeñadas bajo la responsabilidad de éstos, por el oficial primero de la secretaría.

En aquellos lugares en que no exista receptor judicial, la notificación podrá ser hecha por el Notario Público u Oficial del Registro Civil que exista en la localidad. En todo caso, el juez siempre podrá designar como ministro de fe ad hoc a un empleado del tribunal, para el solo efecto de practicar la notificación.

Sin perjuicio de lo anterior, el oficial de ejecución será, asimismo, ministro de fe para todos los efectos de los procedimientos de ejecución.

Actualidad Juridica 28.indd 30 10-07-13 18:34

Título VII
DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

Art. 59 (62). Las actuaciones judiciales deben practicarse en días y horas hábiles.

Son días hábiles los no feriados. Son horas hábiles las que median entre las ocho y las veinte horas.

Art. 60 (63). Pueden los tribunales, a solicitud de parte, habilitar para la práctica de actuaciones judiciales días u horas inhábiles, cuando haya causa urgente que lo exija.

Se estimarán urgentes para este caso, las actuaciones cuya dilación pueda causar grave perjuicio a los interesados, o a la buena administración de justicia, o hacer ilusoria una providencia judicial.

El tribunal apreciará la urgencia de la causa y resolverá sin ulterior recurso.

Art. 61 (64). De toda actuación deberá dejarse testimonio escrito en el proceso, con expresión del lugar, día, mes y año en que se verifique, de las formalidades con que se haya procedido, y de las demás indicaciones que la ley o el tribunal dispongan.

A continuación y previa lectura, firmarán todas las personas que hayan intervenido; y si alguna no sabe o se niega a hacerlo, se expresará esta circunstancia.

La autorización del funcionario a quien corresponda dar fe o certificado del acto es esencial para la validez de la actuación.

Art. 62 (65). Siempre que en una actuación haya de tomarse juramento a alguno de los concurrentes, se le interrogará por el funcionario autorizante al tenor de la siguiente fórmula: "¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?", o bien, "¿Juráis por Dios desempeñar fielmente el cargo que se os confía?", según sea la naturaleza de la actuación. El interrogado deberá responder: "Sí juro".

Art. 63 (66). Cuando sea necesaria la intervención de intérprete en una actuación judicial, se recurrirá al intérprete oficial, si lo hay; y en caso contrario, al que designe el tribunal.

Los intérpretes deberán tener las condiciones requeridas para ser peritos, y se les atribuirá el carácter de ministros de fe.

Antes de practicarse la diligencia, deberá el intérprete prestar juramento para el fiel desempeño de su cargo.

Art. 64.- Los plazos que señala este Código son fatales cualquiera sea la forma en que se exprese, salvo aquéllos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal. En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo. En

Actualidad Juridica 28.indd 31 10-07-13 18:34

estos casos el tribunal, de oficio o a petición de parte, proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin necesidad de certificado previo.

Las partes, en cualquier estado del juicio, podrán acordar la suspensión del procedimiento hasta por un plazo máximo de noventa días. Este derecho sólo podrá ejercerse por una vez en cada instancia, sin perjuicio de hacerlo valer, además, ante la Corte Suprema en caso que, ante dicho tribunal, estuviesen pendientes recursos de casación o de queja en contra de sentencia definitiva. Los plazos que estuvieren corriendo se suspenderán al presentarse el escrito respectivo y continuarán corriendo vencido el plazo de suspensión acordado.

Art. 65 (68). Los términos comenzarán a correr para cada parte desde el día de la notificación, **salvo que la ley, en ciertos casos, disponga otra cosa.**

Los términos comunes se contarán desde la última notificación.

Art. 66 (69). Los términos de días que establece el presente Código, se entenderán suspendidos durante los feriados, salvo que el tribunal, por motivos justificados, haya dispuesto expresamente lo contrario.

Lo anterior no regirá con los asuntos indicados en el inciso segundo del artículo 314 del Código Orgánico de Tribunales respecto del feriado de vacaciones.

Art. 67 (70). Son prorrogables los términos señalados por el tribunal.

Para que pueda concederse la prórroga es necesario:

1° Que se pida antes del vencimiento del término; y

2° Que se alegue justa causa, la cual será apreciada por el tribunal prudencialmente.

Art. 68 (71). En ningún caso podrá la prórroga ampliar el término más allá de los días asignados por la ley.

Art. 69 (72). Siempre que se ordene o autorice una diligencia con citación, se entenderá que no puede llevarse a efecto sino pasados tres días después de la notificación de la parte contraria, la cual tendrá el derecho de oponerse o deducir observaciones dentro de dicho plazo, suspendiéndose en tal caso la diligencia hasta que se resuelva el incidente.

Cuando se mande proceder con conocimiento o valiéndose de otras expresiones análogas, se podrá llevar a efecto la diligencia desde que se ponga en noticia del contendor lo resuelto.

Art. 70 (73). Todas las actuaciones necesarias para la formación del proceso se practicarán por el tribunal que conozca de la causa, salvo los casos en que se encomienden expresamente por la ley a los secretarios y otros ministros de fe, o en que se permita al tribunal delegar sus funciones, o en que las actuaciones hayan de practicarse fuera del lugar en que se siga el juicio.

Actualidad Juridica 28.indd 32 10-07-13 18:34

Art. 71 (74). Todo tribunal es obligado a practicar o a dar orden para que se practiquen en su territorio, las actuaciones que en él deban ejecutarse y que otro tribunal le encomiende.

El tribunal que conozca de la causa dirigirá al del lugar donde haya de practicarse la diligencia la correspondiente comunicación, insertando los escritos, decretos y explicaciones necesarias.

El tribunal a quien se dirija la comunicación ordenará su cumplimiento en la forma que ella indique, y no podrá decretar otras gestiones que las necesarias a fin de darle curso y habilitar al juez de la causa para que resuelva lo conveniente.

Art. 72 (75). Las comunicaciones serán firmadas por el juez, en todo caso; y si el tribunal es colegiado, por su presidente. A las mismas personas se dirigirán las comunicaciones que emanen de otros tribunales o funcionarios.

Art. 73 (76). En las gestiones que sea necesario hacer ante el tribunal exhortado, podrá intervenir el encargado de la parte que solicitó el exhorto, siempre que en éste se exprese el nombre de dicho encargado o se indique que puede diligenciarlo el que lo presente o cualquiera otra persona.

Art. 74 (77). Podrá una misma comunicación dirigirse a diversos tribunales para que se practiquen actuaciones en distintos puntos sucesivamente. Las primeras diligencias practicadas, junto con la comunicación que las motive, se remitirán por el tribunal que haya intervenido en ellas al que deba continuarlas en otro territorio.

Art. 75 (78). Toda comunicación para practicar actuaciones fuera del lugar del juicio será dirigida, sin intermedio alguno, al tribunal o funcionario a quien corresponda ejecutarla, aunque no dependa del que reclama su intervención.

Art. 76 (79). Cuando hayan de practicarse actuaciones en país extranjero, se dirigirá la comunicación respectiva al funcionario que deba intervenir, por conducto de la Corte Suprema, la cual la enviará al Ministerio de Relaciones Exteriores para que éste a su vez le dé curso en la forma que esté determinada por los tratados vigentes o por las reglas generales adoptadas por el Gobierno. En la comunicación se expresará el nombre de la persona o personas a quienes la parte interesada apodere para practicar las diligencias solicitadas, o se indicará que puede hacerlo la persona que lo presente o cualquiera otra.

Por este mismo conducto y en la misma forma se recibirán las comunicaciones de los tribunales extranjeros para practicar diligencias en Chile.

Art. 77 (80). Toda comunicación dirigida por un tribunal a otro deberá ser conducida a su destino por los correos del Estado, pudiendo, en casos especiales calificados por el tribunal, entregarse a la parte que la haya solicitado, para que gestione su cumplimiento.

Actualidad Juridica 28.indd 33 10-07-13 18:34

Título VIII
DE LAS REBELDÍAS

Art. 78. Vencido un plazo judicial para la realización de un acto procesal sin que éste se haya practicado por la parte respectiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin certificado previo del secretario.

Art. 79 (82). Podrá un litigante pedir la rescisión de lo que se haya obrado en el juicio en rebeldía suya, ofreciendo probar que ha estado impedido por fuerza mayor.

Este derecho sólo podrá reclamarse dentro de tres días, contados desde que cesó el impedimento y pudo hacerse valer ante el tribunal que conoce del negocio.

Art. 80 (83). Si al litigante rebelde no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, podrá pedir la rescisión de lo obrado, ofreciendo acreditar que, por un hecho que no le sea imputable, han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, o que ellas no son exactas en su parte substancial.

Este derecho no podrá reclamarse sino dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio.

Art. 81 (84). Los incidentes a que den lugar las disposiciones contenidas en los dos artículos anteriores, no suspenderán el curso de la causa principal y se substanciarán en cuaderno separado.

Título IX
DE LOS INCIDENTES

Art. 82 (85). Toda cuestión accesoria de un juicio que requiera pronunciamiento especial con audiencia de las partes, se tramitará como incidente y se sujetará a las reglas de este Título, si no tiene señalada por la ley una tramitación especial.

Art. 83. La nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irrogue a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad.

La nulidad sólo podrá impetrarse dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal. La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá demandar la nulidad.

Actualidad Juridica 28.indd 34 10-07-13 18:34

La declaración de nulidad de un acto no importa la nulidad de todo lo obrado. El tribunal, al declarar la nulidad, deberá establecer precisamente cuáles actos quedan nulos en razón de su conexión con el acto anulado.

Art. 84 (87). Todo incidente que no tenga conexión alguna con el asunto que es materia del juicio podrá ser rechazado de plano.

Si el incidente nace de un hecho anterior al juicio o coexistente con su principio, como defecto legal en el modo de proponer la demanda, deberá promoverlo la parte antes de hacer cualquiera gestión principal en el pleito.

Si lo promueve después, será rechazado de oficio por el tribunal salvo que se trate de un vicio que anule el proceso, en cuyo caso se estará a lo que establece el artículo 83, o que se trate de una circunstancia esencial para la ritualidad o la marcha del juicio, evento en el cual el tribunal ordenará que se practiquen las diligencias necesarias para que el proceso siga su curso legal.

El juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá asimismo tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento. No podrá, sin embargo, subsanar las actuaciones viciadas en razón de haberse realizado éstas fuera del plazo fatal indicado por la ley.

Art. 85 (88). Todo incidente originado de un hecho que acontezca durante el juicio, deberá promoverse tan pronto como el hecho llegue a conocimiento de la parte respectiva.

Si en el proceso consta que el hecho ha llegado al conocimiento de la parte, y si ésta ha practicado una gestión posterior a dicho conocimiento, el incidente promovido después será rechazado de plano, salvo que se trate de alguno de los vicios o circunstancias a que se refiere el inciso 3° del artículo anterior.

Art. 86 (89). Todos los incidentes cuyas causas existan simultáneamente deberán promoverse a la vez. En caso contrario, se observará, respecto de los que se promuevan después, lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 84.

Art. 87 (90). Si el incidente es de aquellos sin cuya previa resolución no se puede seguir substanciando la causa principal, se suspenderá el curso de ésta, y el incidente se tramitará en la misma pieza de autos.

En el caso contrario, no se suspenderá el curso de la causa principal, y el incidente se substanciará en ramo separado.

Art. 88. La parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá promover ningún otro sin que previamente deposite en la cuenta corriente del tribunal la cantidad que éste fije. El tribunal de oficio y en la resolución que deseche el segundo incidente determinará el monto del depósito. Este depósito fluctuará entre una y diez unidades tributarias mensuales y se aplicará como multa a beneficio fiscal, si fuere rechazado el respectivo incidente.

Actualidad Juridica 28.indd 35 10-07-13 18:34

El tribunal determinará el monto del depósito considerando la actuación procesal de la parte y si observare mala fe en la interposición de los nuevos incidentes podrá aumentar su cuantía hasta por el duplo. La parte que goce de privilegio de pobreza en el juicio, no estará obligada a efectuar depósito previo alguno.

El incidente que se formule sin haberse efectuado previamente el depósito fijado, se tendrá por no interpuesto y se extinguirá el derecho a promoverlo nuevamente.

En los casos que la parte no obligada a efectuar el depósito previo en razón de privilegio de pobreza interponga nuevos incidentes y éstos le sean rechazados; el juez, en la misma resolución que rechace el nuevo incidente, podrá imponer personalmente al abogado o al mandatario judicial que lo hubiere promovido, por vía de pena, una multa a beneficio fiscal de una a diez unidades tributarias mensuales, si estimare que en su interposición ha existido mala fe o el claro propósito de dilatar el proceso.

Todo incidente que requiera de depósito previo deberá tramitarse en cuaderno separado, sin afectar el curso de la cuestión principal ni de ninguna otra, sin perjuicio de lo que se pueda resolver en el fallo del respectivo incidente.
Las resoluciones que se dicten en virtud de las disposiciones de este artículo, en cuanto al monto de depósitos y multas se refiere, son inapelables.

Art. 89 (92). Si se promueve un incidente, se concederán tres días para responder y vencido este plazo, haya o no contestado la parte contraria, resolverá el tribunal la cuestión, si, a su juicio, no hay necesidad de prueba. No obstante, el tribunal podrá resolver de plano aquellas peticiones cuyo fallo se pueda fundar en hechos que consten del proceso, o sean de pública notoriedad, lo que el tribunal consignará en su resolución.

Art. 90.- Si es necesaria la prueba, el tribunal fijará los hechos sustanciales controvertidos y citará a una audiencia para dentro de ocho días. Las partes que deseen rendir prueba deberán, dentro de los dos primeros días, acompañar los medios de prueba de los que pretendan valerse o solicitar las medidas conducentes para que se rindan las pruebas que no obren en su poder, individualizándolas y proporcionando con precisión los antecedentes necesarios para producirlas.

No se admitirán pruebas diferentes de las precisadas dentro del referido plazo, ni más de dos testigos por cada parte. En la audiencia, el tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos y los recibirá conforme a las reglas del juicio ordinario. Sólo si la prueba admitida no alcanzare a rendirse en esa oportunidad, el juez dispondrá que la audiencia prosiga en la fecha que determine, en ningún caso después de los ocho días siguientes, de lo cual quedarán notificadas las partes en el mismo acto.

Actualidad Juridica 28.indd 36 10-07-13 18:34

Cuando hayan de practicarse diligencias probatorias fuera del lugar en que se sigue el juicio, podrá el tribunal, por motivos fundados, ampliar una sola vez el término por el número de días que estime necesarios, no excediendo en ningún caso del plazo total de treinta días, contados desde que se recibió el incidente a prueba.

Las resoluciones que se pronuncien en los casos de este artículo son inapelables.

Art. 91 (94). Vencido el término de prueba, háyanla o no rendido las partes, y aun cuando éstas no lo pidan, fallará el tribunal inmediatamente o, a más tardar, dentro de tercero día, la cuestión que haya dado origen al incidente.

Título X
DE LA ACUMULACIÓN DE AUTOS

Art. 92 (95). La acumulación de autos tendrá lugar siempre que se tramiten separadamente dos o más procesos que deban constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia, para mantener la continencia, o unidad de la causa. Habrá, por tanto, lugar a ella:

1° Cuando la acción o acciones entabladas en un juicio sean iguales a las que se hayan deducido en otro, o cuando unas y otras emanen directa e inmediatamente de unos mismos hechos;
2° Cuando las personas y el objeto o materia de los juicios sean idénticos, aunque las acciones sean distintas; y
3° En general, siempre que la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio deba producir la excepción de cosa juzgada en otro.

Art. 93 (96). Habrá también lugar a la acumulación de autos en los casos de quiebra.

De esta acumulación se trata en la Ley de Quiebras.

Art. 94 (97). La acumulación de autos se decretará a petición de parte; pero si los procesos se encuentran en un mismo tribunal, podrá éste ordenarla de oficio.

Se considerará parte legítima para solicitarla todo el que haya sido admitido como parte litigante en cualquiera de los juicios cuya acumulación se pretende.

Art. 95 (98). Para que pueda tener lugar la acumulación, se requiere que los juicios se encuentren sometidos a una misma clase de procedimiento y que la substanciación de todos ellos se encuentre en instancias análogas.

Art. 96 (99). Si los juicios están pendientes ante tribunales de igual jerarquía, el más moderno se acumulará al más antiguo; pero en el caso contrario, la acumulación se hará sobre aquel que esté sometido al tribunal superior.

Actualidad Juridica 28.indd 37 10-07-13 18:34

Art. 97 (100). Siempre que tenga lugar la acumulación, el curso de los juicios que estén más avanzados se suspenderá hasta que todos lleguen a un mismo estado.

Art. 98 (101). La acumulación se podrá pedir en cualquier estado del juicio antes de la sentencia de término; y si se trata de juicios ejecutivos, antes del pago de la obligación. Deberá solicitarse ante el tribunal a quien corresponda continuar conociendo en conformidad al artículo 96.

Art. 99 (102). Pedida la acumulación, se concederá un plazo de tres días a la otra parte para que exponga lo conveniente sobre ella. Pasado este término, haya o no respuesta, el tribunal resolverá, haciendo traer previamente a la vista todos los procesos cuya acumulación se solicite, si todos están pendientes ante él. En caso contrario, podrá pedir que se le remitan los que se sigan ante otros tribunales.

Art. 100 (103). De las resoluciones que nieguen la acumulación o den lugar a ella sólo se concederá apelación en el efecto devolutivo.

Título XI
DE LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA

Art. 101 (104). Podrán las partes promover cuestiones de competencia por inhibitoria o por declinatoria.

Las que hayan optado por uno de estos medios, no podrán después abandonarlo para recurrir al otro. Tampoco podrán emplearse los dos simultánea ni sucesivamente.

Art. 102 (105). La inhibitoria se intentará ante el tribunal a quien se crea competente, pidiéndole que se dirija al que esté conociendo del negocio para que se inhiba y le remita los autos.

Si el recurrente pretende acreditar con documentos su derecho, deberá acompañarlos a la solicitud de inhibitoria, o pedir en ella los testimonios correspondientes.

Art. 103 (106). Con todo el mérito de lo que exponga la parte y de los documentos que presente o que el tribunal de oficio mande agregar, si lo juzga necesario, se accederá a la solicitud o se negará lugar a ella.

Art. 104 (107). Si el tribunal accede, dirigirá al que esté conociendo del negocio la correspondiente comunicación, con inserción de la solicitud de la parte y de los demás documentos que estime necesario para fundar su competencia.

Art. 105 (108). Recibida la comunicación, el tribunal requerido oirá a la parte que ante él litigue, y con lo que ella exponga y el mérito que arrojen los do-

Actualidad Juridica 28.indd 38 10-07-13 18:34

cumentos que presente o que el tribunal mande agregar de oficio, accederá a la inhibición o negará lugar a ella.

Art. 106 (109). Si el tribunal requerido accede a la inhibición y esta sentencia queda ejecutoriada, remitirá los autos al requirente.

Si la deniega, se pondrá lo resuelto en conocimiento del otro tribunal, y cada uno, con citación de la parte que gestione ante él, remitirá los autos al tribunal a quien corresponda resolver la contienda.

Art. 107 (112). Son apelables solamente la resolución que niega lugar a la solicitud de inhibición a que se refiere el artículo 102 y la que pronuncie el tribunal requerido accediendo a la inhibición.

Art. 108 (113). Las apelaciones de que trata el artículo anterior se llevarán ante el tribunal a quien correspondería conocer de la contienda de competencia; pero cuando los tribunales dependan de diversos superiores, iguales en jerarquía, conocerá de la apelación el superior del tribunal que haya dictado la sentencia apelada.

Art. 109 (114). El superior que conozca de la apelación o que resuelva la contienda de competencia declarará cuál de los tribunales inferiores es competente o que ninguno de ellos lo es.

Para pronunciar resolución, citará a uno y otro litigante, pudiendo pedir los informes que estime necesarios, y aun recibir a prueba el incidente.

Si los tribunales de cuya competencia se trata ejercen jurisdicción de diferente clase, se oirá también al fiscal judicial.

Art. 110 (115). Expedida la resolución, el mismo tribunal que la dictó remitirá los autos que ante él obren al tribunal declarado competente, para que éste comience o siga conociendo del negocio, y comunicará lo resuelto al otro tribunal.

Art. 111 (116). La declinatoria se propondrá ante el tribunal a quien se cree incompetente para conocer de un negocio que le esté sometido, indicándole cuál es el que se estima competente y pidiéndole se abstenga de dicho conocimiento. Su tramitación se sujetará a las reglas establecidas para los incidentes.

Art. 112 (117). Mientras se halle pendiente el incidente de competencia, se suspenderá el curso de la causa principal; pero el tribunal que esté conociendo de ella podrá librar aquellas providencias que tengan el carácter de urgentes.

La apelación de la resolución que desecha la declinatoria de jurisdicción se concederá sólo en el efecto devolutivo.

La tramitación de la causa, en el caso de inhibitoria, continuará después de notificada la resolución denegatoria a que se refiere el inciso 2° del artículo 106, sin perjuicio de que esas gestiones queden sin valor si el tribunal corres-

Actualidad Juridica 28.indd 39 10-07-13 18:34

pondiente declara que el que está conociendo del juicio es incompetente para ello. **Todo lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo indicado en disposiciones especiales.**

Título XII
DE LAS IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES

Art. 113 (118). Sólo podrá inhabilitarse a los jueces y a los auxiliares de la Administración de Justicia para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas de implicancia o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales.

Para inhabilitar a los peritos **designados por el tribunal,** la parte a quien pueda perjudicar su intervención, deberá expresar y probar alguna de las causas de implicancia o recusación determinadas para los jueces, en cuanto sean aplicables a aquéllos.

Si la recusación afectare a un abogado integrante, el Presidente de la respectiva Corte procederá de inmediato a formar sala, salvo que ello no fuera posible por causa justificada.

Art. 114 (119). La declaración de implicancia o de recusación cuando haya de fundarse en causa legal, deberá pedirse antes de toda gestión que ataña al fondo del negocio, o antes de que comience a actuar la persona contra quien se dirige, siempre que la causa alegada exista ya y sea conocida de la parte.

Si la causa es posterior o no ha llegado a conocimiento de la parte, deberá proponerla tan pronto como tenga noticia de ella. No justificándose esta última circunstancia, será desechada la solicitud, a menos que se trate de una implicancia. En este caso, podrá el tribunal imponer a la parte que maliciosamente haya retardado el reclamo de la implicancia una multa que no exceda de **diez unidades tributarias mensuales.**

Art. 115 (120). La implicancia de un juez que desempeñe tribunal unipersonal se hará valer ante él mismo, expresando la causa legal en que se apoya y los hechos en que se funda, acompañando u ofreciendo presentar las pruebas necesarias y pidiéndole se inhiba del conocimiento del negocio.

Art. 116 (121). La recusación de los jueces a que se refiere el artículo anterior, y la implicancia y recusación de los miembros de tribunales colegiados se harán valer, en los términos que indica dicho artículo, ante el tribunal que, según la ley, deba conocer de estos incidentes.

Art. 117 (122). La implicancia y la recusación de los funcionarios subalternos se reclamarán ante el tribunal que conozca del negocio en que aquéllos deban intervenir, y se admitirán sin más trámite cuando no necesiten fundarse en causa legal.

Actualidad Juridica 28.indd 40 10-07-13 18:34

Art. 118 (123). Cuando deba expresarse causa, no se dará curso a la solicitud de implicancia o de recusación de los funcionarios que a continuación se mencionan, a menos que el ocurrente haya sido declarado pobre, si no se acompaña testimonio de haber efectuado un depósito en la cuenta corriente del tribunal que deba conocer de la implicancia o recusación, de las cantidades que en seguida se expresan, para responder a la multa de que habla el artículo 122.

En la implicancia o recusación del Presidente, Ministro o Fiscal de la Corte Suprema, **cinco unidades tributarias mensuales**. En la del Presidente, Ministros o Fiscales de una Corte de Apelaciones, tres **unidades tributarias mensuales**. En la de un juez letrado o de un subrogante legal, juez árbitro, defensor público, relator, perito **designado por el tribunal,** secretario o receptor, **una unidad tributaria mensual**.

La consignación ordenada en este artículo se elevará al doble cuando se trate de la segunda solicitud de inhabilitación deducida por la misma parte, al triple en la tercera y así sucesivamente.

Art. 119 (124). Si la causa alegada no es legal, o no la constituyen los hechos en que se funda, o si éstos no se especifican debidamente, el tribunal desechará desde luego la solicitud.

En el caso contrario, declarará bastante la causal, y si los hechos en que se funda constan al tribunal o resultan de los antecedentes acompañados o que el mismo tribunal de oficio mande agregar, se declarará, sin más trámites, la implicancia o recusación.

Cuando no conste al tribunal o no aparezca de manifiesto la causa alegada, se procederá en conformidad a las reglas generales de los incidentes, formándose pieza separada.

Art. 120 (125). Una vez aceptada como bastante la causal de inhabilitación, o declarada ésta con arreglo al inciso 2° del artículo anterior, se pondrá dicha declaración en conocimiento del funcionario cuya implicancia o recusación se haya pedido, para que se abstenga de intervenir en el asunto de que se trata mientras no se resuelva el incidente.

Art. 121 (126). Si la inhabilitación se refiere a un juez de tribunal unipersonal, el que deba subrogarlo conforme a la ley continuará conociendo en todos los trámites anteriores a la citación para sentencia, y en este estado se suspenderá el curso del juicio hasta que se declare si ha o no lugar a la inhabilitación.

Si ésta se pide para un juez de tribunal colegiado, continuará funcionando el mismo tribunal, constituido legalmente, con exclusión del miembro o miembros que se intente inhibir, y se suspenderá el juicio como en el caso anterior.

Cuando se trate de otros funcionarios, serán reemplazados, mientras dure el incidente, por los que deban subrogarlos según la ley; y si se rechaza la inhibición, el que la haya solicitado pagará al funcionario subrogado los derechos correspondientes a las actuaciones practicadas por el subrogante, sin perjuicio de que éste también los perciba.

Actualidad Juridica 28.indd 41 10-07-13 18:34

Art. 122 (127). Si la implicancia o la recusación es desechada, se condenará en las costas al que la haya reclamado, y se le impondrá una multa que no baje de la mitad ni exceda del doble de la suma consignada en conformidad al artículo 118.

Esta multa se elevará al doble cuando se trate de la segunda solicitud de inhabilitación deducida por la misma parte, al triple en la tercera y así sucesivamente.

El tribunal fijará la cuantía de la multa, tomando en cuenta la categoría del funcionario contra quien se haya reclamado, la importancia del juicio, la fortuna del litigante y la circunstancia de haberse procedido o no con malicia.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, podrán los tribunales, a petición de parte o de oficio, después de haberse rechazado en la causa dos o más recusaciones interpuestas por un mismo litigante, fijar a éste y compartes un plazo razonable para que dentro de él deduzcan todas las que conceptúen procedentes a su derecho, bajo apercibimiento de no ser oídos después respecto de aquellas causales que se funden en hechos o circunstancias que hayan acaecido con anterioridad al decreto que fija dicho plazo.

Las recusaciones que se interpongan por causas sobrevinientes a la fecha de este decreto serán admitidas previa consignación de la multa, y, en caso de ser desestimadas, pueden también las Cortes imponer al recurrente, a más de la multa establecida, otra que no deberá exceder **de una unidad tributaria mensual** por cada instancia de recusación.

Art. 123 (128). Paralizado el incidente de implicancia o de recusación por más de diez días, sin que la parte que lo haya promovido haga gestiones conducentes para ponerlo en estado de que sea resuelto, el tribunal lo declarará de oficio abandonado, con citación del recusante.

Art. 124 (129). Antes de pedir la recusación de un juez al tribunal que deba conocer del incidente, podrá el recusante ocurrir al mismo recusado, si funciona solo, o el tribunal de que forme parte, exponiéndole la causa en que la recusación se funda y pidiéndole la declare sin más trámite.

Rechazada esta solicitud, podrá deducirse la recusación ante el tribunal correspondiente.

Art. 125. Producida alguna de las situaciones previstas en el artículo 199 del Código Orgánico de Tribunales respecto de las causales de recusación, la parte a quien, según la presunción de la ley, pueda perjudicar la falta de imparcialidad que se supone en el juez, deberá alegar la inhabilidad correspondiente dentro del plazo de cinco días contados desde que se le notifique la declaración respectiva. Si así no lo hiciere, se considerará renunciada la correspondiente causal de recusación. Durante este plazo, el juez se considerará inhabilitado para conocer de la causa y se estará a lo dispuesto en el artículo 121 de este Código.

Actualidad Juridica 28.indd 42 10-07-13 18:34

Art. 126 (131). Las sentencias que se dicten en los incidentes sobre implicancia o recusación serán inapelables, salvo la que pronuncie el juez de tribunal unipersonal desechando la implicancia deducida ante él, aceptando la recusación en el caso del artículo 124 o declarándose de oficio inhabilitado por alguna causal de recusación.

Toda sentencia sobre implicancia o recusación será transcrita de oficio al juez o tribunal a quien afecte.

Art. 127 (132). La recusación y la implicancia que deban surtir efecto en diversos juicios de las mismas partes, podrán hacerse valer en una sola gestión.

Art. 128 (133). Cuando sean varios los demandantes o los demandados, la implicancia o recusación deducida por alguno de ellos, no podrá renovarse por los otros, a menos de fundarse en alguna causa personal del recusante.

Título XIII
DEL PRIVILEGIO DE POBREZA

Art. 129.- Los gastos y derechos que se causen en las gestiones para obtener privilegio de pobreza sólo podrán reclamarse en el caso de que no se de lugar a la solicitud.

Art. 130 (138). El privilegio de pobreza podrá solicitarse en cualquier estado del juicio y aún antes de su iniciación, y deberá siempre pedirse al tribunal a quien corresponda conocer en única o primera instancia del asunto en que haya de tener efecto.

Podrá tramitarse en una sola gestión para varias causas determinadas y entre las mismas partes, si el conocimiento de todas corresponde al mismo tribunal en primera instancia.

Art. 131 (139). El privilegio de pobreza se tramitará en cuaderno separado y se expresarán al solicitarlo los motivos en que se funde. El tribunal ordenará que se rinda información para acreditarlos, con solo la citación de la parte contra quien litigue o haya de litigar el que solicita el privilegio.

Art. 132 (140). Si la parte citada no se opone dentro de tercero día a la concesión del privilegio, se rendirá la información y se resolverá con el mérito de ella y de los demás antecedentes acompañados o que el tribunal mande agregar.

Si hay oposición, se tramitará el incidente en conformidad a las reglas generales.

La apelación de la sentencia que acepte el privilegio de pobreza se concederá sólo en el efecto devolutivo.

Actualidad Juridica 28.indd 43 10-07-13 18:34

Art. 133 (141). En la gestión de privilegio de pobreza serán oídos los funcionarios judiciales a quienes pueda afectar su concesión, si se presentan oponiéndose antes de que el incidente se resuelva. Cuando sean varios los que deduzcan la oposición, litigarán por una cuerda en los trámites posteriores a la presentación.

Art. 134 (142). Serán materia de la información, o de la prueba en su caso, las circunstancias invocadas por el que pide el privilegio, y además la fortuna del solicitante, su profesión o industria, sus rentas, sus deudas, las cargas personales o de familia que le graven, sus aptitudes intelectuales y físicas para ganar la subsistencia, sus gastos necesarios o de lujo, las comodidades de que goce, y cualesquiera otras que el tribunal juzgue conveniente averiguar para formar juicio sobre los fundamentos del privilegio.

Art. 135.- Se estimará como presunción legal de pobreza la circunstancia de encontrarse privado de libertad el que solicita el privilegio, sea por sentencia condenatoria, sea durante la substanciación de los procedimientos que se siguen en su contra.

Art. 136 (144). Podrá dejarse sin efecto el privilegio después de otorgado, siempre que se justifiquen circunstancias que habrían bastado para denegarlo.

Podrá también otorgarse el privilegio después de rechazarlo, si se prueba un cambio de fortuna o de circunstancias que autoricen esta concesión.

Art. 137 (136). Cuando el litigante declarado pobre no gestione personalmente ni tenga en el proceso mandatario constituido en forma legal, entrará a representarlo **la respectiva Corporación de Asistencia Judicial,** sin que sea necesario mandato expreso.

Título XIV
DE LAS COSTAS

Art. 138 (145). Cuando una de las partes sea condenada a pagar las costas de la causa, o de algún incidente o gestión particular, se procederá a tasarlas en conformidad a las reglas siguientes.

Art. 139 (146). Las costas se dividen en procesales y personales.

Son procesales las causadas en la formación del proceso y que correspondan a servicios estimados en los aranceles judiciales.

Son personales las provenientes de los honorarios de los abogados y demás personas que hayan intervenido en el negocio, y de los defensores públicos en el caso del artículo 367 del Código Orgánico de Tribunales.

El juez, al regular los honorarios de los abogados, procurará que ellos se adecúen a los estándares predominantes en el medio en que

Actualidad Juridica 28.indd 44 10-07-13 18:34

se desempeñan, de modo que el litigante favorecido con esta decisión quede efectivamente resarcido de los perjuicios que le irrogó el juicio; todo lo cual no afectará los acuerdos celebrados entre la parte y el letrado encargado de su defensa.

El honorario que se regule en conformidad al inciso anterior, pertenecerá a la parte a cuyo favor se decretó la condenación en costas; pero si el abogado lo percibe por cualquier motivo, se imputará al que se haya estipulado o al que deba corresponderle.

Art. 140 (147). Sólo se tasarán las costas procesales útiles eliminándose las que correspondan a diligencias o actuaciones innecesarias o no autorizadas por la ley, y las de actuaciones o incidentes en que haya sido condenada la otra parte.

El tribunal de la causa, en cada instancia, regulará el valor de las personales, y avaluará también las procesales **con arreglo a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo precedente.** Esta función podrá delegarla en uno de sus miembros, si es colegiado, y en su secretario respecto de las costas procesales.

Art. 141 (148). Hecha la tasación de costas, en la forma prevenida por los artículos anteriores, y puesta en conocimiento de las partes, se tendrá por aprobada si ellas nada exponen dentro de tercero día.

Art. 142 (149). Si alguna de las partes formula objeciones, podrá el tribunal resolver de plano sobre ellas, o darles la tramitación de un incidente.

Art. 143 (150). La tasación de costas, hecha según las reglas precedentes, se entenderá sin perjuicio del derecho de las personas cuyos honorarios se hayan tasado, para exigir de quien corresponda el pago de sus servicios en conformidad a la ley.

Art. 144 (151). La parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas. Podrá con todo el tribunal eximirla de ellas, cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa en la resolución.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones de este Código.

Art. 145 (152). Podrá el tribunal de segunda instancia eximir de las costas causadas en ella a la parte contra quien se dicte la sentencia, sea que mantenga o no las que en primera instancia se hayan impuesto, expresándose en este caso los motivos especiales que autoricen la exención.

Art. 146 (153). No podrá condenarse al pago de costas cuando se hayan emitido, por los jueces que concurran al fallo en un tribunal colegiado, uno o más votos favorables a la parte que pierde la cuestión resuelta.

Actualidad Juridica 28.indd 45 10-07-13 18:34

Art. 147 (154). Cuando la parte que promueve un incidente dilatorio no obtenga resolución favorable, será precisamente condenada en las costas.

Título XV
DEL DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA

Art. 148 (155). Antes de notificada una demanda al demandado, podrá el actor retirarla sin trámite alguno, y se considerará como no presentada. Después de notificada, podrá en cualquier estado del juicio desistirse de ella ante el tribunal que conozca del asunto, y esta petición se someterá a los trámites establecidos para los incidentes.

Art. 149 (156). Si se hace oposición al desistimiento o sólo se acepta condicionalmente, resolverá el tribunal si continúa o no el juicio, o la forma en que debe tenerse por desistido al actor.

Art. 150 (157). La sentencia que acepte el desistimiento, haya o no habido oposición, extinguirá las acciones a que él se refiera, con relación a las partes litigantes y a todas las personas a quienes habría afectado la sentencia del juicio a que se pone fin.

Art. 151 (158). El desistimiento de las peticiones que se formulen por vía de reconvención se entenderá aceptado, sin declaración expresa, por el hecho de proponerse; salvo que la parte contraria deduzca oposición dentro del tercero día después de notificada. En este caso se tramitará la oposición como incidente y podrá su resolución reservarse para la sentencia definitiva.

Título XVI
DEL ABANDONO DEL PROCEDIMIENTO

Art. 152. El procedimiento se entiende abandonado cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante seis meses, contados desde la fecha de la última resolución recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos.

Art. 153. El abandono podrá hacerse valer sólo por el demandado, durante todo el juicio y hasta que se haya dictado sentencia ejecutoriada en la causa.

(Se suprime el inciso segundo)

Art. 154 (161). Podrá alegarse el abandono por vía de acción o de excepción, y se tramitará como incidente.

Art. 155 (162). Si, renovado el procedimiento, hace el demandado cualquiera gestión que no tenga por objeto alegar su abandono, se considerará renunciado este derecho.

Actualidad Juridica 28.indd 46 10-07-13 18:34

Art. 156 (163). No se entenderán extinguidas por el abandono las acciones o excepciones de las partes; pero éstas perderán el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo valer en un nuevo juicio.

Subsistirán, sin embargo, con todo su valor los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos.

Art. 157 (164). No podrá alegarse el abandono del procedimiento en los juicios de quiebra, ni en los de división o liquidación de herencias, sociedades o comunidades.

Título XVII
DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Art. 158 (165). Las resoluciones judiciales se denominarán sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos.

Es sentencia definitiva la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

Es sentencia interlocutoria la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.

Se llama auto la resolución que recae en un incidente no comprendido en el inciso anterior.

Se llama decreto, providencia o proveído el que, sin fallar sobre incidentes o sobre trámites que sirvan de base para el pronunciamiento de una sentencia, tiene sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso.

Art. 159. Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431, podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas:

1ª. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;
2ª. La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;
3ª. La inspección personal del objeto de la cuestión;
4ª. El informe de peritos;
5ª. La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos obscuros o contradictorios; y
6ª. La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. Esta medida se cumplirá de conformidad a lo establecido en el inciso 3° del artículo 37.

En este último caso y siempre que se hubiese remitido el expediente original, éste quedará en poder del tribunal que decrete esta medida sólo por el tiempo

Actualidad Juridica 28.indd 47 10-07-13 18:34

estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se trata de autos pendientes.

La resolución que se dicte deberá ser notificada por el estado diario a las partes y se aplicará el artículo 433, salvo en lo estrictamente relacionado con dichas medidas. Las medidas decretadas deberán cumplirse dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de la notificación de la resolución que las decrete. Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia, sin más trámite.

Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba, no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe. En este evento, se aplicará lo establecido en **los incisos primero y segundo del artículo 90**. Vencido el término de prueba, el tribunal dictará sentencia sin más trámite.

Las providencias que se decreten en conformidad al presente artículo serán inapelables, salvo las que dicte un tribunal de primera instancia disponiendo informe de peritos o abriendo el término especial de prueba que establece el inciso precedente. En estos casos procederá la apelación en el solo efecto devolutivo.

Art. 160 (167). Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio.

Art. 161 (168). En los tribunales unipersonales el juez examinará por sí mismo los autos para dictar resolución.

Los tribunales colegiados tomarán conocimiento del proceso por medio del relator o del secretario, sin perjuicio del examen que los miembros del tribunal crean necesario hacer por sí mismos.

Art. 162 (169). Las causas se fallarán en los tribunales unipersonales tan pronto como estén en estado y por el orden de su conclusión. El mismo orden se observará para designar las causas en los tribunales colegiados para su vista y decisión.

Exceptúanse las cuestiones sobre deserción de recursos, depósito de personas, alimentos provisionales, competencia, acumulaciones, recusaciones, desahucio, **juicios sumarios, procedimientos de ejecución,** denegación de justicia o de prueba y demás negocios que por la ley, o por acuerdo del tribunal fundado en circunstancias calificadas, deban tener preferencia, las cuales se antepondrán a los otros asuntos desde que estén en estado.

La sentencia definitiva en el juicio ordinario deberá pronunciarse dentro del término de sesenta días, contados desde que la causa quede en estado de sentencia.

Actualidad Juridica 28.indd 48 10-07-13 18:34

Si el juez no dicta sentencia dentro de este plazo, será amonestado por la Corte de Apelaciones respectiva, y si a pesar de esta amonestación no expide el fallo dentro del nuevo plazo que ella le designe, incurrirá en la pena de suspensión de su empleo por el término de treinta días, que será decretada por la misma Corte.

Los secretarios anotarán en el estado a que se refiere el artículo 50, el hecho de haberse dictado sentencia definitiva, el día de su dictación y el envío de aviso a las partes. Estas diligencias no importan notificación y no se aplicarán a las resoluciones que recaigan en los actos judiciales no contenciosos.

Art. 163 (170). En los tribunales colegiados se formará el día último hábil de cada semana una tabla de los asuntos que verá el tribunal en la semana siguiente, con expresión del nombre de las partes, en la forma en que aparezca en la carátula del respectivo expediente, del día en que cada uno deba tratarse y del número de orden que le corresponda.

Esta tabla se fijará en lugar visible, y antes de que comience a tratar cada negocio, lo anunciará el tribunal, haciendo colocar al efecto en lugar conveniente el respectivo número de orden, el cual se mantendrá fijo hasta que se pase a otro asunto.

Art. 164 (171). Las causas se verán en el día señalado. Si concluida la hora de audiencia, queda pendiente alguna y no se acuerda prorrogar el acto, se continuará en los días hábiles inmediatos hasta su terminación, sin necesidad de ponerla nuevamente en tabla.

Art. 165. Sólo podrá suspenderse en el día designado al efecto la vista de una causa, o retardarse dentro del mismo día:

1° Por impedirlo el examen de las causas colocadas en lugar preferente, o la continuación de la vista de otro pleito pendiente del día anterior;

2° Por falta de miembros del tribunal en número suficiente para pronunciar sentencia;

3° Por muerte del abogado patrocinante, del procurador o del litigante que gestione por sí en el pleito.

En estos casos, la vista de la causa se suspenderá por quince días contados desde la notificación al patrocinado o mandante de la muerte del abogado o del procurador, o desde la muerte del litigante que obraba por sí mismo, en su caso.

4° Por muerte del cónyuge o de alguno de los descendientes o ascendientes del abogado defensor, ocurrida dentro de los ocho días anteriores al designado para la vista;

5° Por solicitarlo alguna de las partes o pedirlo de común acuerdo los procuradores o los abogados de ellas.

Cada parte podrá hacer uso de este derecho por una sola vez. En todo caso, sólo podrá ejercitarse este derecho hasta por dos veces,

Actualidad Juridica 28.indd 49 10-07-13 18:34

cualquiera que sea el número de partes litigantes, obren o no por una sola cuerda. La suspensión de común acuerdo procederá por una sola vez.

El escrito en que se solicite la suspensión deberá ser presentado hasta las doce horas del día hábil anterior a la audiencia correspondiente. La solicitud presentada fuera de plazo será rechazada de plano. La sola presentación del escrito extingue el derecho a la suspensión aun si la causa no se ve por cualquier otro motivo. Este escrito pagará en la Corte Suprema un impuesto especial de media unidad tributaria mensual y en las Cortes de Apelaciones de un cuarto de unidad tributaria mensual y se pagará en estampillas de impuesto fiscal que se pegarán en el escrito respectivo.

El derecho a suspender no procederá respecto del amparo;

6° Por tener alguno de los abogados otra vista o comparecencia a que asistir en el mismo día ante otro tribunal.

El presidente respectivo podrá conceder la suspensión por una sola vez o simplemente retardar la vista, atendidas las circunstancias. En caso que un abogado tenga dos o más vistas en el mismo día y ante el mismo tribunal, en salas distintas, preferirá el amparo, luego la protección y en seguida la causa que se anuncie primero, retardándose o suspendiéndose las demás, según las circunstancias; y

7° Por ordenarlo así el tribunal, por resolución fundada, al disponer la práctica de algún trámite que sea estrictamente indispensable cumplir en forma previa a la vista de la causa. La orden de traer algún expediente o documento a la vista, no suspenderá la vista de la causa y la resolución se cumplirá terminada ésta.

Las causas que salgan de tabla por cualquier motivo volverán a ella al lugar que tenían.

Los errores, cambios de letras o alteraciones no substanciales de los nombres o apellidos de las partes no impiden la vista de la causa.

Los relatores, en cada tabla, deberán dejar constancia de las suspensiones ejercidas de conformidad a la causal del N° 5° y de la circunstancia de haberse agotado o no el ejercicio de tal derecho.

Art. 166 (173). Cuando haya de integrarse una sala con miembros que no pertenezcan a su personal ordinario, antes de comenzar la vista, se pondrá por conducto del relator o secretario en conocimiento de las partes o de sus abogados el nombre de los integrantes, y se procederá a ver la causa inmediatamente, a menos que en el acto se reclame, de palabra o por escrito, implicancia o recusación contra alguno de ellos.

Formulada la reclamación, se suspenderá la vista y deberá formalizarse aquélla por escrito de tercero día, imponiéndose en caso contrario a la parte reclamante, por este solo hecho, una multa que **no baje de una unidad tributaria mensual ni exceda de diez unidades tributarias mensuales.**

Actualidad Juridica 28.indd 50 10-07-13 18:34

Art. 167 (174). Cuando la existencia de un delito haya de ser fundamento preciso de una sentencia civil o tenga en ella influencia notoria, podrán los tribunales suspender el pronunciamiento de ésta hasta la terminación del proceso criminal, si en éste se ha deducido acusación o formulado requerimiento, según el caso.

Esta suspensión podrá decretarse en cualquier estado del juicio, una vez que se haga constar la circunstancia mencionada en el inciso precedente.

Si en el caso de los dos incisos anteriores se forma incidente, se tramitará en pieza separada sin paralizar la marcha del juicio.

Con todo, si en el mismo juicio se ventilan otras cuestiones que puedan tramitarse y resolverse sin aguardar el fallo del proceso criminal, continuará respecto de ellas el procedimiento sin interrupción.

Art. 168 (176). En los tribunales colegiados los decretos podrán dictarse por uno solo de sus miembros. Los autos, las sentencias interlocutorias y las definitivas, exigirán la concurrencia de tres de sus miembros a lo menos.

Art. 169 (192). Toda resolución, de cualquiera clase que sea, deberá expresar en letras la fecha y lugar en que se expida, y llevará al pie la firma del juez o jueces que la dicten o intervengan en el acuerdo.

Cuando después de acordada una resolución y siendo varios los jueces se imposibilite alguno de ellos para firmarla, bastará que se exprese esta circunstancia en el mismo fallo.

Art. 170 (193). Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán:

1° La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio y profesión u oficio;
2° La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos;
3° Igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado;
4° Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;
5° La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; y
6° La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.

En igual forma deberán dictarse las sentencias definitivas de segunda instancia que confirmen sin modificación las de primera cuando éstas no reúnen todos o algunos de los requisitos indicados en la enunciación precedente.

Actualidad Juridica 28.indd 51 10-07-13 18:34

Si la sentencia de primera instancia reúne estos requisitos, la de segunda que modifique o revoque no necesita consignar la exposición de las circunstancias mencionadas en los números 1°, 2° y 3° del presente artículo y bastará referirse a ella.

Art. 171 (194). En las sentencias interlocutorias y en los autos se expresarán, en cuanto la naturaleza del negocio lo permita, a más de la decisión del asunto controvertido, las circunstancias mencionadas en los números 4° y 5° del artículo precedente.

Art. 172 (195). Cuando en un mismo juicio se ventilen dos o más cuestiones que puedan ser resueltas separada o parcialmente, sin que ello ofrezca dificultad para la marcha del proceso, y alguna o algunas de dichas cuestiones o parte de ellas, lleguen al estado de sentencia antes de que termine el procedimiento en las restantes, podrá el tribunal fallar desde luego las primeras.

En este caso se formará cuaderno separado con compulsas de todas las piezas necesarias para dictar fallo y ejecutarlo, a costa del que solicite la separación.

Art. 173 (196). Cuando una de las partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y el monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia.

En el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso.

Art. 174 (197). Se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. En este último caso, tratándose de sentencias definitivas, certificará el hecho el secretario del tribunal a continuación del fallo, el cual se considerará firme desde este momento, sin más trámites.

Art. 175 (198). Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada.

Art. 176 (199). Corresponde la acción de cosa juzgada a aquel a cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo en la forma prevenida por el Título XIX de este Libro.

Actualidad Juridica 28.indd 52 10-07-13 18:34

Art. 177 (200). La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya:

1° Identidad legal de personas;
2° Identidad de la cosa pedida; y
3° Identidad de la causa de pedir.

Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.

Art. 178 (201). En los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado.

Art. 179 (202). Las sentencias que absuelvan de la acusación o que ordenen el sobreseimiento definitivo, sólo producirán cosa juzgada en materia civil, cuando se funden en alguna de las circunstancias siguientes:

1ª La no existencia del delito o cuasidelito que ha sido materia del proceso. No se entenderán comprendidos en este número los casos en que la absolución o sobreseimiento provengan de la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad criminal;
2ª No existir relación alguna entre el hecho que se persigue y la persona acusada, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda afectarle por actos de terceros, o por daños que resulten de accidentes, en conformidad a lo establecido en el Título XXXV, Libro IV, del Código Civil; y
3ª No existir en autos indicio alguno en contra del acusado, no pudiendo en tal caso alegarse la cosa juzgada sino respecto de las personas que hayan intervenido en el proceso criminal.

Las sentencias absolutorias o de sobreseimiento en materia criminal relativas a los tutores, curadores, albaceas, síndicos, depositarios, tesoreros y demás personas que hayan recibido valores u objetos muebles por un título de que nazca obligación de devolverlos, no producirán en ningún caso cosa juzgada en materia civil.

Art. 180 (203). Siempre que la sentencia criminal produzca cosa juzgada en juicio civil, no será lícito en éste tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en dicha sentencia o con los hechos que le sirvan de necesario fundamento.

Art. 181 (204). Los autos y decretos firmes se ejecutarán y mantendrán desde que adquieran este carácter sin perjuicio de la facultad del tribunal que los haya pronunciado para modificarlos o dejarlos sin efecto, si se hacen valer nuevos antecedentes que así lo exijan.

Aún sin estos antecedentes, podrá pedirse, ante el tribunal que dictó el auto o decreto su reposición, dentro de cinco días fatales después de notificado. El tribunal se pronunciará de plano y la resolución que niegue lugar a esta

Actualidad Juridica 28.indd 53 10-07-13 18:34

solicitud será inapelable; sin perjuicio de la apelación del fallo reclamado, si es procedente el recurso.

Art. 182 (205). Notificada una sentencia definitiva o interlocutoria o alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna. Podrá, sin embargo, a solicitud de parte, aclarar los puntos obscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia.

Lo dispuesto en este artículo no obsta para que el rebelde haga uso del derecho que le confiere el artículo 80.

Art. 183 (206). Hecha la reclamación, podrá el tribunal pronunciarse sobre ella sin más trámite o después de oír a la otra parte; y mientras tanto suspenderá o no los trámites del juicio o la ejecución de la sentencia, según la naturaleza de la reclamación.

Art. 184 (207). Los tribunales, en el caso del artículo 182, podrán también de oficio rectificar, dentro de los cinco días siguientes a la primera notificación de la sentencia, los errores indicados en dicho artículo.

Art. 185 (208). Las aclaraciones, agregaciones o rectificaciones mencionadas en los tres artículos precedentes, podrán hacerse no obstante la interposición de recursos sobre la sentencia a que aquellas se refieren.

Título XVIII
DE LA APELACIÓN

Art. 186 (209). El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior.

Art. 187 (210). Son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia, salvo en los casos en que la ley deniegue expresamente este recurso.

Art. 188 (211). Los autos y decretos no son apelables cuando ordenan trámites necesarios para la substanciación regular del juicio; pero son apelables cuando alteran dicha substanciación o recaen sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley. Esta apelación sólo podrá interponerse con el carácter de subsidiaria de la solicitud de reposición y para el caso que ésta no sea acogida.

Art. 189. La apelación deberá interponerse en el término fatal de cinco días, contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

Actualidad Juridica 28.indd 54 10-07-13 18:34

Este plazo se aumentará a diez días tratándose de sentencias definitivas.

En aquellos casos en que la apelación se interponga con el carácter de subsidiaria de la solicitud de reposición, no será necesario fundamentarla ni formular peticiones concretas, siempre que el recurso de reposición cumpla con ambas exigencias. En los procedimientos o actuaciones para las cuales la ley establezca la oralidad, se podrá apelar en forma verbal siempre que someramente se señalen los fundamentos de hecho y de derecho del recurso y se formulen peticiones concretas, de todo lo cual deberá dejarse constancia en el acta respectiva.

Las normas de los incisos anteriores no se aplicarán en aquellos procedimientos en que las partes, sin tener la calidad de letrados, litiguen personalmente y la ley faculte la interposición verbal del recurso de apelación. En estos casos el plazo para apelar será de cinco días fatales, salvo disposición especial en contrario.

Art. 190 (213). El término para apelar no se suspende por la solicitud de reposición a que se refiere el artículo 181.

Tampoco se suspende por la solicitud de aclaración, agregación o rectificación de la sentencia definitiva o interlocutoria. El fallo que resuelva acerca de dicha solicitud o en que de oficio se hagan rectificaciones conforme al artículo 184, será apelable en todos los casos en que lo sería la sentencia a que se refiera, con tal que la cuantía de la cosa declarada, agregada o rectificada admita el recurso.

Art. 191 (214). Cuando la apelación comprenda los efectos suspensivo y devolutivo a la vez, se suspenderá la jurisdicción del tribunal inferior para seguir conociendo de la causa.

Podrá, sin embargo, entender en todos los asuntos en que por disposición expresa de la ley conserve jurisdicción, especialmente en las gestiones a que dé origen la interposición del recurso hasta que se eleven los autos al superior, y en las que se hagan para declarar desierta o prescrita la apelación antes de la remisión del expediente.

Art. 192 (215). Cuando la apelación proceda sólo en el efecto devolutivo, seguirá el tribunal inferior conociendo de la causa hasta su terminación, inclusa la ejecución de la sentencia definitiva.

No obstante, el tribunal de alzada a petición del apelante y mediante resolución fundada, podrá dictar orden de no innovar. La orden de no innovar suspende los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento, según sea el caso. El tribunal podrá restringir estos efectos por resolución fundada. Los fundamentos de las resoluciones que se dicten de conformidad a este inciso no constituyen causal de inhabilidad.

Las peticiones de orden de no innovar serán distribuidas por el Presidente de la Corte, mediante sorteo, entre las salas en que esté dividida y se resolverán en cuenta. Decretada una orden de no innovar, quedará radicado el conocimiento de la apelación respectiva en la sala que la concedió y el recurso gozará de preferencia para figurar en tabla y en su vista y fallo.

Actualidad Juridica 28.indd 55 10-07-13 18:34

Art. 193 (216). Cuando se otorga simplemente apelación, sin limitar sus efectos, se entenderá que comprende el devolutivo y el suspensivo.

Art. 194 (217). Sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas en la ley, se concederá apelación sólo en el efecto devolutivo:

1° De las resoluciones dictadas contra el demandado en los juicios sumarios y contra el ejecutado en los procedimientos de ejecución.

2° De los autos, decretos y sentencias interlocutorias.

3° De las resoluciones pronunciadas en el incidente sobre ejecución de una sentencia firme, definitiva o interlocutoria;

4° De las resoluciones que ordenen alzar medidas precautorias; y

5° De todas las demás resoluciones que por disposición de la ley sólo admitan apelación en el efecto devolutivo.

Art. 195 (218). Fuera de los casos determinados en el artículo precedente, la apelación deberá otorgarse en ambos efectos.

Art. 196 (219). Si el tribunal inferior otorga apelación en el efecto devolutivo, debiendo concederla también en el suspensivo, la parte agraviada, dentro del plazo que establece el artículo 200, podrá pedir al superior que desde luego declare admitida la apelación en ambos efectos; sin perjuicio de que pueda solicitarse igual declaración, por vía de reposición, del tribunal que concedió el recurso.

Lo mismo se observará cuando se conceda apelación en ambos efectos, debiendo otorgarse únicamente en el devolutivo, y cuando la apelación concedida sea improcedente. En este último caso podrá también de oficio el tribunal superior declarar sin lugar el recurso.

Las declaraciones que haga el superior en conformidad a los dos incisos anteriores, se comunicarán al inferior para que se abstenga, o siga conociendo del negocio, según los casos.

Art. 197. La resolución que conceda una apelación sólo en el efecto devolutivo deberá determinar las piezas del expediente que, además de la resolución apelada, deban compulsarse o fotocopiarse para continuar conociendo del proceso, si se trata de sentencia definitiva, o que deban enviarse al tribunal superior para la resolución del recurso, en los demás casos.

El apelante, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de notificación de esta resolución, deberá depositar en la secretaría del tribunal la cantidad de dinero que el secretario estime necesaria para cubrir el valor de las fotocopias o de las compulsas respectivas. El secretario deberá dejar constancia de esta circunstancia en el proceso, señalando la fecha y el monto del depósito. Se remitirán compulsas sólo en caso que exista imposibilidad para sacar fotocopias en el lugar de asiento del tribunal, lo que también certificará el secretario.

Si el apelante no da cumplimiento a esta obligación, se le tendrá por desistido del recurso, sin más trámite.

Actualidad Juridica 28.indd 56 10-07-13 18:34

Art. 198 (221). La remisión del proceso se hará por el tribunal inferior en el día siguiente al de la última notificación. En el caso del artículo anterior, podrá ampliarse este plazo por todos los días que, atendida la extensión de las copias que hayan de sacarse, estime necesario dicho tribunal.

Art. 199 (222). La apelación de toda resolución que no sea sentencia definitiva se verá en cuenta, a menos que cualquiera de las partes, dentro del plazo para comparecer en segunda instancia solicite alegatos.

Vencido este plazo, el tribunal de alzada ordenará traer los autos en relación, si se hubieren solicitado oportunamente alegatos. De lo contrario, el Presidente de la Corte ordenará dar cuenta y procederá a distribuir, mediante sorteo, la causa entre las distintas salas en que funcione el tribunal.

Las Cortes deberán establecer horas de funcionamiento adicional para el conocimiento y fallo de las apelaciones que se vean en cuenta.

Art. 200 (223). Las partes tendrán el plazo de cinco días para comparecer ante el tribunal superior a seguir el recurso interpuesto, contado este plazo desde que se reciban los autos en la secretaría del tribunal de segunda instancia.

Cuando los autos se remitan desde un tribunal de primera instancia que funcione fuera de la comuna en que resida el de alzada, se aumentará este plazo en la misma forma que el de emplazamiento para contestar demandas, según lo dispuesto en los artículos 258 y 259.

Art. 201. Si la apelación se ha interpuesto fuera de plazo o respecto de resolución inapelable o no es fundada o no contiene peticiones concretas, el tribunal correspondiente deberá declararla inadmisible de oficio; y si el apelante no comparece dentro de plazo, deberá declarar su deserción previa certificación que el secretario deberá efectuar de oficio. La parte apelada, en todo caso, podrá solicitar la declaración pertinente, verbalmente o por escrito.

Del fallo que, en estas materias, dicte el tribunal de alzada podrá pedirse reposición dentro de tercero día. La resolución que declare la deserción por la no comparecencia del apelante producirá sus efectos respecto de éste desde que se dicte y sin necesidad de notificación.

Art. 202 (225). Si no comparece el apelado, se seguirá el recurso de su rebeldía por el solo ministerio de la ley y no será necesario notificarle las resoluciones que se dicten, las cuales producirán sus efectos respecto del apelado rebelde desde que se pronuncien.

El rebelde, podrá comparecer en cualquier estado del recurso, representado por el procurador del número.

Art. 203 (226). Si el tribunal inferior deniega un recurso de apelación que ha debido concederse, la parte agraviada podrá ocurrir al superior respectivo, dentro del plazo que concede el artículo 200, contado desde la notificación de la negativa, para que declare admisible dicho recurso.

Actualidad Juridica 28.indd 57 10-07-13 18:34

Art. 204 (227). El tribunal superior pedirá al inferior informe sobre el asunto en que haya recaído la negativa, y con el mérito de lo informado resolverá si es o no admisible el recurso.

Podrá el tribunal superior ordenar al inferior la remisión del proceso, siempre que, a su juicio, sea necesario examinarlo para dictar una resolución acertada.

Podrá, asimismo, ordenar que no se innove cuando haya antecedentes que justifiquen esta medida.

Art. 205 (228). Si el tribunal superior, declara inadmisible el recurso, lo comunicará al inferior devolviéndole el proceso si se ha elevado.

Si el recurso es declarado admisible, el tribunal superior ordenará al inferior la remisión del proceso, o lo retendrá si se halla en su poder, y le dará la tramitación que corresponda.

Art. 206 (229). En el caso del 2° inciso del artículo precedente, quedarán sin efecto las gestiones posteriores a la negativa del recurso y que sean una consecuencia inmediata y directa del fallo apelado.

Art. 207.- En segunda instancia, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 310 **y en el artículo 348,** no se admitirá prueba alguna.

No obstante y sin perjuicio de las demás facultades concedidas por el artículo 159, el tribunal podrá, como medida para mejor resolver, disponer la recepción de prueba testimonial sobre hechos que no figuren en la prueba rendida en autos, siempre que la testimonial no se haya podido rendir en primera instancia y que tales hechos sean considerados por el tribunal como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio. En este caso, el tribunal deberá señalar determinadamente los hechos sobre que deba recaer y abrir un término especial de prueba por el número de días que fije prudencialmente y que no podrá exceder de ocho días. **Las actas extendidas ante ministro de fe en las cuales se recojan las declaraciones de hasta dos testigos que la parte quiera presentar, junto con la individualización de éstos, deberán acompañarse dentro de segundo día de notificada por el estado la resolución respectiva. En lo demás, se aplicarán a la recepción de la prueba testimonial las reglas del párrafo 3 del Título XI del Libro Segundo.**

Art. 208 (231). Podrá el tribunal de alzada fallar las cuestiones ventiladas en primera instancia y sobre las cuales no se haya pronunciado la sentencia apelada por ser incompatibles con lo resuelto en ella, sin que se requiera nuevo pronunciamiento del tribunal inferior.

Art. 209 (232). Del mismo modo podrá el tribunal de segunda instancia, previa audiencia del fiscal judicial, hacer de oficio en su sentencia las declaraciones

Actualidad Juridica 28.indd 58 10-07-13 18:34

que por la ley son obligatorias a los jueces, aun cuando el fallo apelado no las contenga.

Si en virtud de estas declaraciones se establece la incompetencia del tribunal para entender en la cuestión sometida a su conocimiento, podrá apelarse de la resolución para ante el tribunal superior que corresponda, salvo que la declaración sea hecha por la Corte Suprema.

Art. 210 (233). Las resoluciones que recaigan en los incidentes que se promuevan en segunda instancia, se dictarán sólo por el tribunal de alzada y no serán apelables.

Art. 211 (234). Si, concedida una apelación, dejan las partes transcurrir más de tres meses sin que se haga gestión alguna para que el recurso se lleve a efecto y quede en estado de fallarse por el superior, podrá cualquiera de ellas pedir al tribunal en cuyo poder exista el expediente que declare firme la resolución apelada. El plazo será de un mes cuando la apelación verse sobre sentencias interlocutorias, autos o decretos.

Interrúmpese esta prescripción por cualquiera gestión que se haga en el juicio de alegarla.

Art. 212 (235). Del fallo que declare admitida la prescripción en el caso del artículo precedente, podrá pedirse reposición dentro de tercero día, si aparece fundado en un error de hecho.

Art. 213 (438). Elevado un proceso en apelación, el tribunal superior examinará en cuenta si el recurso es admisible y si ha sido interpuesto dentro del término legal.

Si encuentra mérito el tribunal para considerar inadmisible o extemporáneo el recurso, lo declarará sin lugar desde luego o mandará traer los autos en relación sobre este punto.

Art. 214. Si el tribunal superior declara no haber lugar al recurso, devolverá el proceso al inferior para el cumplimiento del fallo. En caso contrario mandará que se traigan los autos en relación.

Art. 215 (440). DEROGADO

Art. 216 (441). Puede el apelado adherirse a la apelación en la forma y oportunidad que se expresa en el artículo siguiente.

Adherirse a la apelación es pedir la reforma de la sentencia apelada en la parte en que la estime gravosa el apelado.

Art. 217 (442). La adhesión a la apelación puede efectuarse en primera instancia, antes de elevarse los autos al superior; y en segunda, dentro del plazo que

Actualidad Juridica 28.indd 59 10-07-13 18:34

establece el artículo 200. El escrito de adhesión a la apelación deberá cumplir con los requisitos que establece el artículo 189. Se aplicará a la adhesión a la apelación lo establecido en los artículos 200, 201 y 211.

No será, sin embargo, admisible desde el momento en que el apelante haya presentado escrito para desistirse de la apelación.

En las solicitudes de adhesión y desistimiento se anotará por el secretario del tribunal la hora en que se entreguen.

Art. 218 (443). DEROGADO

Art. 219 (444). DEROGADO

Art. 220 (445). Las cuestiones accesorias que se susciten en el curso de la apelación, se fallarán de plano por el tribunal, o se tramitarán como incidentes. En este último caso, podrá también el tribunal fallarlas en cuenta u ordenar que se traigan en relación los autos para resolver.

Art. 221 (446). La notificación de las resoluciones que se dicten por el tribunal de alzada se practicará en la forma que establece el artículo 50, con excepción de la primera, que debe ser personal, y de lo dispuesto en los artículos 201 y 202.

Podrá, sin embargo, el tribunal ordenar que se haga por otro de los medios establecidos en la ley, cuando lo estime conveniente.

Art. 222 (447).En cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 373 del Código Orgánico de Tribunales, los relatores darán cuenta de los vicios y omisiones que hayan notado en las causas del día a fin de que el tribunal resuelva si ha de llenarse previamente algún trámite.

Las causas que se ordene tramitar, las suspendidas y las que por cualquier motivo no hayan de verse, serán anunciadas en la tabla antes de comenzar la relación de las demás. Asimismo, en esa oportunidad deberán señalarse aquellas causas que no se verán durante la audiencia, por falta de tiempo. La audiencia se prorrogará, si fuere necesario, hasta ver la última de las causas que resten en la tabla.

Art. 223. La vista de la causa se iniciará con la relación, la que se efectuará en presencia de los abogados de las partes que hayan asistido y se hubieren anunciado para alegar. No se permitirá el ingreso a la sala de los abogados una vez comenzada la relación. Los Ministros podrán, durante la relación, formular preguntas o hacer observaciones al relator, las que en caso alguno podrán ser consideradas como causales de inhabilidad.

Concluida la relación, se procederá a escuchar, en audiencia pública, los alegatos de los abogados que se hubieren anunciado. Alegará primero el abogado del apelante y en seguida el del apelado. Si son varios los apelantes, hablarán los abogados en el orden en que se hayan interpuesto las apelaciones.

Actualidad Juridica 28.indd 60 10-07-13 18:34

Si son varios los apelados, los abogados intervendrán por el orden alfabético de aquéllos.

Los abogados tendrán derecho a rectificar los errores de hecho que observaren en el alegato de la contraria, al término de éste, sin que les sea permitido replicar en lo concerniente a puntos de derecho.

La duración de los alegatos de cada abogado se limitará a media hora. El tribunal, a petición del interesado, podrá prorrogar el plazo por el tiempo que estime conveniente.

Durante los alegatos, el Presidente de la sala podrá invitar a los abogados a que extiendan sus consideraciones a cualquier punto de hecho o de derecho comprendido en el proceso, pero esta invitación no obstará a la libertad del defensor para el desarrollo de su exposición. Una vez finalizados los alegatos, y antes de levantar la audiencia, podrá también pedirles que precisen determinados puntos de hecho o de derecho que considere importantes.

Al término de la audiencia, los abogados podrán dejar a disposición del tribunal una minuta de sus alegatos.

El relator dará cuenta a la sala de los abogados que hubiesen solicitado alegatos o se hubiesen anunciado para alegar y no concurrieren a la audiencia respectiva para oír la relación ni hacer el alegato. El Presidente de la sala oirá al interesado, y, si encontrare mérito para sancionarlo, le aplicará una multa no inferior a una ni superior a cinco unidades tributarias mensuales, la que se duplicará en caso de reiteración de la falta dentro de un mismo año calendario. El sancionado no podrá alegar ante esa misma Corte mientras no certifique el secretario de ella, en el correspondiente expediente, que se ha pagado la multa impuesta.

Art. 224 (449). Si la apelación comprende dos o más puntos independientes entre sí y susceptibles de resolución aislada, podrá el tribunal alterar la regla del artículo precedente haciendo que los abogados aleguen separada y sucesivamente sobre cada punto.

Art. 225 (450). En la vista de la causa sólo podrá alegar un abogado por cada parte, y no podrán hacerlo la parte y su abogado.

Art. 226 (451). Se prohíbe presentar en la vista de la causa defensas escritas.

Se prohíbe igualmente leer en dicho acto tales defensas.

Art. 227 (452). Vista la causa, queda cerrado el debate y el juicio en estado de dictarse resolución.

Si, vista la causa, se decreta para mejor resolver, alguna de las diligencias mencionadas en el artículo 159, no por esto dejarán de intervenir en la decisión del asunto los mismos miembros del tribunal que asistieron a la vista en que se ordenó la diligencia.

Actualidad Juridica 28.indd 61 10-07-13 18:34

Art. 228 (453). Los tribunales podrán mandar, a petición de parte, informar en derecho.

Art. 229 (454). El término para informar en derecho será el que señale el tribunal y no podrá exceder de sesenta días, salvo acuerdo de las partes.

Art. 230 (455). Un ejemplar impreso de cada informe en derecho, con las firmas del abogado y de la parte o de su procurador, y el certificado a que se refiere el número 5° del artículo 372 del Código Orgánico de Tribunales, se entregará a cada uno de los ministros y otra se agregará a los autos.

Título XIX
DE LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES

1. De las resoluciones pronunciadas por tribunales chilenos

Art. 231 (236). La ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hayan pronunciado en primera o en única instancia**, salvo las que la ley encomienda al oficial de ejecución en los procedimientos respectivos.** Se procederá a ella una vez que las resoluciones queden ejecutoriadas o causen ejecutoria en conformidad a la ley.

No obstante, los tribunales que conozcan de los recursos de apelación, casación o revisión, ejecutarán los fallos que dicten para la substanciación de dichos recursos. Podrán también decretar el pago de las costas adeudadas a los funcionarios que hayan intervenido en ellos, reservando el de las demás costas para que sea decretado por el tribunal de primera instancia.

Art. 232 (238). Siempre que la ejecución de una sentencia definitiva haga necesaria la iniciación de un nuevo juicio, podrá éste deducirse ante el tribunal que menciona el inciso 1° del artículo 231, o ante el que sea competente en conformidad a los principios generales establecidos por la ley, a elección de la parte que haya obtenido en el pleito.

Art. 233. Cuando se solicite la ejecución de una sentencia ante el tribunal que la dictó, dentro del plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, si la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla, se ordenará su cumplimiento con citación de la persona en contra de quien se pide.

Esta resolución se notificará por cédula al apoderado de la parte. El ministro de fe que practique la notificación deberá enviar la carta certificada que establece el artículo 46 tanto al apoderado como a la parte. A esta última, la carta deberá remitírsele al domicilio en que se le haya notificado la demanda. En caso que el cumplimiento del fallo se pida contra un tercero, éste deberá ser notificado personalmente.

Actualidad Juridica 28.indd 62 10-07-13 18:34

El plazo de un año se contará, en las sentencias que ordenen prestaciones periódicas, desde que se haga exigible cada prestación o la última de las que se cobren.

Art. 234.- En el caso del artículo anterior la parte vencida sólo podrá oponerse alegando algunas de las excepciones señaladas en los artículos 436 y 463. La oposición sólo podrá deducirse dentro del plazo de la citación a que se refiere el artículo precedente.

El tercero en contra de quien se pida el cumplimiento del fallo podrá deducir, además, la excepción de no empecerle la sentencia y deberá formular su oposición dentro del plazo de diez días.

La oposición se tramitará en forma incidental, pero si las excepciones no reúnen los requisitos exigidos por el inciso 1° se rechazará de plano.

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 80.

(Se deroga el artículo 235)

Art. 236. Si la sentencia ordena el pago de prestaciones periódicas y el deudor retarda el pago de dos o más, podrá el juez compelerlo a prestar seguridades para el pago, tal como la de convertir las prestaciones en los intereses de un capital que se consigna al efecto, en un **banco u otros** establecimientos análogos. Este capital se restituirá al deudor tan pronto como cese la obligación.

Esta petición se tramitará en forma incidental.

(Se deroga el artículo 237)

Art. 238. Cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de **diez unidades tributarias mensuales** o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio.

Art. 239. Las reclamaciones que el obligado a restituir una cosa raíz o mueble tenga derecho a deducir en razón de prestaciones a que esté obligado el vencedor y que no haya hecho valer en el juicio en que se dictó la sentencia que se trata de cumplir, se tramitarán en forma incidental con audiencia de las partes, sin entorpecer el cumplimiento de la sentencia, salvo las excepciones legales.

Art. 240. Cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado.

El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.

Actualidad Juridica 28.indd 63 10-07-13 18:34

Art. 241. Las apelaciones que se deduzcan contra las resoluciones que se dicten en conformidad a lo dispuesto en los artículos precedentes de este Título, se concederán sólo en el efecto devolutivo. **(Se suprime el párrafo ubicado después del punto seguido, que pasa a ser punto final)**

Art. 241 bis.- Si la sentencia ha condenado a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios y, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 173, se ha reservado al demandante el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo, el actor deberá formular la demanda respectiva, especificando la forma en que exige el cumplimiento de fallo por parte del deudor, en el mismo escrito en que pida dicho cumplimiento. Esta demanda se tramitará como incidente y, de existir oposición al cumplimiento del fallo, ambos incidentes se substanciarán conjuntamente y se resolverán en una misma y única sentencia.

Si no ha habido oposición al cumplimiento de la sentencia solicitado conforme al artículo 233 o ella ha sido desestimada por sentencia de primera o segunda instancia, se procederá a cumplirla, siempre que la ley no haya dispuesto otra forma especial, de acuerdo con las reglas previstas para los procedimientos de ejecución en el Libro Quinto.

Se ajustarán, asimismo, al procedimiento que se sigue ante el oficial de ejecución las sentencias que ordenen prestaciones de dar, hacer o no hacer, sea que su cumplimiento se solicite antes o después de vencido el plazo de un año concedido en el artículo 233, y aquellas cuyo cumplimiento se solicite en un territorio jurisdiccional distinto al del tribunal que lo dictó.

En los procedimientos a que de lugar la ejecución de las resoluciones a que se refiere este artículo, no se admitirá ninguna excepción que haya podido oponerse en el juicio ya afinado, y la sentencia se cumplirá hasta hacer entero pago a la parte vencedora sin necesidad de fianza de resultas, salvo lo dispuesto en el artículo 773 y en otras disposiciones especiales.

2. Del cumplimiento de las resoluciones dictadas en contra del Fisco

Art. 241 ter.- Las sentencias definitivas y aquellas interlocutorias que ordenen el cumplimiento de una prestación al Fisco se ejecutarán una vez que se encuentren firmes o ejecutoriadas.

Toda sentencia que condene al Fisco a cualquiera prestación, deberá cumplirse dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de recepción del oficio a que se refiere el inciso tercero, mediante decreto expedido mediante el Ministerio respectivo.

Actualidad Juridica 28.indd 64 10-07-13 18:34

Certificada la ejecutoria de la sentencia, el tribunal remitirá inmediatamente oficio al Consejo de Defensa del Estado, adjuntando copia autorizada de la sentencia de primera y de segunda instancia, con certificado de estar ejecutoriadas.

Se certificará en el proceso el hecho de haberse remitido el oficio y se agregará al registro copia del mismo. La fecha de recepción de éste se acreditará mediante certificado de ministro de fe que lo hubiese entregado en la Oficina de Partes del Consejo de Defensa del Estado o, si hubiese sido enviado por carta certificada, transcurridos tres días desde su recepción por el correo.

En caso que la sentencia condene al Fisco a prestaciones de carácter pecuniario, el decreto de pago deberá disponer que la Tesorería incluya en el pago el reajuste e intereses que haya determinado la sentencia y que se devenguen hasta la fecha de pago efectivo. En aquellos casos en que la sentencia no hubiese dispuesto el pago de reajuste y siempre que la cantidad ordenada pagar no se solucione dentro de los sesenta días establecidos en el inciso segundo, dicha cantidad se reajustará en conformidad con la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior a aquel en que quedó ejecutoriada la sentencia y el mes anterior al del pago efectivo, más el interés corriente para operaciones de crédito de dinero reajustables de corto plazo.

Transcurrido el plazo contemplado en el inciso segundo sin que se hubiere efectuado el pago, el tribunal que hubiere conocido del asunto en primer o único grado jurisdiccional ordenará al Fisco depositar en su cuenta corriente, el monto de lo ordenado pagar en la sentencia ejecutoriada.

3. De las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros

Art. 242 (239). Las resoluciones pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que les concedan los tratados respectivos; y para su ejecución se seguirán los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados.

Art. 243 (240). Si no existen tratados relativos a esta materia con la nación de que procedan las resoluciones, se les dará la misma fuerza que en ella se dé a los fallos pronunciados en Chile.

Art. 244 (241). Si la resolución procede de un país en que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales chilenos, no tendrá fuerza en Chile.

Actualidad Juridica 28.indd 65 10-07-13 18:34

Art. 245 (242). En los casos en que no pueda aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes:

1ª. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;

2ª. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional;

3ª. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa.

4ª. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

Art. 246 (243). Las reglas de los artículos precedentes son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros. En este caso se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo.

Art. 247 (244). En todos los casos a que se refieren los artículos precedentes, la resolución que se trate de ejecutar se presentará en copia legalizada al tribunal que conozca la demanda respectiva, o al oficial de ejecución ante quien se formule la solicitud de ejecución, según corresponda.

La parte contra quien se haga valer la sentencia extranjera podrá formular las excepciones que sean pertinentes de acuerdo al procedimiento aplicable.

Art. 248 (245). En los asuntos de jurisdicción no contenciosa, el tribunal resolverá previa audiencia del defensor público.

(Se derogan los artículos 249, 250 y 251)

Título XX
DE LAS MULTAS

Art. 252. Todas las multas que este Código establece o autoriza, se impondrán a beneficio fiscal y serán integradas a la Corporación de Asistencia Judicial correspondiente al territorio jurisdiccional del tribunal ordinario en que se impusieron.

Si la multa no tuviese asignado un valor único, para determinar su monto se ponderarán los antecedentes que existan sobre la buena o mala fe que revele la actuación de la parte infractora.

Actualidad Juridica 28.indd 66 10-07-13 18:34

Al imponerla, se establecerá al mismo tiempo el plazo dentro del cual la multa deberá enterarse en la cuenta corriente del tribunal, que no podrá ser superior a los quince días siguientes a la fecha de notificación de la respectiva resolución. La resolución que establezca el monto de la multa será inapelable.

Vencido el término fijado para el pago de la multa sin que se haya enterado, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar, hasta el doble, el monto de la multa impaga.

De prolongarse el incumplimiento, al dictar la sentencia el tribunal condenará en costas, en todo caso, al infractor y oficiará de inmediato al Servicio de Tesorerías señalando la individualización completa del deudor y su domicilio, con especificación de la cantidad adeudada por concepto de multas y la constancia de encontrarse ejecutoriadas las resoluciones condenatorias, para los efectos de que lo incluya en las listas o nóminas de deudores morosos y proceda a su cobro ejecutivo de conformidad a las disposiciones del Código Tributario.

Una vez al mes, el tribunal entregará los montos integrados en su cuenta corriente, por concepto de multas, a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial.

Libro Segundo
DEL JUICIO ORDINARIO

Título I
DE LA DEMANDA

Art. 253 (250). Todo juicio ordinario comenzará por demanda del actor, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de este Libro.

Art. 254 (251). La demanda debe contener:

1° La designación del tribunal ante quien se entabla;

2° El nombre, cédula de identidad si fuere persona natural o rol único tributario, en su caso, domicilio, profesión u oficio o giro del demandante y de las personas que lo representen, y la naturaleza de la representación;

3° Las mismas menciones anteriores respecto del demandado;

4° La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya; y

5° La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.

Art. 255. Los documentos acompañados a la demanda deberán impugnarse dentro del término de emplazamiento, cualquiera sea su naturaleza.

Actualidad Juridica 28.indd 67 10-07-13 18:34

Art. 256. El tribunal examinará la demanda para pronunciarse sobre su admisibilidad antes de darle curso.

Si no contiene las indicaciones ordenadas en los tres primeros números del artículo 254, el juez podrá declararla inadmisible sin más trámite.

Si, del examen de los requisitos señalados en los dos restantes números del artículo 254, la demanda aparece carente de fundamento plausible, abrirá incidente sobre su admisibilidad, mediante resolución fundada.

Ordenará la misma tramitación incidental si observa deficiencias que podrían configurar causa de ineptitud del libelo por faltar algún requisito legal en el modo en que se propone, o hacer necesario corregir el procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida.

Art. 256-A. Si el demandado se allana a la admisibilidad, se dará curso a la demanda sin más trámite. Si el demandante, por su parte, acepta la inadmisibilidad, el tribunal así lo declarará, tendrá la demanda por no presentada y ordenará el archivo de los antecedentes.

Art. 256-B. Vencido el plazo para contestar, hayan o no ejercido este derecho las partes, el tribunal resolverá la admisibilidad sin necesidad de prueba.

En caso de que se declare la admisibilidad de la demanda bajo determinadas condiciones, ordenará la rectificación que procediere y la constitución de una caución a fin de responder de los perjuicios de cualquier naturaleza que puedan causarse y fijará su monto. El tribunal sólo dará curso a la demanda cumplida que sea esta exigencia.

Art. 256-C. Sólo son apelables la resolución que declare la inadmisibilidad de la demanda y la que condicione su admisibilidad a la constitución de la caución ordenada.

Art. 256-D. La resolución que declare la inadmisibilidad, en caso de oposición del demandante, lo condenará al pago de las costas del incidente y de una multa a beneficio fiscal que fijará el juez entre una y diez unidades tributarias mensuales, considerando lo pedido en el libelo de demanda.

Art. 257 (254). Admitida la demanda, se conferirá traslado de ella al demandado para que la conteste.

Art. 258. El término de emplazamiento para contestar la demanda será de quince días si el demandado es notificado en el territorio jurisdiccional del tribunal.

Actualidad Juridica 28.indd 68 10-07-13 18:34

En casos calificados, atendida la naturaleza y la complejidad de la materia de que trata la demanda, el juez podrá, a petición del demandado, extender el término de emplazamiento hasta por treinta días. Esta petición deberá formularse dentro de quinto día y por su sola interposición se suspenderá el plazo para contestar. Resuelta la petición, volverá a correr el término de emplazamiento original o el extendido, según ella sea rechazada o acogida. La resolución del tribunal será inapelable.

Con todo, si no se diere lugar a la extensión del plazo, pero el demandado se encontrase fuera de los límites de la comuna que sirve de asiento al tribunal, el término de emplazamiento mencionado en el inciso primero se aumentará en tres días más.

Art. 259 (256). Si el demandado se encuentra en un territorio jurisdiccional diverso o fuera del territorio de la República, el término para contestar la demanda será de dieciocho días, y a más el aumento que corresponda al lugar en que se encuentre. Este aumento será determinado en conformidad a una tabla que cada cinco años formará la Corte Suprema con tal objeto, tomando en consideración las distancias y las facilidades o dificultades que existan para las comunicaciones.

Esta tabla se formará en el mes de Noviembre del año que preceda al del vencimiento de los cinco años indicados, para que se ponga en vigor en toda la República desde el 1° de Marzo siguiente; se publicará en el "Diario Oficial", y se fijará a lo menos, dos meses antes de su vigencia, en los oficios de todos los secretarios de Cortes y Juzgados de Letras.

Art. 260 (257). Si los demandados son varios, sea que obren separada o conjuntamente, el término para contestar la demanda correrá para todos a la vez, y se contará hasta que expire el último término parcial que corresponda a los notificados, **considerando los aumentos a que se refieren los dos artículos anteriores, si procediere.**

En los casos en que proceda la pluralidad de demandantes de acuerdo al artículo 18, el plazo para contestar la demanda, determinado según lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se aumentará en un día por cada tres demandantes sobre diez que existan en el proceso. Con todo, este plazo adicional no podrá exceder de treinta días.

Art. 261 (258). Notificada la demanda a cualquiera de los demandados y antes de la contestación, podrá el demandante hacer en ella las ampliaciones o rectificaciones que estime convenientes.

Estas modificaciones se considerarán como una demanda nueva para los efectos de su notificación, y sólo desde la fecha en que esta diligencia se practique correrá el término para contestar la primitiva demanda.

Art. 262. En todo juicio civil, en que legalmente sea admisible la transacción, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de

Actualidad Juridica 28.indd 69 10-07-13 18:34

que tratan los Títulos I, II, III y V del Libro Tercero, una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313, el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo en la audiencia de preparación del período de prueba a que se refiere el artículo 318.

En los procedimientos que contemplan una audiencia para recibir la contestación de la demanda, el llamado a conciliación se efectuará evacuado que sea dicho trámite.

Dentro de tercero día de notificada la citación a la audiencia respectiva, cada parte acompañará al tribunal una propuesta de avenimiento en sobre cerrado, el cual abrirá el juez en la audiencia y le servirá de antecedente para los efectos de dirigir las deliberaciones que se realicen. Si sólo una de las partes acompaña la propuesta de conciliación, el juez destruirá el sobre sin tomar conocimiento de su contenido. Si ninguna de las partes la acompaña, se procederá conforme dispone el artículo 268.

El precedente llamado a conciliación no obsta a que el juez pueda, en cualquier estado de la causa, efectuar la misma convocatoria, hasta antes de citar a las partes para oír sentencia.

Art. 263. El juez obrará como amigable componedor. Tratará de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio. Las opiniones que emita no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa.

Art. 264. A los comparendos de conciliación deberán concurrir las partes por sí o por apoderado. No obstante, el juez podrá exigir la comparecencia personal de las partes, sin perjuicio de la asistencia de sus abogados.

En los procesos en que hubiere pluralidad de partes, la audiencia se llevará a efecto aunque no asistan todas. La conciliación operará entre aquellas que la acuerden y continuará el juicio con las que no hubieren concurrido o no hubieren aceptado la conciliación.

Art. 265. Si los interesados lo piden, la audiencia se suspenderá hasta por media hora para deliberar. Si el tribunal lo estima necesario postergará la audiencia para dentro de tercero día, salvo que las partes acuerden un plazo mayor, y se dejará de ello constancia. A la nueva audiencia éstas concurrirán sin nueva notificación.

Art. 266. El juez de oficio ordenará agregar aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes.

Art. 267. De la conciliación total o parcial se levantará acta, que consignará sólo las especificaciones del arreglo; la cual subscribirán el juez, las partes que

Actualidad Juridica 28.indd 70 10-07-13 18:34

lo deseen y el secretario, y se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

Art. 268. Si se rechaza la conciliación, o no se efectúa el comparendo, el secretario certificará este hecho de inmediato, y entregará los autos al juez para que éste, examinándolos por sí mismo, proceda enseguida a dar cumplimiento a lo señalado en el **artículo 319.**

Título III
DE LA JACTANCIA

Art. 269 (259). Cuando alguna persona manifieste corresponderle un derecho de que no esté gozando, todo aquél a quien su jactancia pueda afectar, podrá pedir que se la obligue a deducir demanda dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento, si no lo hace, de no ser oída después sobre aquel derecho. Este plazo podrá ampliarse por el tribunal hasta treinta días, habiendo motivo fundado.

Art. 270 (260). Se entenderá haber jactancia siempre que la manifestación del jactancioso conste por escrito, o se haya hecho de viva voz, a lo menos, delante de dos personas hábiles para dar testimonio en juicio civil.

Habrá también lugar a deducir demanda de jactancia contra el que haya gestionado como parte en un proceso criminal de que puedan emanar acciones civiles contra el acusado, para el ejercicio de estas acciones.

Art. 271 (261). La demanda de jactancia se someterá a los trámites establecidos para el juicio sumario.

Si se da lugar a ella, y vence el plazo concedido al jactancioso para deducir su acción sin que cumpla lo ordenado, deberá la parte interesada solicitar que se declare por el tribunal el apercibimiento a que se refiere el artículo 269. Esta solicitud se tramitará como incidente.

Art. 272 (262). La acción de jactancia prescribe en seis meses, contados desde que tuvieron lugar los hechos en que pueda fundarse.

Título IV
DE LAS MEDIDAS PREJUDICIALES

Art. 273 (263). El juicio ordinario podrá prepararse, exigiendo el que pretende demandar de aquel contra quien se propone dirigir la demanda:

1° Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes;

2° La exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar;

Actualidad Juridica 28.indd 71 10-07-13 18:34

3° La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas;

4° Exhibición de los libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio; y

5° El reconocimiento jurado de firma puesta en instrumento privado, medida que podrá solicitarse en conjunto con la de absolución de posiciones, para el caso de que no se produzca tal reconocimiento.

La diligencia expresada en el número 5° se decretará en todo caso; las de los otros cuatro sólo cuando, a juicio del tribunal, sean necesarias para que el demandante pueda entrar en el juicio.

Art. 274 (264). Si, decretada la diligencia a que se refiere el número 1° del artículo anterior, se rehúsa prestar la declaración ordenada o ésta no es categórica, en conformidad a lo mandado, podrán imponerse al desobediente multas que no excedan de **diez unidades tributarias mensuales,** o arrestos hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal; sin perjuicio de repetir la orden y el apercibimiento.

Art. 275 (265). La exhibición, en el caso del número 2° del artículo 273, se hará mostrando el objeto que deba exhibirse, o autorizando al interesado para que lo reconozca y dándole facilidades para ello, siempre que el objeto se encuentre en poder de la persona a quien se ordene la exhibición.

Si el objeto se halla en poder de terceros, cumplirá la persona a quien se ordene la exhibición, expresando el nombre y residencia de dichos terceros, o el lugar donde el objeto se encuentre.

La exhibición se realizará en presencia de un ministro de fe, el cual levantará un acta, que suscribirá junto con las partes que hayan comparecido a la diligencia, describiendo el objeto, las condiciones en que se encuentra y dejando constancia de lo manifestado por las partes ante quienes se realiza la exhibición.

Art. 276 (266). Si se rehúsa hacer la exhibición en los términos que indica el artículo precedente, podrá apremiarse al desobediente con multa o arresto en la forma establecida por el artículo 274, y aun decretarse allanamiento del local donde se halle el objeto cuya exhibición se pide.

Iguales apremios podrán decretarse contra los terceros que, siendo meros tenedores del objeto, se nieguen a exhibirlo.

Art. 277 (267). Siempre que se dé lugar a las medidas mencionadas en los números 3° y 4° del artículo 273, y la persona a quien incumba su cumplimiento desobedezca, existiendo en su poder los instrumentos o libros a que las medidas se refieren, per-

Actualidad Juridica 28.indd 72 10-07-13 18:34

derá el derecho de hacerlos valer después, salvo que la otra parte los haga también valer en apoyo de su defensa, o si se justifica o aparece de manifiesto que no los pudo exhibir antes, o si se refieren a hechos distintos de aquellos que motivaron la solicitud de exhibición. Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente y en el párrafo 2°, Título II, del Libro I del Código de Comercio.

Art. 278. En el caso del número 5° del artículo 273, el juez citará a aquel contra el cual se pretende dirigir la demanda para que comparezca a reconocer, bajo juramento, la firma puesta en instrumento privado, bajo apercibimiento de que, si no comparece, la firma se tendrá legalmente por reconocida. Además, si así lo ha solicitado el que anuncia la demanda, ordenará que se ponga en su conocimiento que, de comparecer pero negar la firma, se le interrogará al tenor del pliego de posiciones acompañado a la solicitud.

Al término de las diligencias, el tribunal efectuará las declaraciones que correspondan. De obtenerse un título ejecutivo, se procederá en conformidad con las reglas pertinentes.

Art. 279 (269). Podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el Título V de este Libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes:

1ª. Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias; y

2ª. Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.

Art. 280 (270). Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de **quince días** y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados.

Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento.

Art. 281 (271). Puede pedirse prejudicialmente la inspección personal del tribunal, informe de peritos nombrados por el mismo tribunal, o certificado del ministro de fe, cuando exista peligro inminente de un daño o perjuicio, o se trate de hechos que puedan fácilmente desaparecer.

Para la ejecución de estas medidas se dará previamente conocimiento a la persona a quien se trata de demandar, si se encuentra en el lugar del asiento del tribunal que las decreta, o donde deban ejecutarse. En los demás casos se procederá con intervención del defensor de ausentes.

Actualidad Juridica 28.indd 73 10-07-13 18:34

Art. 282 (272). Si aquel a quien se intenta demandar expone ser simple tenedor de la cosa de que procede la acción o que es objeto de ella, podrá también ser obligado:

1° A declarar bajo juramento el nombre y residencia de la persona en cuyo nombre la tiene; y

2° A exhibir el título de su tenencia; y si expresa no tener título escrito, a declarar bajo juramento que carece de él.

En caso de negativa para practicar cualquiera de las diligencias mencionadas en este artículo, se le podrá apremiar con multa o arresto en la forma dispuesta por el artículo 274.

Art. 283 (273). Siempre que el actor lo exija, se dejará en el proceso copia de las piezas que se presenten, o de su parte conducente, y una razón de la clase y estado actual de los objetos exhibidos.

Art. 284 (274). Si hay motivo fundado para temer que una persona se ausente en breve tiempo del país, podrá exigírsele como medida prejudicial que absuelva posiciones sobre hechos calificados previamente de conducentes por el tribunal, el que, sin ulterior recurso, señalará día y hora para la práctica de la diligencia.

Si se ausenta dicha persona dentro de los treinta días subsiguientes al de la notificación sin absolver las posiciones, o sin dejar apoderado con autorización e instrucciones bastantes para hacerlo durante la secuela del juicio, se le dará por confesa en el curso de éste, salvo que aparezca suficientemente justificada la ausencia sin haber cumplido lo orden del tribunal.

Art. 285 (275). En el caso del inciso 1° del artículo anterior, podrá también pedirse que aquel cuya ausencia se teme, constituya en el lugar donde va a entablarse el juicio apoderado que le represente y que responda por las costas y multas en que sea condenado, bajo apercibimiento de nombrársele un curador de bienes.

Art. 286 (276). Se podrá, asimismo, solicitar antes de la demanda el examen de aquellos testigos cuyas declaraciones, por razón de impedimentos graves, haya fundado temor de que no puedan recibirse oportunamente. Las declaraciones versarán sobre los puntos que indique el actor, calificados de conducentes por el tribunal.

Para practicar esta diligencia, se dará previamente conocimiento a la persona a quien se trata de demandar, sólo cuando se halle en el lugar donde se expidió la orden o donde deba tomarse la declaración; y en los demás casos se procederá con intervención del defensor de ausentes.

Art. 287 (277). Para decretar las medidas de que trata este Título, deberá el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos.

Actualidad Juridica 28.indd 74 10-07-13 18:34

Art. 288 (278). Toda persona que fundadamente tema ser demandada podrá solicitar las medidas que mencionan el número 5° del artículo 273 y los artículos 281, 284 y 286, para preparar su defensa.

Art. 289 (279). Las diligencias expresadas en este Título pueden decretarse sin audiencia de la persona contra quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exige su intervención.

Título V
DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

Art. 290 (280). Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas:

1ª. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;
2ª. El nombramiento de uno o más interventores;
3ª. La retención de bienes determinados; **(se suprime la conjunción "y")**
4ª. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados. **(se reemplaza el punto final por la conjunción "y")**
5ª. Cualquier otra medida que tenga por objeto caucionar suficientemente el cumplimiento de lo que, en definitiva, se resuelva en el juicio.

Art. 291 (281). Habrá lugar al secuestro judicial en el caso del artículo 901 del Código Civil, o cuando se entablen otras acciones con relación a cosa mueble determinada y haya motivo de temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicha cosa, la tenga en su poder.

Art. 292. Son aplicables al secuestro las disposiciones contenidas en el Párrafo 3° del Titulo XXXII del Libro Cuarto del Código Civil y las que el Libro Quinto de este Código establece respecto del depositario de los bienes embargados.

Art. 293 (283). Hay lugar al nombramiento de interventor:

1° En el caso del inciso 2° del artículo 902 del Código Civil;
2° En el del que reclama una herencia ocupada por otro, si hay el justo motivo de temor que el citado inciso expresa;
3° En el del comunero o socio que demanda la cosa común, o que pide cuentas al comunero o socio que administra;
4° Siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados; y
5° En los demás casos expresamente señalados por las leyes.

Actualidad Juridica 28.indd 75 10-07-13 18:34

Art. 294 (284). Las facultades del interventor judicial se limitarán a llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo para el desempeño de este cargo imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado.

Estará, además, el interventor obligado a dar al interesado o al tribunal noticia de toda malversación o abuso que note en la administración de dichos bienes; y podrá en este caso decretarse el depósito y retención de los productos líquidos en un establecimiento de crédito o en poder de la persona que el tribunal designe, sin perjuicio de las otras medidas más rigurosas que el tribunal estime necesario adoptar.

Art. 295 (285). La retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por la ley.

Podrá el tribunal ordenar que los valores retenidos se trasladen a un establecimiento de crédito o de la persona que el tribunal designe cuando lo estime conveniente para la seguridad de dichos valores.

Art. 296 (286). La prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.

Para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el número 4° del artículo 1464 del Código Civil, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos.

Art. 297 (287). Cuando la prohibición recaiga sobre bienes raíces se inscribirá en el registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros.

Cuando verse sobre cosas muebles, sólo producirá efecto respecto de los terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso responsable de fraude, si ha procedido a sabiendas.

Art. 298 (288). Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas **expresamente reguladas en la ley,** exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.

Actualidad Juridica 28.indd 76 10-07-13 18:34

Art. 299 (289). En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este Título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes, exigiendo caución para responder por los perjuicios que resulten. Las medidas así decretadas quedarán de hecho canceladas si no se renuevan en conformidad al artículo 280.

Art. 300 (290). Estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes.

Art. 301 (291). Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes.

Art. 302 (292). El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.

Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

La notificación a que se refiere este artículo podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena.

Título VI
DE LAS EXCEPCIONES DILATORIAS

Art. 303 (293). Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:

1ª. La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda;
2ª. La falta de capacidad del demandante, o de personería o representación legal del que comparece en su nombre;
3ª. La litis-pendencia;
4ª. La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda;
5ª. El beneficio de excusión; y
6ª. En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida.

No podrán oponerse las excepciones 4ª. y 6ª. si el tribunal hubiere declarado la admisibilidad de la demanda en conformidad a los artículos 256 a 256-D.

Art. 304 (294). Podrán también oponerse y tramitarse del mismo modo que las dilatorias la excepción de cosa juzgada y la de transacción; pero, si son de lato conocimiento, se mandará contestar la demanda, y se reservarán para fallarlas en la sentencia definitiva.

Actualidad Juridica 28.indd 77 10-07-13 18:34

Art. 305 (295). Las excepciones dilatorias deben oponerse todas en un mismo escrito y dentro del término de emplazamiento fijado por los artículos 258 a 260.

Si así no se hace, se podrán oponer en el progreso del juicio sólo por vía de alegación o defensa, y se estará a lo dispuesto en los artículos 85 y 86.

Las excepciones 1a. y 3a. del artículo 303 podrán oponerse en segunda instancia en forma de incidente.

Art. 306 (296). Todas las excepciones propuestas conjuntamente se fallarán a la vez, pero si entre ellas figura la de incompetencia y el tribunal la acepta, se abstendrá de pronunciarse sobre las demás. Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 208.

Art. 307 (297). Las excepciones dilatorias se tramitarán como incidentes.

La resolución que las deseche será apelable sólo en el efecto devolutivo.

Art. 308 (298). Desechadas las excepciones dilatorias o subsanadas por el demandante los defectos de que adolezca la demanda, tendrá diez días el demandado para contestarla, cualquiera que sea el lugar en donde le haya sido notificada.

Título VII
DE LA CONTESTACIÓN Y DEMÁS TRAMITES HASTA EL ESTADO DE PRUEBA O DE SENTENCIA

Art. 309 (299). La contestación a la demanda debe contener:

1° La designación del tribunal ante quien se presente;

2° El nombre, cédula de identidad si fuere persona natural o rol único tributario, en su caso, domicilio, profesión u oficio o giro del demandado y de las personas que lo representen, y la naturaleza de la representación;

3° Las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan; y

4° La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.

Art. 310 (300). No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en cualquier estado de la causa; pero no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda.

Si se formulan en primera instancia, después de recibida la causa a prueba, se tramitarán como incidentes, que pueden recibirse a prueba, si el tribunal lo estima necesario, y se reservará su resolución para definitiva.

Si se deducen en segunda, se seguirá igual procedimiento, pero en tal caso el tribunal de alzada se pronunciará sobre ellas en única instancia.

Actualidad Juridica 28.indd 78 10-07-13 18:34

Art. 311 (301). De la contestación se comunicará traslado al actor por el término de seis días, y de la réplica al demandado por igual término.

Art. 312 (302). En los escritos de réplica y dúplica podrán las partes ampliar, adicionar o modificar las acciones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito.

Art. 313 (303). Si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante, o si en sus escritos no contradice en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica.

Igual citación se dispondrá cuando las partes pidan que se falle el pleito sin más trámite.

Título VIII
DE LA RECONVENCIÓN

Art. 314 (304). Si el demandado reconviene al actor, deberá hacerlo en el escrito de contestación sujetándose a las disposiciones de los artículos 254 y 261; y se considerará, para este efecto, como demandada la parte contra quien se deduzca la reconvención.

Art. 315 (305). No podrá deducirse reconvención sino cuando el tribunal tenga competencia para conocer de ella, estimada como demanda, o cuando sea admisible la prórroga de jurisdicción. (**Se elimina el segundo párrafo, ubicado a continuación del punto seguido, que pasa a ser punto aparte).**

Para estimar la competencia, se considerará el monto de los valores reclamados por vía de reconvención separadamente de los que son materia de la demanda.

Art. 316 (306). La reconvención se substanciará y fallará conjuntamente con la demanda principal, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 172.

De la réplica de la reconvención se dará traslado al demandante por seis días.

No se concederá, sin embargo, en la reconvención aumento extraordinario de término para rendir prueba fuera de la República cuando no deba concederse en la cuestión principal.

Art. 317 (307). Contra la reconvención hay lugar a las excepciones dilatorias enumeradas en el artículo 303, las cuales se propondrán dentro del término de seis días y en la forma expresada en el artículo 305.

Acogida una excepción dilatoria, el demandante reconvencional deberá subsanar los defectos de que adolezca la reconvención dentro de los diez días siguientes a la fecha de notificación de la resolución que haya acogido la

Actualidad Juridica 28.indd 79 10-07-13 18:34

excepción. Si así no lo hiciere, se tendrá por no presentada la reconvención, para todos los efectos legales, por el solo ministerio de la ley.

Título IX
DE LA PRUEBA EN GENERAL

Art. 318. Concluidos los trámites que deben preceder a la prueba, ya sea con la contestación expresa del demandado o en su rebeldía, el tribunal citará a una audiencia de preparación del período de prueba. Dicha audiencia deberá realizarse no antes de cinco días ni después de quince de notificada por cédula la resolución que la ordene.

Si a dicha audiencia no concurre una de las partes se procederá con aquella que esté presente. Si no concurre ninguna de las partes se declarará abandonado el procedimiento y se ordenará archivar los antecedentes.

Art. 319. La audiencia de preparación del período de prueba comenzará con el llamado a conciliación dispuesto en el artículo 262.

Si fracasare la conciliación, total o parcialmente, el juez escuchará las propuestas que, en conjunto o por separado, le hagan las partes sobre los hechos reconocidos en el período de discusión y aquellos respecto de los cuales rendirán prueba por tratarse de hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. El tribunal aprobará las propuestas que le formulen de común acuerdo las partes. De haber desacuerdo entre ellas, o en caso de que sólo haya concurrido una, fijará de inmediato los hechos sobre los cuales recaerá la prueba. La resolución que dicte a este respecto será inapelable.

Si no hubiere hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el juez, salvo que estime necesario dictar una o más medidas para mejor resolver, conforme lo dispone el artículo 159, citará a las partes a oír sentencia.

Art. 320. Dentro del término de diez días, contado desde la resolución que establece los hechos no disputados y los que tengan el carácter de sustanciales, pertinentes y controvertidos, las partes deberán acompañar una relación circunstanciada de los medios de que piensen valerse o solicitar las medidas conducentes para que se rindan las pruebas que no obren en su poder, individualizándolas con precisión.

Las partes acompañarán al tribunal los instrumentos que invoquen en su defensa o pedirán las medidas necesarias para que se acompañen, especificando su origen, su relación con la causa y el actual tenedor de los mismos; si pidieran absolución de posiciones, acompañarán en sobre cerrado el pliego respectivo que solicitan que absuelva la contraparte; si solicitaren la inspección personal del

Actualidad Juridica 28.indd 80 10-07-13 18:34

tribunal, precisarán su objetivo, indicando los hechos que piden al tribunal que examine; si desearen rendir prueba pericial, señalarán la individualización y los antecedentes curriculares del perito cuyo informe presentarán, así como los hechos sobre los cuales recaerá esa prueba y, si pretenden valerse de prueba testimonial, acompañarán una o más actas, extendidas ante ministro de fe en forma individual por cada deponente, en la cual consten los testimonios y los demás antecedentes necesarios para la debida identificación de los testigos. En caso de que el testigo se haya negado a prestar esa declaración, manifestando que no desea concurrir al tribunal, la parte así lo informará, para que el juez, si fuera procedente la citación, la despache bajo el apercibimiento del artículo 380.

Art. 321. Dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo señalado en el artículo precedente, el tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad de los medios solicitados por las partes y programará la recepción de la prueba, fijando el período y la oportunidad en que deba rendirse.

El juez sólo podrá excluir las pruebas respecto de las cuales aparezca de manifiesto que no se han especificado las exigencias señaladas en el artículo 320; que sean impertinentes; que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios o que sólo persigan acreditar hechos sobre los cuales también se han rendido o se rendirán otros medios de prueba que revistan legalmente fuerza de convicción suficiente.

Art. 322. No obstante la programación dispuesta en el artículo precedente, el tribunal podrá aceptar prudencialmente la ampliación del período de prueba cuando, dentro de éste, ocurra algún hecho sustancial relacionado con el asunto que se ventila.

De considerar fundada dicha petición, el juez le dará lugar con citación contraria y resolverá, en caso de oposición, sin que sea procedente recibir prueba de ninguna especie. Si diere lugar a la ampliación, ordenará abrir ramo separado y se procederá de acuerdo con lo que dispone el artículo 320, como si se tratare de un juicio diferente.

La ampliación del período de prueba se concederá por un término máximo de veinte días, que correrá paralelamente con el período de prueba principal si éste no se hubiese agotado.

Art. 323 (312). Cuando haya de rendirse prueba en un incidente, la resolución que lo ordene determinará los puntos sobre que debe recaer, y su recepción se hará en conformidad a las reglas establecidas para la prueba principal.

La referida resolución se notificará por el estado.

Actualidad Juridica 28.indd 81 10-07-13 18:34

Art. 324 (313). Toda diligencia probatoria debe practicarse previo decreto del tribunal que conoce en la causa, notificado a las partes.

Art. 325 (314). En los tribunales colegiados podrán practicarse las diligencias probatorias ante uno solo de sus miembros comisionado al efecto por el tribunal.

Art. 326. Son inapelables todas las resoluciones que recaigan sobre los hechos a probar, el período de prueba, su ampliación, los medios probatorios admisibles y la forma de recepción de la prueba.

Título X
DEL TERMINO PROBATORIO

Art. 327. El período de prueba es común para las partes y dentro de él deberán rendirse las diligencias de prueba admitidas, el día y hora establecidos en la programación aprobada por el tribunal.

Todas las pruebas se rendirán en ese período, salvo la ocurrencia de entorpecimiento debidamente calificado por el tribunal en resolución fundada, caso en el cual podrá evacuarse la diligencia pendiente aunque se encuentre extinguido.

Art. 328. Para rendir prueba, dentro del territorio jurisdiccional del tribunal en el que se sigue el juicio, las partes tendrán el término que resulte de la programación de que tratan los artículos 321 y 322, en su caso, el que no excederá en ningún caso de treinta días.

Podrá, sin embargo, reducirse este término hasta en veinte días, por acuerdo unánime de las partes o por resolución fundada del tribunal, adoptada de oficio o a petición de parte, por ser suficiente un lapso inferior, considerando la cantidad, naturaleza y facilidad de producción de las pruebas admitidas, así como la programación establecida para rendirlas.

Art. 329 (318). Cuando haya de rendirse prueba en otro territorio jurisdiccional o fuera de la República, se aumentará el término ordinario a que se refiere el artículo anterior con un número de días igual al que concede el artículo 259 para aumentar el de emplazamiento, **sin perjuicio de la programación de la prueba de que tratan los artículos 321 y 327.**

Art. 330 (319). El aumento extraordinario para rendir prueba dentro de la República se concederá siempre que se solicite, salvo que haya justo motivo para creer que se pide maliciosamente con el solo propósito de demorar el curso del juicio.

Art. 331 (320). No se decretará el aumento extraordinario para rendir prueba fuera de la República sino cuando concurran las circunstancias siguientes:

Actualidad Juridica 28.indd 82 10-07-13 18:34

1ª. Que del tenor de la demanda, de la contestación o de otra pieza del expediente aparezca que los hechos a que se refieren las diligencias probatorias solicitadas han acaecido en el país en que deben practicarse dichas diligencias, o que allí existen los medios probatorios que se pretenda obtener;
2ª. Que se determine la clase y condición de los instrumentos de que el solicitante piensa valerse y el lugar en que se encuentran; y
3ª. Que, tratándose de prueba de testigos, se exprese su nombre o residencia o se justifique algún antecedente que haga presumible la conveniencia de obtener sus declaraciones.

Art. 332 (321). El aumento extraordinario para rendir prueba deberá solicitarse antes de vencido el término ordinario, determinando el lugar en que dicha prueba debe rendirse.

Art. 333 (322). Todo aumento del término ordinario continuará corriendo después de éste sin interrupción y sólo durará para cada localidad el número de días fijado en la tabla respectiva.

Art. 334 (323). Se puede, durante el término ordinario, rendir prueba en cualquier parte de la República y fuera de ella.

Art. 335 (324). Vencido el término ordinario, sólo podrá rendirse prueba en aquellos lugares para los cuales se haya otorgado aumento extraordinario del término.

Art. 336 (325). El aumento extraordinario para rendir prueba dentro de la República se otorgará con previa citación; el que deba producir efecto fuera del país se decretará con audiencia de la parte contraria.

Los incidentes a que dé lugar la concesión de aumento extraordinario se tramitarán en pieza separada y no suspenderán el término probatorio.

Con todo no se contarán en el aumento extraordinario los días transcurridos mientras dure el incidente sobre concesión del mismo.

Art. 337 (326). La parte que haya obtenido aumento extraordinario del término para rendir prueba dentro o fuera de la República, y no la rinda, o sólo rinda una impertinente, será obligada a pagar a la otra parte los gastos que ésta haya hecho para presenciar las diligencias pedidas, sea personalmente, sea por medio de mandatarios.

Esta condenación se impondrá en la sentencia definitiva y podrá el tribunal exonerar de ella a la parte que acredite no haberla rendido por motivos justificados.

Art. 338 (327). Siempre que se solicite aumento extraordinario para rendir prueba fuera de la República, exigirá el tribunal, para dar curso a la solicitud,

Actualidad Juridica 28.indd 83 10-07-13 18:34

que se deposite en la cuenta corriente del tribunal una cantidad cuyo monto no podrá fijarse en menos **de una ni en más de diez unidades tributarias mensuales.**

Sin perjuicio de lo que dispone el artículo anterior, se mandará aplicar al Fisco la cantidad consignada si resulta establecida en el proceso alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Que no se ha hecho diligencia alguna para rendir la prueba pedida;
2ª. Que los testigos señalados, en el caso del artículo 331 no tenían conocimiento de los hechos, ni se han hallado en situación de conocerlos; y
3ª. Que los testigos o documentos no han existido nunca en el país en que se ha pedido que se practiquen las diligencias probatorias.

Constando en los autos alguna de esas circunstancias, el tribunal, de oficio, ordenará la aplicación, por concepto de multa, de la cantidad consignada.

Art. 339 (328). El término de prueba no se suspenderá en caso alguno. Los incidentes que se formulen durante dicho término o que se relacionen con la prueba, se tramitarán en cuaderno separado. **(En la primera frase se elimina la parte final "salvo que las partes lo pidan").**

Si durante él ocurren entorpecimientos que imposibiliten la recepción de la prueba, sea absolutamente, sea respecto de algún lugar determinado, podrá otorgarse por el tribunal un nuevo término especial por el número de días que haya durado el entorpecimiento y para rendir prueba sólo en el lugar a que dicho entorpecimiento se refiera, **de acuerdo con la nueva programación que disponga el tribunal.**

No podrá usarse de este derecho si no se reclama del obstáculo que impide la prueba en el momento de presentarse o dentro de los tres días siguientes.

(Se elimina el inciso final)

(Se deroga el artículo 340).

Título XI
DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

1. Disposiciones generales

Art. 341 (330). Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son:

Instrumentos;
Testigos;
Confesión de parte;
Inspección personal del tribunal;
Informes de peritos; y
Presunciones.

Actualidad Juridica 28.indd 84 10-07-13 18:34

2. De los instrumentos

Art. 342 (331). Serán considerados como instrumentos públicos en juicio, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que dan este carácter:

1° Los documentos originales;
2° Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriban para que hagan fe respecto de toda persona, o, a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer;
3° Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los tres días siguientes a aquel en que se le dio conocimiento de ellas;
4° Las copias que, objetadas en el caso del número anterior, sean cotejadas y halladas conforme con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria; y
5° Los testimonios que el tribunal mande agregar durante el juicio, autorizados por su secretario u otro funcionario competente y sacados de los originales o de copias que reúnan las condiciones indicadas en el número anterior.
6. Los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada.

Art. 343 (332). Cuando las copias agregadas sólo tengan una parte del instrumento original, cualquiera de los interesados en el pleito podrá exigir que se agregue el todo o parte de lo omitido, a sus expensas, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre pago de costas.

Art. 344 (333). El cotejo de instrumentos se hará por el funcionario que haya autorizado la copia presentada en el juicio, por el secretario del tribunal o por otro ministro de fe que dicho tribunal designe.

Art. 345 (334). Los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile deberán presentarse debidamente legalizados, y se entenderá que lo están cuando en ellos conste el carácter público y la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas ambas circunstancias por los funcionarios que, según las leyes o la práctica de cada país, deban acreditarlas.

La autenticidad de las firmas y el carácter de estos funcionarios se comprobará en Chile por alguno de los medios siguientes:

1° El atestado de un agente diplomático o consular chileno, acreditado en el país de donde el instrumento procede, y cuya firma se compruebe con el respectivo certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores;
2° El atestado de un agente diplomático o consular de una nación amiga acreditado en el mismo país, a falta de funcionario chileno, certificándose

Actualidad Juridica 28.indd 85 10-07-13 18:34

en este caso la firma por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores del país a que pertenezca el agente o del Ministro Diplomático de dicho país en Chile, y además por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República en ambos casos; y

3° El atestado del agente diplomático acreditado en Chile por el Gobierno del país en donde se otorgó el instrumento, certificándose su firma por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República.

Art. 346 (335). Los instrumentos privados se tendrán por reconocidos:

1° Cuando así lo ha declarado en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer;

2° Cuando igual declaración se ha hecho en un instrumento público o en otro juicio diverso;

3° Cuando, puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto, apercibir a aquella parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo; y

4° Cuando se declare la autenticidad del instrumento por resolución judicial.

Art. 347 (336). Los instrumentos extendidos en lengua extranjera se mandarán traducir por el perito que el tribunal designe, a costa del que los presente, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas en la sentencia.

Si al tiempo de acompañarse se agrega su traducción, valdrá ésta; salvo que la parte contraria exija, dentro de seis días, que sea revisada por un perito, procediéndose en tal caso como lo dispone el inciso anterior.

Art. 348 (337). Los instrumentos podrán presentarse en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda instancia.

La agregación de los que se presenten en segunda instancia, no suspenderá en ningún caso la vista de la causa; pero el tribunal no podrá fallarla, sino después de vencido el término de la citación, cuando haya lugar a ella.

Art. 348 bis. Presentado un documento electrónico, el Tribunal citará para el 6° día a todas las partes a una audiencia de percepción documental. En caso de no contar con los medios técnicos electrónicos necesarios para su adecuada percepción, apercibirá a la parte que presentó el documento con tenerlo por no presentado de no concurrir a la audiencia con dichos medios.

Tratándose de documentos que no puedan ser transportados al tribunal, la audiencia tendrá lugar donde éstos se encuentren, a costa de la parte que los presente.

En caso que el documento sea objetado, en conformidad con las reglas generales, el Tribunal podrá ordenar una prueba complementaria de autenti-

Actualidad Juridica 28.indd 86 10-07-13 18:34

cidad, a costa de la parte que formula la impugnación, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre pago de costas. El resultado de la prueba complementaria de autenticidad será suficiente para tener por reconocido o por objetado el instrumento, según corresponda.

Para los efectos de proceder a la realización de la prueba complementaria de autenticidad, los peritos procederán con sujeción a lo dispuesto por los artículos 417 a 423.

En el caso de documentos electrónicos privados, para los efectos del artículo 346, N°3, se entenderá que han sido puestos en conocimiento de la parte contraria en la audiencia de percepción.

Art. 349 (338). Podrá decretarse, a solicitud de parte, la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero, con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales.

Los gastos que la exhibición haga necesarios serán de cuenta del que la solicite, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre pago de costas.

Si se rehúsa la exhibición sin justa causa, podrá apremiarse al desobediente en la forma establecida por el artículo 274; y si es la parte misma, incurrirá además en el apercibimiento establecido por el artículo 277.

Cuando la exhibición haya de hacerse por un tercero, podrá éste exigir que en su propia casa u oficina se saque testimonio de los instrumentos por un ministro de fe.

Art. 350 (339). Podrá pedirse el cotejo de letras siempre que se niegue por la parte a quien perjudique o se ponga en duda la autenticidad de un documento privado o la de cualquier documento público que carezca de matriz.

En este cotejo procederán los peritos con sujeción a lo dispuesto por los artículos 417 hasta 423 inclusive.

Art. 351 (340). La persona que pida el cotejo designará el instrumento o instrumentos indubitados con que debe hacerse.

Art. 352 (341). Se considerarán indubitados para el cotejo:

1° Los instrumentos que las partes acepten como tales, de común acuerdo;
2° Los instrumentos públicos no tachados de apócrifos o suplantados; y
3° Los instrumentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida de conformidad a los números 1° y 2° del artículo 346.

Art. 353 (342). El tribunal hará por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores y no tendrá que sujetarse al dictamen de éstos.

Art. 354 (343). El cotejo de letras no constituye por sí solo prueba suficiente; pero podrá servir de base para una presunción judicial.

Actualidad Juridica 28.indd 87 10-07-13 18:34

Art. 355 (344). En el incidente sobre autenticidad de un instrumento o sobre suplantaciones hechas en él, se admitirán como medios probatorios, tanto el cotejo de que tratan los cinco artículos precedentes, como los que las leyes autoricen para la prueba del fraude.

En la apreciación de los diversos medios de prueba opuestos al mérito de un instrumento, el tribunal se sujetará a las reglas generales establecidas en el presente Título, y con especialidad a las consignadas en el Párrafo 8°.

3. De los testigos y de las tachas

Art. 356 (345). Es hábil para testificar en juicio toda persona a quien la ley no declare inhábil.

Art. 357 (346). No son hábiles para declarar como testigos:

1° Los menores de catorce años. Podrán, sin embargo, aceptarse las declaraciones sin previo juramento y estimarse como base para una presunción judicial, cuando tengan discernimiento suficiente;
2° Los que se hallen en interdicción por causa de demencia;
3° Los que al tiempo de declarar, o al de verificarse los hechos sobre que declaran, se hallen privados de la razón, por ebriedad u otra causa;
4° Los que carezcan del sentido necesario para percibir los hechos declarados al tiempo de verificarse éstos;
5° Los sordos o sordo-mudos que no puedan darse a entender claramente;
6° Los que en el mismo juicio hayan sido cohechados, o hayan cohechado o intentado cohechar a otros, aun cuando no se les haya procesado criminalmente;
7° Los vagos sin ocupación u oficio conocido;
8° Los que en concepto del tribunal sean indignos de fe por haber sido condenados por delito; y
9° Los que hagan profesión de testificar en juicio.

Art. 358 (347). Son también inhábiles para declarar:

1° El cónyuge y los parientes **de filiación matrimonial** hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la parte que los presenta como testigos;
2° Los ascendientes, descendientes y hermanos de filiación no matrimonial;
3° Los pupilos por sus guardadores y viceversa;
4° Los dependientes de la parte que los presente **(se suprime la frase "criados domésticos o");**

Se entenderá por dependiente, para los efectos de este artículo, el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo, aunque no viva en su casa;

5° (Se elimina);

Actualidad Juridica 28.indd 88 10-07-13 18:34

6° Los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto; y
7° Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quien declaren.

La amistad o enemistad deberán ser manifestadas por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias.

Las inhabilidades que menciona este artículo no podrán hacerse valer cuando la parte a cuyo favor se hallan establecidas, presente como testigos a las mismas personas a quienes podrán aplicarse dichas tachas.

Art. 359. Toda persona, cualquiera que sea su estado o profesión, está obligada a declarar, o a ratificar el testimonio que haya prestado mediante acta otorgada ante ministro de fe, según el caso, así como a concurrir a la audiencia que el tribunal señale con tal objeto.

Cuando se exija la comparecencia de un testigo a sabiendas de que es inútil su declaración, el tribunal podrá imponer a la parte que la haya exigido una multa de una a cinco unidades tributarias mensuales, lo que resolverá de plano, prestada que sea tal declaración.

Art. 360 (349). No serán obligados a declarar:
1° Los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio;
2° Las personas expresadas en los números 1°, 2° y 3° del artículo 358; y
3° Los que son interrogados acerca de hechos que afecten el honor del testigo o de las personas mencionadas en el número anterior, o que importen un delito de que pueda ser criminalmente responsable el declarante o cualquiera de las personas referidas.

Art. 361 (350). Podrán declarar en el domicilio que fijen dentro del territorio jurisdiccional del tribunal:
1° El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Senadores y Diputados, los Subsecretarios; los Intendentes Regionales, los Gobernadores y los Alcaldes, dentro del territorio de su jurisdicción; los jefes superiores de Servicios, los miembros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los Fiscales Judiciales de estos Tribunales, los Jueces Letrados; el Fiscal Nacional y los fiscales regionales; los Oficiales Generales en servicio activo o en retiro, los Oficiales Superiores y los Oficiales Jefes; el Arzobispo y los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores, los Vicarios y Provicarios Capitulares; y los Párrocos, dentro del territorio de la Parroquia a su cargo;
2° DEROGADO;
3° Los religiosos, inclusos los novicios;

Actualidad Juridica 28.indd 89 10-07-13 18:34

4° Las mujeres, siempre que por su estado o posición no puedan concurrir sin grave molestia; y
5° Los que por enfermedad u otro impedimento, calificado por el tribunal, se hallen en la imposibilidad de hacerlo.

Para este efecto, dentro del tercer día hábil siguiente a su notificación, las personas mencionadas propondrán al tribunal el lugar y la fecha, comprendida dentro del término probatorio, de realización de la audiencia respectiva. El juez los fijará sin más trámite si el interesado así no lo hiciere ni comunicare su renuncia al derecho que le confiere este artículo.

Con todo, los miembros y fiscales judiciales de las Cortes y los jueces letrados que ejerzan sus funciones en el asiento de éstas, no declararán sin previo permiso de la Corte Suprema, tratándose de algún miembro o fiscal judicial de este tribunal, o de la respectiva Corte de Apelaciones en los demás casos. Este permiso se concederá siempre que no parezca que sólo se trata de establecer, respecto del juez o fiscal judicial presentado como testigo, una causa de recusación.

Art. 362 (351). No están obligados a declarar ni a concurrir a la audiencia judicial los chilenos o extranjeros que gocen en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia.

Estas personas declararán por informe, si consintieran a ello voluntariamente. Al efecto, se les dirigirá un oficio respetuoso, por medio del Ministerio respectivo.

Art. 363 (352). Antes de examinar a cada testigo, se le hará prestar juramento al tenor de la fórmula siguiente: "¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?". El interrogado responderá:

"Sí juro", conforme a lo dispuesto en el artículo 62.

Art. 364 (353). Los testigos de cada parte serán examinados separada y sucesivamente, principiando por los del demandante, sin que puedan unos presenciar las declaraciones de los otros. **Sólo se admitirán los testigos cuya declaración se hubiere acompañado en conformidad al artículo 320 o que hayan sido citados bajo el apercibimiento del artículo 380, por haberse negado a efectuarla.**

El tribunal adoptará las medidas conducentes para evitar que los testigos que vayan declarando puedan comunicarse con los que no hayan prestado declaración.

Art. 365 (354). Los testigos serán interrogados personalmente por el juez, y si el tribunal es colegiado, por uno de sus ministros a presencia de las partes y de sus abogados, si concurren al acto.

El juez interrogará al testigo sobre si ratifica, revoca, precisa o modifica el testimonio prestado ante el ministro de fe y sobre cualquier

Actualidad Juridica 28.indd 90 10-07-13 18:34

otro punto que estime pertinente respecto de los hechos para los cuales lo haya presentado la parte respectiva. El testimonio ratificado, precisado o modificado ante el tribunal constituirá declaración prestada ante éste, para todos los efectos civiles y penales. Se dejará constancia en el acta de cuanto manifieste el testigo a este respecto.

Art. 366. Si la parte que no presenta al testigo desea interrogarlo acerca de las causas de inhabilidad legal que lo pudieren afectar, solicitarle aclaraciones sobre el testimonio consignado en el acta acompañada o contrainterrogarlo sobre ese testimonio, deberá acompañar sus preguntas en sobre cerrado, a lo menos 24 horas antes de la audiencia de prueba a celebrarse.

El tribunal podrá autorizar que las partes efectúen interrogaciones complementarias, destinadas únicamente a aclarar algunas de las declaraciones efectuadas por el testigo.

Al concluir la declaración del testigo deberán formularse las tachas si las hubiere, especificándose claramente la causal que se invoca y los antecedentes que, a juicio de la parte, justifican su procedencia. La parte que presenta el testigo responderá en el mismo acto. Si aceptare la tacha, el testigo quedará automáticamente excluido; en caso contrario, la tacha quedará para definitiva.

En caso de desacuerdo entre las partes sobre la conducencia de las preguntas, resolverá el tribunal y su resolución será inapelable.

Art. 367 (356). Los testigos deben responder de una manera clara y precisa a las preguntas que se les hagan, expresando la causa por qué afirman los hechos aseverados. No se les permitirá llevar escrita su declaración, **pero se les permitirá leer la parte del testimonio que prestaron ante el ministro de fe, que sea pertinente respecto de la pregunta que se les formule.**

Art. 368 (357). La declaración constituye un solo acto que no puede interrumpirse sino por causas graves y urgentes.

Art. 369 (358). El tribunal, atendido el número de testigos y el de los puntos de prueba, señalará **en la programación del período de prueba** una o más audiencias para el examen de los que se encuentren en el departamento.

Procurará también, en cuanto sea posible, que todos los testigos de cada parte sean examinados en la misma audiencia.

Art. 370 (359). Las declaraciones se consignarán por escrito, conservándose en cuanto sea posible las expresiones de que se hayan valido el testigo, reducidas al menor número de palabras.

Concluida la declaración, será leída por el deponente y, encontrándola conforme, la suscribirá junto con el juez y las partes que

Actualidad Juridica 28.indd 91 10-07-13 18:34

se hallaren presentes, actuando como ministro de fe un receptor, que servirá como actuario en las incidencias que ocurran durante la audiencia de prueba.

Art. 371 (360). Si han de declarar testigos que residan fuera del territorio jurisdiccional en que se sigue el juicio, se practicará su examen por el tribunal que corresponda, a quien se remitirá copia de los puntos de prueba fijados **y del acta suscrita ante ministro de fe que el declarante deberá ratificar, revocar, precisar o modificar.**

El examen se practicará en la forma que establecen los artículos anteriores, pudiendo las partes hacerse representar por encargados, en conformidad al artículo 73.

Art. 372. Serán admitidos a declarar hasta cuatro testigos por cada parte, los que podrán hacerlo sobre todos o alguno de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos a que se refiere el artículo 319.

Art. 373. Si se opusiera tacha al testigo que declaró ante el juez, conforme a los artículos 365 y 366, y el tribunal, sea de oficio o a petición de parte, estima que es necesario rendir prueba sobre esta inhabilidad, la recibirá dentro del período concedido para la cuestión principal. Pero si éste estuviera vencido o lo que de él reste no fuere suficiente, se ampliará hasta por diez días para el solo efecto de rendir la prueba de tachas.

Sólo se recibirá aquella prueba que se ofrezca dentro de los primeros tres días a contar de la notificación de la resolución que reciba las tachas a prueba. No se admitirá prueba de testigos para acreditar las tachas, pero se podrá exigir la comparecencia del testigo afectado.

Art. 374. Todas las resoluciones que se dicten en conformidad al artículo precedente será inapelables.

Art. 375. Sólo podrá considerarse por el tribunal el testimonio que haya prestado el testigo que hubiere comparecido a ratificar, revocar, precisar o modificar la declaración formulada originalmente ante ministro de fe.

Concluido el período de prueba, se desglosarán del proceso las actas correspondientes a los testigos ausentes, certificándose esta circunstancia por el secretario del tribunal.

(Se derogan los artículos 376, 377, 378 y 379).

Actualidad Juridica 28.indd 92 10-07-13 18:34

Art. 380 (369). Siempre que lo pida alguna de las partes, mandará el tribunal que se cite a las personas designadas como testigos en la forma establecida por el artículo 56, indicándose en la citación el juicio en que debe prestarse la declaración y el día y hora de la comparecencia.

El testigo que legalmente citado no comparezca podrá ser compelido por medio de la fuerza a presentarse ante el tribunal que haya expedido la citación, a menos que compruebe que ha estado en imposibilidad de concurrir.

Si compareciendo se niega sin justa causa a declarar, podrá ser mantenido en arresto hasta que preste su declaración.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda afectar al testigo rebelde.

Art. 381 (370). Tiene el testigo derecho para reclamar de la persona que lo presenta, el abono de los gastos que le imponga la comparecencia.

Se entenderá renunciado este derecho si no se ejerce en el plazo de veinte días, contados desde la fecha en que se presta la declaración.

En caso de desacuerdo, estos gastos serán regulados por el tribunal sin forma de juicio y sin ulterior recurso.

Art. 382 (372). Si el testigo no supiere el idioma castellano, será examinado por medio de un intérprete mayor de dieciocho años, quien prometerá bajo juramento desempeñar bien y fielmente el cargo.

Por conducto del intérprete se interrogará al testigo y se recibirán sus contestaciones, las cuales serán consignadas en el idioma del testigo, si éste no entendiere absolutamente el castellano. En tal caso, se pondrá al pie de la declaración la traducción que de ella haga el intérprete.

Si el testigo fuere sordo, las preguntas le serán dirigidas por escrito; y si fuere mudo, dará por escrito sus contestaciones.

Si no fuere posible proceder de esta manera, la declaración del testigo será recibida por intermedio de una o más personas que puedan entenderse con él por medio de la lengua de señas, por signos, o que comprendan a los sordos o sordomudos. Estas personas prestarán previamente el juramento de que trata el inciso primero.

Art. 383 (373). Los testimonios de oídas, esto es, de testigos que relatan hechos que no han percibido por sus propios sentidos y que sólo conocen por el dicho de otras personas, únicamente podrán estimarse como base de una presunción judicial.

Sin embargo, es válido el testimonio de oídas cuando el testigo se refiere a lo que oyó decir a alguna de las partes, en cuanto de este modo se explica o esclarece el hecho de que se trata.

Art. 384 (374). Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas siguientes:

Actualidad Juridica 28.indd 93 10-07-13 18:34

1ª. La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426;
2ª. La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba de contrario;
3ª. Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas de proceso;
4ª. Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número;
5ª. Cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho; y
6ª. Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes.

4. De la confesión en juicio

Art. 385 (375). Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, todo litigante está obligado a declarar bajo juramento sobre hechos pertenecientes al mismo juicio, cuando lo exija el contendor o lo decrete el tribunal en conformidad al artículo 159. **(Se elimina la frase "contestada que sea la demanda" y las comas entre las cuales se ubica)**

Esta diligencia sólo podrá solicitarse en el término de diez días a que se refiere el artículo 320 y siempre que se haya acompañado el pliego de posiciones respectivo, sin perjuicio de lo señalado en el número 2 del artículo 159.

Art. 386 (376). Los hechos acerca de los cuales se exija la confesión podrán expresarse en forma asertiva o en forma interrogativa, pero siempre en términos claros y precisos, de manera que puedan ser entendidos sin dificultad.

Art. 387 (377). Mientras la confesión no sea prestada, se mantendrán en reserva las interrogaciones sobre que debe recaer.

Actualidad Juridica 28.indd 94 10-07-13 18:34

Art. 388. La confesión deberá ser recibida directa y personalmente por el juez, sin que este cometido pueda ser delegado en un ministro de fe o en un funcionario del tribunal.

Si el litigante se encuentra fuera del territorio del tribunal que conoce de la causa, será tomada su declaración por el juez del tribunal competente.

Art. 389 (379). Están exentos de comparecer ante el tribunal a prestar la declaración de que tratan los artículos precedentes:

1° El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Senadores y Diputados, los Intendentes dentro de la región en que ejercen sus funciones; los miembros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los Fiscales Judiciales de estos tribunales, el Fiscal Nacional y los fiscales regionales, el Arzobispo, los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores y los Vicarios y Provicarios Capitulares;

2° Los que por enfermedad o por cualquier otro impedimento calificado por el tribunal se hallen en imposibilidad de comparecer a la audiencia en que hayan de prestar la declaración; y

3° Las mujeres, en caso que el tribunal estime prudente eximirlas de esta asistencia.

Cuando haya de prestar esta declaración alguna de las personas exceptuadas en los números precedentes, el juez se trasladará a casa de ella con el objeto de recibir la declaración. En los tribunales colegiados se comisionará para esta diligencia a alguno de los Ministros del mismo.

Si la persona que haya de prestar declaración en la forma prevenida en este artículo se encuentra fuera del territorio del tribunal que conoce de la causa, encargará éste la diligencia al juez competente de la residencia actual del litigante. El juez exhortado practicará por sí mismo la diligencia.

Art. 390 (380). Antes de interrogar al litigante, se le tomará juramento de decir verdad en conformidad al artículo 363.

Art. 391 (381). La declaración deberá prestarse inmediatamente, de palabra y en términos claros y precisos. Si el confesante es sordo o sordo-mudo, podrá escribir su confesión delante del tribunal o, en su caso, se aplicará lo dispuesto en el artículo 382. (**Se elimina la frase "o ministro de fe encargado de recibirla")**

Si se trata de hechos personales, deberá prestarse afirmándolos o negándolos. Podrá, sin embargo, el tribunal admitir la excusa de olvido de los hechos, en casos calificados, cuando ella se funde en circunstancias verosímiles y notoriamente aceptables.

En todo caso podrá el confesante añadir las circunstancias necesarias para la recta y cabal inteligencia de lo declarado.

Actualidad Juridica 28.indd 95 10-07-13 18:34

Art. 392 (382). Puede todo litigante presenciar la declaración del contendor y hacer al tribunal las observaciones que estime conducentes para aclarar, explicar o ampliar las preguntas que han de dirigírsele.

Puede también, antes que termine la diligencia y después de prestada la declaración, pedir que se repita si hay en las respuestas dadas algún punto obscuro o dudoso que aclarar.

Art. 393 (383). Si el litigante citado ante el tribunal para prestar declaración no comparece, se le volverá a citar bajo los apercibimientos que expresan los artículos siguientes.

Art. 394 (384). Si el litigante no comparece al segundo llamado, o si, compareciendo, se niega a declarar o da respuestas evasivas, se le dará por confeso, a petición de parte, en todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados en el escrito en que se pidió la declaración.

Si no están categóricamente afirmados los hechos, podrán los tribunales imponer al litigante rebelde una multa que **no baje de una unidad tributaria mensual ni exceda de diez unidades tributarias mensuales,** o arrestos hasta por treinta días sin perjuicio de exigirle la declaración. Si la otra parte lo solicita, podrá también suspenderse el pronunciamiento de la sentencia hasta que la confesión se preste.

Cuando el interrogado solicite un plazo razonable para consultar sus documentos antes de responder, podrá otorgársele, siempre que haya fundamento plausible para pedirlo y el tribunal lo estime indispensable, o consienta en ello el contendor. La resolución del tribunal que conceda plazo será inapelable.

Art. 395 (385). Lo dicho en el artículo 370 es aplicable a la declaración de los litigantes.

Art. 396 (386). Podrá exigirse confesión al procurador de la parte sobre hechos personales de él mismo en el juicio aun cuando no tenga poder para absolver posiciones.

Art. 397 (387). El procurador es obligado a hacer comparecer a su mandante para absolver posiciones en el término razonable que el tribunal designe y bajo el apercibimiento indicado en el artículo 394.

La comparecencia se verificará ante el tribunal de la causa si la parte se encuentra en el lugar del juicio; en el caso contrario, ante el juez competente del territorio jurisdiccional en que resida o ante el respectivo agente diplomático o consular chileno, si ha salido del territorio de la República.

Art. 398 (388). La confesión extrajudicial es sólo base de presunción judicial, y no se tomará en cuenta, si es puramente verbal, sino en los casos en que sería admisible la prueba de testigos.

Actualidad Juridica 28.indd 96 10-07-13 18:34

La confesión extrajudicial que se haya prestado a presencia de la parte que la invoca, o ante el juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción, se estimará siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados. La misma regla se aplicará a la confesión prestada en otro juicio diverso; pero si éste se ha seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así.

Art. 399 (389). Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de la confesión judicial en conformidad a lo que establece el artículo 1713 del Código Civil y demás disposiciones legales.

Si los hechos confesados no son personales del confesante o de la persona a quien representa, producirá también prueba la confesión.

Art. 400 (390). La confesión tácita o presunta que establece el artículo 394, producirá los mismos efectos que la confesión expresa.

Art. 401 (391). En general el mérito de la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante.

Podrá, sin embargo, dividirse:

1° Siempre que comprenda hechos diversos enteramente desligados entre sí; y

2° Cuando, comprendiendo varios hechos ligados entre sí o que se modifiquen los unos a los otros, el contendor justifique con algún medio legal de prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado.

Art. 402 (392). No se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en el juicio.

Podrá, sin embargo, admitirse prueba en este caso y aun abrirse un término especial para ella, si el tribunal lo estima necesario y ha expirado el probatorio de la causa, cuando el confesante alegue, para revocar su confesión, que ha padecido error de hecho y ofrezca justificar esta circunstancia.

Lo dispuesto en el inciso precedente se aplicará también al caso en que los hechos confesados no sean personales del confesante.

5. De la inspección personal del tribunal

Art. 403 (405). Fuera de los casos expresamente señalados por la ley, la inspección personal del tribunal sólo se decretará cuando éste la estime necesaria; **y se programará día y hora para practicarla dentro del período de prueba establecido en el artículo 328,** a fin de que puedan concurrir las partes con sus abogados.

La inspección podrá verificarse aún fuera del territorio señalado a la jurisdicción del tribunal.

Actualidad Juridica 28.indd 97 10-07-13 18:34

Art. 404 (406). Pueden las partes pedir que en el acto del reconocimiento se oigan informes de peritos, y lo decretará el tribunal si, a su juicio, esta medida es necesaria para el éxito de la inspección y ha sido solicitada **con la anticipación señalada en el artículo 320.** La designación de los peritos se hará en conformidad a las reglas del párrafo siguiente.

Art. 405 (407). Se llevará a efecto la inspección con la concurrencia de las partes y peritos que asistan, o sólo por el tribunal en ausencia de aquéllas.

Si el tribunal es colegiado, podrá comisionar para que practique la inspección a uno o más de sus miembros.

Art. 406 (408). La parte que haya solicitado la inspección depositará antes de proceder a ella, en manos del secretario del tribunal, la suma que éste estime necesaria para costear los gastos que se causen. Cuando la inspección sea decretada de oficio u ordenada por la ley, el depósito se hará por mitad entre demandantes y demandados.

Art. 407 (409). De la diligencia de inspección se levantará acta, en la cual se expresarán las circunstancias o hechos materiales que el tribunal observe, sin que puedan dichas observaciones reputarse como una opinión anticipada sobre los puntos que se debaten.

Podrán también las partes pedir, durante la diligencia, que se consignen en el acta las circunstancias o hechos materiales que consideren pertinentes.

Art. 408 (410). La inspección personal constituye prueba plena en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su propia observación.

6. Del informe de peritos

Art. 409 (411). Se oirá informe de peritos en todos aquellos casos en que la ley así lo disponga, ya sea que se valga de estas expresiones o de otras que indiquen la necesidad de consultar opiniones periciales.

Art. 410 (412). Cuando la ley ordene que se resuelva un asunto en juicio práctico o previo informe de peritos, se entenderán cumplidas estas disposiciones agregando el reconocimiento y dictamen pericial en conformidad a las reglas de este párrafo, al procedimiento que corresponda usar, según la naturaleza de la acción deducida.

Además, cuando el perito ha sido presentado por una de las partes, el juez deberá considerar si el informe otorga suficientes garantías de seriedad y profesionalismo, conclusión a la que podrá llegar después que el perito haya sido interrogado durante el periodo de prueba sobre el contenido de su informe, las conclusiones del mismo y su

Actualidad Juridica 28.indd 98 10-07-13 18:34

rigor técnico o científico, así como respecto de su imparcialidad, idoneidad y la eventual concurrencia de causales de inhabilidad legal.

Art. 411 (413). Podrá también oírse el informe de peritos:

1° Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte; y

2° Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

Los honorarios y demás gastos derivados de la intervención del perito corresponderá a la parte que lo presente.

En el caso de que sea el tribunal quien disponga la medida, por estimarla necesaria para el esclarecimiento de la cuestión, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre pago de costas, podrá ordenar que previamente se consigne una cantidad prudencial para responder a los honorarios y gastos que se originen. La resolución por la cual se fije el monto de la consignación será notificada por cédula a ambas partes. Si una de las partes o ambas dejan transcurrir diez días, contados desde la fecha de la notificación, sin efectuar la consignación, el tribunal podrá mantener la diligencia o dejarla sin efecto.

Art. 412. El tribunal podrá decretar de oficio el reconocimiento de peritos en cualquier estado del juicio, pero no se suspenderá por ello el procedimiento.

Art. 413 (415). Salvo acuerdo expreso de las partes, no podrán ser peritos:

1° Los que sean inhábiles para declarar como testigos en el juicio; y

2° Los que no tengan título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiera está reglamentada por la ley y hay en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.

Art. 414. Admitida la prueba pericial por el tribunal, cada parte podrá presentar un informe elaborado por el perito de su confianza que individualizó al solicitar este medio probatorio dentro de plazo.

La posterior declaración que el perito haga ante el tribunal de conformidad al inciso segundo del artículo 410 se regirá por las normas establecidas para los testigos, en lo no regulado especialmente en este párrafo.

(Se deroga el artículo 415).

Art. 416 (418). Cuando el nombramiento se haga por el tribunal, lo hará de entre los peritos de la especialidad requerida que figuren en las listas a que se refiere el artículo siguiente y la designación se pondrá en conocimiento de las partes para que dentro de tercero día deduzcan oposición, si tienen alguna

Actualidad Juridica 28.indd 99 10-07-13 18:34

incapacidad legal que reclamar contra el nombrado. Vencido este plazo sin que se formule oposición, se entenderá aceptado el nombramiento.

Art. 416 bis. Las listas de peritos indicadas en el artículo precedente serán propuestas cada dos años por la Corte de Apelaciones respectiva, previa determinación del número de peritos que en su concepto deban figurar en cada especialidad.

En el mes de octubre del final del bienio correspondiente, se elevarán estas nóminas a la Corte Suprema, la cual formará las definitivas, pudiendo suprimir o agregar nombres sin expresar causa.

Para formar las listas, cada Corte de Apelaciones convocará a concurso público, al que podrán postular quienes posean y acrediten conocimientos especiales de alguna ciencia, arte o especialidad, para lo cual tendrán especialmente en cuenta la vinculación de los candidatos con la docencia y la investigación universitarias. El procedimiento para los concursos, su publicidad y la formación de las nóminas de peritos serán regulados mediante un Auto Acordado de la Corte Suprema, que se publicará en el Diario Oficial.

Art. 417 (419). El perito que acepte el cargo deberá declararlo así, jurando desempeñarlo con fidelidad.

De esta declaración, que habrá de hacerse verbalmente o por escrito en el acto de la notificación o dentro de los tres días inmediatos, se dejará testimonio en los autos.

El perito encargado de practicar un reconocimiento deberá citar previamente a las partes para que concurran si quieren.

Art. 418 (420). Cuando sean varios los peritos procederán unidos a practicar el reconocimiento, salvo que el tribunal los autorice para obrar de otra manera.

Art. 419 (421). Las partes podrán hacer en el acto del reconocimiento las observaciones que estimen oportunas. Podrán también pedir que se hagan constar los hechos y circunstancias que juzguen pertinentes; pero no tomarán parte en las deliberaciones de los peritos, ni estarán en ellas presentes.

De todo lo obrado se levantará acta, en la cual se consignarán los acuerdos celebrados por los peritos.

Art. 420 (422). Los tribunales señalarán en cada caso el término dentro del cual deben los peritos evacuar su encargo; y podrán, en caso de desobediencia, apremiarlos con multas, prescindir del informe o decretar el nombramiento de nuevos peritos, según los casos.

Art. 421 (423). Cuando los peritos discorden en sus dictámenes, podrá el tribunal disponer que se nombre un nuevo perito, si lo estima necesario para la mejor ilustración de las cuestiones que deban resolver.

El nuevo perito será nombrado y desempeñará su cargo en conformidad a las reglas precedentes.

Actualidad Juridica 28.indd 100 10-07-13 18:34

Art. 422 (424). Si no resulta acuerdo del nuevo perito con los anteriores, el tribunal apreciará libremente las opiniones de todos ellos, tomando en cuenta los demás antecedentes del juicio.

Art. 423 (425). Los peritos podrán emitir sus informes conjunta o separadamente.

Art. 424 (426). Los incidentes a que dé lugar el nombramiento de los peritos y el desempeño de sus funciones se tramitarán en ramo separado.

Art. 425 (427). Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica.

7. De las presunciones

Art. 426 (428). Las presunciones como medios probatorios, se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil.

Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

Art. 427 (429). Sin perjuicio de las demás circunstancias que, en concepto del tribunal o por disposición de la ley, deban estimarse como base de una presunción, se reputarán verdaderos los hechos certificados en el proceso por un ministro de fe, a virtud de orden de tribunal competente, salvo prueba en contrario.

Igual presunción existirá a favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes.

8. De la apreciación comparativa de los medios de prueba

Art. 428 (431). Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean conforme con la verdad.

Art. 429 (432). Para que pueda invalidarse con prueba testimonial una escritura pública, se requiere la concurrencia de **cuatro** testigos, que reúnan las condiciones expresadas en la regla segunda del artículo 384, que acrediten que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento, o el escribano, o alguno de los testigos instrumentales, ha fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los setenta días subsiguientes.

Esta prueba, sin embargo, queda sujeta a la calificación del tribunal, quien la apreciará según las reglas de la sana crítica.

La disposición de este artículo sólo se aplicará cuando se trate de impugnar la autenticidad de la escritura misma, pero no las declaraciones consignadas en una escritura pública auténtica.

Actualidad Juridica 28.indd 101 10-07-13 18:34

Título XII
DE LOS PROCEDIMIENTOS POSTERIORES A LA PRUEBA

Art. 430 (433). Vencido el término de prueba, y dentro de los diez días siguientes, las partes podrán hacer por escrito las observaciones que el examen de la prueba les sugiera.

Art. 431. No será motivo para suspender el curso del juicio ni será obstáculo para la dictación del fallo el hecho de no haberse devuelto la prueba rendida fuera del tribunal, o el de no haberse practicado alguna otra diligencia de prueba pendiente, a menos que el tribunal, por resolución fundada, la estime estrictamente necesaria para la acertada resolución de la causa. En este caso, la reiterará como medida para mejor resolver y se estará a lo establecido en el artículo 159.

En todo caso, si dicha prueba se recibiera por el tribunal una vez dictada la sentencia, ella se agregará al expediente para que sea considerada en segunda instancia, si hubiere lugar a ésta.

Art. 432. Vencido el plazo a que se refiere el artículo 430, se hayan o no presentado escritos y existan o no diligencias pendientes, el tribunal citará para oír sentencia.

En contra de esta resolución sólo podrá interponerse recurso de reposición, el que deberá fundarse en error de hecho y deducirse dentro de tercero día. La resolución que resuelva la reposición será inapelable.

Art. 433 (437). Citadas las partes para oír sentencia, no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género.

Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 83, 84, 159 y 290. Los plazos establecidos en los artículos 342 N° 3, 346 N° 3 y 347 que hubieren comenzado a correr al tiempo de la citación para oír sentencia, continuarán corriendo sin interrupción y la parte podrá dentro de ellos, ejercer su derecho de impugnación. De producirse ésta, se tramitará en cuaderno separado y se fallará en la sentencia definitiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 431.

Libro Tercero
DE LOS JUICIOS ESPECIALES

Título I
DE LOS JUICIOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE DAR

Disposiciones generales

Art. 434. Los procedimientos de ejecución de las obligaciones, sean de dar, hacer o no hacer, se seguirán ante el oficial de ejecución, de conformidad al Libro Quinto.

Actualidad Juridica 28.indd 102 10-07-13 18:34

La resolución de las controversias que surjan en dichos procedimientos queda entregada al tribunal competente, de acuerdo a las reglas que contempla este Título y el Título II de este Libro.

Art. 435. Sin perjuicio de las normas generales sobre comunicaciones y notificaciones, todas las que se efectúen en los procedimientos de ejecución se podrán efectuar por correo electrónico o cualquier otro medio de comunicación idóneo, aprobado por el interesado y el oficial de ejecución, que resulte eficaz y no cause indefensión.

Dicho acuerdo se podrá invocar asimismo ante el tribunal, para que se realicen de esa forma las notificaciones judiciales.

Del procedimiento aplicable a la oposición a la ejecución

Art. 436. El ejecutado podrá fundamentar su demanda de oposición a la ejecución en las siguientes causales, sea que afecten a la totalidad de la obligación o a una parte de ella:

1°. Pago total o parcial;

2°. No empecer el título al ejecutado;

3°. Falsedad del título ejecutivo;

4°. Prescripción o caducidad de la acción ejecutiva, y

5°. Cosa Juzgada.

Tratándose de la entrega de cosas muebles determinadas, la demanda de oposición podrá fundarse, además, en la pérdida de la cosa debida, en conformidad a lo dispuesto en el Título XIX del Libro Cuarto del Código Civil.

Por el solo ministerio de la ley, se entenderá reservado el derecho del ejecutado para hacer valer, en un juicio declarativo posterior, los derechos y alegaciones no contemplados dentro de las causales de oposición previstas en este artículo.

Art. 437.- La demanda de oposición a la ejecución sólo podrá fundarse en una o más de las causales previstas en el artículo anterior, las que se deducirán todas en el mismo escrito.

El ejecutado indicará con precisión la o las causales que invoca y los hechos en que las funda, acompañará toda la prueba documental que le sirva de sustento y, en su caso, invocará la que conste en poder del oficial de ejecución, requiriendo su remisión al tribunal. Asimismo, ofrecerá los demás medios de prueba de que piense valerse.

En la misma demanda y para ser resueltas en la sentencia definitiva, en forma previa a las causales de oposición, el ejecutado deberá señalar todas las cuestiones procesales que pudieren afectar la eficacia del procedimiento o de determinados actos procesales, a que se refieren los artículos 83 y 84. Éstas se tramitaran conjuntamente con las causales de oposición y sin suspender el procedimiento.

Actualidad Juridica 28.indd 103 10-07-13 18:34

En todo lo no previsto en este artículo se aplicarán los requisitos de la demanda establecidos en el artículo 254.

Art. 438. El plazo para deducir demanda de oposición a la ejecución será individual. El término para formular oposición será de diez días, contados desde la notificación de la decisión de ejecución, si el ejecutado fuere notificado dentro de la provincia en que se encuentra el territorio jurisdiccional del tribunal competente para conocer de la oposición.

Si el ejecutado es notificado fuera de la provincia en que se encuentra el territorio jurisdiccional de dicho tribunal o hubiere sido notificado fuera del territorio de la República, el término para oponerse a la ejecución será de veinte días, en el primer caso y de treinta días, en el segundo.

Art. 439. Presentada ante el oficial de ejecución demanda de oposición, la enviará con todos sus antecedentes al tribunal competente, sin dilación alguna.

El tribunal deberá declarar inadmisible de plano la demanda de oposición del ejecutado cuando:

1°. No se presentare oportunamente o no se fundare en las causales legales;

2°. No acompañare los documentos en que se funda la oposición respecto de los números 1 y 4 del artículo 436; o

3°. No se señalaren en forma precisa los hechos en que se fundamenta cada una de las causales de oposición formuladas.

Art. 440. Admitida a tramitación la demanda, el tribunal citará a la audiencia del quinto día hábil después de la última notificación, plazo que se ampliará, si el demandado no está en el lugar del juicio, con el aumento que corresponda. La demanda de oposición será notificada por cédula al ejecutante.

Si el ejecutado no compareciere a la audiencia, el tribunal le tendrá por desistido de su demanda de oposición, ordenando la prosecución de la ejecución. Si el ejecutante no compareciere, el tribunal llevará a cabo la audiencia, procediendo en su rebeldía.

En la audiencia, el ejecutado manifestará si ratifica su demanda de oposición o se reserva las excepciones planteadas para hacerlas valer en un procedimiento declarativo. En este último caso, se entenderá que los derechos del ejecutado subsisten, sin que la interposición de las excepciones afecte de manera alguna el curso de los plazos de prescripción.

Ratificada la demanda, el ejecutante dispondrá de cinco días para contestarla.

Vencido este plazo, el juez resolverá de inmediato y fundadamente las cuestiones procesales. Asimismo, se pronunciará sobre

Actualidad Juridica 28.indd 104 10-07-13 18:34

las causales de oposición, si sólo se hubiere ofrecido y acompañado prueba documental como fundamento de ellas; si se hubiere ofrecido otros medios de prueba para fundarlas y el tribunal los estimare inadmisibles, o si no hubieren hechos sustanciales controvertidos y así lo convinieren las partes o lo resolviere el tribunal.

En el mismo acto, si fuere pertinente la producción de otros medios de prueba que se hayan ofrecido o solicitado en la demanda o en la contestación, citará a audiencia de preparación de la prueba, para dentro de un plazo no inferior a diez ni superior a quince días.

En la audiencia de preparación de la prueba, el tribunal escuchará las propuestas que le hagan las partes para fijar los hechos sustanciales controvertidos, se pronunciará sobre la admisibilidad de los medios de prueba ofrecidos o solicitados, programará la recepción de la prueba admisible hasta su conclusión y dejará citadas a las partes, para tales efectos, a las audiencias que se celebrarán en las fechas y horas programadas.

El ofrecimiento o solicitud de medios de prueba por las partes sólo se aceptará cuando indiquen en forma circunstanciada todos los medios de prueba que se rendirán, acompañando los antecedentes respectivos o solicitando su diligenciamiento, si correspondiere, en la forma señalada en el artículo 320.

Art. 441. Hasta antes de concluir la audiencia a que se refiere el artículo anterior, el ejecutante podrá desistirse del procedimiento de ejecución, con reserva de su derecho para entablar acción judicial declarativa sobre los mismos puntos que han sido materia de aquél.

Por el desistimiento no podrá deducir un nuevo procedimiento de ejecución, y quedarán de pleno derecho sin valor el embargo y demás actuaciones realizadas.

Responderá el ejecutante de los perjuicios que se hayan causado con la solicitud de ejecución, salvo lo que se resuelva en el juicio declarativo.

Art. 442. Cuando haya de recibirse a prueba la causa, el período para rendirla será el que resulte de la programación de que trata el inciso sexto del artículo 440, el cual, en todo caso, no podrá exceder de veinte días.

Por resolución fundada, el tribunal podrá ampliar este plazo hasta treinta días, a petición de las partes o de una de ellas, en consideración a la naturaleza o número de medios probatorios ofrecidos y a las necesidades que surjan al programar la recepción de la prueba.

Art. 443. La prueba testimonial y la absolución de posiciones se practicarán con intervención directa del juez, quien no podrá delegar esta tarea en un ministro de fe o en un funcionario del tribunal.

Actualidad Juridica 28.indd 105 10-07-13 18:34

No podrá presentarse más de un informe pericial por cada parte, ni declarar más de cuatro testigos por cada una de ellas en el proceso.

Art. 444. Todo incidente que se promueva durante la tramitación de este procedimiento, cualquiera que sea su naturaleza, se fallará en la sentencia definitiva y no suspenderá el curso de la causa.

Art. 445. Vencido el período de prueba, aunque no se haya rendido la prueba considerada en la programación, el tribunal citará a las partes para oír sentencia, la que dictará en el plazo máximo de treinta días.

Art. 446. Si la sentencia definitiva rechazare total o parcialmente las causales de oposición, ordenará seguir adelante con la ejecución hasta el pago íntegro de lo adeudado, lo que se notificará a las partes y al oficial de ejecución. Se procederá de igual manera si el ejecutado decide reservarse las excepciones.

Por el contrario, si la sentencia acogiere íntegramente una causal de oposición, declarará terminado el procedimiento, dejando sin efecto la decisión de ejecución y las medidas de apremio, con lo cual el oficial de ejecución se limitará a adoptar las medidas necesarias para concluir su gestión.

La sentencia que se dicte en este procedimiento impondrá siempre las costas del juicio a la parte vencida. Si se admiten sólo en parte una o más excepciones, se distribuirán las costas proporcionalmente; pero podrán imponerse todas al ejecutado cuando, en concepto del tribunal, haya motivo fundado para ello.

Art. 447. La sentencia definitiva que se pronuncie sobre la demanda de oposición sólo podrá ser objeto del recurso de apelación, que se concederá en el efecto devolutivo, y de casación en la forma de acuerdo a las reglas generales.

No obstante lo anterior, en casos calificados el juez o la respectiva Corte de Apelaciones, según corresponda, podrá suspender el cumplimiento de la sentencia en tanto no se resuelva el recurso, lo que condicionará o no al otorgamiento de caución de las resultas.

3. Del procedimiento aplicable a los demás asuntos de competencia del tribunal.

Art. 448. Tanto el ejecutado como el ejecutante o los terceros interesados en la ejecución, podrán recurrir al juez competente a fin de objetar, reclamar o denunciar cualquier decisión o actuación que consideren ilegal o abusiva del oficial de ejecución. La interposición

Actualidad Juridica 28.indd 106 10-07-13 18:34

de dicha reclamación no suspenderá la tramitación de la ejecución ni el cumplimiento de las decisiones impugnadas, salvo que el juez así lo decrete, fundadamente, en cualquier estado de la reclamación.

Toda reclamación, objeción u oposición deberá plantearse directamente al juez competente, tan pronto llegue a conocimiento del afectado. Precluirá este derecho transcurridos que sean tres días sin que se presente dicha protesta. El juez informará de inmediato al oficial de ejecución por el medio que éste haya señalado conforme al artículo 435 y citará a una audiencia que deberá realizarse no después de quinto día de formulada la presentación, escuchará a las partes, al oficial de ejecución y a cualquier otro interesado que se apersone, y recibirá las pruebas que se le presenten. Concluida la audiencia resolverá dentro de tercero día. Su decisión será inapelable.

Se entenderá que tiene carácter de interesado quien invoque un derecho que pueda ser afectado por el proceso de ejecución.

Art. 449. Toda reclamación que sea rechazada por el tribunal impondrá el pago de las costas al reclamante. Si se hubieren rechazado dos reclamaciones deducidas por el interesado, para dar curso a nuevas reclamaciones deberá consignarse la cantidad que determine el tribunal, la cual fluctuará entre una y veinte unidades tributarias mensuales, para responder de las costas causadas.

Art. 450. Cuando las actuaciones encomendadas al tribunal no tengan un procedimiento especialmente regulado, deberán ser sometidas a éste dentro de quinto día de comunicadas, y se evacuarán en audiencia con los antecedentes que proporcionen el oficial de ejecución, las partes o los interesados que concurran, sin perjuicio de los demás elementos de convicción que requiera el tribunal para un mejor acierto de su decisión.

3. De las tercerías

Art. 451. En el procedimiento de ejecución sólo son admisibles las tercerías cuando el reclamante pretende:

1° Dominio de los bienes embargados;
2° Posesión de los bienes embargados;
3° Derecho para ser pagado preferentemente; o
4° Derecho para concurrir en el pago a falta de otros bienes.

En el primer caso la tercería se llama de dominio, en el segundo de posesión, en el tercero de prelación y en el cuarto de pago.

Art. 452. El procedimiento de las tercerías será aplicable a la oposición que se funde en el derecho del comunero sobre la cosa embarga-

Actualidad Juridica 28.indd 107 10-07-13 18:34

da y a la reclamación del ejecutado para que se excluya del embargo alguno de los bienes que la ley declara inembargables.

Tratándose del derecho del comunero, podrá el acreedor dirigir su acción sobre la parte o cuota que en la comunidad corresponda al deudor para que se enajene sin previa liquidación, o exigir que con intervención suya se liquide la comunidad. En este segundo caso, podrán los demás comuneros oponerse a la liquidación, si existe algún motivo legal que la impida, o si, de procederse a ella, ha de resultar grave perjuicio.

Art. 453. Podrán también ventilarse conforme al procedimiento de las tercerías los derechos que haga valer el ejecutado invocando una calidad diversa de aquella en que se le ejecuta. Tales serían, por ejemplo, los casos siguientes:

1°. El del heredero a quien se ejecute en este carácter para el pago de las deudas hereditarias o testamentarias de otra persona cuya herencia no haya aceptado;

2°. El de aquél que, sucediendo por derecho de representación, ha repudiado la herencia de la persona a quien representa y es perseguido por el acreedor de ésta;

3°. El del heredero que reclame del embargo de sus bienes propios efectuado por acción de acreedores hereditarios o testamentarios que hayan hecho valer el beneficio de separación de que trata el Título XII del Libro Tercero del Código Civil, y no traten de pagarse del saldo a que se refiere el artículo 1383 del mismo Código. Al mismo procedimiento se sujetará la oposición cuando se deduzca por los acreedores personales del heredero; y

4°. El del heredero beneficiario cuyos bienes personales sean embargados por deudas de la herencia, cuando esté ejerciendo judicialmente alguno de los derechos que conceden los artículos 1261 a 1263 del Código Civil.

El ejecutado podrá, sin embargo, hacer valer su derecho en estos casos por medio de la excepción que corresponda contra la decisión de ejecución, si ello fuere procedente.

Art. 454. La demanda de tercería deberá ser deducida en contra del ejecutante y del ejecutado, y se seguirá por ramo separado.

La interposición de la tercería no suspenderá la continuidad de la ejecución, salvo que se apoye en instrumento público otorgada con anterioridad a la fecha en que se inició el proceso ejecutivo o existan presunciones graves del derecho que se reclama.

Sin perjuicio de lo anterior, en la tercería de dominio o posesión, puede el tercerista o el ejecutado en cualquier estado del proceso de ejecución o del juicio de tercería, sustituir el embargo consignan-

Actualidad Juridica 28.indd 108 10-07-13 18:34

do una cantidad equivalente al valor de la cosa embargada, lo cual aprobará el juez a petición de cualesquiera de los interesados y de acuerdo al mérito de los antecedentes, salvo que se trate de la especie o cuerpo cierto a que se refiere la ejecución.

Tratándose de tercerías de prelación y pago, podrá el ejecutado o tercerista caucionar las resultas, suspendiéndose los efectos del embargo hasta la dictación de la sentencia en la tercería.

Art. 455. Toda demanda de tercería, sea de dominio, posesión, prelación o pago, se presentará ante el oficial de ejecución que conoce el procedimiento ejecutivo, debiendo cumplir con los requisitos señalados en el artículo 254 del presente Código.

El oficial de ejecución pondrá la demanda de tercería en conocimiento del ejecutante y del ejecutado para que, dentro del plazo común de diez días, hagan valer todas sus alegaciones y defensas, sea aceptando o rechazando las pretensiones del tercerista; presenten los documentos en que se funden y acompañen o soliciten todos los demás medios de prueba que estimen pertinentes, en los términos que establece el artículo 320.

El oficial de ejecución se limitará a recibir y custodiar los antecedentes que acompañen el ejecutante, ejecutado y tercerista y, una vez vencido el plazo señalado en el inciso anterior, los remitirá inmediatamente al tribunal que esté conociendo o que sea competente para conocer la demanda de oposición. No se admitirá antecedente alguno que no se haya acompañado a la demanda de tercería, o en el plazo indicado.

Art. 456. El tercerista deberá comparecer al tribunal a ratificar su demanda dentro de tercero día a contar de la certificación del secretario del tribunal que dé cuenta del ingreso de los antecedentes, sin necesidad de notificación o emplazamiento alguno.

Si no compareciera en el plazo indicado caducarán sus derechos a continuar este procedimiento, sin perjuicio de las acciones ordinarias que puedan corresponderle, las que deberán hacerse valer conforme las reglas generales. La interposición de la tercería, en este caso, no interrumpirá la prescripción que estuviere corriendo.

Art. 457. Ratificada que sea la demanda de tercería, el tribunal citará a las partes a una audiencia de preparación de la prueba, la que se celebrará dentro de décimo día, a fin de que los demandados ratifiquen sus contestaciones y las pruebas acompañadas o solicitadas y hagan sus propuestas sobre los hechos controvertidos para que el tribunal determine al respecto.

Actualidad Juridica 28.indd 109 10-07-13 18:34

El tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad de la prueba y programará su recepción fijando días y horas en que se celebrarán las audiencias respectivas, las cuales, en todo caso, deberá realizarse dentro de los siguientes quince días, dejando a las partes citadas para tal efecto.

Si no hay hechos controvertidos ni prueba que recibir, al término de la audiencia el juez citará a las partes para oír sentencia sin más trámite. El fallo deberá pronunciarse dentro de los quince días siguientes.

Art. 458. El tribunal que conozca de la tercería sólo podrá decretar como diligencias de prueba las que haya individualizado con precisión el actor en la demanda de tercería y las demás partes dentro del plazo señalado en el artículo 455.

La recepción de la prueba se efectuará de conformidad a las reglas previstas en el juicio ordinario.

Art. 459. Al concluir el período programado para la recepción de la prueba, se haya rendido o no toda la ofrecida, el juez citará para oír sentencia, y procederá a dictarla dentro de los quince días siguientes.

Art. 460. Contra la sentencia definitiva sólo procederá el recurso de apelación, el cual se concederá en ambos efectos toda vez que se acoja la tercería y en el solo efecto devolutivo cuando se rechace.

Las demás resoluciones que se dicten en este procedimiento serán apelables en el solo efecto devolutivo.

Título II
DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER

Art. 461. Cuando las obligaciones de hacer y de no hacer son determinadas y actualmente exigibles, y se hace valer para acreditarlas algún título ejecutivo, el procedimiento de ejecución se seguirá ante el oficial de ejecución de acuerdo con las reglas previstas en el Libro V de este Código.

Corresponde al tribunal determinar la forma en que deberá cumplirse la obligación de hacer o de no hacer, en el evento de que el título ejecutivo que la establece merezca dudas al respecto o, en el caso a que se refiere el inciso segundo del artículo 173, si la sentencia ha condenado a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, reservando al demandante el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo, y el actor no ha hecho uso del derecho a solicitar el cumplimiento incidental que le concede el artículo 241 bis.

Actualidad Juridica 28.indd 110 10-07-13 18:34

Para este efecto, notificada la decisión de ejecución, el ejecutado, sin deducir demanda de oposición, dentro del mismo plazo previsto para tal efecto podrá solicitar al juez que precise la forma de dar cumplimiento a la obligación, efectuando una propuesta concreta, y acompañará los antecedentes que la justifiquen.

La solicitud será resuelta por el tribunal en una audiencia especialmente citada al efecto, a la que deberán concurrir las partes y el oficial de ejecución, con todos sus medios de prueba. La audiencia se celebrará dentro de diez días de notificada la citación. En los cinco primeros días, las partes deberán acompañar una relación circunstanciada de los medios probatorios que harán valer, con los antecedentes correspondientes. Sólo se recibirá la prueba ofrecida e individualizada previamente por las partes.

Si el ejecutado no concurre a la audiencia ratificando su solicitud, se presumirá de derecho que renuncia a ella y regirá la decisión de ejecución en los términos en que fue despachada, sin perjuicio de las acciones y derechos que él pueda hacer valer por la vía ordinaria.

Dentro de los diez días de concluida la audiencia, el juez resolverá si mantiene la decisión de ejecución u ordena que se rectifique o complemente de la manera que expresará. Esta resolución será inapelable.

Art. 462. El tribunal resolverá las objeciones que formule el ejecutado a los documentos acompañados a la solicitud de ejecución del acto o contrato cuya suscripción forzada se esté requiriendo, o de la obra que deba ejecutarse.

Si el ejecutado dedujere demanda de oposición, la objeción de los documentos deberá formularse en el mismo escrito. En este caso dicha objeción será resuelta en la sentencia definitiva.

Si se objetaren los documentos sin deducir demanda de oposición, se aplicará lo dispuesto en los incisos cuarto a sexto del artículo precedente.

Art. 463. Sin perjuicio de las causales de oposición previstas en el artículo 436, tratándose de la ejecución de una obligación de hacer, el ejecutado podrá oponer también la imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra debida.

Por su parte, en lo que respecta a la obligación de destruir la obra hecha, el ejecutado podrá fundar además su demanda de oposición en la aplicación de lo previsto en el inciso tercero del artículo 1555 del Código Civil.

La oposición se tramitará en conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del Título I de este Libro.

Actualidad Juridica 28.indd 111 10-07-13 18:34

Artículo 464. En lo no previsto en las disposiciones especiales del Libro Quinto y en las precedentes, se aplicarán a los asuntos relacionados con los procedimientos de ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer, de los cuales deba conocer el juez competente, las reglas establecidas en los artículos 448 a 450.

Regirá, asimismo, lo dispuesto en el artículo 435.

(Se eliminan los artículos 465 a 544)

Título III
DE LOS EFECTOS DEL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN

Art. 545. (697). Para que sea eficaz el derecho de retención que en ciertos casos conceden las leyes, es necesario que su procedencia se declare judicialmente a petición del que pueda hacerlo valer.

Podrá solicitarse la retención como medida precautoria del derecho que garantiza, y, en tal caso, se procederá conforme a lo dispuesto en los artículos 299, 300 y 302.

Art. 546. (698). Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan. El decreto judicial que declare procedente la retención de inmuebles deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas.

Art. 547. (699). De la misma preferencia establecida en el artículo anterior gozarán las cauciones legales que se presten en substitución de la retención.
Art. 548. (700). Podrá el juez, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, restringir la retención a una parte de los bienes muebles que se pretenda retener, que basten para garantizar el crédito mismo y sus accesorios.

Título IV
DE LOS INTERDICTOS

1. Definiciones y reglas generales

Art. 549. (701). Los interdictos o juicios posesorios sumarios pueden intentarse:

1°. Para conservar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos;
2°. Para recuperar esta misma posesión;
3°. Para obtener el restablecimiento en la posesión o mera tenencia de los mismos bienes, cuando dicha posesión o mera tenencia hayan sido violentamente arrebatadas;
4°. Para impedir una obra nueva;
5°. Para impedir que una obra ruinosa o peligrosa cause daño; y

Actualidad Juridica 28.indd 112 10-07-13 18:34

6°. Para hacer efectivas las demás acciones posesorias especiales que enumera el Título XIV, Libro II del Código Civil.

En el primer caso, el interdicto se llama querella de amparo; en el segundo, querella de restitución; en el tercero, querella de restablecimiento; en el cuarto, denuncia de obra nueva; en el quinto, denuncia de obra ruinosa; y en el último, interdicto especial.

Art. 550. (703). Las apelaciones en los juicios posesorios se concederán sólo en el efecto devolutivo, salvo que la ley expresamente las mande otorgar en ambos efectos o que el fallo apelado no dé lugar al interdicto; y en todo caso su tramitación se ajustará a las reglas establecidas para los incidentes.

2. De las querellas posesorias en particular

Art. 551. (704). El que intente querella de amparo expresará en su demanda, a más de las circunstancias enumeradas en el artículo 254, las siguientes:

1°. Que personalmente o agregando la de sus antecesores, ha estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo del derecho en que pretende ser amparado; y

2°. Que se le ha tratado de turbar o molestar su posesión o que en el hecho se le ha turbado o molestado por medio de actos que expresará circunstanciadamente.

Si pide seguridades contra el daño que fundadamente teme, especificará las medidas o garantías que solicite contra el perturbador.

Deberán también expresarse en la querella los medios probatorios de que intente valerse el querellante; y, si son declaraciones de testigos, el nombre, profesión u oficio y residencia de éstos.

Si la querella es de restitución en lugar de la circunstancia del número 2° de este artículo, expresará que ha sido despojado de la posesión por medio de actos que indicará clara y precisamente.

Y si es de restablecimiento, la violencia con que ha sido despojado de la posesión o tenencia en que pretende ser restablecido.

Art. 552. (705). Presentada la querella, señalará el tribunal el quinto día hábil después de la notificación al querellado, para una audiencia, a la cual deberán concurrir las partes con sus testigos y demás medios probatorios.

Esta audiencia tendrá lugar con sólo la parte que asista.

Art. 553. (706). La notificación de la querella se practicará en conformidad a lo que dispone el Título VI del Libro I; pero en el caso del artículo 44 se hará la notificación en la forma indicada en el inciso 2° de dicho artículo, aunque el querellado no se encuentre en el lugar del juicio.

En estos casos, si el querellado no se ha hecho parte en primera instancia antes del pronunciamiento de la sentencia definitiva, se pondrá ésta en cono-

Actualidad Juridica 28.indd 113 10-07-13 18:34

cimiento del defensor de ausentes, quien podrá deducir y seguir los recursos a que haya lugar.

Art. 554. El ofrecimiento y rendición de la prueba se regirán por las disposiciones contempladas para los incidentes, en lo que sean aplicables.

(Se derogan los artículos 555 a 560).

Art. 561. Concluida la audiencia de prueba, el tribunal en el mismo acto citará a las partes para oír sentencia**, la que deberá dictar dentro de los diez días siguientes.**

Art. 562. (715). Si se da lugar a la querella, se condenará en costas al demandado.

En el caso contrario, al actor.

Art. 563. (716). Cualquiera que sea la sentencia, queda siempre a salvo a los que resulten condenados el ejercicio de la acción ordinaria que corresponda con arreglo a derecho, pudiendo comprenderse en dicha acción el resarcimiento de las costas y perjuicios que hayan pagado o que se les hayan causado con la querella.

No será admisible ninguna otra demanda que tienda a enervar lo resuelto en el interdicto.

Art. 564. (721). La sentencia pronunciada en la querella de restablecimiento deja a salvo a las partes, no sólo el ejercicio de la acción ordinaria en conformidad al artículo 563, sino también el de las acciones posesorias que les correspondan.

3. De la denuncia de obra nueva

Art. 565. (722). Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciable, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión y mandará que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción, a su costa, de lo que en adelante se haga. En la misma resolución mandará el tribunal citar al denunciante y al denunciado para que concurran a la audiencia del quinto día hábil después de la notificación del demandado, debiendo en ella presentarse los documentos y demás medios probatorios en que las partes funden sus pretensiones.

Art. 566. (723) No es necesaria la notificación del denunciado para llevar a efecto la suspensión decretada.

Bastará para esta suspensión la notificación del que esté dirigiendo o ejecutando la obra.

Actualidad Juridica 28.indd 114 10-07-13 18:34

Art. 567. (724). Suspendida la obra, y mientras esté pendiente el interdicto, sólo podrá hacerse en ella lo que sea absolutamente indispensable para que no se destruya lo edificado.

Es necesaria la autorización del tribunal para ejecutar las obras a que se refiere el inciso precedente. El tribunal se pronunciará sobre esta autorización con la urgencia que el caso requiera, y procederá de plano, o, en caso de duda y para mejor proveer, oyendo el dictamen de un perito nombrado por él, el cual no podrá ser recusado.

Art. 568. Si las partes quieren rendir prueba, se sujetarán a lo prevenido a este respecto en el artículo 554.

Art. 569. Concluida la audiencia o la recepción de la prueba, en su caso, el tribunal citará a las partes a oír sentencia, la que deberá dictar dentro de los diez días siguientes.

En la sentencia se ratificará la suspensión provisional decretada o se mandará alzarla, dejando a salvo, en todo caso, al vencido el ejercicio de las acciones ordinarias que le competan, para que se declare el derecho de continuar la obra o de hacerla demoler.

Podrá, sin embargo, el tribunal, a petición de parte, ordenar en la misma sentencia la demolición, cuando estime que el mantenimiento aún temporal de la obra ocasiona grave perjuicio al denunciante y dé éste suficiente caución para responder por los resultados del juicio ordinario.

La sentencia que ordene la demolición será apelable en ambos efectos.

En todo caso, la sentencia llevará condenación de costas.

Art. 570. (727). Si se ratifica la suspensión de la obra, podrá el vencido pedir autorización para continuarla, llenando las condiciones siguientes:

1ª. Acreditar que de la suspensión de la obra se le siguen graves perjuicios;
2ª. Dar caución suficiente para responder de la demolición de la obra y de la indemnización de los perjuicios que de continuarla puedan seguirse al contendor, en caso que a ello sea condenado por sentencia firme; y
3ª. Deducir, al mismo tiempo de pedir dicha autorización, demanda ordinaria para que se declare su derecho de continuar la obra.

La primera de las condiciones expresadas y la calificación de la caución, serán materia de un incidente.

4. De la denuncia de obra ruinosa

Art. 571. (728). Si se pide la demolición o enmienda de una obra ruinosa o peligrosa, o el afianzamiento o extracción de árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia, el tribunal practicará, a la mayor brevedad, asociado de un perito nombrado por él mismo y con notificación de las partes y asistencia de la que concurra, una inspección personal de la construcción o árboles denunciados. Podrá también cada parte, si

Actualidad Juridica 28.indd 115 10-07-13 18:34

lo estima conveniente, asociarse para este acto de un perito; y en el acta que de lo obrado se levante se harán constar las opiniones o informes periciales, las observaciones conducentes que hagan los interesados y lo que acerca de ello note el juez que practica la diligencia.

(Se deroga el inciso segundo)

Art. 572.- Con el mérito de la diligencia ordenada por el artículo precedente, el tribunal en el acto citará a las partes a oír sentencia, **la que deberá dictar dentro de los diez días siguientes,** sea denegando lo pedido por el querellante, sea decretando la demolición, enmienda, afianzamiento o extracción a que haya lugar.

Cuando la diligencia de reconocimiento no haya sido practicada por el tribunal, podrá éste, como medida para mejor resolver, disponer que se rectifique o amplíe en los puntos que estime necesarios.

Art. 573. (730). Es aplicable a la denuncia de obra ruinosa lo dispuesto en el artículo 553.

Art. 574. (731). En la misma sentencia que ordena la demolición, enmienda, afianzamiento o extracción, puede el tribunal decretar desde luego las medidas urgentes de precaución que considere necesarias, y además que se ejecuten dichas medidas, sin que ello pueda apelarse.

Art. 575. (732). Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente, la apelación de la sentencia definitiva en este interdicto se concederá en ambos efectos.

Art. 576. (733). Cuando se dé lugar al interdicto, no se entenderá reservado el derecho de ejercer en vía ordinaria ninguna acción que tienda a dejar sin efecto lo resuelto.

5. De los interdictos especiales

Art. 577. (734). Si se pide la destrucción o modificación de la obras a que se refieren los artículos 936 y 937 del Código Civil, se procederá en la forma dispuesta por los artículos 571, 572, 573 y 574 del presente Código.

Art. 578. (735). Si por parte del querellado se alega que el interdicto no es admisible por haber transcurrido tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre, se dará a esta oposición la tramitación de un incidente y se recibirá a prueba, sin perjuicio de practicarse la inspección por el tribunal.

Es aplicable en este caso lo dispuesto en los artículos 554 y 561.

Actualidad Juridica 28.indd 116 10-07-13 18:34

Art. 579. (736). Las acciones que se conceden por los artículos 939, 941 y 942 del Código Civil, se sujetarán al procedimiento establecido en los artículos 571, 572, 573 y 574 del presente Código.

Si se alega la excepción a que se refiere el inciso final del artículo 941 del Código Civil, se procederá como lo dispone el artículo precedente.

Art. 580. (737). Si se pide la suspensión de las obras de que tratan los artículos 874, 875, 878 y 944 del Código Civil, el tribunal procederá como en el caso de la denuncia de obra nueva.

Art. 581. (739). Las sentencias que se dicten en los interdictos de que trata este párrafo dejan a salvo su derecho a las partes para deducir en vía ordinaria las acciones que por la ley les correspondan.

6. Disposiciones comunes a los dos párrafos precedentes

Art. 582. (740). Si la denuncia en los casos a que se refieren los dos párrafos precedentes, se deduce por acción popular y se reclama la recompensa que establece el artículo 948 del Código Civil, se pronunciará sobre ella el tribunal en la misma sentencia que dé lugar al interdicto; pero la cuantía de esta recompensa la fijará prudencialmente dentro de los límites que señala dicho artículo, oyendo en audiencia verbal a los interesados, después de la ejecución de la sentencia.

Art. 583. (741). Lo dispuesto en los párrafos 4° y 5° de este Título se entiende sin perjuicio de las medidas administrativas o de policía a que haya lugar según las leyes.

Título V
DE LA CITACIÓN DE EVICCIÓN

Art. 584. (742). La citación de evicción deberá hacerse antes de la contestación de la demanda.

Para que se ordene la citación de evicción deberán acompañarse antecedentes que hagan aceptable la solicitud.

Art. 585. (743). Decretada la citación, se suspenderán los trámites del juicio por el término de diez días si la persona a quien debe citarse reside en el territorio jurisdiccional en que se sigue el pleito. Si se encuentra en otro territorio jurisdiccional o fuera del territorio de la República, se aumentará dicho término en la forma establecida en el artículo 259.

Vencidos estos plazos sin que el demandado haya hecho practicar la citación, podrá el demandante pedir que se declare caducado el derecho de aquél para exigirla y que continúen los trámites del juicio, o que se le autorice para llevarla a efecto a costa del demandado.

Actualidad Juridica 28.indd 117 10-07-13 18:34

Art. 586. (744). Las personas citadas de evicción tendrán para comparecer al juicio el término de emplazamiento que corresponda en conformidad a los artículos 258 y siguientes, suspendiéndose mientras tanto el procedimiento. Si a petición de ellas se hace igual citación a otras personas gozarán también éstas del mismo derecho.

Art 587. (745). Si comparecen al juicio las personas citadas, se observará lo dispuesto en el artículo 1844 del Código Civil, continuando los trámites de aquél según el estado que a la sazón tengan. En caso contrario, vencido el término de emplazamiento, continuará sin más trámite el procedimiento.

Título VI
DE LOS JUICIOS ESPECIALES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

1. Del desahucio, del lanzamiento y de la retención

Art. 587 bis. Los procedimientos a que se sujetan los conflictos derivados de los contratos de arrendamiento de los predios urbanos y rústicos se rigen por sus respectivas leyes especiales.

Las disposiciones de este Título regulan los juicios relacionados con el arrendamiento de las demás cosas corporales o incorporales.

Art. 588. (746). El desahucio de la cosa arrendada puede efectuarse judicial o extrajudicialmente.

La prueba del desahucio extrajudicial se sujetará a las reglas generales del Título XXI, Libro IV del Código Civil y a los procedimientos que establece el presente Código.

El desahucio judicial se efectuará notificando al arrendador o arrendatario, de conformidad al artículo 553, el decreto en que el juez manda poner en conocimiento de uno u otro la noticia anticipada a que se refiere el artículo 1951 del Código Civil.

Art. 589. (747). Cuando el arrendador o el arrendatario desahuciado reclame contra este desahucio, citará el tribunal a las partes para la audiencia del quinto día hábil de la última notificación, a fin de que concurran con sus medios de prueba y expongan lo conveniente a sus derechos.

Art. 590. (748). Esta reclamación sólo podrá entablarse dentro de los diez días subsiguientes a la noticia del desahucio.

Art. 591. (749). La reclamación se notificará al que hace el desahucio en la forma que dispone el artículo 553, debiendo intervenir el defensor de ausentes en los casos y para los efectos que allí se expresan.

Art. 592. (750). La audiencia señalada tendrá lugar con sólo la parte que concurra.

Actualidad Juridica 28.indd 118 10-07-13 18:34

Si ha de rendirse prueba, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 554.

Artículo 593. En el acta que se levante, a más de las pruebas acompañadas, se mencionarán con brevedad las alegaciones de las partes. Sin otro trámite el tribunal citará a las partes para oír sentencia la que dictará inmediatamente o, a más tardar, dentro de tercero día.

Art. 594. (752). Si la reclamación aparece interpuesta fuera del plazo que concede el artículo 590 o si los fundamentos en que se apoya no son legales, o no resultan comprobados, será desechada por el tribunal, manteniéndose el desahucio y designándose en la misma sentencia el día en que deba hacerse la restitución de la cosa arrendada.

En caso contrario, se declarará sin lugar el desahucio.

(Se deroga el artículo 595).

Art. 596. (754). Si el arrendatario desahuciado retarda la restitución de la cosa mueble arrendada, o si se trata de un desahucio de arrendamiento de servicios, se procederá a la ejecución de la sentencia de conformidad a las reglas generales.

Art. 597. (755). Cuando el arrendatario desahuciado reclame indemnizaciones, haciendo valer el derecho de retención que otorga el artículo 1937 del Código Civil, deberá interponer su reclamo dentro del plazo de diez días que concede el artículo 590 del presente Código, y se tramitará y fallará en la misma forma que la oposición al desahucio. El tribunal, sin perjuicio de lo que se establezca sobre el desahucio, resolverá si hay o no lugar a la retención solicitada.

Art. 598. (756). Si el arrendatario pretendiera burlar el derecho de retención que concede al arrendador el artículo 1942 del Código Civil extrayendo los objetos a que dicho artículo se refiere, podrá el arrendador solicitar el auxilio de cualquier funcionario de policía para impedir que se saquen esos objetos de la propiedad arrendada.

El funcionario de policía prestará este auxilio sólo por el término de dos días, salvo que transcurrido este plazo le exhiba el arrendador copia autorizada de la orden de retención expedida por el tribunal competente.

Art. 599. (757). Los gastos hechos por el arrendatario en la cosa arrendada con posterioridad al desahucio no le autorizarán para pedir su retención.

Art. 600. (758). Si, ratificado el desahucio y llegado el momento de la restitución, existe retención decretada a favor del arrendatario, y el arrendador no ha caucionado el pago de las indemnizaciones debidas, no podrá éste pedir lanzamiento sin que previamente pague dichas indemnizaciones o asegure su pago a satisfacción del tribunal.

Actualidad Juridica 28.indd 119 10-07-13 18:34

Art. 601. (759). Si hay labores que el arrendatario reclame como de su propiedad, o mejoras útiles cuyos materiales puede separar y llevarse sin detrimento de la cosa arrendada, se extenderá diligencia expresiva de la clase, extensión y estado de las cosas reclamadas. **(Se suprime la frase "o plantíos").**

Esta reclamación no será un obstáculo para el lanzamiento.

Art. 602. En los casos a que se refiere el artículo precedente, se procederá al avalúo de las labores o materiales reclamados, por peritos nombrados por las partes conforme al artículo 414, sin perjuicio de la facultad del tribunal contemplada en el artículo 421.

Art. 603. (761) Practicada esta diligencia, podrá el arrendatario reclamar el abono de la cantidad en que haya sido apreciado lo que crea corresponderle, o que se le permita separar y llevarse los materiales.

Esta reclamación se tramitará como incidente.

Art. 604. (762). El procedimiento establecido en este párrafo se observará también cuando se exija la restitución de la cosa arrendada por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arrendamiento, o por la extinción del derecho del arrendador.

El plazo para oponerse a la restitución o para hacer valer el derecho de retención por indemnizaciones debidas, correrá desde que el que pide la terminación del arrendamiento haga saber a la otra parte su intención de exigirla.

(Se suprime el inciso final).

Art. 605. (763). Cuando la terminación del arrendamiento resulte de sentencia judicial, en los casos previstos por la ley, podrá adoptarse el procedimiento del artículo anterior o el que corresponda para la ejecución de dicha sentencia, a elección de la parte a quien ella favorezca.

Art. 606. (764). Las sentencias en que se ratifique el desahucio o se ordene el lanzamiento, las que den lugar a la retención, y las que dispongan la restitución de la cosa arrendada, en los casos de los dos artículos anteriores, sólo serán apelables en el efecto devolutivo, y la apelación se tramitará como en los incidentes.

2. De la terminación inmediata del arrendamiento

Art. 607. (765). Cuando la ley autorice al arrendador para pedir la terminación inmediata del arrendamiento, señalará el tribunal la audiencia del quinto día hábil después de la notificación del demandado, a fin de que concurran las partes con sus medios de prueba y expongan lo conveniente a su derecho. Tendrá lugar la audiencia con sólo el interesado que asista. **(Se elimina la**

Actualidad Juridica 28.indd 120 10-07-13 18:34

frase "como en los casos previstos por los artículos 1972 y 1973 del Código Civil" y las comas entre las cuales se ubica)

(Se suprime el inciso segundo).

Art. 608. (766). Es aplicable a la notificación de la demanda en este caso lo dispuesto por el artículo 553.

Art. 609. (767). Cuando el tribunal lo estime necesario podrá, antes de dictar sentencia, nombrar un perito que informe sobre los hechos alegados o practicar una inspección personal.

Art. 610. (768). Terminada la audiencia o practicadas las diligencias a que se refiere el artículo anterior, el tribunal citará de inmediato a las partes para oír sentencia, la que dictará, a más tardar, dentro de tercero día.

Art. 611. (769). Cuando la terminación del arrendamiento se pida por falta de pago de la renta, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1977 del Código Civil, la segunda de las reconvenciones a que dicho artículo se refiere, se practicará ocurriendo al tribunal respectivo, quien citará a las partes a una audiencia inmediata y procederá en lo demás con arreglo a lo establecido en los artículos precedentes.

Al ejercitarse la acción a que se refiere el inciso precedente podrá deducirse también la de cobro de las rentas insolutas en que aquélla se funde y la de los consumos de luz, gas, energía eléctrica, agua u otras prestaciones análogas que se adeuden. **(Se suprime la expresión "potable, riego").**

Tales peticiones se substanciarán y fallarán conjuntamente con la cuestión principal.

Demandadas estas prestaciones, se entenderán comprendidas en la acción las de igual naturaleza a las reclamadas que se devenguen durante la tramitación del juicio hasta la expiración del plazo que se haya fijado para la restitución o para el pago.

(Se deroga el artículo 612).

Art. 613. (771). **En el caso del artículo 2009** del Código Civil, la terminación del arrendamiento se someterá a las disposiciones del artículo 604.

Art. 614. (772). Cuando las sentencias dictadas en los casos de que trata el presente párrafo dieren lugar a la terminación del arrendamiento, sólo serán apelables en el efecto devolutivo, y el recurso se tramitará como en los incidentes.

Actualidad Juridica 28.indd 121 10-07-13 18:34

3. Disposiciones comunes a los dos párrafos precedentes

Art. 615. (773). Las sentencias que se pronuncien en conformidad a los dos párrafos precedentes no privarán a las partes del ejercicio de las acciones ordinarias a que tengan derecho, sobre las mismas cuestiones resueltas por aquéllas.

Art. 616. DEROGADO

Título VII
DE LOS JUICIOS SOBRE CONSENTIMIENTO PARA EL MATRIMONIO

Art. 617 a 627. DEROGADOS

Título VII
DEL JUICIO ARBITRAL

1. Del juicio seguido ante árbitros de derecho

Art. 628. (785). Los árbitros de derecho se someterán, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida.

Sin embargo, en los casos en que la ley lo permita, podrán concederse al árbitro de derecho las facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley. La tramitación se ajustará en tal caso a las reglas del párrafo siguiente:

Por motivos de manifiesta conveniencia podrá los tribunales autorizar la concesión al árbitro de derecho de las facultades de que trata el inciso anterior, aun cuando uno o más de los interesados en el juicio sean incapaces.

Art. 629. (786). En los juicios arbitrales se harán las notificaciones personalmente o por cédula, salvo que las partes unánimemente acuerden otra forma de notificación.

Art. 630. (787). Si los árbitros son dos o más, todos ellos deberán concurrir al pronunciamiento de la sentencia y a cualquier acto de substanciación del juicio, a menos que las partes acuerden otra cosa.

No poniéndose de acuerdo los árbitros, se reunirá con ellos el tercero, si lo hay, y la mayoría pronunciará resolución.

Art. 631. (788). En caso de no resultar mayoría en el pronunciamiento de la sentencia definitiva o de otra clase de resoluciones, siempre que ellas no sean apelables, quedará sin efecto el compromiso, si éste es voluntario. Si es forzoso, se procederá a nombrar nuevos árbitros.

Cuando pueda deducirse el recurso, cada opinión se estimará como resolución distinta, y se elevarán los antecedentes al tribunal de alzada, para que

Actualidad Juridica 28.indd 122 10-07-13 18:34

resuelva como sea de derecho sobre el punto que haya motivado el desacuerdo de los árbitros.

Art. 632. (789). Toda la substanciación de un juicio arbitral se hará ante un ministro de fe designado por el árbitro, sin perjuicio de las implicancias o recusaciones que puedan las partes reclamar; y si está inhabilitado o no hay ministro de fe en el lugar del juicio, ante una persona que, en calidad de actuario, designe el árbitro.

Cuando el árbitro deba practicar diligencia fuera del lugar en que se siga el compromiso, podrá intervenir otro ministro de fe o un actuario designado en la forma que expresa el inciso anterior y que resida en el lugar donde dichas diligencias han de practicarse.

Art. 633. (790). No podrá el árbitro compeler a ningún testigo a que concurra a declarar ante él.

Sólo podrá tomar las declaraciones de los que voluntariamente se presten a darlas en esta forma.

Cuando alguno se niegue a declarar, se pedirá por conducto del árbitro al tribunal ordinario correspondiente que practique la diligencia, acompañándole los antecedentes necesarios para este objeto.

Los tribunales de derecho podrán cometer esta diligencia al árbitro mismo asistido por un ministro de fe.

Art. 634. (791). Para el examen de testigos y para cualquiera otra diligencia fuera del lugar del juicio, se procederá en la forma dispuesta por el inciso 2° del artículo precedente, dirigiéndose por el árbitro la comunicación que corresponda al tribunal que deba entender en dichas diligencias.

Art. 635. (792). Para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá ocurrir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por que fue nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento.

Tratándose de otra clase de resoluciones, corresponde al árbitro ordenar su ejecución.

Sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto.

2. Del juicio seguido ante arbitradores

Art. 636. (793). El arbitrador no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso.

Si las partes nada han dicho a este respecto, se observarán las reglas establecidas en los artículos que siguen.

Actualidad Juridica 28.indd 123 10-07-13 18:34

Art. 637. (794). El arbitrador oirá a los interesados; recibirá y agregará al proceso los instrumentos que le presenten; practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos, y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten.

Podrá oír a los interesados por separado, si no le es posible reunirlos.

Art. 638. (795). Si el arbitrador cree necesario recibir la causa a prueba, decretará este trámite.

Es aplicable a este caso lo dispuesto en los artículos 633 y 634.

Art. 639. (796). El arbitrador practicará solo o con asistencia de un ministro de fe, según lo estime conveniente, los actos de substanciación que decrete en el juicio, y consignará por escrito los hechos que pasen ante él y cuyo testimonio le exijan los interesados, si son necesarios para el fallo.

Las diligencias probatorias concernientes al juicio de compromiso que se practiquen ante los tribunales ordinarios se someterán a las reglas establecidas para éstos.

Art. 640. (797) La sentencia del arbitrador contendrá:

1°. La designación de las partes litigantes;
2°. La enunciación breve de las peticiones deducidas por el demandante;
3°. La misma enunciación de la defensa alegada por el demandado;
4°. Las razones de prudencia o de equidad que sirven de fundamento a la sentencia; y
5°. La decisión del asunto controvertido.

La sentencia expresará, además, la fecha y el lugar en que se expide; llevará al pie la firma del arbitrador, y será autorizada por un ministro de fe o por dos testigos en su defecto.

Art. 641. (798). Si son dos o más los arbitradores, deberán todos ellos concurrir al pronunciamiento de la sentencia y a cualquier otro acto de substanciación, salvo que las partes acuerden otra cosa.

Cuando no haya acuerdo entre los arbitradores, se llamará al tercero, si lo hay; y la mayoría formará resolución.

No pudiendo obtenerse mayoría en el pronunciamiento de la sentencia definitiva o de otra clase de resoluciones, quedará sin efecto el compromiso si no puede deducirse apelación. Habiendo lugar a este recurso, se elevarán los antecedentes a los arbitradores de segunda instancia, para que resuelvan como estimen conveniente sobre la cuestión que motiva el desacuerdo.

Art. 642. (799). Sólo habrá lugar a la apelación de la sentencia del arbitrador cuando las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, expresen que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y designen las personas que han de desempeñar este cargo.

Actualidad Juridica 28.indd 124 10-07-13 18:34

Art. 643. (800). La ejecución de la sentencia de los arbitradores se sujetará a lo dispuesto en el artículo 635.

3. Disposición común a los dos párrafos precedentes

Art. 644. (801). Los expedientes fallados por árbitros o arbitradores se archivarán en la comuna o agrupación de comunas donde se haya constituido el compromiso, en el oficio del funcionario a quien correspondería su custodia si se hubiera seguido el juicio ante los tribunales ordinarios.

Título IX
DE LOS JUICIOS SOBRE PARTICIÓN DE BIENES

Art. 645. Cuando haya de nombrarse partidor, cualquiera de los comuneros podrá ocurrir al tribunal que corresponda, pidiéndole que se cite a todos los interesados a fin de hacer la designación.

El tribunal citará a una audiencia, que tendrá lugar con sólo los que asistan y en la cual se designará el partidor, por acuerdo de las partes.

Si los comuneros no se ponen de acuerdo sobre la designación, o no concurren todos a la audiencia, hará el nombramiento el tribunal, no pudiendo recaer en tal caso en ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por cada uno de ellos.

Art. 646. (803). Si hay partidor nombrado por los interesados o por el difunto en el caso del artículo 1324 del Código Civil, y es necesaria la aprobación judicial del nombramiento en conformidad a la ley, bastará el fallo que la conceda para que el partidor pueda ejercer sus funciones, previa su aceptación y el juramento legal. **(Se suprime el inciso primero)**

Art. 647. (804). El término que la ley, el testador o las partes concedan al partidor para el desempeño de su cargo se contará desde que éste sea aceptado, deduciendo el tiempo durante el cual, por la interposición de recursos o por otra causa, haya estado totalmente interrumpida la jurisdicción del partidor.

Art. 648. (805). Se extenderán a los partidores las reglas establecidas respecto de los árbitros en el Título precedente, en cuanto no aparezcan modificadas por las del presente Título y sean aplicables a las cuestiones que aquéllos deben resolver. Sin embargo, las partes mayores de edad y libres administradores de sus bienes, podrán darles el carácter de arbitradores.

Los actos de los partidores serán en todo caso autorizados por un secretario de los Tribunales Superiores de Justicia, o por un notario o secretario de un juzgado de letras.

Actualidad Juridica 28.indd 125 10-07-13 18:34

Art. 649. (806). Las materias sometidas al conocimiento del partidor se ventilarán en audiencias verbales, consignándose en las respectivas actas sus resultados, o por medio de solicitudes escritas, cuando la naturaleza e importancia de las cuestiones debatidas así lo exijan. Las resoluciones que se dicten con tal objeto serán inapelables.

Art. 650. (807). Cuando se designen días determinados para las audiencias ordinarias, se entenderá que en ellas pueden celebrarse válidamente acuerdos sobre cualquiera de los asuntos comprendidos en el juicio, aun cuando no estén presentes todos los interesados, a menos que se trate de revocar acuerdos ya celebrados, o que sea necesario el consentimiento unánime en conformidad a la ley, o a los acuerdos anteriores de las partes.

Modificada la designación de día para las audiencias ordinarias, no producirá efecto mientras no se notifique a todos los que tengan derecho de concurrir.

Art. 651. (808). Entenderá el partidor en todas las cuestiones relativas a la formación e impugnación de inventarios y tasaciones, a las cuentas de los albaceas, comuneros y administradores de los bienes comunes, y en todas las demás que la ley especialmente le encomiende, o que, debiendo servir de base para la repartición, no someta la ley de un modo expreso al conocimiento de la justicia ordinaria.

Lo cual se entiende sin perjuicio de la intervención de la justicia ordinaria en la formación de los inventarios, y del derecho de los albaceas, comuneros, administradores y tasadores para ocurrir también a ella en cuestiones relativas a sus cuentas y honorarios, siempre que no hayan aceptado el compromiso, o que éste haya caducado o no esté constituido aún.

Art. 652. (809). Podrá el partidor fijar plazo a las partes para que formulen sus peticiones sobre las cuestiones que deban servir de base a la partición.

Cada cuestión que se promueva será tramitada separadamente, con audiencia de todos los que en ella tengan intereses, sin entorpecer el curso de las demás y sin que se paralice en unas la jurisdicción del partidor por los recursos que en otras se deduzcan. Podrán, sin embargo, acumularse dos o más de dichas cuestiones cuando sea procedente la acumulación en conformidad a las reglas generales.

Las cuestiones parciales podrán fallarse durante el juicio divisorio o reservarse para la sentencia final.

Art. 653. (810). Mientras no se haya constituido el juicio divisorio o cuando falte el árbitro que debe entender en él, corresponderá a la justicia ordinaria decretar la forma en que han de administrarse pro-indiviso los bienes comunes y nombrar a los administradores, si no se ponen de acuerdo en ello los interesados.

Organizado el compromiso y mientras subsista la jurisdicción del partidor, a él corresponderá entender en estas cuestiones, y continuar conociendo en

Actualidad Juridica 28.indd 126 10-07-13 18:34

las que se hayan ya promovido o se promuevan con ocasión de las medidas dictadas por la justicia ordinaria para la administración de los bienes comunes.

Art. 654. (811). Para acordar o resolver lo conveniente sobre la administración pro-indiviso, se citará a todos los interesados a comparendo, el cual se celebrará con sólo los que concurran.

No estando todos presentes, sólo podrán acordarse, por mayoría absoluta de los concurrentes, que represente a lo menos la mitad de los derechos de la comunidad, o por resolución del tribunal a falta de mayoría, todas o algunas de las medidas siguientes:

1ª. Nombramiento de uno o más administradores, sea de entre los mismos interesados o extraños;
2ª. Fijación de los salarios de los administradores y de sus atribuciones y deberes;
3ª. Determinación del giro que deba darse a los bienes comunes durante la administración pro-indiviso y del máximum de gastos que puedan en ella hacerse; y
4ª. Fijación de las épocas en que deba darse cuenta a los interesados, sin perjuicio de que ellos puedan exigirlas extraordinariamente, si hay motivo justificado, y vigilar la administración sin embarazar los procedimientos de los administradores.

Art. 655. (812). Para poner término al goce gratuito de alguno o algunos de los comuneros sobre la cosa común, bastará la reclamación de cualquiera de los interesados; salvo que este goce se funde en algún título especial.

Art. 656. (813). Los terceros acreedores que tengan derechos que hacer valer sobre los bienes comprendidos en la partición, podrán ocurrir al partidor o a la justicia ordinaria, a su elección.

Art. 657. (814). Para adjudicarse o licitar los bienes comunes, se apreciarán por peritos nombrados en la forma ordinaria.

Podrá, sin embargo, omitirse la tasación, si el valor de los bienes se fija por acuerdo unánime de las partes, o de sus representantes, aun cuando haya entre aquéllas incapaces, con tal que existan en los autos antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes, o que se trate de bienes muebles, o de fijar un mínimum para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños.

Art. 658. (815). Para proceder a la licitación pública de los bienes comunes bastará su anuncio por medio de avisos en un diario de la comuna o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere.

Cuando entre los interesados haya incapaces, la publicación de avisos se hará por cuatro veces a lo menos, mediando entre la primera publicación y el

Actualidad Juridica 28.indd 127 10-07-13 18:34

remate un espacio de tiempo que no baje de quince días. Si por no efectuarse el remate, es necesario hacer nuevas publicaciones, se procederá en conformidad a lo establecido **en el inciso segundo del artículo 975.**

Los avisos podrán publicarse también en días inhábiles, los que no se descontarán para el cómputo del plazo señalado en el inciso anterior.

Si los bienes están en otra comuna, el remate se anunciará también en ella, por el mismo tiempo y en la misma forma.

Art. 659. (816). En las enajenaciones que se efectúen por conducto del partidor se considerará a éste representante legal de los vendedores, y en tal carácter suscribirá los instrumentos que, con motivo de dichas enajenaciones, haya necesidad de otorgar. Podrá también autorizar al comprador o adjudicatario o a un tercero para que por sí solo suscriba la inscripción de la transferencia en el conservador respectivo.

Todo acuerdo de las partes o resolución del partidor que contenga adjudicación de bienes raíces se reducirá a escritura pública, y sin esta solemnidad no podrá efectuarse su inscripción en el conservador.

Art. 660. (817). Salvo acuerdo unánime de las partes, los comuneros que durante el juicio divisorio reciban bienes en adjudicación, por un valor que exceda del ochenta por ciento de lo que les corresponda percibir, pagarán de contado dicho exceso. La fijación provisional de éste se hará prudencialmente por el partidor.

Art. 661. (818). Los valores que reciban los comuneros durante la partición a cuenta de sus derechos devengarán el interés que las partes fijen, o el legal cuando tal fijación no se haya hecho, sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.

Art. 662. (819). En las adjudicaciones de propiedades raíces que se hagan a los comuneros durante el juicio divisorio o en la sentencia final, se entenderá constituida hipoteca sobre las propiedades adjudicadas, para asegurar el pago de los alcances que resulten en contra de los adjudicatarios, siempre que no se pague de contado el exceso a que se refiere el artículo 660. Al inscribir el conservador el título de adjudicación, inscribirá a la vez la hipoteca por el valor de los alcances.

Podrá reemplazarse esta hipoteca por otra caución suficiente calificada por el partidor.

Art. 663. (820). Los resultados de la partición se consignarán en un Laudo o sentencia final, que resuelva o establezca todos los puntos de hecho y de derecho que deben servir de base para la distribución de los bienes comunes, y en una Ordenata o liquidación, en que se hagan los cálculos numéricos necesarios para dicha distribución.

Actualidad Juridica 28.indd 128 10-07-13 18:34

Art. 664. (821). Se entenderá practicada la notificación del Laudo y Ordenata desde que se notifique a las partes el hecho de su pronunciamiento, salvo el caso previsto en el artículo 666. Los interesados podrán imponerse de sus resoluciones en la oficina del actuario y deducir los recursos a que haya lugar dentro del plazo de quince días.

Art. 665. (822). En el Laudo podrá hacer el partidor la fijación de su honorario, y cualquiera que sea su cuantía, habrá derecho para reclamar de ella. La reclamación se interpondrá en la misma forma y en el mismo plazo que la apelación, y será resuelta por el tribunal de alzada en única instancia.

Art. 666. (823). Cuando la partición deba ser aprobada por la justicia ordinaria, el término para apelar será también de quince días, y se contará desde que se notifique la resolución del juez que apruebe o modifique el fallo del partidor.

Título X
DE LOS JUICIOS SOBRE DISTRIBUCIÓN DE AGUAS

Art. 667 a 679. DEROGADOS

Título XI
DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO

Art. 680. (838). El procedimiento de que trata este Título se aplicará en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz.

Deberá aplicarse, además, a los siguientes casos:

1°. A los casos en que la ley ordene proceder sumariamente, o breve y sumariamente, o en otra forma análoga;

2°. A las cuestiones que se susciten sobre constitución, ejercicio, modificación o extinción de servidumbres naturales o legales y sobre las prestaciones a que ellas den lugar;

3°. A los juicios sobre cobro de honorarios, excepto el caso del artículo 697;

4°. A los juicios sobre remoción de guardadores y a los que se susciten entre los representantes legales y sus representados;

5°. A los juicios cuya cuantía no exceda de quinientas unidades tributarias mensuales y que, por su naturaleza, no tengan señalado en la ley un procedimiento especial;

6°. A los juicios sobre depósito necesario y comodato precario;

7°. A los juicios en que se deduzcan acciones ordinarias a que se hayan convertido las ejecutivas, a virtud de lo dispuesto en el artículo 2515 del Código Civil;

8°. A los juicios en que se persiga únicamente la declaración impuesta por la ley o el contrato, de rendir una cuenta, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 696; **(Se elimina la conjunción "y" que figura al final)**

Actualidad Juridica 28.indd 129 10-07-13 18:34

9°. A los juicios en que se ejercita el derecho que concede el artículo 945 del Código Civil para hacer cegar un pozo, **y (se agrega la conjunción "y" al final)**

10. A los juicios en que se deduzcan las acciones civiles derivadas de un delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Procesal Penal y siempre que exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada.

Art. 681. Interpuesto juicio sumario, el juez podrá decretar mediante resolución fundada, con sólo los antecedentes acompañados a la presentación de la demanda, que ésta se someta al procedimiento ordinario, atendida la naturaleza de la acción, el número de partes involucradas y la complejidad de la materia de que se trata. Esta decisión será inapelable.

Art. 682. El demandante deberá acompañar a su libelo todos los antecedentes probatorios de que se valdrá en el juicio, con indicación precisa, en el caso de aquellos que no obren en su poder, de las medidas que solicite para que se rindan, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 320.

Art. 683. El juez citará a audiencia de preparación del juicio para quinto día hábil después de la última notificación de la demanda, plazo que se ampliará, si el demandado no está en el lugar del juicio, con el aumento que corresponda en conformidad a lo previsto en el artículo 259.

En dicho comparendo se acordará por las partes, o se determinará por el juez en caso de desacuerdo, el plazo de que dispondrá el demandado para contestar la demanda, el que no podrá exceder de treinta días. Junto a la contestación deberá acompañar o solicitar los medios de prueba de que se valdrá, en la misma forma indicada en el artículo precedente.

La citación se despachará bajo los apercibimientos a que se refiere el artículo que sigue.

En el juicio sumario no procede la reconvención.

Art. 684. Si la parte demandada no concurre a la audiencia de preparación del juicio sumario, el juez la declarará en rebeldía, fijará el plazo para contestar la demanda que estime prudente dentro del máximo legal y, de ser pertinente la recepción de la causa a prueba, determinará los hechos sobre los cuales deba recaer, oyendo al demandante.

Esté o no presente el demandado, si no comparece el actor se tendrá a éste por desistido de la demanda y el tribunal dará aplicación a los artículos 149 y 150.

Actualidad Juridica 28.indd 130 10-07-13 18:34

Art. 685. Vencido el plazo para contestar la demanda sin que ello haya ocurrido, el juez tendrá el trámite por evacuado en rebeldía y citará para oír sentencia de inmediato, salvo que considere necesario decretar alguna de las medidas para mejor resolver que establece el artículo 159.

Art. 686. Evacuada la contestación de la demanda, el tribunal citará a audiencia de conciliación y programación de la prueba. En ella, si fracasare la conciliación, se fijarán los hechos sobre los cuales recaerá la prueba, se examinará la admisibilidad de los medios probatorios y se programará su recepción. El período de prueba se determinará en función de la recepción de la prueba programada, pero no podrá exceder, bajo ninguna circunstancia, de treinta días. La prueba que no se reciba en dicho plazo no podrá hacerse valer después.

Art. 687. La sentencia definitiva deberá dictarse en el plazo de quince días, contado desde la fecha en que se citó a las partes para oír sentencia, el que podrá ampliarse a treinta si el proceso consta de más de 300 fojas.

Art. 688. Todo incidente que se promueva en el curso del juicio sumario se seguirá en cuaderno separado y se fallará tan pronto concluya su tramitación, salvo que, por resolución fundada, el tribunal resuelva que debe fallarse en la sentencia definitiva.

Todo recurso recaído en un incidente se concederá en el solo efecto devolutivo y no interferirá en la tramitación de la causa principal.

Art. 689. (847). Cuando haya de oírse a los parientes, se citará en términos generales a los que designa el artículo 42 del Código Civil, para que asistan a la primera audiencia o a otra posterior, notificándose personalmente a los que puedan ser habidos. Los demás podrán concurrir aun cuando sólo tengan conocimiento privado del acto.

Compareciendo los parientes el tribunal les pedirá informe verbal sobre los hechos que considere conducentes.

Si el tribunal nota que no han concurrido algunos parientes cuyo dictamen estime de influencia y que residan en el lugar del juicio, podrá suspender la audiencia y ordenar que se les cite determinadamente.

Art. 690. Si se deducen recursos contra la sentencia por cualquiera de las partes que comparezca al juicio, dichos recursos suspenderán la ejecución del fallo, salvo que, en consideración a la urgencia, peligro o daño que implique mantener la situación de hecho, el juez estime que debe cumplirse, previa caución suficiente, rendida por la parte que reclame la ejecución.

Actualidad Juridica 28.indd 131 10-07-13 18:34

Si el recurso es deducido por el demandado que no compareció a la audiencia de preparación del juicio, no se suspenderá la ejecución, sin perjuicio de caucionarse las resultas.

(Se derogan los artículos 691 y 692).

Título XII
JUICIOS SOBRE CUENTAS

Art. 693. (851). El que deba rendir una cuenta la presentará en el plazo que la ley designe o que se establezca por convenio de las partes o por resolución judicial.

Art. 694. (852). Presentada la cuenta, se pondrá en conocimiento de la otra parte, concediéndole el tribunal un plazo prudente para su examen. Si, vencido el plazo, no se ha formulado observación alguna, se dará la cuenta por aprobada.

En caso de haber observaciones, continuará el juicio sobre los puntos observados con arreglo al procedimiento que corresponda según las reglas generales, considerándose la cuenta como demanda y como contestación las observaciones.

Art. 695. (853). Si el obligado a rendir cuenta no la presenta en los plazos a que se refiere el artículo 693, podrá formularla la otra parte interesada. Puesta en noticia del primero, se tendrá por aprobada si no la objeta dentro del plazo que el tribunal le conceda para su examen.

Si se formulan observaciones, continuará el juicio como en el caso del inciso 2° del artículo anterior.

En la apreciación de la prueba, el tribunal estimará siempre la omisión del que debe presentar la cuenta como una presunción grave para establecer la verdad de las partidas objetadas.

Art. 696. (854). Lo establecido en el inciso 1° del artículo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho que corresponda para exigir por acción ejecutiva el cumplimiento de la obligación de presentar la cuenta, cuando dicha acción sea procedente.

Título XIII
DE LOS JUICIOS SOBRE PAGO DE CIERTOS HONORARIOS

Art. 697. (859). Cuando el honorario proceda de servicios profesionales prestados en juicio, el acreedor podrá, a su arbitrio, perseguir su estimación y pago con arreglo al procedimiento sumario, o bien interponiendo su reclamación ante el tribunal que haya conocido en la primera instancia del juicio.

En este último caso la petición será substanciada y resuelta en la forma prescrita para los incidentes.

Actualidad Juridica 28.indd 132 10-07-13 18:34

Se deroga el Título XIV del Libro III, "De los juicios de menor y de mínima cuantía", y los artículos 698 a 738).

Título XV
DEL JUICIO SOBRE ARREGLO DE LA AVERÍA COMÚN

Art. 739 a 747. DEROGADOS

(Se deroga el Título XVI, "De los juicios de hacienda", y los artículos 748, 749, 751 y 752).

Título XVII
DE LOS JUICIOS DE NULIDAD DE MATRIMONIO Y DE DIVORCIO

Art. 753 a 757. DEROGADOS

(Se deroga el Título XVIII, "De la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada", y los artículos 758 a 763).

Título XIX
DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Disposiciones generales

Art. 764. (938). El recurso de casación se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley.

Art. 765. (939). El recurso de casación es de dos especies: de casación en el fondo y de casación en la forma.

Es de casación en el fondo en el caso del artículo 767.

Es de casación en la forma en los casos del artículo 768.

Art. 766. (940). En general, sólo se concede el recurso de casación contra las sentencias definitivas, contra las interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación y, excepcionalmente, contra las sentencias interlocutorias dictadas en segunda instancia sin previo emplazamiento de la parte agraviada, o sin señalar día para la vista de la causa.

Procederá, asimismo, respecto de las sentencias que se dicten en los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales, con excepción de aquéllos que se refieran a la constitución de las juntas electorales y a las reclamaciones de los avalúos que se practiquen en conformidad a la Ley N° 17.235, sobre Impuesto Territorial y de los demás que prescriban las leyes.

Art. 767. El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando

Actualidad Juridica 28.indd 133 10-07-13 18:34

ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Art. 768. El recurso de casación en la forma deberá fundarse precisamente en que el fallo ha incurrido en un vicio de nulidad, que cause al recurrente un perjuicio que sólo es reparable con su invalidación o que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

El tribunal podrá desestimarlo, si de los antecedentes aparece de manifiesto que no se cumplen estos requisitos.

El tribunal podrá limitarse, asimismo, a ordenar al de la causa que complete la sentencia cuando el vicio en que se funda el recurso sea la falta de pronunciamiento sobre alguna acción o excepción que se haya hecho valer oportunamente en el juicio.

Art. 769. (943). Para que pueda ser admitido el recurso de casación en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley.

Sin embargo, no es necesaria esta reclamación cuando la ley no admite recurso alguno contra la resolución en que se ha cometido la falta; cuando dicha falta ha llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia; ni cuando ha tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de casar, lo que se aplicará incluso cuando ésta fuere de segunda instancia y los vicios que motivan el recurso hayan afectado también a la sentencia de primera instancia.

La reclamación a que se refiere el inciso primero de este artículo deberá hacerse valer por la parte o su abogado antes de verse la causa, cuando el vicio que se invoca es que la sentencia fue pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley.

Art. 770. El recurso de casación deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia contra la cual se recurre, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 791. En caso que se deduzca recurso de casación de forma y de fondo en contra de una misma resolución, ambos recursos deberán interponerse simultáneamente y en un mismo escrito.

El recurso de casación en la forma contra sentencia de primera instancia deberá interponerse dentro del plazo concedido para deducir el recurso de apelación, y si también se deduce este último recurso, conjuntamente con él.

Actualidad Juridica 28.indd 134 10-07-13 18:34

Art. 771. (945). El recurso debe interponerse por la parte agraviada ante el tribunal que haya pronunciado la sentencia que se trata de invalidar y para ante aquel a quien corresponde conocer de él conforme a la ley.

Art. 772. (946). El escrito en que se deduzca el recurso de casación en el fondo deberá:

1) Expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, y
2) Señalar de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Si el recurso es en la forma, el escrito mencionará expresamente el vicio o defecto en que se funda y la ley que concede el recurso por la causal que se invoca.

Sea que se interponga recurso de casación en el fondo o en la forma, cuando el tribunal competente sea la Corte Suprema, el escrito deberá especificar las razones graves y de importancia general que justifican que ella entre a conocerlo, tales como la entidad de los derechos o garantías fundamentales que habrían sido vulnerados o la transcendencia de determinar una doctrina jurisprudencial sobre la materia.

En uno y otro caso, el recurso deberá ser patrocinado por abogado habilitado, que no sea procurador del número.

Art. 773. (947). El recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia, salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso, como sería si se tratare de una sentencia que declare la nulidad de un matrimonio o permita el de un menor.

La parte vencida podrá exigir que no se lleve a efecto la sentencia mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas a satisfacción del tribunal que haya dictado la sentencia recurrida, salvo que el recurso se interponga por el demandado contra la sentencia definitiva pronunciada en el juicio ejecutivo, en los juicios posesorios, en los de desahucio y en los de alimentos.

El recurrente deberá ejercer este derecho conjuntamente con interponer el recurso de casación y en solicitud separada que se agregará al cuaderno de fotocopias o de compulsas que deberá remitirse al tribunal que deba conocer del cumplimiento del fallo. El tribunal a quo se pronunciará de plano y en única instancia a su respecto y fijará el monto de la caución antes de remitir el cuaderno respectivo a dicho tribunal.

El tribunal a quo conocerá también en única instancia en todo lo relativo al otorgamiento y subsistencia de la caución.

Art. 774. (948). Interpuesto el recurso, no puede hacerse en él variación de ningún género.

Por consiguiente, aun cuando en el progreso del recurso se descubra alguna nueva causa en que haya podido fundarse, la sentencia recaerá únicamente sobre las alegadas en tiempo y forma.

Actualidad Juridica 28.indd 135 10-07-13 18:34

Art. 775. (949). No obstante lo dispuesto en los artículos 769 y 774, pueden los tribunales, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa e indicar a los mismos los posibles vicios sobre los cuales deberán alegar.

Si el defecto que se advierte es la omisión del fallo sobre alguna acción o excepción que se haya hecho valer en el juicio, el tribunal superior podrá limitarse a ordenar al de la causa que complete la sentencia, dictando resolución sobre el punto omitido, y entre tanto, suspenderá el fallo del recurso.

Art. 776. (950). Presentado el recurso, el tribunal examinará si ha sido interpuesto en tiempo y si ha sido patrocinado por abogado habilitado. En el caso que el recurso se interpusiere ante un tribunal colegiado, el referido examen se efectuará en cuenta.

Si el recurso reúne estos requisitos, dará cumplimiento a lo establecido en el inciso primero del artículo 197 para los efectos del cumplimiento de la sentencia y ordenará elevar los autos originales al tribunal superior para que conozca del recurso y devolver las fotocopias o compulsas respectivas al tribunal que deba conocer del cumplimiento del fallo. Se aplicará al recurrente lo establecido en el inciso segundo del artículo 197.

Se omitirá lo anterior cuando contra la misma sentencia se hubiese interpuesto y concedido apelación en ambos efectos.

Art. 777. (951). Si el recurrente no franquea la remisión del proceso, podrá pedirse al tribunal que se le requiera para ello, bajo apercibimiento de declararse no interpuesto el recurso.

Art. 778. Si el recurso no cumple con los requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 776, el tribunal lo declarará inadmisible, sin más trámite.

En contra del fallo que se dicte, sólo podrá interponerse el recurso de reposición, el que deberá fundarse en error de hecho y deducirse en el plazo de tercero día. La resolución que resuelva la reposición será inapelable.

Art. 779. (953). Es aplicable al recurso de casación lo dispuesto en los artículos 200, 202 y 211.

El artículo 201 sólo será aplicable en cuanto a la no comparecencia del recurrente dentro de plazo.

Art. 780. Interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso.

Actualidad Juridica 28.indd 136 10-07-13 18:34

Art. 781. Elevado un proceso en casación de forma, el tribunal examinará en cuenta si la sentencia objeto del recurso es de aquéllas contra las cuales lo concede la ley y si éste reúne los requisitos que establecen los artículos 772, inciso segundo, y 776, inciso primero. **Cuando el tribunal ad quem sea la Corte Suprema, examinará asimismo la gravedad e importancia general de las razones que justifiquen pronunciarse sobre la materia de derecho objeto del recurso.**

Si el tribunal encuentra mérito para considerarlo inadmisible, lo declarará sin lugar desde luego, por resolución fundada.

En caso de no declarar inadmisible desde luego el recurso, ordenará traer los autos en relación, sin más trámite. Asimismo, podrá decretar autos en relación, no obstante haber declarado la inadmisibilidad del recurso, cuando estime posible una casación de oficio.

La resolución por la que el tribunal de oficio declare la inadmisibilidad del recurso, sólo podrá ser objeto del recurso de reposición, el que deberá ser fundado e interponerse dentro de tercero día de notificada la resolución.

Art. 782. Elevado un proceso en casación de fondo, el tribunal examinará en cuenta si la sentencia objeto del recurso es de aquéllas contra las cuales lo concede la ley y si éste reúne los requisitos que se establecen en los incisos primeros de los artículos 772 y 776. **Examinará, asimismo, la gravedad e importancia general de las razones que justifiquen pronunciarse sobre la materia de derecho objeto del recurso.**

(Se suprimen los incisos segundo y tercero).

En el mismo acto el tribunal deberá pronunciarse sobre la petición que haya formulado el recurrente, en cuanto a que el recurso sea visto por el pleno de la Corte Suprema, de conformidad a lo establecido en el artículo 780. La resolución que deniegue esta petición será susceptible del recurso de reposición que se establece en el inciso final del artículo 781.

Es aplicable al recurso de casación en el fondo lo dispuesto en los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 781.

Art. 783. (957). En la vista de la causa se observarán las reglas establecidas para las apelaciones. La duración de las alegaciones de cada abogado se limitará, a una hora en los recursos de casación en la forma y a dos horas en las de casación en el fondo. En los demás asuntos que conozca la Corte Suprema, las alegaciones sólo podrán durar media hora.

El tribunal podrá, sin embargo, por unanimidad, prorrogar por igual tiempo la duración de las alegaciones. Con todo, si se tratare de una materia distinta de la casación, el tribunal podrá prorrogar el plazo por simple mayoría.

Las partes podrán, hasta el momento de verse el recurso, consignar en escrito firmado por un abogado, que no sea procurador del número, las observaciones que estimen convenientes para el fallo del recurso.

Actualidad Juridica 28.indd 137 10-07-13 18:34

Art. 784. (958). El recurso de casación se sujetará, además, a las disposiciones especiales de los Párrafos 2°, 3° y 4° de este Título, según sea la naturaleza del juicio en que se haya pronunciado la sentencia recurrida.

Art. 785. (959). Cuando la Corte Suprema invalide una sentencia por casación en el fondo, dictará acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, sobre la cuestión materia del juicio que haya sido objeto del recurso, la sentencia que crea conforme a la ley y al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido, reproduciendo los fundamentos de derecho de la resolución casada que no se refieran a los puntos que hayan sido materia del recurso y la parte del fallo no afectado por éste.

En los casos en que desechare el recurso de casación en el fondo por defectos en su formalización, podrá invalidar de oficio la sentencia recurrida, si se hubiere dictado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia. La Corte deberá hacer constar en el fallo de casación esta circunstancia y los motivos que la determinan, y dictará sentencia de reemplazo con arreglo a lo que dispone el inciso precedente.

Art. 786. En los casos en que acoja la casación en la forma, el mismo tribunal deberá, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dictar la sentencia que corresponda con arreglo a la ley.

Art. 787. (961). DEROGADO

(Se deroga el párrafo 2, "Disposiciones especiales del recurso de casación contra sentencias pronunciadas en juicios de mínima cuantía", del Título XIX del Libro III, y los artículos 788 a 791, 793 y 794).

***3. Disposiciones especiales de los recursos de casación contra sentencias pronunciadas en primera o en única instancia en juicios de mayor cuantía y en juicios especiales* (se suprimen las palabras "o menor" en el epígrafe)**

Art. 795. (967). En general, son trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor cuantía y en los juicios especiales: **(Se eliminan las palabras "o de menor").**

1°. El emplazamiento de las partes en la forma prescrita por la ley;
2°. El llamado a las partes a conciliación, en los casos en que corresponda conforme a la ley;
3°. El recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con arreglo a la ley;
4°. La práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión;
5°. La agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquélla contra la cual se presentan;

Actualidad Juridica 28.indd 138 10-07-13 18:34

6°. La citación para alguna diligencia de prueba; y
7°. La citación para oír sentencia definitiva, salvo que la ley no establezca este trámite.

Art. 796. (968). En los juicios de mayor cuantía seguidos ante arbitradores son trámites esenciales los que las partes expresen en el acto constitutivo del compromiso, y, si nada han expresado acerca de esto, sólo los comprendidos en los números 1° y 5° del artículo precedente.

(Se suprime el artículo 797).

Art. 798. El recurso de casación en la forma contra la sentencia de primera instancia se verá conjuntamente con la apelación. Deberá dictarse una sola sentencia para fallar la apelación y desechar la casación en la forma.

Cuando se dé lugar a este último recurso, se tendrá como no interpuesto el recurso de apelación.

Si sólo se ha interpuesto recurso de casación en la forma se mandarán traer los autos en relación.

Art. 799. (970). Cuando la causa alegada necesite de prueba, el tribunal abrirá para rendirla un término prudencial que no exceda de treinta días.

***4. Disposiciones especiales de los recursos de casación contra sentencias pronunciadas en segunda instancia en juicios de mayor* o de menor *cuantía y en juicios especiales* (se suprimen las palabras "o de menor" en el epígrafe)**

Art. 800. (971). En general, son trámites o diligencias esenciales en la segunda instancia de los juicios de mayor cuantía y en los juicios especiales: **(Se eliminan las palabras "o de menor").**

1° El emplazamiento de las partes, hecho antes de que el superior conozca del recurso;
2° La agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquélla contra la cual se presentan;
3° La citación para oír sentencia definitiva;
4° La fijación de la causa en tabla para su vista en los tribunales colegiados, en la forma establecida en el artículo 163, y
5° Los indicados en los números 3°, 4° y 6° del artículo 795, en caso de haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 207.

Art. 801. (972). DEROGADO

Art. 802. (973). Ni los oficiales del ministerio público, ni los representantes del Fisco, ni los defensores públicos, ni los que gozan del beneficio de pobreza estarán obligados a hacer consignación alguna para interponer recursos de casación.

Actualidad Juridica 28.indd 139 10-07-13 18:34

Art. 803. El recurrente, hasta antes de la vista del recurso, podrá designar un abogado para que lo defienda ante el tribunal ad quem, que podrá ser o no el mismo que patrocinó el recurso.

Art. 804. (975). DEROGADO

Art. 805. (976).Tratándose de un recurso de casación en el fondo, cada parte podrá presentar por escrito, y aun impreso, un informe en derecho hasta el momento de la vista de la causa.

No se podrá sacar los autos de la secretaría para estos informes.

En la vista de la causa no se podrá hacer alegación alguna extraña a las cuestiones que sean objeto del recurso, ni se permitirá la lectura de escritos o piezas de los autos, salvo que el presidente lo autorice para esclarecer la cuestión debatida.

El tribunal dictará sentencia dentro de los cuarenta días siguientes a aquel en que haya terminado la vista.

Art. 806. (977). Cuando el recurso sea de casación en la forma, dispondrá el tribunal que se traigan los autos en relación, y fallará la causa en el término de veinte días contados desde aquél en que terminó la vista.

Art. 807. (978). En el recurso de casación en el fondo, no se podrán admitir ni decretar de oficio para mejor proveer pruebas de ninguna clase que tiendan a establecer o esclarecer los hechos controvertidos en el juicio en que haya recaído la sentencia recurrida.

Si la casación es en la forma, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 799.

Art. 808. (979). Si contra una misma sentencia se interponen recursos de casación en la forma y en el fondo, éstos se tramitarán y verán conjuntamente y se resolverán en un mismo fallo.

Si se acoge el recurso de forma, se tendrá como no interpuesto el de fondo.

Artículo 809.- DEROGADO

Título XX
DEL RECURSO DE REVISIÓN

Art. 810. (981). La Corte Suprema de Justicia podrá rever una sentencia firme en los casos siguientes:

1°. Si se ha fundado en documentos declarados falsos por sentencia ejecutoria, dictada con posterioridad a la sentencia que se trata de rever;
2°. Si pronunciada en virtud de pruebas de testigos, han sido éstos condenados por falso testimonio dado especialmente en las declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia;
3°. Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término; y

Actualidad Juridica 28.indd 140 10-07-13 18:34

4°. Si se ha pronunciado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y que no se alegó en el juicio en que la sentencia firme recayó.

El recurso de revisión no procede respecto de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema, conociendo en los recursos de casación o de revisión.

Art. 811. (982). El recurso de revisión sólo podrá interponerse dentro de un año, contado desde la fecha de la última notificación de la sentencia objeto del recurso.

Si se presenta pasado este plazo, se rechazará de plano.

Sin embargo, si al terminar el año no se ha aún fallado el juicio dirigido a comprobar la falsedad de los documentos, el perjurio de los testigos o el cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta a que se refiere el artículo anterior, bastará que el recurso se interponga dentro de aquel plazo, haciéndose presente en él esta circunstancia, y debiendo proseguirse inmediatamente después de obtenerse sentencia firme en dicho juicio.

Art. 812. (983). DEROGADO

Art. 813. (984). Presentado el recurso, el tribunal ordenará que se traigan a la vista todos los antecedentes del juicio en que recayó la sentencia impugnada y citará a las partes a quienes afecte dicha sentencia para que comparezcan en el término de emplazamiento a hacer valer su derecho.

Los trámites posteriores al vencimiento de este término se seguirán conforme a lo establecido para la substanciación de los incidentes, oyéndose al fiscal judicial antes de la vista de la causa.

Art. 814. (985). Por la interposición de este recurso no se suspenderá la ejecución de la sentencia impugnada.

Podrá, sin embargo, el tribunal, en vista de las circunstancias, a petición del recurrente, y oído el fiscal judicial, ordenar que se suspenda la ejecución de la sentencia, siempre que aquél dé fianza bastante para satisfacer el valor de lo litigado y los perjuicios que se causen con la inejecución de la sentencia, para el caso de que el recurso sea desestimado.

Art. 815. (986). Si el tribunal estima procedente la revisión por haberse comprobado, con arreglo a la ley, los hechos en que se funda, lo declarará así, y anulará en todo o en parte la sentencia impugnada.

En la misma sentencia que acepte el recurso de revisión declarará el tribunal si debe o no seguirse nuevo juicio. En el primer caso determinará, además, el estado en que queda el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal de que proceda.

Servirán de base al nuevo juicio las declaraciones que se hayan hecho en el recurso de revisión, las cuales no podrán ser ya discutidas.

Actualidad Juridica 28.indd 141 10-07-13 18:34

Art. 816. (987). Cuando el recurso de revisión se declare improcedente, se condenará en las costas del juicio al que lo haya promovido y se ordenará que sean devueltos al tribunal que corresponda los autos mandados traer a la vista.

Libro Cuarto
DE LOS ACTOS JUDICIALES NO CONTENCIOSOS

Título I
DISPOSICIONES GENERALES

Art. 817. (989). Son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes.

Art. 818. (990). Aunque los tribunales hayan de proceder en algunos de estos actos con conocimiento de causa, no es necesario que se les suministre este conocimiento con las solemnidades ordinarias de las pruebas judiciales.

Así, pueden acreditarse los hechos pertinentes por medio de informaciones sumarias.

Se entiende por información sumaria la prueba de cualquiera especie, rendida sin notificación ni intervención de contradictor y sin previo señalamiento de término probatorio.

Art. 819. (991). Los tribunales en estos negocios apreciarán prudencialmente el mérito de las justificaciones y pruebas de cualquiera clase que se produzcan.

Art. 820. (992). Asimismo decretarán de oficio las diligencias informativas que estimen convenientes.

Art. 821. (993). Pueden los tribunales, variando las circunstancias, y a solicitud del interesado, revocar o modificar las resoluciones negativas que hayan dictado, sin sujeción a los términos y formas establecidos para los asuntos contenciosos.

Podrán también en igual caso revocar o modificar las resoluciones afirmativas, con tal que esté aún pendiente su ejecución.

Art. 822. (994). Contra las resoluciones dictadas podrán entablarse los recursos de apelación y de casación, según las reglas generales. Los trámites de la apelación serán los establecidos para los incidentes.

Art. 823. (995). Si a la solicitud presentada se hace oposición por legítimo contradictor, se hará contencioso el negocio y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda.

Si la oposición se hace por quien no tiene derecho, el tribunal, desestimándola de plano, dictará resolución sobre el negocio principal.

Actualidad Juridica 28.indd 142 10-07-13 18:34

Art. 824. (996). En los negocios no contenciosos que no tengan señalada una tramitación especial en el presente Código, procederá el tribunal de plano, si la ley no le ordena obrar con conocimiento de causa.

Si la ley exige este conocimiento, y los antecedentes acompañados no lo suministran, mandará rendir previamente información sumaria acerca de los hechos que legitimen la petición, y oirá después al respectivo defensor público.

Art. 825. (997). En todos los casos en que haya de obtenerse el dictamen por escrito de los oficiales del fiscal judicial o de los defensores públicos, se les pasará al efecto el proceso en la forma establecida en el artículo 37.

Art. 826. (998). Las sentencias definitivas en los negocios no contenciosos expresarán el nombre, profesión u oficio y domicilio de los solicitantes, las peticiones deducidas y la resolución del tribunal. Cuando éste deba proceder con conocimiento de causa, se establecerán además las razones que motiven la resolución.

Estas sentencias, como las que se expidan en las causas entre partes, se copiarán en el libro respectivo que llevará el secretario del tribunal.

Art. 827. (999). En los asuntos no contenciosos no se tomará en consideración el fuero personal de los interesados para establecer la competencia del tribunal.

Art. 828. (1000). Los procesos que se formen sobre actos no contenciosos quedarán en todo caso archivados, como los de negocios contenciosos.

Si se da copia de todo o parte del proceso, se dejará en él testimonio de este hecho con expresión del contenido de las copias que se hayan dado.

Título II
DE LA HABILITACIÓN PARA COMPARECER EN JUICIO

Art. 829. (1001). En los casos en que la ley autorice al juez para suplir la autorización del marido a fin de que la mujer casada pueda parecer en juicio, ocurrirá ésta ante el tribunal correspondiente manifestándole, por escrito, el juicio o juicios en que necesite actuar como demandante o demandada, los motivos que aconsejan su comparecencia y el hecho de que el marido le niegue la autorización o el impedimento que lo imposibilita para prestarla.

El tribunal concederá o negará la habilitación, con conocimiento de causa, si la estima necesaria, y oyendo en todo caso al defensor de menores. Citará además al marido cuando esté presente y no esté inhabilitado.

Art. 830. (1002). Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará al caso en que el hijo de familia tenga que litigar como actor contra su padre o éste le niegue o no pueda prestarle su consentimiento o representación para parecer en juicio contra un tercero, ya sea como demandante o demandado.

Actualidad Juridica 28.indd 143 10-07-13 18:34

En el auto en que se conceda la habilitación se dará al hijo de familia un curador para la litis, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 852.

Art. 831. (1003) El juicio que tenga por objeto la habilitación, por negarse el padre o el marido a representar o a autorizar al hijo o a la mujer para parecer en juicio, se substanciará en conformidad a los trámites establecidos para los incidentes.

Lo mismo sucederá cuando, antes de otorgarse la que se haya pedido por ausencia o ignorado paradero del padre o marido, comparece alguno de éstos oponiéndose.

Art. 832. (1004). Si la presentación del padre o marido tiene lugar después de concedida la habilitación, su oposición se tramitará también como un incidente, y mientras no recaiga sentencia firme, surtirá todos sus efectos la habilitación.

Título III
DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA REPUDIAR EL **RECONOCIMIENTO** DE UN INTERDICTO

Art. 833. (1005). Cuando deba obtenerse la autorización judicial para repudiar **el reconocimiento de un hijo,** se expresarán las causas o razones que justifiquen el repudio, se acompañarán los documentos necesarios y se ofrecerá información sumaria para acreditarlas si fuere menester.

En todo caso se oirá el dictamen del respectivo defensor.

Art. 834. (1006). DEROGADO

Art. 835. (1007). El tribunal ordenará que se extienda la escritura de repudio, y que se practique **la subinscripción exigida por el artículo 191 del Código Civil.**

En dicha escritura se insertará, además del discernimiento de la curaduría, la resolución que autorizó el repudio.

(Se deroga el Título IV, "De la emancipación voluntaria", y el artículo 836).

(Se deroga el Título V, "De la autorización judicial para repudiar el reconocimiento de un interdicto como hijo natural", y el artículo 837).

Actualidad Juridica 28.indd 144 10-07-13 18:34

Título VI
DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES Y DEL DISCERNIMIENTO DE ESTOS CARGOS

1. Del nombramiento de tutores y curadores

Art. 838. (1017). Cuando haya de procederse al nombramiento de tutor o curador legítimo para un menor, en los casos previstos por el Código Civil, se acreditará que ha lugar a la guarda legítima, que la persona designada en la que debe desempeñarla en conformidad a la ley, y que ella tiene las condiciones exigidas para ejercer el cargo.

Art. 839. (1018). Para conferir la tutela o curaduría legítima del menor a su padre o madre legítimos o a los demás ascendientes de uno u otro sexo, procederá el tribunal oyendo sólo al defensor de menores.

En los demás casos de tutela o curaduría legítima, para la elección del tutor o curador oirá el tribunal al defensor de menores y a los parientes del pupilo.

Al defensor de menores se le pedirá dictamen por escrito, pero si ha de consultarse a los parientes del pupilo, bastará que se les cite para la misma audiencia a que deben éstos concurrir, en la cual será también oído el defensor.

La notificación y audiencia de los parientes tendrán lugar en la forma que establece el artículo 689.

Art. 840. (1019). Cuando haya de nombrarse tutor o curador dativo, se acreditará la procedencia legal del nombramiento, designando el menor la persona del curador si le corresponde hacer esta designación, y se observarán en lo demás las disposiciones de los **tres** últimos incisos del artículo anterior.

Art. 841. (1020). Pueden en todo caso provocar el nombramiento de tutor el defensor de menores y cualquiera persona del pueblo, por intermedio de este funcionario.

Si el nombramiento de curador dativo no es pedido por el menor sino por otra de las personas que según la ley tienen derecho a hacerlo, se notificará a aquél para que designe al que haya de servir el cargo, cuando le corresponda hacer tal designación, bajo apercibimiento de que ésta se hará por el tribunal si el menor no la hace en el plazo que al efecto se le fije.

Art. 842. (1021). En los casos del artículo 371 del Código Civil, pueden los tribunales nombrar de oficio tutor o curador interino para el menor.

No es necesaria para este nombramiento la audiencia del defensor de menores ni la de los parientes del pupilo.

Art. 843. (1022). Declarada por sentencia firme la interdicción del disipador, del demente o del sordo-mudo, se procederá al nombramiento de curador, en la forma prescrita por el artículo 839.

Actualidad Juridica 28.indd 145 10-07-13 18:34

Pueden pedir este nombramiento el defensor de menores y las mismas personas que, conforme a los artículos 443, 444 y 459 del Código Civil, pueden provocar el respectivo juicio de interdicción.

Declarada la interdicción provisional, habrá lugar al nombramiento de curador, conforme a las reglas establecidas en el Código Civil.

Art. 844. (1023). Habrá lugar al nombramiento de curador de bienes del ausente, fuera de los casos expresamente previstos por la ley, en el que menciona el artículo 285 del presente Código.

Art. 845. (1024). La primera de las circunstancias expresadas en el artículo 473 del Código Civil para el nombramiento de curador de bienes del ausente, se justificará a lo menos con declaración de dos testigos contestes o de tres singulares, que den razón satisfactoria de sus dichos. Podrá también exigir el tribunal, para acreditar esta circunstancia, que se compruebe por medio de información sumaria cuál fue el último domicilio del ausente, y que no ha dejado allí poder a ninguno de los procuradores del número, ni lo ha otorgado ante los notarios de ese domicilio durante los dos años que precedieron a la ausencia, o que dichos poderes no están vigentes.

Las diligencias expresadas se practicarán con citación del defensor de ausentes; y si este funcionario pide que se practiquen también algunas otras para la justificación de las circunstancias requeridas por la ley, el tribunal accederá a ello, si las estima necesarias para la comprobación de los hechos.

Art. 846. (1025). Siempre que el mandatario de un ausente cuyo paradero se ignora, carezca de facultades para contestar nuevas demandas, asumirá la representación del ausente el defensor respectivo, mientras el mandatario nombrado obtiene la habilitación de su propia personería o el nombramiento de otro apoderado especial para este efecto, conforme a lo previsto en el artículo 11.

Art. 847. (1026). La ocultación a que se refiere el inciso final del artículo 474 del Código Civil, se hará constar, con citación del defensor de ausentes, a lo menos en la forma que expresa el inciso 1° del artículo 845.

Art. 848. (1027). Se sacarán de los bienes del ausente las expensas de la litis, así como los fondos necesarios para dar cumplimiento a los fallos que se expidan en su contra y para cubrir los gastos que ocasione la curaduría.

Art. 849. (1028). Declarada yacente la herencia en conformidad a lo prevenido en el párrafo respectivo de este Libro, se procederá inmediatamente al nombramiento de curador de la misma cumplidas en su caso las disposiciones de los artículos 482 y 483 del Código Civil.

Actualidad Juridica 28.indd 146 10-07-13 18:34

Art. 850. (1029). Para proceder al nombramiento de curador de los derechos eventuales del que está por nacer, bastará la denunciación o declaración de la madre que se crea embarazada, y en el caso de haberse nombrado ese curador por el padre, bastará el hecho del testamento y la comprobación de la muerte de éste.

Art. 851. (1030). El nombramiento de curador adjunto se hará como el de curador dativo.

El nombramiento recaerá en la persona designada por el donante o testador, con tal que sea idónea, siempre que haya de nombrarse curador para la administración particular de bienes donados o asignados por testamento con la condición de que no los administre el padre, marido o guardador general del donatario o asignatario.

Art. 852. (1031). Los curadores especiales serán nombrados por el tribunal, con audiencia del defensor respectivo, sin perjuicio de la designación que corresponda al menor en conformidad a la ley.

2. Del discernimiento de la tutela o curaduría

Art. 853. (1032). El tutor o curador testamentario que pida el discernimiento de la tutela o curaduría, presentará el nombramiento que se le haya hecho y hará constar que se han verificado las condiciones legales necesarias para que el nombramiento tenga lugar.

Encontrando justificada la petición, el tribunal aprobará el nombramiento y mandará discernir el cargo, previa audiencia del defensor de menores.

Art. 854. (1033). El decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo, se reducirá a escritura pública, la cual será firmada por el juez que apruebe o haga el nombramiento.

No es necesaria esta solemnidad respecto de los curadores para pleito o ad litem, ni de los demás tutores o curadores, cuando la fortuna del pupilo sea escasa a juicio del tribunal. En tales casos servirá de título la resolución en que se nombre el guardador o se apruebe su designación.

Salvo las excepciones establecidas en el inciso precedente, sólo se entenderá discernida la tutela o curaduría desde que se otorgue la escritura prescrita en el inciso 1° de este artículo.

Art. 855. (1034). Para que el tribunal mande otorgar la escritura de discernimiento o dar copia del título, en el caso del 2° inciso del artículo anterior, es necesario que preceda el otorgamiento por escritura pública de la fianza a que el tutor o curador esté obligado.

Esta fianza debe ser aprobada por el tribunal, con audiencia del defensor respectivo.

Actualidad Juridica 28.indd 147 10-07-13 18:34

Art. 856. (1035). No están dispensados de la fianza los curadores interinos que hayan de durar o hayan durado tres meses o más en el ejercicio de su cargo.

Art. 857. (1036). En el escrito en que se solicita el discernimiento de una tutela o curaduría se podrá ofrecer la fianza necesaria; y el tribunal se pronunciará en una misma resolución sobre lo uno y lo otro.

Podrán también ser una misma la escritura de fianza y la de discernimiento.

Título VII
DEL INVENTARIO SOLEMNE

Art. 858. (1037). Es inventario solemne el que se hace, previo decreto judicial, por el funcionario competente y con los requisitos que en el artículo siguiente se expresan.

Pueden decretar su formación los jueces árbitros en los asuntos de que conocen.

Art. 859. (1038). El inventario solemne se extenderá con los requisitos que siguen:

1°. Se hará ante un notario y dos testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y escribir y sean conocidos del notario. Con autorización del tribunal podrá hacer las veces de notario otro ministro de fe o un juez de menor cuantía;
2°. El notario o el funcionario que lo reemplace, si no conoce a la persona que hace la manifestación, la cual deberá ser, siempre que esté presente, el tenedor de los bienes, se cerciorará ante todo de su identidad y la hará constar en la diligencia;
3°. Se expresará en letras el lugar, día, mes y año en que comienza y concluye cada parte del inventario;
4°. Antes de cerrado, el tenedor de los bienes o el que hace la manifestación de ello, declarará bajo juramento que no tiene otros que manifestar y que deban figurar en el inventario; y
5°. Será firmado por dicho tenedor o manifestante, por los interesados que hayan asistido, por el ministro de fe y por los testigos.

Art. 860. (1039). Se citará a todos los interesados conocidos y que según la ley tengan derecho de asistir al inventario.

Esta citación se hará personalmente a los que sean condueños de los bienes que deban inventariarse, si residen en el mismo territorio jurisdiccional. A los otros condueños y a los demás interesados, se les citará por medio de avisos publicados durante tres días en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, cuando allí no lo haya.

En representación de los que residan en país extranjero se citará al defensor de ausentes, a menos que por ellos se presente procurador con poder bastante.

Actualidad Juridica 28.indd 148 10-07-13 18:34

El ministro de fe que practique el inventario dejará constancia en la diligencia de haberse hecho la citación en forma legal.

Art. 861. (1040). Todo inventario comprenderá la descripción o noticia de los bienes inventariados en la forma prevenida por los artículos 382 y 384 del Código Civil.

Pueden figurar en el inventario los bienes que existan fuera del territorio jurisdiccional, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

Art. 862. (1041). Si hay bienes que inventariar en otro territorio jurisdiccional y lo pide algún interesado presente, se expedirán exhortos a los jueces respectivos, a fin de que los hagan inventariar y remitan originales las diligencias obradas para unirlas a las principales.

Art. 863. (1042) Concluido el inventario, se protocolizará en el registro del notario que lo haya formado, o en caso de haber intervenido otro ministro de fe, en el protocolo que designe el tribunal.

El notario deberá dejar constancia de la protocolización en el inventario mismo.

Art. 864. (1043). Es extensiva a todo inventario la disposición del artículo 383 del Código Civil.

Art. 865. (1044). Cuando la ley ordene que al inventario se agregue la tasación de los bienes, podrá el tribunal, al tiempo de disponer que se inventaríen, designar también peritos para que hagan la tasación, o reservar para más tarde esta operación.

Si se trata de objetos muebles podrá designarse al mismo notario o funcionario que haga sus veces para que practique la tasación.

Título VIII
DE LOS PROCEDIMIENTOS A QUE DA LUGAR LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

1. De los procedimientos especiales de la sucesión testamentaria

Art. 866. (1045). El testamento abierto, otorgado ante funcionario competente y que no se haya protocolizado en vida del testador, será presentado después de su fallecimiento y en el menor tiempo posible al tribunal, para que ordene su protocolización. Sin este requisito no podrá procederse a su ejecución.

Actualidad Juridica 28.indd 149 10-07-13 18:34

Art. 867. (1046). La publicación y protocolización de los testamentos otorgados sólo ante testigos, se hará en la forma prevenida por el artículo 1020 del Código Civil.

Art. 868. (1047). La apertura del testamento cerrado se hará en la forma establecida por el artículo 1025 del Código Civil. Si el testamento se ha otorgado ante notario que no sea del último domicilio del testador, podrá ser abierto ante el juez del territorio jurisdiccional a que pertenezca dicho notario, por delegación del juez del domicilio que se expresa. En tal caso, el original se remitirá con las diligencias de apertura a este juez, y se dejará archivada además una copia autorizada en el protocolo del notario que autoriza el testamento.

Art. 869. (1048). Puede pedir la apertura, publicación y protocolización de un testamento cualquiera persona capaz de parecer por sí mismo en juicio.

Art. 870. (1049). Los testamentos privilegiados se someterán en su apertura, publicación y protocolización a las reglas establecidas por el Código Civil respecto de ellos.

Art. 871. (1050). En las diligencias judiciales a que se refieren los artículos que preceden, actuará el secretario del tribunal a quien corresponda por la ley el conocimiento del negocio.

2. De la guarda de los muebles y papeles de la sucesión

Art. 872. (1051). Si el albacea o cualquier interesado pide que se guarden bajo llave y sello los papeles de la sucesión, el tribunal así lo decretará, y procederá por sí mismo a practicar estas diligencias, o comisionará al efecto a su secretario o algún notario del territorio jurisdiccional, quienes se asociarán con dos testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y escribir y sean conocidos del secretario o notario.

Nombrará también una persona de notoria probidad y solvencia que se encargue de la custodia de las llaves, o las hará depositar en el oficio del secretario.

Puede el tribunal decretar de oficio estas diligencias.

Si ha de procederse a ellas en diversos territorios jurisdiccionales, cada tribunal, al mandar practicarlas, designará la persona que, dentro de su territorio, haya de encargarse de la custodia.

Art. 873. (1052). Se procederá a la guarda y aposición de sellos respecto de todos los muebles y papeles que se encuentren entre los bienes de la sucesión, no obstante cualquiera oposición.

El funcionario que practique la diligencia podrá pesquisar el testamento entre los papeles de la sucesión.

Actualidad Juridica 28.indd 150 10-07-13 18:34

Si se interpone el recurso de alzada, se concederá sólo en el efecto devolutivo.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso primero del presente artículo los muebles domésticos de uso cotidiano, respecto de los cuales bastará que se forme lista.

Art. 874. (1053). Puede el tribunal, siempre que lo estime conveniente, eximir también el dinero y las alhajas de la formalidad de la guarda y aposición de sello. En tal caso mandará depositar estas especies en un banco o en las arcas del Estado, o las hará entregar al administrador o tenedor legítimo de los bienes de la sucesión.

Art. 875. (1054). Decretada la guarda y aposición de sellos, se pueden practicar estas diligencias aun cuando no esté presente ninguno de los interesados.

Art. 876. (1055). La ruptura de los sellos deberá hacerse en todo caso judicialmente, con citación de las personas que pueden tomar parte en la facción del inventario, citadas en la forma que dispone el artículo 860; salvo que por la urgencia del caso el tribunal ordene prescindir de este trámite.

3. De la dación de la posesión efectiva de la herencia

Art. 877. (1056). **El tribunal** dará la posesión efectiva de la herencia al que la pida exhibiendo un testamento aparentemente válido en que se le instituya heredero, **así como al heredero abintestato que acredite el estado civil que le da derecho a la herencia.**

Art. 878. (1057). **Las posesiones efectivas de herencias, originadas únicamente en sucesiones intestadas abiertas en Chile, serán tramitadas ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad a lo dispuesto en la ley N°19.903.**

Art. 879. La posesión efectiva de una herencia deberá solicitarse para todos los herederos indicándolos por sus nombres, apellidos, domicilios y calidades con que heredan.

En la solicitud se expresará, además, el nombre, apellido, profesión u oficio, estado civil, lugar y fecha de la muerte y último domicilio del causante, si la herencia es o no testamentaria, acompañándose en el primer caso copia del testamento.

Art. 880. Los herederos que no estén obligados a practicar inventario solemne o no lo exijan al tiempo de pedir la posesión efectiva, deberán presentar inventario simple en los términos de los artículos 382 y 384 del Código Civil. Dicho inventario, que se acompañará a la solicitud de posesión efectiva, llevará la firma de todos los que la hayan pedido.

Actualidad Juridica 28.indd 151 10-07-13 18:34

En todo caso, los inventarios deberán incluir una valoración de los bienes de acuerdo a lo previsto en el artículo 46 de la ley Nº 16.271.

Art. 881. (1058). La posesión efectiva se entenderá dada a toda la sucesión, aun cuando sólo uno de los herederos la pida. Para este efecto, una vez presentada la solicitud, el tribunal solicitará informe al Servicio de Registro Civil e Identificación respecto de las personas que posean presuntamente la calidad de herederos conforme a los registros del Servicio, y de los testamentos que aparezcan otorgados por el causante en el Registro Nacional de Testamentos. El hecho de haber cumplido con este trámite deberá constar expresamente en la resolución que conceda la posesión efectiva.

La resolución que la conceda contendrá el nombre, apellido, profesión u oficio, lugar y fecha de la muerte, y último domicilio del causante, la calidad de la herencia, indicando el testamento cuando lo haya, su fecha y la notaría en que fue extendido o protocolizado, la calidad de los herederos, designándolos por sus nombres, apellidos, profesiones u oficios y domicilios.

La resolución terminará, según el caso, ordenando la facción de inventario solemne de los bienes cuya posesión efectiva se solicita, o la protocolización del inventario simple de los mismos, sellado previamente en cada hoja por el secretario.

Art. 882. (1060). La resolución que concede la posesión efectiva de la herencia, se publicará en extracto por tres veces en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región cuando allí no lo haya.

En dicho aviso podrá también anunciarse la facción del inventario solemne.

Hechas las publicaciones a que se refieren los incisos anteriores y previa agregación de una copia autorizada del inventario, el tribunal ordenará la inscripción de la posesión efectiva y oficiará al Servicio de Registro Civil e Identificación dando conocimiento de este hecho.

El secretario deberá dejar constancia en el proceso de que se hicieron las publicaciones en forma legal.

Art. 883. (1061). La inscripción a que se refiere el artículo anterior se hará en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces del territorio jurisdiccional en que haya sido pronunciada la resolución de posesión efectiva, con indicación de la notaría en que se protocolizó el inventario y la enumeración de los bienes raíces que en él se comprenda.

Con el mérito de esa inscripción, los conservadores deberán proceder a efectuar las especiales que procedan, sin necesidad de otro trámite.

Cuando entre los bienes hereditarios no haya inmuebles, la inscripción de la posesión efectiva sólo se hará en el conservador del territorio jurisdiccional en donde se haya concedido.

Las ediciones, supresiones o modificaciones que se hagan al inventario cuando se trate de bienes raíces, deberán protocolizarse en la misma notaría

Actualidad Juridica 28.indd 152 10-07-13 18:34

en que se protocolizó el inventario y anotarse en el Registro Conservatorio, al margen de la inscripción primitiva.

Art. 884. DEROGADO

4. De la declaración de herencia yacente y de los procedimientos subsiguientes a esta declaración

Art. 885. (1062). La declaración de herencia yacente se hará en conformidad a lo establecido en el artículo 1240 del Código Civil.

Toca al curador que se nombre cuidar de que se hagan la inserción y fijación ordenadas en dicho artículo.

Art. 886. (1063). En el caso del artículo 482 del Código Civil, se hará saber por oficio dirigido al efecto al cónsul respectivo la resolución que declara yacente la herencia, a fin de que en el término de cinco días proponga, si lo tiene a bien, la persona o personas a quienes pueda nombrarse curadores.

Si el cónsul propone curador, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 483 del Código citado. En el caso contrario, el tribunal hará el nombramiento de oficio.

5. Disposiciones comunes a los párrafos precedentes

Art. 887. (1064). Para provocar las diligencias o para pedir las declaraciones expresadas en los párrafos precedentes, es necesario acreditar la muerte, real o presunta, del testador o de la persona de cuya sucesión se trata.

Art. 888. (1065). Se levantará acta circunstanciada de todas las diligencias prescritas en este Título.

Título IX
DE LA INSINUACIÓN DE DONACIONES

Art. 889. (1066). El que pida autorización judicial para una donación que deba insinuarse, expresará:

1°. El nombre del donante y del donatario, y si alguno de ellos se encuentra sujeto a tutela o curaduría o bajo potestad de padre o marido;
2°. La cosa o cantidad que se trata de donar;
3°. La causa de la donación, esto es, si la donación es remuneratoria o si se hace a título de legítima, de mejora, de dote o sólo de liberalidad; y
4°. El monto líquido del haber del donante y sus cargas de familia.

Art. 890. (1067). El tribunal, según la apreciación que haga de los particulares comprendidos en el artículo precedente, concederá o denegará la autorización, conforme a lo dispuesto en el artículo 1401 del Código Civil.

Actualidad Juridica 28.indd 153 10-07-13 18:34

Título X
DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA ENAJENAR, GRAVAR O DAR EN ARRENDAMIENTO POR LARGO TIEMPO BIENES DE INCAPACES, O PARA OBLIGAR A ESTOS COMO FIADORES

Art. 891. (1068). Cuando deba obtenerse autorización judicial para obligar como fiador a un incapaz, o para enajenar, gravar con hipoteca, censo o servidumbre, o para dar en arrendamiento sus bienes, se expresarán las causas o razones que exijan o legitimen estas medidas, acompañando los documentos necesarios u ofreciendo información sumaria para acreditarlas.

En todo caso se oirá el dictamen del respectivo defensor antes de resolverse en definitiva.

Si se concede la autorización fijará el tribunal un plazo para que se haga uso de ella.

En caso de no fijar plazo alguno, se entenderá caducada la autorización en el término de seis meses.

Título XI
DE LA VENTA EN PUBLICA SUBASTA

Art. 892. (1069). La venta voluntaria en pública subasta, en los casos en que la ley ordene esta forma de enajenación, se someterá a las reglas establecidas en el Título IX del Libro III para la venta de bienes comunes, procediéndose ante el tribunal ordinario que corresponda.

Art. 893. (1070). Si no se hacen posturas admisibles, podrán los interesados pedir que se señale otro día para la subasta, manteniendo el valor asignado a los bienes, o reduciéndolo, o modificando como se estime conveniente la forma o condiciones del pago.

Si para autorizar la venta ha debido oírse a alguno de los defensores públicos, se le oirá también para aprobar la reducción o modificación indicada.

Art. 894. Se observarán también en la venta voluntaria en pública subasta las disposiciones del Libro Quinto sobre obligación de rendir caución para tomar parte en la subasta y levantamiento del acta de remate, el cual será suscrito también por el rematante y por el propietario de los bienes, o su representante legal si es incapaz.

Título XII
DE LAS TASACIONES

Art. 895. (1072). Las tasaciones que ocurran en los negocios no contenciosos y las que se decreten en los contenciosos, se harán por el tribunal que

Actualidad Juridica 28.indd 154 10-07-13 18:34

corresponda, oyendo a peritos **nombrados por las partes conforme al artículo 414, sin perjuicio de la facultad del tribunal contemplada en el artículo 421.**

Art. 896. (1073). Practicada la tasación, se depositará en la oficina a disposición de los interesados, los cuales serán notificados en ella por el secretario o por otro ministro de fe, sin necesidad de previo decreto del tribunal.

Art. 897. (1074). Los interesados tendrán el término de tres días para impugnar la tasación.

Art. 898. (1075). De la impugnación de una de las partes se dará traslado a la otra, por el término de tres días.

Art. 899. (1076). Oída la contestación, el tribunal resolverá sobre la impugnación, sea aprobada la operación, sea mandando rectificarla por el mismo u otro perito, sea fijando por sí mismo el justiprecio de los bienes.

Si el tribunal manda rectificar la operación, expresará los puntos sobre los cuales debe recaer la rectificación.

Presentada la operación por el perito, hará el tribunal el justiprecio sin más trámite.

(Se deroga el artículo 900).

Título XIII
DE LA DECLARACIÓN DEL DERECHO AL GOCE DE CENSOS

Art. 901. (1078). El que pretenda entrar en el goce de un censo de transmisión forzosa pedirá al tribunal competente que le declare su derecho, previa la comprobación de los requisitos legales y de las formalidades necesarias.

Art. 902. (1079). Son requisitos legales para la declaración de este derecho:

1°. El fallecimiento del último censualista; y

2°. El llamamiento establecido a favor del compareciente por el acto constitutivo del censo o de la antigua vinculación que se haya convertido en él, o por la ley.

Art. 903. (1080). Reclamado este derecho, el tribunal llamará por medio de tres avisos que se publicarán de ocho en ocho días a lo menos en un diario de la comuna, si lo hay, o de la capital de la región, en el caso contrario, a los que se crean llamados al goce del censo, a fin de que hagan uso de su derecho.

Actualidad Juridica 28.indd 155 10-07-13 18:34

Art. 904. (1081). Transcurridos ocho días después del último aviso de los indicados en el artículo anterior, el tribunal abrirá un término de prueba para que el compareciente acredite su derecho.

Se rendirá esta prueba con citación del defensor de obras pías, cuando a éste corresponda intervenir.

Art. 905. (1082). Comprobada la constitución del censo y no presentándose contradictor, lo que certificará antes del último decreto el secretario, el tribunal decretará el derecho del compareciente, si acredita los requisitos establecidos en el artículo 902.

Art. 906. (1083). Compareciendo uno o más contradictores, se seguirá con ellos el juicio sobre mejor derecho a censo, sirviendo de demanda la solicitud de denuncia, y con las especialidades siguientes:

1ª. Serán admitidos en cualquier estado del juicio; y, salvo lo dispuesto en el número 5° del presente artículo, cada contradictor lo tomará en el estado que se encuentre;
2ª. En la solicitud de oposición fundará su derecho el que la presente;
3ª. Transcurrido el plazo a que se refiere el inciso 1° del artículo 904, se recibirá la causa a prueba sin previa discusión sobre el derecho de los comparecientes;
4ª. Las pruebas legales rendidas por cualquiera de los interesados, aun cuando lo hayan sido antes de formulada alguna oposición, afectarán a todos, como si efectivamente se hubieran producido con su citación;
5ª. A los que se presenten después del término de prueba, se les concederá uno nuevo, que no excederá de la mitad del primero. Durante este término podrán también los otros interesados rendir prueba dirigida a destruir el derecho para cuya justificación se haya concedido aquél;
6ª. La prueba se rendirá en la forma establecida para los juicios ordinarios de mayor cuantía, fijándose por el tribunal los puntos sobre que debe recaer, al tiempo de decretarla; y
7ª. Terminada la prueba, cada parte tendrá el plazo de seis días para presentar su alegato, lo que harán en el orden en que hayan comparecido al juicio.

Art. 907. (1084).Todo lo dicho en este Título se aplica a las capellanías laicales a que esté afecto algún censo.

Art. 908. (1085). Queda vigente el procedimiento establecido por las leyes de la materia sobre exvinculaciones.

Actualidad Juridica 28.indd 156 10-07-13 18:34

Título XIV
DE LAS INFORMACIONES PARA PERPETUA MEMORIA

Art. 909. (1086). Los tribunales admitirán las informaciones de testigos que ante ellos se promuevan, con tal que no se refieran a hechos de que pueda resultar perjuicio a persona conocida y determinada.

Art. 910. (1087). En el mismo escrito en que se pida que se admita la información, se articularán los hechos sobre los cuales hayan de declarar los testigos.

Art. 911. (1088). DEROGADO

Art. 912. (1089). Admitida la información, serán examinados los testigos que el interesado presente.

Si los testigos son conocidos del juez o del ministro de fe que autoriza la diligencia, se dejará en ella testimonio de esta circunstancia.

Si no lo son, se les exigirá que comprueben su identidad con dos testigos conocidos.

Art. 913. (1090). Concluida la información, se pasará al defensor público para que examine las cualidades de los testigos y si se ha acreditado su identidad por alguno de los medios expresados.

Art. 914. (1091). Los tribunales aprobarán las informaciones rendidas con arreglo a lo dispuesto en este Título, siempre que los hechos aparezcan justificados con la prueba que expresa el número 2° del artículo 384, y mandarán archivar los antecedentes, dándose copia a los interesados.

Estas informaciones tendrán el valor de una presunción legal.

(Se suprime el Título XV del Libro Cuarto, "De la expropiación por causa de utilidad pública", y los artículos 915 a 925).

LIBRO QUINTO
DE LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Título I
DISPOSICIONES GENERALES

1. De los presupuestos de la ejecución

Art. 915. Los procedimientos de ejecución regulados en este Libro tienen lugar cuando la pretensión se fundamenta en un título ejecutivo

Actualidad Juridica 28.indd 157 10-07-13 18:34

que dé cuenta de una obligación líquida, liquidable o determinada, actualmente exigible y no prescrita.

El oficial de ejecución se ceñirá a dichos procedimientos, realizando las actuaciones y efectuando las notificaciones o comunicaciones que correspondan sin necesidad de orden judicial previa, salvo en las situaciones expresamente previstas y, en todo caso, dará curso progresivo a los procedimientos, evitando retardos indebidos o acciones dilatorias. Le corresponderá, asimismo, el ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de los derechos del ejecutante, cuando en el ejercicio de sus funciones advierta la ocurrencia de hechos constitutivos de alguno de los delitos previstos en los párrafos 7 y 8 del Título IX del Libro II del Código Penal.

De igual forma, en las materias específicas en las que le corresponda intervenir, el tribunal competente adoptará las medidas que sean pertinentes para el válido, eficaz y pronto desarrollo de los procedimientos.

Art. 916. Sólo son títulos ejecutivos los siguientes:

1. **La sentencia definitiva o interlocutoria, condenatoria, firme o ejecutoriada;**
2. **El laudo o la sentencia arbitral definitiva e interlocutoria, condenatoria, firme o ejecutoriada;**
3. **El acta de avenimiento, encontrándose autorizadas las firmas de las partes por ministro de fe y el acta de conciliación, aprobado por el tribunal competente;**
4. **La copia autorizada de escritura pública;**
5. **La letra de cambio, cheque o pagaré, respecto de los obligados al pago cuya firma hubiere sido autorizada por Notario, y la letra de cambio o pagaré, respecto del aceptante o suscriptor, siempre que hubiere sido protestada personalmente por Notario, por falta de pago, y no se hubiere tachado de falsa la firma en el acto del protesto, y**
6. **Cualquiera otro título al que las leyes den fuerza ejecutiva.**

Art. 917. La acción ejecutiva prescribirá a los tres años, contados desde la fecha en que la obligación contenida en el título ejecutivo se hiciere exigible, salvo las excepciones legales.

La notificación válida de la decisión de ejecución a que se refiere el artículo 927, efectuada por el oficial de ejecución, interrumpirá la prescripción de la acción.

Art. 918. La ejecución puede recaer sobre:

1°. La especie o cuerpo cierto que se deba y que exista en poder del deudor;

Actualidad Juridica 28.indd 158 10-07-13 18:34

2°. El valor de la especie debida que no exista en poder del deudor, según avaluación que debe acompañar el ejecutante a la solicitud, siempre que no se hubiere determinado ese valor por las partes en el título ejecutivo mismo o en otro documento, con anterioridad al ejercicio de la acción ejecutiva;

3°. Una cantidad de un género determinado, cuya avaluación se determine en la forma que establece el número anterior, y

4°. Una cantidad líquida de dinero. Se entenderá cantidad líquida la que actualmente tenga esta calidad y aquella que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas con sólo los datos que el mismo título ejecutivo contenga.

El acreedor precisará en la solicitud de ejecución la especie o la cantidad líquida cuyo pago pretende.

Tratándose de una obligación expresada en moneda extranjera, bastará con la presentación del certificado a que se refiere el artículo 21 de la Ley N° 18.010.

Si del título aparece una obligación en parte líquida y en parte ilíquida, podrá procederse a la ejecución de la primera, reservándose al acreedor su derecho para reclamar el resto por la vía ordinaria o sumaria que corresponda.

2. De la solicitud y la decisión de ejecución

Art. 919. El procedimiento de ejecución comenzará mediante una solicitud que, sin necesidad de patrocinio de abogado, presentará el interesado al oficial de ejecución.

El oficial de ejecución deberá pronunciarse sobre la solicitud de ejecución dentro del término de cinco días contados desde su presentación. Si no ocurriera así, el solicitante podrá reclamar ante el juez competente.

Art. 920. La solicitud de ejecución contendrá:

1°. El nombre, cédula de identidad si fuere persona natural o rol único tributario, en su caso, domicilio, profesión u oficio o giro del ejecutante y de las personas que lo representen y la naturaleza de la representación;

2°. La descripción del título ejecutivo en que se fundare la ejecución;

3°. El nombre, cédula de identidad si fuere persona natural o rol único tributario, en su caso, domicilio, profesión u oficio o giro de la persona o personas en contra de las que se presenta la solicitud, y

4°. La obligación cuyo pago se pretende.

La solicitud deberá ser firmada por el ejecutante y el abogado si lo hubiere. La suscripción de la solicitud por parte de abogado

Actualidad Juridica 28.indd 159 10-07-13 18:34

habilitado constituirá mandato suficiente para todas las actuaciones que se desarrollen en el procedimiento de ejecución.

Si el ejecutante tuviere conocimiento de bienes del ejecutado susceptibles de ser embargados, podrá señalarlos en su solicitud de ejecución.

Art. 921. Diversos acreedores podrán cobrar en una misma solicitud de ejecución los créditos que tuvieren en contra de un mismo deudor, siempre que todos ellos consten en títulos ejecutivos.

Art. 922. A la solicitud de ejecución se acompañarán:

1°. El título ejecutivo;

2°. Los documentos que sean necesarios para la liquidación de la obligación, y

3°. Los demás documentos que la ley exija para iniciar el procedimiento de ejecución.

También podrán acompañarse cuantos documentos considere el ejecutante útil o conveniente para el inicio y mejor desarrollo de la ejecución.

Art. 923. Presentada la solicitud de ejecución, el oficial de ejecución dará comienzo al procedimiento emitiendo una decisión de ejecución, siempre que concurran los presupuestos y requisitos señalados en los artículos anteriores de este Título, y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título.

Art. 924. La decisión que da inicio a la ejecución deberá contener:

1°. La determinación de la persona o personas contra las cuales se inicia la ejecución; si la obligación es simplemente conjunta o solidaria y cualquier otro antecedente que sirva para precisar la naturaleza de la prestación que se persigue;

2°. La obligación cuyo pago se pretende;

3°. Los apremios y embargo de bienes que procedan inmediatamente, en caso de que el deudor no pague;

4°. La obligación del ejecutado de efectuar la manifestación de bienes conforme a lo previsto en el artículo 930;

5°. El derecho de oponerse a la ejecución de conformidad al artículo 436, presentando demanda en forma y plazo, para ser conocida por el tribunal que señalará, y

6°. El nombre, domicilio y demás antecedentes necesarios para la individualización del oficial de ejecución.

La decisión de ejecución deberá ser firmada por el oficial de ejecución, quien se hará responsable de su emisión.

Art. 925. Si el oficial de ejecución estimase que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para dar inicio al

Actualidad Juridica 28.indd 160 10-07-13 18:34

procedimiento de ejecución denegará la solicitud mediante resolución fundada, en la que expresará circunstanciadamente las razones que sirven de base a su decisión, la que comunicará a quien hubiese presentado la solicitud de ejecución.

Con todo, el oficial de ejecución podrá otorgar al ejecutante un plazo de cinco días para subsanar los defectos de la solicitud, los que identificará en forma precisa en su resolución. Vencido este plazo sin que se hubieren subsanado los defectos, el oficial de ejecución denegará la solicitud de ejecución.

La denegación de la solicitud de ejecución será reclamable por escrito y en forma fundada ante el propio oficial de ejecución, dentro de quinto día de haberse comunicado. La resolución que rechace la reclamación será impugnable ante el juez por el ejecutante, dentro de los cinco días siguientes a su comunicación. Si el juez estimare que la ejecución es procedente, ordenará al oficial de ejecución que la inicie, sin perjuicio del derecho del ejecutado a deducir oportunamente demanda de oposición.

La improcedencia de la solicitud de ejecución, fundada en la falta de mérito ejecutivo del título, no impedirá al ejecutante el ejercicio de las acciones a que éste diere origen, en un procedimiento declarativo posterior.

Art. 926. El oficial de ejecución podrá acumular todas las ejecuciones pendientes que existan ante él entre un mismo acreedor o distintos acreedores respecto del mismo deudor ejecutado. Asimismo, el oficial de ejecución que primero haya comenzado a conocer dichos procedimientos de ejecución podrá solicitar la acumulación de las ejecuciones que se tramiten ante otros oficiales.

Las discrepancias que se susciten serán resueltas por el tribunal. En todo caso, el juez siempre podrá ordenar la desacumulación si comprueba que la circunstancia de que las ejecuciones se substancien acumuladas importa grave retardo o entorpece la mejor y más expedita realización de los bienes embargados. Asimismo, podrá adoptar las medidas que estime pertinentes, conforme a las normas de las tercerías de prelación o de pago, para los efectos de asegurar el pago de las obligaciones en las ejecuciones respecto de las cuales ordene la desacumulación.

Art. 927. El oficial de ejecución notificará personalmente al ejecutado la decisión de ejecución, y le entregará copia de la solicitud ejecutiva en que hubiere recaído, en la forma prevista en los artículos 40 y 44.

Art. 928. En el acto de la notificación de la decisión de ejecución, el ejecutado podrá:

Actualidad Juridica 28.indd 161 10-07-13 18:34

1º. Pagar el total de la deuda reclamada más los intereses, reajustes, tasas y demás gastos que procedan en conformidad a la ley o dar cumplimiento a la obligación de hacer debida.

Pagada la obligación en el acto de notificarse la decisión de ejecución, serán igualmente de cargo del ejecutado todos los gastos causados con motivo del procedimiento de ejecución.

En el evento de que el ejecutado pague sólo el capital adeudado, la ejecución continuará por el saldo correspondiente a intereses, reajustes, tasas y demás gastos que procedan. En este caso, el ejecutado tendrá un plazo de cinco días hábiles contados desde la fecha del pago efectivo, para convenir una forma de solución del saldo adeudado, suspendiéndose la ejecución. Si no se logra acuerdo dentro del plazo mencionado el oficial de ejecución procederá a embargar bienes suficientes del ejecutado, previa solicitud del ejecutante.

2º. Aceptar o convenir una propuesta alternativa de pago del crédito ejecutado o de cumplimiento de la obligación, en el caso de que se le hubiere formulado. El acuerdo firmado ante el oficial de ejecución pondrá término al procedimiento de ejecución y tendrá mérito ejecutivo para todos los efectos legales.

El incumplimiento del deudor hará inmediatamente exigible el total de la deuda, facultándose al acreedor para concurrir ante el mismo oficial de ejecución ante el cual se celebró el acuerdo para iniciar un nuevo procedimiento, o ante el que sea competente en virtud de las reglas generales. En este nuevo procedimiento ejecutivo la demanda de oposición del deudor sólo podrá fundarse en las causales previstas en los numerales 1 y 4 del artículo 436.

3º. No pagar en el acto de la notificación. En este caso, la ejecución continuará adelante conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la obligación.

Con todo, se suspenderá si el ejecutado por una obligación de hacer o no hacer presenta solicitud fundada para que el tribunal precise la forma de cumplimiento de la obligación que se le cobra, en conformidad al artículo 461. El juez sólo dará lugar a la suspensión si considera que existe motivo plausible para solicitarla.

4º. Oponerse a la ejecución, para lo cual deberá interponer ante el oficial de ejecución demanda de oposición a la ejecución para ante el tribunal competente.

En los casos previstos en los numerales 1, inciso tercero, 3, inciso segundo, y 4, el oficial de ejecución estará facultado, por el solo ministerio de la ley, para trabar embargo sobre bienes suficientes del deudor, debiendo sujetarse a las reglas previstas en los artículos 932 y siguientes.

Actualidad Juridica 28.indd 162 10-07-13 18:34

Título II
DE LA EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE DAR

Art. 929. Las disposiciones del presente Título se aplicarán a la ejecución forzosa a que haya lugar en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte una obligación de dar.

1. Del deber de información de bienes del ejecutado

Art. 930. En el mismo acto de ser notificado de la decisión de ejecución, el deudor, para los efectos del embargo, tiene la obligación de declarar bajo juramento ante el oficial de ejecución, en forma completa y veraz, los bienes suficientes de su patrimonio en el orden previsto en el artículo 941 para satisfacer el monto de la ejecución y sus costas.

El ejecutado no cumple su deber de información en forma completa y veraz si no efectúa oportunamente la declaración jurada de bienes; incluye en ella bienes de terceros; omite bienes susceptibles de embargo; no da a conocer las cargas y gravámenes que pesan sobre ellos, u oculta las condiciones en que se encuentran.

En el evento de que el ejecutado no sea habido, se niegue a formular la declaración o señale bienes insuficientes, el oficial de ejecución procederá a trabar el embargo sobre los bienes del ejecutado siguiendo igualmente el orden previsto el artículo 941. La calificación de la suficiencia de los bienes será determinada por el oficial de ejecución.

Sin perjuicio de las responsabilidades penales a que haya lugar, si el ejecutado contraviene las obligaciones que le impone este artículo, el oficial de ejecución podrá solicitar al juez que apruebe la imposición de multas al ejecutado, de hasta veinte unidades tributarias mensuales, por vía de apremio. Para fijar la cuantía de las multas, el oficial de ejecución tendrá en cuenta el monto adeudado, la resistencia al cumplimiento oportuno, completo y veraz de la obligación de informar y su capacidad económica, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto en atención a su ulterior conducta y a las alegaciones que pudiere efectuar para justificarse.

Art. 931. El oficial de ejecución estará investido de todas las facultades necesarias para investigar el patrimonio del ejecutado, pudiendo reclamar para esos efectos la cooperación y asistencia de los organismos del Estado y de personas o entidades privadas.

Si los terceros obligados no prestan la colaboración solicitada en las actuaciones de ejecución o las entorpecen de cualquier modo, el oficial de ejecución solicitará al juez que apruebe la imposición

Actualidad Juridica 28.indd 163 10-07-13 18:34

de multas, en los términos señalados en el inciso final del artículo precedente.

2. Del procedimiento de embargo de bienes

Art. 932. El embargo es la afectación de un bien determinado a las resultas de la ejecución, por el que se priva a su dueño de la facultad de disponer del mismo, sin perjuicio de los demás efectos previstos en la ley.

Art. 933. El oficial de ejecución, en el desempeño de su cometido, podrá requerir directamente el auxilio de la fuerza pública para la traba del embargo, el retiro de especies, la realización de los bienes del ejecutado y la práctica de las demás actuaciones del procedimiento de ejecución que lo hagan necesario. Estará facultado, asimismo, para fijar la oportunidad, condiciones y forma en que tales actuaciones se llevarán a cabo.

Lo anterior, sin perjuicio de las reclamaciones a que haya lugar en conformidad al artículo 448.

Art. 934. Sólo se embargarán bienes suficientes para cubrir el valor del capital, intereses y costas objeto de la ejecución, salvo que en el patrimonio del ejecutado existieren únicamente bienes de valor superior a esa cantidad o fueren de difícil realización.

Art. 935. El oficial de ejecución que practique el embargo deberá levantar un acta, la que señalará el lugar y hora en que éste se trabó, contendrá la descripción individual y detallada de los bienes embargados e indicará si fue necesario o no el auxilio de la fuerza pública para efectuarlo y, de haberlo sido, la identificación del o los funcionarios que intervinieron en la diligencia. Asimismo, dejará constancia de toda alegación que haya hecho un tercero invocando la calidad de dueño o poseedor del bien embargado, así como de las perturbaciones, entorpecimientos o hechos que revistan caracteres de delito que advierta con ocasión de la práctica de la diligencia. En este último evento, remitirá copia del acta al Ministerio Público, para hacer efectiva la responsabilidad penal que corresponda.

Tratándose del embargo de bienes muebles, el acta deberá indicar su especie, calidad y estado de conservación y todo otro antecedente o especificación necesarios para su debida singularización, tales como, marca, número de fábrica y de serie, colores y dimensión aproximada, según ello sea posible y el número y año de inscripción tratándose de bienes muebles sujetos a un registro público. En el embargo de bienes inmuebles, éstos se individualizarán por

Actualidad Juridica 28.indd 164 10-07-13 18:34

su ubicación y los datos de la respectiva inscripción de dominio. El acta deberá ser suscrita por el oficial de ejecución que practicó la diligencia y por el acreedor o deudor que hayan concurrido al acto y que deseen firmar. Copia de la misma será comunicada al ejecutado que no haya concurrido a la diligencia por la vía más expedita, dentro del plazo de tres días y sin que ello afecte la validez del embargo.

El oficial de ejecución, tan pronto haya extendido el acta de embargo, solicitará directamente a quien corresponda, y por la vía más rápida, la inscripción, anotación o registro de los embargos decretados.

El embargo se entenderá practicado desde la inclusión del bien respectivo en el acta de embargo.

Art. 936. Podrán embargarse las remuneraciones, honorarios, los depósitos bancarios y los saldos favorables que arrojaren las cuentas de cualquier clase abiertas en entidades de crédito, ahorro o financieras hasta la cantidad que se establezca en virtud del título ejecutivo, la que, en todo caso, no podrá superar el límite establecido en el artículo 948, número 1.

Cuando se embargaren saldos en cuentas de cualquier clase abiertas en entidades de crédito, ahorro o financieras, el oficial de ejecución enviará a la entidad una orden de retención de las cantidades determinadas que deban embargarse, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 948 y 949.

Si se tratase del embargo de remuneraciones, pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío y los ingresos procedentes de artes, oficios y actividades profesionales o técnicas independientes, se ordenará a la persona, entidad u oficina pagadora que los retenga y ponga a disposición del oficial de ejecución.

El dinero embargado quedará en poder del oficial de ejecución en calidad de depositario, debiendo éste tomar un depósito en una institución bancaria o financiera, en las condiciones usuales de mercado.

Art. 937. Cuando lo embargado fueran intereses, rentas o frutos de toda clase, se enviará orden de retención a quien deba pagarlos o directamente los perciba, aunque sea el propio ejecutado, para que los retenga y ponga a disposición del oficial de ejecución.

Art. 938. Si lo embargado fueran títulos, valores o efectos de comercio, el embargo se notificará a quien resulte obligado al pago para que a su vencimiento o, en el supuesto de no tener vencimiento, en el acto de recibir la notificación, retenga y ponga a disposición del oficial

Actualidad Juridica 28.indd 165 10-07-13 18:34

de ejecución el importe o el mismo título, valor o efecto de comercio, así como los intereses o dividendos que, en su caso, produzcan.

Art. 939. Cuando el embargo recaiga sobre bienes raíces se inscribirá en el Registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros.

Cuando verse sobre cosas muebles, sólo producirá efectos el embargo respecto de terceros desde que tomen conocimiento del mismo; pero el ejecutado que dispusiere del bien será en todo caso responsable de fraude, si ha procedido a sabiendas.

Cuando la ley disponga que el embargo sobre cosas muebles deba o pueda inscribirse, se presumirá el conocimiento del mismo respecto de terceros desde su inscripción.

Art. 940. Para determinar que los bienes que se propone embargar son de dominio del ejecutado el oficial de ejecución, sin necesidad de investigaciones ni otras actuaciones, se basará en indicios y signos externos de los que razonablemente lo pueda deducir.

Los bienes cuyo dominio deba constar en inscripción registral, se embargarán en todo caso, salvo que un tercero acredite en dicho acto, ser titular mediante la correspondiente certificación del registro respectivo.

Art. 941. A falta de acuerdo entre ejecutante y ejecutado, el oficial de ejecución embargará los bienes que conozca del deudor en el siguiente orden:

1º. Dinero o saldos disponibles en cuentas bancarias de cualquier clase;
2º. Bonos, depósitos, acciones, cuotas de fondos mutuos, valores negociables y créditos en general;
3º. Dividendos, intereses, frutos y rentas;
4º. Joyas y objetos de arte;
5º. Bienes muebles;
6º. Bienes inmuebles;
7º. Remuneraciones, pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío e ingresos procedentes de artes, oficios y actividades profesionales o técnicas independientes, y
8º. Una empresa o establecimiento mercantil o industrial, o sobre una cosa o conjunto de cosas que sean complemento indispensable para su explotación. En este caso, el oficial de ejecución podrá, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, hacer efectivo el embargo en otros bienes designados por el acreedor, o en otros bienes del deudor, o en la totalidad de la industria misma, o en las utilidades que ésta produzca, o

Actualidad Juridica 28.indd 166 10-07-13 18:34

en parte de cualquiera de ellas, procurando en lo posible no afectar su funcionamiento y productividad.

Art. 942. Los bienes o derechos embargados en una ejecución podrán ser reembargados por otros acreedores debiendo en todo caso practicarse su realización por el oficial de ejecución que haya ordenado el primer embargo.

La realización se llevará a cabo a iniciativa de uno cualquiera de los acreedores embargantes, quienes podrán solicitar, además, las medidas conservativas pertinentes.

El oficial de ejecución a que se refiere el inciso primero deberá comunicar a los demás oficiales que hubieren trabado embargo, con una anticipación no inferior a diez días, la forma, lugar y oportunidad de la realización.

Si por cualquier causa, fuere alzado el primer embargo, el oficial de ejecución que hubiere ordenado el primer reembargo sustituirá al oficial de ejecución anterior y así sucesivamente.

La realización forzosa de los bienes reembargados, salvo aquellos a que se refiere el artículo siguiente, se podrá practicar sin necesidad de autorización judicial alguna. Realizados los bienes, quedarán sin efecto todos los embargos que los afecten por el solo ministerio de la ley.

Percibidos los fondos provenientes de la realización de los bienes por el oficial de ejecución que la hubiere llevado a cabo, éste procederá a requerir de los restantes oficiales la remisión de los antecedentes necesarios para distribuir dichos fondos entre los distintos ejecutantes, en las proporciones y respetando las prelaciones que determine la ley.

Al efecto, el oficial de ejecución deberá practicar una liquidación de la totalidad de los créditos que hayan generado los embargos, la que deberá poner en conocimiento de todos los demás oficiales. Estos la informarán a los acreedores embargantes cuyos procedimientos de ejecución tengan a cargo y la liquidación se entenderá aprobada si no fuere objetada por alguno de ellos, dentro del plazo de diez días contados desde que se haya despachado la comunicación.

De existir objeción de cualquiera de los acreedores embargantes, el oficial de ejecución a cargo de la realización se abstendrá de distribuir los fondos, la comunicará a los restantes acreedores embargantes por conducto de los respectivos oficiales de ejecución y remitirá los antecedentes al juez competente para su resolución.

Art. 943. Para la realización de bienes afectos a medidas cautelares, el oficial de ejecución deberá solicitar autorización al tribunal que las hubiere decretado.

Actualidad Juridica 28.indd 167 10-07-13 18:34

Art. 944. El ejecutante podrá solicitar al oficial de ejecución la ampliación o la modificación del embargo cuando un cambio de las circunstancias permita dudar de la suficiencia de los bienes embargados para cubrir con su realización las obligaciones del ejecutado y las costas. El haber recaído el embargo sobre bienes difíciles de realizar, como la admisión de cualquier tercería, será siempre justo motivo para la ampliación.

No obstará a pedir la ampliación o modificación del embargo la circunstancia de haberse dictado sentencia definitiva en la oposición a la ejecución.

También el ejecutado podrá solicitar la reducción o la modificación del embargo y de sus garantías, cuando aquél o éstas puedan ser alteradas sin peligro para los fines de la ejecución.

El oficial de ejecución resolverá esas solicitudes de plano, sin perjuicio del derecho de las partes de impugnar la decisión ante el juez competente.

Art. 945. Notificada la decisión de ejecución, el oficial de ejecución procederá al embargo de bienes conforme a lo dispuesto en el presente Código, a menos que, para impedirlo, el ejecutado consigne la cantidad por la que se hubiere despachado la decisión de ejecución, caso en el cual se entenderá que el embargo ha recaído sobre la suma consignada.

El ejecutado que no hubiere hecho la consignación antes del embargo para su sustitución podrá efectuarla en cualquier momento posterior, hasta antes de que se resuelva la oposición a la ejecución o si se hubiere rechazado o no se hubiere deducido, hasta que se proceda a la venta de los bienes embargados. En este caso, una vez realizada la consignación, se alzarán los embargos que se hubiesen trabado.

No procederá la sustitución del embargo cuando éste recaiga sobre la especie o cuerpo cierto debida que se encuentre en poder del deudor, a menos que el acreedor consienta en ello.

Art. 946. Hasta antes de verificarse la realización de los bienes embargados, puede el deudor liberarlos pagando la deuda y las costas.

Art. 947. No son embargables:

1°. Los bienes incomerciables;

2°. Los derechos accesorios, que no sean enajenables separados de lo principal;

3°. Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial, y

4°. Los bienes declarados inembargables en virtud de la ley.

Actualidad Juridica 28.indd 168 10-07-13 18:34

Art. 948. Tampoco serán embargables:

1º Las remuneraciones, pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío y los ingresos procedentes de artes, oficios y actividades profesionales o técnicas independientes en la suma que no exceda mensualmente la cantidad equivalente a cincuenta y seis unidades de fomento.

Sin embargo, tratándose de deudas que provengan de pensiones alimenticias decretadas judicialmente, podrá embargarse hasta el cincuenta por ciento de las prestaciones que mensualmente reciba el alimentante en conformidad al párrafo anterior;

2º Las pensiones alimenticias forzosas;

3º Las rentas periódicas que el deudor reciba de una fundación o que deba a la liberalidad de un tercero, en la parte que estas rentas no superen la suma indicada en el número 1;

4º El bien raíz que el deudor ocupa con su familia, siempre que no tenga un avalúo fiscal superior a cien unidades tributarias mensuales. La inembargabilidad no regirá para los bienes raíces respecto de los juicios en que sean partes el Fisco, las instituciones de previsión social, los organismos regidos por la ley del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo y las instituciones bancarias y financieras, por el cobro de los mutuos otorgados para la adquisición del inmueble o la construcción de la vivienda respectiva;

5º Los muebles de dormitorio, de comedor y de cocina de uso familiar y la ropa necesaria para el abrigo del deudor, su cónyuge y los hijos que viven a sus expensas;

6º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado hasta el valor de cien unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor;

7º Las máquinas, aperos, herramientas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, así como para el ejercicio personal de un arte, oficio o actividad, hasta cien unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor;

8º Los uniformes y equipos de militares, gendarmes, bomberos y otros funcionarios o servidores públicos;

9º La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;

10. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación;

11º Los bienes destinados a un servicio de utilidad pública que no

Actualidad Juridica 28.indd 169 10-07-13 18:34

pueda paralizarse sin grave trastorno para la población; pero podrá embargarse la renta líquida que produzcan, y

12. Los demás bienes que leyes especiales prohíban embargar.

Son nulos y de ningún valor los contratos que tengan por objeto la cesión, donación o transferencia en cualquier forma, ya sea a título gratuito u oneroso, de los emolumentos expresados en los numerales 1 y 2 de este artículo o de alguna parte de ellos.

Art. 949. El ejecutado o quienes se vean afectados por el embargo de bienes inembargables podrán solicitar su exclusión ante el oficial de ejecución, hasta antes de efectuarse su realización o el pago al ejecutante. Ejercido este derecho, si no se hubieren realizado, se suspenderá la ejecución a su respecto y, acogida la solicitud, se procederá a su entrega al ejecutado que no los tuviere en su poder.

3. Del depósito, administración y realización de los bienes

Art. 950. El oficial de ejecución podrá nombrar, si fuere necesario, a un depositario de los bienes embargados.

Si el depositario fuere distinto del ejecutado, la designación se hará bajo la responsabilidad del oficial de ejecución. Con todo, si la ejecución recae sobre el simple menaje de la casa habitación del deudor, las especies permanecerán en poder del mismo deudor, con carácter de depositario, previa facción de un inventario y tasación aproximada de las referidas especies. En caso de substracción, el deudor incurrirá en la sanción prevista en el numeral 1° del artículo 471 del Código Penal.

Al depositario se le aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones sobre el contrato de depósito y mandato del Código Civil.

Art. 951. Cuando el embargo haya recaído sobre una empresa o establecimiento mercantil o industrial o sus utilidades en conformidad a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 941, el oficial de ejecución asumirá como interventor judicial, por sí o mediante terceros. Si fuera necesario, podrá solicitar al juez autorización para ejercer, él mismo o el tercero, funciones de administrador, con las facultades de administración o disposición que determine el tribunal.

El administrador dará cuenta justificada, con respaldos documentales suficientes, de los actos ejecutados en el desempeño de su cargo, con la periodicidad que determine el tribunal y, en todo caso, al concluir su gestión.

La cuenta podrá ser impugnada por los interesados dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha que les hubiese sido notificada por cédula, siguiéndose a este respecto el procedimiento instituido en el artículo 448.

Actualidad Juridica 28.indd 170 10-07-13 18:34

Art. 952. Las impugnaciones que se promuevan por el ejecutante, el ejecutado o terceros respecto de la designación del depositario, del interventor y del administrador y toda otra materia relativa a sus gestiones se tramitarán ante el juez competente.

Art. 953. Si el depositario fuera persona distinta del ejecutante, del ejecutado y del tercero poseedor del bien objeto del depósito, tendrá derecho a cobrar la remuneración usual o corriente que corresponda. Además, todo depositario tendrá derecho a cobrar los gastos ocasionados por el transporte, conservación, custodia, exhibición y administración de los bienes bajo depósito, en la medida en que sean estrictamente indispensables y se ajusten a condiciones de mercado.

Para los efectos anteriores, el oficial de ejecución podrá requerir el adelanto de alguna cantidad por el ejecutante, sin perjuicio del derecho de éste al reintegro en concepto de costas.

El depositario deberá justificar documentalmente el cobro de remuneraciones y gastos en su caso, debiendo el juez resolver cualquier cuestión que se planteare al respecto.

Art. 954. El oficial de ejecución representará al deudor para los efectos de suscribir los documentos, actos y contratos que sean necesarios para transferir los derechos y los bienes comprendidos en la realización.

Art. 955. Vencido el plazo para deducir demanda de oposición a la ejecución sin que ésta se haya hecho valer, o dictada sentencia que la rechace, el oficial de ejecución entregará directamente al ejecutante, los bienes embargados que sean:

1°. Dinero efectivo;
2°. Saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición, y
3°. La especie o cuerpo cierto debido.

Art. 956. Si no se hubiere verificado la entrega de los bienes prevista en el artículo anterior o ella no hubiere sido suficiente para cubrir el valor de la deuda, intereses y costas, el oficial de ejecución comunicará a las partes que tienen quince días, para acordar y presentar un acuerdo o plan de enajenación de los bienes embargados. El oficial de ejecución podrá intervenir para que las partes lleguen a dicho acuerdo.

Si cualquiera de las partes manifiesta que no concurrirá al acuerdo, si ambas no presentan un acuerdo dentro del plazo señalado en el inciso anterior o si no concurren al mismo los demás acreedores embargantes o quienes tuvieren preferencias o privilegios sobre los

Actualidad Juridica 28.indd 171 10-07-13 18:34

bienes embargados, como los terceristas de pago o acreedores hipotecarios y prendarios, el oficial de ejecución procederá a realizar los bienes embargados en la forma que más adelante se indica.

Art. 957. Los títulos, valores y efectos de comercio, realizables en el acto, se venderán en condiciones de mercado por un corredor de bolsa nombrado por el oficial de ejecución, bajo la exclusiva responsabilidad de éste.

Art. 958. Los demás bienes del ejecutado, excluidos los bienes raíces y los derechos de aprovechamiento de aguas, se venderán por un martillero nombrado por el oficial de ejecución, bajo la responsabilidad de este último, o por el que acordaren las partes.

Art. 959. Sin necesidad de esperar los plazos o trámites contemplados en este Párrafo, el oficial de ejecución, previa autorización judicial que se otorgará de plano, venderá en la forma más conveniente los bienes muebles embargados sujetos a corrupción, o susceptibles de próximo deterioro, o cuya conservación sea difícil o muy dispendiosa.

Art. 960. Los bienes o derechos embargados aludidos en las disposiciones anteriores de este Capítulo no necesitarán de tasación previa para su enajenación.

Art. 961. La realización de los bienes raíces y derechos de aprovechamiento de aguas se verificará en pública subasta por un martillero nombrado por el oficial de ejecución, bajo su responsabilidad, con arreglo a las normas que se expresan en este párrafo.

Esta persona deberá figurar inscrita en el Registro exigido por la Ley N° 18.118 y sujetará su actuación a las normas previstas en ella, en lo que correspondiere.

Art. 962. Si por un acreedor hipotecario de grado posterior o por otro que no tenga preferencia alguna, se persigue un bien raíz o derechos de aprovechamiento de aguas hipotecados contra el deudor personal que lo posea, el acreedor o los acreedores de grado preferente notificados personalmente, conforme al artículo 2428 del Código Civil por el oficial de ejecución, podrán, dentro del término de emplazamiento, exigir el pago de sus créditos sobre el precio del remate según sus grados o conservar sus hipotecas sobre la finca y derecho de aprovechamiento de aguas subastados, siempre que sus créditos no estén devengados.

No diciendo nada en el término del emplazamiento, se entenderá que optan por ser pagados sobre el precio de la subasta.

Actualidad Juridica 28.indd 172 10-07-13 18:34

Si se ha abierto concurso a los bienes del poseedor de la finca perseguida o se le ha declarado en quiebra, se estará a lo prescrito en el artículo 2477 del Código Civil.

Art. 963. El oficial de ejecución a cargo del procedimiento, o el que corresponda en el caso del inciso cuarto del artículo 942, para la realización de los bienes reembargados o afectos a medidas cautelares deberá proceder conforme a las reglas previstas en los artículos 942 y 943.

Art. 964. El oficial de ejecución elaborará las bases con arreglo a las cuales se verificará la subasta del inmueble y de los derechos de aprovechamiento de aguas, en su caso, considerando las condiciones contenidas en el acuerdo de las partes, si lo hubiere.

De no mediar ese acuerdo, se establecerá que el valor mínimo para la subasta será igual al valor de tasación del inmueble que figure en el Rol de Avalúos que esté vigente para los efectos del impuesto territorial o contribución de bienes raíces; que el valor mínimo para la subasta de los derechos de aprovechamiento de aguas será igual al veinte por ciento del mínimo de la subasta del inmueble a cuyo beneficio estuvieren destinados; que no se admitirán posturas inferiores a los mínimos antes señalados y que todo postor para tomar parte en la subasta, deberá rendir una caución igual al veinte por ciento de dichos mínimos, sea en dinero efectivo o en vale a la vista bancario, extendido a la orden del oficial de ejecución.

El oficial de ejecución incluirá además en las bases, la fecha, hora y lugar en que se llevará a efecto la subasta; la persona natural o jurídica que la realizará y la comisión, como los otros gastos, que el subastador deberá pagar y en general, las restantes condiciones que le parezcan necesarias para el mejor éxito de la subasta, sin perjuicio de las restantes que las partes hubieren convenido.

Art. 965. En las bases se dispondrá que el precio deberá pagarse dentro de diez días contados desde la fecha de la subasta. No obstante, si el subastador acreditare, fehacientemente, a juicio del oficial de ejecución, mediante un documento otorgado por un banco, institución financiera u otra, cuyo giro comprenda el otorgamiento de créditos hipotecarios y que se encuentre sometida al control de alguna Superintendencia, que se le ha aprobado un crédito para el financiamiento del precio de la subasta, éste podrá pagarse dentro del lapso de sesenta días.

Excepcionalmente, si existe acuerdo entre ejecutante y ejecutado, podrá fijarse un plazo superior para el pago del precio.

Actualidad Juridica 28.indd 173 10-07-13 18:34

Art. 966. El oficial de ejecución dará aplicación al procedimiento previsto en las bases establecidas para la subasta, luego de transcurridos a lo menos cinco días desde que las haya puesto en conocimiento del ejecutante, del ejecutado y de los acreedores hipotecarios o embargantes que hayan comparecido, sin perjuicio de que éstos hayan hecho uso del derecho a acudir al juez, de acuerdo al procedimiento de reclamación instituido en el artículo 448.

Art. 967. La subasta, con indicación del lugar, día y hora en que debe tener lugar, se anunciará por medio de avisos publicados, a lo menos por cuatro veces, en un diario de la comuna en que tenga su sede el oficial de ejecución o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere. Los avisos podrán publicarse también en días inhábiles. El primero de los avisos deberá ser publicado con quince días de anticipación, como mínimo, sin descontar los inhábiles, a la fecha de la subasta.

Si los bienes están en otra comuna, el remate se anunciará también en ella o en la capital de la respectiva región, si fuere el caso, por el mismo tiempo y en la misma forma.

Los avisos serán redactados por el oficial de ejecución y contendrán los datos necesarios para identificar los bienes que van a rematarse, tales como ubicación, superficie, características de la construcción o plantaciones, si las hubiere. Se incluirán, además los datos de la inscripción conservatoria respectiva y las de los gravámenes que el inmueble soporta, si existieren.

Estos avisos se publicarán además en el sitio electrónico que el oficial de ejecución deberá mantener conforme a su ley orgánica y en el de la persona natural o jurídica que practicará la subasta, todo lo cual certificará el oficial de ejecución, en su calidad de ministro de fe.

Art. 968. La subasta se verificará en el lugar y la oportunidad indicados en las bases y estará a cargo de la persona natural o jurídica allí determinada. Contará con la presencia ininterrumpida del oficial de ejecución, quien actuará como ministro de fe.

Podrán participar en la subasta todas las personas que presenten la caución exigida en las bases, previa calificación que el oficial de ejecución efectuará en ese acto.

El ejecutante podrá participar en el remate con cargo a su crédito si así se hubiere establecido expresamente en las bases, pero deberá acompañar la caución contemplada en el artículo 964.

Art. 969. Verificada la subasta, se restituirán las cauciones entregadas a quienes no se hubieren adjudicado el inmueble y se extenderá de inmediato un acta de lo obrado por el oficial de ejecución.

Actualidad Juridica 28.indd 174 10-07-13 18:34

En dicha acta se contendrá la individualización del subastador, la del inmueble y derechos de aprovechamiento de aguas subastados, el precio en que se hubieren adjudicado, la circunstancia de haberse obligado a pagarlos al contado o a plazo y de la caución constituida para participar en ella, el cumplimiento de las formalidades de publicidad y de las restantes circunstancias que se estimen necesarias.

El acta se suscribirá, en el mismo día de la subasta, por el subastador, por quien hubiere actuado como martillero o rematador y por el oficial de ejecución. El ejecutante y el ejecutado podrán también suscribirla si hubieren asistido a la subasta y lo estiman conveniente.

En el acta de remate podrá el rematante indicar la persona para quien adquiere pero mientras ésta no se presente aceptando lo obrado, subsistirá la responsabilidad del que ha hecho las posturas.

Art. 970. El acta de la subasta, el certificado del oficial de ejecución que acredite el pago del precio, costas y gastos y los restantes antecedentes se protocolizarán en una notaría de la comuna o comunas en que está ubicado el inmueble. Esta acta valdrá como escritura pública, para los efectos previstos en el inciso segundo del artículo 1801 del Código Civil.

Art. 971. Con el mérito de la protocolización mencionada en el artículo precedente el Conservador practicará la inscripción de dominio a nombre del subastador, cancelará la inscripción anterior y alzará y cancelará los embargos, medidas cautelares, prohibiciones e hipotecas que correspondan, con la excepción de las hipotecas cuyos titulares hayan optado por conservarlas con arreglo a la ley.

Con todo, si conforme a las bases se hubiere otorgado plazo al subastador para pagar el precio, no será necesario aguardar dicho pago para inscribir el dominio a su nombre, pero se entenderá constituida hipoteca a favor del ejecutante sobre el inmueble y derechos de aprovechamiento de aguas, en su caso, para garantizarlo. Estas hipotecas deberán inscribirse conjuntamente con el dominio de estos bienes y sólo podrán alzarse por el mismo ejecutante con el mérito del certificado otorgado por el oficial de ejecución, que acredite el pago íntegro del precio o por orden del tribunal competente.

Art. 972. Si no se consigna el precio del remate en la oportunidad fijada en las bases, el oficial de ejecución, de oficio o a requerimiento de una de las partes, lo dejará sin efecto por resolución fundada y hará efectiva la caución, para que su valor, deducido el monto de los gastos del remate, se abone al o los créditos cuyo pago se pretende en el procedimiento de ejecución. Todo ello, sin perjuicio de la objeción que pueda deducir el ejecutado, el ejecutante o cualquier interesado conforme al procedimiento previsto en el artículo 448.

Actualidad Juridica 28.indd 175 10-07-13 18:34

La resolución que deje sin efecto el remate deberá ser comunicada al Conservador de Bienes Raíces para que cancele la inscripción practicada, así como el alzamiento de los gravámenes y prohibiciones que se hubiese efectuado con ocasión de la subasta, de modo que se restablezca la situación vigente con anterioridad a la misma.

Art. 973. Si el adquirente lo solicitara, se le hará entrega material del inmueble que no se hallare ocupado y de los derechos de aprovechamiento de aguas que no estén siendo utilizados. Si el inmueble estuviera ocupado o los derechos de aprovechamiento de aguas estuvieren siendo usados por terceros, se aplicará, en lo pertinente, lo previsto en los artículos 986 y 987.

Art. 974. Si no se presentan postores en el día señalado para la subasta, podrá el oficial de ejecución convocar a una nueva en la que el mínimo para las posturas no podrá ser inferior a los dos tercios del valor establecido en el artículo 964.

Art. 975. Si puestos a remate los bienes embargados en una segunda oportunidad tampoco se presentan postores, podrá el ejecutante pedir al oficial de ejecución, dentro de los cinco días siguientes, que se le adjudiquen los bienes por los dichos dos tercios; que se pongan a remate por un valor no inferior al cincuenta por ciento del contemplado en el artículo 964 o que se le entreguen en prenda pretoria.

Si el oficial de ejecución resolviera la adjudicación al solicitante, ordenará extender la escritura pública respectiva.

En caso de convocarse a la tercera subasta, si no hubiere postores en ella se continuará llamando a subastas sucesivas, con disminución en un diez por ciento del mínimo fijado para el remate precedente hasta que se proceda a la realización del inmueble. Además, se podrá reducir a la mitad el plazo establecido para los avisos, salvo que transcurran más de tres meses desde el día designado para el anterior remate hasta aquel en que se efectúe la nueva subasta.

Si el ejecutante solicitare la entrega de bienes en prenda pretoria, se procederá conforme al párrafo siguiente.

4. De la entrega de bienes en prenda pretoria

Art. 976. La entrega de bienes muebles o inmuebles en prenda pretoria será autorizada por el oficial de ejecución, a solicitud del ejecutante, y se hará bajo inventario, el que deberá ser debidamente protocolizado.

Actualidad Juridica 28.indd 176 10-07-13 18:34

Art. 977. El acreedor a quien se entreguen bienes muebles o inmuebles en prenda pretoria, deberá llevar cuenta exacta, y en cuanto sea dable documentada, de los productos de dichos bienes. Las utilidades líquidas que se obtengan, se aplicarán al pago del crédito, a medida que se perciban.

Para calcular las utilidades se tomarán en cuenta, a más de los otros gastos de legítimo abono, el interés corriente de los capitales propios que el acreedor invierta y la cantidad que el oficial de ejecución fije como remuneración de los servicios que preste como administrador. No tendrá, sin embargo, derecho a esta remuneración el acreedor que no rinda cuenta fiel de su administración, o que incurra en dolo o culpa grave.

El acreedor que tenga bienes en prenda pretoria, deberá rendir cuenta de su administración, cada año si son bienes inmuebles y cada seis meses si se trata de muebles, bajo la pena, si no lo hace, de ponerse término a la prenda pretoria, de perder la remuneración que le habría correspondido por los servicios prestados durante el año y de resarcir los perjuicios inferidos.

Art. 978. De no mediar estipulación en contrario, podrá el deudor, en cualquier tiempo, pedir los bienes dados en prenda pretoria pagando la deuda y las costas, incluso todo lo que el acreedor tenga derecho a percibir de conformidad a lo dispuesto en el último inciso del artículo precedente.

Podrá también el acreedor, en cualquier tiempo, solicitar al tribunal que ponga fin a la prenda pretoria y autorice la enajenación del bien o el embargo de otros bienes del deudor, lo que el tribunal resolverá considerando la carga que signifique para el deudor la innovación en sus condiciones de pago.

Art. 979. Salvo lo dispuesto en los cuatro artículos precedentes, la prenda pretoria queda sujeta a las reglas del Título XXXIX, Libro IV del Código Civil.

Cuando se constituya en bienes muebles, tendrá, además, sobre ellos, el que los reciba, los derechos y privilegios de un acreedor prendario.

5. De la liquidación del crédito y distribución de los fondos

Art. 980. Todos los fondos que resulten de la realización de los bienes embargados se depositarán en la cuenta corriente del oficial que conozca de la ejecución.

Actualidad Juridica 28.indd 177 10-07-13 18:34

Art. 981. Las costas y gastos procedentes de la ejecución gozarán de preferencia aun sobre el crédito mismo.

Art. 982. Realizados una parte de los bienes embargados, el oficial de ejecución hará la liquidación del crédito y comunicará la forma de distribución de los fondos entre quienes tengan derecho a ellos, con estricta sujeción a la ley y bajo su responsabilidad, considerando las costas que hubiere fijado y los gastos.

En dicha comunicación el oficial de ejecución deberá determinar las sumas que eventualmente deba pagar el ejecutante si se hubiere adjudicado el inmueble con cargo al crédito y no tuviere derecho preferente para su pago. En todo caso, dicho ejecutante deberá pagar las sumas correspondientes a derechos y gastos de la ejecución.

La liquidación y forma de distribución deberá ponerse en conocimiento de las partes, las que tendrán el plazo de tres días para objetarla, correspondiendo al tribunal resolver al respecto conforme al procedimiento de reclamación establecido en el artículo 448.

6. De la ejecución en la entrega de una especie o cuerpo cierto

Art. 983. Cuando la obligación de dar consista en la entrega de una especie o cuerpo cierto, la decisión de ejecución, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 924, deberá establecer el plazo para que se proceda a la entrega de la especie o cuerpo cierto debido, bajo apercibimiento de proceder el oficial de ejecución en su nombre.

Si el título ejecutivo no contuviere plazo o éste se encontrare vencido, lo determinará prudencialmente el oficial de ejecución, conforme a las características y modalidades de la obligación y considerando la existencia de derechos de terceros comprometidos, a quienes les notificará asimismo la decisión de ejecución para los efectos previstos en los artículos 987 y 988.

En el caso del inciso anterior, el plazo comenzará a correr desde la notificación de la decisión de la ejecución. Se entenderá interrumpido por la notificación de la demanda de oposición o de la objeción documentaria que se someterá a la decisión judicial, pero empezará a computarse nuevamente una vez notificada a las partes la sentencia correspondiente.

Art. 984. Si el ejecutado no dedujere demanda de oposición, o habiéndola deducido ésta hubiere sido rechazada, ni diere cumplimiento a su obligación dentro del plazo señalado en la decisión de ejecución, el oficial de ejecución efectuará las gestiones necesarias

Actualidad Juridica 28.indd 178 10-07-13 18:34

para poner la cosa mueble o inmueble de que se tratare a disposición del ejecutante, debiendo decretar el auxilio de la fuerza pública con facultades de allanamiento y descerrajamiento si ello fuere necesario.

Si el ejecutado hubiere deducido demanda de oposición, se procederá en la forma prevista en el inciso anterior una vez que esa demanda hubiere sido rechazada.

Art. 985. Si se tratare de cosa mueble determinada y se ignorase el lugar en que ésta se encontrare o si no fuere habida al buscarla en el sitio en que debiera hallarse, se exigirá del ejecutado y se solicitará a terceros que colaboren informando al respecto, siendo aplicable en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 931.

Art. 986. Cuando, una vez notificada la decisión de ejecución, no pudiere ser habida la cosa mueble determinada, el ejecutante podrá solicitar al tribunal que el bien se sustituya por una compensación pecuniaria equivalente a su valor comercial, lo cual se determinará con los antecedentes que proporcionen el oficial de ejecución, el ejecutante y el ejecutado, sin perjuicio de las facultades del juez para agregar otros elementos de convicción si los considera pertinentes.

Aprobada la sustitución por el tribunal, el ejecutante deberá proceder según lo establecido para la ejecución de una obligación de dar, sin derecho a demanda de oposición del ejecutado.

Art. 987. Si en el inmueble que haya de entregarse hubiere cosas que no sean objeto del título, el oficial de ejecución requerirá al ejecutado o terceros en su caso para que las retiren dentro del plazo que señale. Si no las retiraren, se considerarán bienes por destinación o adheridos al inmueble, para todos los efectos relacionados con la entrega del inmueble al ejecutante o adquirente.

Cuando se reclamare por el que deba entregar el inmueble algún título sobre bienes accesorios que según los artículos 570 y siguientes del Código Civil se reputen inmuebles, el oficial de ejecución resolverá sobre el reclamo, y la eventual obligación de abono de su valor, con el solo mérito de los antecedentes que se le proporcionen.

Art. 988. Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distintas del ejecutado el oficial de ejecución, tan pronto como conozca su existencia, les notificará la decisión de ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten los títulos que justifiquen la ocupación, y luego pondrá los antecedentes en conocimiento del tribunal, para resolver definitivamente la cuestión planteada.

Actualidad Juridica 28.indd 179 10-07-13 18:34

Título III
DE LA EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER

1. De las disposiciones generales

Art. 989. Hay acción ejecutiva, que se someterá a los procedimientos previstos en este Título, en:

1°. Las obligaciones de hacer, que consistan en la suscripción de un acto o contrato o en la realización de una obra material determinada, contempladas en algún título que traiga aparejada ejecución de conformidad con el artículo 916;

2°. Las obligaciones de mera entrega de una especie o cuerpo cierto, cuando se hace valer algún título que traiga aparejada ejecución de conformidad con el artículo 916, y

3°. Las obligaciones de no hacer, convertibles en la de destruir la obra hecha, con tal que el título ejecutivo en que se apoye consigne de un modo expreso todas las circunstancias requeridas por el inciso segundo del artículo 1555 del Código Civil, y no pueda tener aplicación el inciso tercero del mismo artículo.

Art. 990. Las disposiciones de los Títulos I y II anteriores se aplicarán a estos procedimientos en cuanto sean aplicables y no aparezcan modificadas por las disposiciones del presente Título.

Art. 991. Sin perjuicio de los requisitos previstos en el artículo 920, el ejecutante indicará en la solicitud de ejecución, y con base precisa en lo establecido en el título ejecutivo que le sirva de antecedente, las siguientes menciones, según fuera el caso:

1°. El acto o contrato cuya suscripción forzada esté solicitando;

2°. La obra material que deba ejecutarse;

3°. La obra hecha cuya destrucción se pide y las acciones conducentes a dicho propósito, y

4°. La especie o cuerpo cierto que deba entregarse, el lugar en que se encuentre y, en su caso, las personas que la detenten, si fueren distintas del ejecutado.

Art. 992. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 922, el ejecutante acompañará a su solicitud de ejecución, según sea el caso:

1°. El texto completo del acto o contrato cuya suscripción forzada esté requiriendo, redactado con estricta fidelidad a lo previsto en el título respectivo, y

2°. Las especificaciones técnicas de la obra que deba ejecutarse con arreglo a lo previsto en el título respectivo o la descripción precisa de la obra que deba destruirse según corresponda, y

Actualidad Juridica 28.indd 180 10-07-13 18:34

al menos dos presupuestos emanados de entidades o personas distintas y especializadas en el rubro de que se trate, con los antecedentes necesarios para justificar el costo de ejecución de los trabajos. El oficial de ejecución aprobará uno u otro presupuesto, o fijará el monto necesario invocando otros antecedentes que determinará libremente.

En estos casos, los documentos referidos precedentemente deberán ser puestos en conocimiento del ejecutado, conjuntamente con la notificación de la decisión de ejecución y podrán ser objetados en el mismo plazo para deducir demanda de oposición.

Art. 993. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 925, el oficial de ejecución denegará la ejecución en todos los casos en que el ejecutante no diere cabal cumplimiento a lo previsto en los dos artículos precedentes.

Art. 994. La decisión que da inicio a la ejecución se notificará en la forma prevista en el artículo 927. La decisión de ejecución, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 924, deberá establecer según los casos:

1°. El plazo para que el ejecutado suscriba el acto o contrato conforme al texto acompañado por el ejecutante, bajo apercibimiento de proceder el oficial de ejecución en su nombre;

2°. El plazo para que el ejecutado inicie y concluya a su costo la obra material con base en las especificaciones técnicas respectivas, bajo apercibimiento de aplicársele los apremios previstos en el artículo 274 y de autorizar la ejecución de la obra por un tercero a expensas del deudor, y

3°. El plazo para que el ejecutado inicie y concluya a su costo la destrucción de la obra hecha, conforme a lo señalado en el número anterior.

Los plazos para el cumplimiento de estas prestaciones serán aquellos que indique el título ejecutivo o, si este no los contuviere o se encontraren vencidos, aquellos que en la misma decisión de ejecución indique prudencialmente el oficial de ejecución, conforme a las características y modalidades de la obligación.

Los plazos fijados por el oficial de ejecución comenzarán a correr desde la notificación de la decisión de la ejecución y se entenderán interrumpidos por la notificación de la demanda de oposición o de la objeción documentaria que se someterá a la decisión judicial. Estos plazos empezarán a correr nuevamente una vez notificada a las partes la sentencia que rechaza la demanda de oposición o bien, una vez resuelta la objeción documentaria.

Actualidad Juridica 28.indd 181 10-07-13 18:34

Art. 995. Si el deudor no cumple con dar inicio a la obra dentro del plazo fijado por el oficial de ejecución, conforme a lo previsto en el artículo anterior, el ejecutante podrá solicitar al oficial de ejecución que le autorice a él para hacerla ejecutar por un tercero a expensas del deudor, si ello fuere posible, cuando el ejecutado no ha deducido demanda de oposición o ésta ha sido esta desechada. El mismo derecho podrá ser ejercido por el ejecutante cuando se tratare de destruir la obra hecha en cumplimiento de una obligación de no hacer.

Si comenzada la obra o su destrucción, éstas se abandonaren por el deudor sin causa justificada, el ejecutante podrá también hacer uso del derecho previsto en el inciso anterior.

En la misma resolución en que autorice al ejecutante, el oficial de ejecución fijará un plazo para que el deudor consigne los fondos para la ejecución o destrucción de la obra, bajo apercibimiento de embargarle bienes suficientes para cubrir dichos costos.

2. De la ejecución

Art. 996. Si el ejecutado no dedujere demanda de oposición, o habiéndola deducido ésta hubiere sido rechazada, y se encontraren vencidos los plazos establecidos para el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer según correspondiere, el oficial de ejecución efectuará las gestiones necesarias para dicho cumplimiento, conforme a lo previsto en los artículos siguientes.

Art. 997. Tratándose de la suscripción de un acto o contrato, el oficial de ejecución reducirá a escritura pública el texto a que se refiere el artículo 992, número 1°, que no haya sido objetado dentro de plazo; gestionará su firma por el ejecutante y la suscribirá en representación legal del ejecutado.

Se encargará asimismo de su inscripción en los registros respectivos en todos los casos en que el título sea de aquellos que deba o pueda inscribirse. Todos los gastos y costas que genere el cumplimiento de esta obligación serán de cargo del ejecutado.

Art. 998. Tratándose de la ejecución de una obra material o de su destrucción, si el ejecutante hubiere obtenido la autorización del oficial de ejecución para hacer ejecutar estos trabajos por un tercero a expensas del deudor y éste no hubiere consignado su importe en el plazo fijado para ello, procederá dicho oficial a embargar y realizar bienes suficientes del deudor, siguiéndose el procedimiento de apremio para el cumplimiento de obligaciones de dar, sin derecho a nueva oposición. Con todo, el ejecutante, podrá anticipar los fondos y tendrá derecho a resarcirse con el producto de la realización de los bienes embargados al deudor.

Actualidad Juridica 28.indd 182 10-07-13 18:34

Agotados los fondos disponibles, podrá el ejecutante solicitar al oficial de ejecución un aumento de ellos, justificando que ha habido error en el presupuesto o que han sobrevenido circunstancias imprevistas que aumentan el costo de la obra. En tales casos se procederá en la forma prevista en el inciso precedente.

El oficial de ejecución será responsable de velar porque la contratación de los terceros que deban ejecutar o destruir la obra se ajuste al presupuesto aprobado, y en general fiscalizará su correcta ejecución, hasta la recepción o entrega definitiva de la misma. El ejecutante que hubiere sido autorizado a ejecutar las obras o bien el oficial de ejecución en su caso, deberán rendir cuenta detallada y documentada de su gestión.

Si el ejecutante hubiere optado por requerir apremios contra el deudor para la ejecución de las obras materiales, éstos se harán efectivos con autorización u orden del tribunal. Si las multas impuestas al deudor no fueren solucionadas, el oficial de ejecución procederá en la forma prevista en el inciso primero de este artículo, hasta su total resarcimiento.

Art. 999. Si se tratare de la ejecución de una obligación personalísima, es decir, una de aquellas que solo el ejecutado estuviere en situación de realizar, y éste no hubiere dado inicio a su ejecución dentro de los plazos establecidos en la decisión de ejecución, el ejecutante podrá solicitar al tribunal que establezca el importe pecuniario sustitutivo de dicha prestación, conforme al procedimiento establecido en el artículo 986, o bien podrá instar por la aplicación de los apremios previstos en el artículo 274.

Si optare por la primera alternativa, una vez establecido por resolución judicial el importe sustitutivo de la obligación, el oficial de ejecución procederá a embargar y realizar bienes suficientes del deudor, siguiéndose el procedimiento de apremio para el cumplimiento de obligaciones de dar, pero sin derecho a nueva oposición.

Art. 1000. Tratándose de una obligación de no hacer que se convirtiere en la de destruir la obra hecha, se procederá en los mismos términos que para la ejecución de una obra material previstos en el artículo 998.

Artículo final. Esta ley entrará en vigencia tres meses después de su publicación en el Diario Oficial.

Se exceptúan las modificaciones a los Títulos I y II del Libro Tercero, las normas contempladas en el Libro Quinto, nuevo y, en general, las que consideran la intervención del oficial de ejecución, todas las cuales entrarán a regir conjuntamente con la ley orgánica que regule a dichos auxiliares de la administración de justicia.

Actualidad Juridica 28.indd 183 10-07-13 18:34

Asimismo, los procesos o solicitudes iniciados ante los tribunales de justicia a la fecha de entrada en vigencia de esta ley continuarán rigiéndose por el procedimiento aplicable al momento de notificarse la demanda o de proveerse la solicitud respectiva, hasta la dictación de sentencia de término.

Actualidad Juridica 28.indd 184 10-07-13 18:34

Ensayos y estudios

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Jurídica 28.indd 185 10-07-13 18:34

SOBRE DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

Pablo Rodríguez G.
Decano
Facultad de Derechol
Universidad del Desarrollo

Con fecha 24 de Julio de 2012 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación. Como ya es habitual entre nosotros, esta normativa tuvo origen en hechos de honda repercusión pública que conmovieron, no sin razón, a nuestros legisladores. Particularmente grave se consideró por la ciudadanía el asesinato de un joven homosexual, que fue brutalmente golpeado por un grupo de muchachos por el solo hecho de su condición sexual. La ley que comentamos constituye, entonces, una justificada reacción social ante esta dramática situación. De más está agregar que este delito sirvió para hacer conciencia sobre la necesidad de encarar esta situación con un criterio más humanitario.

Comencemos por reconocer que la técnica legislativa que se emplea define, al comienzo de cada artículo, el contenido de mismo, facilitando, a nuestro juicio, la recta interpretación de la presente normativa.

***

I. Propósito de la ley.

El artículo 1 define el propósito que persigue este estatuto, señalándose que este tiene *"como objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria."* Lo anterior da cuenta de un propósito adjetivo o procesal, más que de un mandato sustancial llamado a rechazar la discriminación arbitraria. De esta manera se desdeñó, a nuestro juicio, una buena oportunidad para fortalecer y hacer primar los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales sobre *"derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana",* como reza el inciso 2° del artículo 5 de la Carta Política Fundamental, y las leyes en general.

No parece ser el enriquecimiento de los recursos procesales lo que motivó la preocupación pública, sino la necesidad de considerar esta figura *("discriminación arbitraria"),* como una manifestación clara del quebrantamiento de la filosofía que inspira el reconocimiento de los derechos de los gobernados. Desde

Actualidad Juridica 28.indd 187 10-07-13 18:34

esta perspectiva, la existencia de la ley que analizamos debió dejar perfectamente sentado que la *"discriminación arbitraria"* constituye, por sí misma, un atentado a la garantía consagrada en el N°3 del artículo 19 de la Constitución y demás derechos reconocidos en el sistema jurídico. Agregamos, aun, que la discriminación arbitraria que se sanciona está circunscrita al ejercicio de los derechos amparados en el texto constitucional y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y que versan sobre derechos esenciales que emana de la naturaleza humana, restricción que se evidencia de la sola lectura del artículo siguiente.

Lo que advertimos precedentemente, queda de manifiesto al considerarse el inciso 2° del artículo 1, ya que impone, a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, en el ámbito de su competencia, ***"elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Constitución Política de la República, las leyes y tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".***

De lo dicho se desprende que la ley tiene horizontes bien restringidos, tanto más cuanto que el artículo 18 limita la interpretación del texto legal en el sentido que *"Los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes…."*

En consecuencia, una normativa que debería permear todo el sistema jurídico queda reducida al establecimiento de un *"mecanismo judicial"* y a la imposición a *"los órganos de la Administración del Estado",* de elaborar políticas antidiscriminatorias en lo que concierne al ejercicio de los derechos fundamentales que corresponden a las personas y que asegura la Constitución.

Particular interés nos merece el hecho de que se consigne en el texto legal los *"propósitos de la ley".* Cabe preguntarse a este respecto, ¿cuál es el alcance de esta declaración? La respuesta conduce, sin duda, a la conclusión que ella conforma un mensaje directo y dirigido a los jueces para que apliquen estas normas en función de sus fines (interpretación finalista). Así las cosas, no cabría la posibilidad de sostener que el concepto *"discriminación arbitraria"* se extiende y cubre todo el ordenamiento jurídico, impregnando plenamente, por así decirlo, la regulación relativa al ejercicio de los derechos conferidos por el sistema normativo. Como se analizará en lo que sigue, ello habría sido altamente beneficioso, reafirmando una interpretación extensiva no solo en relación al estatuto de los derechos fundamentales sino a todo derecho conferido a los imperados.

Cabe, sin embargo, reconocer que de poco sirve conferir derechos si éstos no van acompañados de los recursos destinados a permitir su pleno ejercicio. La práctica revela que ello redunda indefectiblemente en el desprestigio del orden

Actualidad Juridica 28.indd 188 10-07-13 18:34

jurídico. Por otra parte, hay que señalar que el recurso de protección no brinda amparo sino al inciso 4° del N°3 del artículo 19 de la Constitución, de modo que no cabe servirse de este medio tratándose de la *"igual protección de la ley"* en el ejercicio de los derechos del imperado. Tenemos la impresión que esta disposición y la *"igualdad ante la ley",* son las garantías constitucionales que mayor apoyo prestan a la erradicación de la discriminación arbitraria desde una perspectiva constitucional. Probablemente aquí radique la razón más poderosa para celebrar esta ley, en la medida que hace posible extender la defensa de derechos fundamentales que suponen para su recto ejercicio la existencia de un medio que repudie la discriminación arbitraria.

II. Definición de discriminación arbitraria.

Nuevamente la ley delimita su alcance, al señalar que *"para los efectos de esta ley se entiende por discriminación arbitraria…"* O sea, la definición que se intenta no va más allá de lo prevenido en esta normativa.

De acuerdo al artículo 2, *"se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que causen privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se fundan en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad y la discapacidad."*

De la letra de la ley se desprende que la definición atiende a dos elementos: a) la distinción, exclusión o restricción carente de justificación razonable; y b) la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales sobre derecho humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Como puede constatarse, concurre en la especie una **causa** (distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable), y un **efecto** (privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de uno derecho fundamental). Resulta obvio que la idoneidad de la causa se mide por la entidad del efecto, ya que si ella no genera la consecuencia descrita, no se configura la discriminación arbitraria. Asimismo, como se advirtió en lo precedente, la lesión real o potencial, debe estar referida a derechos específicos (aquellos consagrados en la Carta Fundamental o en los tratados internacionales sobre derechos humanos).

Actualidad Juridica 28.indd 189 10-07-13 18:34

Nótese que los factores que menciona la ley y sobre los cuales recae la distinción, exclusión o restricción de que es objeto la víctima de esta acción, son meramente enunciativos, aun cuando paradigmáticos, lo que se desprende de la frase *"en particular cuando se funden…"* Por lo mismo, puede la discriminación provenir de otros factores, distintos de los invocados en la ley, siempre que, a juicio de los jueces, sean suficientemente poderosos para provocar el efecto antes señalado. En todo caso, los factores indicados en el texto legal deben considerarse siempre como idóneos para generar una discriminación arbitraria.

Restringiendo, todavía más, el alcance de este precepto, se prescribe que las *"categorías a que se refiere el inciso anterior"* no pueden invocarse, en caso alguno, para *"justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o el orden público".* Dicho de otro modo, las leyes que incurran en discriminación arbitraria –sin perjuicio de que puedan ser atacadas mediante el recurso de inaplicabilidad según el caso– quedan al margen de las disposiciones de la ley N°20.609. Lo mismo ocurre cuando la discriminación arbitraria pueda justificarse en razón del *"orden público"*, lo cual nos conduce a una concepción un tanto difusa que se vincula al conjunto de normas jurídicas que constituyen los supuestos básicos y esenciales de la organización de la sociedad. Esta concepción permite al juez desplazarse con facilidad entre lo legítimo y lo ilegítimo, haciendo prevalecer siempre aquellas normas que conforman los pilares básicos del ordenamiento económico, social y político de la Nación. No puede preterirse el hecho de que el concepto a que alude la ley es relativo y dependerá del alcance que se le dé por parte de los jueces y los doctrinadores. Se desprende de ello que el *orden público* servirá para atenuar el rigor con que puede aplicarse y conceptualizarse el acto discriminatorio.

Finalmente, del inciso 3° del artículo 2 de la Ley N°20.609, inferimos que se contraponen a los criterios mencionados en el inciso 1°, las distinciones, exclusiones o restricciones, que puedan justificarse por el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental (siendo de presumir que en tal supuesto el conflicto que se suscita debe resolverse por otra vía diversa de la que ofrece esta ley). También en este caso se pone énfasis *("en especial")* en la preeminencia de determinados derechos, cuyo ejercicio, al parecer, excluye la *"discriminación arbitraria".* Se menciona al respecto el derecho a *"la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada"* (artículo 19 N°4 de la Constitución); *"la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbre y el orden público"* (artículo 19 N°6); la *"libertad de enseñanza* (que) *incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales"* (artículo 19 N°11), la *"libertad de emitir opinión y la de información, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio"* (artículo 19 N°12); *"el derecho de asociarse sin permiso previo"* (artículo 19 N°15); *"la libertad de trabajo y su protección"* (artículo 19 N°16); y *"el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que*

Actualidad Juridica 28.indd 190 10-07-13 18:34

no sea contraria a la moral, el orden público, o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen" (artículo 19 N°21) y *"en otra causa constitucionalmente legítima".* De la última parte de esta norma, se desprende que la discriminación arbitraria generará, más bien, una especie de derecho de residuo puesto que, ante un conflicto con otro derecho, prevalecerá éste por sobre aquél. Ignoramos si fue esta una consecuencia querida por el legislador.

Conviene destacar, en primer término, que la disposición que analizamos (inciso 3° del artículo 2 de la Ley N°20.609) incurre en un error al aludir al *"ejercicio legítimo de otro derecho fundamental",* ya que el ejercicio de un derecho es siempre legítimo. Cuestión distinta es concluir que al entrar en conflicto dos derechos (contradicción), prevalecerá uno de ellos, lo cual implica que el derecho inoperante, en la situación planteada, no existe como tal, por cuanto no pueden subsistir dos derechos opuestos radical e inconciliablemente. Al parecer esta alusión deriva de la falsa *"teoría del abuso del derecho"* que, a nuestro parecer, carece de sustentación suficiente, al desatenderse el interés que se trata de satisfacer y que constituye el elemento que determina la existencia de todo derecho subjetivo[1]. Insistimos en que un derecho se tiene o no se tiene, de suerte que su ejercicio será siempre legítimo si con ello se satisface el interés jurídicamente protegido al consagrarlo.

Lo que más llama la atención en esta nueva normativa es la composición de un bloque de derechos en cuyo ejercicio no cabe un acto de discriminación arbitraria (ya mencionados). Desde luego, ello implica que estos derechos prevalecerán siempre por sobre cualquier otro que se invoque, aun cuando al ponerlos en movimiento se incurra en una distinción, exclusión o restricción que carece de justificación razonable. ¿A qué obedece esta creación? Creemos que estos derechos constituyen lo medular del modelo político-económico que se instituye en la Constitución de 1980, puesto que aseguran las libertades más esenciales. En efecto, en lo personal se alude a la *inviolabilidad del hogar* (recuérdese que el hogar es el asiento de la familia y ésta el núcleo fundamental de la sociedad), a la *libertad de conciencia y de culto, y al derecho de opinión e información.* En el plano social a la *libertad de enseñanza, de asociación, de trabajo, de emprendimiento económico.* En otras palabras, se trata de aquellos derechos que conforman una comunidad de hombres libres y que, por lo mismo, no admiten restricciones ni cortapisas que los condicionen o limiten en términos

[1] Sobre esta materia nos remitimos al contenido del libro "El abuso del derecho y el abuso circunstancial", Editorial Jurídica de Chile. Año 1998. En dicha publicación se analiza el contenido de los derechos subjetivos (como un interés jurídicamente protegido por el derecho objetivo), para concluir que si el derecho se ejerce sin la intención de satisfacer el interés jurídicamente protegido o desviándolo o excediéndolo, no nos hallamos ante una situación de derecho sino de hecho (de facto no de iure). Quien ejerce un derecho no ofende a nadie y el daño que experimenta el sujeto pasivo (deudor u obligado) es la contrapartida necesaria e ineludible del beneficio que corresponde al sujeto activo (pretensor o acreedor).

Actualidad Juridica 28.indd 191 10-07-13 18:34

de afectar su esencia (garantía además regulada en el N°26 del artículo 19 de la Carta Política). Es, sin duda, sintomático que dichos derechos no puedan limitarse invocando un acto de discriminación arbitraria.

No podemos menos que destacar el hecho de que el Código del Trabajo, en su artículo 2 inciso 3° y 4° –introducidos por Ley N°19.759 de 5 de octubre de 2001– señala textualmente: *"Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación".*(Inciso 3°). *"Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o diferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación."* (Inciso 4°). De lo trascrito se sigue que, indudablemente, la definición de discriminación arbitraria que se contiene en la Ley N°20.609, está inspirada en la disposición laboral precitada, que data del año 2001, y que se halla redactada prácticamente en los mismos términos. No puede afirmarse, entonces, que el alcance y sentido dado al acto de discriminación arbitraria en la legislación que comentamos, tenga aspectos originales dignos de destacarse.

Todavía más, debe agregarse que el Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V del Código del Trabajo, incorporado por Ley N°20.087 de 3 de enero de 2006, consagra el llamado "Procedimiento de Tutela Laboral" (artículo 485 y siguientes), mediante el cual se resuelven las cuestiones que se suscitan en la relación laboral por aplicación de estas normas cuando se afectan *"los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19"* número 1°, inciso primero, 4°, 5°, 6° inciso primero, 12 inciso primero, y 16°. Agrega el artículo 485: *"También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en el inciso sexto"* (ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero, vale decir, los factores de discriminación ya mencionados).

En suma, la situación en materia laboral es casi idéntica a la que se establece por medio de la Ley N°20.609. Desde esta perspectiva, la citada ley resulta absolutamente intrascendente en el ámbito laboral.

Un análisis más profundo del inciso 1° del artículo 2 permite percibir una preocupación especial del legislador por algunos valores especialmente significativos en la hora actual. Lo que se sanciona es *"toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable",* cuando ésta se funda en determinadas categorías. En verdad ello se presenta toda vez que la distinción, exclusión o restricción **recae** (no se funda), en determinadas circunstancias, "tales como"

Actualidad Juridica 28.indd 192 10-07-13 18:34

(lo cual pone de relieve la intención de dar mayor envergadura), la *raza o etnia, la nacionalidad, la situación socio económica, el idioma, la ideología u opinión política, etcétera.* Entre dichos factores parece primar lo relativo a la vida sexual del presunto discriminado, ya que se alude especialmente al sexo, la orientación sexual, la identidad de género y la apariencia personal (este último caso muy próximo a los anteriores). No es entonces un detalle que el título ciudadano de esta normativa evoque un asesinato unánimemente condenado por nuestra comunidad. No puede dejarse de lado el hecho de que este tipo de discriminación es consecuencia de una "cultura" en que ha predominado, sin contrapeso, un cierto rechazo a las conductas homosexuales, repulsa que sólo puede extirparse a través de la educación y a lo largo del tiempo. No es despreciable al aporte que esta ley haga en la dirección indicada, pero tampoco ella puede presentarse como una panacea para superar el problema, tanto más cuanto que la ausencia de sanciones efectivas y reparaciones oportunas, le dará muy escasa aplicación.

III. Casos en que la acción de no discriminación arbitraria es inadmisible.

El artículo 6° de la Ley N°20.609 se refiere a los casos en que no debe acogerse a tramitación esta acción y declararse inadmisible.

Desde luego, la reclamación debe ser interpuesta por la persona afectada, pero también puede interponerla *"cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando la víctima se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla".* El plazo para hacerlo es de **noventa días** que se cuentan desde la ocurrencia de los hechos o se tomó conocimiento de los mismos, pero en ningún caso podrá deducirse luego de transcurrido un año de acontecida dicha acción u omisión. (Artículos 4° y 5°).

La primera causal de inadmisibilidad está contemplada en el artículo 6° letra a) y consiste en haber recurrido de protección o amparo. Lo indicado revela que los fines de estas acciones apuntan a la obtención de una misma tutela y que la interposición de una de las acciones constitucionales de los artículos 20 y 21 de la Carta Fundamental satisface la necesidad de protección ante acciones de discriminación arbitraria. En otros términos, la coexistencia de estas acciones sería redundante e innecesaria. La ley exige, en todo caso, que los recursos de protección y amparo hayan sido declarados admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido con posterioridad. Asimismo, es inadmisible esta acción en el supuesto que el titular de la misma haya recurrido al procedimiento de tutela laboral de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo. La ley

Actualidad Juridica 28.indd 193 10-07-13 18:34

prevé, en el inciso final del artículo 6°, que, en el evento de que la acción por discriminación arbitraria haya sido acogida a tramitación y con posterioridad se deduzca un recurso de protección o emparo, *"la acción terminará por ese solo hecho".* Conviene advertir que para que este tipo de caducidad se produzca, será necesario que los indicados recursos sean declarados admisibles, puesto que es éste el presupuesto esencial contenido en la norma que comentamos.

La segunda causa de inadmisibilidad (letra b del artículo 6° citado) se presenta toda vez que se impugnen los contenidos de las leyes vigentes. Esto implica que no procede la tutela cuando el acto discriminatorio deriva de lo ordenado en una disposición legal (se presume que el legislador no incurre en discriminación arbitraria). Ante este escollo, sólo cabe atacar la ley mediante un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el cual deberá deducirse a propósito de una acción ordinaria que haya dado lugar a una gestión o juicio pendiente del conocimiento de un tribunal ordinario o especial (artículo 93 de la Constitución). En otros términos, no es dable sostener que el acto discriminatorio deriva de lo dispuesto en un precepto legal (si el legislador sanciona los actos discriminatorios existen buenas razones para suponer que no los ampara).

La tercera causa de inadmisibilidad (letra c del mismo artículo 6°) se funda en el hecho de que por intermedio de la acción de no discriminación arbitraria, *"se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la Constitución o la ley".* En verdad, esta causal es oscura desde un punto de vista procesal. ¿A qué sentencias se refiere la ley? Si la objeción proviene de un recurso deducido en contra de una sentencia que no se halla ejecutoriada, no puede negarse a la parte agraviada la posibilidad de alegar un acto de *discriminación arbitraria* para lograr su revocación. A la inversa, si la sentencia que se objeta está ejecutoriada, no cabe la objeción cualquiera que sea la razón que se invoque, atendido el estado procesal de la sentencia. Cabe preguntarse, todavía, si puede deducirse la acción contra un tribunal de disciplina de un cuerpo social intermedio (colegio profesional, fundación o corporación, organización sindical o gremial, etcétera). Aparentemente, lo que la ley impide es objetar, por este medio, cualquier sentencia que emane de un órgano que legítimamente ejerza sus funciones al amparo de la Constitución o la ley, lo cual pudiera resultar excesivo. Así las cosas, no sería esta acción un medio idóneo para alterar los procedimientos a que deben ajustarse los cuerpos intermedios para el control disciplinario de sus miembros. En suma, la intención de la norma es marginar a las sentencias dictadas por los tribunales creados por la Constitución o la ley, de un reproche que se funde en un acto de discriminación arbitraria. Para salvar esta interpretación extensiva, cabe sostener la necesidad de distinguir entre el *acto discriminatorio* y la interposición de la *acción sobre no discriminación arbitraria* que reglamenta la Ley N°20.609. El primero *(acto discriminatorio),* puede alegarse como excepción o defensa en la tramitación de cualquier juicio que se siga ante un tribunal creado por la Constitución o la ley. En el segundo caso

Actualidad Juridica 28.indd 194 10-07-13 18:34

(interposición de la acción por no discriminación arbitraria), no cabe deducirla tratándose de un acto discriminatorio contenido en una sentencia de tribunal legalmente instalado. Sin duda, parece haber sido esta la finalidad que persigue la inadmisibilidad que comentamos.

La cuarta causal (letra d de la norma invocada) opera cuando la acción de no discriminación arbitraria *"carezca de fundamento".* En tal caso el juez deberá decretarla por resolución fundada. Esta causal es novedosa en razón del tiempo en que puede hacerse valer, ya que supone que, deducida la demanda respectiva, se abre una instancia de admisibilidad para calificar la solidez jurídica de su fundamentación. Creemos que ello es útil, ya que si se evidencia la falta de consistencia jurídica de la pretensión, no tiene sentido agotar la tramitación, extendiendo indebidamente la fase judicial. En este orden de cosas, somos decididos partidarios de ampliar esta fase sobre examen de admisibilidad, transformándola en un principio general, todo ello con el objeto de evitar que nuestros tribunales de justicia sirvan para el logro de objetos diversos de aquellos que corresponden.

La quinta causal (letra e del artículo 6°) se presenta *"cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo".* En este supuesto la acción se ha extinguido por caducidad, razón por la cual el afectado podrá iniciar otras de acciones, pero no impugnar el acto por *discriminación arbitraria* mediante el procedimiento consagrado en la normativa que comentamos.

Complementa esta regulación legal, lo que ordena el artículo 13, según el cual puede deducirse recurso de apelación contra la resolución que declara inadmisible la acción de no discriminación arbitraria, debiendo la Corte de Apelaciones respectiva dar a este recurso una tramitación preferente para su vista y fallo.

IV. Suspensión provisional del acto reclamado.

Para hacer efectivo este procedimiento, el artículo 7° dispone que en cualquier estado del juicio, podrá el afectado solicitar la *"la suspensión provisional del acto reclamado".* Se trata, sin duda, de una medida cautelar específica cuyo objeto es evitar que el acto impugnado pueda causar daño antes de que el tribunal califique su legitimidad. En lugar de remitirse a lo previsto en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, que exige acompañar, para los efectos de decretar una medida precautoria, *"comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama"*, lo cual resultaría más coherente, el legislador optó por la *"apariencia de derecho"* y la circunstancia de que la ejecución del acto impugnado *"haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior".* En la forma indicada, queda el juez en situación de evaluar discrecionalmente el otorgamiento de la medida cautelar.

Actualidad Juridica 28.indd 195 10-07-13 18:34

Complementa esta regulación un inciso segundo que –siguiendo siempre la reglamentación de las medidas precautorias en el ordenamiento civil–, dispone que la suspensión provisional puede ser revocada, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del juicio, cuando ella no se justifique. Vale decir, se reconoce el carácter esencialmente provisional de la misma.

Creemos que esta materia debió quedar sujeta a las normas generales relativas a las medidas precautorias y que no era necesario darle una reglamentación especial, por lo demás, muy semejante a la contenida en el Código de Procedimiento Civil. No contemporizamos con la tendencia a descodificar una serie de disposiciones que, sometidas a las reglas generales, quedarían mejor reguladas. Con todo, parece conveniente asegurar las resultas de la acción, aun por medio de normas reiterativas, dejando sentado, desde luego, que se trata de medidas de emergencia para encarar situaciones extraordinarias y especialmente graves.

V. Sobre los medios de prueba.

Prescindiendo de aspectos meramente procedimentales, es útil detenerse en las disposiciones relacionadas con la prueba.

Desde luego, llama la atención la disposición del artículo 10, conforme a la cual *"serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe."* Queda, por lo tanto, excluida la prueba ilícita, vale decir, la obtenido transgrediendo la ley.

Esta cuestión plantea, en el orden civil, una justa inquietud. Lo primero que cabe advertir a este respecto es que no parece lógico asimilar la "prueba ilícita" en el ámbito civil y en el ámbito penal. Lo anterior porque la "prueba ilícita" en el primero (ámbito civil) sólo tiene tal carácter cuando se ha conseguido mediando la comisión de un delito, en tanto que en el segundo (ámbito penal), cuando para obtenerla se ha infringido la ley de cualquier manera. Por lo tanto, el responsable de la comisión de un delito para los efectos de traer a juicio civil un cierto medio de prueba, responderá penalmente, pero el antecedente develado surtirá plenos efectos probatorios.

Lo que proponemos no es pacífico. A nuestro juicio, condenar criminalmente a una persona valiéndose de una "prueba ilícita" compromete gravemente la seguridad jurídica que, bien o mal, es una de las bases esenciales del Estado de Derecho. No ocurre lo mismo en el plano civil, ya que expuesto que sea un antecedente que afecta una determinada situación jurídica intersubjetiva, no resulta justo prescindir de su mérito a pretexto de que se obtuvo por medio de la

Actualidad Juridica 28.indd 196 10-07-13 18:34

comisión de un delito, el cual deberá ser sancionado en la sede que corresponde. Un ejemplo aclarará nuestra posición. Si un sujeto entra en morada ajena para sustraer una escritura pública o privada de mérito determinante para resolver una contienda civil: ¿puede desestimarse dicho instrumento por el solo hecho de haber sido obtenido ilegalmente? ¿A la sanción penal que lleva aparejada dicha conducta debe agregarse la sanción civil, eliminando este antecedente determinante para resolver la contienda? Por otra parte, cualquiera que sea la posición que sustentemos en este tema, quedará pendiente la difícil disyuntiva en que pondremos al tribunal que, conociendo la verdad de los hechos, en virtud de un cierto antecedente llevado a juicio con infracción de ley, no podrá juzgar en consideración a él. En cierta medida, confrontaremos la verdad con la formalidad procesal.

Sin duda, se trata de cuestión que merece un análisis más riguroso. De aquí que no parezca conveniente, de una plumada, excluir de este procedimiento la prueba ilícita

Finalmente, el último inciso del artículo 10 prescribe que *"el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica".* Como es sabido, esta concepción fue acogida en el Código Procesal Penal –artículo 297– conforme el cual *"Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados".* La misma disposición exige que el tribunal se haga cargo de la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desechado, *"indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo".* Como puede constatarse el tribunal actúa libremente, pero debiendo respetar tres restricciones precisas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia, y con la obligación de fundar razonablemente sus conclusiones. De aquí nuestro planteamiento en orden a que en materia civil debería optarse, para la apreciación de la prueba, por la convicción razonada del juzgador[2].

Nuestra doctrina jurídica se halla hondamente influida por el derecho anglosajón. De ello, creemos nosotros, deriva la preocupación por la prueba ilícita que, en no pocos casos, se obtiene sobrepasando los derechos fundamentales. Por ende, no existe una fórmula única para solucionar esta materia. Para darle un tratamiento adecuado, es necesario distinguir la naturaleza de la prueba

[2] La doctrina procesal ha planteado esencialmente tres sistemas para la apreciación de la prueba. El sistema de tarifa legal (o prueba valorada en la ley); el sistema de libre apreciación de la prueba, llamada también de apreciación razonada, de libre convicción y de prueba racional; y el sistema de la sana crítica. En nuestro derecho procesal civil el mérito probatorio está determinado en la ley, debiendo el juez someterse a ello, salvo respecto del informe de peritos que se aprecia conforme la reglas de la sana crítica y la facultad especial que se le otorga en caso que existan pruebas contradictorias, debiendo preferir en tal supuesto "las que crean más conforme con la verdad" (artículo 428 del Código de Procedimiento Civil).

Actualidad Juridica 28.indd 197 10-07-13 18:34

obtenida (así, por ejemplo, no puede tratarse de la misma manera la sustracción de una carta personal que el texto de un testamento retenido por uno de los interesados con el propósito de que no se conozca y no se aplique); los derechos que se lesionan para conseguirla; el provecho que ella reporta a quien se la procura; los beneficios comprometidos; incluso, el espíritu de justicia o la mala intención con que se procede. Como puede apreciarse es un tema pendiente que deberá resolverse por la jurisprudencia primero y la ley con posteridad.

VI. Sobre la sentencia.

De lo dispuesto en el artículo 12 se desprende el objeto y contenido de esta acción lo cual, en cierta medida, resulta anómalo.

En efecto, la ley dispone que la sentencia *"declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en este último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto"*. Acto seguido, agrega: *"Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado."* En consecuencia, la *acción por no discriminación arbitraria* sólo alcanza al acto u omisión atacado y no se extiende a otras pretensiones y derechos. Se trata, por lo mismo, de dejar el acto sin efecto u ordenar que la omisión sea subsanada. Podría afirmarse, entonces, que la ley que comentamos regula una acción ***"de emergencia"*** que apunta al acto –positivo o negativo– y no a sus efectos directos o laterales.

En inciso 2° de esta disposición sanciona a la persona directamente responsable del acto u omisión discriminatoria, con *"una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal."* A su vez, el inciso 3°, en el evento de que la sentencia estableciera que la denuncia *"carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal."*

No cabe, entonces, reclamar una reparación pecuniaria a través de este procedimiento ni alterar una situación de hecho que haya podido generarse[3]. Desde este punto de vista, la Ley N°20.609 es de una muy pobre proyección práctica. Sin anticipar conceptos, parece conveniente advertir que al establecerse multas a beneficio fiscal, se consigue desincentivar a las personas para lograr

[3] Supongamos que una empresa inmobiliaria ha desplegado una campaña destinada a la venta de casas y departamentos, dejándose establecido que no podrán acceder a estos bienes raíces personas de una determinada nacionalidad. Acogida la acción de no discriminación arbitraria, la imagen queda latente y no existe posibilidad de exigir una campaña rectificadora. Lo propio puede decirse de un motel, un restaurant u otro establecimiento.

Actualidad Juridica 28.indd 198 10-07-13 18:34

un provecho económico acudiendo a este procedimiento, lo cual aumentaría la litigiosidad en desmedro de la actividad de los tribunales y de la paz social. De anterior se infiere que cualquier daño patrimonial o extrapatrimonial que cause el acto discriminatorio, debe perseguirse por medio de las acciones ordinarias de lato conocimiento. Lo que señalamos no se justifica si se tiene en consideración que con la interposición de la demanda se abre un juicio, aun cuando sumarísimo, en el cual puede recibirse la causa a prueba y rendirse aquella ofrecida por las partes (artículos 8°, 9°, 10 y 11). Lo indicado, ciertamente, desalentará a los afectados, interesados no solamente en impugnar el acto discriminatorio, sino obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que éste pueda haberles ocasionado.

Atendida la importancia de erradicar este tipo de actos, pudo introducirse en este estatuto la posibilidad de reclamar por *"daño punitivo"* (permitiéndose una prestación pecuniaria en favor de la víctima como medida ejemplarizadora y de repercusión social). Sin embargo, todos estos beneficios especiales, concedidos en función de un litigio, son repudiados por nuestro legislador, habida consideración de que ellos, como ya se manifestó, aumentan los litigios, transformando los pleitos en fuente de lucro personal. A este rechazo se debe, entre otras instituciones, lo prevenido a propósito de la cesión de derechos litigiosos (artículo 1913 del Código Civil), en que se limitan las expectativas económicas del cesionario al valor que éste haya dado por el derecho cedido.

VII. Modificación de otros textos legales.

Probablemente, lo más novedoso de esta normativa está contenido en los artículos 15, 16 y 17 de la ley. Se trata en ellos sobre la modificación del Estatuto Administrativo, del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y del Código Penal. Las dos primeras modificaciones tienen por objeto adecuar dichas normas a la Ley N°20.609 de manera que las Leyes N°18.834 y 18.883 puedan integrarse al sistema sin interferencias ni contradicciones.

La modificación del Código Penal reviste, sin duda, mayor importancia, puesto que se agrega a su artículo 12, una nueva circunstancia agravante, bajo el N°21, del tenor siguiente: *"Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza etnia, o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca."* Indudablemente, existen razones poderosas para agravar la comisión de un delito toda vez que el móvil del hechor radique en un acto de discriminación arbitraria. Desde esta perspectiva, la agravante introducida tiende a moralizar la vida social al sancionar con mayor rigor a quienes cometen el delito impulsados por alguno de los elementos constitutivos de discriminación arbitraria.

Actualidad Juridica 28.indd 199 10-07-13 18:34

Cabe, sin embargo, hacer dos observaciones. No coinciden, estrictamente, los factores aludidos en el artículo 2° de la Ley N°20.609 con los que tipifican la agravante del N°21 del artículo 12 del Código Penal. Por ende, algunos de estos elementos quedarán al margen del agravamiento del hecho punible por aplicación del *"principio de tipicidad".* Tal ocurre, por ejemplo, con la *"situación socioeconómica",* y *"la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas".* Por lo tanto, existirán actos de discriminación arbitraria que no implican un agravamiento de la responsabilidad penal. Por otra parte, el artículo 2° de la Ley N°20.609 define el acto discriminatorio, aludiendo a ciertos elementos (raza, sexo, género, edad, etcétera), pero con carácter meramente enunciativo, como ya se explicó. ¿Cabe preguntarse si puede la agravante del N°21 del actual artículo 12 del Código Penal, extenderse a otros elementos que queden comprendidos en la definición de acto discriminación arbitraria, pero no especificados en su texto? La respuesta es negativa, ateniéndose siempre a la aplicación del *"principio de tipicidad."* En consecuencia, fuerza reconocer que actos claramente discriminatorios quedan al margen del agravamiento de responsabilidad. Habría sido conveniente, por lo menos, hacer coincidir los factores de discriminación contenidos en el artículo 2° de la Ley N°20.609 con los contemplados en el N°21 del artículo 12 del Código Penal.

VIII. Acción de no discriminación arbitraria y recurso de protección.

Se ha planteado por los comentaristas la utilidad de este procedimiento especial para los efectos de sancionar los actos discriminación arbitraria, en presencia de un recurso –más bien acción constitucional– de protección. ¿Se trata acaso de una legislación innecesaria y redundante, puesto que dichos actos pueden ser atacados mediante la interposición del recurso de protección?

Si se analiza la definición del artículo 2° de la Ley N°20.609 se llegará a la conclusión que un acto que *implique distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable,* efectuado por agentes del Estado o particulares y que cause *privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de los derechos fundamentales,* necesariamente implicará una lesión a la garantía constitucional de *"igualdad ante la ley"* (consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución) y a la garantía de *"igual protección de la ley en el ejercicio de (los) derechos"* (consagrada en el artículo 19 N°3 de la Constitución). A lo anterior debe agregarse que varios de los elementos discriminatorios a que nos hemos referido, afectan otras garantía, como, por ejemplo, la *"la libertad de conciencia", "la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa", "el derecho de asociarse sin permiso previo", "la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica",* etcétera. No es excesivo sostener, entonces, que la Ley N°20.609, salvo en cuanto imperfectamente modifica

Actualidad Juridica 28.indd 200 10-07-13 18:34

tres cuerpos legales, no se justifica, no enriquece nuestro sistema jurídico y constituye, más bien, una manifestación política encaminada a reforzar ciertos valores, circunstancialmente exacerbados por hechos para todos lamentamos.

A lo señalado habría que agregar, todavía, que el recurso de protección, actualmente reglamentado por el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de 24 de Junio de 1992, no reviste el carácter de juicio –como sucede con la acción de no discriminación arbitraria– y, por lo mismo, permite obtener una decisión judicial oportuna y no dilatada en el tiempo. Por vía de ejemplo, la causa promovida por discriminación arbitraria, en el evento de que hubiere hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, debe recibirse a prueba. La ley dispone que esta resolución podrá impugnarse mediante recurso de reposición y apelación subsidiaria. Recibida la causa a prueba, la lista de testigos deberá presentarse dentro de tercero día, debiendo el tribunal fijar una fecha para la recepción de la misma, la cual debe tener lugar –dice la ley– entre el quinto y décimo quinto día hábil posterior a la indicada resolución, pudiendo extenderse cuando no fuere suficiente para completar la diligencia y, aun, las partes de común acuerdo suspenderla.

A la inversa, tratándose de un recurso de protección, el N°5 del Auto Acordado, dispone que la respectiva Corte de Apelaciones, *"para mejor acierto del fallo (se) podrá decretar todas las diligencias que el Tribunal estime necesarias."*

Agreguemos a lo señalado que tratándose en la acción de no discriminación puede solicitarse la *"suspensión provisional del acto reclamado",* en tanto, en el recurso de protección puede solicitarse y decretarse *"orden de no innovar"* lo cual, por cierto, amplía considerablemente las atribuciones del fallador. Asimismo, la sentencias pronunciadas por las Cortes de Apelaciones, son apelables para ante la Corte Suprema, en tanto las que se dictan en los juicios por discriminación arbitraria son apelables para la ante la Corte de Apelaciones.

A tal extremo llega la similitud del juicio por acto de discriminación arbitraria y el recurso de protección, que el artículo 6° de la Ley N°20.609 los hace incompatible (la acción de no discriminación arbitraria es inadmisible si el afectado ha deducido recurso de protección o amparo).

En síntesis, se trata en la especie de dos medios procesales para atacar un acto de la misma naturaleza, uno de rango constitucional y el otro de rango legal.

IX. Enjuiciamiento crítico de la Ley N° 20.609.

Ante tantas falencias de nuestra legislación procesal civil, resulta difícil comprender la conducta de nuestros poderes colegisladores, al parecer, impulsados

Actualidad Juridica 28.indd 201 10-07-13 18:34

por móviles circunstanciales de carácter político y social. Los llamados actos de discriminación arbitraria, definidos originalmente en el artículo 2° del Código del Trabajo y sancionados en los artículos 485 y siguientes del mismo cuerpo legal (Procedimiento de Tutela Laboral), pueden ser impugnados mediante el recurso de protección con mayor celeridad y efectividad. Por lo tanto, fuerza creer que la Ley N°20.609 constituye más un testimonio legislativo para reafirmar ciertos valores, cada día más caros en nuestro país, que un estatuto moderno para hacerlos prevalecer.

Habría sido deseable concentrar en un procedimiento la sanción aplicable a los actos de discriminación arbitraria y los efectos que de ellos se siguen, en lugar de limitar la competencia del juez a la declaración de si ha existido o no el acto de discriminación arbitraria, a dejarlo sin efecto si se hubiere producido, a evitar su reiteración y a ordenar la realización del acto omitido fijando un plazo perentorio para su realización, todo ello sin perjuicio de aplicar una sanción pecuniaria al autor del acto u omisión y, eventualmente, al recurrente cuando la denuncia carece de todo fundamento. A nuestro juicio, tan importante como la constatación del acto discriminatorio es encarar los efectos del mismo, especialmente cuando ellos redundan en desmedro material o moral de la víctima.

En todo caso, estamos conscientes de que las multas aplicables a beneficio fiscal, despejan el peligro de una litigación lucrativa. Para nadie es un misterio que si la multa se estableciera en beneficio del afectado, aumentaría los juicios fundados en antecedentes falsos y pre constituidos para este solo efecto.

Tampoco debe ignorarse que para reclamar los perjuicios que provoca un acto de discriminación arbitraria será necesario iniciar un juicio de lato conocimiento con todo lo que ello significa.

Si efectivamente se aspira a erradicar los actos de discriminación arbitraria debe buscarse una fórmula que facilite la manera de hacer valer la responsabilidad del autor y ello sólo podrá conseguirse allanando el camino judicial a la víctima. Esta debió haber sido la frontera de la ley que establece medidas contra la discriminación. Me temo, en consecuencia, que ella tendrá escasa aplicación en la vida práctica.

X. Los informes de la Corte Suprema.

No puede dejarse de recordar que la Corte Suprema emitió cinco informes durante la tramitación de este proyecto de ley, todo ello en conformidad al artículo 77 de la Constitución y 16 de la Ley N°18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Actualidad Juridica 28.indd 202 10-07-13 18:34

En informe emitido el 3 de mayo de 2005 expresa: *"….este tribunal es de opinión que el derecho a la no discriminación está suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer acciones adicionales y especiales para su resguardo".*

En informe emitido el 15 de noviembre de 2005, luego que la Cámara de Diputado introdujera varias modificaciones al proyecto original, la Corte Suprema expresa: *"En conclusión y teniendo en consideración que el proyecto en análisis no altera sustancialmente el contenido de la acción especial de no discriminación ya analizada por esta Corte, es necesario informar el presente proyecto, en los mismos términos negativos que se expresaron en el oficio N°58 antes aludido".* (Informe de 3 de mayo de 2005).

En informe emitido con fecha 23 de enero de 2007 la Corte Suprema en el acápite de conclusiones expresa: *"…pese a que este Tribunal, en el proyecto original y en otras modificaciones sobre el asunto, no estuvo de acuerdo con la acción especial que contempla, por estimar que era suficiente la acción constitucional de protección, ante la insistencia en su procedencia y como se advierte en lo sustantivo, que se clarifica el ámbito de aplicación de este arbitrio especial contra la discriminación y, en lo procesal, se expresa que interpuesta la acción la protección precluye el ejercicio que contempla la iniciativa legal, privilegiando de este modo el estatuto constitucional y corregidos, además, los otros reparos adjetivos advertidos por esta Corte, es que emite un pronunciamiento favorable al proyecto en estudio…."* Acto seguido, se hacen presente varias observaciones condicionando a ellas sus conclusiones.

En informe emitido con fecha 23 de junio de 2008, la Corte Suprema se manifestó contraria nuevamente al proyecto original y a las modificaciones introducidas en su tramitación *"por estimar que era suficiente la acción constitucional de protección", señalando al respecto: "1.- El proyecto, en su redacción final propuesta por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del H. Senado,* ***no acoge las observaciones formuladas por la Corte en anteriores informes****, en particular en los siguientes aspectos: i) Incompatibilidad de la acción de discriminación arbitraria con el recurso de protección; ii) Procedencia del recurso de apelación; iii) Reducción del carácter inquisitivo del procedimiento; iv) Apreciación de la prueba conforme la sana crítica. 2.- Se mantiene vigente la observación formulada por el máximo tribunal en su primer informe, relativa a la falta de concordancia entre el proyecto y la normativa sobre discriminación en materia laboral, contenida en el artículo 2 del Código del Trabajo (disposición reformada por la ley N°19.759, de 5 de octubre de 2001). En efecto, de prosperar el proyecto habría diferentes tribunales que conocerían de la materia, a través de procedimientos igualmente disímiles. Lo anterior, especialmente teniendo presente que debido a que las infracciones al Código del Trabajo en materia de discriminación son de competencia de los tribunales del ramo, a través del procedimiento de tutela laboral, y, en cambio, la acción especial*

Actualidad Juridica 28.indd 203 10-07-13 18:34

de no discriminación sería conocida por las Cortes de Apelaciones." Concluye este informe señalando: *"Finalmente, se hace presente –como ha informado esta Corte en proyectos anteriores– que se hará necesario suplementar los recursos que financian la actividad del Poder Judicial, atendida la mayor carga de trabajo que traerá consigo el aumento del ingreso de causas a los tribunales de justicia.*

Por último, en informe del 29 de julio de 2011, la Corte Suprema mantiene su posición anterior manifestando que: *"Que, en esta oportunidad, la Corte Suprema emite su parecer en el mismo sentido que lo hiciera originalmente, de acuerdo a lo informado en el Oficio N°58, de 3 de mayo de 2005, en orden a que el derecho a la no discriminación se encuentra suficientemente abordado, regulado o cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, a través de las acciones constitucionales y legales pertinentes, como son el recurso de protección, de amparo económico, el procedimiento laboral de tutela de derechos fundamentales y la acción especial contemplada en el artículo 57 de la Ley N°20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer otras acciones adicionales y especiales para s resguardo".*

Como puede comprobarse, la Corte Suprema mantuvo, durante la tramitación de este proyecto de ley, una posición bien definida, en cuanto a que era innecesaria la dictación de esta normativa, porque las acciones y recursos para impugnar los actos de *discriminación arbitraria* se encontraban debidamente definidos, acotados y resguardados en nuestro ordenamiento. Por consiguiente, su aprobación constituye más bien un acto de reafirmación política que la satisfacción de una necesidad legislativa.

XI. Reafirmar la lucha contra la discriminación.

Creemos útil, para concluir este trabajo, poner acento en la necesidad de reforzar la voluntad de extirpar la producción de actos u omisiones de discriminación arbitraria. Toda conducta que implique distinguir, excluir o restringir los derechos de una persona puede ser perfectamente legítima en la medida que ello corresponda al ejercicio de un derecho. Pero cuando el móvil de esta distinción, exclusión o restricción carece de razonabilidad, sobrepasa los valores más preciados del sistema jurídico y lesiona derechos fundamentales, lo obrado se transforma en ilegítimo.

Como lo hemos afirmado repetidamente todo *"**derecho subjetivo**"* es un *interés jurídicamente protegido por el derecho objetivo.* A su vez, el ***"interés"*** puede conceptualizarse diciendo que es la *"proyección de un beneficio específico susceptible de adquirirse".* De lo dicho se desprende que todo interés jurídicamente protegido supone alcanzar el beneficio proyectado por medios legítimos y de acuerdo al orden jurídico.

Actualidad Juridica 28.indd 204 10-07-13 18:34

En este marco, no puede sostenerse, por consiguiente, que el ordenamiento jurídico proteja un interés carente de justificación razonable, con cuyo ejercicio se lesione un derecho fundamental consagrado en la Constitución o en los tratados internacionales sobre derecho esenciales que emanan de la naturaleza humana, ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes, como reza la Carta Fundamental. Por lo tanto, el acto de discriminación arbitraria es sustancialmente antijurídico, aun cuando pueda estar aparentemente revestido de fines y propósitos legítimos.

Hay que tener presente, a este respecto, que la razonabilidad es un concepto dinámico, propio de los valores y preferencias predominantes en cada tiempo y que debe ir adaptándose a la realidad de cada época. De aquí que la definición y proyección del *acto discriminatorio* requiera de un contenido valórico que puede definirlo la ley o el juez en el desempeño de su misión.

En otras palabras, el acto discriminatorio hunde sus raíces en los valores que inspiran cada tiempo y son una expresión elocuente de aquello que subyace en el seno de la sociedad.

Actualidad Juridica 28.indd 205 10-07-13 18:34

Algunos alcances sobre la protección de los datos de carácter personal.

Hugo Rosende Álvarez
Fernando José Rabat Celis
María Isabel Warnier Readi
Universidad del Desarrollo

Sumario: Este artículo ofrece una visión general de la protección de los datos personales en la legislación chilena, con énfasis en aspectos tales como los sujetos protegidos por la normativa vigente y los principios jurídicos aplicables en el uso o tratamiento de estos datos.

***

I. Introducción:

– Tratamiento de datos personales y derechos que deben ser resguardados.

El tratamiento de los datos personales en Chile está vinculado jurídicamente con la tutela del derecho de propiedad y la protección de la vida privada, enmarcándose en la tendencia, cada vez más creciente, para reconocer tales datos de carácter personal como un derecho de la personalidad.[1]

– Colisión o compatibilidad de derechos.

Los derechos que pueden entrar en colisión y que el intérprete debe buscar hacerlos compatibles son, por una parte, el derecho a la vida privada y el respeto a la honra de las personas y de la familia, consagrados en el artículo 19 Nº 4 de la C.P.R. y, por la otra, el derecho a la información, contemplado en el artículo 19 Nº 12 de la Carta Política.[2] Tales derechos exigen un equilibrio que debe resolverse fundado en razones de orden público[3], sin que ninguno de

[1] Pedro Anguita Ramírez, *La Protección de Datos Personales y el Derecho a la Vida Privada. Régimen Jurídico, Jurisprudencia y Derecho Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, págs. 107 y ss.

[2] En este mismo sentido, el artículo 11 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que: "*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*".

[3] El Tribunal Constitucional ha resuelto que: "*la privacidad, en sus variados rubros, por integrar los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, merece reconocimiento y protecciónexcepcionalmente*

Actualidad Juridica 28.indd 207 10-07-13 18:34

ellos sea menoscabado por el otro, aunque naturalmente puedan estar afectos a ciertas limitaciones.

Diversas normas legales se vinculan directa o indirectamente con esta materia, cobrando especial relieve las disposiciones contenidas en la Ley Nº 19.628, publicada en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1999 y sus modificaciones posteriores, sobre "Protección de la Vida Privada y Protección de Datos de Carácter Personal".

Este cuerpo normativo constituye el estatuto más completo de protección de la vida privada en nuestra legislación, el cual contiene un conjunto de directrices mínimas aplicables al tratamiento de datos personales que efectúen personas naturales o jurídicas, sean estas últimas de derecho público o privado. Por lo tanto, el ámbito de resguardo de la Ley Nº 19.628 es la protección de los datos personales de los titulares respecto del tratamiento que de ellos efectúe cualquier persona de derecho público o privado. De igual manera, tutela los derechos fundamentales de las personas, reconocidos en el ordenamiento jurídico.[4]

– Los titulares de los datos personales y el responsable del registro o banco de datos.

Los sujetos esenciales en el campo de la protección de datos son fundamentalmente dos: los *titulares de los datos*, entendiéndose por tales a las personas naturales a que se refieren los datos de carácter personal, y el *responsable del registro o banco de datos*, esto es, la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público a quien compete adoptar las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal.

– Definición del tratamiento de los datos personales y noción de estos últimos.

La Ley 19.628 define el **tratamiento de datos personales** como "*cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar,*

categóricos tanto por la ley como también por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebrados entre éstos (…)". Del mismo modo, se ha sostenido que "*se permiten limitaciones al derecho a la privacidad en vista de la necesidad de proteger un bien jurídico superior*", de modo tal que "*en vista de una finalidad fundada y razonable, el ordenamiento jurídico chileno contempla la posibilidad de que el derecho a la privacidad esté afecto a limitaciones legales*". (Roles Nºs 1683, 1732 y 1800).

[4] El Tribunal Constitucional ha sentado la doctrina de que la protección de la vida privada no es un derecho absoluto. Como lo ha señalado en otras oportunidades esa judicatura, los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación), Rol N°1365-09.

Actualidad Juridica 28.indd 208 10-07-13 18:34

seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal o utilizarlos en cualquier otra forma", y por **datos personales**"*los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables*".[5]

– Principio de libre iniciativa.

En lo relativo al tratamiento de datos personales, la ley en comento consagró el principio fundamental en orden a que toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales[6], siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. Por esta razón, el artículo 1º dispone que se sujetará a sus disposiciones "*el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o privados*".

La norma recién transcrita reconoce pues la libre iniciativa de las personas para desarrollar la actividad económica de tratamiento de datos personales sujeta, empero, a las siguientes exigencias: (i) que se realice en conformidad con esta ley y para finalidades consideradas lícitas por el ordenamiento jurídico, y (ii) con pleno respeto del ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce.

– Principio de finalidad.

En cuanto a la teleología del tratamiento de los datos de carácter personal, la Ley 19.628 consagra el principio de finalidad, conforme al cual "*Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público"*. Agrega que "*En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos*".[7]

– Los derechos de información y acceso a datos personales.
Los derechos de rectificación, cancelación y eliminación o bloqueo.
La indemnización de perjuicios por el daño patrimonial y moral.

La normativa vigente, dentro de la protección de los datos personales, asegura los derechos de información y de acceso a esos datos. Ello significa que toda persona tiene derecho a exigir al responsable de un banco que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito de almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales

[5] Artículo 2º letras n) y ñ) de la Ley Nº 19.628 de 1999.
[6] Artículo 1º inciso 2º de la Ley Nº 19.628.
[7] Artículo 9º incisos 1º y 2º de la Ley Nº 19.628.

Actualidad Juridica 28.indd 209 10-07-13 18:34

sus datos son transmitidos regularmente. Asimismo, se contempla *el derecho de rectificación* de los datos erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.

De igual manera se reconoce a los titulares de los datos el derecho a solicitar su *cancelación*, lo que procede, por una parte, en caso en que el almacenamiento de datos carezca de fundamento legal o cuando los datos estuvieren caducos, y, por la otra, igual exigencia de eliminación o de bloqueo de los datos opera en los casos en que los datos personales se hubieren proporcionado voluntariamente o ellos se utilicen para comunicaciones comerciales y no se desee continuar figurando en el registro respectivo, ya sea de modo definitivo o transitorio.

Además, la persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar al titular de los mismos el daño patrimonial y moral que cause por el tratamiento indebido de sus datos. Lo anterior es sin perjuicio de su obligación de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos personales de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, de conformidad a lo ordenado por el tribunal.[8]

– Los datos sensibles.

Sin perjuicio de lo expuesto, existen datos especialmente protegidos, cuyo es el caso de los datos sensibles, esto es, aquellos que se refieren a las características físicas o morales de las personas o circunstancias de su vida privada o íntima, los cuales no pueden ser objeto de tratamiento por las entidades responsables de los bancos o registros de datos de carácter personal.

– Calidad de los datos de carácter personal.

Finalmente, se contempla el deber de las entidades dedicadas al tratamiento de los datos personales de velar por la calidad de estos últimos**,** lo cual significa que la información que obra en sus bases deberá ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real de los titulares de los datos. Sin perjuicio de lo anterior, el responsable de la base de datos debe cumplir con el deber de seguridad de los mismos, cuidando de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños.[9]

Conclusión preliminar.

1. La Ley 19.628 protege la libre iniciativa en materia de tratamiento de datos personales, sujeto a que ella se ejerza con pleno respeto de las obligaciones que establece este cuerpo normativo.

[8] Artículos 12 y 23 de la Ley Nº 19.628, principalmente.
[9] Artículos 2 letra g), 9º, 10 y 11 de la Ley Nº 19.628, principalmente.

Actualidad Juridica 28.indd 210 10-07-13 18:34

2. Asimismo, resguarda las garantías constitucionales de los titulares de los datos, quienes en caso de ver afectados sus derechos, disponen de la acción de reclamación o Habeas Data y de la acción de indemnización de perjuicios, que podrán dirigir en contra del responsable de los datos con arreglo a los procedimientos establecidos en este estatuto legal.

II. Principio general en materia de tratamiento de datos de carácter personal: el consentimiento del titular.

El principio general que rige en materia de tratamiento de datos de carácter personal consiste en que debe obtenerse el consentimiento del titular de los datos.

Por excepción se permite el mencionado tratamiento sin la autorización del titular de los datos.

Los casos en que no se requiere el consentimiento o la autorización del titular de los datos personales son los siguientes:

a) Cuando lo autoricen otras leyes.
b) Cuando provengan o se recolecten de fuentes accesibles al público.
c) Cuando se trate de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial.
d) Cuando se efectúe por personas jurídicas privadas para su uso exclusivo, de sus asociados y de las entidades a las que están afiliadas, sea que se realicen con fines estadísticos, de tarificación u otros para el beneficio general de aquéllos.
e) Cuando sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa, o comercialización o venta directa de bienes o servicios.
f) Cuando los datos personales estén contenidos en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a su grupo, profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento.
g) Cuando se efectúen por organismos públicos respecto de las materias de su competencia.[10]

Para los fines de este trabajo, se examinarán solamente y en forma somera las excepciones al requisito de la autorización del titular contempladas en las letras a), b), c) y d) precedentes.

– Tratamiento de los datos cuando lo autorizan otras leyes.

Así sucede, por ejemplo, con las bases de datos personales que elaboran el Servicio Electoral, el Instituto Nacional de Estadísticas, el Servicio de Registro

[10] Artículo 4° de la Ley 19.628 de 1999.

Actualidad Juridica 28.indd 211 10-07-13 18:34

Civil e Identificación, la Agencia Nacional de Inteligencia y respecto de la calificación del personal, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y demás casos expresamente contemplados en las leyes. Sin perjuicio de lo anterior, se incluye en el tratamiento de datos personales lo dispuesto en el D.S. Nº 950 de 1928, de Hacienda, sobre el cual nos referiremos más adelante al examinar la publicación de las obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial.

– Tratamiento de los datos que se recolectan de fuentes accesibles al público.

La ley señala que las "*fuentes accesibles al público*"[11] se refieren a *"los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes"*. De esta manera, existe libre acceso a estos datos, pero su recolección y tratamiento deberá efectuarse conforme a derecho, esto es, obtenida lícitamente y operada conforme a los deberes que impone la misma Ley 19.628.

– Tratamiento de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial en el artículo 17 de la Ley 19.628 y en el D.S. Nº 950 de Hacienda de 1928.

(i) Incumplimiento de obligaciones patrimoniales en la Ley 19.628 de 1999.

El artículo 17 de la Ley Nº 19.628 establece que los *datos patrimoniales negativos*[12] –aunque sin utilizar estas denominaciones– pueden ser comunicados por

[11] Artículo 2º letra h) de la Ley Nº 19.628.

[12] En Uruguay está permitida expresamente la creación de bases de datos en que se registre y trate información relativa al cumplimiento de obligaciones en oposición a las bases de datos negativos, cuyo contenido refiere al incumplimiento de obligaciones. El artículo 22 de la Ley Nº 18.331 de agosto de 2008, de ese país, sobre "Protección de Datos Personales y Acción de Habeas Data", señala: "queda expresamente autorizado el tratamiento de datos personales destinados a brindar informes objetivos de carácter comercial, incluyendo aquellos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de carácter comercial o crediticia que permitan evaluar la concertación de negocios en general, la conducta comercial o la capacidad de pago del titular de los datos, en aquellos casos en que los mismos sean obtenidos de fuentes de acceso público o procedentes de informaciones facilitadas por el acreedor o en las circunstancias previstas por la presente ley. Para el caso de las personas jurídicas, además de las circunstancias previstas en la presente ley, se permite el tratamiento de toda información autorizada por la normativa vigente".

En España, la Ley Orgánica 15/99 sobre Protección de Datos de Carácter Personal, en su artículo 29, que se ocupa de la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, señala: "Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento". Agrega:"Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los

Actualidad Juridica 28.indd 212 10-07-13 18:34

el responsable del registro o banco de datos, sin la necesidad de autorización escrita previa o ratificación posterior del titular. Se trata de información que versa sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, y cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales. Se exceptúa la información relacionada con los créditos concedidos por el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario a sus usuarios, y la información relacionada con obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial en cuanto hayan sido repactadas, renegociadas o novadas, o éstas se encuentren con alguna modalidad pendiente.

También podrán comunicarse aquellas otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento. No podrá comunicarse la información relacionada con las deudas contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas; tampoco podrán comunicarse las deudas contraídas con concesionarias de autopistas por el uso de su infraestructura (…).

Las entidades responsables que administren bancos de datos personales no podrán publicar o comunicar la información referida en el presente artículo, en especial los protestos y morosidades contenidos en él, cuando éstas se hayan originado durante el período de cesantía que afecte al deudor (...).

(ii) Incumplimiento de obligaciones patrimoniales en el Decreto Supremo Nº 950 de Hacienda, de 1928.

Este decreto supremo impuso a determinadas autoridades judiciales, auxiliares de la Administración de Justicia y a otros actores tales como instituciones bancarias, la obligación de remitir a la Cámara de Comercio de Santiago la información relativa a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que se señalan en su artículo 1º.[13]

que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley".

La Ley Nº 19.628 no contiene disposición alguna que se refiera expresamente al tratamiento de datos relativos al cumplimiento de obligaciones, como aparece en las leyes antes citadas.

[13] **Artículo 1°** Las oficinas de toda la República que en este artículo se expresan, enviarán diariamente a la "Cámara de Comercio de Chile" de Santiago, los datos que a continuación se indican: 1° **Los Notarios**

Actualidad Juridica 28.indd 213 10-07-13 18:34

El mismo Decreto establece los procedimientos que culminan con la publicación de los protestos de títulos de crédito en el Boletín Comercial de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.

– **Tratamiento de datos efectuados por personas jurídicas privadas para su uso exclusivo, de sus asociados y de las entidades a las que están afiliadas, sea que se realicen con fines estadísticos, de tarificación u otros para el beneficio general de aquéllos.**

La historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.628 da cuenta que esta inclusión obedeció a la necesidad de evitar fraudes y abarcar situaciones que de otra manera quedarían injustificadamente excluidas.

Durante la tramitación legislativa fue oída la Asociación de Aseguradores de Chile A.G., cuyos representantes hicieron saber que la invalidez de una persona es declarada en primera instancia por la Comisión Médica Regional respectiva y, si corresponde, es confirmada por la Comisión Médica Central. Ante las Comisiones Médicas Regionales las Compañías de Seguros designan médicos observadores, quienes remiten su informe profesional técnico a la Asociación

enviarán: a) Estados que contengan la nómina de las letras protestadas durante el día, indicando si el protesto es por falta de aceptación o de pago, el monto de la letra, el nombre y domicilio del librado o aceptante y el nombre del girador; b) Lista de las compraventas, remates y adjudicaciones de bienes raíces, indicando los nombres de las partes contratantes, la ubicación de la propiedad y el precio de venta. c) Lista de los mutuos hipotecarios, con indicación de los nombres del deudor y del acreedor, la ubicación de la propiedad y monto del préstamo. d) Lista de las cancelaciones. e) Nómina de las nuevas sociedades comerciales organizadas y de las modificaciones y disoluciones de éstas. f) Convenios extrajudiciales entre comerciantes. 2° **Los Juzgados de Letras en lo Civil de mayor cuantía y los de menor cuantía** enviarán: a) Nómina de los embargos, retenciones, quiebras y concursos que se decreten. b) Lista de las sentencias ejecutoriadas que condenen al pago de rentas insolutas de arrendamiento de bienes raíces. c) Nómina de los decretos de posesión efectiva que se otorguen. 3° **Los Conservadores de Bienes Raíces** enviarán: Una nómina de las inscripciones practicadas durante el día, en los registros de propiedad; de hipotecas y gravámenes; de interdicciones y prohibiciones de enajenar de prenda agraria; y de prenda industrial. Junto con la nómina enviarán en extracto los detalles correspondientes. 4° **Las instituciones, empresas y organismos fiscales, semifiscales o de administración autónoma**, que realicen actividades destinadas a promover el desarrollo económico del país, enviarán una nómina de todos los deudores morosos en el servicio de préstamos o créditos. Asimismo, los bancos, sociedades financieras y administradoras de mutuos hipotecarios y cooperativas de ahorros y créditos podrán remitir la nómina de los deudores morosos en el servicio de sus préstamos o créditos. Estas nóminas se remitirán dentro de los quince primeros días de cada mes calendario y contendrán el nombre completo del deudor, Rol Único Tributario, domicilio y el monto del servicio que estuviere debiendo. 5° **La Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo** enviará una nómina de los deudores que hayan incurrido en mora en el pago de sus dividendos hipotecarios, con indicación del número de dividendos no pagados, el monto total de ellos y el domicilio del deudor. 6º **Los bancos y sociedades financieras** enviarán semanalmente: a) Una nómina de las letras de cambio y pagarés, aceptadas o suscriptos con la firma autorizada por un Notario, a la orden del banco o de la sociedad financiera, no pagados a su vencimiento y que no hayan sido protestados por falta de pago por Notario u Oficial de Registro Civil, en su caso. b) Una nómina de las letras de cambio y pagarés que hubieren protestado estas instituciones a su vencimiento, en conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 18.092. Las nóminas aludidas precedentemente deberán contener los siguientes antecedentes: en el caso de las letras de cambio, el monto de la letra, el nombre, Rol Único Tributario y domicilio del aceptante y el nombre del girador; en el caso de los pagarés, se deberá indicar su monto, el nombre y Rol Único Tributario del suscriptor.

Actualidad Juridica 28.indd 214 10-07-13 18:34

de Aseguradores. Los antecedentes personales y médicos que contiene el informe del médico observador se incorporan a una base de datos con el fin de conocer la prevalencia de causas de solicitudes y declaraciones de invalidez, patologías invalidantes, frecuencia y curvas de ocurrencia y detectar lugares, zonas geográficas o áreas de actividad en que puede ser más frecuente, reunir ciertas características o deberse a determinadas causas.

La identificación del titular de los datos es necesaria, a juicio de la asociación mencionada, para eliminar los dobles registros, pues de otra manera produciría el hecho de que un afectado pueda volver a solicitar su invalidez todas las veces que quiera en caso que ésta le sea rechazada, o requerir la declaración de invalidez total si obtuvo anteriormente una parcial, y para efectuar un seguimiento de los casos aprobados desde el primer dictamen de invalidez hasta la declaración definitiva, después del plazo de tres años establecido en la ley. Manifestaron también que la existencia de este banco de datos beneficia a los propios afectados y a toda la sociedad, en la medida que procura velar porque existan criterios uniformes de clasificación de la invalidez.

De otra parte, en la Asociación de Aseguradores opera un sistema de información de siniestros de seguros generales, denominado SISGEN, que recopila los datos acerca de los siniestros ocurridos, de acuerdo a los distintos ramos o coberturas, tales como incendio, automóviles, responsabilidad civil, etc. Este segundo banco de datos tiene por objeto tanto la detección del fraude en seguros, como la adecuada formulación de políticas de cobro de primas. De esta manera, es posible cobrar primas menores a aquellos asegurados que presentan historiales de siniestralidad más bajos y, a su vez, cobrar primas más altas a quienes acusan una siniestralidad mayor en los respectivos ramos. Mediante esta fuente de información se puede efectuar una tarificación más equitativa, ya que de otra manera la siniestralidad alta en que incurren algunas personas simplemente pasaría a formar parte de la siniestralidad general y con ello incrementaría el monto de todas las primas, en lugar de que éstas sean recargadas solamente a aquellas que acusan un nivel más alto de siniestros. La información de este banco de datos es accesible sólo para las compañías de seguros que forman parte de la Asociación de Aseguradores.[14]

En nuestra opinión, el tratamiento de datos efectuados por personas jurídicas privadas para su uso exclusivo, de sus asociados y de las entidades a las que están afiliadas, sea que se realicen con fines estadísticos, de tarificación u otros para el beneficio general de aquéllos, se refiere a entidades sin fines de lucro y para el uso suyo, de sus asociados o afiliados. Creemos que este criterio se encuentra respaldado por la historia de la ley, que circunscribe el tratamiento de los datos

[14] Ver Boletín N° 896-07, Informe de la Comisión Mixta de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, artículos 5 a 15 nuevos.

Actualidad Juridica 28.indd 215 10-07-13 18:34

personales a las entidades mencionadas y no lo autoriza respecto de entidades con fines de lucro que se pongan de acuerdo para efectuar ese tratamiento.

Conclusión preliminar.

1. Por regla general, el tratamiento de los datos personales requiere del consentimiento del titular.
2. Por excepción, se pueden tratar los datos personales sin ese consentimiento en los casos establecidos en la Ley 19.628 o en otros cuerpos normativos.
3. Llama la atención que la ley se limita a destacar aspectos patrimoniales negativos de los titulares de los datos y en ninguna parte resalta aquellos factores positivos que favorezcan a esos mismos titulares.

III. Personas protegidas por la ley de datos de carácter personal.

A. Sólo las personas naturales están protegidas por la ley de datos de carácter personal con arreglo a la Ley 19.628.

El texto original de la Ley 19.628 consagró el principio fundamental en orden a que toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico (artículo 1º).

En diversos preceptos la misma ley establece que sus disposiciones se aplican solo a las personas naturales. Así lo demuestran los siguientes casos: a) el *titular de los datos* es siempre una persona natural, según lo establece la letra ñ) del artículo 2º de la ley en examen; b) *datos de carácter personal o datos personales*, conforme a la definición contenida en la letra f) del mismo artículo, son los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables, y c) en lo concerniente a la *caducidad de los datos*. En este último caso, al tratar la Ley 19.628 de la caducidad de los datos económicos, financieros, bancarios o comerciales, impide comunicar dichos datos que se relacionen con una persona natural identificada o identificable, luego de transcurridos 5 años desde que la respectiva obligación se hizo exigible; y cuando se trate de los datos relativos a obligaciones de personas naturales, después de haber sido pagadas o haberse extinguido por otro modo legal.[15]

Así se ha fallado invariablemente por los tribunales de justicia, conociendo de reclamaciones y recursos de protección.[16] La doctrina sentada por esta jurispru-

[15] Artículo 18 Ley Nº 19.628.
[16] ICA Puerto Montt, Rol Nº 166-2007; ICA Concepción Rol Nº 466-2010; ICA Concepción Rol Nº 68-2012; ICA Santiago Rol Nº 6597-2002; ICA Santiago Rol Nº 1487-2010; ICA Santiago Rol Nº 212-

Actualidad Juridica 28.indd 216 10-07-13 18:34

dencia consiste en que la ley sobre la protección de los datos personales sólo se aplica a las personas naturales y no a las personas jurídicas.[17]

– ***La doctrina nacional.***

Corral Talciani explica que la ley ha concedido ciertos derechos subjetivos a los titulares de los datos personales, los cuales se explicitan en los artículos 12 a 15 y se reglamenta una tutela efectiva en el artículo 16.[18] Estos derechos consisten básicamente en el acceso a la información de sus datos personales registrados en las bases de datos de los usuarios; en su derecho a que se modifiquen si fuesen erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, si así se acredita; y se cancelen o bloqueen en los casos previstos en la misma ley.

El profesor Corral afirma que la ley ha concedido los derechos subjetivos antes mencionados a los titulares de datos y agrega que de acuerdo con la terminología fijada en el artículo segundo, es titular de los datos "la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal". En otros términos, dice, es lo que los autores españoles suelen denominar "persona concernida".[19]

El mismo autor hace notar que se excluye a las personas jurídicas de las disposiciones de esta ley.

En su opinión, la razón debe buscarse en la naturaleza de la información de que se trata. En rigor, afirma, sólo sobre las personas naturales puede existir información de carácter personal. Ello aparece corroborado en la letra f) del artículo 2º, que expresa: "Datos de carácter personal o datos personales, (son) los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables".[20]

Jijena Leiva señala que nada dice la ley respecto a los datos personales de las personas jurídicas, las que también poseen atributos de su personalidad, aunque su naturaleza jurídica emane de una ficción legal. Ellas son sujetos de información cuyos antecedentes también son tratados computacionalmente y

2010; ICA Santiago Rol Nº 617-2012, confirmada por la Excma. Corte Suprema Rol Nº 4949-2012; ICA Santiago Rol Nº 2979-2012; ICA Valparaíso Rol Nº 154-2012; ICA Concepción Rol Nº 1775-2011.

[17] ICA Santiago, Rol Nº 8417-2010, resolvió que la Ley Nº 19.628 no era aplicable a la recurrente por cuanto dicha normativa resulta aplicable solo a las personas naturales. Además, el fallo indica que la Dirección del Trabajo, al incluir una deuda laboral en el registro o base de datos no hace sino dar cumplimiento a su normativa, contenida en los artículos 19 del D.L. 3.500, 30 de la Ley 18.933 y 505 del Código del Trabajo. En el mismo sentido, ICA Santiago, Rol Nº 6175-2008.

[18] Corral Talciani, Hernán, "De los derechos de las personas sobre los responsables de Bancos de Datos: El Hábeas Data Chileno", en *Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada*, Cuadernos de Extensión Jurídica Nº 5, p. 41, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 2001.

[19] Ibíd., p. 41.

[20] Ibíd., p. 41.

Actualidad Juridica 28.indd 217 10-07-13 18:34

por definición quedan al margen de la ley, que sólo rige en relación a titulares que sean personas naturales.[21]

El mismo autor explica que la información sobre las personas jurídicas es tan relevante como la de las personas naturales y también merece esta tutela jurídica, por lo que cualquier persona jurídica respecto de la cual se abuse de sus antecedentes propios o bien éstos sean procesados en forma errada (datos obsoletos, caducos, inexactos), deberá recurrir a los procedimientos, acciones y recursos generales contemplados en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, estima que si bien en menor amplitud que las personas naturales, las personas jurídicas también gozan de un necesario derecho a la confidencialidad o reserva de los antecedentes que a ellas se refieren, por cuanto éstos las convierten en sujetos de derechos y en personas identificadas e identificables. En la realidad actual del procesamiento de datos, concluye, no se explica cómo el legislador no consideró de manera alguna esta situación.[22]

El profesor **Bertelsen Repetto**, Presidente del Tribunal Constitucional, comenta que un aspecto central de la Ley 19.628 consiste en que los datos personales están referidos a personas naturales. Con ello, señala, parece excluirse la protección de los datos que conciernen a personas jurídicas. En tales circunstancias surge, a su juicio, la duda acerca si el derecho de toda persona al tratamiento de datos del artículo 1º de la ley no contendrá una restricción inconstitucionalal no permitir que se traten datos de personas jurídicas.[23]

El profesor **Ramiro Mendoza Zúñiga**, actual Contralor General de la República, arriba en su estudio a las siguientes conclusiones:

Los registros o bases de datos son, indudablemente, materia de ley. Es innegable que en cuanto la información que en ellos esté contenida se refiera a la persona humana, particularmente a su vida privada, se encuentra comprometida en su regulación, entonces, la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la Constitución; y considerando que por mandato del constituyente estos derechos fundamentales son siempre materia de ley (artículos 60 N° 20, 61 inc. 2°, 62 N° 2 inciso 4°), no corresponde que estos registros sean creados por otra norma que no sea la de fuente legal.

Pero, además, sólo pueden tratarse datos personales cuando la ley lo autorice. Se requiere por tanto de ese marco autorizatorio. Ahí sí que hay un criterio de

[21] Jijena Leiva, Renato, "La ley chilena de protección de datos personales. Una visión crítica desde el punto de vista de los intereses protegidos", en *Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada*, pp. 94 y ss.
[22] Op. cit., p. 95.
[23] Bertelsen Repetto, Raúl, "Datos personales: propiedad privada, libre iniciativa particular y respeto a la vida privada", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de Los Andes, Nº 5, p. 125.

Actualidad Juridica 28.indd 218 10-07-13 18:34

especialidad; no basta entonces acudir al criterio de competencia general ni para el registro, ni para el tratamiento de datos. En ambos casos se requiere, por parte del Estado, ley especial, ya que la propia Ley 19.628 hoy lo exige en múltiples de sus disposiciones que hacen referencia directa siempre a la fuente legal.[24]

B. La Ley 20.521 y la protección de las personas jurídicas.

Con la modificación introducida al artículo 9º de la Ley Nº 19.628,por la Ley Nº 20.521, publicada en el Diario Oficial del día 23 de julio de 2011, se amplía el ámbito de protección a las personas jurídicas.

El texto aprobado y que se transforma en ley es el que sigue:

"Artículo 9°.- *Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público.*

En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos.

Prohíbese la realización de todo tipo de predicciones o evaluaciones de riesgo comercial que no estén basadas únicamente en información objetiva relativa a las morosidades o protestos de las personas naturales ***o jurídicas*** *de las cuales se informa. La infracción a esta prohibición obligará a la eliminación inmediata de dicha información por parte del responsable de la base de datos y dará lugar a la indemnización de perjuicios que corresponda.*"

En nuestra opinión hay un error en la técnica legislativa, lo que crea una ambigüedad en la materia.

Si se aplica adecuadamente el elemento gramatical o tenor literal de la ley, en armonía con el elemento lógico de manera que haya la debida correspondencia entre las distintas normas de una misma ley y del elemento teleológico o de finalidad de la norma, se puede concluir que la modificación introducida al artículo 9º de la Ley 19.628 por la Ley 20.521 queda circunscrita al ranking o predictor de riesgo comercial. Fuera de este caso, la ley 19.628 se aplica exclusivamente a personas naturales. Esta interpretación ha sido acogida por la Excma. Corte Suprema.[25]

[24] Mendoza Zúñiga, Ramiro Alfonso, "Régimen de los bancos de datos de organismos públicos. Una aproximación del derecho administrativo a la ley sobre protección de la vida privada", en *Cuadernos de Extensión Jurídica* (U. de los Andes), p. 152.

[25] Sentencia dictada en recurso de protección por la ICA de Concepción, Rol Nº 1300-2011, confirmada por la Excma. Corte Suprema en causa Rol Nº 11996-2011: La recurrente persona jurídica alega que sin perjuicio de no aparecer en su informe comercial con protestos o morosidades, en el "Clasificador últimos 12 meses", la empresa que representa, en los pasados meses de marzo, abril y mayo

Actualidad Juridica 28.indd 219 10-07-13 18:34

En los términos descritos, resulta evidente que se crea una discriminación arbitraria entre el tratamiento de los datos personales de las personas naturales y de las personas jurídicas, porque respecto de las primeras existe un estatuto legal en las leyes 19.628, 20.521 y 20.575, mientras que las personas jurídicas quedan sin amparo normativo, porque sus datos económicos, financieros, bancarios o comerciales pueden ser libremente tratados, salvo la limitación establecida en la ley 20.521. Por eso que no es extraño que se hayan presentado proyectos destinados a ampliar el ámbito de aplicación de las normas de protección de los datos personales a las personas jurídicas. Sin embargo, esas mociones no han tenido éxito y se encuentran actualmente archivadas en el Congreso Nacional.[26]

Conclusión preliminar.

1. Las normas de protección de los datos personales establecidas en la Ley 19.628 se aplican exclusivamente a las personas naturales y no a las personas jurídicas.
2. Por excepción, la Ley 20.521 hace aplicable la ley de protección de datos personales a las personas jurídicas sólo en cuanto a la prohibición de realizar todo tipo de predicciones o evaluaciones de riesgo comercial que no estén basadas únicamente en información objetiva relativa a las morosidades o protestos.
3. En el estado actual de la legislación vigente se crea una discriminación arbitraria en el tratamiento de los datos de las personas naturales y de las personas jurídicas, porque aquellas quedan resguardadas por la Ley 19.628 en tanto que estas últimas quedan sin amparo, salvo en lo que se refiere a la elaboración de predictor de riesgo o de ranking.

de 2011 tuvo un riesgo muy alto en el cumplimiento de sus obligaciones comerciales, aun cuando las publicaciones que tuvo tenían su origen en deudas pagadas, que estaban en conocimiento de los tribunales o que fueron publicadas erróneamente antes de su vencimiento. Agrega que este indicador, analizado por un tercero, inspira desconfianza y restringe sus facilidades crediticias o de operación. Lo anterior contravendría lo establecido en la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, conforme a la cual, se prohíbe todo tipo de predicciones o evaluaciones de riesgo comercial que no estén basadas únicamente en información objetiva y que establece que los datos personales deberán ser eliminados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado, no pudiendo la recurrida continuar comunicando los datos relativos a obligaciones después de haberse extinguido.

La Corte concluye que la publicación efectuada por la recurrida cumple con las exigencias legales, puesto que la recurrida ha actuado dentro del marco de su competencia, al publicar el Clasificador de Riesgo de los últimos 12 meses de la empresa recurrente, fundándose en información objetiva relativa al protesto y morosidades antes indicadas, entregada a la empresa de registro por los aportantes de la información de manera que al no haber incurrido en acto alguno que pueda ser calificado de ilegal o arbitrario, el recurso interpuesto debe ser rechazado, más aún cuando el actuar de la recurrida se encuentra enmarcado en el ejercicio de su actividad de informar, constitucionalmente reconocida en el artículo 19 Nº 12 de la Constitución Política de la República.

[26] Proyecto de ley "Establece normas sobre protección de la información de las personas jurídicas", Boletín 2422-07, y proyecto de ley que "Amplía los beneficios de la ley de protección de datos de carácter personal, en lo relativo a los informes comerciales, a las personas jurídicas comprendidas en el artículo 545 del Código Civil", Boletín Nº 2474-07.

Actualidad Juridica 28.indd 220 10-07-13 18:34

IV. Procedimientos: De reclamación o Habeas Data; de indemnización, y de reclamación e indemnización formulados conjuntamente.

A. Acción de reclamación o "Habeas Data",artículo 16 de la Ley Nº 19.628. Procedimiento sumarísimo especial.

En cuanto al ejercicio de los derechos que protegen al titular del dato personal,el artículo 16 de la Ley Nº 19.628 dispone que el afectado deberá enviar una solicitud al responsable del registro o banco de datos para que modifique, elimine o cancele los datos erróneos, inexactos o incompletos que aparecen en sus registros.

Si el responsable del registro o banco de datos no se pronunciare sobre la solicitud del requirente dentro de dos días hábiles, o la denegare por una causa distinta a la seguridad de la nación o el interés nacional, el titular de los datos tendrá derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del responsable (...), solicitando amparo a los derechos consagrados (...). Esto último constituye precisamente la acción de reclamación o habeas data, debiendo sujetarse al procedimiento sumarísimo especial establecido en el mencionado artículo 16.

B. Acción de indemnización de perjuicios. Artículo 23 Ley Nº 19.628.

La acción de indemnización de perjuicios que se interponga aisladamente, es decir, con independencia de la acción de reclamación, se tramitará conforme al procedimiento sumario previsto en el artículo 23 de la Ley 19.628.

Sin embargo, el mismo precepto admite la posibilidad que en una misma demanda se formule la reclamación o habeas data y se reclame además la indemnización de perjuicios consiguiente, en cuyo caso estas acciones se sujetarán al procedimiento sumario previsto en el mismo artículo 23 ya mencionado en relación con el artículo 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.[27]

– ***Reserva de indemnización de perjuicios.***

Es interesante observar que en la norma en estudio se hace expresa mención a la reserva establecida en el artículo 173 del C.P.C. Esta materia había sido

[27] El artículo 23 de la ley en examen establece: "*La persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal.*

La acción consiguiente podrá interponerse conjuntamente con la reclamación destinada a establecer la infracción, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las infracciones no contempladas en los artículos 16 y 19, incluida la indemnización de los perjuicios, se sujetarán al procedimiento sumario. El juez tomará todas las providencias que estime convenientes para hacer efectiva la protección de los derechos que esta ley establece. La prueba se apreciará en conciencia por el juez.

El monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos."

Actualidad Juridica 28.indd 221 10-07-13 18:34

objeto de discusión, porque mientras se le reconocía en la responsabilidad contractual era dudoso que procediera en la responsabilidad extracontractual.

La Corte Suprema, en fallo de 19 de junio de 1954[28], estableció la siguiente doctrina: "El artículo 173 del Código de Procedimiento Civil rige en aquellos casos en que la regulación de los perjuicios provenga del incumplimiento de obligaciones contractuales o de relaciones jurídicas preexistentes; la amplitud de las normas reguladoras de la indemnización por delito o cuasidelito y la naturaleza de parte considerable de los perjuicios que de ellas derivan no se avienen con los términos restringidos de este precepto". En igual sentido se han pronunciado fallos posteriores de los tribunales superiores de justicia.

Rodríguez Grez[29] discrepa de la jurisprudencia citada y sostiene, entre otras razones, que el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil se encuentra actualmente complementado por el artículo 235 Nº 6 del mismo cuerpo de leyes, constituye un procedimiento general, aplicable tanto en el campo de la responsabilidad contractual como extracontractual. Fundamenta su opinión en que la citada disposición se encuentra ubicada en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, sobre "Disposiciones comunes a todo procedimiento", sin hacer distingo alguno sobre si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual. Asimismo, del tenor de la disposición se puede advertir que se refiere en términos genéricos al caso en que "una de las partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios". Además, el inciso segundo del artículo 173 dispone, imperativamente, que "en el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso".

En el mismo sentido de la tesis del profesor Rodríguez Grez, se pronuncian distintos fallos más recientes de la Excma. Corte Suprema.[30]

Como se ha visto, la Ley 19.628, para los fines de los conflictos que se susciten por la aplicación de sus preceptos, permite la reserva del derecho a discutir la especie y el monto de los perjuicios que deriven de la responsabilidad extracontractual en lo que se refiere a la protección de los datos personales, zanjando así la discusión sobre esta materia, según ya se ha visto.

[28] R.D. y J., Tomo 51, sec. 1ª, pág. 216. En el mismo sentido Corte Suprema 19 de abril de 2000, RDJ Tomo 97, Sec. 5ª, p. 83; Corte Suprema 24 de enero de 2002, RDJ Tomo 99, Sec. 1ª, p. 23. Corte de Apelaciones de Santiago 28 de enero de 2003, RDJ Tomo 100, sec. 2ª, p. 17.

[29] Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractua*l, pp. 357 a 360, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

[30] Corte Suprema 15 de septiembre de 1999, RDJ Tomo 96, Sec. 1ª, p. 158; Corte Suprema 30 de septiembre de 1999, RDJ Tomo 96, Sec. 4ª, p. 263; Corte Suprema 27 de mayo de 1999, RDJ Tomo 96, Sec. 1ª, p. 139. Corte Suprema 1 de junio de 1998, *Fallos del Mes* 475, p. 729.

Actualidad Juridica 28.indd 222 10-07-13 18:34

Conclusión preliminar.

1. Las acciones que contempla la ley para el amparo de los datos personales son dos: la acción de reclamación o Habeas Data y la de indemnización de perjuicios. Fuera de la Ley 19.628 se debe considerar también como otra defensa la acción cautelar de protección contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.
2. La Ley 19.628 ha zanjado para los fines de sus disposiciones la discusión acerca de si es posible la reserva del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil cuando se reclama la responsabilidad extracontractual.

V. Los principios que rigen la protección de datos personales en la Ley 19.628, los principios de la OCDE sobre esta materia, el Proyecto del Ejecutivo destinado a adecuar la legislación interna a los principios de la OCDE, contenido en el Mensaje 395-359, y la Ley 20.575.

A. Ley 19.628.

- ***Principios de libre iniciativa, de finalidad y de resguardo de los derechos fundamentales.***

El tratamiento de los datos personales debe hacerse por cualquier persona con arreglo a la Ley 19.628 y para las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso, deberá efectuarse respetando el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades establecidas por esta ley de protección de datos personales. (Art. 1º).

- ***Principio de información y de finalidad en estudios de mercado y otros.***

En la recolección de datos personales que se realice a través de encuestas, estudios de mercado u otros instrumentos semejantes, se deberá cumplir con los derechos y obligaciones que la Ley 19.628 regula y se deberá informar a las personas del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas y el propósito para el cual se solicita la información. (Art. 3º).

La persona que autoriza el tratamiento de sus datos deberá ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales (…). (Art. 4º inciso 2º).

- ***Principio de resguardo de los derechos de los titulares de los datos y respeto del propósito o finalidad del registro.***

El responsable del registro o banco de datos personales deberá siempre cautelar los derechos de los titulares y que la transmisión "guarde relación con las tareas

Actualidad Juridica 28.indd 223 10-07-13 18:34

y finalidades de los organismos participantes". (Art. 5º inciso 1º). En otras palabras el propósito o finalidad del registro o banco de datos en la recopilación y almacenamiento de éstos debe ser semejante a la finalidad perseguida por el receptor del dato. Por ejemplo, para fines crediticios, relaciones societarias, comerciales y/o bancarias.

Quien reciba datos personales a través de un procedimiento automatizado o red electrónica sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión. (Art. 5º inciso 4º).

Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubiesen sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público. (Art. 9º inciso 1º).

- ***Principio de información objetiva.***

El artículo 9º fue modificado por la Ley 20.521, la cual incorporó la redacción del siguiente inciso final: "Prohíbese la realización de todo tipo de predicciones o evaluaciones de riesgo comercial que no estén basadas únicamente en información objetiva relativa a las morosidades o protestos de las personas naturales o jurídicas de las cuales se informa. La infracción a esta prohibición obligará a la eliminación inmediata de dicha información por parte del responsable de la base de datos y dará lugar a la indemnización de perjuicios que corresponda".

- ***Principio de derecho de acceso de los titulares de los datos a éstos y al propósito de su almacenamiento.***

Los titulares de los datos tienen derecho de acceso a éstos y a que se les informe sobre "el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente". De esta manera existe la debida armonía con la obligación de informar el propósito ofin de la recolección y almacenamiento de los datos personales, contemplada en los artículos 3º y 4º inciso 2º de esta ley.

- ***Principio de legalidad para la existencia de registros de bancos de datos personales por parte de organismos públicos.***

En cuanto al tratamiento de datos por los organismos públicos, se radica en el Servicio del Registro Civil e Identificación la obligación de llevar el Registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos, el cual será de carácter público. En él constará, respecto de cada uno de esos bancos de datos, entre otros elementos, el fundamento jurídico de su existencia y su finalidad (…). (Art. 22 inciso 1º de la Ley 19.628).

Actualidad Juridica 28.indd 224 10-07-13 18:34

El Reglamento del Registro de Bancos de Datos Personales a cargo de Organismos Públicos dispone que la inscripción en el Registro de Bancos de Datos Personales deberá contener, entre otras menciones: "5. La finalidad del banco de datos (…)". (Art. 3º).

En el ámbito del derecho público, la existencia de Registros de Bancos de Datos Personales es de derecho estricto y requiere de una ley que permita a los organismos públicos mantener bancos de datos personales y en su ejercicio deben actuar de manera concordante con lo dispuesto en la Ley 19.628 y para las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que la mencionada ley reconoce.

Los organismos públicos que mantengan bancos de datos personales o que se hagan responsables de nuevos bancos de datos personales están obligados a inscribirlos en el Registro a que se refiere el D.S. 779, a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación y sujeto al procedimiento de inscripción fijado por resolución del Director Nacional. El Servicio de Registro Civil e Identificación otorgará el certificado de inscripción y la fecha de su registro. (Arts. 4º y 6º del Reglamento).

B. Principios de la OCDE

Principio de limitación de recogida. Deberán existir límites para la recogida de datos personales y cualquiera de estos datos deberá obtenerse con medios legales y justos y, siempre que sea apropiado, con el conocimiento o consentimiento del sujeto implicado.

Principio de calidad de los datos. Los datos personales deberán ser relevantes para el propósito de su uso y, en la medida de lo necesario para dicho propósito, exactos, completos y actuales

Principio de especificación del propósito. El propósito de la recogida de datos se deberá especificar a más tardar en el momento en que se produce dicha recogida, y su uso se verá limitado al cumplimiento de los objetivos u otros que no sean incompatibles con el propósito original, especificando en cada momento el cambio de objetivo.

Principio de limitación de uso. No se deberá divulgar, poner a disposición o usar los datos personales para propósitos que no cumplan lo expuesto precedentemente, excepto si se tiene el consentimiento del sujeto implicado o por imposición legal o de las autoridades.

Actualidad Juridica 28.indd 225 10-07-13 18:34

Principio de salvaguardia de la seguridad. Se emplearán salvaguardias razonables de seguridad para proteger los datos personales contra riesgos, tales como pérdida, acceso no autorizado, destrucción, uso, modificación o divulgación de los mismos.

Principio de transparencia. Deberá existir una política general sobre transparencia en cuanto a evolución, prácticas y políticas relativas a datos personales. Se deberá contar con medios ágiles para determinar la existencia y la naturaleza de datos personales, el propósito principal para su uso y la identidad y lugar de residencia habitual de quien controla esos datos.

Principio de participación individual. Todo individuo tendrá derecho a: que el controlador de datos u otra fuente le confirme que tiene datos sobre su persona; que se le comuniquen los datos relativos a su persona en un tiempo razonable; a un precio, si existiese, que no sea excesivo; de forma razonable; y de manera inteligible; que se le expliquen las razones por las que una petición suya haya sido denegada, así como poder cuestionar tal denegación; y expresar dudas sobre los datos relativos a su persona y, si su reclamación tiene éxito, conseguir que sus datos se eliminen, rectifiquen, completen o corrijan.

Principio de responsabilidad. Sobre todo controlador de datos debe recaer la responsabilidad del cumplimiento de las medidas que hagan efectivos los principios señalados anteriormente.

C. Proyecto de adecuación de la legislación interna a los principios de la OCDE sobre protección de los datos personales.

• ***Antecedentes previos.***

Con fecha 19 de noviembre de 2009, se publicó la "Declaración del Gobierno de la República de Chile respecto de la aceptación por parte de la República de Chile de las obligaciones de membresía en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico".La aceptación comprende, en lo que aquí interesa, "Políticas de Información, Computacionales y de Comunicaciones". Sobre el particular, se pueden mencionar las dos recomendaciones de la OCDE que a continuación se indican y la observación y plazo que formula la República de Chile para su acogida en la legislación interna.

• ***Recomendaciones de la OCDE.***

Estas son: "Recomendación del Consejo sobre Cooperación Transfronteriza para la Aplicación de Leyes que Protegen la Privacidad [C (2007) 67]" y "Recomendación del Consejo relativas a Pautas que Reglan la Protección de la Privacidad y los Flujos Transfronterizos de Datos Personales [C(80)58]".

Actualidad Juridica 28.indd 226 10-07-13 18:34

• ***Observación de la República de Chile y plazo para su cumplimiento:***

La República de Chile formuló la siguiente observación: "La legislación sobre la aplicación de la ley de privacidad está pendiente ante el Congreso" y señaló en cuanto al plazo que "Chile acepta esos instrumentos con un plazo de implementación hasta fines de 2011".

• ***Promulgación de la Convención de la OCDE y sus protocolos complementarios.***

Por Decreto Supremo Nº 144 de 10 de mayo de 2010, del Ministerio de Relaciones Exteriores, se "*Promulga la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y sus Protocolos Suplementarios Números 1 y 2 y el Acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico sobre Privilegios, Inmunidades y Facilidades otorgados a la Organización*".

En los considerandos de este Decreto Supremo Nº 144 se deja constancia como antecedente de la promulgación:

"*Que con fecha 7 de mayo de 2010 se depositó, ante el Gobierno de la República Francesa, el Instrumento de Adhesión a la referida Convención con la declaración de que dicha Adhesión se realiza en las condiciones expresadas en la Declaración Final del Gobierno de Chile, de fecha 19 de noviembre de 2009, relativa a la aceptación de las obligaciones de membresía en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, que se dan por reproducidas*".

• ***Proyecto de adecuación de la legislación interna a los principios de la OCDE. Mensaje Nº 395-359. Artículo 3º.***

En consonancia con lo anteriormente expuesto, el Ejecutivo presentó un proyecto de modificación a la Ley 19.628, en el cual se recogen las definiciones de los principios establecidos por las directrices de la OCDE, que contempla:

Principio de proporcionalidad, en virtud del cual los datos de carácter personal sólo se podrán recolectar y someter a tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y los propósitos o finalidades determinados, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. **Principio de calidad de los datos,** en virtud del cual los datos personales deberán ser exactos, completos y actuales, en relación con el propósito para el cual serán utilizados.

Principio de especificación del propósito o finalidad, en virtud del cual el propósito de la recolección de datos personales se deberá especificar, en los

Actualidad Juridica 28.indd 227 10-07-13 18:34

casos en que se requiera el consentimiento, a más tardar en el momento en que ésta se produce, y en cada momento en que se realiza un cambio de propósito.

Principio de limitación de uso, en virtud del cual el tratamiento de los datos personales se verá limitado al cumplimiento de los propósitos de su recolección, y no se deberán tratar tales datos, excepto si se tiene el consentimiento del titular o lo dispone la ley.

Principio de seguridad de los datos, en virtud del cual los responsables del tratamiento de datos personales emplearán las medidas técnicas y organizativas adecuadas a los riesgos que presenta el tratamiento, tales como pérdida, acceso, destrucción, uso, modificación o divulgación de los mismos, cuando estas acciones no hayan sido autorizadas.

Principio de acceso y oposición, en virtud del cual el titular o interesado tienen el derecho a obtener información de todos los datos relativos a su persona que consten en un registro o base de datos, y a oponerse a su tratamiento cuando no haya justificación legal para él.

Principio de transparencia, en virtud del cual debe informarse al titular de los datos personales acerca del objetivo del tratamiento y la identidad del responsable del registro o base de datos.

Principio de información, en virtud del cual el titular tiene derecho a que se le comunique en cada recolección de datos personales, de manera expresa, precisa, clara, inequívoca y gratuita, la información que los responsables del registro o base de datos deben suministrarle en conformidad a la ley.

D. Ley 20.575

El proyecto del Ejecutivo quedó en suspenso y fue más acelerada la tramitación de la moción parlamentaria que "*Establece el principio de finalidad en el tratamiento de los datos personales*". Artículos 1º y 3º de la Ley 20.575 de 2012. La falta de definiciones de los principios contemplados en el artículo 3º de esta ley deberá ser suplida en la forma que se indica a continuación.

La Ley 20.575, publicada en el Diario Oficial el 17 de febrero de 2012, que "Establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales", dispone lo siguiente:
"Artículo 1º. *Respecto al tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial a que se refiere el Título III de la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, deberá respetarse el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, el que será exclusivamente la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito.*

Actualidad Juridica 28.indd 228 10-07-13 18:34

La comunicación de esta clase de datos sólo podrá efectuarse al comercio establecido, para el proceso de crédito, y a las entidades que participen de la evaluación de riesgo comercial y para ese solo fin.

En ningún caso se podrá exigir esta información en los procesos de selección personal, admisión pre-escolar, escolar o de educación superior, atención médica de urgencia o postulación a un cargo público".

La moción parlamentaria que dio origen a la Ley 20.575 concibió un sistema restrictivo para el tratamiento de los datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial, porque la comunicación de esa clase de datos sólo podía efectuarse a entidades reguladas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que participen de la evaluación de riesgo para el proceso de crédito y que hayan implementado para el desarrollo de su actividad los principios mencionados en el artículo 3º.

Por consiguiente, sólo podían obtener tales datos personales las instituciones de crédito reguladas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y para el proceso de otorgamiento de créditos consistentes en operaciones de crédito de dinero reguladas por la Ley 18.010.

En el curso de la tramitación de esta ley, se amplió la entrega de datos personales antes referidos no sólo a las entidades indicadas en la moción parlamentaria y para los fines de operaciones de crédito de dinero. También se facultó para obtener tales antecedentes al comercio detallista y para actos o contratos al fiado, esto es, aquellos en que el comerciante no recibe el precio del contrato de contado,porque puede percibirlo total o parcialmente a plazo.

La evaluación del proceso de crédito es distinta tratándose de operaciones de crédito de dinero por parte de instituciones reguladas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de aquella ponderación o examen que realiza el comercio para otorgar una facilidad de pago, porque la primera es más estricta y se encuentra sometida a un estatuto jurídico complejo, mientras que la segunda se basa en antecedentes generales de cumplimiento del deudor de sus obligaciones.

- ***Principios establecidos en la Ley 20.575.***

El artículo 3º de la ley estableció los principios que informan el tratamiento de datos de carácter personal, pero no se ocupó de definirlos y dejó sin coherencia las reglas de la OCDE con el proyecto del Ejecutivo para su incorporación dentro del ordenamiento jurídico interno.

Actualidad Juridica 28.indd 229 10-07-13 18:34

Los principios que deben implementar los responsables de los bancos de datos y los distribuidores de los registros o bancos de datos personales en conformidad con el artículo 3º de la Ley 20.575.

El precepto en cuestión establece que los responsables de los bancos de datos y los distribuidores de los registros o bancos de datos personales deberán, en el desarrollo de su actividad, implementar los *principios de legitimidad, acceso y oposición, información, calidad de los datos, finalidad, proporcionalidad, transparencia, no discriminación, limitación de uso y seguridad en el tratamiento de los datos personales*.

Es preciso considerar que en la historia de la Ley 20.575[31], el honorable diputado señor Harboe, refiriéndose al artículo 3º del proyecto, hizo presente que se trata de principios reconocidos a nivel internacional, lo que se consigna son los establecidos por la Unión Europea. A su turno, el honorable senador señor García estimó que, a fin de uniformar los principios consignados en este texto con los establecidos en el proyecto del Ejecutivo (Mensaje 395-359), que se encuentra en tramitación en la Cámara de Diputados, que son los consagrados por la OCDE, habría que incorporar los faltantes, con lo que estuvo de acuerdo la Comisión.

Si se toma en cuenta que la República de Chile adhirió a la membresía de la OCDE, que recomendaba adecuar la legislación interna de nuestro país conforme a los principios de esa organización; que, además, el Gobierno de Chile promulgó la Convención de la OCDE, y que envió un proyecto de ley (Mensaje Nº 395-359) por el cual modificaba la Ley 19.628 en concordancia con los principios de la OCDE, y que la historia de la Ley 20.575 indica la necesidad de uniformar los principios consignados en el artículo 3º de este último cuerpo legal con aquellos postulados por la OCDE. Resulta forzoso concluir que ellos deben tener los siguientes significados:

Ley 20.575	**OCDE, otros, Mensaje Nº 395-359 y artículo 3º del proyecto de modificación de la Ley 19.628**
legitimidad	Principio de legitimidad**,** consiste en que el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o particulares deben sujetarse a las disposiciones de la Ley 19.628 y sus modificaciones posteriores y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, y con pleno respeto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley le reconoce (Artículo 1º).

[31] Boletín 7392-03, p. 85.

Actualidad Juridica 28.indd 230 10-07-13 18:34

acceso y oposición	Principio de acceso y oposición, en virtud del cual el titular o interesado tiene el derecho a obtener información de todos los datos relativos a su persona que consten en un registro o base de datos, y a oponerse a su tratamiento cuando no haya justificación legal para él. (Mensaje 395-359).
información	Principio de información, en virtud del cual el titular tiene derecho a que se le comunique en cada recolección de datos personales, de manera expresa, precisa, clara, inequívoca y gratuita, la información que los responsables del registro o base de datos deben suministrarle en conformidad a la ley. (Mensaje 395-359).
calidad de los datos	Principio de calidad de los datos**,** en virtud del cual los datos personales deberán ser exactos, completos y actuales, en relación con el propósito para el cual serán utilizados. (Mensaje 395-359).
finalidad	Principio de especificación del propósito o finalidad, en virtud del cual el propósito de la recolección de datos personales se deberá especificar, en los casos en que se requiera el consentimiento, a más tardar en el momento en que ésta se produce, y en cada momento en que se realiza un cambio de propósito. (Mensaje 395-359)
proporcionalidad	Principio de proporcionalidad, en virtud del cual los datos de carácter personal sólo se podrán recolectar y someter a tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y los propósitos o finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. (Mensaje 395-359).
transparencia	Principio de transparencia, en virtud del cual debe informarse al titular de los datos personales acerca del objetivo del tratamiento y la identidad del responsable del registro o base de datos. (Mensaje 395-359).
no discriminación	Principio de igualdad ante la ley**.** Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política de la República). Asimismo, este principio se manifiesta en la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica. (Artículo 19 Nº 22 Constitución Política de la República).

Actualidad Juridica 28.indd 231 10-07-13 18:34

limitación de uso	Principio de limitación de uso**,** en virtud del cual el tratamiento de los datos personales se verá limitado al cumplimiento de los propósitos de su recolección, y no se deberán tratar tales datos, excepto si se tiene el consentimiento del titular o lo dispone la ley. (Mensaje 395-359).
seguridad en el tratamiento de datos personales	Principio de seguridad de los datos, en virtud del cual los responsables del tratamiento de datos personales emplearán las medidas técnicas y organizativas adecuadas a los riesgos que presenta el tratamiento, talescomo pérdida, o acceso, destrucción, uso, modificación o divulgación de los mismos, cuando estas acciones no hayan sido autorizadas. (Mensaje 395-359).

Conclusión preliminar.

1. En nuestra opinión, los principios establecidos por la Ley 20.575 deberán ser complementados por las definiciones que contempla la OCDE e ilustrados, en su caso, por el derecho español y/o la Directiva 94/95/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea sobre estas materias, porque se trata de las fuentes de donde se recogieron los principios del artículo 3º de la Ley 20.575 en relación con el principio de finalidad, contemplado tanto en este último cuerpo normativo como en la Ley 19.628.

   Asimismo, tales definiciones fueron recogidas en el Mensaje Nº 395-359, del Proyecto del Ejecutivo de reforma de la Ley 19.628, que fue enviado al Congreso Nacional precisamente para dar cumplimiento a la Declaración del Gobierno de la República de Chile respecto de la aceptación por parte de la República de Chile de las obligaciones de membresía en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, efectuada el 19 de noviembre de 2009, y en mérito del D.S. Nº 114 de 10 de mayo de 2010, del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual se "Promulga la Convención de Cooperación y Desarrollo Económicos y sus Protocolos Suplementarios Nºs 1 y 2 y el acuerdo con la Organización para Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre Privilegios, Inmunidades y Facilidades otorgados a la Organización".
2. Es de lamentar que se haya incurrido en una deficiente técnica legislativa al avanzar en la moción parlamentaria que dio origen a la Ley 20.575 y se dejara paralizado el proyecto de ley del Ejecutivo que buscaba adecuar la legislación interna a las recomendaciones de la OCDE, todo ello en función de captar simpatías ciudadanas con fines electorales que no favorecen una seria y responsable tarea legislativa.

Actualidad Juridica 28.indd 232 10-07-13 18:34

VI. Conclusiones generales.

1. La Ley Nº 19.628, sobre Protección a la Vida Privada o Protección de Datos de Carácter Personal, protege la libre iniciativa en materia de tratamiento de datos, sujeto a que ella se ejerza con pleno respecto de las obligaciones que el mismo cuerpo normativo establece. Dicho cuerpo legal resguarda las garantías constitucionales de los titulares de los datos, entendiéndose por tales a las personas naturales respecto de las cuales se informe mediante acciones que podrán dirigir en contra de los responsables del registro o banco de datos con arreglo a los procedimientos legales establecidos en dicho estatuto normativo.
2. Por regla general, para poder efectuar el tratamiento de datos personales, la ley exige el consentimiento o autorización del titular del dato de carácter personal. Excepcionalmente, el artículo 4º de la Ley Nº 19.628 permite el tratamiento de datos sin el consentimiento del titular.
3. En el estado actual de la legislación, se crea una evidente discriminación arbitraria en el tratamiento de los datos de las personas naturales y jurídicas, porque aquellas quedan resguardadas por la Ley 19.628, en tanto que estas últimas quedan sin amparo, salvo en lo que se refiere a la elaboración del predictor de riesgo comercial.
4. Las acciones que contempla la ley para el resguardo de los datos personales son: la acción de reclamación o habeas data y la de indemnización de perjuicios. Sin embargo, fuera de la Ley 19.628, ha de considerarse la acción cautelar de protección que contempla el artículo 20 de la Constitución Política de la República.
5. La Ley 19.628 zanjó, para los fines de sus disposiciones, la discusión acerca de si es posible la reserva del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil cuando se reclama responsabilidad extracontractual de las empresas de registro o bases de datos.
6. La Ley 20.575 circunscribe el tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial exclusivamente a la finalidad de la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito. La comunicación de los datos personales de que se trata sólo puede efectuarse al comercio establecido, para el proceso de crédito, y a las entidades que participen de la evaluación de riesgo comercial y para ese solo fin.
7. En nuestra opinión los principios establecidos por la Ley 20.575 deberán ser complementados por las definiciones que contempla la OCDE e ilustrados, en su caso, por el derecho español y/o la Directiva 94/95/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea sobre estas materias, porque se trata de las fuentes de donde se recogieron los principios del artículo 3º de la Ley 20.575 en relación con el principio de finalidad, contemplado tanto en este último cuerpo normativo como en la Ley 19.628.

Actualidad Juridica 28.indd 233 10-07-13 18:34

8. Asimismo, tales definiciones fueron recogidas en el Mensaje Nº 395-359, del Proyecto del Ejecutivo de reforma de la Ley 19.628, que fue enviado al Congreso Nacional precisamente para dar cumplimiento a la Declaración del Gobierno de la República de Chile respecto de la aceptación por parte de la República de Chile de las obligaciones de membresía en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, efectuada el 19 de noviembre de 2009, y en mérito del D.S. Nº 114 de 10 de mayo de 2010, del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual se "Promulga la Convención de Cooperación y Desarrollo Económicos y sus Protocolos Suplementarios Nºs 1 y 2 y el acuerdo con la Organización para Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre Privilegios, Inmunidades y Facilidades otorgados a la Organización".
9. Los principios que rigen los datos de carácter personal tienden a proteger a sus titulares y a transparentar la actividad económica del tratamiento de datos personales, lo que adicionalmente, dada la interpretación restrictiva de titular de los datos personales referida a las personas naturales exclusivamente, crea una forma de discriminación arbitraria en perjuicio de las personas jurídicas.
10. Existe una deficiente forma de legislar en esta materia, porque en vez de adecuar la legislación interna a los principios contemplados en la OCDE, la Ley 20.575, movida probablemente por razones de simpatía ciudadana o afanes electorales, se limitó a recoger un principio que definió en la misma ley y enunció simplemente otros principios que no definió. De esta manera destruyó el criterio del Ejecutivo de dictar un estatuto completo y coherente con las disposiciones de la OCDE.
11. Por último, llama la atención que la ley se limita a destacar aspectos patrimoniales negativos de los titulares de los datos y en ninguna parte resalta aquellos factores positivos que favorezcan a esos mismos titulares.

Actualidad Juridica 28.indd 234 10-07-13 18:34

El error de derecho como causal eximente de la responsabilidad extracontractual

Error in law as cause for tortious liability exemption

Enrique Alcalde Rodríguez
Doctor en Derecho
y Magíster en Ciencia Jurídica
Pontificia Universidad Católica de Chile;
Profesor de Derecho Civil UC;
socio del Estudio Jurídico Philippi.

Resumen: En este artículo se postula que la *culpabilidad* debe ser considerada uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, en términos de admitir, en determinadas hipótesis, que el error que recae sobre el conocimiento en torno a la antijuricidad de la conducta dañosa pueda ser esgrimido como causal eximente de responsabilidad civil. De esta forma, se refutan los argumentos que tradicionalmente se han invocado a fin de excluir dicha noción del ámbito de la responsabilidad aquiliana y sus formas de exención, especialmente aquellos vinculados con la "función" que corresponde asignar a la responsabilidad civil y el rol que cabe atribuir a la llamada "presunción de conocimiento de la ley".

***

1. Planteamiento del problema

Constituye prácticamente un lugar común afirmar que la *culpabilidad* (cuestión diversa de la *culpa*) corresponde a un concepto exclusivo del derecho penal y que, por lo mismo y entre otras cosas, el denominado por la doctrina *error de prohibición* resulta irrelevante en materia civil. Ello por cuanto, en esta especie de responsabilidad, el error de derecho nunca eximiría de la obligación de indemnizar al autor del daño cuya reparación se pretende.[1]

[1] Aunque sin hacer referencia explícita al error de derecho, algunos no dudan en considerar, en ciertos supuestos, que el error experimentado por el autor del daño puede configurar una causal eximente de su responsabilidad. Así, por ejemplo, Alessandri conceptualiza el error en dichos términos, si "la ignorancia o el engaño de que haya sido víctima sea de tal naturaleza que aun un hombre prudente colocado en sus mismas circunstancias habría incurrido en él". Alessandri (1943) p. 624. En la misma línea, escribe Corral

Actualidad Juridica 28.indd 235 10-07-13 18:34

Lo anterior, se revela como un tema particularmente relevante hoy en día dada la creciente proliferación de regulaciones, v.gr. en el ámbito económico, comúnmente acompañada del establecimiento de una profusa reglamentación administrativa a cargo de diversos organismos fiscalizadores dotados, a su vez, de amplísimas potestades normativas.

A nuestro juicio, no solo es equivocado excluir la culpabilidad del ámbito de la responsabilidad civil, sino que tampoco el último aserto puede ser sostenido siempre y bajo todo respecto dado que, bajo ciertas circunstancias, estimamos admisible que se invoque esta clase de error a objeto de sustraerse de la obligación de indemnizar que deriva de la comisión de un hecho ilícito que causa daño.

Los factores que conspiran en contra de una tal interpretación varían desde aspectos vinculados con la *función* que corresponde asignar a la responsabilidad civil hasta el rol que cabe atribuir a la llamada *presunción de conocimiento de la ley*, sin desconocer que incluso también inciden en ello problemas terminológicos, como la confusión entre la *culpabilidad*, por un lado, y la necesidad de que concurra al menos *culpa* en el agente, por el otro.

En las líneas que siguen procuraremos demostrar que las argumentaciones esbozadas no implican que la *culpabilidad* no deba ser considerada uno de los presupuestos de la responsabilidad aquiliana, como asimismo, que aquellas no constituyen óbice para admitir, en determinadas supuestos, que el error que recae sobre el conocimiento en torno a la antijuricidad de la conducta dañosa pueda ser esgrimido como causal eximente de responsabilidad civil.

2. La culpabilidad como elemento independiente de la responsabilidad civil extracontractual

2.1 Culpabilidad y culpa

Entre los elementos que deben concurrir para que surja el deber de indemnizar inherente a la responsabilidad extracontractual, con más o menos matices, suelen incluirse los siguientes:

a) Existencia de un hecho o conducta (acción u omisión) ilícito o antijurídico.
b) Que la acción u omisión sea imputable a culpa o dolo del agente.
c) Relación causal entre el hecho ilícito y el perjuicio que se reclama, de manera que este sea consecuencia de aquel.
d) El daño o perjuicio originado en el hecho ilícito imputado.
e) Capacidad delictual o cuasidelictual.

que "la ignorancia o error respecto de la naturaleza del hecho dañoso exime de responsabilidad si en las mismas circunstancias un hombre prudente hubiere incurrido en ella o él". Corral (2003) p. 129.

Actualidad Juridica 28.indd 236 10-07-13 18:34

Por nuestra parte, pensamos que a los anteriores debe agregarse, como elemento adicional e independiente, la *culpabilidad* del autor, entendida esta como un *juicio de reproche personal* que puede formularse a su respecto en razón de no haber llevado a cabo un comportamiento ajustado a derecho, no obstante poseer la capacidad, en el caso concreto de que se trata, para comprender la antijuricidad de su conducta y de autodeterminarse conforme a ese conocimiento.[2]

Como es sabido, el régimen de responsabilidad subjetiva que, con carácter de regla general, impera en nuestro sistema jurídico, requiere, entre los elementos necesarios para configurarse, la existencia de un *factor de atribución* subjetivo que viene constituido por el dolo o la culpa.

Con todo, la existencia del dolo y la culpa, si bien son necesarios para generar responsabilidad delictual o cuasidelictual, no son sin embargo suficientes. Ello porque la responsabilidad requiere algo más, a saber: que se pueda formular un *juicio de reproche personal* contra el autor del daño.

Dicho juicio de reproche, que viene a denominarse *culpabilidad*, supone que el sujeto a quien se achaca la acción u omisión dolosa o culposa, se hallaba en condiciones tanto de comprender la ilicitud de su actuar como de ejecutar una conducta alternativa que no cause daño. De otra manera no se comprendería, entre otras cosas, porque la ley declara que ciertas personas son *incapaces* de cometer delito o cuasidelito civil.

Se sigue de lo anterior que la "culpabilidad", factor que la mayoría de los autores considera ínsito en el concepto de "culpa", difiere conceptualmente de esta y debe ser distinguido a fin de evitar equívocos. Pensamos, en efecto, que mientras la *culpa* se identifica con la inobservancia del cuidado o diligencia debidos, la *culpabilidad* alude, en cambio, a la necesidad de que el agente del daño efectivamente se hubiere encontrado en condiciones tanto de conocer la ilicitud de su conducta como de ajustarla a las prescripciones del ordenamiento jurídico, sin que en definitiva lo haya hecho.

Expresado con otras palabras, la pregunta acerca de si se observó o no el cuidado debido en un caso concreto, se vincula con la *culpa*, mientras que la interrogante sobre si es posible, en esa misma situación, formular un juicio de reproche contra el autor del daño, constituye una cuestión propia de la *culpabilidad*. Y es también por lo dicho que la culpa se aprecia en *abstracto*,[3] en

[2] En este sentido, Cury (2005) pp. 385 y ss.

[3] Por ello, con acierto expresa Barros que la imputación de la negligencia es objetiva, con la consecuencia de que el juicio de desvalor no recae en el sujeto, sino en su conducta, de modo que son irrelevantes las peculiaridades subjetivas del agente. Barros (2006) p. 78.

Actualidad Juridica 28.indd 237 10-07-13 18:34

circunstancias de que la culpabilidad, en tanto implica un juicio de reproche *personal*, debe valorarse en *concreto*.

Si no se aceptara la posición que sustentamos, en cuanto distingue dolo y culpa de culpabilidad, no serían tampoco aceptables aquellas causales que eximen de responsabilidad al que causa el daño no por suprimir la culpa, sino que la culpabilidad, como, por ejemplo, en la *inexigibilidad de otra conducta* en los casos de fuerza mayor. Y adviértase, sobre este mismo particular, que la mayoría de la doctrina admite, desde antiguo, que la referida causal de exención de responsabilidad, prevista en el artículo 10 del Código Penal y justificada precisamente en razón de suprimirse con ella la culpabilidad del agente, tiene plena cabida en lo que a la responsabilidad civil se refiere.[4]

De otro lado, creemos que el rechazo a nuestra tesis dejaría sin explicación satisfactoria aquellas normas por las cuales el legislador ha establecido presunciones no ya de culpa, sino que de culpabilidad en el autor del daño. Tal es el caso, v.gr., de aquellas que establece el artículo 45 de la Ley N° 18.046 a propósito de la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima. Así, por ejemplo, dicho precepto enuncia una serie de hechos a partir de los cuales carece de sentido presumir la "culpa", puesto que en tales casos obviamente no se habrá observado el cuidado debido, y que, por lo mismo, únicamente se justifican en la medida en que estén referidos a la "culpabilidad", conforme al concepto que hemos formulado respecto de la misma.

2.2 La culpabilidad y su relación con la función sancionadora de la responsabilidad extracontractual

Entre las argumentaciones que usualmente se invocan a fin de excluir la culpabilidad como uno de los elementos configurantes de la responsabilidad civil,

[4] En efecto, a falta de una norma expresa y específica en la materia, en general es pacífico en nuestra doctrina que, supuesta la concurrencia de los presupuestos que originan la obligación de indemnizar, el autor del daño puede exonerarse invocando en su favor alguna de las causales eximentes de responsabilidad contempladas en el artículo 10 del Código Penal, las cuales darían cuenta del *espíritu general de la legislación* en la materia (art. 24 del Código Civil). En tal sentido se pronuncian, por ejemplo, Alessandri (1943) p. 598; Rodríguez (2002) p. 152; Corral (2003) pp. 127 y ss.; y Barros (2006) pp. 132 y ss. El recurso hermenéutico referido al "espíritu general de la legislación" no constituye un mero expediente doctrinario. Nuestros tribunales usualmente recurren a él no solo a fin de suplir vacíos legales, sino que también como criterio exegético de un precepto en particular. Como ejemplo de lo dicho puede citarse la siguiente jurisprudencia: Aravena con Lizarralde (1931); Lartundo Herrera con Rivas Contreras (1951); Nelly Pinto (1964); Braden Copper Co. con Impuestos Internos (1965); Tocornal Ross con Servicio Agrícola y Ganadero (1984); Benedicto Figueroa Puentes (1984); Sociedad Juan Markewitz Munter y Cía. con Fisco (1984); Empresa Eléctrica de la Frontera S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (1990); Messen Angarita con Fisco (1993); Pavez Muñoz con Céspedes Reyes (1994); Díaz Durán con Linde Cárdenas (1996); Instituto de Normalización Previsional (1998); Juan Castillo Castillo (2002); Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Barrios (2003); Miguel Ángel Jiménez Jorquera (2005); Alegría Melo con Escobar Mendoza y otro (2007); Godoy Soto con Compañía de Seguros Generales La Previsión S.A. (2007).

Actualidad Juridica 28.indd 238 10-07-13 18:34

suele decirse que la función de esta última se relaciona, única y exclusivamente, con su finalidad *reparadora*, en cuanto solo se tiende con ella a compensar el perjuicio experimentado por la víctima.

En apoyo de esta conclusión se arguye que la ley no distingue entre la culpa o dolo del autor para regular la cuantía de la indemnización, la que solamente dependerá, entonces, de la magnitud del daño y no de la gravedad de su conducta ni de la mayor o menor intensidad del reproche susceptible de dirigirse en su contra.

Si bien lo anterior es parcialmente efectivo, creemos que ello no permite, en modo alguno, deducir que los factores subjetivos –como es el caso de la culpabilidad y la distinción entre una conducta dolosa y culposa– no deban ser considerados para otros efectos diversos, como ocurre, precisamente, con la admisibilidad limitada del *error iuris* que postularemos más adelante.

Expresado en otros términos, la circunstancia de que el monto a indemnizar no dependa, en lo esencial, de si la acción u omisión ilícita fue negligente o dolosa –lo que ciertamente reconocemos– no implica que la conducta de una u otra especie no sea relevante para otros fines diversos. Y ello, dado que como veremos enseguida, la responsabilidad civil no posee una función *únicamente* reparadora o compensatoria, sino también "sancionadora", lo que obliga por ende a considerar, además de la producción del resultado dañoso, si es o no posible formular un reproche personal a quien lo ocasionó.

Sin embargo, y antes de abocarnos a este punto preciso, recordemos, con Barros, que los fines y valores constituyen el elemento dinámico del sistema de responsabilidad, desde el momento en que permiten discernir la regla correcta en el contexto institucional de una práctica doctrinaria y judicial.
Además, conforme a la misma opinión, la idea de justicia exige asumir un enfoque deontológico para justificar la responsabilidad patrimonial, en cuanto obliga a preguntarse cuáles son las condiciones para que sea correcto atribuir responsabilidad a una persona por los daños que sufre otra.

En este sentido –agrega el mismo autor–, la idea de justicia puede ser desarrollada atendiendo exclusivamente a la víctima o al autor del daño. Se tiene en vista a la primera cuando se asume que el fin de la responsabilidad civil consiste en la compensación del daño que ha sufrido y, por la inversa, si a la responsabilidad se le atribuye un fin de retribución del mal causado, la perspectiva se enfoca entonces en el autor del daño, correspondiendo determinar las condiciones para formularle un *juicio de reproche personal*.

Concluye, finalmente, que aunque ambas perspectivas suelen aparecer en el análisis de la responsabilidad patrimonial, presentan, no obstante, la dificultad de atender unilateralmente a la posición de una de las partes de la relación

Actualidad Juridica 28.indd 239 10-07-13 18:34

obligatoria, de modo que no dan una razón suficiente para que la víctima reciba compensación de *este* demandado o, al revés, para que el responsable deba indemnizar a *esta* víctima[5].

A nuestro entender, entre las finalidades del denominado derecho de daños es posible advertir las siguientes: primero, la *resarcitoria*, en cuanto se persigue suprimir o disminuir las consecuencias negativas que afectan al damnificado reparando los daños sufridos; segundo, la *punitiva*, en la medida en que tiende a sancionar civilmente al sujeto causante del daño, trasladando los costos del perjuicio del damnificado al responsable; y, tercera, la *preventiva*, por medio de la cual el sistema busca desincentivar que otros sujetos causen daños, procurando que actúen de manera diligente y que prevean las consecuencias, reduciendo los riesgos inherentes a sus actividades[6].

Entre las funciones que se han enunciado, pensamos que la *punitiva* o *sancionadora* es aquella que precisamente sirve de marco conceptual al asunto de que tratamos, no sin antes advertir que con tal denominación no aludimos en modo alguno al rol que se le asigna a la responsabilidad en sistemas que, como el anglosajón, contemplan la indemnización de los llamados "daños punitivos".

En efecto, al hacer referencia a la finalidad *punitiva*, simplemente queremos significar que las normas sobre responsabilidad civil también se estructuran sobre la base de esta función, de la cual, por ende, no puede prescindirse al momento de analizar sus diversas proyecciones.

Por iguales razones, veremos asimismo que el hecho de atribuir a la responsabilidad civil –junto a su rol preventivo y reparatorio– una función *sancionadora*, permite plantear a su respecto materias inextricablemente unidas a la culpabilidad como lo es la excusabilidad, en ciertos y limitados casos, del error acerca de la antijuricidad de la conducta causante del daño.

2.3 Breve reseña de la evolución de la responsabilidad extracontractual

En contra de la opinión que venimos expresando, en orden a asignar también una función "sancionatoria" a la responsabilidad civil, seguramente alguno argumentará recordando la evolución experimentada por la responsabilidad extracontractual, en términos tales que hoy solo es posible atribuirle una finalidad "reparadora" que excluye la consideración de factores ajenos a ella como lo es la culpabilidad del autor del daño.

[5] Barros (2006) pp. 33 y 36-37. Las cursivas son nuestras.
[6] Torres (2006) pp. 280-281.

Actualidad Juridica 28.indd 240 10-07-13 18:34

Veamos, pues, y desde luego muy sucintamente, en qué consistió dicha evolución en torno a la función de la responsabilidad aquiliana y cómo –y en qué medida– se ha plasmado esta en la legislación que actualmente nos rige.

Conforme lo recuerdan Mazeaud y Tunc, el derecho romano, en su época más remota, distingue básicamente dos categorías de daños: los que nacen de un delito público y los que surgen de un delito privado. Desde esta perspectiva, parece haber aprehendido, incluso desde muy pronto, la necesidad social de no limitar las demandas a las infracciones dirigidas contra la cosa pública, sino a aquellas que, aun dirigidas contra los particulares, perturban el orden público en razón de su gravedad.

En esta etapa de la evolución del derecho de daños, allí donde el Estado no persigue el castigo del autor del daño, es la víctima la que lo hace, representando el derecho romano del tiempo de las XII Tablas, "una época de transición" entre la fase de la composición voluntaria y la de la composición legal obligatoria; la víctima de un delito privado está en libertad, unas veces, para satisfacerse mediante el ejercicio de la venganza corporal o por la obtención de una suma de dinero, cuyo importe fija libremente; y obligada, en otras, a aceptar el pago de la suma fijada en la ley. Pero esa suma sigue siendo esencialmente el precio de la venganza, una composición, una *poena*[7].

Si atendemos, ahora, a la forma en que se aproximan al tema los *glosadores*, *comentaristas* e *iusnaturalistas*, Diez-Picazo y Gullón identifican como factor común la tendencia a interpretar restrictivamente y superar el indiscutible carácter penal que presentaban los textos romanos que versaban sobre la acción de la Lex Aquilia, convirtiéndolos en acción indemnizatoria.

Con esta interpretación se perseguía, principalmente, excluir alguna de las consecuencias prácticas que derivaban del carácter penal o punitivo de la acción, como lo era su intransmisibilidad por vía sucesoria. Con todo, el mérito de haber dotado a la responsabilidad civil extracontractual de una nueva base y de una configuración dogmática corresponde a la escuela del derecho natural, en cuanto por primera vez afirma esta el principio de que el hecho ilícito como tal genera la obligación de resarcimiento del daño causado[8].

Según el relato de Mazeaud y Tunc, el problema de la responsabilidad civil fue abordado por el *antiguo derecho francés* en los mismos términos en que lo había hecho el derecho romano de la época de las XII Tablas. De esta manera, en aquel tiempo responsabilidad civil y responsabilidad penal no forman sino una cosa; el autor del daño es castigado con una pena privada.

---

[7] Mazeaud y Tunc (1977) pp. 38-39. Lo anterior se explica en razón de la ausencia de una verdadera separación entre derecho civil y criminal. Mommsen (1976) p. 331.

[8] Díez-Picazo y Gullón (1989) pp. 73-76.

Actualidad Juridica 28.indd 241 10-07-13 18:34

Pero, insensiblemente, el antiguo derecho francés se apartó de esa concepción primitiva y ello, sin duda y paradójicamente, por la influencia del mismo derecho romano, en tanto este había establecido las bases de una distinción fundamental al delinear la clasificación, que por lo demás iba a seguir siendo más teórica que práctica, entre acciones puramente penales y acciones reipersecutorias. Los jurisconsultos franceses, por su parte, se atuvieron a la regla teórica, sin averiguar cómo se aplicaba en la práctica, desprendiéndose de la idea de pena privada para ver en la acción concedida a la víctima, esencialmente, una acción indemnizatoria.

Llegada la época de elaborar el Code, el examen de sus trabajos preparatorios revela que, en 1804, ya había terminado la evolución capital: la distinción entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal se revela como una noción adquirida definitivamente. Así, por ejemplo, el tribuno Tarridable lo declara sin ambages: "No entra en los designios del proyecto de ley considerar aquí los delitos en sus relaciones con el orden político. No son considerados sino en su relación con el interés de la persona lesionada".

En el ámbito de la responsabilidad delictual y cuasidelictual, los redactores del Code se mostraron contestes en sostener la necesidad de culpa para exigir la responsabilidad del autor del daño. De esta forma, se afirmará que aquel cuya conducta es *irreprochable* no puede ser condenado a reparar el daño que haya causado; el azar ha querido que padezca la víctima; nada justificaría una inversión de la situación.

En este sentido, los trabajos preparatorios del código napoleónico son tan expresivos en torno al punto, que aquellos mismos que pretenden borrar hoy la culpa de los requisitos de la responsabilidad civil se ven obligados a convenir en que se colocan en desacuerdo con los autores del Código[9].

2.4 Función de la responsabilidad extracontractual a la luz de nuestro Código Civil

Como se sabe, no obstante el enorme influjo del Código napoleónico en la obra de Bello, en muy diversas materias –algunas trascendentes–, este se apartó ostensiblemente del modelo francés.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, Zelaya destaca los siguientes aspectos donde nuestro Código Civil no siguió las directrices de su homólogo francés:

a) A diferencia del Code, el Código Civil chileno estableció un plazo especial de prescripción para la acción indemnizatoria extracontractual, recogiendo, en parte, una regla establecida en Las Partidas.

[9] Mazeaud y Tunc (1977) pp. 52-60.

Actualidad Juridica 28.indd 242 10-07-13 18:34

b) También nuestro Código Civil –a diferencia del Code– permitió al empresario demandado probar que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe no ha podido impedir el hecho, alejándose de la regla sentada por Pothier y por el Código de 1804.
c) En tercer lugar, y también apartándose del Código napolénico, el nuestro estableció una clara presunción de culpa contra el guardador por los daños causados por su pupilo, volviendo con ello a la regla de Pothier y que había sido abandonada por los redactores del Code.
d) Por último, nuestro Código no estableció una regla o principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas, como el consagrado en el francés y que permitió a su jurisprudencia extender esta responsabilidad hasta límites insospechados[10].

Por nuestra parte, y más allá de las diferencias anotadas, creemos que lo relevante para nuestro tema –en cuanto denota la idea seguida por el legislador nacional en torno a las *funciones* que cabe asignar a la responsabilidad aquiliana– debe buscarse en la conceptualización misma que hiciera del ilícito extracontractual.

En este sentido, el Proyecto de Código de 1853 contiene una nota al artículo 2478 –actual artículo 2314– en cuya virtud Bello se remite no al Código francés, sino que a las Partidas (L. 6 Tít. 5, Part. 7).

Considerando, pues, la fuente que el mismo Bello expresa haber seguido en la materia, creemos posible sostener que, a diferencia de la finalidad exclusivamente "reparadora" que los redactores del Code asignaron a la responsabilidad extracontractual, en nuestro Código Civil se optó, en cambio, por mantener las nociones del derecho español, mucho más apegado, en esta parte, a los conceptos propios del derecho romano. De ahí, entonces, que siguiendo tales concepciones, creamos posible sostener que en nuestro ordenamiento jurídico existe base para atribuir a la responsabilidad aquiliana, junto al rol "compensatorio", un fin "sancionatorio" o "punitivo", según el alcance que asignamos a este último término[11].

Empero, lo anterior no es todo. Nuestro Código Civil contempla un conjunto de preceptos –tanto en lo referido a la responsabilidad contractual como delictual– que, a nuestro juicio, dejan de manifiesto que no resulta indiferente el que una conducta ilícita asuma un determinado nivel de gravedad considerando al efecto la actitud del agente dañoso, lo que se considera y es tomado en cuenta por la ley a fin de regular la obligación de indemnizar[12].

[10] Zelaya (2004) pp. 102-104.
[11] Si el resarcimiento de la víctima fuera la única finalidad de la institución, no existirían razones válidas para que la responsabilidad no se identificara con la mera causalidad del evento. Lo normal, sin embargo, es que el juicio de responsabilidad no solo apunte a resarcir, sino también a sancionar o a prevenir ilícitos. En resumen, si bien la función de compensar a las víctimas es común tanto a la responsabilidad cuanto al resarcimiento, en ella no se agotan todas las funciones de la responsabilidad por hecho ilícito. Franzoni (2001) pp. 212-213.
[12] Igual ocurre en materia de daño moral, con lo que se cumple una observación que suele ser común en la doctrina en cuanto a que los jueces primero buscan la solución y luego la justificación.

Actualidad Juridica 28.indd 243 10-07-13 18:34

Desde el momento en que tales disposiciones sancionan más gravemente el actuar doloso, es dable concluir que aquellas dan cuenta del "espíritu general de la legislación" en orden a que la finalidad o rol *sancionatorio* asignable a la responsabilidad también va envuelto en la indemnización de perjuicios. Si ello no se admitiera, y se entendiera que esta cumple un objetivo exclusivamente "reparador", fácil será advertir que tales normas, en cuanto atienden a un factor esencialmente subjetivo como el dolo, carecerían realmente de justificación.

Como ejemplo de preceptos legales que apuntan en el sentido que indicamos, en el ámbito de la responsabilidad contractual, pueden citarse los artículos 1423; 1558; 1680; 1814; 1934; 1959; 2035; 2111; 2119; 2202; y 2288. Entre las disposiciones que, en la misma línea, se contemplan en materia delictual y cuasidelictual civil, es posible indicar los artículos 141; 197; 423; 897; 898; 906; 927; 1267; 1268; 1300; 1748; 1768; 1771; y 2300.

Sobre la base de las mencionadas normas, creemos evidente que al sancionarse de forma más grave las conductas dañosas que se ejecutan de "mala fe", "a sabiendas", "maliciosamente", "fraudulentamente" o, en general, de un modo "doloso", queda de manifiesto que, para nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad, al mismo tiempo que una función reparadora, cumple también un rol *punitivo*. Insistimos: si la finalidad de la responsabilidad fuera exclusivamente "compensatoria", no se entiende entonces qué sentido y justificación presenta el que nuestra legislación sancione más severamente las conductas dolosas que aquellas meramente negligentes.

Lo anterior, como hemos dicho, resulta relevante a efectos de desvirtuar una negativa para admitir la existencia de la *culpabilidad* como un requisito o elemento configurante de la responsabilidad extracontractual sobre la base de estimar que tal noción es ajena a la función meramente "reparadora" o "compensatoria" que debe atribuírsele. Ello, a su turno, nos permite afirmar que la excusabilidad del *error iuris*, bajo ciertos respectos, en modo alguno se opone a la conceptualización que nuestra legislación ha hecho de la responsabilidad aquiliana, sino que, por la inversa, responde a uno de los presupuestos de la culpabilidad que le es necesaria a fin de que surja el deber de indemnizar.

3. Culpabilidad y antijuricidad

Desde el momento en que definimos la *culpabilidad* como capacidad tanto de conocer la ilicitud de la conducta como de adecuarla –en la situación concreta– al ordenamiento jurídico, se comprende, entonces, la muy estrecha relación entre esta noción y el concepto de *antijuricidad*, en cuanto esta última se identifica a su vez con la ilicitud de la acción u omisión negligente o dolosa.

Actualidad Juridica 28.indd 244 10-07-13 18:34

Algunos autores, a cuya opinión adherimos, postulan que entre los supuestos o requisitos exigidos para hacer nacer la responsabilidad civil extracontractual, es necesario, en primer lugar, que el hecho generador del perjuicio sea *ilícito*[13]. Cuando nos encontramos ante el caso de *actividades reguladas por la ley* y sea que se trate de acciones o de omisiones, para que se entienda que concurre la "antijuricidad" o "ilicitud" de la conducta creemos que no basta con que se haya quebrantado el deber general de no causar daño a otro (*alterum non laedere*). Es preciso, además, que tal infracción –que debe necesariamente imputarse a culpa o dolo del agente– suponga que el sujeto haya violado una obligación que la ley le impone y cuya inobservancia precisamente origina el perjuicio cuya indemnización se demanda.

La antijuricidad, sin embargo, no es considerada por todos como elemento autónomo de la responsabilidad extracontractual. Así por ejemplo, y entre nosotros, Barros postula que aquella quedaría absorbida en las nociones de culpa y daño. Ello en razón de que la culpa, entendida como infracción al deber de conducta, sería sinónimo de ilicitud, asimilándose la antijuridicidad en materia civil al hecho culpable que causa daño[14].

La antedicha concepción, en cuanto niega un reconocimiento de la antijuricidad como presupuesto independiente o autónomo de la responsabilidad, no constituye un pensamiento novedoso.

De hecho, ya en la doctrina italiana de los años sesenta advertimos una corriente en tal sentido que tiene su máximo exponente en la obra de Carbone, quien dedica, en 1969, todo un libro (*Il fallo dañoso nella responsabilitá civile*) a defender que "en el ordenamiento italiano, el carácter de la ilicitud es extraño al hecho dañoso", porque "el elemento común a los diversos supuestos de hecho de la responsabilidad civil no viene dado por el ilícito, sino por la existencia de un hecho dañoso relevante para el Derecho"[15].

Por nuestra parte, y antes de entrar en el análisis de nuestra legislación positiva, participamos de la opinión de quienes estiman que la antijuricidad constituye, en el plano jurídico, una necesidad ontológica, en términos de satisfacerse con ella un criterio de imputación básico o primario de los daños causados[16].

Desde esta perspectiva, Esser considera la antijuridicidad como un medio para delimitar hasta dónde llega la imputación de daños a una persona. Lo anterior, dado que no es suficiente para imponer la obligación de resarcimiento

[13] Así se desprende claramente, entre otras disposiciones, a partir de lo dispuesto en el artículo 2284 del Código Civil.
[14] Barros (2006) p. 97.
[15] Pena López en su prólogo a Busto (1998) pp. 13-14.
[16] Pena López en su prólogo a Busto (1998) p. 22.

Actualidad Juridica 28.indd 245 10-07-13 18:34

que se dé una relación causal adecuada entre el acto y el daño, requiriéndose además que el resultado dañoso se encuentre prohibido por la ley o por el contrato, es decir, que el ámbito de protección de los pactos contractuales o de las disposiciones legales sobre actos ilícitos incluya los bienes afectados. De esta manera, la imputación de daños se torna en una cuestión *normativa*. Es la norma la que debe determinar si se quiere indemnizar "este" daño surgido de "esta concreta forma". Igualmente, y por lo mismo, es necesario que el curso causal completo no solo sea conforme con la experiencia de la vida, sino también con la significación de ilicitud de la conducta causante del perjuicio; todo lo cual, ciertamente, no implica confundir la teoría de la adecuación con la antijuricidad, sino que advertir el modo en que ambas se complementan[17].

En términos generales, puede afirmarse que la antijuricidad consiste en la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, es decir, incluyendo las leyes, las costumbres y los principios jurídicos que surgen del sistema[18]. Más específicamente, lo antijurídico vendría a ser la conducta (actividad: acción u omisión) de una persona (sustrato) que objetivamente contraría el interés tutelado por el ordenamiento jurídico (resultado), entendiendo por tal al conjunto de normas en unidad y con coherente aplicación del juego de prohibiciones y permisiones[19].

De las definiciones anteriores conviene insistir en la noción de *interés* a que en ellas se alude, toda vez que, en definitiva, la antijuricidad supone, más que la existencia de un daño –otro de los presupuestos de la responsabilidad–, la lesión de un *interés jurídicamente protegido*, para usar las expresiones de Ihering.

Pensamos que contrariamente a lo que a veces se afirma por algunos, no es efectivo que todo daño sea, necesariamente, antijurídico y, por lo mismo, susceptible de originar la obligación de repararlo. Así, por ejemplo, con acierto se ha hecho notar que la muerte de la prostituta no puede generar un derecho de indemnización en favor del proxeneta por razón de los daños que le hayan sido causados a este al hallarse impedido de continuar explotándola. Y ello no lo es porque el asesino obre en el ejercicio de un derecho que venga a justificar los daños inferidos al proxeneta, sino, sencillamente, porque el interés que este proyectaba sobre la persona explotada es considerado por el ordenamiento jurídico como indigno de protección. Por la misma consideración, si los novios no pueden exigir indemnización por los sufrimientos ocasionados por una ruptura de la relación, no lo es porque el novio que haya provocado la ruptura tuviera derecho de hacer sufrir al otro, sino, simplemente, porque el derecho, estimando que no debe inmiscuirse en estas relaciones, no concede su amparo

[17] Santos (2008) p. 1.
[18] Gesualdi (1997) p. 144.
[19] Ghersi (1997) p. 99.

Actualidad Juridica 28.indd 246 10-07-13 18:34

frente a este tipo de sufrimientos, como tampoco la concedería frente a los que ocasionase, v. gr., la falta de compañerismo o de la correspondencia en el cariño o la amistad que una persona profesa a otra. En todos estos casos, como es natural, no es posible sostener, con propiedad, que el derecho proteja al autor de estos sufrimientos, reconociéndole un derecho o facultad de producirlos e imponiendo a la víctima el correlativo deber de soportarlos.[20] Lo que sucede es que la conducta no califica de *antijurídica* en razón de no afectarse con ella un interés tutelado por el derecho[21].

En definitiva, la preocupación en los tópicos de la responsabilidad se traduce en determinar qué intereses deben ser considerados dignos de tutela, de modo de concebir la posibilidad del resarcimiento solo cuando estos han sido vulnerados. Tal vía de reconocimiento de intereses dignos de ser jurídicamente protegidos, se ha iniciado como consecuencia del afán por centrar la responsabilidad en la víctima y no ya en el victimario y, asimismo, por el elemento daño y no por el elemento culpa.

Esta tarea ha sido en todo caso encomendada a la jurisprudencia, pues es la actividad del juez la que estudia los nuevos casos que nutren el tema de la responsabilidad y a partir de los fallos de los altos tribunales, es que se ha dado el avance en materia de reconocimiento y límite de intereses tutelados. Por ello, cada ordenamiento jurídico debe decidir cuáles son los intereses merecedores de tutela e incluso protegerlos con la responsabilidad aquiliana y determinar hasta dónde está dispuesto a llegar en materia de reparación de daños. En este sentido, se hallan en los códigos civiles más destacados, algunas normas generales de responsabilidad que abren la puerta al reconocimiento de los nuevos tipos de daños que deben considerarse resarcibles. Entre tales, pueden mencionarse el Código Civil italiano, al indicar que cualquier hecho fraudulento o culposo que causa un perjuicio *injusto*, obliga a aquel que lo causó a reparar el daño provocado.

A partir de esta tendencia, la doctrina comenzó a determinar qué daños resultaban injustos, siendo este el filtro que se utilizó para establecer los daños resarcibles, entendiendo, a su vez, por injusto aquel donde no existiera ningún derecho a causarlo y que la víctima, a su turno, viera afectado un interés tutelado sin tener el deber de soportarlo[22].

Dado lo expuesto, Pena apunta que en los códigos civiles más modernos y progresivos, todos ellos correspondientes a países donde impera de forma flo-

[20] Busto (1998) p. 25.
[21] En la misma línea, Gagliardo señala que constituye una invocación usual asignar por un acto antinormativo responsabilidad a un sujeto, surgiendo luego de una comprobación técnica la no concurrencia de alguno de los elementos configurativos de tal noción jurídica. Ocurre, pues, que es posible que un daño no resulte jurídicamente relevante por no incursionar en la esfera jurídica de otra persona. Gagliardo (2001) p. 780.
[22] Arias et al. (2009) p. 12.

Actualidad Juridica 28.indd 247 10-07-13 18:34

reciente, además, la economía social de mercado (v. gr., el Código Civil alemán, el suizo de las obligaciones, el italiano de 1942, el portugués y el holandés de derecho patrimonial de 1992), la *antijuricidad* se erige, de manera explícita, en uno de los elementos del supuesto de hecho de la responsabilidad civil[23].

A la luz de nuestro propio ordenamiento jurídico, estimamos indubitado que entre los supuestos o requisitos necesarios para que surja responsabilidad civil extracontractual, es menester, en primer lugar, que el hecho generador del perjuicio sea *ilícito o antijurídico*. Así se desprende a partir de lo dispuesto en el artículo 2284 del Código Civil, conforme al cual *"Si el hecho es ilícito, y cometido con la intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin la intención de dañar, constituye un cuasidelito"* (incs. 2° y 3°). Y es por ello que se ha fallado que "no hay culpa del dueño de un fundo, al cual penetra un animal ajeno, en no alimentarlo ni entregarlo en el acto a su propietario, porque no pesaba sobre él la obligación de darle de comer y de cuidarlo, ni constaba que dicho propietario hubiera exigido su entrega"[24]. En otras palabras, conforme a dicho fallo, la omisión imputada no es ilícita o antijurídica –y por tanto no genera responsabilidad– si no existe al mismo tiempo una precisa obligación infringida[25].

Así, para que pueda entenderse que concurre la antijuricidad o ilicitud de la conducta no basta con que se haya quebrantado el deber general de no causar daño a otro (*alterum non laedere*). Es preciso, además y según ya adelantamos, que tal infracción suponga que el sujeto haya violado una obligación que la ley le impone y cuya inobservancia precisamente origina el perjuicio cuya reparación se demanda. En otros términos, es menester que dicho deber genérico se *concretice*. En caso contrario, al decir de Díez-Picazo y Gullón, se llegaría al absurdo o anfibología de afirmar que "un daño es antijurídico porque viola una regla de no causar un daño antijurídico"[26].

Considerando lo dicho, y precisamente atendida la indisoluble relación entre culpabilidad y antijuricidad –en cuanto la primera supone que el agente del daño se encuentre en condiciones de comprender la ilicitud de su conducta–, en el siguiente acápite nos referiremos a la relevancia que, bajo ciertos supuestos, puede presentar el *error iuris* como factor que impide formular el juicio de reproche personal en que consiste la culpabilidad.

[23] En su prólogo a Busto (1998) p. 18.
[24] Fallo citado y comentado por Alessandri (1943) p. 173.
[25] En definitiva, daño injusto significa "daño no justificado", es decir, un daño ocasionado sin que el hecho lesivo se encuentre autorizado por una norma, sin que el comportamiento perjudicial se realice en el ejercicio de una facultad concretamente atribuida por el ordenamiento. Schlesinger (2001) p. 53.
[26] Citados por Corral (2003) p. 120.

Actualidad Juridica 28.indd 248 10-07-13 18:34

4. Culpabilidad y error de derecho

Si hemos afirmado que el juicio de reproche en que se traduce la culpabilidad supone, primeramente y entre otras cosas, que el autor del daño se encuentre en condiciones de comprender la antijuricidad de su conducta, queda en evidencia la relevancia que en esta materia puede llegar a asumir la ignorancia de la norma que prohíbe realizarla –u ordena ejecutarla– o bien un entendimiento equivocado acerca de la misma.

La respuesta inmediata en torno al punto se inclinará, sin duda, por sostener que el desconocimiento o yerro en torno a la antijuricidad o ilicitud de la conducta jamás eximirá al causante del daño de la obligación de indemnizarlo. Y ello porque nadie puede alegar ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla conforme al conocido aforismo según el cual *ignorantia juris nómine excusat*. Si tal fuera el alcance absoluto del principio, fácil será comprender que gran parte de todo aquello que hemos razonado respecto de la culpabilidad –y nuestros esfuerzos por considerarla un presupuesto independiente o autónomo de la responsabilidad– quedaría relegado a algo tan específico como identificar tal concepto con la *capacidad* delictual o cuasidelictual civil.

Desde este punto de vista, bastaría entonces que un sujeto no estuviera incluido en la categoría de aquellos que la ley declara incapaces para afirmar que posee, necesariamente, la capacidad de comprender la antijuricidad de su conducta.

No obstante, y según expresamos al iniciar este acápite, creemos que dada la finalidad también *sancionatoria* que debe atribuirse a la responsabilidad extracontractual, la culpabilidad puede ser entendida, en materia civil, de un modo semejante al tratamiento que la misma recibe por parte del derecho penal.

Desde esta perspectiva, en lo que sigue procuraremos demostrar que el error o la ignorancia iuris, en determinadas hipótesis, puede ser admitido como una causal de exoneración de responsabilidad, precisamente por impedir la formulación del juicio de reproche personal propio de la culpabilidad.

En este contexto, principiemos por recordar que, en términos generales, el error de derecho consiste en la ignorancia o falso concepto que se tiene de la realidad jurídica.

Bajo este punto de vista, y en lo que aquí analizamos, dicho error se identifica con el desconocimiento o equivocada representación de la norma legal que prohíbe ejecutar –o bien ordena realizar– la conducta que causa un daño. En otras palabras, en estos casos la ignorancia o el yerro recae sobre el carácter antijurídico de la pertinente conducta.

En este sentido, cabe entonces plantear la interrogante: ¿un error de derecho acerca de la ilicitud o antijuricidad de la acción u omisión causante del daño,

Actualidad Juridica 28.indd 249 10-07-13 18:34

es susceptible de suprimir la culpabilidad y, con ello, exonerar de la obligación de indemnizar?

A nuestro juicio, en ciertos y determinados supuestos la respuesta afirmativa se impone.

Para fundamentar este aserto estimamos que concurre, primeramente, una razón vinculada con el concepto mismo de delito y cuasidelito civil, en cuanto trátese, en ambos casos, y al tenor del artículo 2284 de nuestro Código Civil, de "hechos *voluntarios*".

Según se podrá advertir, un hecho puede ser calificado de "voluntario", entre otras cosas, solo en la medida en que aquel que lo ejecuta tenga algún grado de conciencia acerca de su alcance, lo que ciertamente no ocurriría si el sujeto –no mediando culpa de su parte– ignora o se equivoca en relación con la antijuricidad de su conducta. Y es también por ello que para ser culpable civilmente se estima necesario "que se haya cometido una violación *consciente* de una obligación"[27].

Sin perjuicio de lo anterior –y sobre lo cual volveremos– creemos que una respuesta acabada a la interrogante más arriba planteada exige tener presente algunas consideraciones acerca del verdadero sentido y extensión del principio según el cual no es admitida la alegación de un error de derecho.

Se sostiene comúnmente que el principio de inexcusabilidad del cumplimiento de las leyes se basa en el criterio conforme al cual las normas jurídicas han de tener una efectividad social con independencia de que sean o no realmente conocidas por aquellos a quienes están dirigidas. Se sigue de ello que el fundamento del principio de inexcusabilidad no sería, por tanto, subjetivo (presunto conocimiento de la ley), sino objetivo: la necesidad social de que la aplicación de las normas jurídicas sea general e incondicionada. Admitir el principio contrario equivaldría prácticamente a entregar el cumplimiento de ellas a la voluntad de cada individuo. Asimismo, se observa que la propia idea de derecho justifica la inexcusabilidad, ya que, siendo su fin organizar la vida social, este objetivo no se lograría, o al menos sería gravemente afectado, si cada cual pudiera privar a la ley de eficacia, aduciendo que no la ha conocido[28].

Usualmente se afirma, y muchas veces sin mayor aprensión, que ya los romanos acuñaron el principio *ignorantia juris nómine excusat*. Sin embargo, un estudio poco más detenido acerca de la cuestión revela que, además de la ausencia de

[27] Santos (2000) p. 594.
[28] Cabanillas (1992) pp. 1 y ss.

Actualidad Juridica 28.indd 250 10-07-13 18:34

enunciación misma de tal regla, puede afirmarse que el derecho romano no consideraba, en términos absolutos, que la ignorancia del derecho excusara de su cumplimiento.

En efecto, el que la *ignorantia iuris* fuera *generalmente* inexcusable, no quiere decir, en modo alguno, que la inexcusabilidad fuera la *regla jurídica general* en la materia[29]. Y como bien advierte un autor, no se tome este planteamiento por un sofisma o una sutileza, ya que, de hecho, ni en esta, ni en la mayoría de las materias, los juristas romanos plantearon siquiera un asomo de una regla general y abstracta, limitándose a fallar casos reiterados en un mismo sentido, sin que dejaran de existir criterios dispares y opiniones disidentes. Así, por ejemplo, y entre las excepciones a este "principio" de inexcusabilidad, los romanos atendieron a criterios incluso *subjetivos*. De esta manera, aceptaron, v.gr. que determinados sujetos –como los militares y los *rusticus* o colonos– pudiesen, bajo determinadas circunstancias, invocar legítimamente la ignorancia de la ley[30].

Siguiendo al mismo autor, este hace ver que los glosadores, sin duda influenciados por la filosofía tomista, fueron quienes formularon primeramente los conceptos de *ignorantia probabilis* e *invicibilis.*

Con todo, es el derecho intermedio el que recogió y desarrolló algunos de los criterios de excusabilidad de la *ignorantia iuris* presentes en las fuentes romanas. De otra parte, la doctrina de los juristas españoles, probablemente debido a la influencia de las Partidas, fue en su mayoría proclive a la aceptación de la excusabilidad de la ignorancia de la ley.

En este sentido, uno de los principales aportes de estos jurisconsultos estuvo encaminado al estudio de la excusabilidad de la ignorancia del derecho natural. Es así como entre eminentes teólogos y canonistas se propagó la tendencia a la admisión de la ignorancia jurídica invencible. Covarrubias, por ejemplo, definirá el grado de la excusabilidad según el grado de culpa o negligencia en que tropieza el ignorante.

Se observa, asimismo, que siguiendo los criterios del derecho romano, existen sujetos a quienes les es permitido alegar el error de derecho. Tal es el caso, v.gr., de los aldeanos que labraban la tierra ("ome simple labrador de tierra, que biua fuera en Aldea, e non es sabidor de Fuero", en las palabras de la ley 6ª); ii) los moradores del campo, sea o no que trabajaren la tierra; iii) los pastores que anduviesen "en los montes, é en los yermos"; y iv) los indios, quienes se equipararon a estos rústicos o montaraces en el derecho indiano.

[29] Lozada (2007) pp. 54 y 64.
[30] Lozada (2007) pp. 86-87.

Actualidad Juridica 28.indd 251 10-07-13 18:34

Atendido lo anterior, se colige que al igual que los demás derechos intermedios, si bien su nivel de desarrollo estaba muy por debajo del romano, en el tema que nos ocupa el derecho español recibió una inspiración mucho más marcada de los textos del *corpus iuris civilis*, que de otros sistemas que le eran contemporáneos[31].

Ahora bien, el Código Civil francés y diversas legislaciones que lo siguieron en la época, no establecieron en ninguna de sus normas la inexcusabilidad del error de derecho, pero sus comentadores consideraron que tal era el principio que regía, en virtud de la aplicación del aforismo *nul n'est censé ignorer la loi*, que corresponde a la máxima latina *nemo ius ignorare censetur*, la cual se entendió que había adquirido el carácter de norma positiva vigente en el artículo que establecía la presunción del conocimiento de la ley[32].

Así Portalis, en 1839, se expresaba en los siguientes términos: *"No es preciso que la Ley se dirija a cada individuo, ella mira a los hombres en conjunto, no a cada particular, sí a la sociedad en general. Basta que los particulares hayan podido conocer las leyes: la ignorancia del derecho no excusa"*[33].

De este modo, al no consagrarse en el Código napoleónico la regla de la ignorancia de la ley, la materia perdió gran parte de su vigencia en el derecho privado, pues la doctrina y la jurisprudencia civiles de Francia se desentendieron de ella[34]. En definitiva, y desde ese entonces, el tratamiento del tema se centró casi exclusivamente en analizar el error de derecho en su relación con los vicios del consentimiento, abandonando otras proyecciones del mismo como su admisibilidad en otros supuestos diversos como aquel que ahora nos ocupa.

Relativamente a nuestro Código Civil, bien se ha advertido que Bello, mucho más cercano que los codificadores franceses a los derechos romano, canónico y español, tomó elementos e instituciones de unos y otros para la elaboración del Código Civil chileno.

En este sentido, y a diferencia de su homólogo francés, nuestro legislador reglamentó la ignorancia de la ley, pero no de la manera casuística romana, sino a modo de regla general en lo que viene a ser el artículo 8°, con sus varias aplicaciones prácticas en diversas normas del mismo código. De ahí que, evidentemente, las fuentes que nutren el planteamiento de Bello sean aquellas

[31] Lozada (2007) pp. 116, 119 y 148 y ss. "Ya Luis Vives, que no era ciertamente un ácrata y a quien cita J. Costa, se pregunta: 'Dónde está la justicia del principio ignorantia juris nómine excusat, siendo tantas las leyes y tan abultadas y dificultosas, que nadie podrá saberlas todas, con ellas no trazáis una pauta benigna y paternal para conducirse en la vida, sino que tramáis emboscadas, insidia struitis, a la ignorancia y sencillez del pueblo, simplicitati populari". Martín (2000) p. 56.
[32] Moisset (1961) p. 62.
[33] Martín (2000) pp. 54-55.
[34] Lozada (2007) p. 166.

Actualidad Juridica 28.indd 252 10-07-13 18:34

correspondientes al derecho romano, y los derechos intermedios canónico y español, y no así las que inspiran el francés que, según dijimos, rompió con la tradición romana en materia de excusabilidad del *error iuris*[35].

Pensamos, asimismo, que a partir del examen de las disposiciones de nuestro Código Civil que aluden al error de derecho, puede deducirse que su inexcusabilidad, en los términos de una regla general, *únicamente* está referida a dicho error cuando es alegado en tanto vicio del consentimiento, pero no cabe extenderla, con la misma intensidad, sobre otros aspectos diversos[36].
En su notable monografía dedicada a la ignorancia del derecho, Corral sintetiza los distintos casos en que nuestro Código Civil reglamenta el error de derecho, distinguiendo al efecto los siguientes cuatro grupos:

(i) Casos en los que la ley admite la alegación del error de derecho para otorgar ciertos beneficios en razón de la buena fe con que se ha actuado, donde se incluyen, a su vez, las siguientes hipótesis:
   a) El matrimonio putativo (art. 122 C. Civil[37]).
   b) La accesión (arts. 658, 662, 663 y 668 C. Civil).
   c) El pago al poseedor del crédito (art. 1576, inc. 2º, C. Civil).
   d) La restitución de alimentos provisorios (art. 327, inc. 2º, C. Civil).
   e) La institución del guardador aparente en cuanto a su eventual derecho a retribución y a su posibilidad de asumir el cargo no presentándose persona de mejor derecho (art. 426 C. Civil).

(ii) Casos en los que la propia ley requiere la voluntariedad del hecho sancionado para aplicar una sanción, en que incluye:
   a) La imposibilidad de alegar la nulidad absoluta del que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683 C. Civil).
   b) La prohibición de repetir lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas (art. 1468 C. Civil).
   c) La responsabilidad por deterioros y pérdidas de la especie que se dio en el falso concepto de deberse (art. 2301 C. Civil).
   d) La responsabilidad del guardador aparente que ha procedido de mala fe (art. 426, inc. 3º, C. Civil).

(iii) Casos en los que el error de derecho tiene una influencia relacionada con la validez del acto jurídico:

[35] Lozada (2007) pp. 175-176.
[36] En este orden de ideas, bien hace ver José Joaquín Ugarte que según el Digesto "conocer las leyes no es saber sus palabras, sino su fuerza y su poder". Por ello, el que quiera acogerse a esa máxima, calificada por Bello de vulgar, de que donde la ley no distingue no debe el hombre distinguir –desmentida por la existencia misma de la ciencia jurídica, que en buena parte consiste en distinguir donde no lo hacen las leyes–, ya puede olvidar nuestros planteamientos: el artículo 8° del Código Civil, que prohíbe alegar ignorancia de la ley, no distingue. Ugarte en su Prólogo a corral (1987) p. 10.
[37] Precepto hoy derogado

Actualidad Juridica 28.indd 253 10-07-13 18:34

a) La acción de repetición de lo pagado indebidamente, caso en el cual la nulidad se produce por una falta de causa determinada por la presencia de un error (arts. 2297 *y* 2299 C. Civil).
b) Caso de la transacción celebrada en consideración a un título nulo, sin que se haya tratado expresamente de la nulidad del título, invalidez que se produce también por una falta de causa (art. 2454 C. Civil).

(iv) Casos en que la ley presume una voluntad por la realización de ciertos hechos y en los que el error de derecho puede destruir el fundamento de la presunción:
a) Caso de la aceptación tácita de la herencia (art. 1241 C. Civil).
b) Hipótesis de la confirmación tácita del negocio jurídico relativamente nulo (art. 1693 C. Civil).
c) Supuesto de renuncia tácita de la prescripción (art. 2494 C. Civil) y, en general, de cualquier derecho, acción o excepción[38].

Considerando lo expuesto, se deduce, entonces, que la inexcusabilidad del error de derecho no constituye, en caso alguno, una regla que en nuestro ordenamiento jurídico pueda ser entendida en términos absolutos y ni siquiera en carácter de norma general.

No obstante, y retomando nuestro tema, es dable preguntarse cómo se relaciona ello con la *culpabilidad* como presupuesto de la responsabilidad extracontractual. ¿Permite acaso lo dicho sostener que la ignorancia o equivocada concepción acerca de la antijuricidad de una conducta es susceptible de eximir del reproche personal en que se traduce la culpabilidad?

Según lo ya explicado, la *culpabilidad* supone que el sujeto a quien se dirige el reproche, al tiempo de obrar o de dejar de hacerlo, se hallaba en condiciones de comprender la ilicitud de la acción u omisión dañosa. Tal capacidad, como es natural, puede verse alterada en aquellos casos en que fuere víctima de un error de derecho.

A nuestro juicio, la justificación de tal especie de error –y por consiguiente la ausencia de culpabilidad en su caso– debe ser analizada de un modo semejante a la aproximación que los romanos tuvieron al tema.

En este sentido, Sauvigny destaca que el problema de la excusabilidad del error no se refería tanto a la distinción entre las categorías de error de hecho y error de derecho, sino más bien a la culpa que entraña cometer uno u otro.

[38] Corral (1987) pp. 207-209.

Actualidad Juridica 28.indd 254 10-07-13 18:34

Así, luego de afirmar –a primera vista, radicalmente– que "el error de derecho debe ser tratado menos favorablemente, porque quien lo comete es siempre culpable de una gran negligencia", el mismo Sauvigny agrega a pie de página, precisando su posición, que "todo debe reducirse a la *culpa* […], la *culpa* es evidentemente la circunstancia decisiva".

Y posteriormente aclara aún más su posición, al decir: "*Aunque hayamos simplificado en una regla común las reglas especiales sobre el error de hecho y sobre el error de derecho, esto no quiere decir que se trate de un principio positivo que no nos permita apreciar la influencia del error en cada caso particular […], en los casos donde el error tiene la entidad para ejercer su influencia, tal influencia cesa si el error resulta de una gran negligencia, y tal es ordinariamente el error de derecho*"[39]. De ahí que exprese –en una opinión plenamente compartida por nosotros– que "el baremo con el que se debe medir la entidad o influencia del error –en derecho romano, pero también en derecho moderno– depende de su excusabilidad, noción que siempre estará subordinada al concepto de culpa. Y la fórmula puede plantearse muy sencillamente: si el error –sea de hecho o de derecho– se debe a la culpa del individuo, su ignorancia es supina e inexcusable, mas si en el error no ha mediado culpa o negligencia, la ignorancia es excusable"[40].

De otro lado, creemos que confirma nuestro aserto en orden a que la ignorancia justificada del derecho puede operar como factor que suprime la culpabilidad, lo ya advertido poco antes respecto de la propia definición legal del delito y cuasidelito civil.

En efecto, dado que en ambos casos debe tratarse de "hechos *voluntarios*" (art. 2284), parece evidente que se opone a tal "voluntariedad" un desconocimiento o errada noción en torno a la antijuricidad de la conducta que causa el daño, en la medida –insistimos– en que vencer tal ignorancia o error no fuera un imperativo impuesto por el nivel de diligencia exigible al sujeto.

Por ello, estimamos tan acertado el planteamiento de Legaz y Lacambra cuando expresa: "Toda norma vincula su aplicación a determinados supuestos y uno de ellos es la voluntariedad del acto cometido. La voluntariedad jurídica no es la

[39] Citado por Lozada (2007) pp. 106 y 107. El mismo acota: "Varias sentencias del libro *'de iuris et facti ignorantia*' del Digesto, cuya autenticidad no se halla en tela de juicio y que se distinguen por sus rasgos de generalidad –cosa que no sucede con aquellas que niegan la *ignorantia iuris*–, confirman el criterio de la excusabilidad basada en la culpa o diligencia: *"Pero dice Casio que Sabino opinó, que la ignorancia debe estimarse de este modo, no de un hombre abandonado y demasiado confiado. […] Y ni se ha de admitir la supina ignorancia del que ignora un hecho, como tampoco se ha de exigir una investigación escrupulosa porque la ciencia se ha de estimar de este modo, que ni sea bastante excusada una crasa negligencia, o demasiada confianza, ni se exija una curiosidad de delator. […] Pero la ignorancia de hecho solamente no perjudica a cada cual, si no se le objetara una suma negligencia porque, ¿qué se dirá, si en la ciudad supieran todos lo que sólo él ignora? Y acertadamente define Labeón, que no se ha de entender la ciencia, ni como de un hombre muy curioso, ni como la del muy negligente, sino como la del que pueda tener conocimiento de la cosa inquiriéndola con diligencia"*.

[40] Lozada (2007) p. 110.

Actualidad Juridica 28.indd 255 10-07-13 18:34

voluntariedad psicológica, pero ésta es uno de los elementos que la integran. La norma, por ejemplo, puede decir: se imputará a A (es decir, será querido jurídicamente por éste) tal consecuencia jurídica si ha querido con voluntariedad psicológica el acto antecedente de tal consecuencia.

Entonces la demostración de hasta dónde ha llegado la voluntad psicológica es uno de los supuestos a que la ley vincula su entrada en vigor, y el que demuestra que no ha querido cometer tal delito porque ignoraba todo el alcance del hecho, no alega una excepción al principio ignorantia vel error iuris non excusat, en el sentido de vincular en principio la validez normativa del precepto jurídico a su conocimiento, sino que precisamente aplica exactamente el precepto jurídico, pues éste quiere que la acción sea voluntaria y no hay voluntad donde hay error"[41].
Por último, llamamos la atención en el hecho de existir en nuestro ordenamiento otras instituciones en las cuales se reconoce ausencia de "voluntariedad" si el sujeto padece un error de derecho, lo que obsta a que se produzcan los efectos regulados por la norma que exige tal condición como requisito para entender que el pertinente acto o conducta ha sido voluntario.

Así por ejemplo, el artículo 1470, en su inciso final, consagra la facultad del acreedor para retener lo que se le haya dado en pago de una obligación natural solo en la medida en que dicho pago se ha hecho *voluntariamente*. Pues bien, un sector de la doctrina ha señalado, desde siempre, que por pago "voluntario" se entiende aquel que ejecuta el deudor sabiendo que su acreedor carece de acción para exigirlo, es decir, conociendo aquel que la obligación que cumple tiene el carácter de natural.

De este modo, un error de derecho, como lo sería pagar la obligación ignorando que por su naturaleza el acreedor no dispone de acción para exigir su cumplimiento, obsta a la "voluntariedad" del pago.

Algo similar ocurre tratándose de la confirmación tácita del acto que adolece de un vicio de nulidad relativa, la que precisamente se define por el artículo 1695 como la "ejecución *voluntaria* de la obligación contratada". Buena parte de la doctrina también entiende que para estimar "voluntario" el cumplimiento es menester que no se haya padecido un error de derecho, esto es, que aquel que cumple lo haga a sabiendas de que tenía la posibilidad de demandar la rescisión del correspondiente contrato.

Los ejemplos precedentes sirven, a nuestro juicio, para confirmar el sentido y alcance que atribuimos a la expresión "voluntario" que emplea el artículo 2284 al momento de conceptualizar los delitos y cuasidelitos, permitiendo vincular

[41] Citado por Corral (1987) p. 206.

Actualidad Juridica 28.indd 256 10-07-13 18:34

dicha noción con el conocimiento real o potencial acerca de la antijuricidad que debe hallarse presente para fundamentar una acción de perjuicios contra el autor del daño.

Bibliografía y jurisprudencia citada

I. Bibliografía de autores

Alessandri Rodríguez, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria) 716 p.

Arias Barrera, Ligia, Cubillos Garzón, Camilo, Henao Beltrán, Lina y Pino Solano, María, (2009): "Directrices del régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades", *Revista e-Mercatoria*, vol. 8 N° 1: pp. 1-33. También, disponible en <dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3133630> [fecha de consulta: 17 de agosto de 2012].
Barros, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1230 p.

Busto Lago, José Manuel (1998): La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual; Prólogo de Pena López (Madrid, Tecnos) 429 p.

Cabanillas Sánchez, Antonio, (1992): *Comentarios al Código Civil*, Artículo 6, apartado 1, Disponible en <www.vlex.com> [fecha de consulta: 24 de mayo de 2011] Id. vLex: VLEX-QD398.

Corral Talciani, Hernán (1987): *De la Ignorancia de la ley. El Principio de su Inexcusabilidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 314 p.

Corral Talciani, Hernán (2003): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 423 p.

Cury Urzúa, Enrique (2005): *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 812 p.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio (1989): *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I (Madrid, Tecnos) 630 p.

Franzoni, Massimo (2001): "La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones", en: VV. AA., *Estudios sobre la responsabilidad civil* (Lima, Ara Editores), pp. 191-232.

Gagliardo, Mariano (2001): *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Buenos Aires, Abeledo Perrot) 867 p.

Gesualdi, Dora Mariana (1997): "De la antijuridicidad a las causas de justificación", en VV. AA. *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (Buenos Aires, AbeledoPerrot), pp. 143-151.

Ghersi, Carlos (1997): *Teoría General de la Reparación de Daños* (Buenos Aires, Editorial Astrea) 512 p.

Actualidad Juridica 28.indd 257 10-07-13 18:34

Lozada Pimiento, Nicolás (2007): *La Ignorancia de la Ley,* Tesis de Grado (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) 317 p.

Martín Mateo, Ramón (2000): "La ignorancia de las leyes. Las actuales circunstancias". Disponible en: <www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/2000> [fecha de consulta: 22 de enero de 2008].
Mazeaud, Henry y León, y Tunc, André (1977): *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Cuasidelictual*, Tomo I, Vol. I, Quinta Edición (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) 470 p.

Moisset de Espanés, Luis (1961): "El Error de Derecho en el Derecho Civil Contemporáneo y en el Código Civil argentino", *Boletín Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XXV, Nº 1-2, pp. 143 y ss. Reproducido por la *Revista de Derecho Español y Americano*, Madrid, Año VII, 1962, Nº 20. Consultado virtualmente. Disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar> [fecha de consulta: 22 de enero de 2008].

Mommsen, Teodoro (1976): *Derecho Penal Romano* (Bogotá, Temis) 670 p.

Rodríguez Grez, Pablo (2002): *Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 505 p.

Santos Briz, Jaime, (2000): "Unidad del concepto de la culpa civil", en: VA. AA., *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (Madrid, Dykinson), pp. 587-604.

Santos Briz, Jaime, (2008): *Comentarios al Código Civil*, *Artículo 1.902*. Disponible en: <www.vlex.com> (Id. vLex: VLEX-LV462) [fecha de consulta: 3 de marzo de 2010].

Schlesinger, Piero (2001): "La injusticia del daño en el acto ilícito civil", en: Leyser, León (edit.): *Estudios sobre la responsabilidad civil* (Lima, Ara Editores), pp. 41-66.

Torres Durand, Juan de Dios (2006), "El Derecho de daños en la legislación y la doctrina peruanas", *Anales Derecho UC*, Temas de responsabilidad Civil, N° 1: pp. 277-306.

Zelaya Etchegaray, Pedro (2004): "La responsabilidad civil en el Code francés y su relativa influencia en el Código Civil chileno", en: *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 9, "El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855" (Santiago, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho), pp. 95-116.

II. Jurisprudencia

Aravena con Lizarralde (1931): Corte Suprema, 29 de julio de 1931, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII, Segunda Parte, sección primera, p. 689.

Lartundo Herrera con Rivas Contreras (1951): Corte Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1951, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLVIII, Segunda Parte, sección cuarta, p. 70.

Nelly Pinto (1964): Corte Apelaciones de Santiago, 20 de abril de 1964, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXI, Segunda Parte, sección segunda, p. 24.

Braden Copper Co. con Impuestos Internos (1965): Corte Suprema, 5 de mayo de 1965, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXII, Segunda Parte, sección primera, p. 69.

Actualidad Juridica 28.indd 258 10-07-13 18:34

Figueroa Puentes, Benedicto Enrique (1984): Corte Apelaciones de Santiago, 22 de agosto de 1984. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ5730 [fecha de consulta: 3 de abril de 2010].

Sociedad Juan Markewitz Munter y Cía. con Fisco in Partes (1984): Corte de Apelaciones de San Miguel, 23 de octubre de 1984. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ5522 [fecha de consulta: 3 de abril de 2010].
Tocornal Ross con Servicio Agrícola y Ganadero (1984): Corte de Apelaciones de Presidente Pedro Aguirre Cerda, 12 de marzo de 1984. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ5315 [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2009].

Empresa Eléctrica de la Frontera S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (1990): Corte Apelaciones de Santiago, 26 de octubre de 1990. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ3050 [fecha de consulta: 3 de abril de 2010].

Messen Angarita con Fisco (1993): Corte Suprema, 16 de septiembre de 1993. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ2390 [fecha de consulta: 17 de agosto de 2009].
Pavez Muñoz con Céspedes Reyes (1994): Corte Suprema, 6 de abril de 1994. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ1775 [fecha de consulta: 5 de mayo de 2010].

Díaz Durán, Manuel J. con Linde Cárdenas, Doris E. (1996): Corte de Apelaciones de San Miguel, 14 de mayo de 1996. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ362 [fecha de consulta: 13 de marzo de 2010].
I
nstituto de Normalización Previsional (1998): Corte Suprema, 26 de marzo de 1998. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ585 [fecha de consulta: 2 de agosto de 2010].

Juan Castillo Castillo (2002): Corte Suprema, 18 de julio de 2002. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ7630 [fecha de consulta: 5 de febrero de 2010].

Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Barrios, Manuel (2003): Corte Suprema, 4 de diciembre de 2003. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ9382 [fecha de consulta: 5 de febrero de 2010].

Jiménez Jorquera, Miguel Ángel (2005): Corte Suprema, 31 de agosto de 2005. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ8920 [fecha de consulta: 3 de abril de 2010].

Alegría Melo, Víctor R. con Escobar Mendoza, Joel y otro (2007): Corte Suprema, 10 de abril de 2007. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ9504 [fecha de consulta: 5 de marzo de 2010].

Godoy Soto, Edelmira del Carmen c/ Compañía de Seguros Generales La Previsión S.A. (2007): Corte Suprema, 17 de julio de 2007. Disponible en <www.microjuris.cl> Número identificador Microjuris: MJJ11010 [fecha de consulta: 1 de marzo de 2010].

Actualidad Juridica 28.indd 259 10-07-13 18:34

La actividad jurídica de la administración del Estado

Iván Aróstica
Ministro del Tribunal Constitucional.
Profesor de Derecho Administrativo.
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente artículo contiene una noción funcional del acto administrativo. La concepción orgánica lo define como aquel que solo proviene de la Administración del Estado, mientras el autor opta por la idea de que también lo pueden emitir otros poderes públicos, e inclusive, en algunos casos los particulares. Además, reitera la línea seguida por la doctrina y la Ley N° 19.880, en cuanto el acto administrativo puede tener variado objeto. Por último, hace hincapié en que el contenido del acto administrativo es el que determina el documento en que se sanciona éste, y el racional y justo procedimiento en que el mismo se aprueba.

***

Deber de actuación

1. No es rigurosamente exacto decir que los órganos estatales *pueden* hacer todo aquello que les *permite* la ley, como si estas expresiones entrañaran alguna cierta licencia o facultad, para abstenerse o actuar. Antes bien, las competencias administrativas revisten la condición de poderes-deberes y no de *derechos* susceptibles de ser renunciados, puesto que no miran al interés de su titular sino, que –siendo *potestades*– se hallan establecidas para el beneficio de la comunidad. De ahí que a las autoridades les está vedado disponer de ellas, en cuanto no se les permite deponer o rehusar su ejecución.

Y, por lo mismo, se ha podido sostener que toda competencia lleva aparejada, en sí misma, la obligación para el órgano pertinente de ejercerla efectivamente[1].

Este artículo forma parte de las publicaciones derivadas del proyecto "Acerca del acto administrativo, una delimitación conceptual", en el marco del concurso de fondos de investigación de la Universidad del Desarrollo, del año 2013.

[1] En esta línea, son de citar varios importantes pronunciamientos de la Contraloría General de la República: Dictámenes 3.350 y 9.769 de 1989; 2.601 de 1996 y 37.037 de 1998.

Actualidad Juridica 28.indd 261 10-07-13 18:34

1.1) La autoridad que declina actuar, teniendo atribuciones para hacerlo, infringe el mandato consagrado en el art. 5º inc. 1° de la Constitución, consistente en poner en *ejercicio* o uso (no ab-uso ni des-uso) esa parte de la soberanía que le ha sido atribuida, amén de vulnerar el principio de servicialidad del Estado, recogido tanto en el art. 1º inc. 4° de la misma Carta Fundamental, como en los arts. 3º y 42 de la Ley 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, que impone a sus entidades el deber de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente, siendo responsables del daño que causen por falta de servicio.

1.2) Tal dejación comporta, entonces, una "omisión antijurídica" o contraria al imperio del derecho: *ilegal,* si el órgano no actúa dentro del plazo legal o, en ausencia de éste, *arbitraria,* cuando no lo hace dentro de un lapso prudencial. Pasividad que, de lesionar derechos, los tribunales pueden hacer cesar (ordenando la actividad requerida, especialmente al acoger una acción de protección) e, incluso, condenar (disponiendo el pago de las reparaciones a que haya lugar, al acoger una acción indemnizatoria)[2].

2. ¿Qué consecuencias produce la circunstancia de que el Legislador haya otorgado una competencia empleando las fórmulas "podrá", "facultase" u otras semejantes? Estas locuciones ¿importan para el órgano titular la concesión de un margen de discrecionalidad para refrenarse u obrar, indistintamente?

2.1) Si bien esta cuestión incide en la interpretación de la respectiva ley, a falta de otros antecedentes procede aplicar aquel principio fundamental de hermenéutica legal, cual es que las normas se dictan con la finalidad de que produzcan efectos y se concreten en resultados. De suerte que, para no frustrar los propósitos perseguidos por la ley, a esos vocablos debería atribuírseles el alcance de haber querido conferir una nueva potestad, cuyo ejercicio asume el carácter de un imperativo jurídico de derecho público para la autoridad, máxime si de ello pende un derecho o situación favorable para las personas a quienes el Legislador ha buscado beneficiar. A este criterio se han atenido los tribunales del Poder Judicial, por ejemplo en las protecciones *Sociedad de Abastecimientos Internacionales* (1981)[3], *Mendoza Aylwin* (1983)[4] y *Beas Valenzuela* (1984)[5]. E igualmente razonó el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 465 (2006)[6].

---

[2] Así muestra el precedente sentado en el famoso caso *Hexagón*: el recurso de protección, originado en la indebida dilación del Servicio de Aduanas para liquidar unos derechos de importación que interesaban a la actora, fue acogido por la Corte Suprema el 20.4.1977: en *Fallos del Mes* 221 (1977) 53-57, y *Gaceta Jurídica* 8 (1977) 25-26. La acción indemnizatoria que le siguió, fue resuelta favorablemente por el Máximo Tribunal el 28.7.1987: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo 84 (1987) 2.5, 217-232, y *FM* 344 (1987) 355-363. Más recientemente, v. sentencia de la Corte Suprema de 4.3.2013 (considerando 18°) en autos *Montero con Fisco* (rol 7605-2010).

[3] Corte de Apelaciones de Santiago 9.12.1981 (rol 105-81 P), Corte Suprema 27.1.1982 (rol 15.549).

[4] Corte de Santiago 30.11.1983 (considerandos 7°-17°), en *RDJ* 81 (1984) 2.5, 45-51, y *GJ* 42 (1983) 47-52.

[5] Corte de Santiago 5.1.1984 (considerando 3°) Corte Suprema (confirma) 30.1.1984, en *FM* 302 (1984) 866-868. En el ámbito privado, v. *Lehyt Molina* en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 6-10.

[6] Considerandos 45°-48°, y 55°-57°.

Actualidad Juridica 28.indd 262 10-07-13 18:34

2.2) A menos, claro está, que del examen de la ley aparezca inequívoco que tales formas verbales se han ocupado en un sentido meramente facultativo[7]. Al respecto, compárese la Constitución de Cádiz de 1812, donde se facultaba al rey para "Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea *conducentes* para la ejecución de las leyes" (art. 171 atribución 1ª.), con nuestra Constitución de 1833, que, al Presidente de la República, le concede la atribución especial de "Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea *convenientes* para la ejecución de las leyes" (art. 82 N° 2), en una redacción que, en lo esencial, permanece hasta nuestros días (art. 32 N° 6 de la CPR de 1980).

3. Una competencia otorgada para ser ejercida "en" o "dentro de" cierto plazo legal, ¿impide actuar con posterioridad?

3.1) La respuesta tradicional es que si no existen mecanismos legales de sustitución (como el silencio administrativo o la caducidad del procedimiento) que determinen normativamente el destino de una obligación que no se ha cumplido dentro de los plazos establecidos, ésta igual debe llevarse a efecto con posterioridad. Por consiguiente, aun cuando los actos o medidas adoptados para su cumplimiento se dicten fuera de esos términos, son plenamente válidos, sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe al órgano por no haber observado el plazo estatuido por el Legislador. De aquí viene el aforismo de que no hay plazos fatales para la Administración[8].

3.2) Pero esta negación cede cuando encierra el peligro de hacer inoperante o privar de eficacia a la ley. Si de su examen aparece que dichos adverbios de tiempo no se emplearon de un modo puramente indicativo, sino que con el ánimo de crear un plazo perentorio, ya sea extintivo (para consolidar derechos o situaciones de terceros) o máximo (como sería si se dijese "en un plazo no superior a…"), es evidente que expirado ese lapso la posibilidad de poner en práctica dicha facultad otorgada cesa por el solo ministerio de la misma ley. Sin que pueda ejercitarse válidamente con posterioridad al carecer de habilitación legal, puesto que los órganos administrativos sólo pueden actuar dentro de su competencia y no tienen más atribuciones que las que expresamente les haya

[7] Para la aplicación de la ley administrativa en uno u otro sentido, según los datos que arroje su interpretación, v. Dictámenes 28.776 de 1991; 17.183 de 1998; 23.614 de 1999; 3.744, 25.930 y 28.324 de 2000; 19.366 de 2001, y 981 de 2003. Véase también el caso *Barra Salgado*, en *RDJ* 80 (1983) 2.5, 149-152.

[8] En la jurisprudencia administrativa: Dictámenes 19.159 de 1962; 3.601 de 1965; 46.697 de 1971; 35.104 de 1972; 70.903 de 1973; 42.932 de 1978; 24.472 de 1986; 20.222 de 1989; 2.196, 12.962, 19.914 y 32.350, de 1993; 32. 454 de 1996, etc.

En la jurisprudencia judicial: fallos publicados en *RDJ* 76 (1979) 2.1, 166-171; *RDJ* 77 (1980) 2.2., 97-101; *RDJ* 78 (1981) 2.5, 227; *GJ* 67 (1985) 37-39, y *RDJ* 96 (1999) 2.2., 19-21. En la doctrina: José Rodríguez Elizondo, *Plazos que obligan a la Administración,* Revista de Derecho Público (Universidad de Chile) 1 (1963) 18-21. Hugo Caldera Delgado, *Los plazos en el derecho administrativo,* "Libro Homenaje a la Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)", Facultad de Derecho de la U. de Chile (1977) 91-101. Eduardo Soto Kloss, *Prescripción extintiva de derechos de los administrados y cumplimiento de obligaciones legales impuestas a la Administración,* Revista Chilena de Derecho (U. Católica de Chile) vol. 11 Nºs 2-3 (1984) 505-517.

Actualidad Juridica 28.indd 263 10-07-13 18:34

conferido el ordenamiento jurídico, conforme está establecido en los arts. 7º de la Constitución y 2º de la Ley 18.575[9].

3.3) Otro aspecto a retener es que la previsión del "silencio negativo" en la instancia administrativa (art. 65 de la ley 19.880) no implica la concesión de una "facultad discrecional para no responder", que pueda esgrimirse para encubrir una mera inacción administrativa premeditada y no basada en un caso fortuito o fuerza mayor.

Hemos sostenido que el instituto del silencio administrativo está concebido para operar a favor de los particulares, poniendo término a un estado de incertidumbre derivado de una petición no respondida por la autoridad, y no como una prerrogativa de ésta para ocultar su parecer, por ejemplo, respecto a un recurso administrativo sobre el que debió pronunciarse a tiempo[10].

Esto es, con arreglo a lo prescrito en el art. 8º de la Constitución, en relación con los arts. 23 y 59 de la ley 19.880: si la autoridad no se ha pronunciado sobre un reclamo administrativo dentro de plazo, a falta de alguna explicación plausible que explique dicha omisión, puede suponerse en su contra que ha buscado consolidar una resolución "presunta", pero sin dar a conocer los fundamentos en que se sostiene[11].

Hechos y actos de la administración

1. Si las competencias configuran deberes perentorios de actuación para los órganos titulares, ha menester que –en cuanto inertes en la ley– sean actualizadas, dinamizadas o puestas en movimiento por la Administración. Vale decir que dicha "potencia" se traduzca en "actos", cada vez que se presente la necesidad colectiva cuya satisfacción corresponde materializar por tal medio.

"El ejercicio de la función administrativa del Estado –ha dicho la Contraloría General– implica la realización de actos jurídicos y operaciones materiales de variada índole, tendientes a concretar los cometidos fijados por la ley, para cuyo efecto los órganos directivos competentes deben emitir declaraciones de voluntad tanto de carácter reglamentario como de efectos particulares, que son de señalada importancia para la comunidad y los administrados, y que suponen la ponderación previa de aspectos jurídicos, técnicos y de mérito

[9] Dictamen 14.753 de 1995. Véase también el caso *Holzapfel* Corte de Valdivia 2.10.1986, CS 21.11.1986, en *FM* 336, 799-806.

[10] En sentencia del Tribunal Constitucional (rol 1873) de 25.8.2011 (considerando 17°).

[11] Esta presunción de mala fe procesal puede construirla el juez en sede contencioso-administrativa. Especialmente cuando tal falta de fundamentos explícitos en el acto "presunto" ha dificultado –a su vez– fundar el posterior reclamo jurisdiccional en su contra.

Actualidad Juridica 28.indd 264 10-07-13 18:34

inherentes a cada situación, en términos que se asegure una decisión ajustada a derecho, oportuna y eficiente"[12].

2. Más precisamente, esta actividad de la Administración puede ser jurídica o material, según si está destinada o no a producir efectos jurídicos directos. De tal forma que, mientras esa actividad jurídica se concreta en la expedición de "actos jurídicos", esta actividad material se revela en la realización de simples "hechos" u operaciones físicas.

2.1) El "acto jurídico" se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones, que se dirigen a sus destinatarios por medio de la palabra escrita u oral o a través de signos (v.gr. el gesto del policía al elevar la mano para detener el tránsito). Esto es, el acto jurídico se exterioriza como tal, se expresa, se da a conocer a quienes va dirigido (aunque su ejecución posterior se verifique por conducto de hechos puramente fácticos).

2.2) El "hecho" simplemente se ejecuta, se realiza, ya que constituye una mera actuación física o material (v.gr. como el carabinero que camina en su ronda por el barrio, o el médico que opera en un servicio de salud estatal). Concordante con lo que se señaló, los hechos administrativos no están destinados a producir efectos jurídicos, aunque pueden llegar a generarlos (por ej., si causan un daño antijurídico, comprometiendo la responsabilidad de la Administración).

Haciendo una escisión conceptual, en este ejemplo se advierte mejor la diferencia: si un policía me dice "Queda detenido", eso es un acto; si luego me toma el brazo y me lleva a la comisaría, éste es el hecho que ejecuta el acto anterior. A la inversa, si directamente me aprehende del brazo y me lleva al cuartel, sin antes haberme transmitido su decisión de detenerme, entonces se trata de un hecho administrativo[13].

3. Dentro de los actos jurídicos realizados en ejercicio de la función administrativa que le corresponde al Estado, cabe diferenciar aquellos que constituyen declaraciones unilaterales de la Administración, de aquellos que ésta realiza de común acuerdo con otros sujetos de derecho.

Por lo tanto, dentro de la actividad jurídica de la Administración, cabe distinguir dos especies: los actos unilaterales ("actos administrativos") y los actos bilaterales ("contratos administrativos").

Estas lecciones versan únicamente sobre los actos administrativos.

---

[12] Dictamen 27.951 de 1993, que recoge una larga jurisprudencia administrativa chilena, desde el Dictamen 40.966 de 1956.

[13] Tomado de Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo* (tomo 3). *El acto administrativo,* Fundación de Derecho Administrativo (Buenos Aires) 4ª. ed. (1999) capítulo III, 23-24. Para la diferencia entre hechos y actos administrativos en la jurisprudencia de Contraloría, ver Dictámenes 40.966 de 1956 y 27.951 de 1993.

Actualidad Juridica 28.indd 265 10-07-13 18:34

Coordenadas inaplicables

1. El acto administrativo, a no dudarlo, es uno de los conceptos capitales del régimen jurídico de la Administración, es decir del Derecho Administrativo. Esto explica por sí solo la abrumadora y ya casi inmanejable literatura dedicada al tema, sobre todo en los países que más han destacado en esta rama jurídica (principiando por Francia, junto con los aportes de Alemania e Italia), donde

se encuentra una variedad ilimitada de definiciones, distinciones, caracteres y alcances[14].

Por todos sabido, sus orígenes se remontan a fines del siglo 18 y a los acontecimientos que siguieron a la Revolución Francesa. Desde que, en 1810, el "Repertoire de jurisprudence de Guyot" introducía la voz "*Acte administratif*", su definición y la indagación de sus notas distintivas ha sido tema central de estudio para el *droit administratif*. Claro, porque el régimen francés tiene que habérselas con el principio de separación de poderes que, en su expresión práctica, prohíbe a los tribunales conocer de los "actos de la administración", según viene dado desde la ley de 16-24 de agosto de 1790 y el decreto de 16 fructidor del año III, de 1795.

La doctrina y la jurisprudencia francesa, entonces, inician su propia construcción en torno al acto administrativo a partir de su particular realidad histórica: la desconfianza de los revolucionarios hacia la "nobleza de toga", que implicaría la inmunidad jurisdiccional de los actos administrativos. A partir de ahí, sobre ese dato esencial, en ese entorno institucional indisolublemente ligado a su acontecer político, es que vendrá luego –por añadidura– el análisis doctrinal de la decisión ejecutoria (*décision exécutoire*), el acto administrativo más característico, con sus peculiaridades y privilegios exorbitantes del derecho común, como la presunción de legalidad y *exécution d´office*[15].

Escuchemos a Maurice Hauriou, cuando dice que "el derecho administrativo francés está fundado en las prerrogativas del poder público"[16], para enseguida comprender su modelo autoritario de acto administrativo.

2. Nada menos probo e inexacto que abrazar esa concepción, de modo que nuestro ordenamiento obre a su imagen e imitación, cual facsímil que ignora lo

[14] Un repaso comparativo puede encontrarse en cualquier buen diccionario jurídico. Por ejemplo. M. Ballbé, *Actos administrativos,* en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix (1950) vol. 2 pp. 294-306.

15 Sin perjuicio de admitirse, hoy, que el Poder Ejecutivo surgido de la Revolución de 1789 no hizo sino heredar estas prerrogativas que venían del derecho regio, recuérdese que la "*praesumpio pro se*" de que gozaban los actos del príncipe aparece en el siglo XIII en la Escuela de Bolonia, y que la ejecutoriedad de los actos administrativos y la vía de apremio no es más que el acogimiento de la doctrina de la "*parata executio*".

[16] En *La declaración de la voluntad en el derecho administrativo francés,* en RDJ 1 (1904) Ia. Parte sección Derecho, 77-96 y 113-126 (la cita en pág. 85).

Actualidad Juridica 28.indd 266 10-07-13 18:34

propio y la historia, desde que el cotejo revela más divergencias que afinidades. De partida, porque el régimen chileno es tributario de una tradición indiana asentada en el amparo judicial a los súbditos contra los abusos gubernativos, lo que se refleja en el principio de impugnabilidad ante los tribunales de todos los actos administrativos, conforme lo ratifica la Constitución y la ley 18.575, sobre bases generales de la Administración del Estado (arts. 2º, 3º inc. 2°, y 10).

De otro lado, porque los caracteres típicos del acto administrativo, aquí en Chile, no pueden descifrarse como "privilegios", que supongan una preeminencia del Estado por sobre las personas e individuos, ya que eso implicaría alzarse contra una de las premisas básicas que informan nuestro régimen positivo, cual es que "el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común", objetivo que –al tenor del art. 1° inc. 4° del texto supremo– ha de obtenerse "con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

3. Entonces, si de intentar una comprensión efectiva del acto administrativo se trata, antes que discurrir con esas categorías exógenas, más provechoso es atender a la normativa concreta vernácula. Donde destaca el hecho capital que el derecho constitucional patrio, en vez de cobijar algún favoritismo *in dubio pro administratione,* reconoce como viga maestra el principio *in favor personae*, al anteponer los derechos de los sujetos por sobre las potestades de la autoridad[17].

Es que en nuestro país carece de relevancia estudiar los contornos del acto administrativo a partir de un esquema de separación de poderes a la francesa, que se traduce en el privilegio inicial de impedir su reclamo en vía judicial. No es importante decantar el acto administrativo por un tal afán "procesal". La naturaleza "administrativa" de un acto jurídico deviene trascendente entre nosotros para otro menester: precisar su normativa aplicable, enclavada en el derecho público chileno.

Un derecho público chileno que, acorde con el artículo 1° inc. 4° constitucional, no puede sino ser contribuyente con la función confiada a la Administración del Estado, de promover el bien común, a la par de salvaguardia puesta para el pleno respeto a los derechos fundamentales.

El acto administrativo en el Derecho nacional

1. Menos que exigua –casi inexistente– es la jurisprudencia judicial sobre el tema, ya que desde la década de 1930 hasta mediados de los 70, nuestro Poder Judicial optó por no adentrarse en las cuestiones derivadas de la validez de los

[17] Como ha razonado con claridad Agustín Gordillo*, Obra citada*, 1-20. Nadie en Chile, con mayor convicción y fuerza que Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo. Bases fundamentales* (1996) Editorial Jurídica de Chile (Santiago) vol. 1, 21-34 y vol. 2, 11-19.

Actualidad Juridica 28.indd 267 10-07-13 18:34

actos administrativos, al decir, tras una errada interpretación del art. 87 de la Carta de 1925, que carecía de jurisdicción para intervenir en "lo contencioso administrativo". Además que en el período 1933–1964 (de los fallos *Granja* a *Becker*), la doctrina de nuestra Judicatura aparece dominada por la falsa distinción entre "actos de autoridad" y "actos de gestión", a propósito de la responsabilidad del Estado, como consecuencia de un no menos equivocado trasplante del régimen decimonónico galo.

Será sólo a contar de la creación del recurso de protección (1976), ideado justamente para amparar a los particulares frente a la actuación unilateral de la Administración, cuando se observa un creciente esfuerzo judiciario por ordenar ideas en torno a aquella acción administrativa capaz de alterar un *statu quo* jurídico. Lo que se habría acentuado con el correr de los años, en menor medida, al tener que conocer hoy otros nuevos reclamos de ilegalidad y múltiples contenciosos especiales.

Ello se refleja en fallos tan lúcidos como aquel que dice que "puede definirse el acto administrativo como un pronunciamiento o decisión que emana de un órgano administrativo, expedido en el ejercicio de potestades administrativas en la forma que determina la ley" y que "la expresión externa de la potestad de ejecución de que gozan las autoridades se concreta mediante los decretos y resoluciones"[18]. O este otro donde se resume cómo revisar la validez de una resolución, apuntando que "es previo analizar si ella ha sido dictada por la autoridad correspondiente, si ésta lo ha hecho dentro del ámbito de sus atribuciones y conforme a un procedimiento establecido con antelación y si la medida guarda proporción con los fundamentos de hecho que la han motivado"[19].

2. Mas, desde fines de los años 50, es en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República donde se van perfilando las definiciones, los primeros principios y las nociones básicas atinentes a los actos administrativos, al hilo de las escasas disposiciones que por ese entonces regían la materia y con el auxilio de la doctrina italiana y francesa con que se estaba al corriente en Chile por aquellos años.

Hitos importantes para conocer este desarrollo son sus Dictámenes 2.886 de 1969, 33.006 de 1984. Y los más recientes 5.380 y 29.549 de 2000, y 10.790 de 2002, donde se apunta que acto administrativo es toda declaración de voluntad general o particular de un órgano administrativo, en función de una potestad administrativa, y que tiene por finalidad decidir o emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a él.

[18] Corte de Apelaciones de Concepción (rol 1319-02) de 10.9.2002, en La Semana Jurídica N° 109 (9-15 diciembre 2002) pág. 11. La Corte Suprema declaró desierto recurso de casación el 21.11.2002 (rol 4012-02).

[19] Recurso de protección *Lobos Sandoval*, Corte de Antofagasta 31.1.1983 (considerando 18°), Corte Suprema (confirma) 15.3.1983, en RDJ 80 (1983) 2.5, 40-45.

Actualidad Juridica 28.indd 268 10-07-13 18:34

3. Por nuestra parte, insistiremos en abandonar la errada técnica de indagar, apriorísticamente, qué notas conceptuales deberían darse al acto administrativo, y sustituirla por el método de investigar primero el derecho positivo y –sobre esa base– averiguar cómo está regulado. Puesto que el tratamiento adecuado del acto administrativo debe ser un reflejo del derecho chileno aplicable, dejando de lado categorías o instituciones que sólo tienen cabida en otros ordenamientos. Sin perjuicio, lo anterior, de reconocer lo difícil que resulta inferir una concepción doméstica del acto administrativo que sea coherente y armoniosa, a la vista de una legislación casuística y nada dada a la sistematización. Circunstancia que ha hecho necesario acudir aquí a ciertos desarrollos doctrinarios externos, en cuanto contribuyen a explicar de mejor manera esa idea que se induce de la preceptiva administrativa chilena.

4. El caso es que, si se repasa la Constitución, podrá observarse que esta, a lo más, se refiere a los "actos de la Administración" (art. 98) o a los "actos del Gobierno" (art. 52), o usa vocablos como "acto o resolución de autoridad administrativa" (art. 12), "orden" u "órdenes" (art. 19 N° 7 letra c y art. 111), "disposiciones generales de policía" (art. 19 N° 13), "disposición de autoridad pública" (art. 19 N° 16), "acto" (art. 19 N° 24 inc. 3º) o, de modo más usual, la palabra "medida" (arts. 32 N° 13 y 40, 41, 42, 44 y 45).

La Legislación, sin mayor desarrollo conceptual (hasta la ley 19.880, según veremos), esporádicamente y muy de cuando en cuando, emplea la expresión "actos administrativos", como es el caso de la Ley 18.575 sobre bases generales de la Administración del Estado (art. 10), y la Ley orgánica de administración financiera del Estado, DL 1.263 de 1975 (art. 44). La Ley 20.600, a propósito de los Tribunales Ambientales, alude al "acto administrativo de carácter ambiental" como "toda decisión formal" emitida por la Administración del Estado y cuyo contenido se relacione con un instrumento de gestión en ese orden de materias (art. 17 inc. 2°). En el plano comunal, la ley 18.695 señala que "las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones", y así en otros muchos cuerpos legales donde se alude a una variada tipología de actos, como "protocolos", "normas técnicas", "programas", etc., a los cuales ya nos referiremos en el momento de su clasificación.

5. Es que en nuestra normativa los actos administrativos suelen conocerse más por su "forma de emanación" que por su contenido. Suelen emplearse expresiones que aluden, más que a su sustancia o esencia (contenido), a sus solemnidades o formas externas de emanación, esto es, a los documentos o textos que los sancionan (continente)[20].

[20] Tribunal Constitucional, en sentencia (rol 2253) de 30.8.2012 (considerando 17°), con apoyo en la doctrina de E. Soto Kloss, *Derecho administrativo. Temas fundamentales* (2009), Legal Publishing Chile

Actualidad Juridica 28.indd 269 10-07-13 18:34

En la Constitución se habla de los "reglamentos, decretos e instrucciones" del Presidente de la República (art. 32 N° 6), en una terminología que viene de la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 171 N° 1); de las firmas ministeriales que deben concurrir para su validez (art. 35); del trámite de toma de razón a que pueden estar afectos los "decretos y resoluciones" (art. 99) y de la impugnación de esos mismos "textos" ante el Tribunal Constitucional (art. 93 N° 9 y 16).

A su turno, las leyes han impuesto las voces "decreto supremo" y "resolución" para individualizar los documentos formales que emanan del Primer Mandatario o de un Ministro por orden de él, y de los Jefes de Servicio, respectivamente (art. 17 DFL 7.912 de 1927, ley de ministerios; arts. 1º y 10 ley 10.336, etc.), en donde se abrazan aquellos actos decisorios más importantes para el ordenamiento positivo, precisamente por su aptitud para provocar determinados cambios hacia el futuro.

Definición de la ley 19.880

Enlaza con lo anterior la ley de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (29.5.2003), que en su art. 3º dice así:

Concepto de acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro 'Por orden del Presidente de la República', sobre asuntos propios de su competencia.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

(Santiago), 236. Atinente a que un mismo documento puede contener varios actos administrativos distintos, Dictámenes 34.005 de 1996 y 69.448 de 2009.

Actualidad Juridica 28.indd 270 10-07-13 18:34

Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente[21].

1. Huelga decir que circulan definiciones sustanciales, para efectos académicos, mucho mejores que este concepto meramente formal adoptado por la ley 19.880, de la doctrina italiana [22].

Sin embargo, la crítica se atenúa cuando se observa que en nuestra legislación tradicionalmente los actos administrativos fueron conocidos más por sus solemnidades o formas de emanación, esto es, por los documentos o textos que los sancionan (continente), antes que por su esencia o sustancia (contenido)[23]. Además de ser, la noción dada, acorde con el objetivo perseguido por el Legislador en este cuerpo normativo, cual es hacerse cargo de aquella "forma que prescriba la ley" aludida en el art. 7º de la Constitución como requisito de validez de la actuación de los órganos del Estado.

No es esta, por cierto, una definición completa que encierre una comprensión cabal de todos los actos administrativos que pueden darse[24]. Su mérito reside en abrirse a la existencia de una pluralidad de actos administrativos y en explicar satisfactoriamente que a cada tipo de acto (según su diferente contenido) corresponde un distinto documento de expresión (continente)[25], conforme venía explicando parte de la cátedra con anterioridad.

Útil para precisar, enseguida, la forma cómo se tramitan y expresan aquellos actos precisos –los decisorios– que en esta concreta normativa interesan al Legislador.

[21] Agrega la norma que "Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional" (inc. 8°).

[22] Eduardo Soto Kloss, *La noción de acto administrativo en el derecho chileno. Una perspectiva sustancial*, en "Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos" (2004). Conferencias Santo Tomás de Aquino (Universidad Santo Tomás) 33-44.

[23] Lo hacía notar así la Contraloría en su referente Dictamen 2.886 de 1969, según explicáramos en nuestras *Lecciones sobre acto administrativo* I, multicopiado en Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1994).

[24] Las "instrucciones" no se enmarcan en ninguno de los conceptos de acto administrativo que consagra este art. 3º, ha señalado la Contraloría General en Dictámenes 39.353 de 2003 y 8.601 de 2004. Lo que es efectivo, puesto que la finalidad de estos actos administrativos no consiste más que en ilustrar la ley vigente, poniendo en lenguaje sencillo y didáctico lo que la ley dice en términos científicos o técnicos. Lo anterior, sin perjuicio que algunas leyes especiales incluyan a las "instrucciones" dentro del término "resoluciones", como sucede con el art. 12 de la LOC 18.695 de municipalidades.

Tampoco este art. 3º considera la existencia de aquellos actos administrativos presuntos que concluyen por aplicación del silencio administrativo, merced al art. 66 de la misma ley 19.880.

[25] Salvado el principio de primacía de la realidad (en derecho las cosas son lo que determina su esencia y no su nomenclatura o denominación), aplicable cuando –por ejemplo– una simple providencia encubre una decisión: Corte Suprema 20.2.2002, RDJ 99 (2002) 2.5, 31-35. Análogo predicamento véase en sentencia de 11.1.2007 del Tribunal Constitucional (rol 591), respecto a un reglamento presidencial que se caratula como resolución exenta de origen ministerial (especialmente considerandos 25° y 26°).

Actualidad Juridica 28.indd 271 10-07-13 18:34

2. En efecto, el art. 3º de la ley tipifica tres categorías de actos administrativos distintos: los decisorios o declarativos de voluntad (que se contienen en decretos y resoluciones)[26], los dictámenes o declaraciones de juicio (que se materializan en informes u oficios), y los actos de constancia o conocimiento (que se expresan en certificados o registros).

Pero, una vez que el Legislador admite que todos ellos constituyen "actos administrativos", a continuación sólo regula la forma de emisión de los primeros, de los actos decisorios o de voluntad (aquellos que, con fuente en la ley, innovan afectando situaciones jurídicas subjetivas o el ordenamiento objetivo en general), sea que se manifiesten expresamente en decretos o resoluciones (arts. 3º, incs. 1º-5º, y 8º), o sea que se tengan por emitidos presuntamente en silencio de la Administración (arts. 64-66)[27].

2.1) Por eso "para efectos de esta ley" únicamente comprende "las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad", según advierte el inc. 2º del art. 3 copiado. Y, por lo mismo, el art. 1º inc. 2° ya había aludido antes a la "toma de razón", en el entendido que a este trámite solo están afectos los "decretos y resoluciones", según la Constitución (art. 99) y la ley orgánica de la Contraloría General (art. 10), que son precisamente aquellos documentos en que se recogen los actos volitivos o decisorios.

En el plano de los principios, al tratar de la celeridad, alude únicamente a la "decisión" (art. 7º inc. 2º); atinente al principio conclusivo solo menciona al "acto decisorio" (art. 8º); en cuanto al de economía dice que "se decidirán en un solo acto…" (art. 9º inc. 2º); cuando consagra el de imparcialidad se refiere a "las decisiones que adopte" la autoridad (art. 11 inc. 1º) y, en cuanto al principio de inexcusabilidad, ordena la emisión de una "resolución expresa" (art. 14 inc. 1º).

En el campo de las normas de procedimiento, al indicar quiénes son interesados, la ley 19.880 los circunscribe a los afectados por "la decisión que se adopte" o por la "resolución" que se emita (art. 21 Nºs 2 y 3); la prueba en el procedimiento es exigida para adoptar la "decisión" (art. 35); vuelve varias veces a mencionar sólo a la "resolución" (arts. 37, 39 y 40), y concluye la ley regulando la "resolución final", a cuyo respecto dice que "La resolución final

[26] El DS 26 (Ministerio Secretaría de la Presidencia) de 2001 (Diario Oficial 7.5.2001), sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, art. 3º, para efectos de ese reglamento, había entendido por "a) Actos administrativos, las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración, en las que se contienen declaraciones finales de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública".

[27] El Tribunal Constitucional, en sentencia de 11.9.2012 (rol 2153), hizo hincapié en que a los actos administrativos decisorios se les aplica preferentemente el principio de publicidad consagrado en el art. 8 de CPR (considerando 64°). Eso y más importante es que en estos actos se refleja en toda su magnitud el poder del Estado, en su capacidad innovadora para alterar un estado de cosas para el futuro.

Actualidad Juridica 28.indd 272 10-07-13 18:34

que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados" (art. 41 inc. 1º).

2.2) Por lo tanto, más allá de la alusión que a ellos hace el art. 3 de la ley 19.880, sus normas siguientes no se aplican a los dictámenes o declaraciones de juicio (que se contienen en informes), ni a los actos de constancia o conocimiento (que se contienen en certificados)[28], ni a otros actos administrativos de naturaleza diferente[29].

Salvo los casos específicos en que la ley alude inequívocamente a los "informes" previos a un procedimiento administrativo (art. 17 letra h) o se refiere expresamente a los informes emitidos durante un procedimiento ya iniciado (arts. 37 y 38).

3. En definitiva, la ley 19.880 entiende por "acto administrativo terminal" (art. 18) o "resolución final" (art. 41)[30] aquel "acto decisorio que se pronuncia sobre la cuestión de fondo", en el que la Administración "expresa su voluntad" (art. 8º) y con el cual concluye el procedimiento.

3.1) Sin desmedro –lo dicho– de tener presente que, durante el desarrollo mismo del procedimiento, antes que éste quede afinado, junto a los actos administrativos interlocutorios o de mero trámite, pueden producirse otros muchos actos decisorios previos. Como sería la determinación de eliminar o rechazar la participación de un tercero en calidad de interesado, o el acto de negarle a las partes el acceso a las piezas que componen el expediente, por ejemplo.

Estos actos decisorios adoptados durante el curso del procedimiento poseen su propia individualidad. De modo que, siendo separables de la resolución final, en la medida que surtan efectos independientemente de ésta, pueden ser impugnados de manera autónoma, tan pronto son puestos en conocimiento de las personas a quienes tocasen[31].

3.2) Respecto al acto "terminal" o "final", cabe advertir que la decisión administrativa puede provenir de un órgano colegiado o unipersonal, teniendo especialmente en cuenta que las facultades de dirección máxima de los servicios

[28] Tales actos se configuran cuando la Administración –sin innovar– se limita a constatar un hecho o situación preexistente, dejando constancia del mismo en sus registros y expidiendo los certificados que los interesados le pidan en su momento.

[29] Ver nota 23 anterior.

[30] La expresión "resolución" aquí debe tomarse en su acepción amplia, comprensiva de los "decretos y resoluciones", acorde con el art. 3º incisos 1º-5º de la misma ley, y conforme a la definición que a dicha palabra le otorga el Diccionario de la Lengua Española, entendida como "cosa que se decide", incluidos los "decretos" de la autoridad gubernativa.

[31] La Contraloría tradicionalmente ha entendido que las reclamaciones deben plantearse recién cuando el procedimiento finaliza, porque lo contrario produciría dilaciones innecesarias, entorpeciendo su desarrollo (Dictámenes 16.604 de 1960, 4.499 de 2002, etc.).

Actualidad Juridica 28.indd 273 10-07-13 18:34

públicos el legislador puede confiarlas a un consejo u órgano colectivo, o al respectivo jefe superior, según la ley 18.575 (art. 31).

En el segundo caso, como los acuerdos de los cuerpos colegiados se adoptan en sala de manera verbal, para su ejecución es requisito que se contengan en una resolución del órgano unipersonal, según una antigua jurisprudencia administrativa (Dictámenes 40.966 de 1956, 25.562 de 1966, 39.905 de 1971), que el inc. 7° del art. 3º de la ley 19.880 ha reiterado al disponer que "Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente"[32].

3.3) Otro caso especial ocurre cuando la ley establece que un órgano colegiado ha de adoptar un acuerdo respecto a la ocurrencia y calificación de ciertos hechos, dando por establecida una cierta situación, pero entregándose al Presidente de la República la decisión acerca de la medida a adoptar a su respecto.

Como es el caso del Consejo de Monumentos Nacionales de la ley 17.288, quien determina si cabe declarar como tales los objetos que estime del caso, a través de un acuerdo, para luego solicitar la dictación del decreto supremo correspondiente. Lo mismo que la Comisión Nacional encargada por la ley 18.525 de investigar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas, a la cual le compete resolver sobre los hechos investigados, aunque es un decreto supremo posterior el que, a recomendación suya, fija la aplicación de las consiguientes sobretasas arancelarias, derechos antidumping o derechos compensatorios que prevé la misma ley.

Concepto para nuestra cátedra

Con los antecedentes acopiados, podríamos definir al acto administrativo como toda declaración que un sujeto dotado de potestades públicas administrativas emite unilateralmente, con el fin de satisfacer una determinada necesidad pública.

De esta definición derivan las siguientes notas que han de estudiarse separadamente.

1. Se trata, en primer lugar, de una "declaración"

1.1) Como declaración quiere decir exteriorización, este punto nos permite diferenciar los actos administrativos de los hechos o actividades puramente

[32] Por otra parte, el art. 65 de la ley 10.336, orgánica constitucional de la Contraloría General de la República, preceptúa que los vicepresidentes o funcionarios de los servicios descentralizados que den curso a acuerdos que autoricen pagos ilegales, compartirán la responsabilidad pecuniaria derivada de tales acuerdos con los consejeros o directores que concurran con sus votos a la aprobación de los mismos, salvo que hubieren representado por escrito la ilegalidad y el órgano colegiado hubiere insistido en el acuerdo.

Actualidad Juridica 28.indd 274 10-07-13 18:34

materiales u operaciones físicas de la Administración, que quedan al margen de la definición. Mientras estos últimos –los hechos– simplemente se realizan o ejecutan, aquéllos –los actos administrativos– poseen expresión externa; se manifiestan a través de declaraciones.

1.2) Por lo mismo, se excluyen también de esta definición los, así llamados, "actos tácitos". Fuera del caso del acto presunto, el acto administrativo –en tanto acto jurídico– se expresa o exterioriza como tal; y dependiendo del mayor o menor grado de precisión en que aparezca o se refleje su contenido (objeto) y/o fundamento (motivo), puede hablarse de actos administrativos explícitos y de actos implícitos.

Pero los denominados actos tácitos son en verdad meras actuaciones fácticas, conductas o actitudes, por lo que no permiten inferir la existencia de actos administrativos tácitos de la Administración o que se produzcan por "*facta concludentia*". No se trata de actos jurídicos propiamente tales, sino simples hechos materiales, meras tolerancias o, incluso, omisiones de la autoridad[33].

1.3) Atinente a *qué* se declara, hemos dicho que esta manifestación puede ser de variado "contenido" u "objeto"[34], y así es posible hablar de actos administrativos:

a) decisorios o de voluntad orgánica, esto es, que innovan afectando las situaciones subjetivas de sus destinatarios (actos de efectos singulares, ya de beneficio, ya de gravamen), o que innovan en el ordenamiento jurídico objetivo (actos de efectos generales o reglamentarios), y que para su validez deben contenerse en decretos o resoluciones;
b) de conocimiento, es decir, que se limitan a constatar y estampar ciertos hechos o circunstancias preexistentes que le constan a la Administración, y que deben contenerse en registros o certificados, y
c) de razonamiento, o sea que –sin invadir el ámbito de lo judicial– se circunscriben a interpretar situaciones o normas jurídicas, y que deben contenerse en informes, oficios o dictámenes.

2. La declaración en que el acto consiste, debe proceder de un "sujeto dotado de potestades públicas administrativas"

2.1) Ello excluye, pues, los actos jurídicos de los destinatarios o receptores del acto administrativo, que aunque también son actos jurídicos regulados por

[33] En la jurisprudencia administrativa: dictámenes 34.919 de 1970; 23.077 de 1988; 14.944 de 1991; 55.344 de 2006. Con matices: dictámenes 27.447 de 1996 y 32.860 de 2000. Un caso interesante en la jurisprudencia judicial: en RDJ 95 (1998) 2.5, 176-179.

[34] Para Zanobini, en *Corso di Diritto Administrativo*, Giuffre (Milán) 5ª ed. (1947) vol. I pág. 187, acto administrativo es cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa. Consúltese además a Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP Madrid 1970 vol. I 5ª ed., 419 y 520, y el clásico García de Enterría-Fernández Rodríguez, *Curso de derecho Administrativo*, Civitas (Madrid) 3ª ed. (1979) 456. Más antecedentes en Santiago Muñoz Machado, en www. iustel.es

Actualidad Juridica 28.indd 275 10-07-13 18:34

el derecho administrativo, quedan sometidos a un régimen sustancialmente distinto.

2.2) Emisor del acto administrativo podrá ser cualquier sujeto que ejercite poderes públicos administrativos, aun cuando no forme parte integrante de los cuadros orgánicos de la Administración Pública.

Por ejemplo, ambas Cámaras del Congreso Nacional están investidas de potestades normativas, para dictar los reglamentos internos referentes a nombramientos, promoción, deberes, derechos, responsabilidad, cesación de funciones y régimen estatutario de su personal (art. 2º ley 18.918, sustituido por ley 19.297), y para emitir las normas reglamentarias a fin de regular su organización y funcionamiento interno (art. 4º).

Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema también tienen poderes administrativos análogos, para dictar "autos acordados" (arts. 66 y 96 N° 4 Código Orgánico de Tribunales).

Incluso un simple particular podrá ser autor de un acto administrativo, en la medida en que detente el carácter de concesionario de un servicio público (aunque éste actúa por la Administración, no cambia su condición de persona privada).

Ya que el poder Administrador es obviamente el que realiza la mayor parte de la función administrativa, este curso se refiere a los actos administrativos que provienen de la Administración del Estado.

2.3) A la inversa, no caben dentro de esta noción todos aquellos actos en que la Administración ejercita poderes de otra naturaleza, en que no ejerce funciones administrativas. De allí se sigue que no todo acto de la Administración constituye, necesariamente, un acto administrativo.

En el caso del decreto promulgatorio de ley y del decreto con fuerza de ley, que por su contenido no son actos administrativos, ya que los emite el Presidente de la República en su función de colegislador.

2.4) Es fundamental retener que el acto administrativo es consecuencia del ejercicio de una "potestad pública administrativa". Es decir, no hay actos administrativos sin antes existir una atribución legal que lo autorice en forma expresa.

Por ende, a diferencia del negocio jurídico privado, el acto administrativo es "esencialmente típico", nominado, ajeno por completo al principio de la autonomía de la voluntad. Como acá juega el principio de legalidad, el acto no es una manifestación de la voluntad o del libre albedrío del funcionario que lo expide, porque éste ha de ceñirse estrictamente a las atribuciones que le franquea el ordenamiento jurídico.

Actualidad Juridica 28.indd 276 10-07-13 18:34

3. En tercer lugar, se describe como un acto jurídico "unilateral"

3.1) Peculiaridad esencial, característica fundamental del acto administrativo es que, para nacer a la vida del derecho, para dar origen a una relación jurídica con sus destinatarios (particulares o funcionarios), no se requiere la aquiescencia de éstos, bastando la sola declaración unilateral de la Administración.

3.2) Lo anterior no obsta que pueda intervenir la voluntad de ese tercero destinatario: hay actos administrativos que antes de dictarse requieren "petición de parte" (art. 8º ley 18.575), y hay otros cuyos efectos quedan supeditados a la conformidad del tercero (como los nombramientos de funcionarios, que requieren "aceptación" posterior del interesado; art. 22 ley 18.834).

Mas en los casos antes referidos se trata de actos jurídicos sucesivos y diferenciados, como propios de cada uno de los distintos sujetos que intervienen en la relación. No deben confundirse, por consiguiente, con los actos contractuales o bilaterales, en que la Administración procede de común acuerdo con otro sujeto de derecho y en donde la declaración de ambos es conjunta o simultánea, para refundirse en un mismo y único acto.

4. Y que tiene por finalidad "satisfacer una determinada necesidad pública"

Como la ley en que se justifica, el acto administrativo es también una ordenación racional en aras al bien común. Recuérdese que el Estado, en general, "está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común" (art. 1º inc. 4º CPR) y que a cada una de las entidades que componen su Administración, en particular, la ley les ha asignado un fin específico, un bien común sectorial o "función" propia (art. 65 inciso cuarto N° 2 CPR; principio de especialidad), que debe coexistir con aquél.

Es la idea que repite la ley 18.575: "La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo a las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal" (art. 3º inc. 1º). De allí que todo acto administrativo –tanto aquellos que tienden a cubrir una necesidad pública de manera directa como aquellos que satisfacen necesidades internas del propio servicio a que pertenece el órgano emisor– ha de ser dictado para lograr dicho objetivo determinado y concreto.

Actualidad Juridica 28.indd 277 10-07-13 18:34

¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?

José Manuel Díaz de Valdés J.[*]
Doctor© Universidad de Oxford,
Máster Universidad de Harvard,
Máster Universidad de Cambridge,
Magíster en Derecho Público y Licenciado en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile.

Resumen: el artículo critica la llamada "Ley Zamudio", cuestionando su calidad de ley general antidiscriminación. Se afirma que se trata de una ley extremadamente limitada, técnicamente defectuosa, de difícil interpretación, que omite el tratamiento de materias fundamentales del derecho antidiscriminatorio, y que se vincula fuertemente a solo un grupo discriminado. Adicionalmente, se contrasta esta ley con la normativa constitucional antidiscriminación, concluyendo que la primera brinda una protección inferior a la segunda.

***

I. Introducción

El 12 de julio de 2012, después de siete años de tramitación parlamentaria, se promulgó la Ley 20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación (la "Ley Zamudio" o la "Ley), la que fue presentada ante la opinión pública como la piedra angular de una nueva etapa en la lucha contra la discriminación.

La Ley, sin embargo, no puede calificarse en propiedad como una ley general antidiscriminación. Si bien cumple funciones simbólicas y hasta "pedagógicas",[1] visibilizando el reconocimiento estatal de la diversidad y reforzando el reproche jurídico en contra de las conductas discriminatorias, la Ley adolece de importantes falencias. La más evidente de aquellas es su escaso contenido de derecho antidiscriminatorio sustantivo, al cual se dedican sólo los dos primeros artículos de la Ley.

[*] Agradezco los comentarios de los profesores Camila Boettiger P., Sergio Verdugo R. e Ignacio Covarrubias C., así como la colaboración de mi ayudante de investigación, señorita Beatriz Vergara M.
[1] COUSO (2012) p. 197.

Actualidad Juridica 28.indd 279 10-07-13 18:34

Este artículo de opinión pretende identificar las principales razones por las cuales no corresponde considerar a la Ley como una norma general antidiscriminación. Para ello reflexiona acerca de las imperfecciones más evidentes del Título I (que no obstante su extrema brevedad, contiene la escasa dogmática antidiscriminatoria presente en la Ley), para luego mencionar brevemente algunos de los contenidos que la Ley debió haber tratado. A continuación, se analiza la relación especial de esta ley con uno de los grupos discriminados (minorías sexuales), para finalizar con las conclusiones correspondientes.

II. Imperfecciones Técnicas de la Ley Zamudio

1. Definición deficiente de discriminación arbitraria

El artículo 2° de la Ley presenta tres incisos. El primero señala lo siguiente:

"Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad."

Este inciso presenta dos objetivos fundamentales: define discriminación arbitraria y crea "categorías sospechosas". En relación al primer objetivo, la Ley incorpora una definición de discriminación arbitraria bastante curiosa, indicando un conjunto de conductas (distinciones, exclusiones y restricciones) que podrían constituir discriminación. Según el Mensaje,[2] las distinciones son "diferenciaciones en base a alguna particularidad, las exclusiones "se traducen en quitar a alguien el lugar que ocupa", y las restricciones son "reducciones a menores límites". El Mensaje agregaba originalmente las "preferencias", entendidas como "ventajas que se conceden a una persona sobre otra". Si bien la intención del legislador pareciera ser la loable extensión del concepto de discriminación arbitraria a distintas hipótesis, hubiese sido preferible mantener la simpleza que en esta materia otorgan los conceptos de "distinción arbitraria" o "diferencia-

[2] Historia de la Ley N°20.609 Establece medidas contra la discriminación, p. 8.

Actualidad Juridica 28.indd 280 10-07-13 18:34

ción arbitraria", los cuales ya cuentan con sustento y desarrollo jurisprudencial.[3] Más aún, desde la perspectiva puramente lógica, las categorías adicionales (exclusión, restricción, y también la eliminada preferencia), corresponden a la intención o a las consecuencias que puede presentar una distinción. En otras palabras, el concepto de "distinción" es el género en el cual se pueden subsumir las demás clases en cuanto especies del mismo. Adicionalmente, la creación de diversas categorías puede ser una fuente de problemas de calificación jurídica, tanto para las partes como para el juez. En síntesis, en esta ocasión menos es más: hubiera bastado con utilizar sólo la palabra "distinción".

Una segunda curiosidad es la utilización del lenguaje del recurso de protección (artículo 20 de la Constitución Política de la República, en adelante la "Constitución"), en cuanto a que el acto discriminatorio debe ser capaz de provocar privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de derechos fundamentales. A primera vista esta innovación podría considerarse positiva en cuanto permite recoger la experiencia ya desarrollada en materia de amparo de derechos fundamentales vía recurso de protección, al menos en cuanto al tipo de conductas vulneradoras de tales derechos. Sin embargo, existe aquí un problema de fondo: la Ley vincula el concepto de no discriminación a la vulneración de otro derecho. Es decir, un acto discriminatorio sólo es impugnable como tal si *adicionalmente* vulnera, por ejemplo, el derecho a la propiedad o el derecho a la libertad religiosa. Esta restricción, si bien existe en algunos sistemas jurídicos (e.g., Convención Europea de Derechos Humanos),[4] no es satisfactoria por cuanto no permite sancionar actos discriminatorios que no afectan derechos adicionales. Si bien en la mayoría de los casos es posible formular un problema de discriminación como la afectación simultánea de otro derecho, no siempre es así, o la vinculación con ese derecho adicional es muy indirecta. Así, por ejemplo, si el Estado decide otorgar instrucción militar sólo a los jóvenes colorines, ello es un acto discriminatorio que no vulnera, al menos directamente, algún derecho adicional (a menos que se invoque, algo rebuscadamente, la integridad psíquica de los excluidos, su derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, etc.). Desde otro punto de vista, al exigir la vulneración de un derecho adicional a la no discriminación, la infracción de este último se hace irrelevante, toda vez que la reclamación podría fundamentarse exclusivamente en el derecho adicional en cuestión.

Podría argumentarse que la no discriminación está recogida en diversos derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución (e.g., no discriminación en materia económica, igualdad ante las cargas públicas), y que la invocación

[3] E.g. Tribunal Constitucional (2009) Rol N°1204; (2010) Rol N°1469; (2009) Rol N°1254; (1995) Rol N°219; (2010) Rol N°1448; (2009) Rol N°1340.

[4] Si bien el Protocolo N°12 de Convención Europea de Derechos Humanos, en vigor desde el 2005, corrige en parte esta situación al añadir al listado original de derechos de la Convención la prohibición general de discriminación en el goce de cualquier derecho previsto por la ley.

Actualidad Juridica 28.indd 281 10-07-13 18:34

de tales derechos "adicionales" podría bastar para los efectos de la definición de discriminación de la Ley. Esta solución, sin embargo, presenta dos problemas. El primero es que no toda discriminación queda cubierta por esos derechos "sectoriales": sólo el artículo 19 N°2 es suficientemente genérico para otorgar una protección adecuada. El segundo es que se presenta el absurdo de que la infracción a la prohibición general de discriminación no basta por sí sola para generar discriminación para la Ley, pero sí lo haría la vulneración de una prohibición específica de discriminación. Ante dicho contrasentido, no sería de extrañar que algún juez rechace la invocación de tales prohibiciones específicas (e.g., artículo 19 N°22) como "derecho adicional" para los efectos de satisfacer la definición de discriminación arbitraria contenida en el artículo 2°. Ello por cuanto, más allá de los formalismos, aquellas prohibiciones no son sino aspectos particulares de la prohibición general de discriminación.

Ahora bien, es importante destacar que la opción que hace la Ley de exigir más que la sola vulneración al derecho a no ser discriminado no es coincidente con el texto constitucional, toda vez que limita el derecho a la igualdad ante la ley (o en la ley) consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución. En efecto, esta norma no concibe a la igualdad y la no discriminación como un derecho "dependiente" o "adosado" a otro derecho, sino como un derecho en sí. Más aún, el artículo 20, al tratar el recurso de protección, enumera expresamente al artículo 19 N°2 como uno de los derechos amparables mediante esta acción constitucional, sin necesidad de invocar para ello la vulneración de otro derecho. En otras palabras, se produce el sinsentido que si bien la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación han merecido la protección constitucional en forma autónoma, su protección legal a través de la Ley requiere la invocación adicional de la infracción a otro derecho.

Las consecuencias de esta falta de coherencia entre el texto constitucional y la Ley son inciertas. Una posibilidad es considerar la Ley derechamente inconstitucional por limitar injustificadamente la protección constitucional del artículo 19 N°2. La otra opción es reconocer a la Ley como un sistema de protección antidiscriminación paralelo al constitucional, más acotado y de menor jerarquía. De esta forma, dicha ley complementaría la norma constitucional, sin pretensión de reflejarla fielmente, ni tampoco de interpretarla, [5] por lo cual no existiría un vicio de constitucionalidad. Esta alternativa, sin embargo, deja en evidencia la mala técnica legislativa utilizada en la Ley, cuya utilidad se ve drásticamente menoscabada. En todo caso, cualquiera sea la solución adoptada, lo que es

[5] Véase la discusión desarrollada durante la tramitación parlamentaria de la Ley, así como durante su revisión por el Tribunal Constitucional, en cuanto a que la Ley Zamudio sería una norma interpretativa de la Constitución por cuanto definía la noción constitucional de "discriminación arbitraria", careciendo, sin embargo, de los quórums propios de la leyes interpretativas de la constitución (3/5 de los senadores y diputados en ejercicio), por lo cual adolecía de un vicio de constitucionalidad. Véase también el voto de minoría de la Ministra Marisol Peña Torres en el fallo del Tribunal Constitucional (2012) Rol N°2231.

Actualidad Juridica 28.indd 282 10-07-13 18:34

claro es que la Ley no refleja la concepción constitucional de la igualdad y la no discriminación.

2. Ininteligible aproximación a las "categorías sospechosas"

La segunda materia fundamental tratada en el artículo 2° de la Ley son las "categorías sospechosas". Es así como el inciso primero enumera una serie de características personales (en un sentido amplio) que no debieran servir de fundamento a distinciones legítimas. El inciso segundo agrega que dichas categorías no podrán invocarse para justificar "situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público". Finalmente, el inciso tercero señala que las distinciones basadas en estas categorías se considerarán razonables si se justifican "en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental", enumerando algunos en que tal justificación se daría "especialmente".

Nos encontramos frente a una redacción altamente deficiente que genera diversas confusiones y que evidencia poca claridad respecto de la intención del legislador. Para comenzar, el texto no llama literalmente a estas características "sospechosas" o "especiales" (si bien así se las denomina comúnmente en la historia fidedigna de la Ley),[6] sino que sólo las utiliza como ejemplificaciones (¿calificadas?) de discriminación arbitraria ("*en particular cuando se funden en motivos tales como*(…)"). Más aún, la Ley no señala claramente cuál es su voluntad normativa en relación a estas características: ¿Se intenta prohibir su utilización fuera de las excepciones contempladas en el inciso 3°? ¿Es una declaración del legislador acerca de qué discriminaciones considera más graves o más urgentes de corregir?, ¿Es una orientación al juez para que sea más estricto al juzgar la razonabilidad de las diferenciaciones que se basen en estas características?, etc. A nuestro juicio, y en consideración al derecho antidiscriminatorio comparado (e.g. Unión Europea, EEUU, Inglaterra, España), estas enumeraciones normalmente no prohíben distinguir en base a estas características,[7] pero aquellas son consideradas como particularmente "peligrosas" por el legislador, y por tanto el juez debe ser especialmente cuidadoso en el análisis de tales distinciones para asegurarse que no constituyen discriminación arbitraria. En el caso de la Ley, su historia fidedigna parece llevarnos a la misma conclusión.[8] Sin embargo, y no obstante la mayor o menor razonabilidad de las reflexiones precedentes, lo cierto es que la Ley no resuelve en forma expresa esta materia, creando confusión y, posiblemente, infundadas expectativas. En relación a este último punto, cabe también destacar que la consagración de estas "categorías sospechosas" a nivel legislativo, y no constitucional, resta fuerza a los efectos jurídicos antes señalados.[9]

[6] Historia de la Ley 20.609 Establece medidas contra la discriminación, pp. 319, 677, 720, 721, 800, 859, 879, etc.

[7] Contrastar con ALVEAR y COVARRUBIAS (2012).

[8] Historia de la Ley N°20.609 Establece medidas contra la discriminación. E.g., pp. 319, 677, 721.

[9] En Chile podría argüirse que el sexo es una categoría sospechosa de rango constitucional a la luz

Actualidad Juridica 28.indd 283 10-07-13 18:34

Otra evidencia de la poca claridad de la Ley es que el artículo 2° es sumamente confuso respecto al análisis de legitimidad que se debe realizar cuando se utilizan "categorías sospechosas". Por una parte, sabemos que toda distinción debe ser razonable (si bien el test de razonabilidad en sí es bastante controversial toda vez que admite diversas formulaciones y grados de exigencia), y que en el caso de las categorías en cuestión, *probablemente* el escrutinio judicial acerca de la razonabilidad de la medida debiera ser más estricto. Sin embargo, el inciso tercero del mismo artículo 2° genera toda suerte de dudas interpretativas al señalar que:

"Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6º, 11º, 12º, 15°, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima."

Este inciso pareciera contener una "presunción de razonabilidad" cuando la distinción se justifica en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental. Es decir, el legislador le estaría diciendo al juez: cuando se utilice una "categoría sospechosa", en lugar de realizar un examen de razonabilidad (que es lo que ordena el artículo 2° inciso 1°), usted debe verificar que esa conducta no se justifique: i) por constituir el ejercicio legítimo de otro derecho, o ii) por otra "causa constitucionalmente legítima". En la primera hipótesis, el juez ya no debe atender a la razonabilidad de la distinción en sí, sino a determinar qué es el ejercicio legítimo del *otro* derecho (el foco ya no está en la igualdad y la no discriminación). Por supuesto todo esto resulta ser tautológico si por *ejercicio legítimo* entendemos aquel que, entre otras cosas, no produce una discriminación arbitraria.[10] Sin embargo, de ser así, este inciso estaría demás, lo que repugna al criterio de interpretación según el cual las normas deben interpretarse de forma que no sean redundantes y produzcan efectos. La alternativa que nos queda es que el legislador piense que, al menos en ciertas circunstancias, el ejercicio legítimo de un derecho puede incluir la creación de diferencias arbitrarias, y que en tal caso, la Ley no otorgaría protección frente a esa discriminación. En otras palabras, esta Ley estaría creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la no discriminación sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a otros derechos fundamentales (los que a su vez se agruparían en dos clases: los derechos fundamentales en general, y aquellos expresamente enumerados en el inciso 3° en comento, los que justificarían la discriminación "especialmente").

del texto del artículo 19 N°2.

[10] ALVEAR y COVARRUBIAS (2012) p. 25.

Actualidad Juridica 28.indd 284 10-07-13 18:34

Resulta evidente, sin embargo, que el legislador excede brutalmente su competencia al establecer jerarquías entre derechos constitucionales.[11] Aquél sólo podría recoger una jerarquía establecida por la propia Constitución. Más aún, incluso aceptando la existencia de tal jerarquía, parece indefendible ubicar a la igualdad ante la ley como un derecho inferior a todo el resto de los derechos fundamentales.

La segunda hipótesis contenida en el inciso en comento (discriminación arbitraria justificada en "otra causa constitucionalmente legítima") pareciera ser sorprendentemente amplia, a la vez que críptica. Nuevamente acudiendo al derecho comparado, dicha cláusula podría entenderse como una apelación a bienes jurídicos de rango constitucional, tales como el orden público, la seguridad nacional, la salubridad pública y, en definitiva, el Bien Común. Esta, sin embargo, es sólo una interpretación posible, y no distingue si debe tratarse de bienes jurídicos que el constituyente ordena promover, o sólo aquellos bienes que son constitucionalmente aceptables ("legítimos").

En definitiva, el inciso 3° del artículo 2° confunde enormemente la labor del juez, quién se ve obligado a interpretar una norma que no ofrece ningún sentido plenamente satisfactorio, y a alejarse de su labor esencial en casos de discriminación, cual es calificar la razonabilidad de la medida (lo que en sí ya es bastante complicado). En todo caso, consideramos que la "presunción de razonabilidad" contemplada en el inciso en comento pareciera no ser absoluta. Esto aparece con cierta claridad en la historia fidedigna de la norma, la que evidencia la eliminación de la palabra "siempre" (i.e., "se considerarán siempre razonables…").[12] En consecuencia, la norma podría interpretarse de forma de conservar algún grado de libertad para el juez de la causa, quién podría aceptar prueba en contrario y, en definitiva, realizar un examen de razonabilidad de la distinción impugnada, cual es el núcleo de la labor del juez en casos de discriminación arbitraria.

Una curiosidad adicional de la regulación que hace la Ley de las "categorías sospechosas" se encuentra en el inciso segundo del artículo 2°, el cual dispone lo siguiente:

"Las categorías ["sospechosas"] *a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público."*

Esta norma escapa al ámbito de la no discriminación, y su propósito pareciera ser la limitación de los efectos que pudiera tener el reconocimiento que hace la Ley

[11] Véase al respecto e.g., CEA (2003) pp. 65-68; BERTELSEN (2010) p. 32-40.
[12] Historia de la Ley N°20.609 Establece medidas contra la discriminación, p. 891.

Actualidad Juridica 28.indd 285 10-07-13 18:34

de "categorías sospechosas" sobre el resto del ordenamiento jurídico. Dejando a un lado la discusión anterior respecto de la indeterminación de las consecuencias normativas de dicho reconocimiento, el inciso en comento parece cumplir una función preventiva: cualesquiera sean esas consecuencias normativas, aquellas: i) no alcanzan a la modificación de otros cuerpos legales, y ii) no podrán invocarse en contra del orden público.[13] La primera declaración pareciera modificar, directa o indirectamente (mediante un mandato de interpretación de esta ley), las reglas generales de solución de conflictos entre normas jurídicas, en particular los criterios de especialidad (ley especial prefiere a ley general) y temporalidad (ley posterior prefiere a ley anterior). En efecto, la Ley limita sus efectos al señalar que en caso de conflicto con otra norma legal, aun cuando aquella sea más general o anterior, la otra norma primará. Más aún, demuestra así el legislador una suerte de pudor –o derechamente temor– a los efectos de su reciente creación sobre el conjunto del ordenamiento jurídico. Esta aproximación del legislador se ve confirmada en el artículo 18 de la Ley, el cual prohíbe interpretar la Ley como derogatoria o modificatoria de otras normas legales vigentes (salvo las excepciones expresas contenidas en los artículos 15 a 17 de la Ley).

La segunda declaración (primacía del orden público) es confusa por varias razones. En primer término, no hay claridad respecto de las hipótesis de hecho que estaría previendo el legislador. Tal vez la alternativa más evidente sería aquella situación donde el ejercicio de un derecho fundamental por parte de individuos pertenecientes a "categorías sospechosas" se quisiera ejercer por estos de una forma tal, o atribuyéndole un contenido al derecho tal, que entrara en conflicto con el orden público. Frente a tales situaciones, el legislador estaría diciéndole al juez que otorgue primacía "automática" al orden público. Esta interpretación, sin embargo, es cuestionable, pues si efectivamente el juez llega a la convicción que se trata de un conflicto entre el ejercicio de un derecho fundamental y el orden público, estamos frente a un problema de naturaleza constitucional que el legislador no puede resolver ex-ante mediante una regla absoluta que no considera las circunstancias del caso. Nos parece que de lo contrario el legislador se estaría inmiscuyendo en materias que escapan a su competencia, cual sería una suerte de jerarquización pétrea entre bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, tales como el orden público y los derechos fundamentales. Una interpretación distinta de la norma en comento sería considerarla no como una regla absoluta, sino sólo como una guía del legislador al juez, pero siempre reconociendo la autonomía de este último para apreciar las circunstancias del caso. El mérito de esta alternativa es que se adecuaría a la Constitución. Dicha interpretación, sin embargo, desconoce el tenor literal de la norma ("*en ningún caso*").

[13] Durante la tramitación de la Ley se incorporó como ejemplo de esta situación la invocación de la orientación sexual para realizar actos violentos, incestuosos, delictuales o que ofendan el pudor. Este ejemplo fue sumamente controversial y finalmente se eliminó. Véase la Historia de la Ley N°20.609 Establece medidas contra la discriminación, p. 891 y 997.

Actualidad Juridica 28.indd 286 10-07-13 18:34

En definitiva, todo el tratamiento que hace el artículo 2° de las "categorías sospechosas" es confuso y está abierto a diversas interpretaciones, lo que augura problemas de interpretación y aplicación por parte de los tribunales de justicia.

3. El objetivo de la Ley Zamudio es demasiado limitado

El inciso primero del artículo 1° de la Ley identifica un objeto excesivamente modesto, cual es "instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria." Sin menospreciar la eventual importancia de la dimensión procesal, es evidente que el objeto esencial de toda legislación general antidiscriminatoria es el combate a la discriminación arbitraria, para lo cual puede recurrir a distintos contenidos y mecanismos (tales como la creación de una acción procesal especial). Ahora bien, la extrema modestia del objeto señalado no es sino el reflejo de un problema de fondo, cual es el contenido (o más bien, falta de contenido) de esta ley. En efecto, la creación de la acción especial antidiscriminación parece ser su principal aporte (al menos es la materia más tratada en aquella) lo cual es completamente insatisfactorio para una normativa que se presenta como el primer tratamiento legislativo sistémico del problema discriminatorio. Volveremos a este punto en la Sección III, cuando nos refiramos a la ausencia en dicha ley de algunos contenidos fundamentales del derecho antidiscriminatorio.

En todo caso, cabe destacar que el limitado objetivo definido por la Ley resulta particularmente sorprendente si consideramos que su Mensaje señalaba que su propósito era otorgar "un tratamiento integral y más efectivo a la no discriminación", lo que fue posteriormente modificado durante la tramitación de la Ley.

4. Impone al Estado un deber genérico y de contenido confuso

El inciso segundo del artículo 1° señala lo siguiente:

"Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

A primera vista, este inciso pareciera consagrar el deber de los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar políticas antidiscriminatorias. Sin duda es un acierto del legislador el considerar la lucha contra la discriminación como una labor sistémica en la cual se integran un conjunto de políticas públicas. En este contexto, la norma en comento obligaría a los órganos

Actualidad Juridica 28.indd 287 10-07-13 18:34

de la Administración, entre otras cosas, a desarrollar y explicitar sus políticas antidiscriminatorias. No obstante lo anterior, la redacción de este inciso es a tal punto confusa, que la existencia del deber en comento no es más que una posibilidad interpretativa de la norma. En efecto, lo que dice el inciso es que las políticas de los órganos estatales deberán enfocarse en garantizar el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, y agrega entre comas "sin discriminación arbitraria". En otras palabras, "sin discriminación arbitraria" es sólo la modalidad, no el corazón de la política pública. En realidad, estas políticas no parecen sino ser el desarrollo del mandato del artículo 5° de la Constitución, i.e. el deber del Estado de promover los derechos fundamentales. Por lo mismo, podría sostenerse que el inciso en comento es sólo una repetición del precepto constitucional. Del mismo modo, si bien se agrega la expresión "sin discriminación arbitraria", la prohibición del Estado de discriminar arbitrariamente también se encuentra consagrada en diversas normas constitucionales (e.g., artículo 19 N°2, 20 y 22, artículo 109, y en forma general, artículo 1°). Más aún, la reiteración legal del precepto constitucional sería limitada e imperfecta, por cuanto la obligación se presenta sólo respecto de los órganos que integran la Administración del Estado, y no respecto de todo el aparato estatal, como es el caso del artículo 5° de la Constitución.

Ahora bien, creemos que la confusa redacción del artículo 1° inciso 2° de la Ley se debe, al menos en parte, al error conceptual explicado previamente, cual es vincular esencialmente la no discriminación con el ejercicio de derechos fundamentales "adicionales".

Finalmente, tampoco es claro si la norma en comento podría entenderse como una regla competencial. En otras palabras, ¿está la Ley otorgando competencias adicionales a los órganos de la Administración para cumplir con el deber que establece, o por el contrario, dichos órganos sólo pueden utilizar las competencias que ya les han sido conferidas previamente? Al respecto, la expresión "*dentro del ámbito de su competencia"* pareciera indicar que la Ley no intenta otorgar nuevas potestades. Sin embargo, es también posible que dicha expresión intente evitar que los órganos del de la Administración, en cumplimiento de deber, invadan el ámbito de competencia de otros órganos.

III. La Ley Zamudio Carece de Elementos Fundamentales del Derecho Antidiscriminatorio

En materia de derecho antidiscriminatorio el derecho comparado puede ser de gran utilidad, particularmente porque nos permite reconocer una serie de elementos o determinaciones que resultan esenciales para sentar las bases del derecho antidiscriminatorio. Varias de estos elementos o determinaciones, sin embargo, no fueron tratados por la Ley. Mencionaremos a continuación tres ejemplos.

Actualidad Juridica 28.indd 288 10-07-13 18:34

1. Discriminación indirecta

La Ley no distingue entre discriminación directa e indirecta. La primera es aquella en que el trato desfavorable se fundamenta, o es consecuencia, de una característica personal como la raza o el sexo.[14] En contraste, la discriminación indirecta es aquella en contenida o producida por normas o tratos que formalmente se aplican a todos, pero que afectan desproporcionadamente a los miembros de un grupo desaventajado, a menos que pueda probarse que tales normas o tratos se justifican objetivamente (e.g., satisfaciendo el test de proporcionalidad).[15] En otras palabras, la discriminación indirecta surge de normas que *a primera vista* parecieran no ser discriminatorias, ya que su texto no identifica expresamente un grupo perjudicado. Sin embargo, la aplicación práctica de la norma resulta en un claro perjuicio para un grupo, sin que ello sea razonable o justificable. La discriminación indirecta, por tanto, destaca los efectos tangibles de la norma por sobre los efectos esperados o declarados en su texto. Así, por ejemplo, existiría discriminación indirecta si una regla prohíbe el ingreso a la Administración Pública de personas que no alcancen 1,75 metros de estatura. Dicha regla sería aparentemente "neutral" (i.e., se aplicaría a todas las personas y grupos por igual), pero impactaría desproporcionadamente sobre las mujeres y ciertos grupos indígenas, en circunstancias que no se avizoran razones suficientes para exigir ese requisito a quienes trabajen en la Administración Pública.

Los ordenamientos jurídicos tienden a diferenciar entre ambos tipos de discriminación por varias razones. En primer lugar, la discriminación indirecta no siempre ha sido reconocida como tal, por lo que su consagración legislativa ha sido particularmente relevante en sociedades donde la jurisprudencia (y en menor medida la doctrina) ha sido renuentes a sancionar este tipo de discriminación. En segundo término, la discriminación indirecta es mucho más compleja de reconocer y sancionar, por lo que resulta muy útil al juez contar con ciertas determinaciones legales básicas que lo orienten. Así, por ejemplo, la prueba de la discriminación indirecta presenta una serie de dificultades que el legislador puede tratar: qué tipo de evidencia resulta aceptable, cómo debe configurarse la prueba estadística, cuál debe ser el grupo de referencia apropiado, cómo medir el impacto de la discriminación, etc. En tercer lugar la discriminación indirecta normalmente acepta un régimen de excepciones más amplio que la discriminación directa, y puede (aunque no necesariamente), ser objeto de escrutinio judicial menos estricto.

Como la Ley guarda silencio en esta materia, la decisión acerca de si la discriminación indirecta es o no sancionable corresponde al juez, quién, a falta

[14] MCCRUDDEN (1994) p. 2-20.
[15] MCCRUDDEN y PRECHAL (2009) p. 3; BARRÈRE (1997) p. 23-25. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional (2010) Rol N°1348.

Actualidad Juridica 28.indd 289 10-07-13 18:34

de norma constitucional o legal al respecto, y frente a las complejidades involucradas en la identificación y sanción de la discriminación indirecta, es muy probable que opte por la negativa. Ahora bien, la alternativa contraria tampoco resulta muy alentadora, toda vez que un reconocimiento meramente judicial de la discriminación indirecta que no vaya acompañado de reglas claras acerca de su constatación, excepciones aceptables, etc., produciría una gran incertidumbre jurídica.

En síntesis, la naturaleza de la discriminación indirecta requiere de una regulación mínima que debe otorgar el legislador. Frente al silencio de la Ley, lo más probable es que los jueces se inhiban a este respecto y la discriminación indirecta no sea sancionable.[16]

2. **¿Discriminación individual o grupal?**

La Ley navega confusamente entre dos aproximaciones a la igualdad y la no discriminación: la individual y la grupal. Si bien ambas no son excluyentes, el texto actual de la Ley pareciera no ser consciente de esta distinción, lo que puede provocar problemas de interpretación y aplicación.

Por una parte, y como ya hemos explicado, la Ley recoge una idea de igualdad vinculada al ejercicio de derechos fundamentales. Esta es una noción de igualdad que se centra en el individuo y en sus derechos, cuestión que queda confirmada por la definición de discriminación arbitraria en cuanto parafrasea al recurso de protección, el cual es una acción de protección de derechos individuales (si bien en ocasiones se ha utilizado para la protección de grupos, normalmente se requiere la individualización de víctimas precisas y concretas, no bastando la referencia a una colectividad). En coherencia con esta aproximación individualista, la acción de no discriminación arbitraria creada en el Título II de la Ley otorga legitimación activa al individuo afectado, o si se quiere, a cada individuo afectado, pero no a un grupo como tal (artículo 4°).

Por otra parte, la Ley demuestra una visión de igualdad y no discriminación grupal cuando se refiere a las "categorías sospechosas". Si bien puede argumentarse que no se intenta proteger a grupos, sino que a los individuos que componen esos grupos, en realidad la Ley lo que está haciendo es identificar grupos sujetos a discriminación, presumiendo que los individuos pertenecientes a esos grupos sufren discriminación *por su pertenencia al grupo*. En otras palabras, cuando la Ley prohíbe la discriminación en base a la religión, lo que está haciendo es advertir que es justamente la pertenencia a un grupo religioso lo que gatilla la discriminación sufrida por personas concretas. Adicionalmente,

[16] Aunque véase el reconocimiento de la categoría de discriminación indirecta en la sentencia del Tribunal Constitucional (2010) Rol N°1348.

Actualidad Juridica 28.indd 290 10-07-13 18:34

la historia fidedigna de la Ley demuestra que hubo otros indicios de la visión grupal de no discriminación e igualdad. Es así como el artículo 2° original contenido en el Mensaje señalaba que:

"El Estado podrá establecer distinciones o preferencias destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas **o grupos** *de personas"* (el destacado es nuestro).[17]

Este texto fue vivamente discutido durante la discusión parlamentaria de la Ley, particularmente en cuanto se vinculaba al tópico de la discriminación positiva y su regulación. Finalmente, esta misma vinculación terminó por impedir un acuerdo en esta materia y este texto se eliminó.

Ahora bien, aunque en estricto rigor la discriminación siempre afecta individuos, la noción de discriminación grupal presenta importantes consecuencias para el derecho antidiscriminatorio. Una de ellas es que la finalidad principal de las normas antidiscriminatorias se convierte en la eliminación de "castas" o categorías de "ciudadanos de segunda". Otro ejemplo es que las normas antidiscriminatorias enfatizan la protección del grupo como tal, permitiendo cierta laxitud en la selección de los individuos protegidos (por ejemplo, la norma incorpora personas que no debieran estar protegidas, o excluye individuos que sí debieran estarlo). Una tercera ilustración es que las acciones antidiscriminatorias no sólo pueden ser presentadas por el individuo directamente afectado, sino por cualquier otro miembro del grupo discriminado.[18]

En definitiva, la incorporación ambigua y tímida de una aproximación grupal hacia la igualdad y la no discriminación resulta insatisfactoria, por cuanto nuevamente evita zanjar cuestiones profundamente controversiales. Nuevamente queda en manos del juez la decisión de si el legislador tuvo una voluntad normativa suficiente en esta materia como para aceptar, e imponer, las consecuencias de una visión grupal de la discriminación.

3. **Discriminación de particulares**

La discriminación ejercida por particulares sobre particulares es un tema complejo que requiere un tratamiento legislativo sofisticado. Si bien la Ley establece una determinación clave, al señalar expresamente en su artículo 2° que la discriminación arbitraria comprende la discriminación realizada por particulares, aquello dista mucho de ser suficiente.

[17] Historia de la Ley 20.609 Establece medidas contra la discriminación, p. 12.
[18] Ver voto de minoría del Ministro José Antonio Viera Gallo-Quesney en sentencia del Tribunal Constitucional (2012) Rol N°2231.

Actualidad Juridica 28.indd 291 10-07-13 18:34

La doctrina de la aplicación horizontal de los derechos fundamentales, i.e., la vigencia de los derechos fundamentales y su exigencia compulsiva en las relaciones entre particulares, ha sido un gran avance que ha permeado nuestro Derecho Constitucional. Sin embargo, es un tremendo error concebir esta doctrina como un principio simple cuya aplicación no causa conflicto. Si bien no es el objeto de este artículo, es posible sintetizar tales problemas como colisiones con otros derechos fundamentales, y en ocasiones, también con el principio de autonomía de los cuerpos intermedios (artículo 1° de la Constitución).

Si bien el derecho a no ser discriminado ha servido de "punta de lanza" en el proceso de dar vigencia a la doctrina de la horizontalidad de los derechos fundamentales, los problemas antes mencionados nos obligan a reflexionar acerca de los límites de tal doctrina, y cómo articularla con otros bienes y derechos constitucionales. Por ejemplo: ¿Es posible que un particular invoque la discriminación existente en una sociedad como razón suficiente para discriminar (ejemplo: no contrato promotoras obesas porque le dan una mala imagen a mi producto en una sociedad que valora la esbeltez)? ¿Es posible (y deseable) estructurar una regla general al respecto y las excepciones correspondientes?, ¿Puede el Estado, para combatir la discriminación, inmiscuirse en temas netamente familiares normalmente resguardados por el derecho a la privacidad y la protección constitucional de la familia?

Lo anterior se relaciona a otro tema fundamental, cual es la identificación de las fuentes de la discriminación. En términos simples, la discriminación puede provenir de diversas fuentes, tales como perjuicios, estereotipos, convenciones sociales y preferencias. Ahora bien, ¿son todas ellas igualmente reprobables en el ámbito de las relaciones privadas? ¿Hasta qué punto puede la ley imponer preferencias a los particulares con el objetivo de eliminar la discriminación?

Si bien los problemas mencionados arriba son muy complejos y no cabría esperar que se solucionasen por la vía de la mera regulación legal, ello no significa que el legislador no pueda otorgar guías al respecto, tal y como ha intentado hacerlo, si bien tímidamente, la doctrina.[19]

4. **Otros**

Existen otros ejemplos de cuestiones que una ley general antidiscriminación debe incluir, pero que la Ley omitió. Es el caso de la intención de quién realiza una discriminación arbitraria. Como la Ley no distingue al respecto, cabe inferir que la intención no es relevante para la calificación de una distinción como discriminación arbitraria. A primera vista, esta aproximación parece ser

[19] E.g. ATRIA (1997) pp. 122-126.

Actualidad Juridica 28.indd 292 10-07-13 18:34

correcta en cuanto garantiza una mayor protección del derecho a la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, la cuestión no es tan simple: la intención discriminatoria puede ser relevante para los efectos de establecer los efectos y las sanciones de la discriminación. También puede servir para establecer patrones de discriminación o discriminaciones sistemáticas, las cuales suelen requerir un tratamiento legislativo diverso. En el caso de la discriminación en las relaciones entre particulares, la intención puede ser relevante para establecer la causa detrás de la discriminación, lo que a su vez puede afectar la legitimidad de la acción. En definitiva, no se trata de exigir la intención como un elemento integrante de la discriminación arbitraria (cuestión más común respecto de la discriminación directa que indirecta), sino de hilar más fino y reglar su impacto sobre la calificación y consecuencias de la discriminación.

Una ilustración final de la injustificable exigüidad de la Ley se refiere al tratamiento de las discriminaciones múltiples o interseccionales. Al respecto, cabe hacer dos reflexiones. En primer término, las personas no son reducibles a una sola característica: la ley no puede aproximarse a las personas como si éstas fueren sólo mujeres, o indígenas, o jóvenes, etc. En segundo término, las discriminaciones no son compartimientos estancos. Ambas reflexiones nos llevan a enfrentar la realidad de que existen muchas personas que sufren discriminación simultáneamente por varias características o "membresías" a diversos grupos.[20] Imaginemos el caso de una mujer indígena, pobre y discapacitada. Si bien es imposible que las leyes antidiscriminación regulen todas las combinaciones posibles de discriminación, la doctrina actual les pide que al menos reconozcan el problema, y contemplen ciertas definiciones fundamentales en la materia. Por ejemplo, el mandato al Estado para implementar políticas antidiscriminatorias puede incorporar la exigencia adicional de considerar expresamente la situación de las personas afectas a multidiscriminación. Esto es importante porque en muchos casos las políticas antidiscriminatorias ignoran a estos grupos y no responden a sus necesidades. Tal vez el ejemplo más claro ha sido el de las mujeres negras en Estados Unidos, quienes han reclamado que las políticas antidiscriminatorias raciales están diseñadas pensando en el hombre negro, mientras que las políticas antidiscriminatorias sexuales se dirigen a la mujer blanca.[21] Como consecuencia de lo anterior, se produce la paradoja que un subgrupo particularmente desaventajado dentro de dos grupos discriminados (negros y mujeres), se ve omitido, y en ocasiones perjudicado, por las políticas antidiscriminatorias.

En síntesis, la Ley no es una ley general antidiscriminación porque resuelve poco, deja preguntas y discusiones fundamentales sin zanjar, y le endosa al juez la responsabilidad de desarrollar una dogmática antidiscriminatoria en que la contribución del legislador era fundamental.

[20] Véase GARCÍA (2007), SIMIEN (2007), CRENSHAW (1989), JORDAN-ZACHERY (2007).
[21] E.g., CRENSHAW (1989).

Actualidad Juridica 28.indd 293 10-07-13 18:34

IV. La Ley Zamudio se Vincula Fuertemente a uno de los Grupos Discriminados

Toda ley general antidiscriminación intenta enfrentar el problema considerando la situación de, sino todos, los principales grupos discriminados en la sociedad de que se trate. En Chile, sin embargo, la Ley se encuentra fundamentalmente dirigida a mejorar la situación de sólo un grupo discriminado, cuales son las minorías sexuales. Ello es evidente en el mismo nombre que coloquialmente se ha dado a la Ley (Ley Zamudio), haciendo directa referencia al joven homosexual que fue golpeado hasta la muerte poco tiempo antes de la promulgación de la Ley. En efecto, este crimen parece haber sido determinante en la aceleración del proceso legislativo y la final aprobación de la Ley. No obstante lo anterior, la situación especial de las minorías sexuales en relación a esta ley venía de antes. Si se analiza la historia fidedigna, es claro que la situación de las minorías sexuales fue la principal preocupación del legislativo.[22] Del mismo modo, si bien participaron en la discusión parlamentaria representantes y agentes de otros grupos discriminados, las minorías sexuales fueron, con diferencias, las más activas.

La vinculación entre la Ley y las minorías sexuales se hace evidente cuando consideramos que una de las pocas novedades sustanciales de la nueva ley (descartando la creación de una acción antidiscriminación y la modificación puntual de otras normas legales), es la incorporación, dentro de las "categorías sospechosas", de la identidad de género y la orientación sexual.[23] Obviando las limitaciones a tal enunciación, recogidas en los incisos segundo y tercero del artículo 2° (comentadas previamente), no cabe dudar de la importancia de esta innovación. Más allá del efecto simbólico, se trata de la primera consagración legal de categorías que han sido muy controvertidas.[24]

Que uno o varios grupos hayan ejercido un lobby más exitoso sobre la discusión de la Ley no es un problema en sí. Lo que sí debiera preocuparnos es que legislar sobre la generalidad de las discriminaciones exige analizar en detalle la situación de, a lo menos, los principales grupos discriminados del país. Resulta por tanto asombroso e inaceptable que los indígenas y las mujeres no hayan sido objeto de mayor atención (así como sorprende que tales grupos tampoco parecieran haber desplegado un lobby de mayor relevancia al respecto). Otros grupos que debieron haber sido tomados en cuenta son las minorías religiosas y los discapacitados. Si bien ambos gozan de normas antidiscriminatorias especiales, resulta evidente que una norma general antidiscriminación podría haber aprovechado tal experiencia, complementándola en lo necesario, y permitiendo

[22] E.g., pp. 543, 588.
[23] ALVEAR y COVARRUBIAS (2012), pp. 26-27.
[24] Cf. COUSO (2012). Véase también el caso *Atala vs Chile* (2012) y la sentencia de la Corte Suprema (2004) Rol N°1193.

Actualidad Juridica 28.indd 294 10-07-13 18:34

su extensión crítica a la situación de otros grupos. También debió haberse considerado la discriminación sufrida por los pobres, que es tal vez la más grave, urgente y descuidada de las formas de discriminación que sufre nuestro país.

En definitiva, la excesiva identificación de la ley *general* antidiscriminación con un solo grupo discriminado, es un contrasentido. Adicionalmente, relegar de la discusión legislativa de la Ley a los principales grupos discriminados es una nueva y particularmente dolorosa forma de discriminación para tales grupos, comprometiendo seriamente el prestigio de la Ley, así como su impacto más allá de las minorías sexuales.

V. Conclusiones

1. La Ley no es una ley general antidiscriminación. Se trata de una norma liviana, sin contenido dogmático suficiente. Más aún, el escaso derecho antidiscriminatorio que contiene es confuso y limitado, y en ocasiones adopta posturas derechamente perjudiciales.

2. La Ley no otorga la orientación necesaria a los jueces respecto de cómo deben aplicar el derecho antidiscriminatorio. Esto es particularmente grave si consideramos que la nueva acción antidiscriminación es de conocimiento de jueces ordinarios de primera instancia, quienes no cuentan con la experiencia que el recurso de protección, en materia de no discriminación, ha otorgado a los Tribunales Superiores de Justicia.

3. La Ley transforma la no discriminación en un derecho de segundo orden. Aquel sólo puede invocarse asociado a otro derecho, y en caso de conflicto debe ceder frente a otros derechos.

4. El tratamiento que hace la Ley de las "categorías sospechosas" es particularmente confuso, al punto que los jueces pueden verse obligados a retornar al más tradicional examen de razonabilidad, siendo más exigentes (tal vez) en su aplicación cuando la discriminación se fundamente en alguna de aquellas categorías.

5. La Ley no trata, o regula en forma insuficiente, elementos fundamentales del derecho antidiscriminatorio, tales como la discriminación indirecta, grupal, la ejercida por particulares, y la multidiscriminación.

6. La Ley se ha identificado excesivamente con un solo grupo discriminado (minorías sexuales), lo que no corresponde a una ley general antidiscriminación.

Actualidad Juridica 28.indd 295 10-07-13 18:34

7. Las numerosas deficiencias de la Ley nos permiten concluir que la Constitución continúa siendo la principal norma antidiscriminatoria, no sólo por jerarquía, sino principalmente por su contenido. En el mejor escenario, la Ley constituiría un sistema de protección antidiscriminación paralelo al constitucional, más acotado y de menor jerarquía. En el peor, la ley adolecería de importantes vicios de constitucionalidad.

VI. Bibliografía

1. Libros

CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo II.

MCCRUDDEN, Christopher and PRECHAL, Sacha (2009): *The concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach* (European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2,).

MCCRUDDEN, Christopher (1994): *Equality in Law between men and women in the European Community: United Kingdom* (London, Martinus Nijhoff publishers).

BARRÈRE UNZUETA, María de los Ángeles (1997): *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres* (Madrid, Civitas).

ATRIA, Fernando (1997): *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional* (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales).

BERTELSEN SIMONETTI, Soledad (2010): *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales* (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 42).

2. Artículos de revista

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2012): "Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación"", en *Actualidad jurídica,* N°26: pp. 9-30.

SIMIEN, Evelyn (2007): "Doing Intersectionality Research: From Conceptual Issues to practical examples", en *Politics and Gender,* Volume 3: pp. 264-271.

JORDAN-ZACHERY, Julia (2007): "Am I a Black Woman or a Woman Who is Black? A Few Thoughts on the Meaning of Intersectionality", en *Politics and Gender*, Volume 3: pp. 254-263.

GARCÍA, Lisa (2007): "Intersections of Inequality Understanding Marginalization and Privilege in the Post-Civil Rights Era", en *Politics and Gender*, Volume 3: p. 235.

CRENSHAW, Kimberle (1989): "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", en *University of Chicago Legal forum 1989:* pp. 139-267.

Actualidad Juridica 28.indd 296 10-07-13 18:34

COUSO, Javier (2012): "Acerca de la pertenencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile", en *Derecho Público Iberoamericano,* N°1: pp. 193-199.

3. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2009): Rol N°1204-2008, 28 de mayo de 2009.

Tribunal Constitucional (2010): Rol N°1469, 4 de noviembre de 2010
Tribunal Constitucional (2009): Rol N°1254, 29 de julio de 2009.

Tribunal Constitucional (1995): Rol N°219, 31 de julio de 1995.

Tribunal Constitucional (2010): Rol N°1448, 7 de septiembre de 2010.

Tribunal Constitucional (2009) Rol N°1340, 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional (2012): Rol N°2231, 28 de junio de 2012.

Tribunal Constitucional (2010): Rol N°1348, 27 de abril de 2010.

Corte Suprema (2004): Rol N°1193-2004, 31 de mayo de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): *Atala Riffo y Niñas vs Chile*, 24 de febrero de 2012.

4. Otros:

Protocolo N°12, Convención Europea de Derechos Humanos, 4 de Noviembre de 2000. Texto oficial disponible en: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.htm

Historia de la Ley 20.609 Establece medidas contra la discriminación, Diario Oficial, 24 de Julio de 2012.

Actualidad Juridica 28.indd 297 10-07-13 18:34

La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional

Sergio Verdugo R.[*]
Profesor de Derecho Constitucional
Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo

Resumen: En este ensayo el autor argumenta que las teorías de algunos constitucionalistas chilenos que justifican la imposibilidad de modificar la Constitución de acuerdo a límites materiales derivados especialmente del Derecho (y jurisprudencia) Internacional, es contraria a la libre deliberación que debiera existir en nuestra democracia constitucional.

***

Introducción

Parte de la doctrina nacional ha discutido si el constituyente derivado tiene o no límites materiales, cuestión que el texto constitucional no resuelve de manera explícita. La posición de algunos autores persigue que la Constitución chilena ("CPR") no pueda ser modificada si la reforma que se propone vulnera alguna norma (o interpretación de ella) que se estima como superior; y que el Tribunal Constitucional ("TC") debería, en consecuencia, declarar ilícitos aquellos proyectos de modificación constitucional que las infrinjan. En este ensayo rechazaré una de estas posiciones (la que se asocia con el bloque de constitucionalidad), ya que ha olvidado argumentos relevantes para el sistema político y no se ha hecho cargo de las consecuencias que ella tendría para nuestra democracia constitucional[1].

[*] Agradezco la colaboración de Carla Ottone, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

Todas las traducciones realizadas de los textos en inglés fueron efectuadas por el propio autor.

[1] La perspectiva de este breve ensayo es acotada y no tiene como objetivo ofrecer una síntesis respecto de todas las miradas posibles respecto a la teoría de la reforma constitucional. Sobre esta materia hay mucha literatura comparada. Entre ellas, ver por ejemplo la obra de DÍAZ (2004) y la de ELKINS, GINSBURG y MELTON (2009). En este ensayo no me referiré al Derecho Comparado. Sin embargo, cabe hacer presente que las cláusulas pétreas son comunes en el mundo, aunque no su carácter justiciable (se trataría de declaraciones políticas), como ocurre con la Constitución francesa. Algunas Constituciones que contienen normas inmodificables son Estados Unidos (art. V), Turquía, Francia, Noruega, Grecia, Italia, República Checa, Suiza, Brasil, Alemania, Portugal, Ucrania, Guatemala, El Salvador, Cuba, Afganistán, entre otras. "Entre los principios especiales protegidos por la imposibilidad de ser modificados se encuentran varios de los siguiente: la forma de gobierno democrático (o republicano),

Actualidad Juridica 28.indd 299 10-07-13 18:34

En primer lugar (I) examinaré brevemente las diferentes posiciones que defienden los límites materiales a la reforma constitucional, identificando aquella que pretendo contestar. En esta misma sección revisaré los argumentos que otros autores chilenos y el TC han elaborado para rechazar estas teorías en general. Analizaré el debate identificado, concluyendo que los argumentos que prevalecen en el mismo responden a un formalismo jurídico que no cuenta con una perspectiva democrática profunda. Luego (II) argumentaré que este debate debería considerar la importancia de que nuestro sistema político cuente con altos niveles de deliberación política. Explicaré las razones por las cuales no debería aceptarse la tesis que defiende los límites materiales de la reforma constitucional, y por qué ningún tribunal debería estar facultado para controlar el fondo de los proyectos de modificación a la CPR. En seguida (III) me referiré brevemente a un contraargumento que los defensores del poder de los jueces interpretando DD.HH. con fuerza normativa superior, podrían contestar a la objeción democrática. Finalmente (III) concluiré defendiendo la idea de que la reforma constitucional sólo debería estar sujeta a restricciones procedimentales, y no materiales.

I. La doctrina nacional, los límites a la reforma de la Constitución y la jurisprudencia constitucional

El debate nacional acerca de la doctrina de los límites a la reforma constitucional se ha suscitado a propósito de las facultades del TC en el control de la reforma constitucional. El primer fallo sobre esta materia data del primer período del TC[2]. En esta sentencia (también conocida como "Áreas de la Economía") el TC sostuvo que el control sobre la reforma constitucional sólo le permitía examinar el cumplimiento de las normas procedimentales acerca de la reforma constitucional, en una actitud autorrestrictiva de sus propias facultades. El argumento se vinculaba con el sistema de fuentes jurídicas: la facultad de modificar la CPR recae en el constituyente, y si el TC controlara el contenido del proyecto de reforma, entonces (en palabras del TC) se "usurparía la función genuina" de este constituyente (considerando 20). Las reformas constitucionales no son, en opinión del TC, leyes ordinarias (considerando 17).

Sin perjuicio de que existen otros casos donde el TC se ha enfrentado indirectamente a supuestos límites sobre el poder constituyente[3], la inexistencia de

la estructura federal, la soberanía, el territorio indivisible y algunos derechos fundamentales o libertades. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010): p. 42, pp. 44-47. Ver también CONSTITUTIONMAKING.ORG (2008)

[2] Tribunal Constitucional (1973) Rol 15, en especial, ver los argumentos contenidos entre los considerandos 13 y 22.

[3] En un caso, por ejemplo, el TC declaró improcedente (aunque por otras razones) un requerimiento parlamentario en contra de un proyecto de reforma constitucional. Ver Tribunal Constitucional (1997)

Actualidad Juridica 28.indd 300 10-07-13 18:34

nuevas opiniones jurisprudenciales que entreguen una respuesta directa abre las puertas a que el día de mañana pueda existir un giro en la posición primitiva del TC. De hecho, la creciente influencia de la doctrina que valora los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia ("Corte IDH") pueden hacer que, en el futuro, los ministros del TC se convenzan de la veracidad de alguna tesis relativa a los límites materiales del constituyente derivado y, por consiguiente, decidan adoptar una posición más agresiva frente a los proyectos de reforma constitucional[4]. Por ello, y sin perjuicio de que hoy la posición mayoritaria sostiene que no existen dichos límites materiales[5], es probable que en el futuro esto cambie.

La defensa de los límites materiales a la reforma constitucional ha sido elaborada por varios autores, aunque con distintos fundamentos y alcances. Alejandro Silva B., por ejemplo, sostiene que la CPR contiene límites implícitos en su espíritu democrático[6]. Para él, la forma republicana no puede ser alterada, aunque el texto no lo señale de manera expresa[7]. Por su parte, Cristóbal Orrego ha dicho que ella (la reforma constitucional) tiene un límite en la naturaleza humana (y el Derecho Natural), en tanto fuente jurídica preconstitucional reconocida por el art. 5, inc. 2 de la CPR[8]. Otra opinión la ha dado Humberto Nogueira, quien ha sostenido que los derechos fundamentales del Derecho Internacional constituyen un límite al constituyente derivado, el que nuestra CPR habría reconocido expresamente en el art. 5, inc. 2[9]. La tesis de Nogueira se vincula con la posición que este autor promueve en torno al bloque de constitucionali-

Rol 269. En otro requerimiento, el TC se limitó a analizar cuestiones meramente procedimentales. Tribunal Constitucional (2006) Rol 464. Sobre esta última sentencia, ver el comentario de DÍAZ DE VALDÉS (2007).

4 Recuérdese que el TC ya ha aceptado posiciones vinculadas a lo anterior, como ocurre con la tesis del control de convencionalidad. Tribunal Constitucional Rol 804 (2007). Cabe hacer presente, sin embargo, que la posición mayoritaria del TC, a propósito del caso de la ley de pesca, recientemente ha sostenido la tesis por la cual no le corresponde examinar la constitucionalidad de un proyecto de ley utilizando como parámetro de control los tratados internacionales (el Convenio 169). Ver sentencia del Tribunal Constitucional (2013) Rol 2387, considerandos 11 y 12. Esta tesis le quitaría fuerza al denominado control de convencionalidad, a lo menos en manos del TC. La posición favorable al control de convencionalidad ha sido frecuentemente sostenida por la Corte IDH. Ver, por ejemplo, los casos *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, 2006, Serie C, N° 154, párr. 124; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, 2010, serie C, N° 219, párr. 176; *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, 2010, serie C, N° 220, párr. 225; *Gelman v. Uruguay*, 2011, Serie C N° 221, párr. 193; y más recientemente en el caso *Atala Riffo y niñas v.* Chile, 2012, serie C, N° 239, párr. 281 y 282. Sobre esta materia, ver IBÁÑEZ (2012) pp. 103-113.

5 DÍAZ DE VALDÉS (2007) p. 164.

6 SILVA BASCUÑÁN (2004) p. 264.

7 Algunas ideas similares fueron discutidas en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución. Ver la sesión 361. Cabe hacer presente que, como explica Sergio Díaz, cualquier teoría que quiera imponer límites al constituyente derivado debe descansar en bases democráticas. DÍAZ (2004) pp. 612-613.

8 El TC "debe rechazar un proyecto de reforma constitucional contrario a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (…). De lo contrario, la alusión de la Constitución a la naturaleza humana sería una expresión vacía e inoperante (…)". ORREGO (1993) p. 63.

9 Entre otros trabajos donde se ha referido a la materia, ver un buen resumen de sus argumentos en NOGUEIRA (2006) pp. 443-447 y en NOGUEIRA (2009).

Actualidad Juridica 28.indd 301 10-07-13 18:34

dad, y que le da a los DD.HH. y a la jurisprudencia de la Corte IDH un estatuto superior al ordenamiento constitucional, el que se constituiría como límite al constituyente derivado[10]. Este tipo de argumentos son muy comunes entre los promotores del Derecho Internacional de los DD.HH., especialmente entre activistas con agendas precisas en diferentes áreas[11], lo que ha originado toda una literatura escéptica del modo en que se utilizan los DD.HH[12]. El propósito suele vincularse con la creación de caminos judiciales para que sus demandas políticas y filosóficas puedan ser acogidas, aun cuando hayan sido derrotados en el canal democrático representativo[13].

Como puede advertirse, tanto Orrego como Nogueira utilizan el art. 5, inc. 2 de la CPR, como fundamento jurídico de sus posiciones. Sin embargo, el tratamiento que le dan al mismo es diferente. Donde Orrego ve naturaleza humana como fuente superior, Nogueira ve tratados internacionales de DD.HH. y jurisprudencia de la Corte IDH como fuente supraconstitucional, cuestión que el primero rechaza al darles a los tratados internacionales un valor jurídico subordinado a la CPR[14]. El argumento democrático que desarrollaré más adelante sólo va dirigido contra estas últimas posiciones, especialmente aquella que se vincula con la defensa de un bloque de DD.HH. basado principalmente en la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta tesis, como ya lo indiqué, podría ser adoptada con cierta facilidad en el futuro[15].

Por el contrario, otro grupo de autores ha sostenido que la reforma constitucional no se encuentra limitada por restricción material alguna. Para ellos, el rol del TC sólo se limita a evaluar que el procedimiento de modificación constitucional se lleve a cabo de acuerdo a las formas que la propia CPR prescribe al efecto en su capítulo final. Estos autores, en general, comparten el razonamiento de la sentencia del TC de 1973 y critican posiciones como la de Silva B., Orrego y Nogueira.

Frente a ellos, algunos autores, como Miriam Henríquez, sostienen que el texto de la CPR y la naturaleza de la ley de reforma (en tanto Constitución y no ley) traen como consecuencia que el control constitucional de la reforma sea solo

[10] La jurisprudencia de la Corte IDH es, para Nogueira, vinculante para los jueces domésticos. Ver NOGUEIRA (1997) pp. 85-88; NOGUEIRA (2006a) pp. 244-254; y NOGUEIRA (2010) pp. 24-77.

[11] Ver un buen ejemplo en MERRY (2006).

[12] Por ejemplo, ver el libro editado por CAMPBELL, EWING y TOMKINS (2001), que reúne numerosos trabajos en que se plantean interrogantes útiles en relación a este punto.

[13] Esta es una de las críticas más comunes en contra del activismo judicial. Ver, por ejemplo, a BORK (1991) p. 17, y a GRAGLIA (1996) p. 294

[14] ORREGO (1993) pp. 66-67

[15] "No sería particularmente difícil para el TC invocar el respeto a los derechos fundamentales como límite a la revisión constitucional. (…) este fenómeno [el de los derechos fundamentales] le otorgaría un importante sustento jurídico-político a la acción ´progresista´ del TC en estas materias", además de encontrar una disposición constitucional específica en su apoyo. DÍAZ DE VALDÉS (2007) p. 168.

Actualidad Juridica 28.indd 302 10-07-13 18:34

formal, y jamás material[16]. Un argumento diferente ha sido el desarrollado por Francisco Zúñiga, para quien el TC no debe sustituir al constituyente derivado, ya que, si lo hiciera, se podría quitar legitimidad a las reformas constitucionales que terminaron con los denominados "enclaves autoritarios" de la Constitución de 1980, cuestión que estima contraria a la democracia[17].

Ambos argumentos tienen diferencias. Mientras el de Henríquez está preocupado de la integridad del sistema de fuentes, el de Zúñiga observa el carácter democrático del contenido de la CPR de 1980. En este sentido, el primero de ellos se parece más a la posición del TC de 1973. Como se verá, todas estas posiciones, aunque de naturaleza diferente, pueden ser compatibles (aunque no necesariamente) con el argumento democrático que defenderé en la sección III.

En general, las posiciones que se sustentan en el art. 5º, inc. 2º de la CPR se apoyan en argumentos de tipo textualista que tienden a mostrarse como neutrales, aunque, como vimos, ellos normalmente carecen de neutralidad al estar al servicio de alguna agenda ideológica concreta. La literatura favorable a este tipo de argumentos textualistas también suele considerar las normas relativas a las atribuciones del TC (art. 93, N° 3 de la CPR) y del capítulo referido a la reforma constitucional[18], además de la prohibición que la CPR dispone para el establecimiento de un régimen autocrático (art. 19, N° 15), la Convención de Viena y la jurisprudencia internacional de DD.HH.[19] La posición que niega la posibilidad de limitar materialmente al constituyente derivado suele utilizar argumentos de tipo sistemático[20], y otros asociados a la naturaleza de las fuentes jurídicas que se analizan[21], aunque también persiguen encontrar razones de texto[22].

En general, y salvo las consideraciones amplias que desarrolla José Manuel Díaz de Valdés[23] y algunas precisiones menores de Francisco Zúñiga[24], la doctrina nacional no suele abordar el problema desde una perspectiva democrática[25].

---

16 Ella concluye diciendo que la "naturaleza jurídica de la norma de reforma es constitucional y no legal. Esto por cuanto la norma de reforma tiene un ámbito competencial y función distintos que la ley. (…) La validez de la norma de reforma depende de su adecuación a la norma de reforma. HENRÍQUEZ (2011) pp. 476-477.

17 ZÚÑIGA (2006) p. 432.

18 Sobre una buena explicación de las normas jurídicas pertinentes. Ver DÍAZ DE VALDÉS (2007) pp. 155-164.

19 Por ejemplo, ver NOGUEIRA (2006) pp. 443-447.

20 Como ZÚÑIGA (2006) pp. 429-432.

21 HENRÍQUEZ (2011) pp. 475.

22 Como ocurre con el fallo de 1973 del TC, ya citado.

23 DÍAZ DE VALDÉS (2007) pp. 155.

24 ZÚÑIGA (2006) pp. 432-433.

25 Cabe mencionar el trabajo de Ximena Fuentes, quien ha desarrollado entre nosotros la perspectiva democrática de la relación entre Derecho Nacional y Derecho Internacional. Su trabajo, aunque no sea directamente sobre el problema que aquí trato, adquiere mucha importancia para este debate, atendida la riqueza de su enfoque. Ver FUENTES (2008) pp. 497-500.

Actualidad Juridica 28.indd 303 10-07-13 18:34

¿En qué medida nuestra CPR podría estimular el debate público? ¿De qué manera el proceso de reforma constitucional podría incrementar los niveles de deliberación y discusión política y social? ¿Cómo debe reaccionar nuestra comunidad política y nuestro sistema institucional frente a los grandes debates existentes en torno a los derechos fundamentales? ¿Debemos ser meros observadores subordinados de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se refiere a materias discutibles bajo nuestro marco constitucional? Preguntas como las anteriores se encuentran, en general, excluidas de este debate.

II. El argumento democrático contra los límites materiales a la reforma constitucional

Como ya lo indiqué, bajo una perspectiva democrática podría argumentarse que la CPR contiene cláusulas pétreas (implícitas) derivadas de su "esqueleto" republicano. Si bien esta perspectiva responde a una concepción relativamente débil del rol de las mayorías en el sistema político, no se trata de una tesis que necesariamente elimine los canales de deliberación, sino en la medida en que los jueces puedan tener amplias atribuciones para interpretar dicho esqueleto. En otras palabras, su carácter democrático dependerá de la manera en que ella es interpretada y del carácter justiciable de dichos límites ante autoridades no electas. Sin perjuicio de lo anterior, el argumento democrático que explicaré más abajo no se dirige en contra de esta teoría, sino que contra la tesis que utiliza los derechos fundamentales para restringir la reforma constitucional, y que justifica el control judicial sobre dicha reforma.

En síntesis, la posición que quiero rebatir opera bajo las siguientes premisas: (1) en virtud del art. 5º inc. 2º de la CPR, los DD.HH. son superiores a todo, incluyendo al constituyente; (2) esos derechos se encuentran reconocidos en tratados internacionales (especialmente la Convención Americana de DD.HH., "CADH"); (3) los intérpretes finales de los tratados internacionales son las Cortes de DD.HH. (especialmente la Corte IDH); (4) los jueces domésticos deben seguir la jurisprudencia de las Cortes de DD.HH. incluso contra normas internas; (5) el TC debe utilizar la jurisprudencia de las Corte de DD.HH. en contra de reformas constitucionales contrarias a los DD.HH.[26]

Todos los pasos lógicos del silogismo admiten discusión. (1) La interpretación que los partidarios del bloque de constitucionalidad entregan al art. 5º inc. 2º de la CPR es discutible, tanto en sus fundamentos como en sus consecuencias[27].

[26] Cabe hacer presente que este tipo de argumento no sólo es atribuible a parte de la doctrina chilena (representada por Nogueira), sino que también a extranjeros que estudian la jurisprudencia interamericana. Por ejemplo, ver el trabajo del argentino SAGÜÉS (2010).

[27] En otra parte ya me he referido a esta refutación. VERDUGO (2010).

Actualidad Juridica 28.indd 304 10-07-13 18:34

(2) La CPR también es un instrumento que reconoce DD.HH., y muchas veces existen diferencias entre la manera en que los distintos instrumentos jurídicos tratan los diversos problemas. (3) Los órganos internos también tienen derecho a interpretar los tratados de DD.HH.; no existe un intérprete final, y si existiera, no sería conveniente que fuera la Corte IDH[28]. (4) La jurisprudencia de las Cortes de DD.HH. no produce cambios normativos internos, sino la posibilidad de la responsabilidad internacional del Estado. No existe en el Derecho Internacional el deber de los jueces domésticos de controlar la convencionalidad de las normas nacionales[29]. El rol de efectuar los cambios internos le pertenece a la autoridad política electa y responsable frente a la ciudadanía. (5) La potestad constituyente no goza de límites materiales, además de los argumentos resumidos en la sección anterior, debido a que restringir al constituyente derivado implicaría un costo inaceptable a nuestra soberanía nacional y a las posibilidades de la comunidad política de autogobernarse.

Los DD.HH. admiten muchos debates que los textos normativos no solucionan de manera directa, e incluso existiendo razones literales para una posición u otra, normalmente la existencia de principios y valores hace relativamente impredecible la interpretación del mismo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el art. 4.1 de la CADH señala que el derecho a la vida "estará protegido, en general, a partir del momento de la concepción", sin precisar las excepciones que serían admisibles bajo la expresión "en general"[30]. No es de extrañar, entonces, que existan diversas interpretaciones, algunas más permisivas con el aborto y otras más protectoras del no nacido[31]. En esta materia, el Derecho Constitucional chileno admite algunas discusiones hermenéuticas (como la constitucionalidad del aborto terapéutico y de la píldora del día después), pero (casi) nadie cuestiona que nuestra CPR en su art. 19 N° 1 contiene un mandato de protección al no nacido que implica la prohibición del aborto[32].

Si quisiéramos modificar nuestro régimen sobre el aborto, debiéramos someternos a la rigidez de la reforma constitucional del capítulo III de la CPR, por

[28] Sobre la importancia del pluralismo interpretativo en los instrumentos de DD.HH. y las debilidades institucionales del sistema interamericano de DD.HH., ver VERDUGO y GARCÍA (2012). Sobre el pluralismo interpretativo en las diferentes comunidades políticas, ver el interesante argumento de STITH (2008).

[29] Este punto lo explica con mucha claridad Ximena FUENTES (2008) pp. 487-488. Además, agrega que el Derecho Internacional no considera norma alguna para sostener la obligación de los jueces de ejercer el denominado control de convencionalidad, cuestión que también sería aplicable al debate que analizo en este trabajo, ya que, de alguna forma, los límites materiales a la reforma constitucional son una especie de control de convencionalidad dirigida no a la ley ordinaria, sino que al constituyente. Por eso a veces los argumentos de ambos debates se comunican.

[30] Uno de los mejores ejemplos de lo anterior es la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) v. Costa Rica*, 2012, Serie C, N° 257, donde la Corte hizo una interpretación discutida del derecho a la vida, por sobre la decisión tomada internamente por el Estado de Costa Rica. Ver una crítica a esta sentencia en PAÚL (2013).

[31] Ver el caso de la Comisión Interamericana de DD.HH. denominado *Baby Boy*, y el trabajo de PAÚL (2012).

[32] Por ejemplo, ver los trabajos de UGARTE (2004), ZAPATA (1998) y FIGUEROA (2007).

Actualidad Juridica 28.indd 305 10-07-13 18:34

lo que se requeriría de un acuerdo político amplio y representativo de vastos sectores de nuestra sociedad. Sin embargo, si se creyera que la reforma constitucional tiene límites materiales, entonces el TC podría "vetar" este acuerdo, y prevalecería la posición que los jueces decidan adoptar en su momento. Así, por ejemplo, si el TC fuera abortista (*pro-choice*), entonces podría "vetar" una reforma que haga más clara la prohibición del aborto, argumentando, por ejemplo, que ese no es el estándar internacional bajo la CADH y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana o la Corte IDH (como diría Nogueira). Por el contrario, si el TC quisiera defender la vida del no nacido (*pro-life*), entonces podría declarar ilícita una reforma constitucional que permita el aborto bajo ciertas circunstancias argumentando, por ejemplo, que el aborto es contrario a la naturaleza humana (como diría Orrego). En cualquiera de estas hipótesis, un grupo de jueces no electos habría "vetado" un amplio consenso político acordado entre mayorías y minorías. Esta situación es inaceptable bajo la perspectiva de la democracia deliberativa. Existen buenas razones para establecer el control constitucional (y revisión judicial) de los proyectos de ley[33], e incluso de leyes vigentes, pero dichas razones no operan con igual intensidad tratándose de proyectos de reforma constitucional, donde mayorías y minorías han acordado la modificación de una parte de nuestro "contrato social" con altos niveles de legitimidad política y, probablemente, en virtud de valiosas justificaciones de diferente naturaleza (sociales, culturales, económicas, políticas)[34].

Si la doctrina de los límites materiales impidiera realizar reformas constitucionales en torno al derecho a la vida, probablemente el asunto se continuaría discutiendo en diferentes niveles de la sociedad, pero sin la posibilidad de generar cambios normativos. Esto privaría a nuestra comunidad política de elementos importantes de autogobierno y despojaría a nuestros representantes electos y responsables frente a nuestra comunidad de la posibilidad de generar acuerdos basados en la voluntad de la ciudadanía. En cambio, la decisión final de los asuntos estaría en manos de algunos jueces constitucionales que tendrían la obligación de seguir lo que otros jueces (esta vez internacionales) han dicho sobre el punto[35].

La situación descrita tiene dos grandes defectos. En primer lugar (1), se generaría un costo inevitable a nuestra soberanía nacional y se reduciría considerablemente el ámbito que corresponde a nuestra democracia (con lo que se lesionarían algunas de las bases de nuestra institucionalidad[36]) y, en segundo lugar (2), la

[33] Ver un buen resumen de estas razones en el capítulo I del libro de ZAPATA (2008) y, también, en VERDUGO (2013).
[34] Ver DÍAZ DE VALDÉS (2007), donde se sintetizan los fundamentos de la reforma constitucional.
[35] Sobre el argumento de la objeción democrática, aplicada al Derecho Internacional, ver FUENTES (2008) pp. 497-500.
[36] ¿Cuál es, en definitiva, la mejor lectura de aquellos preceptos constitucionales que disponen que la soberanía reside esencialmente en la nación, y que Chile es una república democrática? (arts. 4º y 5º).

Actualidad Juridica 28.indd 306 10-07-13 18:34

decisión sería entregada a jueces internacionales que no pertenecen a nuestra comunidad política, ni están llamados a interpretar nuestro "contrato social", ni están dotados de suficientes mecanismos de *accountability* frente a nosotros. Se trata de jueces cuyos estatutos carecen de suficientes normas que resuelvan sus eventuales conflictos de interés, no tienen dedicación exclusiva y remuneraciones estables, no están dotados de suficientes garantías institucionales que garanticen su imparcialidad e independencia, y llevan adelante sus procedimientos judiciales sin instrumentos procesales que aseguren la bilateralidad de la audiencia y posibilidad de impugnar su decisión final[37]. Entre otros, una situación como la descrita reduciría el ámbito del principio de responsabilidad, la doble instancia, la igualdad ante la justicia, el debido proceso y el principio de juridicidad.

Además, existen otras preguntas adicionales que los internacionalistas como Nogueira debieran contestar. ¿Por qué el Derecho Internacional debiera ser la solución a problemas que el Derecho doméstico, se estima, no ha resuelto?[38] ¿En qué consiste la política que se observa en el escenario internacional y cuáles son sus actores más influyentes? ¿Son las normas internacionales la expresión de una comunidad política como las domésticas?[39].

Los DD.HH., con frecuencia, suponen la existencia legítima de posiciones diversas, y normalmente los jueces deciden en favor de una o de otra (no pueden, lógicamente, tomar decisiones contradictorias). Los jueces forman parte del debate social. Normalmente, como diría Waldron, los debates judiciales en DD.HH. no son muy diferentes de las discusiones morales que se observan públicamente[40]. Por eso, los jueces no pueden tener la última palabra en una democracia. Ello sería equivalente a reconocer que los debates tienen un punto final y a que una posición parcial (mayoritaria o no) se impondrá mientras esos jueces mantengan la misma. En un sistema constitucional, la última palabra la debe tener el constituyente derivado, y no los jueces[41]. Y como existe la posibilidad de modificar la CPR, entonces, en realidad, nadie tiene la última palabra. En eso consiste, a mi juicio, el debate libre en una democracia constitucional.

Por razones como estas, en un contexto menos grave que el descrito, producido por Constituciones europeas que contienen normas inmodificables, la denominada Comisión de Venecia se ha mostrado relativamente crítica al carácter justiciable de los límites materiales a la reforma constitucional. Se ha sostenido que se trata de Constituciones muy rígidas y antiguas (con explicaciones históricas particulares, como la de la Alemania de la posguerra) que

[37] Sobre estas críticas y otras, VERDUGO y GARCÍA (2012).
[38] UENTES (2008) p. 497.
[39] FUENTES (2008) p. 498.
[40] WALDRON (1999).
[41] Sobre una crítica al hecho de que los jueces tengan la última palabra, ver el artículo de SILVA (2012).

Actualidad Juridica 28.indd 307 10-07-13 18:34

hoy no representan la tendencia dominante[42], no siendo parte necesaria del constitucionalismo[43]. La comisión constata que la mayoría de las Constituciones que contienen cláusulas pétreas no disponen de mecanismos que hagan justiciables las mismas, por lo que ellas pasan a transformarse en declaraciones políticas más que en limitaciones legales al constituyente[44].

Se trata de instrumentos complejos y "potencialmente controversiales que deben ser aplicados con prudencia y reservarse solamente para los principios básicos del orden democrático. En principio, una democracia constitucional debiera permitir la discusión abierta de la reforma incluso en sus más básicos principios y estructuras de gobierno"[45]. Más adelante, la Comisión de Viena agrega que la "revisión judicial sustantiva de las reformas constitucionales es un instrumento problemático, el que solo debería ejecutarse en aquellos países donde ya se sigue alguna doctrina clara y establecida, e incluso entonces debe ejercerse con prudencia, permitiendo un margen de apreciación para el constituyente derivado"[46].

Las cláusulas inmodificables pueden producir problemas más que soluciones, ya que elevan los costos de reforma a niveles inesperados, y sólo mediante la captura de tribunales se lograrían generar cambios relevantes en las materias protegidas. Es verdad que una cláusula acotada, por ejemplo, que defienda la soberanía, probablemente no produciría mayores problemas. Sin embargo, tratándose de elementos jurídicos amplios e interpretables, respecto de los cuales existe mucho debate y pocos acuerdos, como ocurre con los DD.HH., una cláusula pétrea (sea expresa o implícita) generaría un grado de rigidez incompatible con la democracia en su forma deliberativa y mayoritaria. Si además la fuente del límite al constituyente derivado se encuentra en instituciones foráneas no electas, que no rinden cuentas a nuestra ciudadanía ni forman parte de nuestro debate local, entonces no sólo se lesionaría un aspecto importante del sistema político (la libre discusión y el autogobierno), sino que también se correría el riesgo de generar situaciones sociales intolerables, como ocurriría en la situación hipotética sobre el aborto que propuse algunos párrafos atrás. Por eso, Constituciones como la irlandesa aciertan cuando establecen de manera expresa que "Cualquier disposición de esta Constitución puede ser modificada (…)" (art. 46).

Finalmente, hay que señalar que la idea del argumento democrático en contra de los límites materiales a la reforma constitucional no es una rareza en el derecho constitucional comparado, ya que argumentos similares han sido

[42] EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) pp. 40-41.
[43] EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) p. 43.
[44] EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) p. 41.
[45] EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) p. 43.
[46] EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) p. 46.

Actualidad Juridica 28.indd 308 10-07-13 18:34

elaborados en otras partes del mundo. Así, por ejemplo, Elai Katz ha propuesto que todas las normas deben estar sujetas a la posibilidad de cambio, sin perjuicio de establecer mecanismos de rigidez (no absolutos) respecto de algunas que requieren de niveles superiores de deliberación[47]. Se propone un ejemplo interesante, por el cual se supone que algunos parlamentarios presentan un proyecto para eliminar la independencia del Poder Judicial, cuestión abusiva que sólo podría permitirse después de que se asegurara suficiente apoyo parlamentario y, también, solo si fuera del Congreso existe masivo apoyo popular que pide más confianza en dicho Congreso[48]. La idea no es prohibir los cambios constitucionales, sino que asegurar que los métodos de reforma funcionen de manera sensata, libre e informada, con los suficientes consensos como para asegurar la salud del sistema político.

III. La cuestión del poder de los jueces en materia de DD.HH.

Alguien podría argumentar que, atendido el supuesto (muy discutible en sus fundamentos y alcances) de que nuestras instituciones políticas tienen problemas de representatividad e inclusión de las minorías, se justifica entregar a los jueces la capacidad para decidir cuestiones relevantes en materia de DD.HH., incluso para limitar el constituyente derivado[49]. La novedad de este argumento es que dice descansar en razones democráticas: debido a que el sistema político es poco *democrático,* entonces los jueces deben fortalecer la *democracia* incluso en contra de la voluntad de los dirigentes políticos.

Para argumentos como estos, los jueces podrían defender límites al constituyente (o a cualquier norma interna) con el objeto de avanzar en algo que estima correcto (aunque sea discutible). Un problema previo es que la retórica de la democracia no permite distinguir fácilmente el tipo de sistema político que quiere defenderse. Probablemente no será una forma política basada en la regla de mayoría y la separación de funciones estatales, sino que en decisiones que se estiman *justas.* Lo relevante serán las decisiones (y sus resultados) que se adopten, más que el procedimiento que ellas siguieron para ser elaborados,

[47] KATZ (1996). Ver también el interesante artículo de ALBERT (2010).
[48] KATZ (1996) p. 291.
[49] Un ejemplo de este tipo de argumento ha sido elaborado por el profesor Lovera para defender el poder de los jueces reaccionando contra un sistema que estima excluyente de las minorías: "(…) las cortes pueden desempeñar algún papel. No por el hecho de ser cortes. (…) Sino porque podemos utilizarlas como mecanismos a disposición de la gente; de los excluidos. Mecanismos por medio de los cuales se podrá llamar la atención de la clase política acerca de lo que (erróneamente) hacen (…) no confiamos en las cortes en tanto cortes, sino en tanto son instrumentos capaces de causar un impacto en el sistema político que se irá perfeccionando hasta que podamos exigir que las cortes salgan de escena". Aunque no se refiere al constituyente derivado ni a sus límites de manera directa, su razonamiento es igualmente aplicable contra una reforma constitucional que estima contraria a las minorías. Lovera (2010) pp. 136-137.

Actualidad Juridica 28.indd 309 10-07-13 18:34

lo que desde ya pone en tensión a distintas formas de explicar y entender la democracia.

Este tipo de argumentos reducen el *accountability* de las instituciones representativas, volviéndolas menos responsables (al reducir sus poderes) de responder a las necesidades que, se dice, se quiere solucionar. Una opción es estar de acuerdo con el diagnóstico que dice que las instituciones políticas adolecen de una crisis de representación, y proponer un camino participativo (no el judicial) para dar las respuestas que se estimen adecuadas. Una segunda opción es no estar de acuerdo con el diagnóstico o quitarle importancia a sus consecuencias. En cualquier caso, el camino de la política (y no el de los jueces) parece más aconsejable. Lo anterior se debe a que del argumento de la crisis institucional no se sigue que sean los jueces los que se encuentran en una mejor posición para entregar las respuestas que se buscan. ¿Están los jueces mejor posicionados que los políticos electos para tomar estas decisiones? ¿Tienen mayor legitimidad? ¿Tienen una mejor capacidad para interpretar el interés nacional y la opinión de la ciudadanía? ¿Gozan de herramientas que doten de suficiente eficacia a sus decisiones?

Si se estima, por ejemplo, que el Congreso tiene problemas de representación (lo que es discutible), no debe suponerse automáticamente que ese déficit lo deben sanear los jueces, ya que ellos están en peor posición para contestar las preguntas del párrafo anterior. Es más, existen más motivos para sostener que los jueces son menos democráticos que los dirigentes políticos electos. Si la preocupación es la manera en que los representantes dan respuestas políticas a las necesidades sociales, sería conveniente discutir algunas reformas que fortalezcan los canales electorales y legislativos, y no debilitarlos haciéndolos menos responsables de sus decisiones.

IV. Conclusión

1. La doctrina nacional se divide en torno a la posibilidad de que el TC pueda controlar las reformas constituciones por razones de fondo (no sólo procedimentales o de forma). La mayoría parece rechazar tal tesis, pero es probable que en el futuro el TC adopte alguna variante de esta teoría (modificando su antigua jurisprudencia), la que posiblemente se asociará a alguna idea sobre el bloque constitucional de derechos, valorando especialmente el sistema interamericano de DD.HH.

2. Salvo algunas excepciones, el debate nacional utiliza argumentos relacionados con la interpretación literal o sistemática de la CPR, o atendiendo a la naturaleza de la ley de reforma constitucional como fuente jurídico-constitucional. Este tipo de argumentos son presentados con cierta "neutralidad" (aunque efectivamente no sean neutrales) y normalmente no se vinculan con el fortalecimiento de nuestro sistema político democrático.

Actualidad Juridica 28.indd 310 10-07-13 18:34

3. Es importante que, si se avanza en el desarrollo de las influyentes teorías sobre el valor jurídico de la jurisprudencia de la Corte IDH en la interpretación de la CADH y el supuesto deber de los jueces domésticos de ejecutar un control de convencionalidad respecto de cualquier norma interna, el tipo de debate que se presente considere también algunos valores importantes en una democracia, como los niveles de deliberación pública, la capacidad de los dirigentes políticos de representar los intereses de los diversos sectores de la ciudadanía, el autogobierno de la comunidad política y el desarrollo libre de todas las ideas, especialmente tratándose de discusiones relacionadas con los DD.HH.

4. Los DD.HH. normalmente admiten múltiples interpretaciones posibles y posiciones que se confrontan. Ello es natural en democracias diversas y sociedades complejas. Limitar la capacidad del constituyente para modificar nuestra CPR, utilizando como argumento para ello el Derecho Internacional de los DD.HH. y el carácter superior de las Cortes Internacionales de DD.HH., produciría graves costos a la manera en que organizamos nuestro sistema político y nos vemos representados en el proceso institucional de toma de decisiones.

5. Es importante avanzar en teorías que permitan equilibrar el interés por el respeto a los DD.HH., con la democracia mayoritaria y deliberativa, y para ello nuestras autoridades no pueden verse impedidas de discutir cuestiones fundamentales para la sociedad. Por eso, teorías que promueven el pluralismo interpretativo y que permiten una suerte de diálogo institucional donde los jueces no tengan la última palabra, tienden a ir en la dirección correcta. Y frente a ello, aquellas posiciones que privilegian el poder hermenéutico y obligatorio de algunos jueces internacionales por sobre nuestra capacidad para autogobernarnos, debieran conducir a una concepción demasiado débil de la democracia.

Bibliografía citada

1. Artículos y libros

ALBERT, Richard (2010): "Constitutional Handcuffs", en *Arizona State Law Journal*, Vol. 42: pp. 663-715.

BORK, Robert H. (1991): *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law* (New York, Touchstone), 440 pp.

CAMPBELL, Tom, EWING, K.D., TOMKINS, Adam –editores– (2001): *Sceptical Essays on Human Rights* (Oxford University Press) 423 pp.

Actualidad Juridica 28.indd 311 10-07-13 18:34

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2007): "Algunas Preguntas Pendientes acerca del Control de Constitucionalidad de los Proyectos de Reforma Constitucional", en FERMANDOIS, Arturo (ed.), *Sentencias Destacadas 2006, Libertad y Desarrollo* (1ª edición, Santiago, Editorial propia Libertad y Desarrollo) pp. 145-176.

DÍAZ RICCI, Sergio (2004): *Teoría de la Reforma Constitucional* (Buenos Aires, Ediar).

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom, y MELTON, James (2009): *The Endurance of National Constitutions* (New York, Cambridge University Press).

FIGUEROA, Rodolfo (2007): "Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto", en *Revista de Derecho,* Valdivia, Vol. 20: pp. 95-130.

FUENTES, Ximena (2008): "International and Domestic Law: Definitely an odd couple", en *Revista Jurídica UPR*, Vol. 77, N° 2: pp. 483-505.

GRAGLIA, Lino (1996): "It´s not Constitutionalism, it´s Judicial Activism", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 19, N° 2: pp. 293-299

HENRÍQUEZ, Miriam (2011): "El Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional en el Ordenamiento Constitucional Chileno", Couso, Javier (ed.), *Anuario de Derecho Público 2011,* (Santiago, Ediciones UDP) pp. 461-477.

IBÁÑEZ, Juana (2012): "Control de Convencionalidad: Precisiones para su Aplicación desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Coddou, Alberto (ed.), *Anuario de Derechos Humanos 2012*, (Santiago, Ediciones UDP) pp. 103-113.

KATZ, Elai (1996): "On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment", en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 29: pp. 251-292.

LOVERA, Domingo (2010): "¿A quién pertenece la Constitución en Chile? Cortes, Democracia y Participación", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 11, N° 1, pp. 119-141.

MCWHINNEY, Edward (2006): "The International Court of Justice and International Law-making: The judicial activisms/self-restraint antinomy", en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, N° 1: pp. 3-13.

MERRY, Sally Engle (2006): "Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle", *American Anthropologist,* Vol. 108, N° 1, pp. 38-51.

NOGUEIRA, Humberto (1997) *Dogmática Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca).

NOGUEIRA, Humberto (2006) "Los Límites del Poder Constituyente y el Control de Constitucionalidad de las Reformas Constitucionales en Chile", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 4, Año 4: pp. 435-455.

NOGUEIRA, Humberto (2006): *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago, Librotecnia).

NOGUEIRA, Humberto (2009): "Consideraciones sobre el Poder Constituyente y Reforma de la Constitución en la Teoría y Práctica Constitucional", en *Ius et Praxis*, Vol. 15: pp. 229-262.

Actualidad Juridica 28.indd 312 10-07-13 18:34

NOGUEIRA, Humberto (2010): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, (Tercera edición, Librotecnia) Tomo I.

ORREGO, Cristóbal (1993): "Vigencia de los Derechos Esenciales que Emanan de la Naturaleza Humana y su Reconocimiento en el Ordenamiento Jurídico Chileno", en *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 20: pp. 59-67.

PAÚL, Álvaro (2012): "Controversial Conceptions; The Unborn and the American Convention on Human Rights", en *Loyola University Chicago International Journal Law Review,* Vol. 9: pp. 209-247.

PAÚL, Álvaro (2013): "La Corte Interamericana in vitro comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia", en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 2: pp. 303-345.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010): "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 1: pp. 117-136.

SILVA, Luis Alejandro (2012): "Supremacía Constitucional y Aplicación Judicial de la Constitución en los Estados Unidos. Objeciones a la Judicial Supremacy", en *Estudios Constitucionales,* Año 10, N° 1, pp. 117-144.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2004): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo X.

STITH, Richard (2008): "Securing the Rule of Law through Interpretative Pluralism: An Argument from Comparative Law", en *Hasting Constitutional Law Quarterly*, Vol. 35: pp. 401-448.

UGARTE, José Joaquín (2004): "Momento en que el embrión es persona humana", en *Estudios Públicos,* N° 96: pp. 281-323.

VERDUGO, Sergio (2010): "Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Nº 22: pp. 55-100.

VERDUGO, Sergio (2012): "Objeción Democrática contra la Revisión Judicial de las Leyes. Alternativas de Diseño Institucional y Teorías Constitucionales", en *Revista Chilena de Derecho,* en prensa.

VERDUGO, Sergio, y GARCÍA, José Francisco (2012): "Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos", en *Actualidad Jurídica,* Universidad del Desarrollo, N° 25: pp. 175-216

VERDUGO, Sergio (2013): "La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 1: pp. 181-223.

WALDRON, Jeremy (1999): *Law and Disagreement* (New York, Oxford University Press).

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ZÚÑIGA, Francisco (2006): "Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional", en *Estudios Constitucionales,* Año 4, N° 2: pp. 415-434.

Actualidad Juridica 28.indd 313 10-07-13 18:34

2. Sentencias citadas

Corte IDH (2006): Serie C, N° 154, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*.

Corte IDH (2010): Serie C, N° 219, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*.

Corte IDH (2010): Serie C, N° 220, *Cabrera García y Montiel Flores v. México*.

Corte IDH (2011): Serie C, N° 221 *Gelman v. Uruguay.*

Corte IDH (2012): Serie C, N° 257 *Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) v. Costa Rica.*

Corte IDH (2012): Serie C, N° 239 *Atala Riffo y Niñas v. Chile.*

Tribunal Constitucional (1973): Rol 15, 30 de mayo de 1973, *Diario Oficial*, 2 de junio de 1973.

Tribunal Constitucional (1997): Rol 269, 17 de diciembre de 1997, *Diario Oficial*, 22 de diciembre de 1997.

Tribunal Constitucional (2006): Rol 464, 31 de enero de 2006.

Tribunal Constitucional (2007): Rol 804, 28 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional (2013): Rol 2387, 23 de enero de 2013.

3. Otros

Actas de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, disponibles en www.bcn.cl

CONSTITUTIONMAKING.ORG (2008) "Constitutional Amendment", Option Reports

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) *Report on Constitutional Amendment,* Venice Commission, 81st Plenary Session.

Entrevista al ministro Domingo Hernández. http://www.diarioconstitucional.cl/articulo-det.php?id_articulo=3662&id_cat=20

Actualidad Juridica 28.indd 314 10-07-13 18:34

Competencia desleal. ¿Cuando optar entre aplicar el derecho de la libre competencia y la Ley N° 20.169?

María Fernanda Juppet Ewing
Decano Facultad de Derecho
UNIACC
LLM. University of California, Berkeley, Estados Unidos.
MBA, Universidad de Valencia, España.
Magister en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo.
Profesora Derecho Económico, Universidad del Desarrollo y
Derecho Comercial, Universidad Autónoma de Chile

Resumen. El presente artículo busca revisar los ilícitos contrarios a la libre competencia y las conductas antjurídicas consagradas en la Ley Nº 20.169 de competencia desleal, estudiando sus semejanzas y diferencias, analizando en detalle la complementariedad de ambas normativas vigentes en nuestro país.

***

1. Introducción.

Uno de los temas que mayor relevancia ha obtenido en los últimos años es la imperiosa necesidad de contar con mercados perfectamente competitivos a fin de que la competencia en los mercados fluya en forma eficaz para el beneficio mutuo de oferentes y demandantes.

Con todo, dicha realidad teórica en escasos momentos se da en la vida práctica, lo cual ha justificado la intervención del Estado a través de numerosas normativas en esta temática, mediante la dictación de una legislación que sea capaz de garantizar: 1) Una represión de las prácticas que puedan alterar la estructura concurrencial de un determinado mercado (legislación antitrust o de defensa de la competencia), 2) Reprima las conductas que resulten incongruentes con las exigencias del orden concurrencial (legislación sobre competencia desleal).[1]

Desde la dictación de la Ley Nº 20.169, el 16 de febrero de 2007, que regula la competencia desleal, uno de los principales cuestionamientos que se han alzado

[1] Darnaculleta i Gardella, M. Mercè; ¨La competencia desleal¨. Breviarios jurídicos, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 29.

Actualidad Juridica 28.indd 315 10-07-13 18:34

es el determinar dónde se encuentra el límite en el ámbito de aplicación entre la ley de competencia desleal y el DL 211, de defensa de la libre competencia. Ante todo es importante recalcar que, como veremos en detalle en este artículo, esta interrogante no es exclusiva de nuestro país, dado que el sistema aplicado en Chile no difiere en su concepción proteccionista de la competencia en los mercados de la aplicada en España o Argentina.

Al igual que en los países antes indicados, nuestro sistema de protección ante la competencia desleal presenta un carácter social, que conjuga en equilibrio tres tipos de interés jurídicamente protegidos: ¨el interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado¨.[2]

Lo que se traduce en la dictación de los pilares normativos fundamentales que intentan cubrir la regulación indirecta de los mercados desde un punto de vista integral al regular este problema desde tres puntos de vista: En primer lugar, la relación de los oferentes con los consumidores, a través de la aplicación de la ley de protección de derechos del consumidor. En segundo lugar, la relación de los oferentes con el mercado en general, al imponer los principios de la ley de defensa de la libre competencia. Y, finalmente, la relación de los oferentes entre sí, mediante la aplicación de la ley de competencia desleal.

De tal manera, cada una de las relaciones jurídicas que tanto en el derecho como en el hecho se dan en el mercado al establecer una relación de consumo quedan cubiertas por el ámbito de aplicación de alguna de las leyes antes mencionadas y su sistema de protección de abusos.

Es la intensión del presente artículo revisar la relación que se da en la aplicación de dos de estos cuerpos normativos, la ley de defensa de la libre competencia y de la ley de competencia desleal, en particular en lo referente a la regulación del ilícito de la competencia desleal, a fin de desentrañar si existe una verdadera contraposición entre ambas normas analizando su complementariedad tanto desde el punto de vista de la legislación chilena como de la dogmática en el derecho comparado.

2. Antecedentes sobre la libre competencia.

Ante todo, resulta de suyo relevante el comprender qué entendemos por libre competencia, comenzando a delimitar el objeto de nuestro estudio. En palabras del profesor argentino don Germán Coloma: "La defensa de la competencia (o *antitrust*) puede definirse como una clase de regulación indirecta cuyo objetivo

[2] Darnaculleta i Gardella, M. Mercè; ¨La competencia desleal¨. Breviarios jurídicos, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 30.

Actualidad Juridica 28.indd 316 10-07-13 18:34

es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí".[3]

Por tanto, es importante indicar que para que exista libre competencia, en principio nos debemos encontrar ante el supuesto de que varias empresas estén en posición de competir las unas contra las otras en un mercado determinado. Buscando que ninguna de dichas entidades ejerza el poder de mercado que posea de tal manera que este poder se traduzca en un control indebido del mercado objeto de nuestro estudio.

De tal manera, el legislador, mediante el derecho de la libre competencia, provee un marco de regulación indirecta, es decir, una forma de regulación de se aplique a todos los mercados en forma general, por el solo hecho de generar transacciones dentro de un territorio determinado.

Así, esta norma resultará aplicable a cualquier empresa que presente el poder suficiente para ejercer control sobre el mercado en el cual se desenvuelve. Entendiendo como un requisito básico para la aplicación de esta legislación la existencia de un poder efectivo de mercado.

Es posible indicar que una empresa posee poder de mercado cuando le resulta posible fijar sus precios por sobre el costo marginal del bien que produce, es decir, le tiene el poder suficiente para fijar el precio por sobre el costo de producción de sumar una nueva unidad en su proceso productivo.

Debemos indicar que en un mercado perfectamente competitivo ninguna compañía está dotada de esta capacidad, dado que cualquier modificación al precio realizada por ella no tendrá incidencia en el mercado a causa de las acciones de sus competidores. Por ejemplo, si una microempresa productora de chocolates sube sus precios, logrará bajar sus ventas en razón de dicha alza, dado que sus consumidores migrarán sus preferencias hacia otros productos análogos que no hayan cambiado sus precios.

La empresa que está dotada de poder de mercado puede tomar esta decisión y no soportar consecuencias adversas de ella. Dado que los consumidores necesariamente deberán asumir el cambio de precios y seguir adquiriendo sus productos, pues no existe competencia capaz de absorber este cambio de preferencias, dependiendo de la elasticidad de la demanda en el mercado objeto de nuestro análisis.

Dentro de los parámetros básicos de la libre competencia está la búsqueda de una ventaja por parte de las entidades que compiten entre sí, búsqueda

[3] Coloma, Germán; *Defensa de la competencia: análisis económico comparado*; Editorial Ciudad Argentina, 2003, página 13.

Actualidad Juridica 28.indd 317 10-07-13 18:34

que en caso alguno es ilícita, sino que beneficiosa para el mercado, dado que redunda en la oferta de los bienes y servicios ofrecidos, impulsando en un mercado eficiente una mejora continua en las condiciones ofrecidas a los clientes. Para García Menéndez la base de la libre competencia está entregada por las acciones a las que está obligado a desplegar el competidor por conseguir un mejor posicionamiento para su producto, al indicar que: "Este tipo de competencia se fundamenta en el esfuerzo de los operadores económicos por conseguir una ventaja, mediante la obtención de un mejor posicionamiento que permita atraer clientela y proveedores comunes".[4]

Por lo tanto, la aplicación del bien jurídico de la libre competencia en el territorio nacional redundaría en que aquellas empresas que presentan el poder suficiente para controlar un mercado determinado, en razón de su presencia en éste o las características particulares de su producto, realicen esfuerzos por posicionarse que no impliquen un abuso de esta posición privilegiada para perjudicar a sus legítimos competidores.

3. Una aproximación al concepto de competencia desleal.

La palabra competencia puede ser definida de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española como: "Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa"[5].

Por su parte, se entiende por leal: "Aquello que guarda a alguien o algo la debida fidelidad"[6].

Por tanto, debemos revisar el significado de la palabra fidelidad para comprender en detalle el término, y la misma fuente nos indica que fidelidad es: "Lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona".[7]

Para nuestra legislación, es posible definir competencia desleal en los términos del artículo tercero de la Ley 20.169 como: "En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado".

De tal manera, la comprensión del concepto de deslealtad cobra una especial significación para el derecho, al comprender que las conductas que podamos incluir dentro de esta descripción necesariamente vulnerarán la buena fe de

[4] García Menéndez, Sebastian Alfredo; *Competencia desleal: Actos de desorganización del competidor*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, página 20.
[5] http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=competencia
[6] http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=leal
[7] http://www.rae.es/drae/srv/search?id=G9z7g9cCxDXX2fkBY3cB

Actualidad Juridica 28.indd 318 10-07-13 18:34

los contratantes para con sus competidores o para con el mercado en el que se desenvuelven. Lo anterior se contrapone a la idea de la buena fe contractual, que sólo aplica a las partes del contrato[8]. Tras la dictación de la ley de competencia desleal se genera una nueva dimensión de la buena fe, en la que se revisa la relación entre el contratante y su competencia, excediendo el ámbito de la buena fe tradicional. Dado que amplía el radio de influencia de las consecuencias del acto, desde los contratantes y terceros de buena fe hasta los competidores directos de los contratantes.

En tal sentido, debemos revisar qué concepción de buena fe, de aquellas comprendidas en nuestro ordenamiento jurídico, podría resultar aplicable para este caso. Al no existir un contrato entre la parte que ha actuado en forma desleal y quien ha sufrido el perjuicio, sólo sería posible ampliar la comprensión de buena fe subjetiva haciéndola aplicable a la contratación que da origen a un caso de competencia desleal.

Resulta necesario comprender que la legislación nacional en esta materia sólo sigue la tendencia internacional de responsabilizar a las empresas por las acciones éticas desplegadas en sus respectivos mercados, haciendo aplicable la noción de buena fe más allá de los límites tradicionales, incorporando a actores externos a la relación jurídica, pero que se verán afectados por las consecuencias de dicha relación.

En esta línea de ideas el profesor López Santamaría explica el principio de la buena fe subjetiva en los contratos indicando que: "Es la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica y regular, aunque objetivamente no sea así, aunque haya error. Como el derecho ampara la convicción de regularidad, en algunas ocasiones disculpa o excusa el error, con lo que deja de lado la aplicación implacable de normas técnicas que conduciría a la nulidad con efecto retroactivo o a otras consecuencias enojosas para quien está persuadido de la regularidad de su situación. De consiguiente, la buena fe subjetiva es una noción justificativa de error".[9]

Así, aquella contratación que en el contrato mismo no presenta objeciones desde el punto de vista de la buena fe entre las partes, podría tenerlas en relación a los competidores de uno de aquellos contratantes, cuando la finalidad buscada por el contratante desleal fuera la distracción de clientela desde su competencia mediante medios ilegítimos conocidos por su autor implementados a través del acto o contrato discutible.

---

[8] López Santamaría, Jorge: *Los contratos: parte general*, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing, quinta edición, 2010, página 339.

[9] López Santamaría, Jorge: *Los contratos: parte general*, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing, quinta edición, 2010, página 340.

Actualidad Juridica 28.indd 319 10-07-13 18:34

Lo que se busca es un acto o conducta que supere el marco de libertad autorizado por la ley, vulnerando la competencia mediante las consecuencias generadas por dicho acto o contrato. Siguiendo a Contreras Blanco: "Debe considerarse que las normas de competencia desleal no están diseñadas ni orientadas para castigar la actividad competitiva, sino solo aquellos actos o conductas que excedan el marco normativo autorizado por la ley, utilizando para ello medios ilegítimos, deshonestos o reñidos con la buena fe o las buenas costumbres mercantiles".[10]

En este contexto, es posible conceptualizar las exigencias conductuales que deben respetar las partes bajo el prisma de la competencia desleal, comprendiendo como contrario a las exigencias de la buena fe: "El comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores".[11]

De tal manera, el competidor desleal excede las prácticas consideradas como usuales por la costumbre mercantil, vulnerando su honestidad en la búsqueda de captar clientela más allá de los atributos de su producto, afectando negativamente a los competidores como a los consumidores. Así se incumple un mandato tácito entregado al competidor respecto de los miembros del mercado en el que se desenvuelve: "Según señala Bacharach, el contenido de este deber constituye un abstracto mandato de lealtad, análogo en su naturaleza al del "buen padre de familia" del derecho civil, al del "ordenado comerciante" y al del "representante leal" tradicionales del derecho mercantil"[12].

Dentro de la práctica mercantil, la legítima búsqueda de clientes ejerciendo la autonomía de la voluntad por parte de los actores del mercado abre el espacio a prácticas abusivas de los agentes de mercado persiguiendo aquella ventaja que los distinga en el mercado. Siguiendo a García Menéndez: "La aplicación de la autonomía de la voluntad en el ámbito del tráfico mercantil ha derivado en múltiples ocasiones en prácticas abusivas para lograr esta ventaja competitiva por parte de los operadores"[13].

[10] Contreras Blanco Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Editorial UC Santiago 2012, p. 22

[11] Contreras Blanco Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Editorial UC Santiago 2012, p. 31

[12] Contreras Blanco Oscar, *La competencia Desleal y el deber de Corrección en la Ley Chilena*, Editorial UC Santiago 2012, p. 37

[13] García Menéndez, Sebastian Alfredo; *Competencia desleal: Actos de desorganización del competidor*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, página 20.

Actualidad Juridica 28.indd 320 10-07-13 18:34

Con todo, aquella práctica que podría percibirse como una práctica poco ética desde su gestación, no lo es tal, dado que surge de la práctica misma de la actividad empresarial, en el entendido que dentro de ella su objeto principal está dado por la atracción y conservación de la clientela, por ende la incorporación de cláusulas atractivas orientadas a captar consumidores es de suyo razonable. En palabras de Contreras Blanco: "El resultado de esta aspiración –captar la clientela– no es reprochable en sí y no puede ni debe constituir un ilícito sancionable, puesto que la desviación de la clientela ajena constituye el objeto mismo de la competencia y contribuye a dar eficiencia a las empresas, maximizando el beneficio de los consumidores y del mercado en su conjunto".[14]

El cuestionamiento está dado porque los medios utilizados en esta búsqueda son reprochables al buscar asimismo la generación de un daño a los competidores saliendo del marco de la lealtad, desplegando prácticas reprochables con miras a asegurar una fidelización de la clientela captada, quebrando incluso las normas legales aplicables en muchos casos.[15]

Enfrentados al conflicto de regular adecuadamente esta búsqueda de fidelización del cliente más allá de las normas éticas aceptables, los Estados han optado por la opción de introducir en su legislación cláusulas generales de comportamiento, "a través de las cuales el concepto de competencia desleal se remite a criterios de valor o principios extrajurídicos ético-morales o sociológicos, como la infracción de la 'buena fe'"[16]. Con todo, como ya indicamos, este concepto de buena fe excede la visión tradicional del principio general del derecho, en los términos que ya hemos comentado con anterioridad.

Esta opción legislativa de imponer tipos amplios en forma de cláusulas generales de restricción conductual permiten ir incorporando en forma automática a la legislación, sin necesidad de modificaciones legales, cualquier tipo de práctica que se encuadre dentro de las consecuencias no queridas por el regulador, evitando la cristalización de los conceptos económicos que generaría una descripción más acotada de las ideas en las normas aplicables.

Como indica Contreras Blanco, siguiendo a Bercovitz en este punto: "la experiencia pone de manifiesto que la consagración de las cláusulas generales es lo más eficaz, pues, por un lado, se tipifican los principales supuestos de compe-

[14] Contreras Blanco Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Editorial UC Santiago 2012, p. 22.

[15] ¨Sin embargo, siendo virtuoso el resultado, los medios para lograrlo pueden ser reprochables, pudiendo ocasionarse un peligro de daño o un daño efectivo al mercado, a los consumidores o al resto de los competidores, todo lo cual logra teñir de ilicitud al acto competitivo, por exceder el marco de las reglas del juego que la ley impone a los agentes del mercado¨. Contreras Blanco Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Editorial UC Santiago 2012, p. 22.

[16] Contreras Blanco Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Editorial UC Santiago 2012, p. 23.

Actualidad Juridica 28.indd 321 10-07-13 18:34

tencia desleal que aparecen en la práctica, mientras que, por el otro, gracias a la cláusula general, se establece la prohibición en unos términos que permiten incluir los supuestos no especialmente previstos, bien por su carácter marginal o extraño, bien por la continua evolución de las prácticas comerciales, que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos".[17]

La práctica legislativa utilizada por nuestro país, al igual que en el caso de España, fija una lista no taxativa de conductas antijurídicas y un tipo genérico que permite incorporar dentro de las conductas prohibidas cualquiera nuevo hecho, acto o convención que genere efectos no deseados por el regulador.

Lo anterior dota al ordenamiento jurídico de una flexibilidad indispensable a la hora de regular ilícitos económicos, impidiendo que una planificación cuidadosa de las conductas a desplegar permita evitar las consecuencias jurídicas de actos diseñados con la intención de realizar conductas de competencia desleal.

Por otra parte, estas normas deben ser necesariamente celosas para permitir una competencia dentro de los marcos de la lealtad entre los agentes de mercado, sin afectar el espacio necesario para permitir la competencia. Es decir, esta técnica legislativa permite el justo equilibrio entre libertad y regulación necesario para permitir que fructifique la competencia en los mercados.

Asimismo, en esta línea de ideas, los actos son medidos por sus consecuencias, no por las ideas restrictivas del legislador respecto de los escenarios en que pueden presentarse estas conductas, permitiendo que se sancione su gestación, que en principio no hubieran sido reprimidos por la normativa. Como señala Contreras Blanco: "actos cuya calificación como desleales eran imaginables han empezado a ser reprimidos en tal calidad (como ha ocurrido, a modo ejemplar, con el ejercicio abusivo de acciones judiciales o con las prácticas agresivas de los empresarios hacia los consumidores)".[18]

Finalmente, es importante recalcar que las consecuencias dañosas de la competencia desleal, que de acuerdo a la norma nacional buscan proteger a los competidores de un mercado determinado, no limita su interés jurídico protegido a aquellos, al cautelar en la misma medida el bienestar de los consumidores, complementando a la Ley de Protección de Derechos del Consumidor en este sentido.[19]

---

[17] Contreras Blanco Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Editorial UC Santiago 2012, p. 23.

[18] Contreras Blanco Oscar, *La competencia Desleal y el deber de Corrección en la Ley Chilena*, Editorial UC Santiago 2012, p. 27.

[19] "…no solo existirá competencia desleal cuando se actúe deshonestamente contra los intereses de los empresarios, sino que las conductas desleales también podrán configurarse en contra de los consumidores. Así será, entre otros casos, cuando se trate, por la vía de acción o de la omisión, de engañar o confundir a los consumidores en la promoción, venta o prestación de un producto o servicio, todo ello con el objeto de torcer su voluntad libre e informada respecto a los bienes o servicios ofrecidos en el mercado". Contreras Blanco Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*,

Actualidad Juridica 28.indd 322 10-07-13 18:34

4. Requisitos para que exista competencia desleal en el derecho comparado:

a) Derecho español

Dentro de la legislación española se han establecido dos parámetros claros para determinar cuando una conducta será sancionable desde el punto de vista de la competencia desleal, entendiendo que lo habrá en el caso que se den las siguientes tres circunstancias: "A) Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado. B) Que esa grave distorsión afecte al interés público".[20]

Lo que se diferencia claramente de la ley chilena, en la que se establece una intencionalidad por parte del agente de mercado, quien debe buscar ¨alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Dentro de la normativa española, dicha intencionalidad debe buscar una distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado.

Lo que diferencia a la normativa española de la chilena es el foco de la antijuridicidad de la conducta en la afectación del interés público. Es decir, sólo en el caso de que la conducta afecte al público en su conjunto será sancionable.

Con todo, este elemento de afección al interés público no nos permite identificar un acto sancionable bajo el prisma de la libre competencia, dado que dentro de los requisitos establecidos para identificar un acto de competencia desleal también se considera la afección al público, a saber, un acto será constitutivo de competencia desleal cuando cumpla los siguientes requisitos: 1) sea un acto de competencia desleal; 2) que produzca un falseamiento sensible de la libre competencia, y 3) que afecte al interés público[21].

Por tanto, será la grave distorción de las condiciones de mercado la que nos permitirá diferenciar cuál de ambas acciones deberá ser impetrada dependiendo del caso concreto.

b) Derecho inglés.

En el derecho anglosajón se ha señalado una serie de requisitos para determinar cuándo un acto se ha desplegado como conducta de competencia desleal, los cuales pueden ser tomados del "caso Advocaat".

Editorial UC Santiago 2012, p. 27.

[20] Martin-Laborda, Antonio Robles; *Libre competencia y competencia desleal*; Editorial La Ley, Madrid, 2001, página 6.

[21] Martin-Laborda, Antonio Robles; *Libre competencia y competencia desleal*; Editorial La Ley, Madrid, 2001, página 8

Actualidad Juridica 28.indd 323 10-07-13 18:34

A propósito de este caso es posible indicar que cuando una persona utiliza la receta original, aun cuando no sea el autor de la misma, puede usar la denominación original del producto, siempre que actúe de acuerdo a la buena fe. Los criterios enunciados a propósito de este caso permiten defender el nombre o reputación de una marca.[22]

A propósito de este caso se definieron con claridad los requisitos que debe cumplir un acto de competencia desleal para ser considerado como tal, y por ende potencialmente sancionado por la autoridad. De tal manera, el acto debe ser:

i) Una falsa representación;
ii) Efectuada por un comerciante en el ejercicio de su negocio;
iii) A sus clientes potenciales o a consumidores finales de bienes y servicios ofrecidos por él;
iv) Con la intención de dañar el *goodwill* o el negocio de otro comerciante; y
v) Que cause daño actual al *goodwill* o negocio del comerciante que entable la acción[23].

De esta forma, al contrario de la técnica legislativa utilizada en Chile y España, que tienden a enumerar los actos ejemplares que pueden ser considerados como actos de competencia desleal, creando un criterio complementario genérico que permita englobar nuevas conductas sancionables, la jurisprudencia anglosajona optó por la creación de un estándar genérico, que permita a los usuarios definir con claridad aquellos casos en los que se encuentren enfrentados a la conducta de competencia desleal.

5. Diferencias entre defensa de la libre competencia y competencia desleal.

Es posible entonces comprender la razón por la cual tanto la legislación de defensa de la libre competencia y aquella que cautela la competencia desleal tienden a confundir sus ámbitos de aplicación al regular ambas los mercados en forma indirecta en miras a dirigir las acciones de los agentes de mercado hacia una competencia sana y leal.

De tal manera, resulta sencillo confundir los ámbitos de aplicación de ambas normas, que en opinión de García Menéndez: "Si bien ambas vertientes de esta intervención legislativa están concentradas en la protección de un mismo bien común, que es la competencia (y a través de ella se protege a competidores,

[22] Michaels, Amanda; *Practical Guide to Trademark Law*; Sweet and Maxwell, tercera edición, 2002, página 153.
[23] Contreras Blanco Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Editorial UC Santiago 2012, pp. 32-33

Actualidad Juridica 28.indd 324 10-07-13 18:34

consumidores y a la sociedad en general), la protección contra la competencia desleal responde a una finalidad más marcada de derecho privado: el impedir, evitar o reparar el daño provocado a un competidor por otro operador de mercado que actúa deslealmente".[24]

En el marco de la legislación chilena dicha confusión conceptual que se da en legislaciones comparadas es aún más comprensible, cuando en el Decreto Ley 211 de Defensa de la Libre Competencia se prohíben expresamente los hechos, actos o conductas de competencia desleal, al indicar: ¨Artículo 3º. El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Por tanto, las normas de defensa de la libre competencia regulan expresamente el ilícito corporativo de la competencia desleal, erigiéndose como un cuerpo normativo que protege complementariamente a la ley de competencia desleal, los intereses generales respecto de este ilícito.

Antes de discutir la aplicación de las legislaciones nacionales en esta materia, se hace de suyo necesario discutir la diferencia conceptual que existe entre ambos espacios de protección. Resulta importante destacar que las normas de defensa de la libre competencia buscan el aseguramiento de la competencia en los mercados, mientras que las de competencia desleal dotan de un contenido ético que las conductas desplegadas deben perseguir, lo que queda claro de lo expuesto por Martin-Laborda, al señalar: "si las normas de defensa de la competencia obligaban a competir, prohibiendo las conductas restrictivas, las normas sobre competencia desleal establecían los límites que motivaciones éticas o convencionales imponían a la lucha competitiva".[25]

[24] García Menéndez, Sebastian Alfredo; *Competencia desleal: Actos de desorganización del competidor*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, página 21.
[25] Martin-Laborda, Antonio Robles; *Libre competencia y competencia desleal*; Editorial La Ley, Madrid, 2001, página 3.

Actualidad Juridica 28.indd 325 10-07-13 18:34

A mayor abudamiento, ambas normativas persiguen finalidades distintas, al centrarse las normas de libre competencia en la protección del mercado en su conjunto, "la finalidad de las normas protectoras de la libre competencia es la protección del interés público en el mantenimiento de una competencia económica suficiente en el mercado, constituyendo un instrumento en manos del Estado para la consecución de sus objetivos de política económica".[26]

Mientras las normas de competencia desleal, por su parte, vienen a cautelar las relaciones entre los diversos agentes de un mercado determinado, cautelando los intereses privados que quedan en indefensión con la mera aplicación de la legislación de libre competencia, siguiendo la idea de Martín-Laborda: "La finalidad de las normas sobre competencia desleal era la protección de los intereses privados de los empresarios frente a los daños injustificados que pudiera ocasionarles la conducta excesivamente agresiva de un competidor en la lucha por el cliente".[27]

Así los fines perseguidos por ambas legislaciones en vez de generar un conflicto de normas aplicables, y por ende una contienda de jurisdicción entre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los Tribunales Ordinarios de Justicia, son regulaciones complementarias, que incluso podrían ser utilizadas en el mismo caso al obedecer a bienes jurídicos protegidos diversos: "... mientras que la defensa de la competencia lucha contra aquellos fenómenos que intentan limitar la competencia y poner en peligro el interés económico en general, a través de la protección contra la competencia desleal se pone el acento sobre el amparo de los intereses privados del competidor contra los actos de su propio competidor, reprochando aquellas prácticas desleales que logran que los consumidores se vean atraídos no por el mejor empresario, sino por aquel que utilizó medios que escapan a los parámetros socialmente aceptados".[28]

6. Ámbito de aplicación del DL 211, de Defensa de la Libre Competencia.

En razón del ámbito de aplicación de las normas sobre competencia desleal y libre competencia es posible estar de acuerdo con Juan Cristobal Gumucio cuando indica que el problema interpretativo ante el cual nos encontramos se basa en la amplitud de interpretación posible del artículo 3º del Decreto Ley 211 de Defensa de la Libre Competencia, cuando señala: ¨Una ley que sanciona los atentados a la libre competencia entendidos como ¨cualquier hecho,

[26] Martin-Laborda, Antonio Robles; *Libre competencia y competencia desleal*; Editorial La Ley, Madrid, 2001, página 64.
[27] Martin-Laborda, Antonio Robles; *Libre competencia y competencia desleal*; Editorial La Ley, Madrid, 2001, página 64.
[28] García Menéndez, Sebastian Alfredo; *Competencia desleal: Actos de desorganización del competidor*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, página 22.

Actualidad Juridica 28.indd 326 10-07-13 18:34

acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos¨, sin que ofrezca definición al respecto, sino que sólo algunos ejemplos aclaratorios, sin duda que es una ley que tiende a la incertidumbre y los contornos difusos¨.[29]

Dado que ambas legislaciones en principio sancionan la competencia desleal, el DL 211 a través de la norma ejemplar de la letra c del artículo tercero, mientras la Ley 20.169 lo hace en forma exclusiva dentro de todo su articulado. De tal manera, podemos seguir a Gumucio cuando indica que: ¨Los actos de competencia desleal se superponen con los atentados contra la libre competencia, tal y como lo reconoce la Ley de Competencia Desleal (¨LCD¨) y el Decreto Ley Nº 211 (¨DL 211¨), pero dicha superposición ha sido resuelta por la propia ley al exigir que el acto de competencia desleal tenga por objeto ¨alcanzar, mantener o incrementar la posición dominante¨.[30]

Aun cuando no podemos sino estar de acuerdo con Contreras Blanco cuando señala que es el mismo artículo tercero letra c del Decreto Ley 211 el que realiza una primera limitación del ámbito de aplicación de la norma al entregar en su texto un criterio preliminar, al indicar que: ¨**Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:**

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante¨.

Por tanto, sólo serán competencia del DL 211 aquellas conductas que tengan por finalidad el alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado. De tal manera que aquellas empresas que no cuenten con una posición de estas características quedarán automáticamente fuera de la jurisdicción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, radicando la competencia de cualquier controversia que se suscite respecto de ellas en los tribunales ordinarios de justicia en aplicación de la Ley 20.169.

Como señala correctamente Martín-Laborda, en este punto podemos indicar que: ¨Esta orientación se traduce en la exclusión de su ámbito de aplicación de las conductas realizadas por empresas que no disfruten de poder de mercado,

[29] Gumucio, Juan Cristóbal, *Interrelación propiedad intelectual, competencia desleal, protección al consumidor y libre competencia*; La libre competencia en el Chile del Bicentenario, Centro de libre competencia UC, Thomson and Reuters, 2011. página 76.

[30] Gumucio, Juan Cristóbal, *Interrelación propiedad intelectual, competencia desleal, protección al consumidor y libre competencia*; La libre competencia en el Chile del Bicentenario, Centro de libre competencia UC, Thomson and Reuters, 2011. página 74.

Actualidad Juridica 28.indd 327 10-07-13 18:34

lo que en buena medida impide que la competencia pueda ser falseada por actos unilaterales de empresas no dominantes¨.[31]

Así, el aspecto que nos planteará la existencia de una conducta anticompetitiva dentro de la esfera del DL 211 será la existencia de una posición dominante en el mercado, en caso contrario no es posible dejar la conducta sin consecuencias abandonando a los particulares afectados a un juicio ordinario de difícil prueba.

Por tanto, en aquellos casos en los cuales no sea posible identificar un actor que esté dotado de posición dominante, será la ley de competencia desleal la que esté llamada a ser aplicada para subsanar el problema.

De tal manera, resulta sencillo identificar los ámbitos de aplicación de cada una de las normativas en discusión, en el entendido que ¨aunque ambas legislaciones se complementan, cabe señalar que poseen fines distintos. La legislación de defensa de la libre competencia persigue la protección del mercado como institución. La legislación de competencia desleal intenta proteger los intereses de quienes participan en el mercado".[32]

Así, en aquellos casos en que el mercado en su totalidad se encuentre sometido a un riesgo de perjuicio por las conductas desplegadas por agentes dotados de poder de mercado, será el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a actual, en el caso de que el potencial daño sólo afecte a particulares, la competencia estará radicada en los tribunales ordinarios de justicia.

De acuerdo a la doctrina española, dichos criterios son más completos,[33] indicando como criterios complementarios para que los actos de competencia desleal sean revisados bajo los preceptos de la libre competencia cuando cumplan con los siguientes requisitos:

a) Que el acto pueda ser calificado como de competencia desleal,
b) Que el acto dañe de manera sensible el normal desenvolvimiento del mercado,
c) Que la alteración producida en el mercado afecte gravemente el interés público, la libre competencia y el orden público.

Sin embargo, aun cuando la Ley de Defensa de la Libre Competencia chilena entrega al menos un criterio para determinar su ámbito de aplicación, el mismo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, siguiendo la tendencia internacional, ha establecido en su jurisprudencia de manera uniforme dos

[31] Martin-Laborda, Antonio Robles; *Libre competencia y competencia desleal*; Editorial La Ley, Madrid, 2001, página 9.
[32] Darnaculleta i Gardella, M. Mercè; *La competencia desleal*. Breviarios jurídicos, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 30.
[33] García Menéndez, Sebastian Alfredo; *Competencia desleal: Actos de desorganización del competidor*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, página 25.

Actualidad Juridica 28.indd 328 10-07-13 18:34

requisitos claves para que resulten aplicables las normas de defensa de la libre competencia en materia de competencia desleal, al ordenar que se den dos condiciones copulativas en estos casos:

1. Que se hayan realizado actos de competencia desleal.
2. Que dichos actos tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Estos criterios surgen por primera vez a propósito del caso ¨Nestlé Chile S.A con Masterfoods Chile Ltda.¨ en sentencia rol N 12 de 2004, al indicar: "Cuarto. Que, en la especie, por consiguiente, para configurar la infracción denunciada deben establecerse dos condiciones copulativas: primero, que se hayan realizado actos de competencia desleal, y, segundo, que ellos tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante¨.[34]

Lo cual se reafirma a propósito de la sentencia N 17 de 2005, se establecen dos condiciones copulativas para que sea posible que el Tribunal sancione una práctica de competencia desleal desde el DL 211: ¨Quinto. Que, por consiguiente, para configurar la infracción denunciada deben establecerse dos condiciones copulativas, a saber: en primer término, que se hayan realizado actos de competencia desleal y, en segundo lugar, que dichos actos tengan por objeto o efecto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante¨.[35]

Criterio que es mantenido a través de la sentencia N 40-2006, en caso de ¨Electrónica Sudamericana Ltda. con Importadora Rourke y Kuscevic S.A.¨, al señalar: ¨Sexto. Que, en consecuencia y tal como este Tribunal ha reiterado en diversas sentencias, para configurar la infracción denunciada deben establecerse como condiciones copulativas que, en primer término, se hayan cometido actos de competencia desleal y, en segundo lugar, que dichos actos tengan por objeto o efecto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante¨.[36] Finalmente, esta idea se manifiesta en términos absolutos a través de la sentencia N 54- 2007, ¨Motorrad Ltda con Classic Motos Ltda.¨, cuando dictamina: ¨Undécimo. Que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, para que pueda configurarse una infracción al artículo 3 letra c) del D.L. 211 –que es la conducta denunciada en estos autos– debe establecerse, copulativamente, que se hayan cometido actos de competencia desleal y, además, que dichos actos tengan por objeto o efecto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante¨.[37]

[34] Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 20 de mayo de 2005, sentencia Nº 12-2004, ¨Nestlé Chile S.A. con Masterfoods Chile Ltda¨.

[35] Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia Nº 17-2005, ¨Laboratorio Lafi Ltda con Laboratorio Pfizer Chile S.A.¨.

[36] Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia Nº 40 – 2006, ¨Electrónica Sudamericana Ltda con Importadora Rourke y Kuscevic S.A.¨

[37] Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N 54- 2007, ¨Motorrad Ltda. con Classic Motos Ltda.¨

Actualidad Juridica 28.indd 329 10-07-13 18:34

Es así como podemos indicar que aun cuando en principio pueda existir cierta controversia relativa al ámbito de aplicación de las normas indicadas, de todas formas ambas legislaciones tanto a nivel nacional como internacional han demostrado ser complementarias, al proteger el mismo bien jurídico de la competencia, pero en niveles distintos, en el caso de la libre competencia otorgando una protección general a nivel de mercados, y, por su parte, en la competencia desleal, entregando un marco de acción a los diversos competidores entre sí, delimitando los términos dentro de los cuales pueden competir. En palabras de Martin-Laborda: ¨si las normas de defensa de la competencia obligaban a competir, prohibiendo las conductas restrictivas, las normas sobre competencia desleal establecían los límites que motivaciones éticas o convencionales imponían a la lucha competitiva¨.[38]

7. La competencia desleal y la responsabilidad objetiva.

Otra de las diferencias sustanciales que podemos indicar entre la aplicación de la legislación de defensa de la libre competencia y la de competencia desleal está dada por la clase de responsabilidad aplicable.

En el caso de las normas de defensa de la libre competencia, sólo existirá una sanción en caso de que siguiendo lo prescrito por el artículo tercero, "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso¨.

Por ende, sólo serán sancionables en los términos del artículo 26 de dicho cuerpo legal, el ¨hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos¨, por ende es necesario que se generen ciertas consecuencias concretas del acto para que se aplique la responsabilidad infraccional enunciada por el artículo en comento.

Por su parte, de la ley de competencia desleal se produce una responsabilidad objetiva. Dado que, como lo indica el artículo tercero de la Ley 20.169: ¨En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado¨.

[38] Martin-Laborda, Antonio Robles; *Libre competencia y competencia desleal*; Editorial La Ley, Madrid, 2001, página 3.

Actualidad Juridica 28.indd 330 10-07-13 18:34

Por tanto, basta que el infractor persiga la desviación de clientela, aun cuando no logre dicho objetivo, para que sea posible accionar en su contra, procederá responsabilidad objetiva en caso de dolo o culpa respecto de todas las acciones enumeradas en el artículo quinto de la ley, salvo la de indemnización de perjuicios.[39-40]

8. Doble revisión del acto o convención.

Con todo, es importante recalcar que la aplicación de las normas de competencia desleal por sobre las de libre competencia no implica que el condenado en dicha acción quede eximido de responder en los términos del DL 211. Es más, la Ley 20.169 ordena al tribunal que ha dictaminado la existencia de un acto o conducta de competencia desleal que los antecedentes deberán ser remitidos ante el Fiscal Nacional Económico, a fin de que determine si es que los antecedentes revisten una gravedad tal que deban ser remitidos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia[41].

Con todo, aun cuando se remitan los antecedentes al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por parte del Fiscal Nacional Económico, esto no implica que ambas sedes jurisdiccionales estén obligadas a llegar a una misma conclusión respecto del acto concreto. Siguiendo a García Menéndez: "Es dable que el órgano de defensa de la competencia no considere desleal el acto denunciado y que el juez comercial juzgue desleal el acto contra el competidor concreto. Por ello, es necesario analizar los extremos de la conducta, puesto que los ingredientes de una u otra acción pueden determinar la deslealtad en un caso y la lealtad en el otro".[42]

De tal manera, si el tribunal ordinario estima que el acto de competencia desleal afectó los intereses del competidor afectado, dictaminará las medidas de

[39] Artículo 5º Ley 20.169, de 03 de febrero de 2010. Contra los actos de competencia desleal pueden ejercerse, conjunta o separadamente, las siguientes acciones:

a) Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica.
b) Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por él mismo subsiste.
c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo.
d) Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

[40] Contreras Blanco Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Editorial UC Santiago, 2012, p. 35.

[41] Artículo 10 de la Ley 20.169, de 3 de febrero de 2010, de competencia desleal. ¨Si la sentencia firme establece que han existido uno o más actos de competencia desleal, el tribunal que la dictó deberá remitir todos los antecedentes del juicio al Fiscal Nacional Económico, quien tendrá la facultad de requerir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, atendidas la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado, la aplicación de la multa correspondiente de conformidad con esta ley¨.

[42] García Menéndez, Sebastian Alfredo; *Competencia desleal: Actos de desorganización del competidor*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, página 31.

Actualidad Juridica 28.indd 331 10-07-13 18:34

resguardo y reparación que estime pertinentes. Por otra parte, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sólo dictaminará en contra del recurrido por la Fiscalía Nacional Económica cuando entienda que las acciones desplegadas buscaban alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Así, aun cuando se hayan desplegado actos de competencia desleal, si es que no fueron realizados por un agente de mercado que poseía o buscaba poseer posición dominante en el mercado, dichos actos serán irrelevantes para la jurisdicción de libre competencia chilena.

9. Conclusiones.

Es posible indicar que si bien en un primer momento pudiese confundirse el ámbito de aplicación de las normas del DL 211 de defensa de la libre competencia en su artículo tercero letra c, con aquel que se reconoce a la Ley Nº 20.269, no es menos cierto que las normas son claras respecto de los casos en que debe aplicarse cada una de estas normas.

De tal manera, se aplicará la normativa de defensa de la libre competencia con miras a defender al mercado de la conducta anticompetitiva desplegada por un agente dotado de poder de mercado, que busque con el hecho, acto o convención desplegado el alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

La ley de competencia desleal, por su parte, resultará aplicable cuando un agente de mercado despliegue cualquier conducta ¨contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado¨, o alguna de las conductas ejemplares del artículo cuarto de dicho cuerpo normativo[43].

[43] Artículo 4º. En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes:

a) Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero.

b) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos.

c) Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva.

d) Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado.

e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.

Actualidad Juridica 28.indd 332 10-07-13 18:34

Es importante recalcar que aun cuando las finalidades de las normas son diversas, buscando la legislación de libre competencia el bienestar del mercado a través de la contención de empresas que presentan poder de mercado o buscan obtenerlo. Mientras las normas de competencia desleal regulan el comportamiento entre competidores, impidiendo que desplieguen conductas contrarias a la buena fe, con miras a distraer la clientela de sus competidores mediante conductas ilegítimas.

Finalmente, debemos indicar que de acuerdo a las normas chilenas, resulta posible que un agente de mercado sea considerado responsable bajo ambos cuerpos legales, cuando además de ser condenado por afectar a un competidor por los tribunales ordinarios de justicia, sea condenado por el Tribunal de la Libre Competencia al considerar que la intencionalidad perseguida por el infractor en el despliegue de la conducta no es otra sino conseguir, mantener o incrementar su poder de mercado.

Bibliografía.

1) Coloma, Germán; *Defensa de la competencia: análisis económico comparado*; Editorial Ciudad Argentina, 2003.

2) Contreras Blanco Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilen*a, Editorial UC, Santiago, 2012.

3) Darnaculleta i Gardella, M. Mercè; *La competencia desleal*. Breviarios jurídicos, Editorial Iustel, Madrid, 2007.

4) García Menéndez, Sebastian Alfredo; *Competencia desleal: Actos de desorganización del competidor*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

5) Gumucio, Juan Cristóbal, *Interrelación propiedad intelectual, competencia desleal, protección al consumidor y libre competencia*; La libre competencia en el Chile del Bicentenario, Centro de libre competencia UC, Thomson and Reuters, 2011.

6) López Santamaría, Jorge: *Los contratos: parte general*, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing, quinta edición, 2010, página 339.

f) Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor.

g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado.

h) La imposición por parte de una empresa a un proveedor, de condiciones de contratación para sí, basadas en aquellas ofrecidas por ese mismo proveedor a empresas competidoras de la primera, para efectos de obtener mejores condiciones que éstas; o la imposición a un proveedor de condiciones de contratación con empresas competidoras de la empresa en cuestión, basadas en aquellas ofrecidas a ésta. A modo de ejemplo, se incluirá bajo esta figura la presión verbal o escrita, que ejerza una empresa a un proveedor de menor tamaño cuyos ingresos dependen significativamente de las compras de aquélla, para obtener un descuento calculado a partir del precio pactado por ese mismo proveedor con algún competidor de la primera empresa.

i) El establecimiento de cláusulas contractuales o conductas abusivas en desmedro de los proveedores o el incumplimiento sistemático de deberes contractuales contraídos con ellos.

Actualidad Juridica 28.indd 333 10-07-13 18:34

7) Martin-Laborda, Antonio Robles; *Libre competencia y competencia desleal*; Editorial La Ley, Madrid, 2001, página 6.

8) Michaels, Amanda; *Practical Guide to Trademark Law*; Sweet and Maxwell, tercera edición, 2002, página 153.

9) Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 20 de mayo de 2005, sentencia Nº 12-2004, ¨Nestlé Chile S.A con Masterfoods Chile Ltda¨.

10) Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia Nº 17-2005, ¨Laboratorio Lafi Ltda. con Laboratorio Pfizer Chile S.A.¨

11) Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia Nº 40-2006, ¨Electrónica Sudamericana Ltda. con Importadora Rourke y Kuscevic S.A.¨.

12) Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N 54-2007, ¨Motorrad Ltda con Classic Motos Ltda.¨.

Actualidad Juridica 28.indd 334 10-07-13 18:34

Los delitos aeronáuticos: El bien jurídico protegido

Sergio Cea Cienfuegos
Abogado U. de Chile.
Magister en Derecho U. de Chile
Profesor U. del Desarrollo
Miembro de la Comisión de Académicos
de la Colección de Códigos Editorial Thomson Reuters

Patricio Morales Contardo
Abogado U .de Chile
Ex Fiscal de Aviación de Santiago
Profesor de la Academia de Guerra Aérea
Miembro de la Comisión
de Académicos de la Colección
de Códigos Editorial Thomson Reuters.

Resumen: Los autores pretenden realizar un enfoque desde la teoría del bien jurídico protegido en relación con los delitos aeronáuticos, para considerar que el criterio uniforme de la doctrina es precisamente que tales ilícitos procuran el resguardo de la seguridad de la aviación.

Se aborda luego el tema de la tipificación penal como un medio de garantizar la seguridad de la actividad aeronáutica y la especial naturaleza de esta clase de delitos.

***

Introducción.

Los delitos contemplados en el Código Aeronáutico chileno se encuentran agrupados en el Título XIII de dicho cuerpo legal. Según la denominación de este título, estos delitos protegen la seguridad de la aviación civil. Dado que la competencia para conocer de estos ilícitos desde la entrada en vigencia del Código en el año 1990 correspondió a la Justicia Militar, no ha existido un desarrollo doctrinario de esta materia.

El presente artículo pretende responder algunas interrogantes que se plantean respecto de estos delitos, razonando en torno al bien jurídico que ellos resguardan.

Actualidad Juridica 28.indd 335 10-07-13 18:34

1. La teoría del bien jurídico protegido.

La teoría de los bienes jurídicos tiene su origen en el siglo XIX. Su inspiración se puede encontrar en los principios de la doctrina liberal y su propósito es acotar el poder punitivo del Estado, proporcionando un límite a la tipificación penal. La norma penal debía tener una referencia material que le diera sustento.[1]

En un principio, en el contexto del llamado "derecho penal iluminista", en la primera mitad del siglo XIX, el Estado es el garante o protector de la sociedad. El delito es visto como una lesión a derechos subjetivos, ya sea de una persona o del Estado.

Con posterioridad, en la denominada etapa de restauración monárquica, se vuelve a la sanción de conductas contrarias a la moral o a las ideas religiosas imperantes.

En esta etapa Birnbaum,[2] a quien se atribuye esta llamada "teoría de los bienes jurídicos"[3], clasifica los delitos en delitos sociales y delitos naturales, según si atacan bienes colectivos nacidos de la sociedad, o bienes de la naturaleza.

La teoría de los bienes jurídicos debe entenderse en el amplio concepto de la limitación del *Ius Puniendi* en un Estado Social y Democrático de Derecho. Junto a los principios de legalidad, de subsidiariedad y el de carácter fragmentario del Derecho Penal, constituyen la gran barrera que se impone al abuso del Estado contra los ciudadanos[4].

El bien jurídico, como concepto jurídico penal, no sólo constituye una limitación *al Ius Puniendi* estatal. También cumple la función de legitimar materialmente la norma penal, justificándola desde el punto de vista racional. Finalmente, también es un criterio de interpretación de los tipos penales.

Para Mir Puig, en un Estado Social y Democrático de Derecho el Derecho Penal se justifica como un "sistema de protección de la sociedad". Agrega que hay "intereses sociales" cuyo resguardo se estima necesario por parte del Derecho, intereses que por su relevancia se denominan "bienes jurídicos"[5].

---

[1] La primera referencia puede encontrarse en Feuerbachen relación con la lesión de derechos subjetivos. Ludwig Andreas von Feuerbach (1804-1872), filósofo y antropólogo alemán.

[2] Johan Michael Franz Birnbaum (1792-1877). Penalista alemán, considerado el autor de la teoría de los bienes jurídicos, en su obra *"Ueber das ErfoderniseinerRechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mitbesondereRücksichtauf den Begriff der Ehrenkränkung"* traducido como "Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito".

[3] Para seguir la evolución de la teoría de los bienes jurídicos, cfr. Medina Jara, Rodrigo. *Manual de Derecho Penal*. Primera edición. 2004.

[4] Mir Puig, Santiago. Parte General. Octava edición, 2010, p. 104.

[5] Mir Puig, Santiago. Ibíd. p. 119.

Actualidad Juridica 28.indd 336 10-07-13 18:34

El Estado sólo protege bienes jurídicos, lo que se denomina el principio de "exclusiva protección de bienes jurídicos". Esto implica que el Derecho Penal no debe intervenir, imponiendo una pena, en aquellos casos en que no se lesiona o siquiera se pone en peligro un bien jurídico.[6-7]

Esta es una lógica reacción al Derecho Penal propio de los regímenes totalitarios que imperaron en Europa a mediados del siglo XX. Una concepción liberal, en que el Estado reacciona frente al daño que se estima social.[8] En esta concepción, el delito es necesariamente una lesión o daño a un bien jurídico.[9]

El profesor alemán Franz Von Liszt efectúa un análisis sobre el concepto de bien jurídico centrado en la persona humana: "El bien jurídico como objeto de protección jurídica es en última línea, y siempre, la existencia humana en sus diversas manifestaciones. Este es el bien jurídico; esto es, el nervio de todos los demás intereses protegidos jurídicamente. Pero la existencia humana aparece o como existencia del particular o como existencia del particular en la totalidad. Por consiguiente, todos los delitos pueden considerarse como ataques contra los bienes jurídicos del individuo o contra los bienes jurídicos de la comunidad".[10.]

Cury señala que el legislador dicta una ley luego de "ejecutar una cuidadosa selección de los bienes o intereses por los que quiere velar…".[11] Determina, en suma, cuáles son los valores que estima que merecen el cuidado o resguardo de la norma. Para Cury esta determinación es una "valoración que plasma en el mandato de la norma".[12] Por eso, antijuridicidad equivale a disvalor, a las conductas que contrarían el valor asignado por la norma a dicho interés.

Aun cuando la teoría de los bienes jurídicos nunca fue un aspecto pacífico de la dogmática penal, en la actualidad es un hecho que se encuentra fuertemente cuestionada.

La crisis de la teoría del bien jurídico es la crisis de la fundamentación teleológica del Derecho Penal.[13]

---

[6] Bullemore, Vivian, y Mackinnon, John. *Curso de Derecho Penal*, Tomo I. Parte General. Editorial LexisNexis. Segunda edición, 2007. p. 34

[7] Esto implicaría dejar sin sanción todos los casos de tentativa inidónea. En Chile, esta es la posición dominante. Para este tema cfr. Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Octava edición, 2005, p. 576.

[8] Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición. 2004. p. 65.

[9] Ibíd. p. 66.

[10] Liszt, Franz von, *Tratado de Derecho Penal (1927), II, p. 2,* cit. en Politoff/Bustos/Grisolía, p. 39.

[11] Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Octava edición, 2005, p. 354.

[12] Cury Urzúa, Enrique. Ibíd. p. 354.

[13] Pérez del Valle, Carlos. "En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos", en *INDRET, Revista para el Análisis del Derecho.* www.indret.com/pdf/379_es.pdf

Actualidad Juridica 28.indd 337 10-07-13 18:34

Jakobs[14] ejemplifica esta polémica al identificar el Derecho no como un sistema de protección de bienes jurídicos, preexistentes al Derecho, sino como la protección de la norma.

Para el citado autor alemán "no existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el contexto de la regulación".[15] Lo relevante no es el sustrato material de la norma, sino la norma misma, su utilidad para preservar el Estado y la sociedad, por lo cual debe ser protegida. Si la expectativa que subyace en el cumplimiento de esa norma jurídica es burlada, la norma penal provee de un mecanismo para restablecer esas expectativas.

Jakobs expone que no hay dudas que ciertos objetos de protección, como la vida o la salud, son bienes, pues son valorados positivamente por la sociedad. Sin embargo, objeta que se trate de bienes jurídico-penales. Cita como ejemplo la lesión de bienes como la vida, por vía de sucesos naturales, como una enfermedad, que no originan consecuencias en el sistema penal. Por ello lo relevante no es la sola lesión a tales bienes, sino un comportamiento humano que expresa la voluntad de contrariar la norma jurídica, esto es, en suma, un comportamiento imputable.[16]

Se ha señalado que, tradicionalmente, se ha entendido el concepto de bien jurídico como una limitación al poder de sanción del Estado. Pero también cumple otras funciones, entre ellas la de servir como criterio de interpretación jurídica, para determinar el sentido y alcance de una norma penal. Un bien jurídico en esta visión es un elemento no escrito del tipo penal, que subyace a él, y que permite interpretar esa norma en función de la finalidad de protección de ese bien jurídico. En este mismo sentido, sirve para agrupar o jerarquizar los delitos de acuerdo al bien jurídico que ellos lesionan o ponen en peligro.[17]

2. El bien jurídico protegido en los delitos aeronáuticos.

En palabras de Mario O. Folchi,[18] "sólo entran en las esferas del Derecho Aeronáutico Penal aquellos delitos *cuya estructura ontológica está dada por el hecho*

[14] Jakobs Günther, jurista y catedrático, nacido en 1937 en Mönchengladbach, Alemania. Se ha transformado en uno de los más prominentes tratadistas del Derecho Penal moderno. Sus trabajos sobre la teoría de la imputación objetiva y el denominado "Derecho Penal del enemigo" le han significado una gran notoriedad en la Academia y la jurisprudencia.

[15] Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición corregida. Año 1997. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. S.A. Madrid, Ibíd. pp. 44-45.

[16] Ibíd. pp. 45-46

[17] Hormazábal, Malarée, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Segunda edición. Año 2006. Editorial LexisNexis, p. 7.

[18] Mario Orestes Folchi, argentino, abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Ha escrito numerosas publicaciones en el ámbito del Derecho Aeronáutico. Su tesis *para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, "Los delitos* aeronáuticos", fue calificada de sobresaliente, y por su mérito, se le recomendó al premio "Facultad". Actualmente es el Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial, ALADA.

Actualidad Juridica 28.indd 338 10-07-13 18:34

de la aviación, de manera tal que si no existiese no sería posible comprenderlos". El profesor argentino en su obra *Los delitos aeronáuticos* fundamenta esta afirmación en el elemento teleológico: "…en los casos de delitos aeronáuticos conforma bienes jurídicos protegidos de naturaleza específica: en unos casos la seguridad de vuelo, en otros la seguridad de los terceros en la superficie con motivo de la aeronavegación…".[19]

El jurista peruano Alfredo Gildemeister[20] se refiere al derecho Aeronáutico Penal y expresa que, siguiendo las aseveraciones de Folchi, el elemento penológico de los delitos aeronáuticos tiene en la mira bienes jurídicos de especial naturaleza. Algunas veces la seguridad de vuelo, otras la de los terceros en superficie o incluso la seguridad de la nación.[21]

Para el autor boliviano Edgar Lanza Borja los delitos aeronáuticos "se distinguen de los delitos comunes por la especialidad de los bienes jurídicamente protegidos".[22]

Por su parte, el profesor Luis Tapia Salinas, con ocasión de analizar los actos ilícitos contra la aviación civil internacional, señala, entre otros aspectos, que "estos actos pueden ser muy variados y de muy diverso carácter". Pero pese a esa variedad y a la diversidad de móviles que pueden impulsar a los autores, el denominador común de todos ellos es el afectar directamente a la seguridad de la navegación. Esta es la razón por la que el Convenio de Montreal, de 23 de septiembre de 1971, que es el texto internacional en que se ha querido regular con carácter más general esta materia, hace referencia expresa al concepto de "seguridad" en su título, en su preámbulo, y a lo largo de su articulado".[23]

Entre nosotros, Mario del Río Cruz afirma, a propósito de los delitos aeronáuticos, que en ellos "debe considerarse especialmente la naturaleza del bien que atacan, por cuanto se refieren a una de las actividades más peligrosas del hombre, como es aquella relacionada con la aviación, razón que ha movido al legislador a extremar las preocupaciones y el rigor de las penas para obligar a los que intervengan en estas actividades a actuar con la mayor previsión y cuidado".[24]

---

[19] Mario O. Folchi. *Los delitos aeronáuticos*. Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos. S.C.A. Buenos Aires, 1970, p. 22.

[20] Alfredo Gildemeister Martínez, peruano, abogado. Profesor de la Universidad del Pacífico de Lima. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio.

[21] Gildemeister Martínez, Alfredo. *Elementos de derecho Aeronáutico*. Universidad del Pacífico. Tercera edición. 1984, p. 183, citando a Folchi, Mario O., *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico*. Editorial de Palma, 1962, Buenos Aires, p. 167.

[22] Lanza Borja, Carlos Edgar. *Fundamentos de Derecho Aeronáutico*. Imprenta y Manufacturas Weinberg, Bolivia, 1987, p. 397.

[23] Tapia Salinas, Luis. *Curso de Derecho Aeronáutico*. Editorial Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1980.

[24] Del Río Cruz, Mario. "Los delitos en la ley de navegación aérea". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 1945, p. 54.

Actualidad Juridica 28.indd 339 10-07-13 18:34

De esta manera, parece uniforme el criterio de la doctrina en torno a que el bien jurídico protegido en los delitos aeronáuticos es la seguridad de la aviación.

Por su parte, el Título XIII del Código Aeronáutico se denomina "De los delitos contra la seguridad de la aviación civil".

Esta denominación provee un indicio acerca del bien jurídico que estos delitos están destinados a proteger. Asimismo, establece un marco de limitación acerca de los sujetos a quienes se encuentra dirigida la pretensión punitiva del Estado.

En efecto, el bien jurídico que el legislador ha estimado digno de protección es la *seguridad de la aviación civil*.

Al consultar la historia de la tramitación de la Ley N° 18.916, publicada en el Diario Oficial el 08 de febrero de 1990, que aprueba el Código Aeronáutico, podemos apreciar que en el informe técnico emanado del Ministerio de Defensa Nacional y que fuera remitido por el Presidente de la República de la época, General Augusto Pinochet Ugarte, a la Junta de Gobierno mediante oficio de fecha 09 de octubre de 1985, se señala que entre los objetivos perseguidos por el nuevo Código Aeronáutico se encuentra el de "Definir conductas delictuales y sus respectivas sanciones, que constituyan un instrumento eficaz para proteger el bien jurídico de mayor relevancia que consagra el Código, cual es la seguridad de vuelo, así como otros valores que se relacionan con aquélla y que revisten particularidades especiales cuando inciden en la actividad aeronáutica". En el informe complementario N° 17, de fecha 06 de septiembre de 1989 de la Comisión Conjunta de las Comisiones Legislativas de la Junta de Gobierno, recaído en el proyecto de ley que "Aprueba el Código Aeronáutico"[25] se señala que, analizada la normativa internacional sobre la materia, especialmente los convenios internacionales de Tokio de 1963, de La Haya de 1970 y de Montreal de 1971, se debe inferir que "en materia específica de delitos aeronáuticos, los bienes jurídicos protegidos son dos: 1. La normalidad del transporte aéreo comercial y 2. La seguridad de vuelo de la aviación civil.

3. La tipificación penal como garante de la seguridad de la aviación.

Era evidente que la aviación, hecho reciente pero de extraordinario desarrollo durante la Primera Guerra Mundial, requería la atención del Derecho y particularmente del Derecho Penal.

[25] Informe complementario N° 17, de fecha 06 de septiembre de 1989, de la Comisión Conjunta de las Comisiones Legislativas de la Junta de Gobierno, recaído en el proyecto de ley que "Aprueba el Código Aeronáutico", boletín N° 677-07, remitido mediante oficio (O) N° 7354, de fecha 06 de septiembre de 1989, del Secretario de Legislación de la Junta de Gobierno a la Junta de Gobierno. En *Historia de Leyes*. Tomo 535, Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, pp. 731 y 732.

Actualidad Juridica 28.indd 340 10-07-13 18:34

Ya en el VII Congreso Internacional de Derecho Penal de 1957 uno de los 4 temas tratados fue el de los delitos cometidos a bordo de aeronaves.[26]

Era necesario distinguir entre los delitos comunes cometidos a bordo de aeronaves, de aquellos otros que era necesario crear para responder ante la nueva realidad jurídico-penal que surgía con la aviación.

En palabras de Folchi, es necesario diferenciar las "incriminaciones comunes y las aeronáuticas", atendiendo a la "peculiaridad fáctica de la conducta recogida". Su atención se concentra sólo en las aeronáuticas: "…no incluimos en el concepto de nuestra tesis aquellos delitos ya previstos por la ley penal común y que se cometen en un avión en vuelo o con motivo de la aeronavegación, ya que en estos casos el hecho aviatorio puede otorgar el factor ambiental propicio, o ser el medio que asegure el éxito de su realización. Así por ejemplo, matar a un hombre a balazos o robarle en un avión en vuelo, o contrabandear arrojando desde las alturas los paquetes correspondientes. En estos casos nunca dejarán de ser tales el homicidio, el robo o el contrabando, y sería absurdo buscarles una fundamentación aeronáutica que no poseen".[27]

Pronto se comprendió que era preciso contar con herramientas jurídicas capaces de obtener la seguridad del vuelo que era indispensable para desplegar una actividad tan riesgosa como ésta.

No parecían suficientes otro tipo de mecanismos tales como las sanciones meramente administrativas. Era preciso contar con penas que sancionaran de manera específica las acciones que pusieran en riesgo el vuelo y sus circunstancias.

Al verificarse las primeras cuestiones jurídicas de relevancia relacionadas con el nuevo medio de transporte aéreo, los aplicadores del Derecho de la época se enfrentaron a la imposibilidad de resolverlas usando las instituciones jurídicas disponibles. La analogía no tenía cabida desde que los asuntos más graves que allí tuvieron lugar tenían una incuestionable identidad penal.[28]

En el amplio abanico de leyes que debieron regular toda la naciente aviación en el mundo se debieron crear leyes penales enteramente nuevas.

La originalidad del medio que debían regular se hizo patente. El legislador se enfrentó a problemas de difícil comprensión para el ciudadano común. Y ello no podría ser de otro modo, tan innovadora era la industria aeronáutica. Es así como en los inicios de la aviación no habría resultado de fácil comprensión la

[26] Mario O. Folchi. *Los delitos aeronáuticos*. Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos. S.C.A. Buenos Aires, 1970, p. 2.
[27] Ibíd., p. 21.
[28] Pérez Arancibia, Alejandro. "El seguro aeronáutico". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1944, p. 10.

Actualidad Juridica 28.indd 341 10-07-13 18:34

existencia de tipos penales típicamente aeronáuticos, como el emprender el vuelo con exceso de peso o con mala estiba de la carga.[29]

Ciertamente, aun en nuestros días, algunas de estas conductas no parecen tener la gravedad que requiere la configuración de un tipo penal, al punto de resultar hasta contraintuitivas. Es un fenómeno que se repite en distintas áreas donde el Derecho Penal ha debido intervenir tardíamente, en atención a nuevos desarrollos tecnológicos o sociales que antes no eran atendidos por el Derecho.[30]

Accidentes de aviación que tuvieron su origen en esos hechos, también netamente técnicos, como el sobrepeso de una aeronave o su estiba inadecuada, formaron la conciencia de la necesidad de evitar esas conductas, por peligrosas. De esta forma se generó el consenso social necesario para la creación de tipos penales que las reprimieran con el máximo nivel de castigo que la sociedad provee: la sanción penal.

Los delitos resultantes son las descripciones típicas que Agustín Rodríguez Jurado[31] denomina "delitos aeronáuticos". Señala el autor en su obra *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico* que éstas son "figuras delictivas emanadas de la actividad aeronáutica, con características especiales que las hagan diferir de otras figuras delictivas clásicas".[32]

4. Los delitos aeronáuticos.

Rodríguez Jurado afirma que "los delitos aeronáuticos son aquellos que están directamente relacionados con el hecho técnico aeronáutico", para cuya correcta interpretación es necesario contar con conocimientos del Derecho Aeronáutico".[33]

Es un hecho extra jurídico, de carácter técnico, y basado en la invención humana de un aparato capaz de emprender el vuelo, el que determina la existencia de tipos penales especiales, los llamados delitos aeronáuticos. Su función primaria es lograr, mediante la prevención general, la evitación de conductas humanas lesivas contra la seguridad del hecho técnico que los distingue.

[29] *Código Aeronáutico Chileno*. Artículo 195.
[30] A modo de ejemplo, está el caso de los delitos informáticos, que se originan en el hecho técnico de la invención de los computadores. Lo mismo acontece con los delitos que protegen los derechos sociales, fruto del desarrollo de la sociedad moderna.
[31] Rodríguez Jurado, Agustín, abogado y político argentino (1900-1963).
[32] Rodríguez Jurado, Agustín. *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1986, p. 290.
[33] Rodríguez Jurado, Agustín. Obra citada, p. 293.

Actualidad Juridica 28.indd 342 10-07-13 18:34

Según Gildemeister[34] "hay autores renuentes a reconocer la existencia de delitos aeronáuticos". Señala el autor peruano que ello sucede porque tales juristas creen que no puede llamarse así al actuar delictivo común que tiene lugar a bordo de una aeronave o en un entorno aeronáutico, lo cual significaría modificar la ciencia penal sin fundamento.

Para el abogado Eduardo Hamilton[35] la respuesta a esta controversia es que "el legislador aeronáutico no ha pretendido modificar los principios del Código Penal, sino que ha tenido como objetivo sancionar otros hechos que pueden ocurrir en la aeronavegación, que presenta características especiales y que atentando contra la seguridad aérea, lesionan el orden social".[36]

Es la actividad aeronáutica la que provee a esos tipos penales de su particularidad, "el hecho técnico aviatorio" de la aviación, según Folchi.[37]

Respecto de los delitos aeronáuticos, Videla Escalada[38] señala que "el criterio utilizado para tipificarlos consiste en atender a su vinculación íntima con la actividad aeronáutica, que los domina y los hace posibles, por la vigencia que acuerda a determinados preceptos cuya violación da lugar a la comisión del hecho ilícito".

Agrega Videla Escala que "en el análisis de las notas que los distinguen (a los delitos aeronáuticos), la primera reflexión debe señalar, por ello, que revisten caracteres propios a consecuencia del hecho técnico aeronáutico y que sólo puede aprehenderse su esencia a través del conocimiento de la materia propia de la aeronavegación".

Luego, Videla identifica claramente que esa relación que se señala deben tener los delitos aeronáuticos con la actividad aérea no es otra cosa que una función de protección jurídica de bienes que merecen tal resguardo en esa área de la actividad humana: "La necesidad de defender adecuadamente algunos bienes jurídicos de naturaleza especial impone, pues, la necesidad de estructurar ciertos delitos típicamente aeronáuticos".[39]

---

[34] Gildemeister Martínez, Alfredo. Obra citada, p. 182 y 183.

[35] Eduardo Hamilton, chileno, abogado. Profesor titular de Derecho Aéreo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Chile, cátedra fundada en la década de los años 50 del siglo pasado.

[36] Hamilton, Eduardo. *Manual de Derecho Aéreo*. Editorial Jurídica de Chile. 2ª edición, 1960, p. 505. Ibíd. p. 513.

[37] Mario O. Folchi. *Los delitos aeronáuticos*. Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos. S.C.A. Buenos Aires, 1970, p. 28.

[38] Federico N. Videla Escalada (1918-2007). Jurista argentino. Fue miembro de la Corte Suprema de la República Argentina. Autor de diversas obras jurídicas, entre ellas cuatro volúmenes de Derecho Aeronáutico.

[39] Videla Escalada, Federico N. *Manual de Derecho Aeronáutico*. Editor Víctor P. de Zavalia, 1979, p. 754.

Actualidad Juridica 28.indd 343 10-07-13 18:34

5. La naturaleza de los llamados "delitos aeronáuticos".

De todo lo dicho no resulta del todo claro que tales ilícitos merezcan la denominación de "delitos aeronáuticos" y constituyan por tanto un tipo especial de delitos, con una naturaleza ontológica propia, que los distinga de otras infracciones.

Para Folchi, la respuesta a la cuestión acerca de si existe o no una categoría especial de delitos relacionados con la actividad aeronáutica es que resulta indiscutible que existen delitos que él denomina "aeronáuticos" "con una estructura claramente integrada sobre la base clásica del Derecho Penal: antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad".[40]

En concepto del autor citado, se distingue este tipo de delitos que conforman el Derecho Aeronáutico Penal, de los delitos que sólo tienen lugar en el ambiente de la aviación, y que podrían ubicarse dentro del concepto de Derecho Penal Aeronáutico.
Álvaro Burgos Carneiro de Campos, jurista brasileño, en una publicación del año 1945[41] exponía que el Derecho Aeronáutico Penal no era sino una arista del Derecho Penal común, negando rotundamente su autonomía.

Folchi se hace cargo de esta afirmación señalando que está de acuerdo en cuanto "*no hay un Derecho Aeronáutico Penal Autónomo… sin embargo, no creemos que pueda considerárselo meramente como un aspecto del Derecho Penal común, porque si bien se nutre de este último en cuanto a su estructura técnica, toma del Derecho Aeronáutico los elementos sustanciales que algunas veces modifican los principios de aquella antigua rama de las ciencias jurídicas*".[42]

Mario del Río Cruz ensayaba una defensa respecto de la existencia de un tipo especial de delitos de naturaleza aérea señalando que "estos delitos tienen un carácter propio, consistente en el peligro a que exponen a una cantidad enorme de personas, despertando la consiguiente alarma general".[43]

Por cierto, no podemos desconocer la especialidad de los bienes jurídicos que se pueden advertir protegidos en la mayoría de las figuras delictivas de corte aeronáutico. Y ello es así por la especial naturaleza de esta actividad. Pero ello no autoriza, por ese solo hecho, a efectuar diferencias reales en cuanto a la esencia o naturaleza fundamental de estos ilícitos en relación con los delitos comunes.

---

[40] Mario O. Folchi. *Los delitos aeronáuticos*. Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos. S.C.A. Buenos Aires. 1970. p. 16.
[41] Carneiro de Campos, Alvaro Burgos. *Direito Penal Aereo (Sua influencia no direito penal militar)*, 1945, Citado por Folchi, Mario O., ob. cit., p. 59.
[42] Folchi, Mario O. Ob. cit., p. 59.
[43] Del Río Cruz, Mario. Ob. cit., pp. 53 y 54.

Actualidad Juridica 28.indd 344 10-07-13 18:34

El autor boliviano C. Edgar Lanza Borja, en su obra *Fundamentos de Derecho Aeronáutico* señala que los ilícitos que se han denominado *Delitos Aeronáuticos* "*…se distinguen de los delitos comunes por la especialidad de los bienes jurídicamente protegidos, sin que ello signifique que entre unos y otros existen diferencias de carácter esencial u ontológico por cuanto en última instancia vienen a configurar una extensión del radio de acción del Derecho Penal clásico…*".[44]

Lanza Borja identifica la necesidad de contar con esta rama especial del Derecho Penal, por cuanto este último se manifiesta inadecuado *"…para satisfacer las exigencias de la justicia frente a ciertos acontecimientos punibles que sólo pueden concretarse mediante el hecho técnico de la navegación aérea*".[45]

El español Luis Tapia Salinas se refiere a los "actos ilícitos contra la aviación civil internacional"[46] y en este concepto engloba dos tipos distintos de infracción: el apoderamiento ilícito de aeronaves y los atentados contra la seguridad de la aviación civil. Dentro de esta última categorización pueden ser ubicadas aquellas infracciones que en Chile tienen su sanción en el Código Aeronáutico, y que corresponden a los tipos penales que generan esta controversia.

Eduardo Hamilton, en su *Manual de Derecho Aéreo*, que data de 1960,[47] se refiere a "los principios de Derecho Penal relacionados con la aeronavegación". A su juicio, "el legislador aeronáutico no ha pretendido modificar los principios del Código Penal, sino que ha tenido como objetivo sancionar otros hechos que pueden ocurrir en la aeronavegación, que presentan características especiales y que atentando contra la seguridad aérea, lesionan el orden social". Sus comentarios, dirigidos a la realidad chilena de la época, entonces regida por el Decreto Ley N° 221, llamado "Ley de Navegación Aérea", critican que esta legislación haya sido sólo una simple imitación de normas foráneas, que en diferentes ámbitos constituyen un sistema diferente al nuestro.

Para Marcela Tobar Garrido y Octavio Mardones Flores, en su tesis de grado para optar al título de abogados en la Universidad de Chile[48] (que analiza precisamente los delitos del Código Aeronáutico, entonces de reciente publicación), estas infracciones son una "*categoría de ilícitos penales especiales…*" y constituyen "*normas de carácter represivo, destinadas a sancionar conductas determinantes consistentes en acciones u omisiones específicamente vinculadas con la navegación aérea*". Agregan que los delitos aeronáuticos son "*…ilícitos que consagran figuras delictivas derivadas de la actividad aviatoria…" y que el elemento que los distingue de los delitos comunes es "la especialidad de los bienes jurídicos protegidos*", que en esta materia no es otro que la "*seguridad en vuelo*".[49]

[44] Lanza Borja, Carlos Edgar. Ob. cit., p. 397.
[45] Ibíd. p. 397.
[46] Tapia Salinas, Luis. Ob. cit., p. 499.
[47] Hamilton, Eduardo. *Manual de Derecho Aéreo*. Editorial Jurídica de Chile. 2ª edición, 1960, p. 505
[48] Tobar Garrido, Marcela, y Mardones Flores, Octavio. "Los delitos aeronáuticos". Memoria de Prueba para optar al título de abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 1990, pp. 54 y 55.
[49] Tobar y Mardones. Ob. cit., p. 55.

Actualidad Juridica 28.indd 345 10-07-13 18:34

Los memoristas citados no abordan derechamente la cuestión que nos ocupa, acerca de si el elemento distintivo relacionado con el bien jurídico protegido, por cierto especial y único respecto del resto del ordenamiento jurídico, y su ubicación en un cuerpo legal especial también como el Código Aeronáutico, justifican la denominación de "delitos aeronáuticos", entes jurídicos de naturaleza propia y diferenciada.

El Código Aeronáutico chileno, como consta de la historia fidedigna de su establecimiento, sostuvo expresamente la opción de no "configurar una especie de derecho penal aeronáutico, hacia lo cual tendía el Código primitivo, sino simplemente a establecer tipos penales cuyo tratamiento en lo sustantivo y en lo procesal es el mismo que el ordenamiento jurídico prevé para cualquier delito tipificado en el Código Penal o en leyes especiales, calidad que tiene el Código Aeronáutico en relación con los delitos que en él se describen y sancionan".[50] Para nosotros, todas estas referencias doctrinarias no hacen sino fortalecer nuestra postura en cuanto los delitos aeronáuticos deben recibir este nombre únicamente como un criterio diferenciador, que debe orientar al intérprete hacia ilícitos penales vinculados directamente con el hecho de la aviación, que protegen un bien jurídico especial, distintivo de la actividad aeronáutica, y que, aunque esto último es sólo un asunto de geografía jurídica y no una cuestión de ontología del derecho, son tratados en cuerpos legales especiales, como el Código Aeronáutico.

6. Los delitos aeronáuticos como delitos de peligro.

Un último aspecto de suma relevancia respecto de los delitos contemplados en el Código Aeronáutico chileno, es que tienen la especial característica de ser todos ellos de aquellos que la doctrina denomina "delitos de peligro".

En efecto, la fragilidad de la actividad aérea, que requiere el exacto cumplimiento de una serie de factores técnicos y humanos para que el vuelo de una aeronave tenga lugar con éxito y en plena seguridad, ha determinado que el legislador eleve el umbral de protección respecto de los valores jurídicos involucrados, sancionando no sólo los ataques concretos contra la seguridad aérea, sino también la puesta en peligro de esos bienes, e incluso ciertas acciones que, aun cuando se pruebe que no han significado una amenaza real, son de naturaleza potencialmente riesgosa y deben prohibirse, imponiendo sanciones penales a sus autores.

El profesor español Santiago Mir Puig, clasificando los delitos de acuerdo a su relación con el bien jurídico, señala que son "delitos de lesión" si es preciso

[50] Boletín N° 677-07, de 08 de abril de 1988. Informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que aprueba el Código Aeronáutico para la República de Chile, p. 49.

Actualidad Juridica 28.indd 346 10-07-13 18:34

"lesionar" o dañar el bien jurídico que el tipo penal resguarda. En tanto, serán "delitos de peligro", si "sólo se contentan con su puesta en peligro".[51]

En esta misma línea, para el profesor chileno Mario Garrido Montt, los delitos se clasifican, de acuerdo a la intensidad del ataque al bien jurídico protegido, en delitos de lesión y delitos de peligro. Es necesario atender a si se produce un daño efectivo en el bien jurídico que se cautela. "Delito de lesión es aquel que para su perfeccionamiento, o sea, su consumación, exige que realmente se produzca la lesión o menoscabo del bien jurídico que está destinado a proteger, como sucede con las defraudaciones y estafas sancionadas en los arts. 467 y siguientes, donde el hecho, para que se consume, tiene que provocar pérdida o disminución del patrimonio del tercero afectado".[52]
Señala el profesor Garrido: "Delito de peligro es aquel que se satisface con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico que se pretende amparar con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción de la lesión. Tal es el caso del delito de abandono de niños (arts. 346 y ss.) donde es suficiente el abandono, aunque el mismo no produzca daño que pueda afectar la vida o salud del menor, basta el riesgo creado. En igual situación se encuentran los tipos penales del art. 180 (falsificación del sello del Estado) y la tenencia de armas sin autorización legal (arts. 9° y 14 de la Ley N° 17.798, sobre control de armas)".[53]

Los delitos de peligro admiten a su vez, como subclasificación, la distinción entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Mir Puig al respecto señala: "Suele decirse que en los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serían delitos de peligro en el sentido que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro"[54].

Agrega Garrido: "Los delitos de peligro concreto se caracterizan porque la conducta debe realmente haber creado un efectivo riesgo para el bien jurídico protegido, como sucede en el delito descrito en el art. 475, que sanciona el incendio provocado en lugares donde hay personas, pues las mismas deben haber sido puestas en real peligro. Los delitos de peligro en abstracto no requieren la verificación de si la acción estuvo en la real posibilidad de lesionar al bien objeto de protección. Haya o no creado un riesgo, la conducta se estima en sí

[51] Mir Puig, Santiago. Ob. cit., p. 229.
[52] Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal Parte General Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del Delito*. Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, 2011, Santiago de Chile. pp. 330 a 331.
[53] Ibíd.
[54] Mir Puig. Ob. cit., p. 229.

Actualidad Juridica 28.indd 347 10-07-13 18:34

misma peligrosa, y por ello su prohibición se conmina con una sanción penal, como ocurre en la tenencia, fabricación posesión de llaves falsas y, en general, de instrumentos destinados normalmente a la comisión del delito de robo, figura castigada por el art. 445; o el delito descrito en el art. 404, que sanciona la provocación a duelo. Al contrario, para que el comportamiento sea típico en el delito de peligro concreto se debe establecer que el bien protegido estuvo en efectivo riesgo; en tanto en el delito de peligro abstracto eso no es necesario: la conducta prohibida, se haya o no creado un peligro, en sí misma es punible.

Mir Puig apunta que de acuerdo a esta distinción, los delitos de peligro abstracto, al no requerir ningún tipo de peligro, es dudoso incluso que sean verdaderamente "delitos de peligro". A su juicio, debe hablarse, "a lo sumo, de delitos de "peligro presunto"".[55]

En este contexto, los delitos aeronáuticos son delitos de peligro, en su gran mayoría incluso, de peligro abstracto. Sin embargo, la jurisprudencia emanada de los tribunales competentes para conocer de estas infracciones, hasta hace algunos meses exclusivamente los tribunales militares, no refleja, en la gran mayoría de los casos, esta característica de los ilícitos penales del Código Aeronáutico, que se dan por acreditados sin argumentar sobre esta característica.

Conclusiones.

La teoría del bien jurídico protegido, aun cuando en la doctrina comparada se encuentra actualmente sometida a una crítica intensa, aún representa entre nosotros un criterio de decisión muy recurrido, incluso judicialmente.

Tanto a nivel nacional como internacional, se acepta que los delitos aeronáuticos protegen el bien jurídico denominado "seguridad de la aviación" o "seguridad aeronáutica".

Desde los inicios de la aviación, y a medida que el derecho fue regulando las distintas áreas de esta nueva actividad, se hizo patente la necesidad de proveer a la aviación de la mayor protección que el sistema jurídico podía proporcionar, la sanción penal para quienes, con sus actos, pusieren en peligro la seguridad de la actividad área.

Los delitos resultantes se denominan "delitos aeronáuticos", aunque esta nomenclatura sólo se explica por cuanto esos tipos penales se fundamentan o explican por el denominado hecho técnico de la aviación y porque protegen un bien jurídico especial, distintivo de la actividad aeronáutica, y no porque en su esencia tengan una naturaleza distinta de otros tipos penales.

[55] Mir Puig, Santiago. Ob. cit. p. 230.

Actualidad Juridica 28.indd 348 10-07-13 18:34

Dado que la protección del bien jurídico "seguridad de la aviación" resulta crítica para mantener la operatividad del sistema aeronáutico, el legislador ha elevado el umbral de protección, estableciendo tipos penales que no requieren una efectiva lesión a la seguridad que amparan, sino que basta que la pongan en peligro o simplemente puedan hacerlo. Por ello, los delitos contemplados en el Código Aeronáutico son todos de aquellos denominados por la doctrina como "delitos de peligro".

Bibliografía.

Bullemore, Vivian, y Mackinnon, John. *Curso de Derecho Penal*, Tomo I. Parte General. Editorial LexisNexis. Segunda edición, 2007.

Carneiro de Campos, Alvaro Burgos. *Direito Penal Aereo (Sua influencia no direito penal militar)*, 1945.
Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Octava edición, 2005.

Del Río Cruz, Mario. "Los delitos en la ley de navegación aérea". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 1945.

Folchi, Mario O. *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico*. Editorial de Palma. Buenos Aires, 1962.

Folchi, Mario O. *Los delitos aeronáuticos*. Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos. S.C.A. Buenos Aires, 1970.

Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del Delito*". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Cuarta edición, 2011.

Gildemeister Martínez, Alfredo. *Elementos de Derecho Aeronáutico*. Universidad del Pacífico. Tercera edición, 1984.

Hamilton, Eduardo. *Manual de Derecho Aéreo*. Editorial Jurídica de Chile. 2ª edición, 1960.

Hormazábal Malarée, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial LexisNexis. Segunda edición, 2006.

Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, Segunda edición corregida. 1997.

Lanza Borja, Carlos Edgar. *Fundamentos de Derecho Aeronáutico*. Imprenta y Manufacturas Weinberg, Bolivia, 1987.

Liszt, Franz von, *Tratado de Derecho penal*, 1927.

Medina Jara, Rodrigo. *Manual de Derecho Penal*. Editorial LexisNexis. Primera edición, 2004.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor Colección. Octava edición, 2010.

Actualidad Juridica 28.indd 349 10-07-13 18:34

Pérez Arancibia, Alejandro. "El Seguro Aeronáutico". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1944.

Pérez del Valle, Carlos. "En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos". En *INDRET, Revista para el Análisis del Derecho*. www.indret.com/pdf/379_es.pdf

Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición, 2004.

Rodríguez Jurado, Agustín. *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1986.

Tapia Salinas, Luis. *Curso de Derecho Aeronáutico*. Editorial Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1980.

Tobar Garrido, Marcela, y Mardones Flores, Octavio. "Los delitos aeronáuticos". Memoria de Prueba para optar al título de abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 1990.

Videla Escalada, Federico N. *Manual de Derecho Aeronáutico*. Editor Víctor P. de Zavalia. 1979.

Actualidad Juridica 28.indd 350 10-07-13 18:34

Chile y La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cumplimiento de sentencias

Raúl F. Campusano Droguett
Profesor de Derecho Internacional Público
Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo
Master of Arts, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos
Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos

Macarena Aguayo Vargas
Abogada Universidad del Desarrollo

Resumen: Este apunte tiene por finalidad presentar y analizar las obligaciones y tareas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha impuesto al Estado de Chile en las diversas sentencias en que nuestro país ha sido parte. Así, se analiza el cumplimiento de las sentencias Olmedo Bustos y otros v. Chile; Palamara Iribarne vs. Chile; Claude Reyes y otros vs. Chile; Almonacid Arellano y otros vs. Chile; y Atala Riffo y niñas vs. Chile.

***

1. Introducción

La finalidad de este apunte es presentar y analizar las obligaciones y tareas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos[1] ha impuesto al Estado de Chile

Nota 1: Este texto se basa parcialmente en la tesis para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales de la autora Macarena Aguayo y que fue dirigida por el autor Raúl F. Campusano.
Nota 2: El autor Raul F. Campusano desea expresar lo siguiente: En el número anterior de *Actualidad Jurídica* (enero 2013) en el artículo "El Aporte del Derecho Blando a la Actividad Minera en el Siglo XXI: Aspectos Sociales y Ambientales" por error del autor unos párrafos del capítulo 3y que proceden de un texto del MMSD, carecen de las comillas propias de las citas. Sin perjuicio de lo anterior, el texto base es mencionado explícitamente en el texto, y aparece en la bibliografía del artículo. El autor informó de esta situación al Director Ejecutivo del MMSD de la época y a las autoridades de la facultad.

[1] La Corte se encuentra establecida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la que fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron dicha Convención, que entró en vigor el 18 de julio de 1978. Cabe señalar que Chile forma parte del Sistema Interamericano desde 1889, año en que se realizó la Primera Conferencia Internacional Americana, en Washington, D.C. La delegación chilena al firmar la convención dejó la misma sujeta a una posterior aprobación parlamentaria, conforme a la legislación nacional vigente. Siendo finalmente aprobada por el Congreso Nacional el 14 de agosto de 1990 y ratificada el 21 de agosto de 1990, conforme al Artículo 74.2 de la Convención, mediante el depósito

Actualidad Juridica 28.indd 351 10-07-13 18:34

en las diversas sentencias en que nuestro país ha sido parte. La Corte Interamericana, dentro su competencia y en el ejercicio de sus funciones, ha conocido cinco casos contra el Estado de Chile. Un elemento común en dichas sentencias es la decisión de la Corte de declarar que el Estado de Chile violó o incumplió alguno de los derechos y deberes generales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de las partes afectadas en cada caso. En dichos procesos, la Corte requiere a Chile la adopción de todas las medidas necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a lo resuelto en cada una de las sentencias.

El Artículo 68.1 de la Convención dispone que los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Además, debe recordarse el principio de derecho internacional *Pacta Sunt Servanda*, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe según lo dispuesto por el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Así, los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir su responsabilidad internacional. Procede, entonces, analizar el alcance de las sentencias y la obligatoriedad de las mismas.

2. Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile).

El 3 de septiembre de 1997 se presenta ante la Secretaría de la Comisión Interamericana una denuncia en contra del Estado de Chile, sometida al conocimiento de la Corte Interamericana mediante demanda el 15 de enero de 1999. En ella se invocaron los artículos 50 y 51 de la Convención, como los artículos 32 y siguientes del Reglamento de la Corte. Esto con la finalidad de que la Corte decidiera si hubo violación a la Libertad de Pensamiento y Expresión y a la Libertad de Conciencia y de Religión, establecidas en la Convención. De igual manera se solicitó a la Corte, como consecuencia de las supuestas violaciones antes mencionadas, declarara que Chile incumplió la Obligación de Respetar los Derechos y el Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno, de la

del instrumento de ratificación en la Secretaría General de la OEA, entrando a regir desde dicha fecha. Chile, junto al depósito, realizó una declaración, en la que resaltó el reconocimiento de competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, destacando de la misma forma el reconocimiento con carácter de obligatorio y de pleno derecho de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención de conformidad a su Artículo 62. Deja constancia que el ejercicio de dicha competencia es conferido a hechos posteriores a la fecha del depósito del instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sean posteriores al 11 de marzo de 1990. De esta manera Chile reconoció competencia contenciosa a la Corte Interamericana. La Convención establece que sus fallos son definitivos e inapelables. En caso de existir desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventas días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Actualidad Juridica 28.indd 352 10-07-13 18:34

misma carta. Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y en particular de los peticionarios, como resultado de "la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película 'La Última Tentación de Cristo', confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile con fecha 17 de junio de 1997".[2]

Luego de realizado el procedimiento ante la Corte y esta última habiendo examinado los antecedentes puestos a su disposición por las partes involucradas en el proceso, resolvió mediante sentencia de 5 de febrero de 2001: que el Estado de Chile violó el Derecho de la Libertad de Pensamiento y de Expresión, en perjuicio de los peticionarios. No violó el Derecho a la Libertad de Conciencia y de Religión, en perjuicio de los peticionarios. Incumplió los Deberes Generales de Respetar los Derechos y Libertades consagrados en la Convención, y el Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno, en conexión con la violación del Derecho a la Libertad de Pensamiento y de Expresión. La Corte ordenó que el Estado chileno debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición de la película en cuestión, debiendo además rendir un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto, dentro del plazo de 6 meses de notificada la sentencia. Debía pagar la suma de US$4.290, como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y representantes en los procesos internos llevados a cabo y en el proceso internacional, los cuales serían pagaderos por conducto de la Comisión Interamericana. La Corte por tanto supervisaría el cumplimiento de la sentencia y sólo después daría por concluido el caso.

La Corte Interamericana, el 28 de noviembre de 2002, emite la Primera Resolución de Cumplimiento de Sentencia, en el ejercicio de su facultad de control. El Estado de Chile presentó una serie de informes, los cuales tenían por finalidad dar cuenta de las medidas adoptadas para dar pronto cumplimiento a lo resuelto por la Corte, así como comunicar el avance de las mismas. Dichos

[2] La Corte observa la falta de diligencia por parte del Estado durante el proceso respecto de las resoluciones emitidas por la mismaCorte, llegando a presentar escritos fuera de los plazos legales, destacando entre ellos el hecho que siendo notificado de la demanda interpuesta en su contra el 27 de enero de 1999, se le informó del plazo para contestar, oponer excepciones preliminares y designar agentes , el cual vencía el 27 de febrero de 1999, pero no fue hasta el 26 de marzo de ese año que el Estado presenta su primer escrito respecto de la contestación, casi un mes después, solicitando en él plazo adicional para realizar su contestación a contar del 27 de marzo. El Estado fue informado que su plazo para contestar se encontraba vencido, y que el mismo para oponer excepciones vencía el 27 de marzo, es decir, al día siguiente de su solicitud, a pesar de ello se le concedió prórroga hasta el 12 de abril de 1999, día en que el Estado manifestó su intención de llegar a un acuerdo, por lo que el plazo se extendió hasta el 24 de abril de 1999. Luego de una serie de escritos presentados extemporáneamente a la Corte, el Estado presenta formalmente la contestación a la demanda recién el 2 de septiembre de ese año. La Corte el 9 de noviembre de 1999 resuelve finalmente rechazar el escrito de contestación por ser manifiestamente extemporáneo. Es decir, el Estado de Chile durante el proceso no contó con la contestación de la demanda, trayendo las consecuencias procesales para su defensa que ello implica.

Actualidad Juridica 28.indd 353 10-07-13 18:34

informes fueron presentados en el período comprendido entre el 7 de agosto de 2001 y el 19 de marzo de 2003, siendo estos observados por las víctimas y la Comisión Interamericana, quienes hicieron hincapié en el incumplimiento del punto resolutivo N ° 4, referente a la modificación del ordenamiento jurídico interno para suprimir la censura cinematográfica previa, permitiendo la exhibición de la película del caso.

En su Primer Informe, de 7 de agosto de 2001, el Estado señala que el Congreso Pleno había aprobado el Proyecto de Reforma Constitucional destinado a consagrar el Derecho a la Libre Creación Artística y eliminar la censura cinematográfica. Informando que el Ejecutivo había enviado al Congreso Nacional un Proyecto de Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, el cual se encontraba en su primer trámite constitucional y que el Consejo de Producciones Cinematográfica había comenzado a recalificar algunas producciones cinematográficas anteriormente rechazadas.[3] En su Segundo Informe, de 16 de febrero de 2002, el Estado se hace cargo de todos los trámites realizados anteriormente, y de acuerdo a lo solicitado por la Corte, señala que realizaría todas aquellas gestiones pertinentes para convertir en ley a la brevedad posible el Proyecto de Calificación Cinematográfica.

En el Tercer Informe, de 22 de abril de 2002, se indicaron los avances en cuanto a las medidas adoptadas, las cuales fueron observadas por las víctimas, señalando una vez más que no se había dado cumplimiento a ninguno de los presupuestos del numeral 4° de la parte resolutiva de la mencionada sentencia, el avance en tal sentido no había sido sustancial, siendo después apoyado tal argumento por la Comisión.

En el Cuarto Informe, de 20 de agosto de 2002, el Estado confirma que el Proyecto de Ley sobre Calificación de Producción Cinematográfica había sido aprobado por el Senado el 10 de julio de 2002, debiendo pasar al siguiente trámite legislativo ante la Cámara de Diputados.[4]

---

[3] Mediante escritos posteriores, tanto los requirentes como la Comisión solicitaron a la Corte que declarara que el Estado no había adoptado las medidas necesarias para modificar el ordenamiento jurídico interno, reiterando lo resuelto por la Corte en su sentencia, pidiendo conjuntamente la adopción de medidas provisionales, las cuales fueron rechazadas por la Corte. El Estado comunicó sobre la publicación en el Diario Oficial de la Reforma Constitucional que eliminó la censura cinematográfica, sustituyéndola por un Sistema de Calificación para la exhibición de la producción de la película del presente caso.

[4] Los requirentes observaron nuevamente el incumplimiento al punto resolutivo N° 4, exponiendo que no se había dado curso a las solicitudes para permitir la exhibición de la película, junto a una excesiva dilación del proyecto de ley mencionado, lo cual agravaba los perjuicios experimentados por las víctimas. Posteriormente fueron aportados los oficios del Congreso Nacional, donde constaba la aprobación a las reformas legislativas en relación a la censura previa. La Corte, después del análisis realizado a los informes presentados y las observaciones, resuelve reiterar al Estado su deber de tomar todas las medidas necesarias para dar efecto y pronto cumplimiento a la sentencia del caso, debiendo éste presentar antes del 30 de marzo de 2003 un nuevo informe, detallando los avances legislativos del proyecto de Ley sobre Calificación de Producción Cinematográfica, pudiendo las partes hacer observaciones al mismo, en el plazo de 2 meses de notificada la resolución.

Actualidad Juridica 28.indd 354 10-07-13 18:34

La Corte emite su Segunda Resolución el 28 de noviembre de 2003, señalando que mediante la resolución de 28 de noviembre de 2002 la Corte había reiterado el deber del Estado de dar cumplimiento a la sentencia. Por ello en el Quinto Informe y su Adicional, el Estado informó que el proyecto de Reforma Constitucional había sido promulgado e incorporado a la Constitución Política el 25 de agosto de 2001, siendo además publicada y entrado en vigencia la Ley Nº 19.846 sobre Calificación Cinematográfica. Conjuntamente fue recalificada la cinta "La última tentación de Cristo" siendo exhibida el 11 de marzo de 2003.

Los requirentes señalaron que de acuerdo a la propia Ley Nº 19.846, aún faltaba su Reglamento, ya que había transcurrido el plazo para ser dictado. Agregando que el mismo era de especial transcendencia, ya que regulaba y determinaba el contenido de la legislación. Ante lo cual, el Estado confirmó que el mismo había sido aprobado el 11 de julio de 2003, con ello había dado por cumplido lo establecido en el numeral 4° de la sentencia. Los requirentes, dentro del plazo establecido, reconocieron dicho cumplimiento, ya que el Estado había modificado el ordenamiento jurídico interno y permitido la exhibición de la película, siendo apoyados por la Comisión. Finalmente la Corte solicitó información sobre el cumplimiento del numeral 5°, referente a las indemnizaciones decretadas, señalando el Estado de Chile que había dado curso al pago de la suma adeudada y solicitó consecuentemente el archivo de la causa.

La Corte resolvió confirmar el cumplimiento por parte del Estado de Chile de los puntos resolutivos números 4° y 5°, fundado en que efectivamente había dado cumplimiento integral a la sentencia de acuerdo al Artículo 68.1 de la Convención. Por ello dio por terminado el caso, ordenando el archivo del expediente. Notificando de esta resolución a las víctimas, representantes, Comisión y al Estado de Chile. Así comunicó su Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en el siguiente período ordinario de sesiones.

3. Caso Palamara Iribarne vs. Chile

El 16 de enero de 1996 se presenta ante la Secretaria de la Comisión denuncia en contra del Estado de Chile, sometida por la Comisión al conocimiento de la Corte Interamericana, presentando demanda el 13 de abril de 2004 . Ella se encuentra basada en la supuesta prohibición de la publicación del libro del Sr. Palamara Iribarne, el 1 de marzo de 1993, titulado *Ética y Servicios de Inteligencia*, "en el cual abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos". Junto a la presunta incautación de los ejemplares del libro, los originales del texto, un disco que contenía su texto íntegro y la matricería electroestática de la publicación, todo efectuado en la sede de la imprenta donde se publicaba el libro; así como la supuesta eliminación del texto íntegro del libro del disco duro de la computa-

Actualidad Juridica 28.indd 355 10-07-13 18:34

dora personal del autor, que se encontraba en el domicilio del Sr. Palamara, y la incautación de los libros que se encontraban en dicho domicilio[5].
La Corte determinó que el Estado de Chile debía permitir la publicación del libro en cuestión; restituyendo todo el material del cual fue privado en las incautaciones; correspondiendo entregar al Sr. Palamara una versión electrónica del libro; realizando las publicaciones de la sentencia en el Diario Oficial, en un diario de circulación nacional, como en un sitio web oficial del Estado; dejando sin efecto las sentencias condenatorias en contra del Sr. Palamara, correspondiendo adecuar el derecho interno a los estándares internacionales en materia de Libertad de Pensamiento y de Expresión, así como en la jurisdicción penal militar limitándola al conocimiento de delitos cometidos por funcionarios en servicio activo, garantizando el debido proceso, estableciendo límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, evitando que bajo ninguna circunstancia un civil sea sometido a ella. Además de deber pagar al Sr. Palamara la cantidad de US$ 8.400, por lo que aquel dejó de percibir por el término anticipado de su contrato como empleado civil a contrata con la Armada; US$ 11.000, por los ingresos dejados de percibir como los gastos realizados por la distribución del libro, US$ 4.000, compensando los gastos incurridos en los procesos penales militares y los gastos de mudanza a consecuencia de la orden de abandonar su residencia fiscal; US$30.000 por daño inmaterial; US$ 4.000 por gastos en la tramitación en procesos nacionales e internacionales, todo pagadero en el plazo de un año.

La Corte dicta la Primera Resolución el 30 de noviembre de 2007. Señalando que cumpliendo lo establecido el Estado presentó una serie de informes entre el 20 de febrero de 2006 y el 12 de noviembre de 2007, los cuales fueron observados por los representantes y la Comisión[6]. Los representantes y la Co-

[5] Según lo indicado por la Comisión, "el Sr. Palamara, oficial retirado de la Armada, se desempeñaba en el momento de los hechos como funcionario civil de la Armada de Chile en la ciudad de Punta Arenas, lo sometieron a proceso por dos delitos de desobediencia, siendo condenado por ello. Posteriormente dio una conferencia de prensa informando lo sucedido, producto de la cual fue procesado y en definitiva condenado por el delito de desacato". La primera sentencia, de 3 de enero de 1995 de la Corte Marcial de la Armada en la Causa Rol Nº 471 lo condenó, por el delito de desacato y mediante las sentencias emitidas por dicha Corte Marcial en la Causa Nº 464 el 3 de enero de 1997 y por el Juzgado Naval de Magallanes, el 10 de junio de 1996, por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares, ello a pesar de haber cumplido las penas antes del pronunciamiento de la Corte. Se llevó a cabo el procedimiento ante la Comisión y la Corte Interamericana. La Corte, usando el Principio del Contradictorio y el de la Sana Critica, valoró los medios de prueba presentados por la Comisión, representantes y el Estado de Chile, resolviendo por sentencia de 22 de noviembre de 2005 que el Estado de Chile violó el Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión, Derecho de Propiedad Privada, Derecho a las Garantías Judiciales, Derecho a la Protección Judicial, Derecho a la Libertad Personal y a las Garantías Judiciales, en perjuicio del Sr. Palamara. Incumpliendo las Obligaciones Generales de Respetar y Garantizar los Derechos y Libertades; de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

[6] Por ello, de conformidad al análisis realizado por la Corte, ella constató que el Estado había dado cumplimiento de forma íntegra a la obligación de publicación del libro del Sr. Palamara, mediante la impresión efectuada en la Imprenta de la Armada de Chile, entregando a la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería 1000 ejemplares, junto a la versión electrónica del libro. También le fue restituido todo el material del que fue privado. Se publicó en el Diario Oficial el 10 de agosto de 2006

Actualidad Juridica 28.indd 356 10-07-13 18:34

misión señalaron que hubo una serie de inconvenientes para acceder a ella, posteriormente este problema fue solucionado y comprobada posteriormente la publicación por parte de la Corte. Se pudo constatar que el Estado de Chile efectivamente había dejado sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias condenatorias, por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares, eliminando los antecedentes penales. De igual manera, había cancelado al Sr. Palamara, las indemnizaciones ordenadas, por la suma total de US$ 57.400, mediante un cheque emitido por la Tesorería General de la República el 28 de diciembre de 2006.[7]

La Corte emite su Segunda Resolución el 15 de diciembre de 2008, donde consta que el Estado realizó la presentación del informe solicitado, el 30 de mayo de 2008, el cual fue observado por los representantes y la Comisión Interamericana. La Corte, con los nuevos antecedentes expuestos, resolvió convocar al Estado, a los representantes y a la Comisión, a una audiencia privada, celebrada en la Sede de la Corte, el 20 de enero de 2009, en ella se entregó información completa y actualizada por parte del Estado de los puntos pendientes de la sentencia, y se recibieron las observaciones de la Comisión y de los representantes de la víctima.

En la Tercera Resolución de la Corte, de 21 de septiembre de 2009, el Estado informó que existía pleno acuerdo en la derogación de la figura del delito de desacato, ya que restringía el discurso público como el rol de la opinión pública, en una sociedad democrática. Restando únicamente definir la manera de derogación del mismo. Los representantes observaron que se había omitido información respecto al tipo penal de "amenazas", las cuales eran incompatibles con los estándares internacionales en materia de Libertad de Expresión. Por ello solicitaron requerir mayor información sobre las medidas adoptadas para derogar y modificar las normas internas referidas a ambos delitos. Por su

y en el diario de circulación nacional "La Nación" el 7 de agosto de 2006, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de la sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutiva de la misma. Si bien se aceptó por la Corte, se hizo presente que la publicación en la sección de "avisos económicos" no era de amplio alcance y la misma publicación se realizó vencido el plazo de 6 meses ordenado en la sentencia. El 28 de septiembre de 2006 se publicó íntegramente la Sentencia en el sitio web oficial del Estado del Ministerio de Relaciones Exteriores sección Derechos Humanos.

[7] La Sra. Stewart, ex cónyuge del Sr. Palamara, informó a la Corte el 7 de julio de 2007 que si bien el Estado de Chile había abonado las sumas fijadas en la sentencia, el Sr. Palamara se negaba a hacerle entrega del dinero que le correspondía en su calidad de beneficiaria, con motivo del sufragio y compensación de los gastos realizados por ella. Ante lo cual los representantes señalaron que se le abonaría la suma adeudada, en el mes de enero de 2008. La Corte insistió en que es una obligación del Sr. Palamara realizar la entrega del dinero adeudado. La Corte mantuvo abierto el procedimiento de supervisión, solicitando la presentación de información actualizada de los puntos pendientes de cumplimiento en cuanto a las reparaciones ordenadas, la modificación y derogación de la legislación interna, en lo pertinente a la Libertad de Pensamiento y de Expresión, junto a la adecuación del ordenamiento jurídico a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, garantizando el debido proceso, así como la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares.

Actualidad Juridica 28.indd 357 10-07-13 18:34

parte la Comisión Interamericana destacó la falta de información específica, suficiente y detallada de las medidas comunicadas.[8]

Los representantes observaron que el trabajo de la CERJM había terminado en diciembre de 2008, sin la presentación de ningún proyecto de ley, esto a pesar de haber excedido los plazos otorgados por la Corte para su cumplimiento. En cuanto a los principios, éstos no se referían a la forma de resolución de los conflictos de competencia con los tribunales civiles, así como tampoco a la restricción de los tribunales militares de conocer casos de violaciones de derechos humanos. La Comisión en tanto apreció los avances del Estado.

La Corte valoró los avances en estudio y elaboración de principios orientadores de la reforma castrense, lamentó que se encontraran recién en etapa inicial a 4 años de emitida la sentencia y que aún no hubiesen avances legislativos sustanciales. Señaló, respecto a los cuestionamientos de los principios formulados, la necesidad de que la reforma abarcara los estándares internacionales sobre jurisdicción castrense y la reparación ordenada en sentencia. Solicitó nuevamente un informe estatal al 29 de enero de 2010, debiendo indicar las providencias adoptadas para cumplir las medidas de reparación ordenadas, así como las observaciones por parte de los representantes y la Comisión, en los plazos de dos y cuatro semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción de dicho informe.

Mediante Cuarta Resolución de 1 de julio de 2011, la Corte resolvió acerca del informe presentado por el Estado en febrero de 2010 respecto a la adecuación de su derecho interno, señaló que existía pleno acuerdo en la derogación de las normas incompatibles mediante la presentación de un proyecto en octubre de 2009, retirado el mismo en septiembre de 2010. Señaló que ingresó un nuevo proyecto de ley, el cual incluía la derogación del delito de desacato. Respecto al delito de amenazas, reconoció que padecía de ciertos problemas técnicos, pero que su aplicación era casi nula, justificando su existencia en la protección de la función pública, evitando el entorpecimiento de la democracia mediante amenazas dirigidas a autoridades, impidiendo así que actúen de manera coaccionada.[9]

[8] La Corte respecto a la información sobre al tipo penal de "desacato" del Artículo 284 del Código de Justicia Militar, resolvió que ella apreciaba la búsqueda de mecanismos de derogación por parte del Estado, pero subrayó que habían transcurrido casi 4 años desde el pronunciamiento de la sentencia sin que se haya informado sobre algún avance sustancial en la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de Libertad de Expresión, y en lo referido a los delitos de amenazas y desacato. El Estado en tanto informó sobre el avance en la tramitación del proyecto de Ley que modificaría la competencia de los tribunales militares y eliminaría la pena de muerte. Además comunicó sobre el establecimiento de una Comisión de Estudios para la Reforma Integral de la Justicia Militar (CERJM), la cual en diciembre de 2008 debía de entregar una propuesta de reforma, incluyendo en ella la modificación del proceso militar basada en diferentes principios y tipos penales militares. Junto con ello, se informó sobre el cronograma de trabajo a seguir y el avance de anteproyecto de reforma para ajustar la legislación castrense.

[9] Agregado que dichas amenazas no pueden ser consideradas como legítimo ejercicio de la libertad de expresión, por tanto tal delito no tiene relación con dicho derecho. Mantuvo por tanto la figura del

Actualidad Juridica 28.indd 358 10-07-13 18:34

La Comisión observó la relevancia de la tramitación de los proyectos de ley mencionados, y en cuanto al delito de desacato, si bien el Estado había remitido documentación sobre la Ley N° 20.477 promulgada el 30/12/2010, en él no se incluía la reforma al Artículo 284, por tanto no había claridad acerca del trámite concreto para su reforma, observando lo mismo respecto del Artículo 264. Por tanto, a pesar del tiempo transcurrido no había avances sustanciales.

La Corte observó que si bien se realizaron propuestas legislativas, a 6 años de la sentencia los delitos aún se encontraban vigentes. Tampoco se había informado de avances sustanciales sobre la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de Libertad de Expresión, debiendo remitir dicha información en su próximo informe, junto con las observaciones pertinentes de la Comisión y los representantes, debiendo estos últimos además informar respecto de los pagos a favor de la Sra. Stewart, ya que en la resolución de 21 de septiembre de 2009 habían indicado que aún se encontraban en conversaciones con el Sr. Palamara, quien señaló que entregaría dichos pagos, pero a febrero de 2010 la Corte no contaba con la información sobre el cumplimiento de dicha obligación, por ello reiteró la necesidad de la misma. Por tanto, a la fecha de hoy la Corte aún mantiene abierto el caso, hasta que el Estado Chile dé pleno cumplimiento a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2005.

4 Caso Claude Reyes y otros vs. Chile

El 8 de julio de 2005 se presenta ante la Secretaría de la Comisión Interamericana denuncia contra del Estado de Chile, sometida al conocimiento de la Corte Interamericana mediante demanda el 17 de diciembre de 1998. En ella se invocaron los artículos 50 y 51 de la Convención, como los artículos 32 y siguientes del Reglamento, esto con la finalidad de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte del Estado de Chile, de la Libertad de Pensamiento y de Expresión, Derecho a la Protección Judicial, en relación a la Obligación de Respetar los Derechos, Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno de la misma, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Longton Guerrero.[10]

delito de amenazas respecto de integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden. Destacando que la descripción del tipo penal, en cuanto a las circunstancias de comisión, es muy precisa, lo cual evitaría su interpretación. Los representantes observaron que el proyecto que derogaba el delito de desacato fue retirado en septiembre de 2010, por lo que aún se encontraba vigente. Respecto al delito de amenazas, éste conservaba una descripción ambigua, sin delimitación clara de su conducta delictiva.

[10] Los hechos expuestos en la demanda habrían ocurrido entre mayo y agosto de 1998, los cuales dicen relación con la supuesta negativa del Estado a brindar a los peticionarios toda la información requerida del Comité de Inversiones Extranjeras (CIE), en correlación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor. El proyecto se basaba en la deforestación, que se llevaría a cabo en la Decimosegunda Región de Chile, lo cual, según lo señalado por el Estado, colocaría en riesgo el medio

Actualidad Juridica 28.indd 359 10-07-13 18:34

La Corte resolvió que el Estado de Chile era responsable por vulnerar el Derecho a la Libertad de Pensamiento y de Expresión, violar el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, en perjuicio de los peticionarios, declarando que la sentencia constituía per se una forma de reparación.

El Estado, en el plazo de 6 meses, debía entregar la información que motivó el caso o en cambio debía adoptar una decisión fundamentada al respecto. Así mismo, en el plazo de seis meses debía publicar una vez en el Diario Oficial y en otro de vasta circulación nacional, los hechos probados, de acuerdo a lo señalado por la Corte. De igual manera, debía adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo su control, garantizando la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado, para la tramitación y resolución de las solicitudes de información. Asimismo debía realizar la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo su control, sobre la normativa que rige este derecho, incorporando los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones y al acceso a dicha información. Debía pagar a los requirentes en el plazo de un año, por costas y gastos en el ámbito judicial interno e internacional, la cantidad total de $ 10.000.000 que se entregaría en partes iguales a los peticionarios de la presente sentencia.

La Corte verificaría el cumplimiento íntegro de esta sentencia, y daría por concluido el caso, una vez que el Estado cumpliera lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado desde la notificación de esta Sentencia, el Estado debía rendir un informe sobre las medidas adoptadas para realizar su cumplimiento. El Juez Abreu Burelli y la Jueza Medina Quiroga hicieron conocer a la Corte su voto disidente conjunto sobre el punto resolutivo segundo. El juez García Ramírez dio a conocer a la Corte su voto concurrente razonado sobre el mismo punto.

La Primera Resolución sobre el cumplimiento de la sentencia se emite el 2 de mayo de 2008, donde consta que el Estado había presentado una serie de informes entre el 23 de febrero de 2007 y el 2 de enero de 2008, los cuales fueron observados por los representantes y la Comisión en cada caso. La Corte, después de haber realizado el análisis de los antecedentes puestos a su disposición, resolvió declarar cumplidas las medidas de reparación ordenadas, ya que el Estado había entregado toda la información solicitada, mediante reunión realizada el 19 de mayo de 1998 entre las partes y la CIE, donde respondió a las consultas y proporcionó la información disponible y autorizada de entregar de conformidad a sus facultades legales en relación al proyecto Río Cóndor. De

ambiente y frenaría el desarrollo sostenible de Chile. La Comisión indicó que tal negativa se dio sin una justificación legal válida, ello sin proporcionar un recurso judicial efectivo, no aseguró el acceso a la información y a la protección judicial.

Actualidad Juridica 28.indd 360 10-07-13 18:34

igual manera, el Estado había realizado las publicaciones ordenadas en el Diario Oficial y en el diario "La Nación" los días 17 y 22 de enero de 2007 y había pagado los gastos incurridos por los peticionarios en los términos establecidos en la sentencia el 25 de junio de 2007.

La Corte reiteró el deber del Estado de cumplir lo ordenado en lo restante de la sentencia. Así como adoptar medidas para garantizar el debido acceso a la información bajo control del Estado, capacitando a los órganos y funcionarios en dicha área. Ya que si bien valoraba la adopción de la nueva Ley de Acceso a la Información Pública Nº 20.285, publicada el 20 de agosto de 2008, que reglamenta la Constitución, señaló que el Estado debía remitir el texto íntegro de ella, así mismo correspondía presentar las observaciones realizadas por los representantes respecto a la ley en cuanto a su Artículo 22 inciso 3º, que dispondría el carácter de secreto o reservado de manera indefinida de ciertos actos y documentos; también de su Artículo 29, que establecería la suspensión de la entrega de información en caso que la autoridad o un tercero afectado reclamara ante la Corte de Apelaciones competente, y del Artículo 1º transitorio de la Ley, el cual presumiría como legítima la legislación sobre secreto y reserva promulgada con anterioridad a la ley. En cuanto a la capacitación de los órganos y funcionarios de dicha área, la Corte apreció las acciones realizadas, requiriendo mayores antecedentes en cuanto al Poder Judicial. Debiendo igualmente referirse a lo observado por los representantes, en relación a revertir la práctica de no respuesta estatal a las solicitudes de acceso a la información pública.

La Corte solicitó al Estado la presentación de un informe a más tardar el 11 de julio de 2008, en el cual debía indicar las medidas adoptadas para cumplir las reparaciones ordenadas pendientes. Así como las observaciones de la Comisión Interamericana y representante de las víctimas, en el plazo de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe.

La Corte emite una Segunda Resolución el 10 de junio de 2008, convocando al Estado, representantes y Comisión a una Audiencia Privada, celebrada el 14 de agosto de 2008 en la República Oriental del Uruguay, donde se obtuvo información sobre el cumplimiento de los puntos pendientes y la recepción de las observaciones de la Comisión y representantes. La Corte emite una Tercera Resolución el 24 de noviembre de 2008, donde el Estado informó los avances del cumplimiento de los dos puntos pendientes, respecto de la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el Derecho de Acceso a la Información bajo el control del Estado, éste informó sobre la promulgación y publicación el 11 y 20 de agosto de 2008 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información de la Administración del Estado, destacando su Artículo 10, el cual consagra el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado y establece, entre otros, los principios de: Relevancia, Apertura y Transparencia, Máxima Divulgación,

Actualidad Juridica 28.indd 361 10-07-13 18:34

Facilidad, Oportunidad, Control, Responsabilidad y Gratuidad. Así mismo informó sobre el procedimiento establecido en dicha ley, y el procedimiento para ejercer tal derecho, los recursos disponibles, sobre el Consejo para la Transparencia, su funcionamiento y facultades, por ser la entidad creada por la ley como corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con facultades de protección y promoción del derecho de acceso a la información.[11]

La Corte apreció la promulgación y publicación de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, que reglamenta el Artículo 8º de la Constitución Política de Chile y establece el procedimiento para garantizar el acceso a la información bajo el control del Estado, información que fue aportada por las partes. El Tribunal por tanto concluyó que el Estado cumplió con la obligación de adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el Artículo 2º en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación a la obligación de capacitar a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender solicitudes de acceso a la información, el Estado informó sobre acciones de capacitación realizadas por la Agencia para la Probidad y la Transparencia, como seminarios y capacitaciones, siendo aprobados recursos para iniciar planes quincenales y anuales, basados en el Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado.

Después de haber revisado los antecedentes y las observaciones de las partes, la Corte decidió dar por concluido el caso Claude Reyes y otros, en razón de que el Estado de Chile dio cumplimiento íntegro a lo ordenado en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 19 de septiembre

[11] En las observaciones formuladas por los representantes ellos señalaron que el Artículo 22.3 dispone la reserva temporal indefinida de acceso a la información, sobre ciertos supuestos relacionados con la seguridad nacional, lo fundamenta como una medida razonable, ya que cumple con el Principio de Legalidad acorde con la Convención Americana y que persigue un fin legítimo, como lo es la seguridad nacional, siendo la "reserva indefinida" un caso excepcional en la ley. En cuanto al Artículo 29, el cual suspende la entrega de información, en caso de que se recurra una decisión del Consejo para la Transparencia ante la Corte de Apelaciones competente, afirma que dicha medida se relaciona con la protección debida de terceros a quienes la posible entrega de información les podría afectar, ya que si existe un recurso pendiente sobre la procedencia de la entrega de la información solicitada, resulta natural el estado de *statu quo* de ella, hasta que el mismo haya sido decidido. Por último el Artículo 1 transitorio, que presume como legítima la legislación sobre secreto y reserva promulgada con anterioridad a la Ley, se indica que con ello se trata se subsanar un requisito formal de dichas normas de secreto, las cuales no fueron adoptadas con quórum calificado, como se exige desde la reforma constitucional de 2005, no pudiendo derogarse orgánicamente, debiendo por tanto ser visto caso a caso. Los representantes en tanto, consideraron la entrada en vigencia de la Ley como un cambio radical, reiterando sus aprensiones en los Artículos 22.3 y 1 transitorio, debiendo de ser considerado, pero no ser entendido, como una condición de cumplimiento del fallo. Por su parte la Comisión valoró los avances y relaciones entre las partes.

Actualidad Juridica 28.indd 362 10-07-13 18:34

de 2006, ordenando con ello el archivo del expediente. Se comunicó de dicha Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su siguiente período ordinario de sesiones por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2008.

5. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile

El 15 de septiembre de 1998 se presenta ante la Secretaría de la Comisión Interamericana denuncia contra el Estado de Chile, sometida al conocimiento de la Corte Interamericana por demanda el 11 de julio de 2005. Los hechos expuestos por la Comisión se refieren a la presunta falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del Sr. Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley Nº 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como a la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.[12]

[12] El Estado presentó un escrito mediante el cual interpuso excepciones preliminares, contestó la demanda y remitió sus observaciones al escrito de solicitudes y argumentos. La Corte recibió declaraciones de testigos y peritos, citó a una audiencia pública para escuchar sus alegatos finales orales sobre las excepciones preliminares y eventuales de fondo, resolviendo el rechazo de ellas. Los hechos probados y contextualizados a la época de los mismos señalan que el Sr. Almonacid estaba casado con la Sra. Gómez Olivares, con quien tuvo 3 hijos. Se desempeñaba como profesor de enseñanza básica, militante del partido comunista, era candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio. Fue detenido el 16 de septiembre de 1973, en su domicilio, por Carabineros de Chile, quienes le habrían disparado, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleciendo en el Hospital Regional de Rancagua el 17 de septiembre de 1973. La Corte recibió las declaraciones de testigos y peritos, citó a una audiencia pública donde escuchó los alegatos finales orales sobre las excepciones preliminares y eventuales de fondo, reparaciones y costas. Señalando al respecto que podía inferir de acuerdo a lo expuesto la existencia de otra objeción como lo es la falta de agotamiento de los recursos internos, si bien el Estado no la interpuso, la Corte igualmente se referiría a ella. En cuanto a la primera excepción de la supuesta incompetencia *ratione temporis* de la Corte para conocer del presente caso. El Estado argumentó que había realizado el depósito del Instrumento de Ratificación de la Convención, reconociéndole competencia a la Corte Interamericana, el 21 de agosto de 1990, por tanto ella dice relación con hechos posteriores a la fecha del depósito o a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Mas el delito de homicidio del Sr. Almonacid ocurrió el 17 de septiembre de 1973, por tanto se localiza en la declaración de incompetencia *ratione temporis*, por haber ocurrido antes del 11 de marzo de 1990. Además "la investigación criminal constituye un todo único, continuo y permanente en el tiempo", que "no es susceptible de ser parcializado, dividido o escindido, ni siquiera material o formalmente". Por tanto, ya que por el principio de ejecución de la supuesta violación es anterior al reconocimiento de competencia de la Corte, fundado en el proceso de investigación por la muerte del señor Almonacid Arellano se inició en el mes de septiembre de 1973 y las acciones judiciales intentadas por los familiares con posterioridad a 1990 no tienen el carácter de "hechos independientes". La Comisión y los representantes, contradiciendo al Estado, señalaron que la Corte sí era competente para conocer de los hechos, que según su análisis tuvieron principio de ejecución con posterioridad al reconocimiento de la competencia. Esos hechos básicamente se refieren a tres aspectos, el primero respecto a la anuencia de competencia a la jurisdicción militar en detrimento de la jurisdicción civil, el segundo, respecto a la vigencia del Decreto Ley Nº 2.191 con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención Americana en Chile, y el tercero respecto a la aplicación de ese Decreto Ley en el caso, por parte de las autoridades judiciales militares. Todas estas supuestas infracciones cometidas en perjuicio de los familiares del Sr. Almonacid. Ni la Comisión ni los representantes solicitaron que la Corte se pronunciara sobre el fallecimiento del señor Almonacid Arellano, ni señalaron ninguna equivocación de tipo procesal u otro caso acaecido previamente a la fecha de ratificación de la Convención, sino en relación "sobre la denegación de justicia recaída en la

Actualidad Juridica 28.indd 363 10-07-13 18:34

La Corte determinó la responsabilidad del Estado de Chile por incumplir sus obligaciones derivadas de los Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. También vulneró el Derecho a las Garantías Judiciales y Protección Judicial, en perjuicio de la Sra. Gómez y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez, al intentar amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad mediante el Decreto Ley Nº 2.191, el cual a consecuencia de los hechos es incompatible con la Convención Americana, por tanto carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado. La Corte declaró que la sentencia constituía en sí misma una forma de reparación.[13]

La Corte emite su Primera Resolución el 18 de noviembre de 2010, donde, cumpliendo lo ordenado en sentencia, el Estado presentó una serie de informes entre el 5 de junio de 2007 y el 23 de agosto de 2010, los cuales fueron observados sólo por la Comisión, ya que los representantes no hicieron uso de ese derecho a pesar de las reiteradas solicitudes en tal sentido. La Corte después de haber realizado análisis de los antecedentes puestos a su disposición, resolvió que el Estado había dado cumplimiento total al reintegro de las costas y gastos, con fecha 30 mayo de 2007, mediante depósito en la cuenta del Banco Estado de la Sra. Gómez, de igual manera había realizado la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, el 14 y 13 de mayo de 2007, respectivamente.

investigación de dicho delito". La Corte resolvió pronunciarse sobre los hechos señalados referentes a la competencia de la jurisdicción militar en desmedro de la jurisdicción civil, como la aplicación de la Ley de Amnistía, a hechos acontecidos con posterioridad al 21 de agosto de 1990. La Corte rechazó el argumento de la Comisión, en lo referido a las omisiones en la investigación sobre los responsables del homicidio del caso, ya que no fueron determinados los hechos, ni la fecha de ellos. En cuanto a la vigencia del Decreto Ley Nº 2.191, la Corte dijo no ser competente para referirse a su aplicación y vigencia desde su creación en 1978, sino desde que Chile suscribe la Convención en 1990, por tanto desde entonces le es aplicable la obligación de modificar su legislación interna conforme al Artículo 2 de dicho Tratado, teniendo por tanto la Corte competencia desde entonces. Por todos los argumentos anteriormente señalados, la Corte rechaza la primera excepción preliminar de Competencia de la Corte *Ratione Temporis*. La segunda excepción preliminar interpuesta dice relación con las supuestas violaciones procesales durante la tramitación del caso ante la Comisión, transgrediendo el derecho del Estado a ser oído. Este último señaló al respecto que hubo varios problemas, uno al momento de notificarlo del Informe de Fondo, el cual estaba incompleto, y respecto de los plazos otorgados para su respuesta. Entre otros argumentos, señaló el envío apresurado del caso por la Comisión Interamericana a la Corte, sin tomar en cuenta las medidas adoptadas e informadas por el Estado y en consecuencia tal decisión habría sido tomada con anterioridad a la presentación del Informe Estatal, puesto que previo a él la Comisión ya había solicitado mayores antecedentes a los representantes.

[13] Decide la Corte que debe el Estado asegurar que el Decreto Ley Nº 2.191 no siguiera representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones sobre los hechos que rodearon el fallecimiento del Sr. Almonacid y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables. Asimismo el Estado debía cerciorarse que dicho decreto no siguiera representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento, como la eventual sanción de los responsables de otras transgresiones similares acontecidas. Al Estado le correspondía cancelar US$ 10.000 a la Sra. Gómez, por concepto de reintegro de costas y gastos, dentro de un año, desde la notificación de la sentencia. Debía realizar una sola vez la publicación de los hechos probados y de lo resuelto por la Corte en la sentencia, en el Diario Oficial y en otro de amplia circulación nacional, dentro de los seis meses de notificada la misma. La Corte además solicitó al Estado la presentación de un informe sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la sentencia, dentro del plazo de un año, desde la notificación.

Actualidad Juridica 28.indd 364 10-07-13 18:34

Pero la Corte decidió mantener abierto el procedimiento de supervisión debido a que se encontraba pendiente aún la investigación, identificación, juzgamiento, en su caso, sanción a los responsables del fallecimiento del Sr. Almonacid, así como el deber de asegurar que el Decreto Ley Nº 2.191 no siguiera representando un obstáculo para las investigaciones. El Estado informó que había dejado sin efecto las resoluciones y sentencias que sobreseyeron la causa por aplicación del Decreto Ley de Amnistía, remitiendo el expediente a la jurisdicción ordinaria y decretando la reapertura de la investigación en octubre de 2007. Finalmente envió copia del proyecto de ley de reforma al Código de Justicia Militar.[14]

La Corte señaló que había coincidencia en los dichos de las partes, respecto con que en fecha 11 de abril 2005 la Comisión había transmitido el Informe de Fondo al Estado, otorgando plazo hasta el 11 de junio de 2005 al Estado para que informara sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. Sin embargo, el Estado alegó que el informe recibido se encontraba incompleto. La versión completa del informe fue recibida el 12 de mayo de 2005. Esto motivó que el 24 de junio de 2005 el Estado solicitara prórroga al plazo establecido, sugiriendo se le concediera hasta el 8 de julio de 2005. La Comisión Interamericana comunicó al Estado el 27 de junio de 2005 que concedía la prórroga solicitada hasta el 1 de julio de 2005, ante lo cual el Estado presentó su informe de cumplimento de las recomendaciones el 11 de julio de 2005.

La Corte señaló que existían dos plazos, el primero, donde el Estado debía presentar su informe de cumplimiento, con vencimiento el 1 de julio de 2005, y el segundo plazo, que era donde la Comisión debía someter el caso a la Corte, el cual vencía el 11 de julio de 2005. El Estado confundió los plazos, siéndole aplicable el del 1 de julio de 2005, por ello la Corte estima que la presentación de dicho informe

[14] La Corte lo consideró como principio de cumplimiento de la sentencia, quedando a la espera de la información sobre el proceso penal en curso, la cual debía abarcar la observancia de los criterios establecidos por la Corte, respecto a la forma requirió antecedentes sobre las medidas tomadas por las autoridades correspondientes. De igual manera indicó que aún se encontraba pendiente el asegurar que el Decreto Ley Nº 2.191 no continuara representando un obstáculo para las investigaciones, ya que si bien el Estado había destacado dos iniciativas de reformas legislativas, una de ellas referida a la ley interpretativa del Artículo 93 del Código Penal, el cual establecía las causales de extinción de responsabilidad penal y la otra referida a armonizar la no aplicación del Decreto Ley Nº 2.191. La Corte estimó necesario que el Estado explicara cómo ellas permitirán garantizar que dicho decreto no fuera aplicado por órganos o autoridades internas en la investigación y sanción de otras transgresiones similares a las acontecidas en el caso. Por ello reiteró que el Estado adoptara todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a los puntos pendientes, debiendo presentar a más tardar al 30 de marzo de 2011 un informe con información pormenorizada sobre los puntos pendientes de acatamiento. Ante lo cual los representantes y la Comisión debían presentar sus observaciones. Por lo tanto la Corte mantuvo abierto el procedimiento hasta el cumplimiento de la sentencia. Respecto a las excepciones preliminares, ellas fueron interpuestas por el Estado en cuanto a dos aspectos, el primero de ellos en relación a la supuesta incompetencia *ratione temporis* de la Corte para conocer del caso y la segunda de ellas por una supuesta violación procesal durante la tramitación del caso ante la Comisión, la cual habría violado el derecho del Estado a ser oído.

Actualidad Juridica 28.indd 365 10-07-13 18:34

fue extemporánea y que el actuar de la Comisión se ajustaba a las normas.[15] Respecto de la solicitud de antecedentes de la Comisión a los representantes, la Corte señaló que tal hecho no había ocurrido, ya que el cuestionado correo electrónico es una comunicación de 24 de junio de 2005, donde los representantes dan respuesta a la información solicitada por la Comisión el 20 de junio de 2005, de acuerdo al Artículo 43.3 del Reglamento de la Comisión. Por ello la Corte decidió desestimar la segunda excepción preliminar sobre las supuestas violaciones procesales durante la tramitación del caso ante la Comisión.

En cuanto a la excepción concluida por la Corte en relación a la falta de agotamiento de los recursos internos, la cual no fue expuesta por el Estado, sino dejándola entrever al señalar que "los representantes de los familiares de la víctima, quienes tenían la calidad de querellantes particulares, no interpusieron los recursos de que disponían para llevar la definición de esta materia ante la Corte Suprema de Justicia de Chile". Por ello la Corte reiteró su criterio al señalar que dicha excepción era una cuestión de admisibilidad, debiendo el Estado indicar los recursos internos que debieron haber sido agotados y la efectividad de ellos. Asimismo la excepción debía plantearse ante la Comisión, en la etapa de admisibilidad, en caso contrario se presumía que el Estado renuncia tácitamente a ella. Además el Estado demandado podía renunciar a dicha excepción expresa o tácitamente. Pero en el caso, el Estado no invocó dicha excepción cuando debía de hacerlo, la Corte por ello entendió que había renunciado a ella en virtud del Principio del Estoppel, basándose en ello denegó el argumento estatal y procedió a reiterar su jurisprudencia desestimando tal excepción.[16]

[15] No afectando el hecho de que la transmisión integra del informe se efectuara el 12 de mayo 2005, ya que la Comisión había considerado aquello otorgando extensión al plazo hasta 11 de junio al 1 de julio de 2005. Respecto a la consulta realizada el 17 de octubre de 2005 por la Comisión al Estado, para iniciar el procedimiento de solución amistosa, cuando a dicha fecha el caso estaba siendo visto por la Corte, si bien es incomprensible, éste no influye en seguir considerando la presentación del informe extemporáneo.

[16] El Principio del Estoppel establece que un Estado no puede afirmar en su favor el no agotamiento de los recursos ante la Corte cuando no lo ha hecho valer previamente ante la Comisión Interamericana, como excepción preliminar de incompetencia en razón de una supuesta falta de agotamiento de recursos internos. Por lo tanto, la Corte Interamericana ha señalado que no le corresponde pronunciarse más allá, sólo reiterar su jurisprudencia, en la cual se afirma que si la excepción de no agotamiento de los recursos internos no es interpuesta oportunamente, se ha perdido la posibilidad de hacerlo. Señalado "De esta manera, los actos de reconocimiento realizados durante el trámite de una petición ante la Comisión resultan necesariamente relevantes para la determinación de la aplicación del Principio de Estoppel respecto de posiciones contrarias alegadas durante el procedimiento del caso ante la Corte. Esto es así ya que, de conformidad con el Artículo 61.2 de la Convención Americana, no puede iniciarse un proceso ante la Corte Interamericana sin que previamente se haya tramitado ante la Comisión Interamericana y agotado los procedimientos previstos en los Artículos 48 a 50 de dicho instrumento. Consecuentemente, la controversia que somete la Comisión a la jurisdicción de la Corte se debe ceñir a lo señalado en el informe contemplado en el Artículo 50 de la Convención. Por lo tanto, si la controversia planteada ante el Tribunal se basa necesariamente en dicho informe, fundamentado en ciertos actos de reconocimiento realizados por el Estado durante el procedimiento ante la Comisión, aquél no puede posteriormente negar el efecto jurídico que tienen dichos pronunciamientos en la determinación de la controversia que plantee la Comisión ante la Corte".

Actualidad Juridica 28.indd 366 10-07-13 18:34

6. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile

El 24 de noviembre de 2004 se presentó una petición ante la Comisión Interamericana por la Señora Karen Atala Riffo, quien estaba legalmente representada. El 17 de septiembre de 2010 la Comisión presentó demanda contra el Estado de Chile, habiendo aprobado previamente el informe de admisibilidad el 23 de julio de 2008. En la demanda se atribuyó responsabilidad internacional del Estado al violar la Convención Americana por el trato discriminatorio e interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la Sra. Atala por su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. De igual manera se alegó la inobservancia del interés superior de las niñas, cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios. En su escrito de contestación, el Estado negó toda responsabilidad en los hechos alegados, presentados por la Comisión y los representantes.

La Corte resolvió que el Estado de Chile era responsable por la violación de varias disposiciones de la Convención Americana, como el Derecho a la Igualdad y la No Discriminación, en perjuicio de la Sra. Atala, el Derecho a la Igualdad y la No Discriminación en perjuicio de las niñas M., V. y R, por violar el Derecho a la Vida Privada de la Sra. Atala. Por la violación del Artículo 11.2 y 17.1, en relación con el Artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de la Sra. Atala y de las niñas M., V. y R.

Se determinó así mismo la responsabilidad del Estado por violar el Derecho a ser Oído de las niñas M., V. y R y la violación de la Garantía de Imparcialidad, respecto a la investigación disciplinaria de la Sra. Atala. La Corte resolvió que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Juzgado de Menores de Villarrica no habían violado la Garantía Judicial de Imparcialidad. La Corte dispuso en la sentencia que ella constituía una forma de reparación, debiendo el Estado proporcionar inmediatamente atención médica y psicológica o psiquiátrica a las víctimas que así lo soliciten para su rehabilitación, ellas serán atendidas gratuitamente en sus instituciones destinadas a ello de manera adecuada y efectiva.

De igual manera, el Estado debe proceder a la publicación de la sentencia, dentro de los 6 meses desde su notificación, en el Diario Oficial una sola vez el resumen de ella y en otro diario de amplia circulación nacional su texto íntegro, además debe estar disponible durante un año en un sitio web oficial. El Estado debe realizar un Acto Público de Reconocimiento de Responsabilidad Internacional por los hechos del caso, debiendo hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas, contando con la participación de las víctimas (que así lo deseen) como de las organizaciones que las representaron nacional e internacionalmente. Para su ejecución corresponde consultar previamente a los representantes dentro de un año desde la notificación de la sentencia. En necesaria la asistencia de autoridades estatales de alto rango, determinadas por

Actualidad Juridica 28.indd 367 10-07-13 18:34

el Estado, como representación del Poder Judicial en dicho acto. Así mismo, mantener los programas y cursos de educación

El Estado debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación en materia de derechos humanos, orientación sexual y no discriminación. Se debe hacer especial mención en dichos programas de la sentencia. La capacitación será dirigida a funcionarios públicos de diferentes áreas regionales y nacionales, incluyendo los escalafones de la rama judicial. Al Estado le corresponde pagar indemnización por daño material e inmaterial, reintegrando costas y gastos incurridos, US$ 10.000 por los gastos en atención médica y psicológica, incurridos por la Sra. Atala, adicionalmente a ello US$ 20.000 más para la Sra. Atala y de US$ 10.000 para cada una de las niñas M., V. y R. por concepto de indemnización por daño inmaterial.

El Estado debe informar a la Corte dentro de un año de notificada la sentencia del avance en el cumplimiento de la misma. En tanto la Corte supervisará la misma, hasta que se realice su total ejecución, realizado aquello cerrará el caso.[17]

A raíz del fallo el Ministerio de Justicia emitió un comunicado en que se destaca el compromiso permanente del Estado de Chile en el respeto de los derechos humanos, como en el cumplimiento de la sentencia pronunciada. De igual manera hace hincapié en que el ordenamiento jurídico chileno no es discriminatorio y que el caso corresponde a una sentencia específica, la cual se aparta de los estándares de la Corte, en particular la sentencia de 2004, donde la tuición de las menores del caso fue entregada al padre. Reforzando su posición el hecho que la Corte desestimó modificar el ordenamiento jurídico interno.

Por su parte la Corte Suprema mediante su vocero Sr. Jaime Rodríguez Espoz señaló que en este caso el demandado y condenado no fue el Poder Judicial, sino el Estado de Chile. Respecto al acto de desagravio, no confirmó su asistencia, ya que tal decisión sería considerada en su oportunidad, al señalar que "Ahí habrá que coordinarlo y en ese momento se resolverá quiénes asisten a

[17] La importancia del caso radica en lo razonado por la Corte Interamericana, respecto 1) a los alcances del Derecho a la Igualdad y la No Discriminación; 2) la orientación sexual como categoría protegida por el Artículo 1.1 de la Convención Americana; 3) si había existido en el caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual; y 4) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación. Destacando entre ellos el interpretar la "orientación sexual" como una garantía protegida por el Artículo 1.1 de la Convención Americana incluyéndola en "cualquier otra condición social". El artículo no es taxativo, sólo enunciativo, recogiendo así la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que éste señala que los Tratados de Derechos Humanos deben ser interpretados evolutivamente en relación al Artículo 29 de la Convención Americana y la Convención de Viena. Así mismo, la Corte se refirió a las resoluciones emitidas por diferentes organismos internacionales, entre ellos la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Por ello prohíbe cualquier forma de discriminación por orientación sexual e identidad de género. Este último caso ha generado gran repercusión en los diferentes sectores del Estado y en la opinión pública, debido al contenido de la sentencia, donde finalmente resulta condenado el Estado de Chile por su responsabilidad internacional al vulnerar el Derecho a la Igualdad y la No Discriminación de la Sra. Atala, con motivo de su orientación sexual.

Actualidad Juridica 28.indd 368 10-07-13 18:34

ese acto, quienes no. La verdad es que nosotros no tenemos esa iniciativa. Si el Poder Ejecutivo nos invita, evaluaremos la posibilidad de asistir o no, según la circunstancia, pero yo no puedo darle una respuesta en este momento anticipada, porque también es probable que el Ejecutivo haga un acto por su cuenta independiente del Poder Judicial".

Días después de dichas declaraciones, el Gobierno a través de su Ministro de Justicia Sr. Teodoro Ribera y la Cancillería, informaron que serían los encargados de comenzar las comunicaciones con la Sra. Atala y sus representantes, para dar cumplimiento a la sentencia, partiendo con el ofrecimiento formal de asistencia médica y psicológica. Así mismo, informó que prepararían, de la mejor manera, la forma en que se llevaría a cabo el acto ordenado por la Corte, invitando a aquel a un alto representante del Poder Judicial. Finalizando en que la interposición de un recurso de aclaración dependía de la respuesta de las víctimas y la interpretación que ellas en su caso requirieran. Cabe señalar que se realizó la publicación de la sentencia como lo ordenó la Corte, comenzando de esta manera su cumplimiento.

En el mes de octubre de 2012 el Presidente de la Corte Suprema se reunió con la jueza Sra. Atala, confirmando su asistencia personal al Acto de Desagravio ordenado por la Corte Interamericana, en atención a que ella es una jueza de la Republica, e indicando que con posterioridad se decidiría cuáles otros miembros del Poder Judicial asistirían.

Por su parte, el padre de las menores del caso, Sr. Jaime López, expresó su total rechazo a la sentencia de la Corte, donde sus 3 hijas fueron declaradas "víctimas", señalando que nunca fueron consideradas a lo largo del proceso, sólo al final fueron escuchadas 2 de sus hijas, mediante una diligencia sin las garantías necesarias para su realización. Así mismo enfatizó que una de sus hijas no fue entrevistada, quien además no se considera víctima en el caso, por ello dirigió una Carta a la Corte Interamericana, la cual no fue respondida. Finalmente señala que tanto particulares como el Estado guardan silencio frente a esta situación. Cabe señalar que el Sr. Jaime López solicitó formalmente la participación de sus hijas en el proceso, representándolas legalmente en su calidad de padre, así mismo requirió incorporarse en el proceso como tercero interviniente y solicitó la nulidad de todo lo actuado ante la Comisión y la Corte, lo cual fue rechazado por la Corte, ya que se argumentó no estaba legitimado para actuar en el proceso.

Los representantes de la Sra. Atala destacaron la importancia a nivel internacional del fallo, al haber sido considerada la orientaron sexual y la identidad de género como una categoría prohibida para poder discriminar por parte de los Estados. Como también el dar la calidad de "familia" a aquella compuesta por las hijas y pareja del mismo sexo de la Sra. Atala. De igual manera res-

Actualidad Juridica 28.indd 369 10-07-13 18:34

pondieron a los dichos del Sr. López señalando que las menores sí estaban en conocimiento del proceso y por ello dos de ellas habían declarado de manera secreta para su protección.

Los abogados de la Sra. Atala y del Sr. López marcaron sus posiciones frente a la validez del fallo. El abogado Sr. Álvaro Ferrer considera la sentencia nula de acuerdo con tres argumentos. El primero de ellos dice relación a que la sentencia fue pronunciada con grave vulneración del debido proceso, ya que desde el inicio del proceso en 2008 las menores nunca fueron notificadas de aquel, siendo que eran consideradas partes, por lo cual no pudieron hacer ejercicio efectivo de sus derechos. Lo anterior, marcado por el hecho que la audiencia donde fueron citadas se realizó sólo 17 días antes del pronunciamiento del fallo de la Corte. En segundo lugar, se violó su derecho a ser oídas, ya que dicha diligencia se realizó sin la presencia de alguna persona que velara por sus derechos, si no que con la presencia de la psiquiatra presentada como perito por la Sra. Atala. Además para calificar de víctimas a las menores es considerada dicha audiencia, la cual fue secreta, y se desconoce la veracidad de tales declaraciones. El tercer argumento se basa en que la calificación de víctima se presume, aunque no se les haya oído por razones de fuerza mayor, según la Corte. Recalcando que ello no existió, ya que una de los menores envió una carta, la cual no fue respondida, ni señalada en el fallo de la Corte, donde expresamente señalaba que no se consideraba víctima.

En tanto el abogado Sr. Jorge Contesse señala que esos dichos no tienen asidero, que la sentencia es contra el Estado de Chile, y no contra el padre, que actúo de manera discriminatoria por medio de una decisión de la Corte Suprema. Dicho fallo se basó en estereotipos. La importancia del fallo dictado por la Corte Interamericana radica en la decisión de declarar como categoría protegida en la Convención la orientación sexual e identidad de género. En segundo término indicó que existen diferentes tipos de familias, todas ellas deben ser protegidas por el Estado, sin diferenciar unas de otras. Para que una mujer pueda realizarse junto a sus hijas, sin postergar elementos esenciales de su personalidad. En tercer término fundamentar una decisión judicial basada en el interés superior del niño no es suficiente. Dicho principio debe tener conexión en cómo uno de los padres es una mejor opción sobre otro, es decir, no solo en la teoría, sino en antecedentes empíricos, por tanto el posible estigma social que calificó la Corte Suprema en su momento no pudo haber sido calificado como un daño efectivo .

Finalmente el Acto de Desagravio ordenado en la sentencia se llevó a cabo el 14 de diciembre de 2012, en el salón O'Higgins del Ministerio de Relaciones Exteriores, contando con la asistencia de variadas autoridades, entre ellas el presidente de la Corte Suprema, Sr. Rubén Ballesteros, el ministro de Justicia, Sr. Teodoro Ribera; la ministra del Trabajo, Sra. Evelyn Matthei; y la subsecretaria de Justicia, Sra. Patricia Pérez. En dicho acto se procedió a la lectura del fallo

Actualidad Juridica 28.indd 370 10-07-13 18:34

de la Corte Interamericana, donde la magistrada Sra. Atala señaló que"no se condice con un Estado laico imponer principios morales o religiosos respecto a lo que es correcto o incorrecto". Posteriormente el Presidente de la Corte Suprema indicó que su decisión de asistir fue personal, "Como cualquier juez de la República he querido estar junto a esta señora para poder aliviar en lo posible con mi presencia los sufrimientos que ha tenido".

El 21 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana resuelve la solicitud de interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, solicitada el 5 de junio de 2012 por los representantes de la Sra. Atala, en lo concerniente a algunas de las reparaciones establecidas, respecto a i)"la recepción del consentimiento libre e informado de la niña V., relativo a si se considera parte lesionada "a efectos del párrafo 71 en relación a los párrafos 255, 299 y 313 de la Sentencia;ii)" la ejecutabilidad de la rehabilitación, ordenada como reparaciones por la Corte a favor de M., V. y R.", y iii)"el pago de honorarios y gastos incurridos por la perito María Alicia Espinoza"[18].

Respecto al primer punto, los representantes señalaron la necesidad de precisar las condiciones en las que debe llevarse a cabo la entrevista con la menor V. por la institución estatal responsable de la infancia, indicando que el Estado no habría entendido la diferencia hecha por la Corte entre "indemnización y otras reparaciones", puesto que "el Estado considera que la entrevista con V. tendría por objeto determinar si se le considerará víctima del proceso frente a la Corte", por ello solicitaron la interpretación de los párrafos 71, 255, 299 y 313 de la sentencia de tal manera que se concluya que "la indemnización no puede estar en disputa", de lo contrario sería el propio Estado quién determinaría quienes son víctimas. Ante lo cual el Estado dio respuesta el 21 de julio de 2012, indi-

[18] Párrafo 71; "Como se indicó anteriormente, la niña V. no participó en dicha diligencia por motivos de fuerza mayor (supra párr. 13). Con base en las consideraciones anteriores, el Tribunal no encuentra ningún elemento para considerar que la niña V. no se encuentra en la misma condición que sus hermanas (infra párrs. 150, 176, 178 y 208). Sin embargo, para efectos de las reparaciones la autoridad nacional competente para la infancia deberá constatar en forma privada la opinión libre de la niña V. sobre si desea ser considerada parte lesionada".Párrafo 255; "[ ] Las víctimas que soliciten esta medida de reparación, o sus representantes legales, disponen de un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, para dar a conocer al Estado su intención de recibir atención psicológica o psiquiátrica".

Párrafo "299. [ ] la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) para la señora Atala y de US$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las niñas M., V. y R. por concepto de indemnización por daño inmaterial. Párrafo 313. En cuanto a las indemnizaciones ordenadas a favor de las niñas M., V. y R., el Estado deberá depositarlas en una institución financiera chilena solvente en dólares estadounidenses. Las inversiones se harán dentro del plazo de un año, en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, mientras las beneficiarias sean menores de edad. Dicha suma podrá ser retirada por aquellas cuando alcancen la mayoría de edad, en su caso, o antes si así conviene al interés superior de las niñas, establecido por determinación de una autoridad judicial competente. Si no se reclaman las indemnizaciones correspondientes una vez transcurridos diez años contados a partir de la mayoría de edad de cada niña, la suma será devuelta al Estado con los intereses devengados. En lo que atañe a la niña V., a los efectos de las reparaciones, se debe estar a lo establecido en el párrafo 71 de la presente sentencia.

Actualidad Juridica 28.indd 371 10-07-13 18:34

cando que queda claro en la redacción de la sentencia la necesidad de obtener la opinión de la menor V., en relación a las reparaciones que le corresponden, en especial a lo concerniente al pago de las indemnizaciones, por tanto no es él quien determina si es considerada parte lesionada, si no la misma menor libremente. La Comisión añadió que el interpretar si la indemnización está o no sujeta a la manifestación de voluntad de la menor es relevante y podría beneficiar su cumplimiento. La Corte Interamericana resuelve que considera claro que el Tribunal estableció la forma de constatar la opinión de la menor V., sobre si desea ser considerada parte lesionada, reconociendo que no se instruyó un procedimiento específico para ello, pero sí estableció que la constatación debía de ser de forma privada y así mismo la propia sentencia proporcionó los estándares específicos a considerar para hacer efectivo el derecho a ser oído de los niños. Destacando la manera en que se llevó a cabo diligencia realizada con las hermanas de la menor M. y R. en la sentencia bajo el párrafo "Derecho de las niñas M. V. y R. a ser escuchadas y a que se tengan en cuenta sus opiniones", agrega que sí hay una diferencia entre la indemnización por concepto de daño inmaterial y el resto de las indemnizaciones. Por ello la Corte interpreta que el Estado debe dar cumplimiento a las indemnizaciones en cuestión mediante el depósito en una institución financiera, en la forma señalada en la sentencia, ello sin la necesidad de obtener la opinión previa de la menor V. considerando que sólo podrá retirar los fondos al momento de obtener la mayoría de edad. En lo referido al resto de las medidas de reparación ordenadas a favor de la menor V., sí se requerirá la constatación de dicha opinión libre.[19]

Finalmente los representantes solicitaron que se adicione a las costas el "Pago de honorarios y gastos incurridos por la perito María Alicia Espinoza" con mo-

[19] La segunda interpretación solicitada dice relación con la "ejecutabilidad de la rehabilitación, ordenada como reparaciones por la Corte a favor de M. V. y R." Los representantes alegaron que debido a que las tres menores se encuentran actualmente bajo la tutela y cuidado personal de su padre no poseen la autonomía y libertad suficientes para expresar la aceptación de la terapia psicológica, lo cual podría hacer inaplicable la medida decretada por la Corte. Expresaron que se "indique expresamente las condiciones materiales en que es posible hacer efectivo el plazo de los seis meses, es decir, a partir de que cumplan 18 años de edad y terminen su escolaridad". El Estado manifestó que ello "implica una abierta contradicción a lo dispuesto por la sentencia y, lejos de ser una solicitud de interpretación, implica la pretensión de una modificación de lo sustantivo de la misma" retardando su cumplimiento. La Comisión por su parte indicó la relevancia de considerar la información proporcionada por los representantes y poder "contar con cierta flexibilidad a fin de tomar en consideración circunstancias como las planteadas que podrían incidir en el carácter preclusivo del plazo establecido en la sentencia". La Corte Interamericana argumenta que respecto de la medida de rehabilitación médica y psicológica ordenada en la Sentencia "considera que es claro que se ordenó al Estado prestar dicha reparación de forma inmediata" por lo que el plazo de seis meses indicado es para poner en conocimiento del Estado la intención de recibir la misma, desde la notificación de la sentencia. "Por tanto, la solicitud de los representantes no corresponde a una interpretación de los términos de la Sentencia, sino que lo que se pretende es una modificación de lo que fue ordenado en la misma, por cuanto se solicitó que se entienda que la medida sólo podría ser ejecutable una vez las niñas M., V. y R alcancen la mayoría de edad y terminen su escolaridad". Agregando que en caso de controversia en la aplicación de la medida, ella deberá ser examinada en la correspondiente etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia. Por tanto la Corte rechaza la solicitud de interpretación por no ajustarse a los requisitos establecidos en el Artículo 67 de la Convención.

Actualidad Juridica 28.indd 372 10-07-13 18:34

tivo del viaje a Santiago de Chile para realizar la entrevista a las menores del caso. El Estado indicó que "los representantes pretenden utilizar la instancia de la solicitud de interpretación para agregar prueba respecto de los gastos de la perito, toda vez que la oportunidad procesal para hacerlo no fue utilizada por negligencia imputable a los propios representantes". La Comisión por su parte indicó que no tenía observaciones que formular. La Corte por su parte argumenta que sí se tuvo en consideración dichos gastos, ya que estos fueron expuestos, más no se adjuntó ningún comprobante de los mismos, por lo cual la solicitud en cuestión "constituye una nueva solicitud que se relaciona con cuestiones de hecho y de derecho sobre las cuales el Tribunal ya adoptó una decisión", lo que hace improcedente la solicitud planteada, ya que el fallo no puede ser modificado ni ampliado, por tanto resolvió rechazar la misma.

7. Efecto de las sentencias pronunciadas en contra del Estado de Chile

Las sentencias de la Corte pueden tener variados efectos, dependiendo de las medidas de reparación ordenadas en ella. De acuerdo a lo señalado por la Corte se encuentran:

Medidas de restitución; llevadas a cabo mediante el mayor restablecimiento posible de la situación existente antes de la violación del derecho por parte del Estado, como el anular los antecedentes judiciales, como ocurrió en el Caso Palamara Iribarne.

Medidas de rehabilitación; destinadas a proporcionar atención médica y psicológica que la Corte considere pertinente, la cual debe ser gratuita e inmediata, incluyendo, entre otras, la entrega de medicamentos, lo cual fue ordenado por la Corte en el Caso Atala.

Medidas de satisfacción; cuyo fin es reparar el daño inmaterial, entre ellas se encuentran obras o actos de pública repercusión, como de reconocimiento de responsabilidad internacional, disculpas a favor de las víctimas o de conmemoración de los deudos, también publicación de la sentencia, entre otras. En éstas se enmarca el Caso Atala, donde el Estado de Chile deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, así mismo en totalidad de los casos ha ordenado la publicación de la sentencia por medios electrónicos o escritos.

Garantías de no repetición; destinadas a evitar la ocurrencia de las mismas violaciones estudiadas en cada caso por la Corte. Según su naturaleza, la Corte las clasifica como a) medidas de adecuación de la legislación interna a los parámetros convencionales; b) capacitación a funcionarios públicos en derechos humanos; y c) adopción de otras medidas para garantizar la no repetición de

Actualidad Juridica 28.indd 373 10-07-13 18:34

violaciones. Ello fue decretado por ejemplo en el Caso Almonacid Arellano y Caso Claude Reyes.

Obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar; los Estados deben garantizar la investigación efectiva de los hechos que constituyen violación de los derechos humanos, determinando los responsables de aquellos y sancionándolos. Esto requiere de tiempo y trabajo para los Estados. Tal como sucedió en el Caso Palamara Iribarne, el cual aún se encuentra vigente.

Alcances dentro de la normativa chilena.

El Artículo 2 de la Convención Americana señala el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno necesarias para hacer efectivo los derechos y libertades protegidos por la Convención, por ello la Corte, en caso de determinar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de los derechos, está facultada para disponer la adopción de medidas de derecho interno, reformas y adecuación de las leyes nacionales. Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.

La Corte en su jurisprudencia ha señalado que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debería considerar no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.

Respecto a los casos donde la Corte ha fallado en contra del Estado de Chile, en la generalidad de ellos la Corte ha ordenado la reforma de la legislación nacional, tal es el caso de "La Última Tentación de Cristo", donde la Corte ordenó modificar el ordenamiento jurídico interno para suprimir la censura previa, permitiendo la exhibición de la película en cuestión. Ante lo cual el Estado de Chile realizó la modificación decretada mediante la publicación de la Ley 19.846 el 25 de agosto de 2001, sobre Calificación Cinematográfica, permitiendo la exhibición de la película. La Corte dio por cerrado el caso, ya que el Estado cumplió con lo

Actualidad Juridica 28.indd 374 10-07-13 18:34

ordenado por ella. Cabe señalar que este caso ha sido destacado por la doctrina internacional, ya que implicó una modificación a la Constitución chilena, con la finalidad de adecuarla al ordenamiento jurídico internacional.

En el caso Palamara Iribarne vs. Chile, la Corte ordenó derogar y modificar las normas internas incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y expresión, como lo eran el delito de desacato y amenazas. Si bien el Estado ha realizado avances en la materia, como la promulgación de la Ley N° 20.477, la Corte Interamericana los consideró insuficientes, señalando que habían transcurrido más de seis años a esa fecha de la dictación de la sentencia. Ello llama la atención, ya que la sentencia data de 2005, y aún el Estado de Chile no ajusta su legislación a lo ordenado por la Corte en este caso.

A diferencia de lo sucedido en el caso Claude Reyes y otros con Chile, donde se discutía el acceso a la información bajo el control del Estado, la Corte indicó el deber de garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para las solicitudes de información, en plazos establecidos y bajo funcionarios capacitados. Por ello el Estado publicó la Ley Nº 20.285 de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, que reglamenta el Artículo 8º de la Constitución, estableciendo el procedimiento para garantizar el acceso a la información, con ello la Corte dio por cumplido lo ordenado en la sentencia.

En el Caso Almonacid Arellano, la Corte señaló que el Decreto Ley Nº 2191 era incompatible con la Convención, solicitando que no siguiera representando un obstáculo para las investigaciones de los responsables del fallecimiento del Sr. Almonacid y de otros casos similares acontecidos. El Estado realizó dos iniciativas de reformas legislativas, las cuales no han sido suficientes para la Corte, manteniendo abierto el caso a la fecha.

En el caso Atala, la Corte no consideró necesaria la modificación de la legislación interna, a pesar que ello fue solicitado por los representantes y la Comisión, esto en atención a que la Corte limitó su examen a la relación entre la aplicación judicial de ciertas normas con prácticas discriminatorias. El Tribunal argumentóque no analizó la compatibilidad de una determinada norma con la Convención Americana, ni fue ello materia del caso. Asimismo, los representantes no aportaron elementos suficientes que permitieran inferir que las violaciones se hayan derivado de un problema de las leyes en sí mismas. Por tanto, la Corte consideró que no era pertinente, en las circunstancias del caso, ordenar la adopción, modificación o adecuación de normas específicas de derecho interno.

Argumentos para el cumplimiento una sentencia internacional.

De acuerdo al *Pacta Sunt Servanda*, consagrado en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, todo tratado en vigor

Actualidad Juridica 28.indd 375 10-07-13 18:34

obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Sin embargo, se ha observado que los Estados han adoptado diferentes posturas al ser notificados de una sentencia contraria a sus intereses. El profesor Carmona Tinoco define la posición de un Estado como la actitud de éstos frente a la competencia de la Corte, durante el proceso de ésta, en la aceptación de su fallo y también en su cumplimiento. Dichas posiciones han variado a lo largo de los años debido al cambio en las normas de procedimiento, pudiendo distinguirlas y resumirlas en cuatro; en la primera de ellas, los Estados dilataban el proceso ante la Corte, tratando de evadir su responsabilidad, llegando en algunos casos a llevarse en rebeldía del Estado o inclusive llegando a la denuncia de la Convención; en un segundo momento los Estados cuestionaron el procedimiento llevado a cabo ante la Comisión Interamericana, como el actuar de este órgano; ya en los últimos años se ha observado una tercera postura, donde los Estados han participado durante el proceso llevado a cabo ante la Corte, realizando sus planteamientos en la defensa de su postura, adoptando acuerdos de solución amistosa en otros casos y respetando el fallo, en caso de ser negativo; la última posición observada ha llevado a los Estados a reconocer su responsabilidad internacional, produciéndose un allanamiento.

Se hace énfasis en que el Estado de Chile debe cumplir una Sentencia dictada por la Corte Interamericana, ya que ratificó la Convención Americana mediante el depósito del Instrumento de Ratificación ante el Secretario General de la OEA el 21 de agosto de 1990, reconociendo competencia a la Comisión Interamericana y competencia obligatoria de pleno derecho a la Corte Interamericana respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana. Por ello no parece adecuado lo sucedido en el Caso Palamara, respecto a la excesiva demora en el cumplimiento del fallo, tardando varios años en ello. Lo anterior lleva a reflexionar respecto al valor que el Estado atribuye a una sentencia emitida válidamente por la Corte Interamericana. El Estado cuestiona el raciocinio de la Corte a posteriori, cuando los fallos de la Corte deben simplemente acatarse, ya que no son susceptibles de recurso alguno y en caso de existir dudas acerca de su alcance,podríasolicitarse su interpretación.

Diferencias entre ejecución total y parcial de un fallo internacional.

Como se ha señalado, es la Corte Interamericana quien determina cuando una sentencia se ha ejecutado total o parcialmente. Para ello toma en consideración la naturaleza de las reparaciones decretadas, para proceder al otorgamiento de plazos con el objetivo de cumplir los puntos resolutivos, como por ejemplo en la modificación de la legislación vigente. La Corte está consciente de que aquello lleva más tiempo, lo cual necesariamente hará mantener el caso abierto hasta la ejecución total del fallo. Supone entonces un quehacer más complejo por parte del Estado, por ello, aunque la gran mayoría de la sentencia, se en-

Actualidad Juridica 28.indd 376 10-07-13 18:34

cuentre cumplida, la Corte no dará por cerrado el caso hasta su cumplimiento total y de la manera en que se estableció su cumplimiento.

En este sentido resalta la idea que para que ocurra un cumplimiento total, los diferentes poderes del Estado deben trabajar en conjunto para alcanzar dicho objetivo. Este deber es de todas las instituciones, ello sin desconocer que existen temas más sensibles y de difícil tramitación, es necesario sobrepasar dicho obstáculo y dar una respuesta oportuna.

Consecuencias jurídicas frente a un incumplimiento

Los fallos de la Corte Interamericana no pueden ejecutarse de manera forzada, a lo que la doctrina internacional ha llamado "obligatoria pero no ejecutiva", ya que de acuerdo al Artículo 68.1 de la Convención, "los Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Así la Corte no puede obligar a un Estado a cumplir su sentencia, ello debería fluir del respeto al derecho internacional.

La Corte sí puede ejercer sus facultades jurisdiccionales e informar anualmente a la Asamblea General de la OEA de los Estados que no han dado cumplimiento a lo ordenado por ella. En su último informe del año 2012, la Corte Interamericana señaló los casos que se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento. Respecto de Chile, se señalan el Caso Almonacid Arellano, Caso Palamara Iribarne y Caso AtalaRiffo y Niñas, indicando al respecto que para la Corte la supervisión de cumplimiento es una de sus actividades más demandantes, ya que los casos se incrementan cada año.

Conclusiones

El Estado de Chile a la luz de la Convención Americana podría avanzar a través de la creación de un órgano especializado que cumpla la función de comunicación con los órganos de la Convención Americana y con las partes intervinientes, permitiendo el seguimiento del proceso y, más importante aún, el cumplimiento oportuno y cabal de las resoluciones y sentencias emitidas por la Corte Interamericana. Todo pareciera indicar la conveniencia de contar con un órgano técnico especializado. Este órgano daría uniformidad a la posición del Estado frente a la Corte Interamericana. Además,proporcionaría cercanía e información oportuna a la ciudadanía respecto de los diferentes procesos llevados a cabo ante la Comisión y la Corte, como medidas provisionales soluciones amistosas, entre otras. De esta manera las respuestas a las solicitudes y resoluciones, se cumplirían dentro de los plazos establecidos en la Convención.

Actualidad Juridica 28.indd 377 10-07-13 18:34

En este sentido es un avance el proyecto de ley que crea la Subsecretaria de Derechos Humanos dependiente del Ministerio de Justicia y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, iniciado por Mensaje al Congreso Nacional el 2 de marzo de 2012. Si bien el Senado aprobó dicho proyecto por unanimidad el 5 de marzo de 2013, éste aún se encuentra en su Primer Trámite Constitucional.[20]

De igual manera es importante reconocer el avance notable que ha tenido el Estado de Chile en el cumplimiento de las resoluciones como de las sentencias. La experiencia ha permitidoun mejor conocimiento del Sistema Interamericano. Se aprecia una evolución. Por ejemplo, en el caso "La Última Tentación de Cristo" hubo incumplimiento de plazos, y una cierta desorientación frente al actuar de la Comisión y la Corte, contrastando con la situación en el caso Atala, donde la respuesta del Estado fue clara y oportuna. También podría explorarse que la Corte Interamericana pueda contar con un procedimiento que le permita exigir eficazmente el cumplimiento de una sentencia.

Bibliografía

AYALA CORAO, Carlos M. (2007) "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca) Vol. V. 001, pp. 127-201 (online) [Fecha de consulta 6 de septiembre de 2012] Disponible en; www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_htm/completa.pdf

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl Fernando. *El Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos*. Publicado por la Fundación Friedrich Naumann, Santiago, 1994.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises: (2007) "Evolución y Perspectivas de la Participación de los Estados en el Proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (Universidad Nacional Autónoma de México) pp. 1 (online) [Fecha de consulta 14 de agosto de 2012] Disponible en; http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/6.pdf

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises (2005), "La Solución Amistosa de Peticiones de Derechos Humanos en El Ámbito Universal y Regional, con Especial Referencia al Sistema Interamericano", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México) Vol. V, pp. 83-122 (online) [Fecha de consulta 14 de agosto de 2012] Disponible en; http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/5/art/art3.htm#N*

[20] En el Mensaje se reconoce que "en Chile, por tanto, no se ha implementado cabalmente una política unitaria que permita coordinar las distintas iniciativas sectoriales y desarrollarlas de una manera coherente, en cuanto a la definición y aplicación de las políticas públicas en la materia". Entre sus facultades, destacamos, el "Recibir y procesar las quejas y denuncias presentadas en contra del Estado de Chile ante organismos internacionales con competencia en Derechos Humanos y coordinar su defensa con otros organismos públicos, en los litigios o procedimientos derivados de los mismos, sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Relaciones Exteriores" y "Coordinar, en consulta con el Ministerio de Relaciones Exteriores, la ejecución de medidas cautelares, medidas provisionales, acuerdos amistosos, recomendaciones y resoluciones originadas en el Sistema Interamericano y en el sistema Universal de Derechos Humanos".

Actualidad Juridica 28.indd 378 10-07-13 18:34

FIX-ZAMUDIO, Héctor (2004) "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Latinoamericana de Derecho* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México) Nº 1. Pág. 173 (online) [Fecha de consulta 25 de octubre de 2012] Disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art5.pdf

GARCIA-SAYÁN, Diego (2009) "La Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (Universidad Nacional Autónoma de México) pp. 105 (online) [Fecha de consulta 20 de Agosto de 2012] Disponible en; http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/11.pdf

Normas citadas

Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969) [Fecha consulta 11 de mayo de 2012], Disponible en: www.bcn.cl/tratados/tratados_pdf/16022.pdf

Carta de la Organización de los Estados Americanos [Fecha de consulta 20 de junio de 2012] Disponible en: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/19.CARTA%20DE%20LA%20ORGANIZACION.pdf

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre [Fecha de consulta 20 de junio de 2012] Disponible en: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/4.DECLARACION%20AMERICANA.pdf

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Fecha de consulta 20 de junio de 2012] Disponible en: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/24.ESTATUTO%20COMISION.pdf

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Fecha de consulta 20 de junio de 2012] Disponible en: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Fecha de consulta 20 de junio de 2012] Disponible en: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/26.ESTATUTO%20CORTE.pdf

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Fecha de consulta 20 de junio de 2012] Disponible en: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/27.Reglamento%20Corte.pdf

Constitución Política de la República de Chile.

Jurisprudencia internacional

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012): Caso AtalaRiffo y Niñas vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C Nº 254 [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2013]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012): Caso AtalaRiffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239 [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Actualidad Juridica 28.indd 379 10-07-13 18:34

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011): Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de Julio de 2011. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/palamara_01_07_11.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010): Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 2010. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/almonacid_18_11_10.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009): Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2009. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/palamara_21_09_09.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009): Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C Nº 1998 [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=8

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008): Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente en ejercicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 diciembre de 2008. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/palamara_15_12_08.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008): Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2008. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/reyes_24_11_08.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008): Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente en Ejercicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 junio de 2008. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/reyes_10_06_08.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008): Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 02 mayo de 2008. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/reyes_02_05_08.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007) Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de Noviembre de 2007. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/palamara_30_11_07.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006): Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Cotas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006): Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo,

Actualidad Juridica 28.indd 380 10-07-13 18:34

Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154 [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005): Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003): Caso "La Última Tentación de Cristo"(Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de Noviembre de 2003. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/tentacion_28_11_03.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002): Caso "La Última Tentación de Cristo"(Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2002. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/olmedo_28_11_02.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001): Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Otras fuentes

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012) [Fecha de consulta 12 de junio de 2012] Disponible en: www.oas.org/es/cidh/

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012): Signatarios y estado actual de las ratificaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [Fecha de consulta 20 de junio de 2012]. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp,

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Año: 2012 [Fecha de consulta; 16 de mayo de 2013] Disponible en: www.corteidh.or.cr/index.php/publicaciones#

EL MERCURIO (2012) "Caso Atala", carta al director enviada por Jaime López publicada en su sitio web 21 de Marzo de 2012 [Fecha de consulta 22 de junio de 2012]. Disponible en: http://blogs.elmercurio.com/columnasycartas/2012/03/21/caso-atala-2.asp

EL MERCURIO (2012) Tras la resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Gobierno pide a la Suprema que participe en el acto público en reconocimiento a la jueza Atala, en periódico El Mercurio, Nacional, C2 Política, 19 de abril 2012 (online) [Fecha de consulta 22 de junio de 2012] Disponibles en: www.mer.cl/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2012-04-19&dtB=19-04-2012 0:00:00&PaginaId=2&bodyid=3

EL MERCURIO (2012) Dos miradas enfrentadas sobre el fallo del caso Atala, periódico El Mercurio, Reportajes, D 6, 25 de marzo 2012 (online) [Fecha de consulta 10 de junio de

Actualidad Juridica 28.indd 381 10-07-13 18:34

2012] Disponible en: www.mer.cl/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2012-03-25&dtB=25-03-2012 0:00:00&PaginaId=6&bodyid=10

EL MERCURIO (2012) Parte del dictamen de la CIDH, Ballesteros se reúne con jueza Atala y dice que irá a acto de desagravio, periódico El Mercurio, Nacional C 28, 6 de octubre de 2012 (online) [Fecha de consulta 16 de mayo de 2013] Disponible en: http://impresa.elmercurio.com/Default.aspx?BodyID=3&dt=2012-10-06

EMOL (2012) Vocero de la Suprema dice que tribunales deberán considerar fallo de la CIDH en caso Atala, noticia publicada en su sitio web el 21 de marzo de 2012, Santiago. [Fecha de consulta 22 de junio de 2012] Disponible en: www.emol.com/noticias/nacional/2012/03/21/531977/vocero-de-la-suprema-dice-que-tribunales-deberan-considerar-fallo-de-la-cidh-en-caso-atala.html.

EMOL (2012) Defensa de Karen Atala valora fallo de la CIDH: "Marca un antes y un después", noticia publicada en su sitio web, 21 de marzo de 2012, [Fecha de consulta 10 de junio de 2012] Disponible en: www.emol.com/noticias/nacional/2012/03/21/531949/defensa-de-karen-atala-descarta-pedir-tuicion-de-sus-hijas-tras-fallo-de-la-cidh.html

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE (2012), Dirección de Derechos Humanos [Fecha de consulta 20 de junio de 2012] Disponible en: www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/edic/base/port/derechos_humanos.php

MINISTERIO DE JUSTICIA (2012) Declaración Oficial Ministro de Justicia, Teodoro Ribera Neumann, Caso Karen Atala-Corte Interamericana de Derechos Humanos, Palacio de la Moneda, miércoles 21 de marzo de 2012. [Fecha de Consulta 10 de junio de 2012] Disponible en: www.minjusticia.gob.cl/en/noticias-ministro/806-declaracion-oficial-ministro-de-justicia-por-fallo-corte-interamericana-de-ddhh.html

LA SEGUNDA ONLINE (2012) Estado chileno realiza acto de desagravio a jueza Atala: Movillh lo considera como hecho histórico publicada en su sitio web el 14 de diciembre de 2012. [Fecha de consulta 14 de mayo de 2013]. Disponible en: www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2012/12/806128/Estado-chileno-realiza-acto-de-desagravio-a-jueza-Atala-Movillh-lo-considera-como-hecho-historico

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2012) [Fecha de consulta 21 de junio de 2012] Disponible en: www.oas.org/es/

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2012) Departamento de Derecho Internacional, [Fecha de consulta 20 de junio de 2012] Disponible en: www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

SENADO (2013) Boletín 8202-07, Crea la Subsecretaria de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2013] Disponible en: www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#

Actualidad Juridica 28.indd 382 10-07-13 18:34

El registro de accionistas. (En especial en las sociedades anónimas cerradas)

Luis Ubilla Grandi
Profesor de Derecho Comercial
Universidad Católica de Concepción

Resumen: el autor expone que son pocas las líneas que le ha dedicado, en general, la doctrina nacional al Registro de Accionistas que debe llevar toda sociedad anónima y que tiene una indudable importancia práctica, lo cual se destaca en los aspectos fundamentales de la misma en este estudio.

***

1. **Concepto. ¿Un registro público o privado?**

El artículo 7º del actual Reglamento, en su inciso 1°, expresa que la sociedad anónima "deberá llevar un Registro de Accionistas" en el que deben efectuarse diversas anotaciones o registros que mencionaremos.

"Se trata de un libro de cuentas corrientes de acciones que se lleva a cada accionista…".[1]

Sin duda es un registro privado, en el sentido de que debe ser abierto y llevado por la propia sociedad, cuyo fin es proporcionar publicidad a ciertos hechos o actos y que, como lo veremos, tiene importantes efectos respecto no sólo de la sociedad y los accionistas, sino también respecto de terceros. Estos terceros también tienen derecho a acceder al Registro de Accionistas, por lo que desde esta perspectiva es un registro abierto al público. Es por esto que analizaremos el Registro de Accionistas desde la perspectiva de nuestra ley, del régimen registral y de los principios que lo inspiran.

El que el Registro de Accionistas sea un registro privado pero abierto al público presenta, desde el punto de vista **formal,** el problema del acceso a interesados –accionistas o terceros– a la información que contiene, problema que no está

[1] Julio Olavaria Ávila: *Manual de Derecho Comercial*. Imprenta Clarasó, Barcelona España, 3ª edición, 1970, p. 355

Actualidad Juridica 28.indd 383 10-07-13 18:34

expresamente resuelto por la ley 18.046 y en el Reglamento, y que debe responder a la siguiente pregunta: ¿qué hacer si como tercero o accionista quiero revisar el Registro de Accionistas y se me niega de hecho dicha posibilidad por algún funcionario de la sociedad? Como no hay respuesta expresa en la ley 18.046 ni en el Reglamento, no cabe sino responder que hay que recurrir que a la justicia –arbitral u ordinaria– demandando la exhibición. Este inconveniente práctico estimo debió ser resuelto en el nuevo Reglamento, pero no fue así.

No hay que confundir el Registro de Accionistas con la "lista actualizada de accionistas con indicación de su domicilio y número de acciones de cada cual" que la sociedad debe mantener en su sede principal y en sus agencias o sucursales, como también en su sitio en Internet, en el caso de las sociedades anónimas abiertas, en conformidad al art. 7º[2] pues cumplen funciones distintas.

El inc. final del art. 7º establece una responsabilidad solidaria por los perjuicios que se causen a accionistas o terceros por la falta de fidelidad o vigencia del listado y que afecta a los directores, el gerente, el liquidador o liquidadores, en su caso. La responsabilidad es solidaria. No resuelve la ley el tema del acceso formal, por lo que la conclusión es la misma que dimos para el Registro.

1.1 Forma en que debe llevarse el Registro de Accionistas. Libro Anexo.

El Registro de Accionistas podrá llevarse por cualquier medio, siempre que éste ofrezca seguridad de que no podrá haber intercalaciones, supresiones u otra adulteración que pueda afectar su fidelidad (art. 9º inc. 1° del Reglamento). En nuestro país, es usual en las sociedades anónimas cerradas que se lleve un libro que se compra en una librería.

Si el Registro se llevare por medios que no permitan dejar inmediata constancia de la constitución de gravámenes y de derechos reales distintos al del dominio sobre las acciones, la sociedad estará obligada a llevar un **libro anexo** para tal fin. Sin perjuicio de lo anterior, el gerente dentro de las 24 horas siguientes a la inscripción del derecho o gravamen en dicho libro, deberá incorporar la información al sistema por el cual se lleva el Registro (art. 9º, inc. 2° del Reglamento).

1.2 Cuándo debe abrirse el Registro de Accionistas. Responsabilidad por su apertura, custodia y regularidad.

La apertura del Registro de Accionistas debe efectuarse el día del otorgamiento de la escritura de constitución (art. 7º, inc. final del Reglamento).
Es de responsabilidad del directorio la apertura, la custodia de los libros y

[2] Cada vez que mencionemos un artículo sin indicar a qué texto legal corresponde, deberá entenderse que es de la ley 18.046.

Actualidad Juridica 28.indd 384 10-07-13 18:34

registros sociales, entre ellos el Registro de Accionistas, y que éstos sean llevados con la regularidad exigida por la ley y sus normas complementarias. El directorio puede delegar esta función, de lo que deberá dejarse constancia en actas (art. 7º, inc. 2°).

Lo que se delega es la función, pero no puede delegarse la responsabilidad, de modo que será el directorio quien responderá a la sociedad, a los accionistas y terceros, por los daños causados por la falta de custodia y regularidad del Registro de Accionistas, en conformidad a los arts. 41 y 133.

1.3 Actualización de la información de los accionistas en el Registro.

El inciso final del art. 8º de la ley dispone que será responsabilidad de cada accionista mantener **su** información en el Registro de Accionistas debidamente actualizada. Con esta norma se pone un importante límite a la responsabilidad del directorio en cuanto a la información del accionista, como su nombre, domicilio, cédula nacional de identidad o rol único tributario, la serie, si la hubiere, y el número de acciones de que sea titular (art. 7° inciso 1° del Reglamento).

1.4 Extravío y reconstitución del Registro de Accionistas.

Una cosa está extraviada si no se encuentra donde debe estar y se ignora su paradero, de modo que la hipótesis de extravío comprende no sólo la pérdida, sino también el hurto y el robo del Registro. Comprende, también, a mi juicio, el deterioro total o un deterioro parcial importante del Registro.

Ni la Ley ni el Reglamento contemplan un procedimiento para reconstituir el Registro de Accionistas, por lo que en las sociedades anónimas cerradas esto deberá ser resuelto por el Directorio, para que la sociedad tenga un Registro de Accionistas y que cumpla su función.

La Superintendencia de Valores y Seguros para las sociedades anónimas abiertas dictó normas para la reconstitución del Registro de Accionistas, en caso necesario (Oficio N° 2320 de 4 de julio de 1989).

2. Principios Registrales que inspiran el régimen legal del Registro de Accionistas chileno.

Abordado ya el tema del acceso **formal al Registro de Accionistas**, veremos cómo se materializan en nuestro derecho, en dicho Registro, tres principios registrales: el de la **publicidad material**, el de **la legalidad** y el de la **presunción de validez**.

Actualidad Juridica 28.indd 385 10-07-13 18:34

A. El principio de la publicidad material. ¿Qué debe inscribirse en el Registro de Accionistas? Efectos de publicidad material positiva y publicidad material negativa.

Este principio dice relación con las **consecuencias** que frente a terceros producen las anotaciones o registros o la omisión de las mismas que se efectúan en el Registro de Accionistas. Así cabe hablar de un *efecto de publicidad material positiva* o un *efecto de publicidad material negativa*.

"La publicidad positiva se refiere …al efecto que produce el acto que, debiendo ser inscripto, sí se inscribe".

"En cambio, la publicidad negativa se refiere a la situación del tercero frente a un acto que, debiendo ser inscripto, no se inscribe".[3]

En virtud de estos efectos se presume que el contenido material del Registro es conocido por todos. Nadie podrá alegar ignorancia del contenido material del Registro –efecto positivo– como tampoco nadie podrá pretender que el conocimiento privado que se pudiere tener de un acto que no conste materialmente en él –efecto negativo–, sea oponible a la sociedad a otros accionistas y/o a terceros.

Numerosas normas de la Ley y del Reglamento se refieren al Registro de Accionistas para determinar qué es lo que debe inscribirse en dicho registro y los efectos de la inscripción y de su omisión.

Las normas de la ley que se refieren al Registro de Accionistas son las siguientes: arts. 14, 23, 62, 69 bis, 70, 75, 80 y 81

- art. 14, a propósito de la referencia que se debe hacer en el Registro de Accionistas de los pactos particulares relativos a cesión de acciones;
- art. 23, que se refiere a la obligación de inscribir en el Registro de Accionistas la constitución de gravámenes y derechos reales distintos del dominio sobre las acciones de la sociedad;
- art. 62, que se refiere a qué accionistas pueden participar en las juntas y ejercer su derecho de voz y voto y que tiene en cuenta la fecha de inscripción en el Registro de Accionistas;
- arts. 69 bis y 70, referidos a las acciones respecto de las cuales se puede ejercer el derecho de retiro, en relación con las que el accionista que se retira tiene inscritas en el Registro de Accionistas a la fecha que determina su derecho a participar en la junta en que se adoptó el acuerdo que confiere este derecho al disidente;

[3] Eduardo M. Favier Dubois (h): *El Registro Público de Comercio y las Inscripciones Societarias, Teoría y Práctica.* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, año 1998, p. 111

Actualidad Juridica 28.indd 386 10-07-13 18:34

- art. 75, referido a qué accionistas debe entregarse una copia del balance y de la memoria de la sociedad, incluyendo el dictamen de los auditores y sus notas respectivas en las sociedades anónimas abiertas; en las sociedades anónimas cerradas, el envío de la memoria y balance se efectuará sólo a aquellos accionistas que así lo soliciten;
- art. 80, que, en su inciso 2°, hace referencia a las acciones inscritas en el Registro de Accionistas para la distribución de las acciones liberadas; y
- art. 81, inciso final, que señala que el pago de los dividendos debe hacerse a los accionistas inscritos en el Registro de Accionistas el quinto día hábil anterior a las fechas establecidas para su solución.

Las normas del Reglamento que se refieren al Registro de Accionistas son las siguientes: arts. 7º, 8º, 9º,10, 13, 14, 15, 16, 34, 37, 41, 43, 44, 59, 61, 65, 66, 103, 133, 152 y 153.

- Art. 7º, que establece la obligación de las sociedades anónimas de llevar un libro de accionistas en el que se efectuarán ciertas anotaciones relativas al nombre y otros antecedentes de los accionistas, el número de acciones de que es titular, etc. En tal norma se dispone, también, que si algún accionista transfiere todo o partes de sus acciones debe anotarse tal circunstancia en el Registro.
- Art. 8º, que indica que la carta certificada que debe enviarse al accionista con algún anuncio o entrega de información relevante se remitirá al domicilio social informado en el Registro de Accionistas; que cuando en los estatutos de la sociedad se establezcan medios de comunicación complementarios a los señalados en la ley o en el reglamento, deberá incluirse en el Registro de Accionistas la información necesaria para utilizar aquellos medios de comunicación; y que establece como responsabilidad del accionista mantener en el Registro de Accionistas su información debidamente actualizada.
- Art. 9º, que indica los medios que deben usarse para llevar el Registro; y que determina la obligación de llevar un **libro anexo** para dejar constancia de la constitución de gravámenes y derechos reales distintos del dominio sobre las acciones, si el Registro de Accionistas se lleva por medios que no permiten dejar inmediata constancia de ello.
- Art. 10, que indica cómo se determina a qué accionistas corresponde un determinado derecho social estableciendo reglas distintas para la sociedad anónima abierta y para la cerrada.
- Art. 13 inciso 2°, que establece la obligación de dejar constancia en el Registro de Accionistas y en el nuevo título que se emita del cumplimiento de las obligaciones que para el interesado se consignan en caso de extravío, hurto, robo o inutilización de un título u otro accidente semejante.
- Art. 14, que establece que en los estatutos de las sociedades anónimas cerradas se podrá establecer que ellas no estarán obligadas a imprimir

Actualidad Juridica 28.indd 387 10-07-13 18:34

láminas físicas de los títulos de las acciones, sino a llevar únicamente un sistema de anotaciones en cuenta en el Registro de Accionistas , siempre que se resguarden debidamente los derechos de los accionistas.

- Art. 15 inciso 1°, que establece el derecho de los accionistas de una sociedad que mantenga únicamente un sistema de anotaciones en cuenta, a obtener un certificado que acredite la cantidad de acciones inscritas a su nombre en el Registro de Accionistas.
- Art. 16 inciso 2°, que establece la obligación para el gerente o quien haga sus veces de anotar en el Registro de Accionistas una referencia al pacto dentro de las 24 horas siguientes de que este se deposite en la sociedad.
- Art. 34 inciso 1°, que indica que el contrato de suscripción de acciones **produce efectos entre las partes desde el otorgamiento del mismo** y que la **adquisición de acciones** suscritas por el titular se produce al momento en que se inscriban a su nombre en el **Registro de Accionistas, momento desde el cual adquiere la calidad de accionista.**
- Art. 37 inciso 2°, que establece la obligación para el gerente general o quien haga sus veces de reducir en el Registro de Accionistas el número de acciones a nombre del accionista moroso a la cantidad de acciones que le resten descontando las acciones vendidas por la sociedad para pagar su deuda y los gastos correspondientes, dando por pagada la deuda pertinente.
- Art. 41, que indica desde cuándo produce efecto la cesión de acciones respecto de la sociedad y terceros y materias conexas.
- Art. 43, que establece la obligación de la sociedad de archivar los traspasos, poderes y demás documentos en mérito de los cuales se practicó una inscripción o anotación en el Registro de Accionistas.
- Art. 44, que establece el derecho del sucesor, heredero, adjudicatario o asignatario, en caso de transmisión o adjudicación por causa de muerte, de inscribir las acciones a su nombre en el Registro de Accionistas previa exhibición de ciertos documentos.
- Art. 59 inciso final, que establece la obligación de informar en cada junta de accionistas a los accionistas y dejar constancia en el acta respectiva el número de acciones emitidas, suscritas y pagadas, de la sociedad y el número de acciones que componen cada serie, según conste en el Registro de Accionistas al momento de iniciarse la junta.
- Art. 61, que establece la obligación para la sociedad de tener inscritas en el Registro de Accionistas a su nombre las acciones de que sea titular de su propia emisión, indicándose que carecen de derecho a voto, dividendo o preferencia en la suscripción de aumentos de capital o valores convertibles en acciones.
- Art. 65, que en su inciso 2° establece a qué acciones corresponde la asignación y distribución, las nuevas acciones resultante de una emisión de acciones liberadas de pago producto de un aumento de capital.

Actualidad Juridica 28.indd 388 10-07-13 18:34

- Art. 66, que reglamenta ciertas obligaciones de la sociedad absorbente en caso de fusión por absorción.
- Art. 103, que indica cómo debe precisarse qué accionistas tienen derecho a participar en una junta de accionistas distinguiéndose entre sociedades anónimas abiertas o cerradas.
- Art. 133, que establece la obligación de dejar constancia en el Registro de Accionistas de haberse pagado el precio de las acciones al accionista que hubiere ejercido el derecho a retiro, y de inscribir las acciones a nombre de la sociedad.
- Art. 152, en que se establece la obligación de incluir en el acta de una junta en que se haya acordado una transformación un listado de todos los accionistas inscritos en el Registro de Accionistas al momento del otorgamiento de la reducción, individualizando a cada uno de los accionistas que continúan en la sociedad transformada, de acuerdo con los requisitos de individualización que exija la ley para el tipo social en que se transformó la sociedad.
- Art. 153, que establece la obligación de abrir el Registro de Accionistas el día en que surte efecto la transformación en sociedad anónima de una sociedad cuyo capital no se representa en acciones.

Conforme a las citadas normas legales y reglamentarias concluimos que en el Registro de Accionistas de una sociedad anónima cerrada o abierta deben anotarse o registrarse una serie de actos de una enorme importancia en la vida social.

A.1 Publicidad material positiva.

Desde el momento en que se anotan o registran los hechos o actos indicados precedentemente, estos son oponibles a la sociedad, los accionistas y terceros. Nadie podrá alegar desconocimiento del contenido material del Registro. Así son accionistas de la sociedad y por el número de acciones registradas las personas naturales o jurídicas que indica el Registro de Accionistas. Su domicilio y cédula de identidad serán, a los efectos sociales y de terceros, los indicados en el citado registro.

A.2 Publicidad material negativa.

Por el contrario, si un acto debe ser inscrito en conformidad a la Ley o al Reglamento, mientras ello no se haga, no será oponible ni a la sociedad, ni a los restantes accionistas ni a terceros. Así, por ejemplo:

- Cada vez que sea necesario precisar si una persona tiene o no la calidad de accionista y si le corresponde ejercer un determinado derecho social habrá de considerarse si está o no inscrita en el Registro de Accionistas y con la anticipación debida. Así, en las sociedades anónimas cerradas

Actualidad Juridica 28.indd 389 10-07-13 18:34

pueden asistir y ejercer sus derechos de voz y voto en las juntas los que figuren como accionistas en el Registro de Accionistas, al momento de éstas (art. 62); el derecho a retiro sólo comprende las acciones que el accionista disidente poseía inscritas a su nombre en el Registro de Accionistas de la sociedad, a la fecha que determina su derecho a participar en la junta en que se adoptó el acuerdo a que se opuso (art. 70, inc. 2°); las acciones liberadas que se emitan se distribuirán entre los accionistas a prorrata de las acciones inscritas en el Registro de Accionistas el quinto día hábil anterior a la fecha del reparto (art. 80 inc. 2°); los dividendos serán pagados a los accionistas inscritos en el Registro de Accionistas el quinto día hábil anterior a las fechas establecidas para su solución (art. 81 inc. final).

B. El principio de la legalidad.

En virtud de este principio sólo pueden ser anotados o registrados en el Registro los actos o contratos que según la Ley y/o el Reglamento deban ser inscritos, pero siempre que respeten las prescripciones de la Ley y/o del Reglamento. Naturalmente este principio es complementario del principio de la publicidad material. En todo caso se trata de una exigencia de legalidad sólo **formal,** mas no de fondo o mérito, en la cual la sociedad registradora no puede intervenir.

En otras palabras, la sociedad puede rechazar cualquier solicitud de registro de un acto que no sea de aquellos cuyo registro debe practicarse o bien de aquellos cuyo registro sí debe practicarse, pero que no cumplan las prescripciones de la Ley o el Reglamento, por ejemplo, requerir la inscripción de una prohibición convencional pactada en un contrato de cesión, o una cesión de acciones por simple escritura privada y sin testigos.

Desde otra perspectiva, si se trata de un hecho o acto que en conformidad a la Ley o el Reglamento debe ser inscrito y cumple con los **aspectos formales**, la sociedad no puede negarse a su registro. Por aspectos formales no sólo debemos comprender el que la cesión o traspaso se haga con las formalidades que señalen la Ley y el Reglamento, sino, también, que quien esté cediendo sea el accionista titular a lo menos del número de acciones que está cediendo y que en caso de personas jurídicas se acredite la vigencia de la persona jurídica y que quien comparece por ella es su representante con facultades para ceder en el caso del cedente y para adquirir en el caso del cesionario. En otras palabras, sólo **el negocio causal** queda excluido de lo formal, de modo que el registro sólo debe atender a la apariencia que dan las formas, al tenor del art. 12 inc. 2º de la Ley y 40 del Reglamento.

Ha de decirse que alguna doctrina y jurisprudencia atribuyen al Registrador facultades para examinar y en su caso rechazar una inscripción, por motivos

Actualidad Juridica 28.indd 390 10-07-13 18:34

que emanen del negocio causal, derecho que al claro tenor de las normas citadas no tiene.

C. El principio de la presunción de validez del acto o contrato registrado.

Mientas judicialmente no se disponga lo contrario, se presume de hecho –*iuris tantum*– la validez del acto o contrato registrado, el que está *formalmente legitimado,* sin perjuicio de que pueda ser legalmente dejado sin efecto o anulado en conformidad a la ley.

Lo anterior significa que la inscripción es normalmente ***declarativa*** "en el sentido de que jurídicamente no añade ni quita nada a lo inscrito, aparte de su publicidad".[4] No obstante lo anterior la inscripción es ***constitutiva*** respecto de la incorporación de una persona como accionista, ya sea por atribución de acciones en el acto constitutivo de la sociedad, ya sea por suscribir acciones con posterioridad o en virtud de una adquisición a otros accionistas, por acto entre vivos o mortis causa. Igualmente es constitutiva respecto de la constitución de gravámenes o derechos reales distintos del dominio sobre las acciones. Decimos que a estos respectos es constitutiva, porque sin la inscripción no se producen los efectos propios del acto o contrato sujeto a registro respecto de la sociedad, otros accionistas y terceros.

3. Formalidades para la inscripción de una cesión de acciones. Rechazo de una inscripción. Archivo de documentos que sirvieron de base a una anotación o registro en el Registro de Accionistas.

El contrato de cesión de acciones puede tener por negocio causal una compraventa, una dación en pago, una donación, una adjudicación al liquidar una comunidad o una sociedad convencional, u otra causa. La cesión se denomina comercialmente "traspaso".

Toda cesión de acciones, por su parte, tiene como **formalidades** el que debe celebrarse por escritura pública o privada firmada por el cedente y el cesionario, ante notario público, o bien cada uno ante dos testigos mayores de edad o ante un corredor de bolsa debidamente individualizados por su cédula de identidad o rol único tributario, los que podrán ser los mismos si cedente y cesionarios suscriben el instrumento en un mismo acto (art. 38 inciso 1° del Reglamento). Nótese que la exigencia es que se firme "ante", por lo que no bastará que el notario autorice las firmas, porque dicho trámite no supone, necesariamente,

[4] Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz: ob. cit., p. 134.

Actualidad Juridica 28.indd 391 10-07-13 18:34

que se ha firmado ante él. Igualmente queda claro que la cesión o traspaso puede firmarse por cedente y cesionario en instrumentos separados.

Nos hemos referido por separado al negocio causal y a la cesión porque el negocio causal tiene sus propias formalidades y porque a la sociedad no le corresponde pronunciarse sobre la transferencia de acciones, esto es, sobre los aspectos relacionados con la causa del contrato de cesión, y está obligada a inscribir sin más trámite los traspasos que se le presenten siempre que estos se ajusten a las formalidades mínimas que precisa el Reglamento (art. 12 inciso 2° de la Ley y 40 del Reglamento). En otras palabras y como una manifestación del principio de la legalidad la sociedad sólo puede rechazar un traspaso por no haber cumplido las formalidades de la cesión o traspaso, pero no por razones de fondo o mérito que digan relación con la causa del contrato de cesión. Es por eso que los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema que se citan[5] se ajustan a la recta doctrina al impedir que la sociedad rechace por razones de fondo o mérito y el fallo de la Corte Suprema que se cita[6] está equivocado, en nuestro concepto, por permitirlo.

La cesión de acciones producirá efecto entre las partes desde su celebración, y respecto de la sociedad y de terceros desde el momento de la inscripción del nuevo titular en el Registro de Accionistas. Distingue el Reglamento, entonces el efecto entre las partes y de la sociedad y terceros, siendo en este último caso relevante la inscripción en el Registro de Accionistas (art. 41 inciso 1°)

La ley obliga a la sociedad a proceder a la inscripción al momento de tomar conocimiento de la cesión (art. 41 inciso 1° del Reglamento).

Los interesados podrán acreditar que la sociedad ha tomado conocimiento de la cesión en mérito de una notificación practicada por un corredor de bolsa o notario público, quienes en el acto de la notificación deberán entregar una copia del contrato de cesión y el título de las acciones, a menos que este último estuviese en poder de la sociedad o no tuviere obligación de imprimir láminas físicas de los títulos (art. 41 inciso. 2° del Reglamento).

La sociedad tiene la obligación de archivar los documentos en mérito de los cuales practicó una inscripción en el Registro de Accionistas, obligación que se extiende a la práctica de cualquier registro o anotación (art. 43 del Reglamento).

La inscripción de acciones en caso de transmisión o sucesión por causa de muerte a nombre del sucesor, heredero, asignatario o adjudicatario debe sujetarse

[5] Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código de Comercio y Leyes Complementarias, t. III. Editorial Jurídica de Chile, año 1994, fallos I, III, IV y V, pp. 133 y 134.
[6] Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código de Comercio y Leyes Complementarias, t. III. Editorial Jurídica de Chile, año 1994, fallo II, pp. 133 y 134.

Actualidad Juridica 28.indd 392 10-07-13 18:34

a las reglas del artículo 43 del Reglamento. Si esta inscripción no se practica dentro del plazo de 5 años contados desde el fallecimiento del causante, pueden ser vendidas por la sociedad en la forma, plazo y condiciones que señala el artículo 45 del Reglamento.

4. Observación final.

Naturalmente con estas líneas no se agota esta materia y si quien haya tenido la paciencia de leer estas notas capta la relevancia del Registro de Accionistas en la vida de una sociedad anónima mi objetivo estará cumplido.

Actualidad Juridica 28.indd 393 10-07-13 18:34

La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada.

Renzo Munita Marambio*
Abogado (UCSC), Magíster y Doctorando en Derecho Privado,
Universidad Pierre Mendès France, Grenoble 2, Francia.
Profesor Becario de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo.
Becario Programa Becas-Chile, CONICYT.

Resumen: La pérdida de una chance constituye una evidente manifestación de la evolución constante experimentada por el Derecho de la responsabilidad civil. En efecto, el impacto de la figura se ubica en la diversificación actual de daños resarcibles y en el cambio de óptica de los sistemas de responsabilidad, en cuya virtud el instituto es analizado desde la perspectiva de la víctima y no del agente dañoso. Así, la acción por pérdida de una chance tiene por objeto reparar el perjuicio ocasionado por la pérdida efectiva de la probabilidad real de obtener una ventaja esperada. El campo de aplicación de la figura es amplio, pudiendo innumerables especies ser comprendidas bajo su órbita de acción. Como ejemplos se destacan el caso del estudiante que a causa de la culpa de un tercero no puede rendir un examen, perdiendo en consecuencia su chance de aprobarlo; y la negligencia del abogado que provoca que su cliente pierda la oportunidad de hacer valer un derecho en juicio. Sin perjuicio de lo anterior, uno de los dominios que ha percibido un importante desarrollo de la figura es la ciencia médica, como mecanismo de reparación de las consecuencias atribuibles a la negligencia cometida por el facultativo en el ejercicio de sus funciones, sea al informar al paciente los riesgos de una intervención o tratamiento, sea al diagnosticar un mal. En este sentido, existiría una probabilidad de que la culpa del médico esté a la cabeza de la pérdida de las chances del enfermo de curarse o de evitar el agravamiento. De aquí que sea coherente afirmar que la pérdida de una chance actúe en el espacio señalado en el ámbito de la causalidad probable del daño. Por último, expresamos que la retención jurisprudencial de la pérdida de una chance en esta última especie ha generado importantes debates en el Derecho de la responsabilidad en Francia, así como en otros países exponentes del denominado *Civil Law*, como del llamado *Common Law.*

* Agradezco a los distinguidos alumnos Sr. Rodrigo Campos (UDD) y Sr. Roberto Valdés (UCSC) por su importante ayuda en la relectura de este ensayo y por su disponibilidad en el intercambio de puntos de vista.

Las citas de textos en francés y en inglés son traducciones libres del autor.

Actualidad Juridica 28.indd 395 10-07-13 18:34

***

Introducción.

1.- En el presente trabajo pretendemos reseñar y comentar una de las figuras representativas del proceso de alteración de la óptica resarcitoria de que es objeto el Derecho de la responsabilidad civil en diversas latitudes: **la pérdida de una chance**. La referida alteración se traduce concretamente en que el proceso indemnizatorio ya no es analizado desde el punto de vista del agente del daño, sino más bien de la víctima. **Si bien la esencia netamente jurisprudencial de la pérdida de una chance es de larga data** *(en efecto, la figura fue retenida por primera vez en Francia en virtud de un fallo de La Corte de Casación de fecha 17.07.1889*[1]*, en el que se condenó a un oficial ministerial en atención a que su culpa impidió la prosecución de un procedimiento, indemnizándose en definitiva la pérdida de la chance de ganar el juicio; a su turno, en Reino Unido se detecta una primera sanción de la figura en atención al fallo Chaplin vs. Hicks (1911)*[2]*, en cuya virtud a título de pérdida de una oportunidad se le atribuye a la demandante –finalista de un concurso de belleza– uno de los doce premios, pues no había sido notificada por el demandado la fecha de la final. Como consecuencia de lo anterior, el Common Law en su conjunto se vio impulsado a sancionar chances u oportunidades perdidas. Así en Estados Unidos reconocemos fallos contemporáneos, tales como el pronunciado por la Corte de Apelaciones de Texas en 1917, denominado Kansas City M. vs. O. Ry. Co. V. Bell*[3]*, por el que se ordenó el pago de la oportunidad perdida de ganar un premio en una feria de animales producto del retraso en el transporte de éstos).* **Vislumbramos la institución que nos proponemos comentar como una efectiva herramienta de construcción de un moderno sistema de responsabilidad civil,** con clara vocación al desarrollo en materia de responsabilidad médica, en los escenarios en que la culpa del especialista probablemente ha alterado las oportunidades de que disponía el enfermo respecto de su curación o de su sobrevivencia, no sin dejar de exponernos por ello a fuertes cuestionamientos en este dominio, principalmente provenientes de la doctrina francesa.

2.- Desde un punto de vista general, es posible sostener que la pérdida de una chance puede ser objeto de dos enfoques de estudio, constituyendo en ambos una especie de daño resarcible. Así, es posible distinguir una **visión clásica o tradicional** de la figura dirigida a un grupo general de aplicaciones; y una **visión moderna** de la misma con vocación a operar en la pérdida de las oportunidades de curar o de sobrevivir.

---

1 Req. 17.07.1889, S. 1889, 1, P. 399.
2 Chaplin vs. Hicks (1911) 2 K.B. 786.
3 Kansas City M. vs. O. Ry. Co. V. Bell (1917) 197 S.W. 322, 323 (Tex. Civ. App. 1917).

Actualidad Juridica 28.indd 396 10-07-13 18:34

3.- **En virtud de un enfoque tradicional de tratar la pérdida de una chance**, y antes de abordar el instituto, es necesario precisar que a consecuencia de un hecho dañoso técnicamente es posible reconocer un perjuicio final y varios tipos de perjuicios intermedios, cada uno de ellos dotado de una identidad específica. La pérdida de una chance es una especie dentro de estos últimos, y una fracción del perjuicio integral sufrido por la víctima[4], analizado en clave de daño parcial[5]. Por otra parte, y entrando más en el detalle, el estudio de la figura en comento nos obliga a distinguir entre el perjuicio final y el señalado perjuicio intermedio, bajo un análisis de certezas. Luego, el perjuicio final, incierto, se traduce en la definitiva no realización de un evento esperado. A su turno, la pérdida de una chance, daño cierto, debe su inexistencia irrefutable a la objetividad del impacto aniquilador de la oportunidad suprimida. Por ejemplo, el accidente a consecuencia del cual no ha podido rendirse un examen conlleva al perjuicio hipotético o eventual de haber podido aprobar dicho examen, agravio final, este último, no indemnizable por carecer de presupuestos legales debido a su naturaleza potencial. **El reseñado perjuicio difiere sustancialmente del detrimento intermedio –pérdida de una chance– generado a consecuencia de la supresión de las probabilidades de poder aprobar el examen.** Dos perjuicios diferentes, uno indemnizable y el otro no.

4.- Por otro lado, no es novedad sostener que la reparación de los perjuicios exige como presupuestos fundamentales, además de ser personales, que sean ciertos y directos. Así, su resarcimiento está sujeto a la inexistencia de dudas sobre su acaecimiento, sea este actual o futuro, esto es, *ya realizado o en curso de realización; o, con indiscutible vocación a producirse de acuerdo a una atendible prolongación del estado actual de las cosas,* respectivamente; y a que por otro lado su producción resulte del hecho generador de responsabilidad. Luego, todo perjuicio eventual, es decir, *aquel cuya realización no es cierta*, se ve excluido de protección resarcitoria. Lo anterior en razonable atención a evitar enriquecimientos injustos mediante reparaciones de hipotéticos eventos dañosos[6]. Sin perjuicio de lo indicado, y si bien todo daño debe ser cierto para ser indemnizado, y los eventuales no son indemnizables, la percepción de la certeza jurídicamente exigida en el agravio no ha estado exenta de evoluciones. **En efecto, el presupuesto referido es también susceptible de ser amparado por la garantía resarcitoria cuando se constata la supresión imputable de una probabilidad de percibir el provecho de un evento positivo[7], o de evitar una pérdida.** Bajo esta lectura, el daño específico

[4] Casación, 1ra. civil, 24.01.2006, n° 02-12.206, RLDC 2006/26, n°1091: *"el daño correspondiente a la pérdida de una chance es entonces una fracción de las diferentes claves de perjuicios…".*

[5] Y. LAMBERT-FAIVRE, "*Droit du dommage corporel. Systèmes d´indemnisation"*, Dalloz, París, 2004, n° 582-2.

[6] Casación, 2da. civil, 10.03.1976, n° 74-13.106, Boletín civil II, n° 96.

[7] En este sentido, Casación, criminal, 06.06.1990, Boletín criminal, n° 224, p. 573 *"el elemento de*

Actualidad Juridica 28.indd 397 10-07-13 18:34

derivado de la pérdida de una chance "*es constituido por el desaparecimiento de una probabilidad, esto no significa que el perjuicio es golpeado por la incertidumbre. Si el daño es futuro, no es por esto menos cierto. Sólo el perjuicio final es incierto"*[8]. En este contexto conceptual, la pérdida de una chance constituye un daño particular, así lo entiende también una parte de la doctrina chilena. En efecto, el profesor H. CORRAL TALCIANI enseña: "*lo que debe indemnizarse es sencillamente la frustración de la oportunidad de postular a la obtención del beneficio; este es el daño cierto que se ocasiona en estos casos"*[9]; por su parte, don M. TAPIA RODRÍGUEZ, quien refiriéndose a la distinción entre pérdida de oportunidad y lucro cesante sostiene que la figura en la cual estamos concentrados corresponde a un *"daño futuro"*[10].

5.- Para nosotros, la pérdida de una chance se ubica, en una zona intermedia entre el daño futuro reparable y el daño eventual, pues integra en el dominio de lo jurídico un elemento incierto propio de la vida del hombre: la chance, el azar[11]. Es en este criterio, en que si bien el fundamento de este perjuicio se atribuye a aquella situación de agravio, en virtud de la cual el hecho generador provoca a la víctima la pérdida efectiva de la probabilidad real de obtener una ventaja esperada o de evitar un daño, no debe desconocerse que *"la particularidad de la pérdida de una chance es, por definición, indemnizar un perjuicio respecto del cual no podemos saber con certeza si sería realizado en ausencia del hecho generador"*[12]. De aquí que don L. MEDINA OLCOZ afirme que lo que identifica a la oportunidad perdida como auténtico evento dañoso es *"la combinación de una certidumbre y de una incertidumbre; la certidumbre de que estaba fundada la posibilidad de conseguir la ventaja y la incertidumbre de que ésta se hubiera conseguido de no haber intervenido el hecho ilícito"*[13]. En similar sentido, el profesor DOMÍNGUEZ ÁGUILA se refiere a la institución como *"una expectativa de ganancia o una probabilidad más o menos cierta de pérdida, que es en definitiva lo que se denomina una chance, aparece así como un daño, puesto que, de no haber acontecido el hecho juzgado, el demandante habría conservado*

perjuicio constituido por la pérdida de una chance se verifica cada vez que es constatada la desaparición (…) de la probabilidad de un evento favorable". En doctrina este punto ha sido tratado por importantes trabajos, entre otros: A. BÉNABENT, "*La chance et le droit*", LGDJ, t. 128, 1973; J. BORE, *"L´indemnisation pour les chances perdues: une forme d´appréciation quantitative de la causalité d´un fait dommageable*", JPG G 1974, I, 2620; F. CHABAS, *"La perte de la chance en Droit Français*", dans Développements récents du droit de la responsabilité, Genève, 1991, 131; C. RUELLAN, *"La perte de chance en droit privé*", RRJ 1999, p. 729.

[8] C. RUELLAN, art. prec., n° 26.

[9] H. CORRAL TALCIANI, *"Lecciones de responsabilidad civil"*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 142.

[10] M. TAPIA RODRÍGUEZ, *"Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales"*, Rev. derecho (Valdivia) vol. 15 nº 2, Valdivia, dic. 2003, pp. 75-111.

[11] Ver infra n° 10, cita n° 21.

[12] C. BEAUDEAUX, *"La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile"*, thèse, Strasbourg, 2006, n° 214, por Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *"Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile"*, Dalloz, Paris, 2010, n°184.

[13] L. MEDINA OLCOZ, *"La teoría de la pérdida de oportunidad",* Aranzadi, Navarra, 2007, p. 94.

Actualidad Juridica 28.indd 398 10-07-13 18:34

una o no se habría visto expuesto a la otra"[14]. Luego, es lógico deducir que la reparación derivada por la pérdida de la chance nunca es equivalente al daño final sufrido, tal como veremos.

6.- Sin perjuicio de lo anterior, la pérdida de una chance ha sido asimismo analizada a propósito de escenarios en que el hecho generador y el daño final no resisten ser conectados **mediante un vínculo de causalidad cierto y directo, fundamentalmente en el dominio de la responsabilidad médica,** constituyendo éste un modelo moderno de aplicación de la figura. De esto se sigue que el mencionado terreno permita plantear la incertidumbre relativa a las consecuencias dañosas eventualmente producidas por determinadas conductas o abstenciones del facultativo. Nos referimos en este punto a los denominados daños pasivos, es decir: *"aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo, sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que impiden al paciente de los cuidados médicos adecuados"*[15]. Lo anterior bajo un claro fin protector de la víctima de un agravio difícil de conectar a una determinada culpa médica, tal como apreciaremos. En este sentido, se detecta en la doctrina española: *"Frente a los supuestos de responsabilidad en que se imputa al médico el resultado dañoso; con la teoría de la pérdida de oportunidad, lo que se atribuye al facultativo es la frustración de las expectativas de sanación, por ejemplo, por un error en el diagnóstico de una enfermedad que, de haberse detectado a tiempo, el paciente hubiera tenido más posibilidades de recuperación"*[16].

7.- Hacemos presente que aun cuando nos concentraremos fundamentalmente en los corolarios de la vinculación entre la institución indicada y el Derecho galo de la responsabilidad civil, proyectamos referirnos asimismo a la presencia de la pérdida de una chance en **materia médico-sanitaria** bajo el lente pretoriano de otros ordenamientos, tales como: España, Estados Unidos, Reino Unido y Canadá. Justificando dicho estudio, nos remitidos a decir que la figura indicada ha sido objeto de análisis en esquemas de reparación propios de países exponentes tanto del denominado *Civil Law* como del llamado *Common Law*, constituyendo lo anterior una instancia privilegiada para intentar desarrollar un estudio comparativo del tema.

8.- **Por último, consideramos introductoriamente importante hacer presente en este punto que no debe ser confundida la pérdida de la chance con la pérdida en la chance.** Así, el agente generador el perjuicio no debe ser identificado con un elemento propio de la chance que voluntaria-

[14] R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *"Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista"*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Nº 188 (1990), p. 150.
[15] A. LUNA YERGA, *"Oportunidades perdidas"*, www.indret.com, p. 2.
[16] A. BERROCAL LANZAROT, *"A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado"*. Revista de la Escuela de Medicina Legal, Universidad Complutense de Madrid, febrero 2011, p. 37.

Actualidad Juridica 28.indd 399 10-07-13 18:34

mente corrió la víctima de un daño, sino como un elemento totalmente ajeno a ella. Entonces, si un médico cirujano en una operación difícil no obtiene el resultado esperado, no por ello vamos a afirmar que la víctima ha perdido una chance de mejoría o de sobrevivir, y consecuencialmente deba ser indemnizado. La víctima se sometió a una operación con claro conocimiento y aceptación del alea involucrado en la intervención médica. Otra cosa es demostrar que el médico actuó negligentemente y a consecuencia de la culpa probablemente se encuentra a la cabeza del incremento del riesgo que provocó, y en definitiva de la pérdida de las oportunidades de evitar el daño. En el mismo sentido, el jinete que cae del caballo impidiendo con ello que el propietario perciba las ventajas de la victoria carece de mérito indemnizatorio. Distinto es el escenario si el mismo jinete retiene al caballo voluntariamente con el objeto de no ganar la carrera.

Pues bien, dicho lo anterior, consideramos prudente proponer al lector un esquema de dos partes con el fin de enfocar nuestro estudio sobre la pérdida de una chance. **En primer lugar, nos abocaremos a su ALCANCE (I), y en segundo lugar, nos concentraremos en se DIMENSIÓN RESARCITORIA (II).**

I. La pérdida de una chance: su alcance.

9.- En esta primera parte, luego de habernos concentrado en el dominio conceptual de la pérdida de una chance (A), nos referiremos a su aplicabilidad contestada en el estadio médico-sanitario (B).

A.- Dominio conceptual de la pérdida de una chance.

10.- Hemos decidido abordar esta sección deteniéndonos en un primer momento en **algunos aspectos conceptuales de la pérdida de una chance (a),** para referirnos más tarde a los **presupuestos o exigencias básicas que la noción exige para ser retenida (b).**

a.- Algunos aspectos conceptuales de la pérdida de una chance.

11.- **Bajo una visión panorámica del instituto,** y a modo de concepto, podemos indicar que la doctrina y la jurisprudencia francesa, en general, atribuyendo un carácter esencialmente positivo a la chance perdida, definen la figura como la *"desaparición cierta de una eventualidad favorable"*[17]. En este sentido, la profesora L. WILLIATTE-PELLITTERI sostiene más particularmente que *"la pérdida*

[17] Casación, 1ra. civil, 21.11.2006, Boletín civil, I, n° 948, RLDC Enero 2007, p. 22 obs. C. KLEITZ, JCP 2007, I, n° 115, obs. Ph. STOFFEL- MUNCK, n° 2. Se desprende de la sentencia: *"Solamente constituye pérdida de una chance reparable la desaparición actual y cierta de una chance eventualidad favorable".*

Actualidad Juridica 28.indd 400 10-07-13 18:34

de una chance es una creación pretoriana destinada a indemnizar la imposibilidad para el demandante de conservar una situación benéfica o de verla realizarse, por el hecho del demandado que ha hecho desaparecer el evento provocador de la chance. En otros términos la pérdida de una chance consiste en indemnizar la no realización de un evento esperado por el demandante"[18]; la profesora Y. LAMBERT-FAIVRE la identifica con *"el impedimento de acceder a esperanzas precisas y reales"*[19]. A su turno, la Corte de Casación se refiere a la figura en los siguientes términos: *"el elemento del perjuicio constituido por la pérdida de una chance puede presentar en el mismo un carácter directo y cierto cada vez que es constatada la desaparición, por el efecto del delito, de la probabilidad de un evento favorable, aun cuando por definición la realización de una chance no sea jamás cierta"*[20]. **En síntesis, la oportunidad es identificada jurídicamente como un beneficio probable o una ganancia esperada.** Conceptualmente resulta interesante mencionar además, que aun cuando existan importantes probabilidades de una ventaja particular, el hecho que ésta desaparezca a causa de un tercero no hace más que demostrar la existencia de un alea siempre involucrado en los fenómenos que no se han verificado aún. En este sentido, *"el juez reconoce la parte de la chance en la vida humana. La reparación de este perjuicio se inscribe de esta manera en el movimiento de integración de la chance en el campo jurídico"*[21]. Es por lo anterior que se ha sostenido que la institución en comento viene a consagrar un *"principio de indemnización de eventos aleatorios"*[22]. En efecto, según se desprende de lo demostrado por la ya citada profesora L. WILLIATTE-PELLITTERI, en la figura comentada lo que en definitiva indemnizan los jueces es la pérdida positiva de un alea, en otros términos una suerte de lanzamiento de dados que afectado por las consecuencias del azar provoca a la víctima la pérdida irremediable de la posibilidad de obtener un evento aleatorio positivo, es decir, una chance, una oportunidad[23].

12.- **En este contexto, su reconocimiento pretoriano ha sido amplio, siendo diversas las especies que enriquecen los repertorios de jurisprudencia francesa[24]**. Se destacan situaciones como la del postulante a un concurso que no puede rendir su examen a causa de un accidente imputable a un tercero, perdiendo la chance de aprobarlo[25]; o la del abogado que por

[18] L. WILLIATTE-PELLITERI, *"Contribution à l´élaboration d´un droit civil des événements aléatoires dommageables"*, LGDJ, Paris, 2009, n° 412.
[19] Y. LAMBERT-FAIVRE, op. cit., loc. cit.
[20] Casación, criminal, 09.10.1975, GP, 1976, 1, p. 4.
[21] I. VACCARIE, *"La perte d´une chance"*, RRJ 1987-3, p. 904.
[22] J. BORE, op. cit. n° 23.
[23] L. WILLIATTE-PELLITERI, op. cit., n° 426.
[24] Puede verse, Ph. le TOURNEAU, "*Droit de la Responsabilité et des Contrats"*, Dalloz Action, 2010-2011, n°s 1417 y ss.
[25] Casación, 2da. civil, 17.02.1961, Boletín Civil II, n° 137, p. 100, GP. 1961, 1, 400; CA Limoges, 19.10. 1995, JCP, 1996, IV, p. 897.

Actualidad Juridica 28.indd 401 10-07-13 18:34

negligencia impide que su cliente pueda hacer valer un derecho en juicio[26]; o en el terreno de juegos de azar un jinete que actuando culpablemente en una carrera –en los hechos impidió voluntariamente que el caballo continuara la carrera producto de un inexplicable error en el control del animal– ha sido condenado a responder del perjuicio sufrido por los apostadores[27]. **Los casos expuestos representan una clásica visión de la pérdida de una chance, en cuya virtud el objeto de la indemnización corresponde a la reparación de la oportunidad perdida, cierta y concreta.** Si bien el perjuicio final es incierto, pues es imposible saber si a causa de la falta del abogado, por ejemplo, el cliente perderá el juicio, el detrimento intermedio identificado con la pérdida de la probabilidad de obtener un evento favorable es totalmente cierto y vinculado causalmente al hecho generador de la situación dañosa.

13.- **Saliendo de Francia**, la chance ha sido objeto de examen en los derechos del *Common Law*. Hacemos presente que en estos derechos la pérdida de una chance opera en el ámbito de la causalidad probable del daño y no a título de perjuicio particular, como sucede en Francia. Así, la interrogante consiste en determinar las probabilidades que existen de que el agente dañoso esté a la cabeza del daño y no en resarcir las consecuencias gravosas de una pérdida basada en una probabilidad, o, si se quiere, aleatoria. Sobre el punto se ha pronunciado la doctrina chilena. Siguiendo al profesor E. BARROS BOURIE, el análisis económico de la responsabilidad motiva una aguda discusión, provocando en consecuencia que se afirme que la responsabilidad puede basarse en una sustancial probabilidad, en general superior al 50%, en aplicación del comentado sistema del *"todo o nada"*[28]. En relación a lo anterior, don R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA enseña, que la situación descrita provoca que *"la chance en sí no tenga un valor propio",* sino que es valorada *"bajo los mismos criterios que el daño pasado y absolutamente cierto"*[29]. En esta base conceptual, el citado profesor DOMÍNGUEZ cita al juez inglés BOWEN, quien razona: "*la chance de un provecho no es lo mismo que el provecho (…)",* así como *"el riesgo de sufrir un daño no es lo mismo que sufrir el daño"*[30]. Lo transcrito demuestra la neta distinción entre la oportunidad perdida (destrucción imputable de la eventualidad) y el daño final no indemnizable (beneficio hipotético). En fin, desprendemos que el escenario es de discusión. Por un lado, existe una tendencia jurisprudencial inclinada a ordenar que una vez acreditado un margen de probabilidad causal superior al 50%, el agente del daño debe ser condenado a la reparación de la integridad

[26] Casación, social, 14.02.2001, D. 2001, IR, p. 1589.
[27] CA Paris, 21.11.1970, JCP, 1972, II, 16.990, 2e esp., note A. BÉNABENT, Casación, 2da civil, 04.05.1972, D. 1972, p. 596, note Ph. LE TOURNEAU.
[28] E. BARROS BOURIE, *"Tratado de responsabilidad extracontractual"*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, n° 246, p. 381.
[29] R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, op. cit., p. 151.
[30] Chamberlain vs. Boyd, 11 Q.B.D. 407, AT 416 per BOWEN L.J. (CA 1883), citado por R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, art. prec., p. 150.

Actualidad Juridica 28.indd 402 10-07-13 18:34

del perjuicio[31], y no de la probabilidad; por otro, tanto en Inglaterra[32] como en Estados Unidos[33] existen fallos que siguiendo el espíritu del mencionado fallo *Chaplin vs. Hicks* constituyen prueba de una corriente pretoriana defensora del resarcimiento en materia de oportunidades perdidas, en virtud de la cual el agravio radicado en la privación de una expectativa verificable probabilísticamente es reparable. Para este último enfoque, la teoría de la pérdida de una chance se eleva como un mecanismo de justicia resarcitoria, para ingresar en el ámbito de la proporcionalidad imputable al autor del daño.

14.- **En otro orden de ideas, una doctrina minoritaria en Francia defiende que la expresión "chance" reviste asimismo un carácter negativo.** De lo anterior se sigue que quien pudiendo evitar el acaecimiento de un daño no lo hace, podría también ser condenado civilmente a título de pérdida de una chance, alineando terminológicamente la expresión a su sentido común identificable a un *"evento aleatorio"*[34] que puede ser *"bueno o malo"*[35]. Hacemos presente que la visión negativa antes expuesta es asimismo criticada, pues se estima que corresponde más bien a una confusión de la noción con otra figura: **la creación de un riesgo**[36], la cual puede ser objeto de indemnización, según el criterio que sea adoptado por el tribunal. (En este sentido, ha sido retenida jurisprudencialmente en Francia la figura indicada, estimándose que el solo riesgo de daño constituye un verdadero perjuicio. Citamos, a modo de ejemplo, respecto del daño potencial ocasionable a los portadores de una sonda auricular defectuosa, el fallo de la CA de Paris de 12.09.2008[37], que declaró: *"el anuncio de la peligrosidad potencial, presentada por este material, que tuvo por consecuencia directa en un primer tiempo, y con anterioridad a su retiro, de aumentar la vigilancia médica del paciente, ha ineluctablemente creado en él un sentimiento de angustia, aun cuando, el riesgo de lesión, de muerte, en caso de ruptura del cable metálico y de salida de la sonda, no se verificó. El paciente entonces, ha sufrido un daño cierto, aun cuando se encuentra expuesto a un daño estadísticamente débil"*. Un criterio similar fue seguido en materia de riesgo potencial representado por antenas de telefonía según fallo de la CA de Versailles de 04.02.2009[38], en que se dispuso categóricamente: "*Si la realización de un riesgo permanece hipotético, la incertidumbre sobre la inocuidad de la exposición*

[31] E. BARROS BOURIE, op. cit., loc. cit., cita n° 26.
[32] R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, art. prec., cita n° 107.
[33] R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, art. prec., cita n° 104.
[34] A. LALANDE, *"Vocabulaire technique et critique de la philosophie"*, PUF (coll. « QUADRIGE ») 1992, V° Chance.
[35] A. BÉNABENT, "La chance et le droit", LGDJ, Paris, 1973, n°1.
[36] Lo afirmado generalmente a propósito de materias de responsabilidad médica, en que como veremos la pérdida de una chance se identifica con las eventualidades positivas de sanar o sobrevivir. En contra, Ph. BRUN (*"Responsabilité civile extracontractuelle"*, Litec, Paris, 2009, n° 182) sostiene que es más bien el reconocimiento de una visión negativa de la chance, identificada con la eventualidad de evitar una pérdida.
[37] CA Paris, 12.09.2008, N° 07/05802.
[38] CA Versalles, 04.02.2009 n° 08/08775.

Actualidad Juridica 28.indd 403 10-07-13 18:34

de las ondas emitidas por las antenas de repetición, puede ser calificada de seria y razonable, de tal suerte que configura una angustia legítima constitutiva de un fenómeno perturbador de carácter anormal". "La cesación del perjuicio moral resultante de la angustia sufrida del hecho de la instalación sobre la propiedad vecina de esta antena impone ordenar su desconexión"). En vista de lo expuesto, afirmamos que la opinión en orden a sostener que la principal especificidad de la creación del riesgo corresponde a que éste, en principio, no es indemnizable, sino cuando es concretizado, a diferencia de la pérdida de una chance que contiene resarcitorio en ella misma[39], es, desde luego, cuestionable. Por último, a favor de la distinción, y a modo ilustrativo, citamos a la profesora L. MAZEAU, quien presenta: *"la pérdida de oportunidad puede corresponder a la desaparición de la probabilidad de obtener una ventaja, el riesgo puede designar, en revancha, la existencia de una probabilidad de sufrir una pérdida"*[40].

15.- Creemos que desconocer en la pérdida de una chance su aspecto negativo obliga a reducir forzadamente su campo de aplicación, quizás por razones meramente semánticas. No podemos excluir del instituto su vertiente concentrada en la supresión de las chances de evitar un mal. Así, tal como veremos, la muerte o la agravación de una persona. Este es el fundamento de la condena del médico, que probablemente está a la cabeza de la destrucción de las oportunidades de que disponía el paciente para recuperarse o para no morir. Por otro lado, respecto del riesgo, y el temor expresado por la doctrina francesa a identificar ambas figuras, debemos decir que éstas a menudo van encadenadas. Lo anterior se aprecia con nitidez en problemas en que la chance perdida debe ser estudiada a propósito de conexiones causales probables, como las verificables en el escenario médico, a las que hemos hecho alusión recientemente. En efecto, en las materias señaladas, el daño de la víctima sufrido a consecuencia del incumplimiento de la obligación de información o de diagnóstico del médico **provoca que el riesgo de morir o de agravamiento se incremente, perdiéndose a su vez las chances de evitar el daño.** En fin, de la lectura de cierta jurisprudencia[41], también puede entenderse el reconocimiento de esta corriente pronunciada en concordancia con una visión anticipativa de la responsabilidad[42]. Luego, no tenemos problema en seguir en este punto al derecho anglosajón que reconoce a la chance su aspecto negativo y en íntima conexión con la creación del riesgo generado por el agente dañoso[43].

---

[39] M. FABRE-MAGNAN, *"De l´obligation d´information dans les contrats. Essai d´une théorie"*, LGDJ, París, (Coll. « Bibliothèque de Droit privé ») tomo 221, 1992, n° 624.

[40] L. MAZEAUD, *" La responsabilité des professionnels exploitants une activité à risque"*, Tesis, Toulouse, 2010, n° 166.

[41] Por ejemplo, se ha fallado que el médico no podía "ignorar" (Casación, 1ra. civil, 02.05.1978, Boletín civil, n° 167); o, en referencia a la culpa en un diagnóstico oportuno, que éste "habría permitido tomar una decisión" (CA Pau, 21.12.2000, JCP, 2001, IV, 2329). Las sentencias citadas fueron dictadas en referencia al desenlace corporal del enfermo: su muerte o su agravación. Luego, el médico es condenado por su incapacidad de evitarlo.

[42] D. TAPINOS, *"Prévention, précaution et responsabilité civile"*, L´Harmattan, Paris, 2008, n°s 171 y ss.

[43] En este sentido E. BARROS BOURIE, op. cit., n° 246, p. 381.

Actualidad Juridica 28.indd 404 10-07-13 18:34

16.- Ahora bien, defendemos que el mérito indemnizatorio de la pérdida de una chance es totalmente ajustado a Derecho, *"la probabilidad de obtener una ganancia o de evitar un daño tiene un valor patrimonial; su disminución causada por un hecho defectuoso abre un derecho al resarcimiento de la fracción del valor perdido"*[44]. De ello se sigue que la chance debe ser reparada, pues representa en sí misma un valor apreciable pecuniariamente. Dicho valor puede haberse asignado por las partes en el contrato, tener un valor de mercado, o incluso ser determinado por el juez en atención a la prueba rendida por la víctima. Luego, el carácter aleatorio de la oportunidad o de la expectativa no la priva de ser indemnizada cuando ésta ha sido culpablemente distraída del patrimonio de su titular, pues su valor es plenamente determinable. Sin perjuicio de lo indicado, la reparación del perjuicio exige ciertas condiciones para que pueda ser reconocido. Sobre este punto nos pronunciaremos en el acápite siguiente.

b.- Presupuestos vitales de la pérdida de una chance.

17.- Respecto de los requisitos necesarios para que la pérdida de una chance presente mérito indemnizatorio, reconocemos, en **primer lugar,** la exigencia que la probabilidad que efectivamente se ve suprimida lleve aparejadas real y seriamente[45] posibilidades de producirse. En efecto, aun cuando la oportunidad sea aleatoria, es indispensable que *"la probabilidad de acontecimiento del evento favorable haya sido importante"*[46]. Luego, el alumno que no puede rendir un examen a causa de un tercero, y que no presentaba buenas calificaciones parciales, no podrá invocar la pérdida de la chance de aprobar la evaluación[47]. Insustituible resulta, en **segundo lugar**, que su desaparición sea ajena a la voluntad de quien la invoca[48]. En **tercer lugar**, la jurisprudencia sostiene que para que la oportunidad perdida pueda ser indemnizada, es necesario que sea demostrado el nexo de causalidad que vincule a este perjuicio con el hecho destructor de la oportunidad en cuestión[49]. Por último, se ha decidido, en **cuarto lugar**, que la chance u oportunidad debe verse condicionada en virtud de un

[44] Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, op. cit., n° 189.

[45] En este sentido, fue desestimada la acción por pérdida de una chance por defecto del indicado requisito por la Corte de Casación, en fallo de 19.03.1997, Boletín criminal, 1997, n°109. En la especie, una víctima contaminada con Hepatitis C no puede alegar la pérdida de una chance de obtener trabajo a causa de su contagio. La pérdida de la chance no era ni cierta ni actual. La Corte requirió que era necesario demostrar una reducción de capacidad física, psico-sensorial o intelectual respecto del hecho de la contaminación.

[46] Ph. STOFFEL-MUNCK, *"Chroniques"*, **JCP G 2007, I, 185, n°2.**

[47] Casación, 2da. civil, 17.02.1961, GP, 1961, 1, p. 400.

[48] Casación, 1ra. civil, 02.10.1984, n° 83-14.595, Boletín civil I, n° 245. En la especie, el beneficiario de un seguro no puede reclamar pérdida de la chance derivada de la resciliación del mismo por no pago de la prima, no obstante que no se le haya puesto en conocimiento por carta certificada del hecho de la resciliación.

[49] Ver en este punto, G. VINEY et P. JOURDAIN, *"Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité"*, LGDJ, 3ra. ed., Paris, 2006, n°282. Por otro lado, apreciaremos que esta condición constituye el núcleo de la argumentación de aquellos que sostienen que la pérdida de una chance no puede manifestarse en las contingencias de curación o de sobrevivencia.

Actualidad Juridica 28.indd 405 10-07-13 18:34

breve espacio temporal apreciado prudencialmente por el tribunal[50] **con proyección hacia el futuro.** Así, la chance que no pudo ser intentada debe *"preexistir al daño"*[51]. En este sentido, nos enseña R. SAVATIER: *"la chance perdida se ubica en el futuro. No sabremos jamás sin una suposición del avenir si ella será realizada. (…) Creemos inaceptable situar, por el contrario, las chances en el pasado, donde se asienta, ya, el evento al cual se aplica"*[52].

18.- Estamos de acuerdo con la postura generalmente aceptada relativa a que la chance perdida debe tener vocación de concretizarse en el futuro, aun cuando se sepa que jamás se podrá verificar, pues una oportunidad es de por sí incierta. **Empero, estimamos razonable también indemnizar aquellas chances que estando en camino de ser corridas conllevan un germen de nocividad.** Así, por ejemplo, un caballo que antes de correr la carrera es drogado, provoca que el resultado de su participación en la misma no sea bajo ningún respecto similar al que pretendían los apostadores o propietarios. De aquí que sea posible sostener que la chance fue disminuida, siendo para nosotros perfectamente reparable. En sentido de lo anterior, los profesores G. VINEY y P. JOURDAIN proponen una apreciación diferenciada de la institución (sin descartar la pérdida de una chance en alguna de las situaciones), manifestando que el escenario resarcitorio puede presentarse tanto en casos en que el demandante haya intentado su chance, como cuando se ve privado de intentarla. Indican los mencionados autores *"que el principio de la reparación debería ser admitido en todos los casos donde el demandante aporte la prueba que el hecho imputado al demandado anula una chance real que estaba intentándose"*[53]. Por ejemplo, a propósito de iniciar negociaciones en vista de concluir un contrato que no puede llevarse a buen término porque un tercero se apropia del negocio por maniobras fraudulentas[54]. Por otro lado, *"la situación puede asimismo presentarse, en contra, bajo un ángulo diferente cuando el demandante no ha intentado todavía la chance"*[55]. Se deprende más adelante de lo expuesto por los citados profesores que cuando el daño invocado consiste en la pérdida de la posibilidad de beneficiarse de una chance en el futuro, **es requerido además por los tribunales un elemento de proximidad respecto del momento en el cual la esperanza desaparecida habría podido concretizarse.** Es por lo indicado que será rechazada la pérdida de una chance de contraer matrimonio cuando los esponsales no son aun celebrados, o de celebrar un

[50] Casación, 2da. civil, 10.10.1073, Boletín civil II, n° 254, p. 203. En los hechos, una persona de 39 años, que había interrumpido la preparación de una tesis doctoral y que no ejerce ninguna actividad lucrativa, no puede alegar pérdida de una chance producto de un accidente, respecto de la carrera que el doctorado podría ofrecerle.

[51] En este sentido, L. WILLIATTE-PELLITERI, op. cit., n° 418.

[52] R. SAVATIER, *"Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d´un dommage sans l´avoir causé ?"*, **D. 1970, chronique, p. 123.**

[53] G. VINEY et P. JOURDAIN, op.cit., loc. cit., n° 283.

[54] G. VINEY et P. JOURDAIN, op.cit., loc. cit.

[55] G. VINEY et P. JOURDAIN, op.cit., loc. cit.

Actualidad Juridica 28.indd 406 10-07-13 18:34

contrato cuando las negociaciones no son avanzadas. En contra, se retendrá la pérdida de una chance en el escenario de una promoción profesional cuando dicha promoción es considerada como inminente a la época de acaecimiento del hecho que la impide[56].

19.- **Cuestionando la perspectiva temporal o cronológica expuesta**, el profesor Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ manifiesta que *"otro criterio debe ser encontrado"*[57]. Se basa principalmente en que *"poco importa que la chance no haya podido ser intentada o que ésta haya fracasado; lo que cuenta, es saber si el potencial de chance de la victima ha sido o no injustamente disminuido"*[58]. En concreto, lo que propone el profesor referido corresponde a recurrir a un **criterio causalista** de determinación del perjuicio de pérdida de una chance[59]. Determinante en su postura corresponde el hecho de saber si la víctima sufrió o no una disminución efectiva, es decir, cierta e imputable al agente, de sus oportunidades o de sus chances, a la época de la realización del hecho generador, verificando el cálculo con total independencia del daño final. El carácter esencialmente causalista de la apreciación radica en que ésta se centra en el efecto de la intervención culpable del tercero reductor de las chances. Entonces, de existir dudas sobre su intervención, la responsabilidad no podrá ser comprometida. Por otro lado, de no existir dudas, las chances de la víctima deben ser apreciadas antes y después de la intervención del demandado, abriendo un derecho, en consecuencia, al reembolso de lo perdido por concepto del valor patrimonial disminuido, en atención a la disminución de la probabilidad de acceder a un evento favorable o de evitar un daño. Luego, más que centrarse en la temporalidad de la oportunidad, y que la chance sea futura, es fundamental **que en todos los casos en que la pérdida de una oportunidad deba ser indemnizada, siempre el vínculo de causal entre el hecho generador y la chance perdida sea cierto.**

20.- Creemos que la opinión señalada no resiste ser inserta en el dominio médico, en que la causalidad entre el hecho culpable y el daño navega en un mar de probabilidades. Intentar justificar un argumento de causalidad fundándose en el hecho imputable y las oportunidades por éste reducidas, en clave de daño probable y separándolo del daño efectivamente acaecido, lo consideramos incorrecto. No debemos olvidar que en este espacio la pérdida de la chance debe ser apreciada en el daño final, en virtud de un mecanismo de determinación probabilística del porcentaje causal que es posible adjudicar al agente en la realización del agravio. Creemos que la única determinación causal posible, luego, no puede ser otra que la fijada con miras a la determinación de una

[56] G. VINEY et P. JOURDAIN, op.cit., loc. cit.
[57] Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, op. cit., n° 189.
[58] Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, op. cit., loc. cit.
[59] Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, op. cit., loc. cit.

Actualidad Juridica 28.indd 407 10-07-13 18:34

causalidad probable, mediante criterios científicos o de aproximación, en los términos indicados.

21.- De acuerdo a lo anterior, intentaremos profundizar un poco más en la aplicación de las chances perdidas insertas en el terreno de la responsabilidad médica.

B.- La aplicabilidad contestada de la pérdida de una chance en el dominio médico-sanitario.

22. En este segmento nos concentraremos en el **criterio seguido en Francia** para retener la pérdida de una chance de salud o de sobrevivencia **(a)**, para posteriormente exponer los **cuestionamientos a los que se ha visto expuesta la figura en esta materia (b)**, culminando con una **exposición jurisprudencial comparada al efecto (c).**

a.- El criterio seguido en Francia respecto a la pérdida de una chance de sobrevivencia o de curación.

23. En conformidad a la explosión de la responsabilidad de profesionales de áreas pertinentes a la salud, el terreno en que más desarrollo ha tenido el perjuicio en estudio, **ha sido *"incontestablemente la pérdida de una chance de curación o de sobrevivencia"*[60],** constituyendo ésta un enfoque moderno del instituto. En este dominio, la chance opera respecto de los errores en los diagnósticos o defectos en el cumplimiento de la información debida por el médico al paciente, los que si bien no admiten ser a simple vista identificados como la causa del detrimento final sufrido (muerte o agravación de salud) –pues éste pudo haberse verificado igualmente por otros factores no obstante la intachable labor del galeno– sí pueden ser traducidos en la razón por la cual el paciente se vio impedido de tomar la decisión de someterse o no a la intervención quirúrgica o al tratamiento, perdiendo su chance o su oportunidad de curación o de sobrevivencia. De aquí que la doctrina francesa le atribuya un carácter de daño particular. Razonamiento que nosotros criticamos. Sin perjuicio de lo anterior, la actividad resarcitoria de la pérdida de una chance bajo un escenario médico-sanitario ha sido fuertemente criticada por la doctrina en Francia, tal como veremos.

24.- Lo expuesto, ya que desde un punto de vista amplio la figura se ubica en una dimensión diversa a la visión clásica del instituto. Esto se manifiesta en que bajo una óptica tradicional, la desaparición de la oportunidad constituye un agravio plenamente resarcible, no obstante ser aleatorio, producto del fuerte contenido probabilístico de la verificación de la chance, lo cual le atribuye su

[60] G. VINEY et P. JOURDAIN, *"Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité"*, LGDJ, 2da. ed., Paris, 1998, n°280, citado por L. NEYRET, *"Atteintes au vivant et responsabilité civile"*, LGDJ, Paris, 2006, n° 787.

Actualidad Juridica 28.indd 408 10-07-13 18:34

particularidad especial al detrimento. **Hacemos presente además que no existe observación alguna al vínculo causal entre hecho generador y perjuicio aleatorio (pérdida de una chance), toda vez que éste se presenta como directo y sin alteraciones.** Así, el recurrido caso del estudiante que no puede intentar su chance de aprobar un examen a consecuencia del hecho culpable de un tercero no presenta defecto en el campo de la causalidad del daño. La probabilidad de aprobar era real, concreta y objetiva (imaginemos además que el alumno había obtenido evaluaciones parciales satisfactorias), y fue a causa del evento culpable en cuestión que se configuró el daño consistente en la sustracción fáctica y probable de la materialización de la oportunidad o de la chance. **El vínculo causal es nítido, faltando solamente determinar y, en consecuencia, valorar pecuniariamente cuáles eran las chances de aprobar.** En cambio, en una lectura vinculada al dominio médico, si bien el daño existe –la víctima empeoró o murió– **el nexo conector entre la acción u omisión del médico y dicho daño es difuso, oscuro o incierto.** No sabemos si el paciente no hubiera muerto o no se hubiera agravado si el médico hubiera actuado sin culpa. Sin perjuicio de lo anterior, el sentenciador en justicia rechaza la demanda por el daño total representativo del estado consumado del enfermo, esto es, su muerte o su agravación, indemnizando la pérdida de las oportunidades de evitar el daño. Citamos al destacado jurista A.TUNC quien mediante una célebre cita enseña la distinción: "cuando los tribunales indemnizan la pérdida de una chance están en presencia de una culpa inserta en un vínculo cierto de causalidad con un daño aleatorio. ¿Por qué no podrían acordar una indemnización cuando un daño cierto está inserto en una relación aleatoria de causalidad con una culpa previa?"[61].

25.- La jurisprudencia gala ha suplido la incertidumbre del nexo causal, estimándolo como cierto y directo, en conformidad a las reglas generales, mediante una relajación de los estándares de apreciación de la causalidad del daño. De otra manera, no podría resarcirse la pérdida de las oportunidades de evitar la muerte o el agravamiento. Conforme a lo anterior, ha sido afirmado que la noción en estudio *"permite crear un vínculo causal ficticio entre el acto médico y el perjuicio sufrido: es porque el médico no ha informado suficientemente al paciente los riesgos del acto médico, que este último lo ha aceptado y ha sufrido el perjuicio"*[62]. Se ha dicho además que la pérdida de una chance *"es una forma de perjuicio particular que mide la existencia y la extensión del vínculo de causalidad que lo une al hecho generador de responsabilidad de suerte que la afirmación de la pérdida de una chance equivale al reconocimiento de este vínculo"*[63]. Desde el ámbito de las principales teorías de la causalidad, ni la tesis de la equivalencia

[61] A. TUNC, "*Perte d'une chance suite à une erreur de diagnostic"*, RTD civ., 1963, p. 334.
[62] En este sentido, A. DORSNER-DOLIVET, *"Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l´homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie"*, Tesis, Paris, LGDJ, 1986, pp. 427-434, citado por L. WILLIATTE-PELLITERI, op. cit., n° 442.
[63] J. BORE, art. prec., n° 41.

Actualidad Juridica 28.indd 409 10-07-13 18:34

de las condiciones ni de la causalidad adecuada parecen justificar su retención. En efecto, la primera de las posturas, considera que todos los eventos que han participado de la gestación del daño pueden ser considerados como condiciones de éste. Así, ¿es posible considerar que la culpa del médico es condición sine qua non del daño, si no es factible afirmar que sin ella el daño no se hubiera producido? Siguiendo al autor J. BORE, *"la culpa no ha creado más que una posibilidad de daño"*[64]. Respecto de la teoría de la causalidad adecuada, por su parte, la culpa del médico debería ser la causa generadora del daño –según la experiencia y el desarrollo normal y habitual de los hechos– para que pudiera ser retenida como tal por el juez. Una afirmación en tal dirección podría considerarse insuficiente. Luego ¿cuál es el criterio en que se basan los jueces franceses para retener en este dominio el vínculo causal cierto y directo por ellos mismos exigido? El profesor J. BORE sostiene, que el juez combina una ley causal y una ley aleatoria en una concepción de causalidad[65]. Luego, en virtud de una ley aleatoria, el médico es una de las posibles causas del impedimento en la curación o en la sobrevivencia, así como lo pueden ser las causas naturales del deceso o del agravamiento. Luego el juez decide, ajustando su elección a una ley causal generada por la infracción en el cumplimiento de la obligación de información o en el diagnóstico tardío.

26.- Por otra parte, en cuanto a la apreciación de la pérdida de una chance, *"la Corte de Casación reconoce a los jueces de fondo un poder soberano (…) sobre el punto de saber específicamente si la chance existía realmente"*[66], por una parte; mientras que por otra, la libertad soberana del juez es también reconocida en materia de valoración de la chances perdidas. Así se desprende de lo expuesto por el reconocido informe del consejero de la Corte de Casación profesor P. SARGOS: *"Ellos deben* (jueces de fondo)*, en un primer momento, razonar como si la culpa del médico hubiera causado el daño entero y evaluar en consecuencia la totalidad de los diversos perjuicios de la víctima, distinguiendo bien entre el que es sometido al recurso de terceros pagadores (seguros) y el que no lo es (indemnización a título personal); - después****, en un segundo momento, ellos deben fijar la fracción del total de estos perjuicios*** *que atribuyen a la pérdida de chance, siendo su apreciación en este punto soberana"*[67]. En rigor, el sentenciador dispone de plena libertad en la fijación del daño aun cuando estadísticas demuestren lo contrario. **Agregamos que un criterio más casuístico es posible de reconocer en este punto por los tribunales españoles.** En efecto, por sentencia de 14.11.2006 pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón[68], se estableció que la pérdida de una oportunidad se trata de un daño basado en

[64] J, BORE, art. prec., n° 16.
[65] J. BORE, art. prec., n° 13.
[66] J. BORE, art. prec., n° 41.
[67] P. SARGOS, *"Perte de chance en matière médicale : préjudice en découlant et modalités de réparation"*, JCP G 1997, II, 22921.
[68] JUR 2007/224055, citada por A. BERROCAL LANZAROT, art. prec., p. 42.

Actualidad Juridica 28.indd 410 10-07-13 18:34

el cálculo de posibilidades, acomodándose la indemnización a tales circunstancias, resultando evaluable en cada caso. En la especie, se fijó la indemnización teniendo en cuenta las características del tumor (se trataba de un enfermo de cáncer), su ubicación, lo informado sobre las posibilidades de la paciente, y el baremo retenido por la ley 30/1995. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo español por fallo de 12.07.2007[69] tuvo en cuenta la edad y las responsabilidades familiares del afectado para determinar la indemnización.

27.- La determinación del vínculo de causalidad entre hecho generador y daño ha sido objeto de un fuerte cuestionamiento doctrinal, el cual expondremos a continuación.

b.- Lectura crítica al reconocimiento de la pérdida de una chance de curación o de sobrevivencia.

28.- El reconocimiento jurisprudencial de la pérdida de una chance en materia de responsabilidad médica –sobre el cual nos referiremos más adelante bajo los márgenes de una aproximación panorámica– ha dado lugar a fuertes cuestionamientos doctrinales en Francia[70]. **En efecto, la crítica principal,** según expone la profesora D. TAPINOS *"consiste en denunciar un desplazamiento del objeto de la teoría de la pérdida de una chance del perjuicio al vínculo de causalidad"*. Continúa la citada autora *"inicialmente definida* (la pérdida de una chance) *como un daño parcial, ella es hoy día utilizada con el fin de disminuir la exigencia de prueba de un vínculo de causalidad cierto, en otras palabras, para paliar la duda que afecta el vínculo de causalidad entre el hecho generador y el daño"*[71]. En este sentido expone la profesora Y. LAMBERT-FAIVRE: *"una jurisprudencia bastante discutible ha utilizado la noción de pérdida de una chance de curación o de sobrevivencia como substituto de una causalidad indecisa, ahora bien, la pérdida de una chance se enmarca en la apreciación de daños eventuales y no en la causalidad: la Corte de Casación lo recordó en una sentencia (…) del 17.11.1982"*[72]. A su turno el profesor Ph. BRUN expone: *"*(la pérdida de una chance) *deviene un paliativo a las incertidumbres del vínculo de causalidad entre el hecho imputable al demandado y el daño final: decir que un hecho ha hecho perder a la víctima una chance de evitar el daño, ¿no es otra manera de decir que este hecho ha contribuido en una medida mal determinada en dicho daño?*[73] Por su parte, se desprende de lo expuesto por el decano R. SAVATIER que la pérdida de una chance no es más

[69] RJ 2007/4993, citada por A. BERROCAL LANZAROT, art. prec., loc. cit.
[70] D. TAPINOS, op. cit., n° 164.
[71] Visiones contrapuestas se aprecian en la doctrina gala. Entre quienes cuestionan la figura destacan: R. SAVATIER, op. cit.; F. CHABAS, op. cit.; J. PENNEAU, nota, Casación, 1ra. civil, 01.03.1973, D. 1973, P. 595; C. RUELLAN, op. cit. Mientras que a favor de la pérdida de una chance reconocemos: G. DURRY, RTD civ, 1979, p. 797; J. BORE, op. cit., D. TAPINOS, op. cit. n° 187. Se detectan además autores con opiniones moderadas, entre ellos : G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 371.
[72] Y. LAMBERT-FAIVRE, "*De la poursuite* à la *contribution*; *quelques arcanes de la causalité"*, D. 1992, p. 311.
[73] Ph. BRUN, "Responsabilité civile extracontractuelle", Litec, 2da. ed. 2009, París, n° 182, cita n° 43.

Actualidad Juridica 28.indd 411 10-07-13 18:34

que una salida en un juicio de responsabilidad en donde el juez es preso de la duda y se considera incapaz de establecer un vínculo de causalidad entre hecho generador y daño, citando al autor: *"en realidad esta pretendida chance objetiva se confunde con su incertidumbre subjetiva* (del juez) *sobre las causas del daño"*[74]. Los profesores G. VINEY y P. JOURDAIN, en esta línea sostienen: *"No podemos entonces negar que se trata de un artificio de razonamiento inventado en el objetivo de eludir el obstáculo que la exigencia de una causalidad cierta es susceptible de oponerse a ciertas demandas de indemnización dirigidas contra el autor de una culpa médica (probada) por la víctima de un daño (igualmente establecido)*[75]. Más adelante los citados profesores agregan *"el tribunal no dispone de ningún criterio objetivo (en la retención de la pérdida de una chance): es conducido a adoptar soluciones arbitrarias y netamente (…) a proyectar en la evaluación de la reparación sus propias dudas sobre la existencia de la causalidad"*[76], alegando en definitiva que una reparación válida para las víctimas debe ir de acuerdo a su resarcimiento integral, real y concreto (la muerte, la agravación en el estado del paciente), mas no la pérdida de las chances de curación o de sobrevivir. En cuanto a este último punto, agregan los autores: *"sería más satisfactorio permitir a la víctima obtener una reparación integral de sus daños sobre la base de una relajación de la carga de la prueba que pesa normalmente sobre ella, cada vez que al menos las circunstancias permitan presumir razonablemente el vínculo de causalidad entre la culpa médica y el daño"*. Así justifican: *"esta culpa* (la del médico) *crea en efecto un peligro evidente para la salud y para la seguridad del paciente: es entonces normal que si este peligro se realiza, la causalidad se presuma"*[77]. Esta postura de la doctrina francesa nos motiva a traer a colación el criterio con que han fallado algunos tribunales norteamericanos, los cuales han ordenado la integral reparación de los perjuicios causados en eventos en que se ve involucrada la pérdida de una chance. Sin perjuicio de lo indicado, el razonamiento es diverso, pues se funda en dos factores: primero, **en el incremento del riesgo generado por el facultativo a consecuencia de su negligencia;** segundo, en que dicho incremento de riesgo sumado al riesgo de la enfermedad o lesión preexistente, condujo a la producción de un **daño único e irreversible;** en conclusión, la retención de la responsabilidad del médico por la totalidad de los perjuicios se justifica entonces porque el médico contribuyó sustancialmente en la producción del daño, a menos que pueda demostrarse por éste alguna base para su distribución[78].

29.- En rigor, el debate es trabado en dos puntos, **el primero, entre la ausencia de vinculación causal entre el hecho generador y el perjuicio; luego, el tribunal reacio a rechazar la demanda por defecto de causalidad,**

[74] G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 371
[75] G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., loc. cit.
[76] G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., loc. cit.
[77] G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., loc. cit.
[78] A. LUNA YERGA, op. cit., p. 33.

Actualidad Juridica 28.indd 412 10-07-13 18:34

indemniza parcialmente el daño sobre el sustento de la pérdida de una chance. Lo mencionado ha llevado a sostener que se está en presencia de una desviación[79] en la calificación de la institución, atribuyéndole una función de paliativo de incertidumbre causal y alejándola de la noción de probabilidad, chance u oportunidad amparada por el Derecho de la responsabilidad; **y segundo, en la cuestionable aplicación de la noción de chance perdida frente a un daño ya producido, no existiendo ya chances a proyectarse**, *"sino un evento pasado, cuya causa es incierta"*[80] en palabras de R. SAVATIER. Siguiendo a este último autor, la chance a indemnizarse es aquella que se *"ubica en el futuro"*[81]. Así cuando, por ejemplo, el abogado por cuya culpa no permite a su cliente hacer valer un derecho en juicio, el perjuicio final: la pérdida del juicio, permanece incierto. Sólo será reparado el perjuicio cierto traducido en la imposibilidad de hacer valer el derecho. Por otro lado, en materia de responsabilidad médica, *"cuando un médico ha cometido un error culpable de diagnóstico y de tratamiento, la chance que hace perder al enfermo recae directamente sobre el éxito del acto médico confiado a su cuidado. Ella no tiene valor propio"*[82]. Lo indicado, es equivalente a sostener que la chance perdida por el paciente se confunde con el perjuicio final. Entrando un poco más en el tecnicismo, en un remarcable trabajo el profesor F. CHABAS se concentra sobre la distinción entre la denominada verdadera y falsa pérdida de una chance. Se desprende de lo expuesto por el indicado autor que para estar en presencia de una *"verdadera pérdida de una chance"* es menester que el paciente sea portador de un alea de manera que sus posibilidades de recuperación o de sobrevivencia, es decir, sus chances, sean perdidas por la culpable acción u omisión del médico (por ejemplo, paciente ya diagnosticado de un cáncer). Así, es necesario que el paciente *"esté ya en una situación de simple sobrevivencia cuando la culpa se produce; que la culpa impida definitivamente el proceso de detención del alea; que ella* (la culpa) *transforme el alea en certeza"*[83]. Por otro lado, aquel paciente no portador de alea y que muere a causa de una intervención médica (por ejemplo acude a la intervención con el objeto de la extracción de un lunar benigno), su muerte no puede ser analizada a propósito de una eventual pérdida de chances de sobrevivencia, sino definitivamente sobre el punto de saber si el actuar negligente del galeno causó la muerte. En este último caso, el paciente tenía todas la chances de evitar el daño.

30.- **Para la doctrina española, por su parte, el reconocimiento jurisdiccional de la figura tampoco transita sobre aguas tranquilas.** El profesor M. MARTINS-CASALS, por su parte, manifiesta la desconfianza en que la teoría de la pérdida de una chance se convierta en una excusa para superar cualquier problema de nexo causal, ya que de seguirse esta vía la figura en re-

[79] C. RUELLAN, op. cit., p. 744.
[80] R. SAVATIER, op. cit., p. 124.
[81] R. SAVATIER, op. cit., loc. cit.
[82] R. SAVATIER, nota, Casación, 1ra. civil, 14.12.1965, JCP G, 1966, n° 14753.
[83] F. CHABAS, op. cit., p. 140.

Actualidad Juridica 28.indd 413 10-07-13 18:34

ferencia puede abrir las puertas a una responsabilidad sin fin y sin causalidad[84]. Don J. ATAZ LÓPEZ cuestiona abiertamente la figura bajo el argumento que el artículo 1902 del Código Civil español, ordenando la reparación íntegra del daño se opondría a la indemnización basada en una responsabilidad parcial[85]. El profesor M. YZQUIERDO T. considera que la pérdida de una chance no es más que la inversión encubierta de la carga de la prueba, pues obliga al facultativo a probar que una circunstancia ajena a su actuación provocó el daño imputado a título de pérdida de una oportunidad[86]. **En fin, juristas estadounidenses también han criticado la figura** al considerarla *"como el más pernicioso ejemplo de un nuevo tort action dando lugar a una responsabilidad ampliada"*[87]. Identificándose además, a primera vista, como un mecanismo para crear un incremento del riesgo en la responsabilidad de aquellos que se dedican a la profesión médica, fomentando, por otro lado, al aumento de los costos de salud[88]. Se manifiesta además que el reconocimiento de la teoría es un abierto socavamiento a la búsqueda de la verdad perseguida por las cortes[89]. A lo anterior, sumamos los argumentos de las sentencias que señalaremos más abajo en rechazo de la retención del instituto en comento.

31.- **Por nuestra parte sostenemos** que el modelo de determinación causal de la pérdida de una chance vigente hoy en Francia no puede justificarse, sino bajo un perseguido fin protector de las víctimas. De lo cual no estamos en contra. Sin embargo, sin dejar de proteger al dañado de una culpa médica que probablemente tiene injerencia en su estado corporal, estimamos que el mecanismo de determinación causal debe ser alterado. Así, la pérdida de una chance es un perjuicio que actúa en un espacio de incertidumbre causal, que necesita de elementos que contribuyan efectivamente a disolver dicha incertidumbre, creemos que una efectiva determinación causal probabilística es una herramienta adecuada al efecto.

32.- Para este enfoque de la pérdida de una chance, **lo único que se sabe es que probablemente existe un grado de participación del médico en**

---

[84] M. MARTINS-CASALS, "*Proportional liability in Spain: a bridge to far*", Universidad de Girona, marzo 2012, p. 32.

[85] J. ATAZ LÓPEZ, "*Los médicos y la responsabilidad civil*", Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 343-345.

[86] M. YZQUIERDO TOLSADA, "*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*", **Dykinson**, Madrid, 2001, p. 214.

[87] L. D. WEISS, "*Tort reform: our permanent issue*", Common Sense (The newsletter of the American academy of emergency medicine), vol. 15, julio-agosto 2008, p. 2.

[88] Ver, L. PERROCHET, S. J. SMITH & U. COLELLA, "*Lost Chance Recovery and the Folly of Expanding Medical Malpractice Liability*", 27 TORT & INS. L.J. 615, 625 (1992) (**"***Public policy considerations caution against relaxing standards of causation or recognizing the deprivation of a chance as a compensable injury. This is because lost chance liability exacerbates the problem of defensive medicine in the current climate of attempts at cost containment.*"**)**, citado por S. R. KOCH, *"Whose Loss Is It Anyway? Effects of the "Lost-Chance" Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance"*, North Carolina Law Review (University of North Carolina School of Law), 2010, v. 88, p. 598.

[89] T. A. WEIGAND, *"Loss of chance in medical malpractice: A look at recent developments"*, Defense Counsel Journal, Vol. 70, Nº 3 (July 2003), pp. 301-314, citado por S. R. KOCH, art. prec., p. 599.

Actualidad Juridica 28.indd 414 10-07-13 18:34

el estado corporal del enfermo. Lo anterior, creemos, obliga a comprender a la causalidad en este escenario –siempre necesaria para retener la indemnización de un perjuicio– **mediante criterios de probabilidad estadística o de aproximación.** Lo mencionado, con el afán de determinar cuál es el grado de responsabilidad del médico en la pérdida del enfermo. **Así, si el médico hubiera actuado sin culpa sería posible sostener que el enfermo probablemente seguiría vivo o no habría sufrido agravaciones de su estado.** Por consiguiente, es menester que sea demostrada la existencia de reales probabilidades que de no haber mediado el hecho culpable del agente del daño, la víctima hubiera podido evitar el daño. En otras palabras, otro autor indica ajustadamente que son dos extremos –uno negativo y otro positivo– los que determinan una correcta aplicación de la doctrina de la pérdida de una oportunidad, *"constituido el primero por la nula probabilidad que comporta una mera posibilidad; y el segundo, por una alta probabilidad que se viene a convertir en razonable certeza. Así, respecto de este último* (positivo)*, si se tiene la seguridad que de haberse dado la oportunidad de participar al paciente en la toma de decisión, o de aplicarse un determinado tratamiento, no se hubiera producido el daño, y hay probabilidad causal, estamos ante una pérdida de oportunidad que ha de ser objeto de indemnización (reparación). Si, por el contrario, se tiene la certeza que aunque se hubiere dado tal oportunidad el daño se hubiera producido* (negativo)*, no resulta operativa tal doctrina, pues se tiene, valga la redundancia, la certeza de que no hubo nexo causal"*[90]. Es por esto que la indemnización por la pérdida de una chance debe ser traducida en la **sustracción de la valoración total del daño de la probabilidad representativa a que el agente pudiera no haber causado el detrimento**, adoptando netamente una identificación con un perjuicio especial, **atribuido a la intervención culpable del galeno en virtud de esquema probabilístico inserto en un escenario de causalidad probable.**

33.- Por otra parte, la defensa de un modelo de causalidad probable en esta materia dice relación con la situación actual de las ciencias y del devenir tecnológico. En efecto, las mediciones que hoy se realizan en estos dominios se sujetan al cálculo probabilístico más que al de causa efecto. El progreso se mide en probabilidades. Esta es una de las razones del porqué *"las críticas no son completamente convincentes. Se atienen sólo a las exigencias de una lógica formal a partir de la clásica creencia que en Derecho es posible establecer la causalidad con certeza científica"*[91], tal como explica don R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. En este sentido, exponemos nuestra concordancia con lo expuesto por el profesor L. MEDINA en orden a que "e*l surgimiento y consolidación de la teoría de la pérdida de oportunidad se debe a muchas razones, pero sin duda, una de las más importantes es la toma de conciencia, relativamente reciente en el mundo del Derecho,* ***de que el conocimiento humano es imperfecto y limitado y que***

[90] A. BERROCAL LANZAROT, art. prec., p. 37.
[91] R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, art. prec., p. 154.

Actualidad Juridica 28.indd 415 10-07-13 18:34

sólo puede expresarse en términos de probabilidad"*[92]*. Así, la determinación de estándares se apodera de los límites de la pérdida de una chance, en otras palabras, desde dónde y hasta dónde es de justicia reparar la oportunidad suprimida. El punto mencionado no es superfluo en absoluto, el conocimiento de los hechos no encuentra fundamento en la certeza absoluta de las causas. Certeramente el citado profesor L. MEDINA apunta: *"Esto es lo que ocurre en muchos asuntos de responsabilidad civil, en relación con la causalidad, donde, a veces, la imposibilidad de acreditarla no elimina la sospecha de que pudo verificarse en el mundo real.* ***Esta sospecha explica en gran medida el surgimiento de las doctrinas de la oportunidad perdida"*[93]*.***

34.- Sin perjuicio de lo anterior, el análisis de la pérdida de una chance basado en un cálculo de probabilidades puede conducir a ciertas interrogantes relativas a su pertinencia. Lo dicho, particularmente, bajo la dimensión de ordenamientos jurídicos que aceptan estándares de convicción más reducidos –en comparación al sistema latino continental– con el fin de sustentar la reparación integral del perjuicio. Estamos hablando de los sistemas de resarcimiento propios del *Common Law,* en que el umbral requerido por el ordenamiento (para dar lugar a la indemnización total del daño) se ajusta a porcentajes cercanos al 50%. De aquí que la situación sea delicada de zanjar, pues es de suyo defendible otorgar una plena indemnización a aquel que dispone de un 65% de posibilidades de sobrevivir, como de afirmar el resarcimiento parcial de aquel que detenta un 10% de las mismas. Respecto de aquellos casos en que las estadísticas o probabilidades –sustento de la pérdida de una chance– son débiles, una reparación aun parcial puede ser considerada como desequilibrada en razón de un debilitamiento aun más evidente del nexo causal. Por otra parte, en el evento en que las probabilidades en cuestión sean superiores al umbral de prueba requerido, dos vías pueden ser planteadas. O se repara la integridad del perjuicio o se limita el resarcimiento a la magnitud de la probabilidad en cuestión. De seguirse esta última vía, el sistema de resarcimiento tornaría hacia una causalidad derechamente probabilística, en cuya virtud, el sujeto activo del daño siempre será condenado según la probabilidad de daño en la cual esté involucrado[94]. Aun cuando a primera vista, el intérprete

[92] L. MEDINA, "Hacia una nueva teoría general de la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades". *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 2009, p. 35.

[93] L. MEDINA, art. prec., p. 36.

[94] Importantes sentencias pronunciadas bajo un riguroso esquema probabilístico, aun cuando hubiera sido posible resolver ordenando una indemnización plena. Fallo *Kitchen vs. Royal Air Forces Association* (1958, 2 All ER 241) en virtud del cual, un abogado dejó transcurrir el plazo de prescripción para demandar la indemnización a que tenía derecho la cónyuge por la muerte de su marido en conformidad a la regla del *Fatal Accident Act*. Se estimó que la cónyuge –de no haber mediado la negligencia del abogado– disponía del 66% de probabilidades de obtener en el juicio, con lo cual era factible otorgar una plena indemnización. No obstante lo anterior, el juez resuelve ordenando una indemnización menor, esto es, no de 3000 libras sino de 2000 libras. Otra situación similar es la resuelta en el fallo *Bagley vs. North Herts Health Authority* (1986, NLJ Rep 1014) en los hechos, se probó la negligencia de un hospital en materia de sangre incompatible de una madre y su hijo en gestación. Finalmente el niño muere, condenándose al 95% de la reparación al hospital, en circunstancias a que el 5% restante debía concederse a la probabilidad de que el niño hubiera nacido muerto.

Actualidad Juridica 28.indd 416 10-07-13 18:34

podría sentirse inclinado a estimar que una regla de caso a caso debería primar[95], consideramos que esta tendencia es errónea. **El agente dañoso siempre deberá ser condenado a la reparación de la totalidad del daño cuando el estándar sea mayor al 50%, mientras que por otro lado las bajas probabilidades deben ser reparadas en su justa medida, pero a partir de un determinado estándar, que debiera ser al efecto establecido[96].** Lo anterior lo sostenemos en atención a que la pérdida de oportunidades debe ser entendida como un **mecanismo de integración causal vía cálculo de probabilidades y no de derogación causal, enfocada desde la perspectiva de la víctima de un daño.** No porque exista una teoría de resarcimiento probabilístico el agente dañoso podrá beneficiarse de ella, y reducir el monto de la reparación. La causalidad del daño ha sido establecida y no puede ser derogada bajo ningún respecto. Entonces, el ejercicio de probabilidades a que conduce la determinación de la pérdida de una chance sólo actúa en el espacio ubicado entre el 50% de probabilidades del daño, y otro porcentaje menor determinable por el juez o por la ley. Si no fuera así, la víctima no podría configurar las exigencias necesarias para impetrar la acción en resarcimiento por un daño injustamente sufrido. **Lo expuesto, desde luego, puede ser aplicado en ordenamientos jurídicos propios del sistema latino continental, en los que el daño debe ser probado mediante un estándar de 100% de probabilidad causal.** En efecto, la víctima aun cuando no puede probar que su daño no deriva directamente del hecho culpable, sí puede demostrar que probabilísticamente ambas condiciones se encuentran conectadas. Tampoco aquí será derogado el modelo de determinación causal, pues no será condenado a la reparación total del daño el responsable de la pérdida de un 75% de probabilidades de sobrevivir, por ejemplo. Sino, como hemos dicho, a una reparación parcial del daño. En atención a lo señalado, la pérdida de la oportunidad operará como un mecanismo de integración causal de la causalidad en beneficio de la víctima de un daño probable. **En fin, consideramos importante subrayar la necesidad de determinar un espacio porcentual, en cuya virtud sea posible retener la pérdida de una chance.** Así en España se establecen umbrales que van desde un 80% hasta un 15% de probabilidades de haber tenido éxito si no se hubiera cometido una determinada culpa médica, mientras que en Italia o Estados Unidos los umbrales se acercan al 50 %[97].

35.- En síntesis, la teoría de la pérdida de una chance se eleva como un mecanismo de justicia resarcitoria, pues permite salir de la órbita del todo o nada, para ingresar en el ámbito de la proporcionalidad imputable al autor del

[95] Como la defendida por W. S. MALONE, en "*Ruminations on Cause-In-Fact*", Stanford Law Review, n° 9, p. 60, 1956.
[96] *Herskovitz vs. Group Health Coop* (1983, 99 Wn. 2d 609, 664 P.2d 474), en el que se retuvo la pérdida de una chance de sobrevivencia equivalente al 14% respecto de un enfermo de cáncer que fue atendido durante largo tiempo como paciente de una tos dolorosa.
[97] A. BERROCAL LANZAROT, art. prec., p. 42.

Actualidad Juridica 28.indd 417 10-07-13 18:34

daño. Luego, no se reflexiona en base a parámetros absolutistas que privan en definitiva de la reparación al demandante al no poder probar directamente la causalidad, gobernados por cualquiera sea el umbral de prueba requerido. **No debe considerarse que toda situación capaz de impulsar el mecanismo resarcitorio de un sistema de responsabilidad civil pueda ser reducida a un croquis de probabilidades.** Nada puede estar más lejos de nuestro espíritu. El mecanismo tradicional de determinación de la causalidad tiene una razón de ser y no puede ser alterado. Así, el cálculo probabilístico de la pérdida de una chance no debe extenderse a casos en que la incertidumbre no es un elemento de la situación fáctica. En este sentido, tal como hemos expuesto, es intolerable que el demandado de la acción en responsabilidad pueda basarse en un cálculo más beneficioso a sus intereses para liberarse de la condena resarcitoria integral, o exonerarse de una reparación parcial, en caso que sea alcanzado el umbral de prueba del daño integral (sistema anglosajón), o que no sea éste logrado (sistema latino continental), respectivamente.

36.- **No obstante lo indicado, hay autores que sostienen, que la pérdida de una chance es una herramienta efectiva para que el demandado sea condenado al pago del resarcimiento en términos más reducidos respecto de los sistemas de reparación que reconocen umbrales menores de convicción total.** Así, si el umbral de prueba integral de daño es de 50%, el demandado cuya negligencia probablemente equivale al 70% del perjuicio irrogado no será condenado por el 100%, sino por el 70%. Hacemos presente, no obstante, que esto último es cuestionable, pero no por ello impracticable. De hecho existe una corriente liderada por el profesor J. H. KING[98], que propone fijar indemnizaciones basadas estrictamente en cálculos de probabilidad, aun cuando ésta sea en extremo reducida, o cuando ella sea superior al estándar de prueba requerido para resarcir íntegramente al afectado. Otro autor que propone la causalidad probabilística en términos radicales es el profesor estadounidense J. MAKDISI[99], quien cuestiona el modelo tradicional de causalidad exponiendo lo que a su juicio son injusticias del modelo. Se desprende de lo defendido por el autor nombrado la necesidad de sustituir la clásica determinación de la causa por un abierto esquema de probabilidades reparables. Sostiene que el modelo cuestionado permite sobrecompensaciones respecto de situaciones en que la probabilidad sobrepasa el 50% a título de umbral de convicción, en circunstancias que las probabilidades de imputación del daño no alcanzan el 100%, debiendo ser indemnizado el sujeto pasivo de acuerdo al daño irrogado y no más allá. Por otro lado, en caso en que no se verifique el umbral de prueba indicado, la víctima se verá irremediablemente

[98] J. H. KING, "*Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*", Yale Law Journal n° 90, p. 1353, 1981.
[99] J. MAKDISI, *"Proportional liability: A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability"*, North Carolina Law Rev., n° 67, pp. 1092-1093, 1989, citado por L. MEDINA OLCOZ, art. prec., p. 45.

Actualidad Juridica 28.indd 418 10-07-13 18:34

desprovista de la garantía resarcitoria. Defiende MAKDISI su sistema de probabilidad en todo escenario, pues lo estima más acorde con el progreso científico en los campos de conocimientos y de probabilidad. Dicho esquema eliminaría –según el autor– indemnizaciones excesivas o minimizadas, pues el autor repara en conformidad a las probabilidades de que él haya generado el daño[100].

37.- A su turno, se desprende lo expuesto por el profesor R. W. WRIGHT[101]. Su conformidad con lo resuelto en *Herskovitz* (de acuerdo a un amplio criterio probabilístico de la causalidad) enseña que proporcionar una plena indemnización en situaciones en que las probabilidades superan el 50% del estándar de persuasión corresponde a una contradicción con los fines inherentes a la justicia correctiva **Punto que nosotros rechazamos.** Expone en un interesante artículo, que si bien data de algunas décadas, pero no por eso es menos interesante, la incapacidad del *NESS (*necessary *element of a sufficient set)* para solucionar problemas causales, en situaciones en que es imposible arribar a la determinación relativa a si la conducta negligente contribuyó al daño reclamado por el demandante. Sostiene que una de las materias en que este problema se presenta –como ya hemos visto– es en dominios de negligencia médica reductora de las chances de un paciente que ha sufrido un daño manifiesto o que se ha visto expuesto a un considerable aumento del riesgo de que este daño finalmente se concrete, aun cuando no pueda ser probado técnicamente que el actuar negligente del facultativo haya efectivamente desencadenado el resultado dañoso. Posteriormente expone las dos vías que se elevan como propuestas de salvar la incertidumbre causal. Bajo una primera visión el requerido en justicia es condenado a la reparación de la totalidad del daño en atención a su carácter manifiesto, bastando que haya presentado una evidencia de que su conducta redujo sus chances de evitar el daño sufrido por la víctima o aumentó el riesgo en la ocurrencia del mismo. **Figura cuestionada por el citado autor y defendida por nosotros en escenarios de probabilidad superior al umbral de prueba exigido.** Una segunda lectura del problema reclama que el demandante pruebe el aumento del riesgo o la acción negligente del médico que en definitiva destruyó las chances de evitar el perjuicio. Así, de no rendirse prueba suficiente, no podrá ser retenida su responsabilidad. En esta postura la responsabilidad no será por el total del daño, sino por la proporción que en éste contribuyó el actuar negligente del profesional. Por su parte, es necesario dejar en claro que si el demandado prueba directamente que el profesional causó el daño, podrá ser condenado a la reparación íntegra del mismo, sin tener la víctima derecho a una eventual indemnización por aumento del riesgo, pues ello sería equivalente a un sobrecompensación.

[100] Ver a propósito de las opiniones de los autores antes indicados, la contraargumentación expuesta por el profesor L. MEDINA OLCOZ en su libro *"La teoría de la pérdida de oportunidad"*, precitado, pp. 367-377, 425-432.

[101] R. W. WRIGHT, *"Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts"*, Illinois Institute of Technology - Chicago Kent College of Law, pp. 1069 -1070. http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=richard_wright

Actualidad Juridica 28.indd 419 10-07-13 18:34

38.- En fin, rechazamos la visión relativa a indemnizar parcialmente a la víctima de un daño que ha demostrado probatoriamente un estándar de conexión causal con el hecho generador superior al 50%. Reiteramos las aprensiones expuestas más arriba a propósito de la defensa de una causalidad probabilística en el sentido de considerar a la pérdida de oportunidades como una derogación de los mecanismos clásicos en la determinación del nexo causal. La pérdida de oportunidades debe actuar en escenarios de incertidumbre probabilística, en beneficio de la víctima, y nunca en favor de quien ha sido condenado a resarcir el daño en términos integrales.

39.- Habiéndonos concentrado en el aspecto doctrinario, pasaremos a exponer el escenario jurisprudencial en el que circula la pérdida de una chance de sanar o de sobrevivir en el Derecho comparado.

c.- Ilustraciones jurisprudenciales comparadas a modo de reseñar el reconocimiento pretoriano de la pérdida de una chance de curación o de sobrevivencia.

40.- Motivados por el impulso de brindar protección al injustamente dañado, se estima que *"los jueces han querido adaptar la responsabilidad de los hombres a sus posibilidades de actuar"*[102]. **Lo transcrito lo apreciamos con claridad en la retención de resarcimientos parciales sustentados en vínculos causales difusos, que estructuran su lógica en la pérdida de una chance padecida por un paciente.** La institución ha sido asimismo considerada como un aporte, pues es estimada como una relajación útil del vínculo de causalidad en un dominio dubitativo de correlación entre el error o la negligencia cometida y el resultado constatado[103]. En fin, los casos son múltiples, siendo la culpa en el diagnóstico así como la infracción en la obligación de información del facultativo los impulsos motivadores de la decisión de los tribunales en la especie. Enfocaremos el siguiente punto mediante una referencia panorámica de la situación jurisprudencial de diversos países miembros de sistemas de derecho continental como anglosajón, a saber: Chile, Francia, España, Estados Unidos, Reino Unido y Canadá.

41.- **En cuanto a la SITUACIÓN CHILENA, detectamos dos fallos de los que puede desprenderse el reconocimiento a la pérdida de una chance en materia de responsabilidad médica.** En efecto, la Excma. Corte Suprema de Justicia, en virtud de un fallo de 20.01.2011[104], confirma la retención de la pérdida de una chance observada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. En la

[102] J. BORE, art. prec., p. 2620.
[103] D. TAPINOS, op. cit., n° 187. Sin perjuicio de lo anterior, hacemos presente que en el *common law la figura en estudio se analiza en sede de causalidad y no de perjuicio, ver en este punto: L. REISS, "Le juge et le préjudice, étude comparée des droits français et anglais"*, PUAM, Paris, 2003.
[104] Causa nº 2074/2009, de Corte Suprema de Chile - Sala Tercera (Constitucional), de 20.01.2011.

Actualidad Juridica 28.indd 420 10-07-13 18:34

especie, se estima que de haberse diagnosticado oportunamente la enfermedad que padecía la víctima –en los hechos se verificó una biopsia sin detectar la existencia de un melanoma maligno– con toda seguridad habría vivido más tiempo del que vivió, con menos dolores y sin sufrir el aborto espontáneo que padeció, aun cuando inexorablemente por la enfermedad que la aquejaba iba a morir. Por otro lado, se deja constancia que se le privó de haber podido aspirar a una sobrevida, todo lo cual permite concluir que en la especie existió para ella una pérdida de chance. En definitiva, se declara la pérdida de la chance de los padres, marido y hermano de la víctima, pues el actuar culposo los privó de apreciar que la paciente tuviera la atención médica que correspondía, como también de la posibilidad de tenerla con ellos más tiempo. En otro fallo, el mismo tribunal, con fecha 14.09.2011[105], confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 31.01.2009. En los hechos se condena a un Servicio de Salud que informó tardíamente a la víctima su condición de portador del VIH en circunstancias que había acudido a donar sangre voluntariamente. Lo anterior le privó del ingreso a un programa de control del Sida con anticipación, impidiendo, en consecuencia, evitar una mayor progresión de la enfermedad y de su deteriorado estado psicológico. El considerando 9º del fallo confirmado por la Corte Suprema expone: *"la detección precoz del Sida hubiere sido más beneficioso para la salud y condiciones físicas del demandante, ya que lo habría enfrentado a un menor porcentaje de mortalidad de su enfermedad, al menos mejorando su pronóstico, por el contrario, al ser informado estaba en la etapa más avanzada de la enfermedad"*.

42.- **Distinto es el contexto en FRANCIA, en que existe abundante jurisprudencia relativa a este punto.** A modo de ejemplo hacemos referencia a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Toulouse, que en virtud de un reciente fallo de 11.03.2013[106], retuvo la responsabilidad por pérdida de una chance de sobrevivencia en contra de un médico. En la especie, una persona presentaba fuertes dolores de tórax, además de molestias evidentes en el brazo izquierdo. Sin perjuicio de lo anterior, la hipótesis de infarto fue descartada pues los exámenes de rigor no presentaron ninguna anormalidad. El médico diagnosticó que los dolores eran de índole reumática. El Tribunal de Alzada consideró que la negligencia del médico (hacemos presente que el paciente en su ficha clínica registraba numerosos problemas cardiovasculares), manifestada en no prescribir un examen clínico completo en el cuadro de una hospitalización, provocó que el paciente perdiera las chances de conducir de una manera más favorable la patología. El médico fue condenado a la suma de 18.000 euros por concepto de pérdida de una chance de sobrevivencia. Por otro lado, en cuanto a la pérdida de una chance de curación, detectamos recientemente el fallo de la Corte de Apelaciones de Versalles de 31.01.2013[107], en virtud del cual se con-

[105] Causa n° 7326/2009, de Corte Suprema de Chile - Sala Tercera (Constitucional), de 31.09.2009.
[106] CA Toulouse, 11.03.2013, n°137, 12/00693, Juris Data n° 2013-007488.
[107] CA Versalles, 31.01.2013, n°11/02778, Juris Data n° 2013-001672.

Actualidad Juridica 28.indd 421 10-07-13 18:34

dena a un médico en razón de la pérdida del 25% de las chances de curación de un paciente que presentó un síndrome doloroso a causa de una herida. Si bien el médico declaró que el paciente no había presentado nada extraño, la herida tornó en un cuadro infeccioso tres días más tarde. Se expresa en el fallo que el facultativo no realizó ninguna investigación a propósito del síndrome doloroso ni tampoco instruyó un procedimiento de vigilancia de la situación del paciente. Dicha actitud del médico se consideró a la cabeza de la pérdida de las oportunidades del paciente de no sufrir secuelas. Aun cuando la reparación se ordena en cifras porcentuales, no debe pensarse que el Tribunal ha seguido un criterio de causalidad probable. La cifra fue determinada prudencialmente considerando que el paciente rechazó ciertos medicamentos.

43.- Hacemos presente que la especie fue originariamente sancionada en virtud de un fallo de la Corte de Apelaciones de Grenoble de fecha 24.10.1961[108] y confirmada más tarde por la Corte de Casación en fallo de 14.12.1965[109]. En los hechos una persona había padecido una fractura de muñeca, no reconocida por el médico tratante no obstante existir radiografía de por medio. Años más tarde la lesión se agravó, el afectado demandó al facultativo argumentando que la mala interpretación de la radiografía había impedido seguir un tratamiento adecuado a la lesión. La Corte referida, condenando al médico, resolvió que el error en el diagnóstico había privado al paciente de una chance de curación. Así, el reproche al médico radica en que por su culpa desaparecieron las chances del enfermo, no en el hecho de la no curación del paciente. Hacemos presente, no obstante, que la misma Corte de Casación, en fallo de 17.11.1982[110] ,se pronunció en contra de la retención de la figura, pues consideró que los jueces del Tribunal de Alzada habían condenado al médico sin mediar prueba de causa entre la culpa y el daño, siendo luego interpretada dicha sentencia como un abierto cuestionamiento a la aplicación de la pérdida de una chance en materia de responsabilidad médica. Sin perjuicio de lo indicado, la referida sentencia de principio del máximo tribunal francés, evidentemente no presentó en lo sucesivo un suficiente valor de convicción y son numerosas las sentencias por las que la Suprema Corte ha retenido el reconocimiento de la figura, fundamentalmente a título de incumplimiento de una obligación de información del galeno. Por ejemplo, en fallo de 07.02.1990 la Corte de Casación ordenó: *"faltando a su obligación de aclarar al paciente sobre las consecuencias eventuales de su elección de aceptar una operación que importa riesgos conocidos, un médico priva solamente a este enfermo de una chance de escapar, por una decisión quizás más razonada, al riesgo que es finalmente realizado"*[111], asimismo, y casi bajo la misma redacción, en fallo de 07.12.2004 se estableció: *"la violación de una obligación de información no puede ser sancionada más que a título de la pérdida*

[108] CA Grenoble, 24.10.1961, RTD Civ, 1963, p. 334, obs. A. TUNC.
[109] Casación, 1ra. civil, 14.12.1965, JCP, 1966, II, 14.753, nota R. SAVATIER.
[110] Casación, 1ra. civil, 17.11.1982, Boletín civil, I, n° 333, JCP, 1983, II, 20.056, nota M. SALUDEN.
[111] Casación, 1ra. civil, 07.02.1990, GP, 1990, II, panor., p. 123.

Actualidad Juridica 28.indd 422 10-07-13 18:34

de una chance sufrida por el paciente de escapar, por una decisión quizás más razonada, al riesgo que es finalmente realizado"[112].

44.- **Lo expuesto, se estima, ha conducido a un requerimiento exagerado de la figura y ha confirmado su aplicación más allá de las fronteras de su dominio clásico ya mencionado.** Por otra parte, se ha sostenido que la naturaleza del concepto en estudio permite que éste sea ubicado incluso en escenarios en que su retención por los tribunales es del todo discutible. Así, tras fórmulas que ordenan el resarcimiento de daños derivados de la pérdida de una chance sea de sanar o de sobrevivir, pueden comprenderse diversas especies que actúan dentro la órbita de **impedir el daño padecido.** En tal caso se ha reparado la pérdida de una chance *"de sufrir secuelas menores a causa del hecho de la persistencia de los médicos en un diagnóstico errado"*[113] o de *"evitar un accidente acaecido en el curso de una anestesia"*[114]. En este sentido el profesor Ph. LE TOURNEAU manifiesta que en varias de sus especies pretorianas habría sido mejor "*faire l´économie"*[115] en cuanto a su sanción, lo que en otras palabras quiere decir evitar su reconocimiento por el tribunal, pues el hecho generador es plenamente causa del perjuicio supuestamente hipotético no resarcido. En efecto, el reconocimiento de *"la pérdida de una chance de evitar la realización de los daños dentarios provocados por la intubación"*[116], o el abierto reconocimiento de la incertidumbre del daño sufrido por un recién nacido, más bien vinculado a una hipoxia fetal que a un error de diagnóstico[117], (en el caso se dispuso el parto natural, habiendo sido quizás factible practicar una cesárea para evitar las consecuencias negativas sufridas por el recién nacido) han permitido resolver por la vía de la pérdida de una chance, en el primer caso, una situación en que se confunde abiertamente una oportunidad perdida con un perjuicio directamente reparable, como lo es el daño dental, lo cual, en términos del citado profesor, *"deja perplejo"*[118], y en el segundo caso, una situación de incertidumbre de vínculo de causalidad.

45.- **El escenario jurisprudencial español, a su turno, también reconoce un desarrollo de la figura, que si bien data de épocas más recientes que la francesa, no es por ello menos interesante ni menos rico en ejemplos.** Apreciamos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español una doble dimensión de eventos comprendidos en la órbita de la pérdida de una chance. Por un lado, se aprecian casos de pérdida de una chance como funda-

[112] Casación, 1ra. civil, 07.12.2004, D. 2005, n°6, panor. , pp. 406 y 409, nota J. PENNEAU.
[113] Casación, 1ra. civil, 08.07.1997 (dos especies), n° 95-18.113, Boletín civil, I, n° 238; JCP 1997, 22921, rapport P. SARGOS.
[114] Casación, 1ra. civil, 30.10.1995, RCA, enero, 1996, n° 25.
[115] Ph. le TOURNEAU, "*Droit de la Responsabilité et des Contrats"*, Dalloz Action, 2010-2011, n°1434.
[116] CA Paris, 07.06.1996, GP, 1997, 2, 632, nota Bonneau, citado por Ph. le TOURNEAU, op. cit., loc. cit.
[117] Casación, 1ra. civil, 10.07.2002, n° 01-10.039, Boletín civil, I, n° 197, citado por Ph. le TOURNEAU, op. cit., loc. cit.
[118] Ph. le TOURNEAU, op. cit., loc. cit.

Actualidad Juridica 28.indd 423 10-07-13 18:34

mento al resarcimiento del agravio generado por la negligencia del abogado en juicio, y por otro, enmarcado en el dominio médico[119]. **En los límites de la responsabilidad médica, la primera vez que el Tribunal Supremo español retuvo la pérdida de una chance en una sentencia fue en un fallo de 10.10.1998[120].** En su parte resolutiva el máximo tribunal casó una sentencia absolutoria en contra de una enfermera de una fábrica de helados que frente a la amputación de una mano de uno de los trabajadores, y no obstante haber aconsejado conservar la extremidad en una caja con hielo normal para facilitar su reimplante, no fue diligente al percatarse en la ambulancia, camino al hospital, que el trabajador había seguido más bien el consejo de uno de sus colegas en orden a conservar el segmento en una caja con hielo sintético para tortas. En definitiva, la mano no pudo ser reincorporada producto de su deterioro. Finalmente se condenó a la enfermera a la suma de 1.500.000 pesetas (equivalentes a 9.000 euros aprox.), en razón de la pérdida de la oportunidad de haber tenido éxito en el reimplante de la mano si se hubiera conservado ésta en el recipiente adecuado. **Una segunda sanción de la figura fue retenida por el Tribunal mencionado en fallo de 18.10.2005[121].** En los hechos, la recurrente sufrió un traumatismo en el tobillo derecho con fecha 28 de julio de 1994; el día 8 de agosto, ante las molestias que aparecieron (parestesias y frialdad en los dedos) acudió de nuevo a su médico de cabecera que la remitió a Urgencias del Hospital Comarcal de Medina del Campo ante la sospecha de patología isquémica; ese mismo día 8 de agosto y el siguiente día 16, fue atendida la recurrente en dicho Hospital siendo diagnosticada de esguince del tobillo derecho siendo tratada con vendaje elástico y siete días de baños de agua caliente con sal; en la consulta del día 16 de agosto se remite a la paciente al especialista en traumatología, quien no modificó el diagnóstico de la paciente y se limitó a apreciar una flictena en dorso del pie derecho; vista de nuevo la paciente con fecha 25 de agosto por el médico de cabecera, se le remite a las Urgencias del Hospital Comarcal donde es examinada por el cirujano de guardia, quien modifica el diagnóstico que se había realizado hasta entonces a la recurrente y aprecia ausencia de pulsos distales e isquemia subaguda del pie derecho

[119] Así, la pérdida de una chance ha sido reconocida por los tribunales españoles a propósito de las denominadas **pérdidas de oportunidades procesales** generadas a consecuencia de la culpa del abogado. Se desprende del fallo del Tribunal Supremo español de fecha 23.02.2010 (STS 2010\95902), que para que pueda ser retenida la pérdida de una oportunidad en esta materia es necesario que exista una reducción en grado apreciable de las posibilidades de obtener en el juicio a causa de la acción negligente del abogado. Si de hecho esta reducción existiera, la indemnización debe ajustarse proporcionalmente al fracaso de la acción sometida a la decisión del tribunal, de acuerdo a las probabilidades de contribución causal de la negligencia. Siguiendo al profesor M. MARTÍNEZ-CASALS en este campo la jurisprudencia ha experimentado una reciente evolución. Lo anterior, pues *"en los últimos años (…) el máximo tribunal reconoce que la oportunidad perdida por la víctima en estos casos es una pérdida pecuniaria"*. Más adelante se desprende de lo expuesto por el citado profesor que en un principio lo indemnizable era la frustración de las víctimas de ganar el proceso entendido como pérdida no pecuniaria. Así, es susceptible de considerar que existe un perjuicio económico si el objeto de la reclamación estaba dirigido a la obtención de una ventaja económica (M. MARTINEZ-CASALS, art. prec. p. 28).

[120] RJ 1998/8371.

[121] RJ 2005/8530.

Actualidad Juridica 28.indd 424 10-07-13 18:34

siendo remitida al Hospital Clínico de Valladolid, donde se le da el mismo diagnóstico; en dicho Hospital se le debió intervenir en varias ocasiones, que no resultaron efectivas, por lo que con fecha 7 de septiembre se le realizó amputación de la extremidad inferior derecha a nivel infrarrotuliano. Si bien pericialmente no existió certeza que recibiendo un diagnóstico oportuno se hubiera podido evitar la amputación de la extremidad, si se dejó constancia *"… que la recurrente hubiera tenido más oportunidades de salvar su pierna"* de haber mediado una adecuada lectura de los dolores del enfermo. Siguiendo en las referencias al reconocimiento por parte del Tribunal Supremo a la pérdida de una chance, **otra especie en que fue retenida la pérdida de una chance por el Tribunal Supremo consta en fallo de 21.03.2007[122].** En los hechos, la madre de la recurrente, en octubre de 1997 acudió al médico refiriendo molestias gástricas y pirosis; se le realizó una radiografía de contraste y se le diagnosticó hernia de hiato instaurándose tratamiento farmacológico; posteriormente, acudió a la consulta del médico en diversas ocasiones hasta el 6 de mayo de 1998, ello al no encontrar mejoría en sus dolencias; durante este periodo se le realizaron diversas pruebas y se cambió el tratamiento farmacológico en diversas ocasiones; ante la persistencia de sus dolencias, acudió a una clínica privada, donde se le practicó un TAC abdominal con fecha 1 de junio de 1998 y se le informó sobre la posible existencia de un cáncer gástrico; con fecha 9 de junio ingresa en el Servicio de Urgencias del Hospital de Getafe de Madrid, donde, tras realizar un TAC abdominal, se le diagnostica definitivamente como edenocarcinoma gástrico. Finalmente, tras una rápida evolución de la enfermedad, la madre de la recurrente falleció el día 18 de septiembre de 1998. El Tribunal Supremo en definitiva condena al médico a la suma de 12.000 euros por concepto de pérdida de las oportunidades que había sufrido su madre si hubiera sido diagnosticado oportunamente el cáncer que aquejaba a la víctima. **Exponemos también el fallo del Tribunal Supremo dictado con fecha 17.04.2007[123].** En la especie, el esposo y padre de los actores, afiliado a la Seguridad Social, ingresó en el centro de Povisa, que prestaba asistencia sanitaria a dichos afiliados en virtud de convenio con el Sergas, el día 15 de junio de 1991, a las cuatro horas, derivado desde un centro de urgencias. El paciente presentaba una isquemia aguda del miembro inferior derecho, con obliteración de arteria ilíaca; al no poder identificar la etiología de dicho cuadro, el Dr. Imanol (codemandado) requiere la realización de una arteriografía, técnica de diagnóstico que la Sala de instancia califica no sólo de indicada, sino de urgente. Tal indicación se justifica en que el diagnóstico de la etiología de la obstrucción era ineludible para cualquier abordaje terapéutico, debiendo advertirse que no era descartable la presencia de una disección de aorta. La urgencia era tal –subraya la Sala– que puede afirmarse que el transcurso de más de veinte horas sería demasiado; la técnica interesada no se pudo realizar dado que el Dr. X , que debía

[122] RJ 2007/2644.
[123] RJ 2007/2322.

Actualidad Juridica 28.indd 425 10-07-13 18:34

asumirla, y que se mostró dispuesto a ello, pese a encontrarse en día y horario de descanso, no contó con los medios personales auxiliares imprescindibles, debido a que dicho servicio no estaba programado en el centro como ininterrumpido y era fin de semana; pese a ser informado sobre el particular, el Dr. Y no ordenó el traslado del paciente a otro centro asistencial que contase con la posibilidad del servicio de diagnóstico mediante arteriografía. Por su parte, a lo largo del proceso se determinó que de haber sido efectuada esta técnica, se habría detectado la disección que determinó la muerte del paciente. Asimismo fue establecido que "*no obstante el tratamiento quirúrgico, en todo caso de la afección citada, bien mediante cirugía cardiaca, bien mediante la revascularización de la isquemia, las posibilidades de éxito y evitación de la muerte no eran superiores al 20%".* En fin, el Tribunal Supremo rechaza la casación de la sentencia impugnada en que se había condenado a los médicos, y confirma la indemnización por pérdida de la chance evaluada en 20% de sobrevivir equivalentes a 5.000.000 de pesetas según el fallo de apelación pronunciado por la Audiencia Provincial de Pontevedra el 30.12.1998. **En cuanto al incumplimiento de la obligación de información por parte del médico, el Tribunal Supremo, también se ha pronunciado al respecto.** En efecto, en virtud de la sentencia de 10.05.2006[124] se confirmó la condena de 5.000.000 de pesetas pronunciada por la Audiencia Provincial de Gerona con fecha 02.06.1999, respecto de las consecuencias no anticipadas a un paciente al cual se le aconsejó la extirpación de un tumor en una pierna, en atención a las posibilidades de la derivación maligna del mismo. Una vez practicada la operación, y a consecuencia de la misma, comenzaron a generarse molestias importantes en el nervio ciático, lo cual debió ser igualmente atendido quirúrgicamente, produciéndose con ello graves secuelas. En definitiva, el Tribunal condenó en atención a la falta de consentimiento informado verificada en los hechos, traducida en la pérdida de oportunidad de la víctima de renunciar a la intervención. Apuntamos una parte que consideramos importante del fallo en referencia: "*Ahora bien, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia médica en la práctica de la intervención. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento –que sí lo hubo para realizarla– así como de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, puesto que con ello se impidió a la madre del menor poder tener debido conocimiento del mismo y actuar en consecuencia antes de dar su autorización. La jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005, entre otras)".*

[124] RJ 2006/2399.

Actualidad Juridica 28.indd 426 10-07-13 18:34

46.- **Apreciamos en el criterio jurisdiccional adoptado por el Tribunal Supremo español un pronunciamiento similar en este punto al seguido por la Corte de Casación francesa.** El daño que debe ser indemnizado no es equivalente al perjuicio corporal efectivamente generado, sino la pérdida en la chance de no haber accedido a un tratamiento adecuado habiendo sido mejor informado o a una curación a tiempo si se hubiera diagnosticado oportunamente. Lo dicho se desprende claramente del considerando transcrito en el punto anterior, así como de lo resuelto por el referido Tribunal Supremo en fallo de 16.01.2012[125] atribuyó la causalidad del daño restrictivamente a la omisión de la información y la posibilidad de haber evitado someterse a la intervención médica. En los hechos, el paciente sufrió una tetraplejia después de ser intervenido quirúrgicamente. Operación a la que había accedido en la ignorancia de los riesgos que podían eventualmente concretarse y que de hecho se concretaron. Por otro lado, la apreciación de los daños, al igual que en Francia y en las especies chilenas, es entregada a la prudencia soberana del sentenciador, lo cual inspira un cierto aire de arbitrariedad en la fundamentación del monto a resarcir. Defendemos la idea de una causalidad basada en probabilidades, luego, pensamos que la determinación del daño debería estarse en su cálculo a determinaciones basadas en el conocimiento científico actual.

47.- **Con el fin de exponer el tratamiento jurisprudencial que ha recibido la figura en los ESTADOS UNIDOS** (recordamos que en este país la pérdida de una chance *o loss of chance* se estudia a propósito del vínculo causal mediante una estructura probabilística, a diferencia de los ordenamientos latinocontinentales que la sitúan en el campo de la certeza del daño) nos detendremos en dos fallos, que siendo relativamente recientes demuestran significativamente el espíritu de ciertas Cortes americanas en torno a la noción en estudio. **Adelantándonos, manifestamos que su reconocimiento jurisprudencial es sumamente discutido.** En efecto en el fallo *Lord vs Beerman* (2008)[126] fue desestimada la retención de la pérdida de una chance de curación de una persona que sufrió un deterioro considerable en su visión. El Sr. Lord, demandante, sostiene que contribuyó a la pérdida de su visión el actuar negligente del especialista al cual le correspondía leer una resonancia magnética ordenada con el fin de determinar la causa de sus insuficiencias visuales. El facultativo culpablemente no dio una correcta lectura al examen en una primera instancia y, en definitiva, no diagnosticó la real situación del paciente. Dicha cuestión fue corregida una semana más tarde, en que se determinó que el paciente sufría una enfermedad visual debilitante. En el tiempo intermedio la situación del enfermo empeoró. En suma, la Corte de Carolina del Norte desestimó la acción del Sr. Lord, ya que no era probable que la negligencia del médico hubiera sido la causa de los defectos de visión de la víctima, sino que era sólo "posible" la conexión causal

[125] STS 948/2012.
[126] Lord vs. Beerman, 191 N.C. App. 290, 291, 664 S.E.2d 331, 333 (2008).

Actualidad Juridica 28.indd 427 10-07-13 18:34

entre la negligencia y la pérdida de la oportunidad de evitar el deterioro óptico. **Por otro lado, la figura en referencia fue acogida en otra reciente sentencia, pronunciada por la Suprema Corte de Massachusetts (2008) denominada *Matsuyama vs. Birnbaum*[127].** En los hechos el Dr. Birnbaum (demandado) era el médico de Matsuyama 1995-1999. Birnbaum era consciente de que Matsuyama había sufrido dolores gástricos desde 1988, sin ordenar ningún examen. Cuando Matsuyama más tarde desarrolló lunares en su cuerpo y reportó dolor severo de estómago, Birnbaum ordenó un examen relativo al chequeo de una bacteria asociada con el cáncer gástrico. El resultado del examen fue positivo, es decir, el Sr. Matsuyama presentaba la bacteria. Hacemos presente que el demandado, no obstante, no requirió otras pruebas relativas a verificar si el paciente presentaba o no un cáncer gástrico. Más tarde, en mayo de 1999, Matsuyama se quejó de síntomas gástricos severos a lo que Birnbaum ordenó pruebas que confirmaron una masa cancerosa en el estómago de Matsuyama, de la que murió en octubre de 1999. En fin, en el juicio, un experto declaró sobre la negligencia del demandado en cuanto al diagnóstico, lo cual generó como resultado que Matsuyama perdiera la oportunidad de recibir un diagnóstico oportuno del cáncer y poder ser tratado cuando la enfermedad era aún curable. El jurado consideró que a la época del error del diagnóstico la víctima disponía de un 37,5% de probabilidades de sobrevivir, lo cual fue en definitiva indemnizado. Los argumentos del Tribunal se basaron en el ataque producido al centro o al corazón (para ser más literal) de la relación paciente enfermo constituido por la pérdida de las oportunidades, así como la indiferencia a las alegaciones del demandado en orden a eventuales consecuencias negativas que pudiera generar la retención del instituto[128].

48.- Hacemos presente que el criterio adoptado por la Suprema Corte de Massachusetts es seguido por las jurisdicciones de otros estados, así ha sucedido en Indiana, Nevada, Nuevo México, Ohio y Oklahoma[129], entre otros (en concreto, son veintidós los estados que aceptan el resarcimiento de oportunidades perdidas en este dominio[130]). Idéntica postura fue seguida por la Corte de

[127] Matsuyama vs. Birnbaum, 890 N.E.2d 819 (Mass. 2008).

[128] En este sentido, los jueces expusieron: *"Negligence that harms the patient's chances of a more favorable outcome contravenes the expectation at the heart of the doctor patient relationship"* **y más adelante** *"we are unmoved by the defendants' argument that the ramifications of adoption of the loss of chance are immense across all areas of tort".*

[129] Cahoon vs. Cummings, 734 N.E.2d 535, 540-41 (Ind. 2000); Perez vs. Las Vegas Med. Ctr., 805 P.2d 589, 592 (Nev. 1991); Alberts vs. Schultz, 975 P.2d 1279, 1282-83 (N.M. 1999); Roberts vs. Ohio Permanente Med. Grp., Inc., 668 N.E.2d 480, 484-85 (Ohio 1996); McKellips vs. St. Francis Hosp., Inc., 741 P.2d 467, 476-77 (Okla. 1987), jurisprudencia citada por R. J. RHEE, *"Loss of Chance, Probabilistic Cause, and Damage Calculations: The Error in Matsuyama v. Birnbaum and the Majority Rule of Damages in Many Jurisdictions More Generally"*, Suffolk University Law Review Online 39 (2013), University of Maryland, http://suffolklawreview.org/matsuyama-birnbaum/, cita n° 2.

[130] **Arizona**, Thompson v. Sun City Cmty. Hosp., Inc., 688 P.2d 605, 616 (Ariz. 1984) (en banc) ("We hold, therefore, that... the jury may be allowed to consider the increase in the chance of harm on the issue of causation."); **Delaware**, United States v. Anderson, 669 A.2d 73, 77 (Del. 1995) ("[T]he loss of a chance of avoiding an adverse consequence... should be viewed as an injury and be compensable.");

Actualidad Juridica 28.indd 428 10-07-13 18:34

Apelaciones de Kentucky, que en el fallo *Kemper vs. Gordon* (2008)[131] retuvo la pérdida de la oportunidad de sobrevivencia sufrida por una mujer de 38 años que murió a consecuencia de un cáncer linfático. En el libelo se lee que la mujer acudió al especialista por dolores de pecho, nauseas y vómitos en febrero y abril de 1996. El facultativo ordenó una tomografía de abdomen, la cual leyó como normal. Finalmente a la mujer se le diagnosticó un cáncer en diciembre de 1996 muriendo en enero de 1998. La negligencia del médico fue evidente.

Illinois, Holton v. Mem'l Hosp., 679 N.E.2d 1202, 1213 (Ill. 1997) ("We therefore reject the reasoning... that plaintiffs may not recover for medical malpractice injuries if they are unable to prove that they would have enjoyed a greater than 50% chance of survival or recovery absent the alleged malpractice of the defendant."); **Indiana**, Mayhue v. Sparkman, 653 N.E.2d 1384, 1389 (Ind. 1995) ("While the policy arguments for each position are strong... [adopting the lost-chance doctrine] is most consistent with Indiana law..."); **Iowa**, DeBurkarte vs. Louvar, 393 N.W.2d 131, 137 (Iowa 1986) ("We believe the better approach is to allow recovery ... for the lost chance of survival."); **Kansas**, Roberson vs. Counselman, 686 P.2d 149, 160 (Kan. 1984) ("The reasoning of the district court [rejecting the lost-chance doctrine] declares open season on critically ill or injured persons as care providers would be free of liability... if the patient had only a fifty-fifty chance of surviving the disease or injury even with proper treatment."); **Louisiana**, Smith vs. State Dep't of Health & Hosps., 95-0038, p.5 (La. 6/25/96), 676 So. 2d 543, 547 ("[I]n a medical malpractice case seeking damages for the loss of a less-than-even chance of survival... the plaintiff must prove ... that the tortfeasor's action or inaction deprived the victim of all or part of that chance...."); **Massachusetts**, Matsuyama vs. Birnbaum, 890 N.E.2d 819, 838 (Mass. 2008) ("Our method ... remedies the illogical and harsh results of a rule that would permit a person who had a prenegligence chance of survival of 51% to recover full damages while denying all recovery to the person whose prenegligence chance of survival was 49%."); **Missouri**, Wollen vs. DePaul Health Ctr., 828 S.W.2d 681, 685 (Mo. 1992) (en banc) ("[T]his Court chooses to recognize a cause of action for lost chance of recovery in medical malpractice cases."); **Montana**, Aasheim vs. Humberger, 695 P.2d 824, 828 (Mont. 1985) ("We feel that including 'loss of chance' within causality recognizes the realities inherent in medical negligence litigation."); **Nevada**, Perez vs. Las Vegas Med. Ctr., 805 P.2d 589, 592 (Nev. 1991) ("By defining the injury as the loss of chance of survival, the traditional rule of preponderance is fully satisfied."); **New Jersey**, Scafidi vs. Seiler, 574 A.2d 398, 400 (N.J. 1990) ("We hold [that] plaintiffs' damages will be limited to the value of the lost chance for recovery attributable to defendant's negligence."); **New Mexico**, Alberts vs. Schultz, 1999-NMCA-15, 40, 126 N.M. 807, 816, 975 P.2d 1279, 1288 ("We recognize the legitimacy of the lost-chance concept in New Mexico, as set forth in this opinion."); **New York**, Kallenberg vs. Beth Israel Hosp., 357 N.Y.S.2d 508, 510–11 (N.Y. App. Div. 1974) (per curiam), aff'd, 37 N.Y.2d 719 (N.Y. 1975) (permitting recovery where plaintiff had only a twenty to forty percent chance of survival prior to defendant's negligence); **North Dakota**, VanVleet vs. Pfeifle, 289 N.W.2d 781, 784 (N.D. 1980) ("We think ... the doctors should not be able to escape liability simply because the cancer would eventually have resulted in [plaintiff's] death even if it were discovered sooner."); **Ohio**, Roberts vs. Ohio Permanente Med. Group, 668 N.E.2d 480, 484 (Ohio 1996) ("[W]e recognize the loss-of-chance theory and follow the [proportional] approach ..."); **Oklahoma**, McKellips vs. St. Francis Hosp., Inc., 741 P.2d 467, 474 (Okla. 1987) ("Today's pronouncement adopts the loss of a chance doctrine in Oklahoma ..."); **Pennsylvania**, Hamil vs. Bashline, 392 A.2d 1280, 1288 (Pa. 1978) ("We agree with [the lost-chance doctrine] and hold that once a plaintiff has demonstrated that defendant's acts or omissions ... have increased the risk of harm to another, such evidence furnishes a basis for [recovery]."); **Washington**, Herskovits vs. Group Health Coop. of Puget Sound, 664 P.2d 474, 477 (Wash. 1983) (en banc) ("To decide [against the lost-chance doctrine] would be a blanket release from liability for doctors and hospitals any time there was less than a 50 percent chance of survival, regardless of how flagrant the negligence."); **West Virginia**, Mays vs. Chang, 579 S.E.2d 561, 566 (W. Va. 2003) (per curiam) ("[A] jury could conclude that the [defendant's] allegedly negligent inactions contributed to [plaintiff's] lost chance of early detection and treatment, and conclude that if the [defendant] had complied with the standard of care, the harm ... would not have occurred."); **Wisconsin**, Ehlinger by Ehlinger vs. Sipes, 454 N.W.2d 754, 763 (Wis. 1990) ("We disagree with the court of appeals' conclusion ... that in a case of this nature Wisconsin law follows the 'all or nothing' approach."); **Wyoming**, McMackin vs. Johnson County Healthcare Ctr., 73 P.3d 1094, 1100 (Wyo. 2003) ("We hold that the doctrine of 'loss of chance' is cognizable in Wyoming ..."), citado por S. R. KOCH, art. prec., cita n° 56.

[131] Kemper v. Gordon , 2002-CA-001983-MR at 13 (Mar 25, 2005).

Actualidad Juridica 28.indd 429 10-07-13 18:34

En el proceso se demostró que la mujer a la época de la negligencia disponía de un 30% de probabilidades de sobrevivir, las cuales se habían reducido a un 5% a la época del diagnóstico. La mencionada Corte acogió la demanda por pérdida de oportunidad ordenando el resarcimiento del 25% de las chances. Finalmente, la Suprema Corte de Kentucky[132] rechazó lo resuelto por el Tribunal de Alzada y absolvió al especialista argumentándose que de aceptar el resarcimiento de las pérdidas de oportunidades se impondría a la comunidad en general una pesada carga financiera en cuanto al costo de la medicina. Agregando además que la causalidad no debe buscarse en meras posibilidades, sino en probabilidades razonables y vínculos causales substanciales. Estimamos que los argumentos de la Suprema Corte en referencia –compartidos por dieciséis estados–[133] resumen a cabalidad la visión tendiente al rechazo de la figura[134].

[132] Kemper v. Gordon, 272 S.W.3d 146, 148 (Ky. 2008).

[133] **Alabama**, **McAfee vs. Baptist Med. Ctr., 641 So. 2d 265, 267 (Ala. 1994) ("If, as the defendants suggest, the** plaintiffs are in fact asking this Court to abandon Alabama's traditional rules of proximate cause and to recognize the 'loss of chance doctrine,' we decline to do so."); **Connecticut**, Boone vs. William W. Backus Hosp., 864 A.2d 1, 18 (Conn. 2005) ("[I]n order to satisfy the elements of a lost chance claim, 'the plaintiff must [first] prove that ***prior to*** the defendant's alleged negligence, the [decedent] had a chance of survival of at least 51 percent.' " (quoting Drew v. William W. Backus Hosp., 825 A.2d 810, 815 (Conn. 2003))); **Florida**, Gooding vs. Univ. Hosp. Bldg., Inc., 445 So. 2d 1015, 1020 (Fla. 1984) ("We ... hold that a plaintiff in a medical malpractice action must show more than a decreased chance of survival because of a defendant's conduct."); **Idaho**, Manning vs. Twin Falls Clinic & Hosp., Inc., 830 P.2d 1185, 1190 (Idaho 1992) ("Our review of the cases that have considered the rationale of the doctrines of 'increased risk of harm' or 'lost chance' convinces us to reject both doctrines."); **Kentucky**, Kemper vs. Gordon, 272 S.W.3d 146, 148 (Ky. 2008) ("[W]e reject the adoption of the 'lost or diminished chance' doctrine of recovery ...."); **Maryland**, Fennell vs. S. Md. Hosp. Ctr., Inc., 580 A.2d 206, 211 (Md. 1990) ("We are unwilling to relax traditional rules of causation and create a new tort allowing full recovery for causing death by causing a loss of less than 50% chance of survival."); **Minnesota**, Fabio vs. Bellomo, 504 N.W.2d 758, 762 (Minn. 1993) ("We have never recognized loss of chance in the context of a medical malpractice action, and we decline to recognize it in this case."); **Mississippi**, Clayton vs. Thompson, 475 So. 2d 439, 445 (Miss. 1985) (en banc) ("This Court concludes, therefore, that Mississippi law does not permit recovery of damages because of mere diminishment of the 'chance of recovery.'"); **Nebraska**, Steineke vs. Share Health Plan of Neb., Inc., 518 N.W.2d 904, 907 (Neb. 1994) ("We decline to adopt the loss of chance doctrine in this case ..."); **New Hampshire**, N.H. REV. STAT. ANN. § 507E:2 (2009) (superseding Lord vs. Lovett, 770 A.2d 1103, 1106 (N.H. 2001)); **Oregon**, Joshi vs. Providence Health Sys. of Or. Corp., 149 P.3d 1164, 1170 (Or. 2006) ("We cannot accept plaintiff's invitation to adopt [the lost-chance] theory in actions brought under [Oregon's wrongful death statute]."); **South Carolina**, Jones vs. Owings, 456 S.E.2d 371, 374 (S.C. 1995) ("After a thorough review of the 'loss of chance' doctrine, we decline to adopt the doctrine and maintain our traditional approach."); **South Dakota**, S.D. CODIFIED LAWS § 20-9-1.1 (2004) (superseding Jorgenson vs. Vener, 2000 SD 87, 20, 616 N.W.2d 366, 372); **Tennessee**, Kilpatrick vs. Bryant, 868 S.W.2d 594, 603 (Tenn. 1993) ("Accordingly, we hold that a plaintiff who ... more likely than not would have suffered the same harm had proper medical treatment been rendered, is entitled to no recovery for . . . the loss of a chance of obtaining a more favorable medical result."); **Texas**, Kramer vs. Lewisville Mem'l Hosp., 858 S.W.2d 397, 407 (Tex. 1993) ("[W]e do not adopt the loss of chance doctrine as part of the common law of Texas."); **Vermont**, Smith vs. Parrott, 2003 VT 64, 12 & 14, 833 A.2d 843, 848–49, 175 Vt. 375, 381 ("The loss of chance theory of recovery is thus fundamentally at odds with the settled common law standard ... Accordingly, we hold that the trial court correctly rejected plaintiff's claim for recovery under the loss of chance doctrine."), citado por S. R. KOCH, art. prec., cita n° 57.

[134] *"That is why there remains great wisdom in ensuring that our laws offer redress for those wronged by medical malpractice based on reasonable probabilities and substantial cause, not on chance or mere possibility. Perfection is not part of human nature, and rarely does wisdom say one thing and nature another—wings for angels and feet for men. We are troubled by the potential financial burden that might be spread upon the shoulders of millions of people if we adopt this new concept of lost or diminished chance of recovery.*

Actualidad Juridica 28.indd 430 10-07-13 18:34

49.- Por último, hacemos presente la corriente aceptada por ciertos tribunales estadounidenses, denominada ***proportional risk recovery***, en la que se indemniza *in fine* la conducta negligente del facultativo materializada **en la forzada exposición al riesgo sufrida por la víctima.** Lo indicado, pues la pérdida de la oportunidad, comprendería la investidura necesaria para ser indemnizada, no **obstante la no verificación del daño final**. Se presenta en doctrina el caso *Claudet vs. Weyrich*, en virtud del cual La Corte de Louisiana en fallo de 28.09.1995[135], indemnizó a un paciente de cáncer por la pérdida de un 33% de probabilidades de sobrevivencia por el retraso en el diagnóstico, pese a que en el momento de la decisión aquel contaba aún con un 42% de probabilidades, ordenándose a primera vista el resarcimiento de un daño que no se ha efectivamente materializado, lo que también puede ser leído como la indemnización de un riesgo considerado como un daño indemnizable. El problema de esta solución es que mientras no se concrete el daño, no se podrá apreciar si la chance perdida presentaba o no algún valor, lo cual es cuestionable. El profesor A. LUNA Y. manifiesta que los defensores de esta corriente argumentan (a modo de evacuar las críticas relativas a la sobrecompensación a que tendrían derecho aquellos pacientes, que en principio jamás sufrirán ningún daño): que éstos pueden *"contratar un seguro de vida, de tal modo que sólo aquellos que en el futuro sufran algún daño recibirán alguna clase de compensación por parte de la compañía aseguradora"*[136]. Estimamos que la inteligencia de la propuesta debería estar dirigida a permitir la acción de reembolso de la compañía aseguradora al médico culpable del incremento del riesgo. En fin, el problema está centrado en la consideración del riesgo como un daño indemnizable.

50.- **A diferencia de lo mencionado más arriba, el desarrollo de la doctrina de la pérdida de una chance en Reino Unido no ha dicho relación con el dominio médico.** En este último país la figura ha visto su crecimiento respecto de pérdidas patrimoniales contractuales o en cuanto a las negligencias cometidas por los abogados en juicio en perjuicio de sus clientes[137]. En conformidad a lo anterior, se detecta en la jurisprudencia británica una emblemática sentencia que expone por sí misma el rechazo a reconocer

Further, we see many difficulties in adopting the lost or diminished chance doctrine. For instance, what is a "late diagnosis"? Does a diagnosis missed this week, but made next week, rise to the level of diminished chance? A whole new and expensive industry of experts could conceivably be marched through our courts, providing evidence for juries that an MRI misread on Monday, but accurately discerned on Friday, perhaps gives rise to an infinitesimal loss of a chance to recover. Yet, under this doctrine, even a small percentage of the value of a human life could generate substantial recovery and place burdensome costs on healthcare providers. This additional financial load would be passed along to every man, woman, and child in this Commonwealth".

[135] Claudet v. Weyrich 662 So.2d 131 (La.App. 4 Cir., 1995), citada por A. LUNA YERGA, art. prec., p.8.

[136] D. A. FISCHER, "*Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox"*, 46 Vanderbilt Law Review 1201, 1224-1226 (1993), citado por A. LUNA YERGA, art. prec., p. 8.

[137] R. W. WRIGHT, "*Proving Causation: Probability versus Belief",* Illinois Institute of Technology - Chicago- Kent College of Law, julio 1, 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1918474, p. 27.

Actualidad Juridica 28.indd 431 10-07-13 18:34

la doctrina de la pérdida de una chance en situaciones en que la pérdida de oportunidad en la curación o sobrevivencia de una persona es un hecho de la causa. Nos referimos al caso *Hotson vs. East Berkshire Health Authority* (1987)[138], en virtud del cual los jueces determinaron que la víctima al haber presentado estadísticamente un 75% de posibilidades de sufrir el mismo desenlace –lesión permanente– no cabía retener la responsabilidad del médico en cuanto a la pérdida de sus oportunidades de curación, aun cuando se demostró su negligencia en el retardo del diagnóstico. En los hechos, un niño cae de un árbol impactando los vasos sanguíneos su epífisis femoral izquierda. A consecuencia de un retardo en el diagnóstico, la inflamación de la epífisis produjo que los vasos sanguíneos intactos se comprimieran, produciéndose en definitiva el corte del suministro sanguíneo en la zona afectada. De acuerdo a lo anterior, esto es producto de la caída y de la negligencia del médico, se generó una lesión permanente en la cadera y pierna del menor. La Cámara de los Lores, no obstante, absolvió al facultativo producto de falta de relación de causalidad juzgando en conformidad a una cuestionable "balanza de probabilidades". Nos sumamos a lo expuesto por el profesor R. W. WRIGHT, quien sostiene que la sentencia expuesta es un *"dramático ejemplo"*[139] en atención de los efectos perversos que pueden ser causados por una probabilística interpretación de un estándar de persuasión cuando se combina con un miope análisis de la causalidad (en referencia al *but for test*).

51.- **El criterio jurisprudencial en Quebec y Canadá no es muy proclive al reconocimiento de la pérdida de una chance.** Siguiendo a la profesora L. KHOURY, las cortes de Quebec prefieren analizar los casos en que la causalidad es discutida sin recurrir a la chances eventualmente suprimidas en contra de la víctima[140]. Prefieren enfocarse en el daño actual verificado. Este criterio fue confirmado en un comentado fallo pronunciado por la Corte Suprema de Canadá en el contencioso *Laferrière vs. Lawson* (1991)[141]. En los hechos, el demandado Sr. Lawson sacó un absceso del pecho de la víctima Sra. Mireille Fortier-Dupuis en 1971, pero no le informó que el tejido era canceroso. No fue sino hasta 1975, época en que los síntomas que motivaron la intervención descrita reaparecieron, que la Fortier-Dupuis se enteró de que tenía cáncer, muriendo de la enfermedad en 1978. Laferrière, quien fuera autorizado a continuar la demanda en nombre de la difunta Fortier-Dupuis, requirió en responsabilidad a Lawson. El juez de primera instancia desestimó el recurso por considerar que las posibilidades de supervivencia del paciente no habrían sido mayores en el evento de verificarse un diagnóstico oportuno. Sin embargo, La Corte de Apelaciones de Quebec, acogiendo el recurso, consideró que la víctima había

[138] Hotson vs. East Berkshire Health Authority, [1987] 2 All ER 909.
[139] R. W. WRIGHT, art. prec., loc. cit.
[140] L. KHOURY, *"Uncertain Causation in Medical Liability"*, **Hart Publishing Oxford, 2006, p. 108.**
[141] Laferrière vs. Lawson, [1991] 1 SCR 541.

Actualidad Juridica 28.indd 432 10-07-13 18:34

perdido claras oportunidades de sobrevivencia, ordenándose el resarcimiento por esta vía, así como por la angustia que sufrió al percatarse de su real estado mediante el diagnóstico. Finalmente, la Corte Suprema de Canadá sostuvo que la teoría de la responsabilidad por la pérdida de oportunidad no debería adoptarse en el contexto médico. No obstante, el demandante tenía derecho a una indemnización por la angustia padecida, atentatoria de la comodidad y calidad de vida, que habría disfrutado si hubiera sido informado con prontitud de su diagnóstico. Los considerandos del fallo en cuestión son categóricos, destacándose la opinión del juez GONTHIER, de la que se desprenden ciertos puntos interesantes: manifiesta por un lado, la inconveniencia de centrarse en una probabilidad e indemnizar en consecuencia, por otro lado la dificultad que representa a los jueces el análisis de la causalidad basado en probabilidades sin que sea posible evaluar con sensatez las oportunidades perdidas, y finalmente expresa su rechazo a determinar vínculos causales médicos con la ayuda de la chance[142].

II.- Dimensión resarcitoria de la pérdida de una chance.

52.- La segunda parte de este trabajo tiene por objeto intentar responder tres interrogantes que pueden ser formuladas con ocasión del estudio de la pérdida de una chance, estas son: ¿En que se sustenta la indemnización?, ¿Cuánto indemnizar?, ¿Cómo determinar el monto del resarcimiento? Pues bien, luego de referirnos al **fundamento de la pérdida de una chance (A),** nos pronunciaremos sobre la **extensión de la chance perdida (B),** culminando nuestro estudio **con referencias al cálculo de la chance cuya pérdida debe indemnizarse (C).**

A.- Fundamento de la reparación por pérdida de una chance.

53.- Tal como hemos dicho líneas más arriba, la pérdida de oportunidad cuando opera en materias de responsabilidad médica, corresponde a un perjuicio específico unido probabilísticamente a un hecho generador de responsabilidad. **Sin perjuicio de lo mostrado, se ha sostenido que la probabilidad**

[142] En palabras del juez: "*I do not feel it is appropriate to focus on the degree of probability of success and to compensate accordingly …"* , más adelante, "*It is only in exceptional loss of chance cases that a judge is presented with a situation where the damage can only be understood in probabilistic or statistical terms, and where it is impossible to evaluate sensibly whether or how the chance would have been realised in that particular case. The purest example of such a lost chance is that of the lottery ticket which is not placed in the draw due to the negligence of the seller of the ticket. The judge has no factual context in which to evaluate the likely result other than the realm of pure statistical chance. Effectively, the pool of factual evidence regarding the various eventualities in the particular case is dry in such cases, and the plaintiff has nothing other than statistics to elaborate the claim in damages"*, y finalmente, "*I am not prepared to conclude that particular medical conditions should be treated for purposes of causation as the equivalent of diffuse elements of pure chance, analogous to the nonspecific factors of fate or fortune which influence the outcome of a lottery".*

Actualidad Juridica 28.indd 433 10-07-13 18:34

requerida para determinar la causalidad en materia de pérdida de una chance no puede ser aplicada en el escenario médico. Lo indicado, pues en este dominio cada situación es particular y única, y las probabilidades común y exclusivamente consideradas como objetivas, calculables o de frecuencia no podrían ser aplicadas, obligando a verificar un estudio *"in concreto de la situación del paciente"*[143] tal como sostiene el profesor F. CHABAS. En este sentido, se ha defendido por el profesor J. PENNEAU que *"existe un abismo profundo entre las chances estadísticas de una afección determinada y las chances individuales del paciente afectado por ésta"*[144], así también el decano R. SAVATIER ha expuesto que *"la chance de éxito que se supone destruida por una culpa médica no presenta el carácter de las chances que la ley de los grandes números permite matemáticamente apreciar por un cálculo de probabilidades"*[145], agregando en otro trabajo que *"la palabra chance corresponde entonces a una incertidumbre"*[146]. **Nosotros cuestionamos esta visión y defendemos la idea de que las probabilidades objetivas sí tienen cabida en materia médica.** Estimamos que desconocer la existencia de frecuencias que permitan sustentar el cálculo de probabilidades objetivas a título de fundamento del resarcimiento por chances perdidas, es ir contra del devenir científico actual, que mide los actos y sus consecuencias mediante probabilidades o estadísticas. Consideramos que la utilización de datos de conexión es recurso obligado en este dominio. En esta línea, afirmar que una determinada mejoría es un evento normalmente esperado exige ser justificado mediante probabilidades científicas. Asimismo se ha pronunciado la doctrina, L. DUBOUIS se interroga: *"¿los médicos no están acostumbrados a establecer a partir de estadísticas la probabilidad de curación que da un tratamiento o una intervención correctamente conducida?"*[147], estadísticas que, por lo demás, según estima J. BORE, *"son indisociables de la teoría de la probabilidad"*[148] y que desde un punto de vista general se fundan en la experiencia de las acciones y en su previsión inherente, en virtud de la cual es posible afirmar: *"cumplí tal acto, pues en varias ocasiones éste ha sido observado por mi o por otro con el éxito esperado"*[149].

54.- **Por otro lado, creemos que no se puede reducir a un criterio objetivo el estudio de la probabilidad, toda vez que ésta no necesariamente es objetiva, también puede manifestarse bajo un espectro subjetivo**[150]. Luego, bajo un criterio objetivo, las probabilidades se traducen en la determinación de posibilidades de realización de un evento a partir de la

[143] F. CHABAS, art. prec., p. 143.
[144] J. PENNEAU, nota al fallo: Casación, 1ra. civ., 27.03.1973, D. 1973, P. 598.
[145] R. SAVATIER, *"Le droit des chances et des risques dans les assurances, la responsabilité civile dans la médicine, et sa synthèse dans l´assurance de responsabilité médicale"*, RGAT, 1973, p. 472.
[146] R. SAVATIER, nota al fallo: Casación, 1ra. civ., 02.05.1978, JCP, 1978, II, 18966.
[147] L. DUBOUIS, RTDSS, 1971, p.68, citado por D. TAPINOS, op. cit., n° 175.
[148] J. BORE, art. prec., n° 24.
[149] J. BORE, art. prec., loc. cit.
[150] D. TAPINOS, op. cit., n° 63.

Actualidad Juridica 28.indd 434 10-07-13 18:34

frecuencia observada del mismo. Mientras que respecto de un criterio subjetivo, la probabilidad mide la *"intensidad del asentimiento que el sujeto acuerda a sus juicios"*[151], en circunstancias que *"ella no supone una repetición de eventos similares, sino que recae sobre eventos raros o únicos"*[152], algo totalmente factible de producirse respecto de fenómenos médicamente extraños. Luego, la probabilidad objetiva se verifica en la cadencia observada de los fenómenos, la subjetiva se identifica con la íntima creencia del ser humano, presentando ambas un importante destino común: la construcción del azar, mediante la *"fabricación de representaciones"*[153] derivadas tanto de juicios como de observaciones.

55.- Por otro lado, hay que tener cuidado con confundir una probabilidad subjetiva con un mero subjetivismo. Este último podría significar falta de seriedad de la apreciación de la chance. Ello podría verificarse en dos casos. **En primer lugar,** respecto de sentencias en que el juez no se funde en un criterio probabilístico, sea éste objetivo o subjetivo. En cuanto al criterio subjetivo, a su turno, debería guiarse por un perito o experto que lo instruya en su decisión. La intervención del perito la consideramos indispensable, de acuerdo al reconocimiento de una *"democratización científica"*[154], relativa al derecho y deber, de los científicos de participar en las decisiones a título de ente transmisor del desarrollo tecnológico. Sin perjuicio de lo anterior, estamos convencidos en que los jueces necesitan imperiosamente ser capacitados de acuerdo a los avances científicos y tecnológicos de la época actual, la interdisciplina de las ciencias se impone como una obligación grave. De aquí que se establezca que el Derecho, en cuanto ciencia, debe dialogar con otras ramas del saber. En este sentido la profesora A. VIVANCO MARTÍNEZ enseña: *"esta desconexión entre las ciencias (…) ha redundado en que existan en nuestro país temas no resueltos jurídicamente o que terminan siendo normados bajo supuestos inexistentes o incompletos; resolución de casos por nuestras cortes sin los debidos insumos; desinterés de nuestros legisladores respecto de procesos que concitan atención mundial, y una falta de colaboración en materias en que no sólo se verían con buenos aportes de todos, sino que se requieren para contar con soluciones de calidad"*[155]. **En segundo lugar**, el subjetivismo puede manifestarse respecto de la misma víctima que determina el cálculo de la chance perdida, por ejemplo, en el caso en que la víctima sufrió un accidente en la operación, habiendo perdido la chance de renunciar a ésta, si el médico no hubiera incurrido en falta de información so-

[151] Coloquio internacional, *"Probabilités subjectives et rationalité de l´action"*, CNRS, Besançon, 7-9.11.2000, citado por D. TAPINOS, op. cit., loc.cit.
[152] Coloquio internacional, *"Probabilités subjectives et rationalité de l´action"*, citado por D. TAPINOS, op. cit., n° 68.
[153] D. DACUNHA-CASTELLE, *"Chemins de l´aléatoire. Le hasard et le risque dans la société moderne"*, Paris, Flammarion, 1996, p. 17.
[154] C. PIVOT, *"Vers un nouveau mode d'action collective face aux risques"* en *"Gérer les risques Collectifs"* sous la direction de Rychen, F. et Pivot, C. Horizon Groupe. 2002.
[155] A. VIVANCO MARTINEZ, *"Derecho y ciencia: el reconocimiento de la interdisciplina"*, Revista chilena de derecho, vol. 38, n° 1, 2011, pp. 7-8.

Actualidad Juridica 28.indd 435 10-07-13 18:34

bre el eventual acaecimiento del infortunio. **Su chance perdida no puede ser determinada por el valor que el mismo paciente atribuya a su imposibilidad manifiesta de decidir, traducida en su creencia personal e íntima más absoluta, imposible de justificar mediante criterios científicos.** El reconocimiento de la pérdida de una chance en este punto es altamente cuestionable. Lo dicho, pues la Corte de Casación ha resuelto que *"la pérdida de una chance no puede depender de un evento futuro e incierto en que su realización se sujete de la actitud de la víctima"*[156]. Luego, la pérdida de una oportunidad carecería de todo fundamento pues se vería valorada por la voluntad del enfermo. En esta lectura I. VACARIE manifiesta: *"fundar una reparación de la pérdida de una chance sobre el carácter hipotético de la decisión que habría sido tomada por el demandante viene a asimilar acto voluntario y evento aleatorio, mientras que chance y voluntad son antinómicos"*[157]. De una manera más tajante la profesora M. FABRE-MAGNAN expone: *"no tiene sentido decir que (…) el enfermo tenía 25 o 30% de chances de rechazar la operación si él hubiera conocido los riesgos exactos"*.

56.- Los cuestionamientos en este punto también se sitúan respecto de demandas de pérdida de una chance, **en situaciones en que si bien se ha incumplido la obligación de información, y en circunstancias que el riesgo en cuestión sea considerado débil en términos porcentuales, sería lógico estimar que el enfermo igualmente hubiera accedido a la operación.** Respecto de esta última situación la Corte de Casación por fallo de 06.12.2007[158] rechazó la indemnización por pérdida de una chance respecto de un paciente que se hizo operar a raíz de un problema al corazón. En los hechos el médico no informó las consecuencias de la operación, y en la especie el paciente generó una hemiplejia muriendo tres meses después. Se estimó que no obstante la gravedad de la enfermedad cardíaca, de su evolución rápida y del carácter relativamente débil del riesgo corrido, considerado por los expertos como extraño, y aun mediando el cumplimiento de la obligación de información del médico, el paciente se hubiera hecho igualmente operar. Se rechazó la acción por pérdida de una chance por faltar a su carácter de real y serio.

57.- **En fin, el análisis de la chance u oportunidad perdida nunca puede estar basado en un subjetivismo propio de lo que la víctima cree haber perdido, sino en una probabilidad sea ésta subjetiva u objetiva, según lo que expusimos más arriba.** En efecto, la probabilidad involucrada deberá ser determinada en razón del riesgo al cual se ha expuesto a la víctima mediante la negligencia del médico y siempre que no se verifique

[156] I. VACARIE, art. prec., n° 919.
[157] M. FABRE-MAGNAN, op. cit., n° 617.
[158] Casación, 1ra. civ., 06.12.2007, n° 06-19301.

Actualidad Juridica 28.indd 436 10-07-13 18:34

lo indicado en el párrafo anterior, esto es, que no obstante haberse cumplido con la información el enfermo igualmente hubiera aceptado la operación. Luego, la verificación o no de una frecuencia determinada científicamente en el riesgo en cuestión, determinará la decisión del tribunal, fundada en criterios de probabilidad objetiva o subjetiva, respectivamente.

58.- Habiéndonos referido al fundamento de la pérdida de una chance, pasaremos a revisar cuánto puede ser indemnizado en virtud de este perjuicio, en otras palabras, nos concentraremos en la extensión del resarcimiento.

B.- Extensión de la indemnización por chance perdida.

59.- La Corte de Casación gala **rechaza categóricamente resarcir el perjuicio retenido a título de pérdida de una chance en términos de considerar representativa o imaginariamente que lo perdido es la oportunidad concretizada,** toda vez que la chance suprimida no ha dejado de actuar en el terreno de la probabilidad, no siendo más que su pérdida real y efectiva el único fundamento de la reparación. En este sentido el máximo tribunal sostiene: *"la reparación de la pérdida de una chance debe ser medida por la chance perdida y no puede ser igual a la ventaja que habría procurado esta chance si se hubiera concretizado"*[159]. El criterio expuesto es también seguido por el máximo tribunal francés en materia administrativa –el Consejo de Estado– el cual pronunció en marzo de 2008 que la indemnización por pérdida de chance *"debe ser evaluada según una fracción del daño corporal determinado en función de la chance perdida"*[160].

60.- La doctrina se ha manifestado asimismo a favor de la lectura jurisprudencial expuesta. En efecto, tal como exponen los profesores F. TERRE, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE *"no se trata (…) de acordar a la víctima la ventaja que el acaecimiento del accidente le ha irremediablemente privado (…) puesto que esto sería suponer por sobre seguro que el demandante habría ganado su proceso, el criador la carrera, el candidato su examen o su concurso"*, agregando más adelante, *"se trata solamente de considerar que la chance perdida valía algo, aquello que a la víctima ha sido privado"*[161]. En este criterio, el profesor P. JOURDAIN refiriéndose a la determinación de la indemnización sostiene que el resarcimiento debe medirse según *"la probabilidad de realización de la ventaja esperada o de evitar la pérdida sufrida"*[162]. En similar sentido el autor Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ enseña (refiriéndose al cálculo de la probabilidad): "*este último número siendo*

[159] E. VERGES, *" Les liens entre la connaisance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile"*, Larcier 2011, (dir.) E. Truilhe-Marengo, p. 127.
[160] Consejo de Estado, 21.03.2008, n° 266154.
[161] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Dalloz, 10 ed., París, n° 701.
[162] P. JOURDAIN, "Les principes de la responsabilité civile", Dalloz, Connaisance du droit, 6ta ed., 2003, p. 148

Actualidad Juridica 28.indd 437 10-07-13 18:34

una fracción inferior a la unidad, el monto de la reparación es siempre inferior a la ventaja perdida o a la incomodidad sufrida"[163]. Agregamos que de *lege ferenda* el conocido proyecto CATALA sobre reforma del derecho de las obligaciones y de la responsabilidad consagra en su artículo 1346 *"la pérdida de una chance constituye un perjuicio reparable distinto de la ventaja que habría procurado esta chance si ella estuviera realizada".*

61.- Por otro lado, manifestamos que en ciertas situaciones, respecto de las cuales la indemnización es elevada hasta la altura de la ventaja esperada, es posible confundir la pérdida de una chance con la causa de pedir del litigio en cuestión. En estos eventos no es la destrucción culpable de la oportunidad lo que motiva el contencioso, sino la pérdida de la ventaja misma que aparece como suficientemente cierta. Lo expresado es apreciable según lo resuelto por el Consejo de Estado en materia de falta profesional del abogado[164]. En que si bien la lectura del fallo puede conducir a erróneas interpretaciones, pareciendo afirmar que lo que se indemniza por concepto de pérdida de oportunidad es la totalidad de la ventaja esperada, lo que en concreto se repara es derechamente la integridad del beneficio suprimido, apareciendo éste como un daño cierto sin recurso a un examen de probabilidades.

62.- Por último, aboquémonos ahora al mecanismo de determinación de las chances perdidas.

C.- Cálculo de la chance cuya pérdida debe indemnizarse.

63.- Aun cuando en Francia, como vimos, el juez de fondo aprecia la pérdida de las chances y su valoración soberanamente, **diversos mecanismos o fórmulas son propuestos para cumplir con la labor de determinar el monto que por concepto de indemnización de las oportunidades perdidas debe ser atribuido a la víctima.** Desde un punto de vista general, hacemos presente que lejos de toda equivalencia entre perjuicios finales y por pérdida de oportunidad, se desprende de lo indicado por M. L. LAROMBIERE que la reparación debe ser calculada mediante el producto de la ventaja suprimida y de la probabilidad en realización de la ventaja, aun cuando se deduce de lo señalado por el mismo autor, que los jueces no están obligados a sujetarse en su estimación a los cálculos rigurosos de las probabilidades, ni a tenerse por matemáticos o algebristas[165]. De acuerdo a lo indicado, los valores probabilísticos del beneficio esperado y la identificación de las probabilidades

[163] Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, op. cit., n° 184.
[164] Consejo de Estado, 05.07.2006, n°275637, JCP 2006, act. 350, JCP 2007, I, 115, n° 3, obs. Ph. STOFFEL-Munck.
[165] M.L LAROMBIÈRE, "*Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil"*», tomo VII, articles 1349 à 1386, Pedone, 19885, pp. 575-576.

Actualidad Juridica 28.indd 438 10-07-13 18:34

de percibir el beneficio son fundamentales a la hora de la determinación del quantum resarcitorio.

64.- Lo expuesto anteriormente nos permite extraer una regla general de determinación del quantum del perjuicio **(QP)**, el cual deberá ser determinado por el producto **entre el beneficio esperado (BE) y de la probabilidad del beneficio (PB).** Cabe destacar que el método expuesto detenta una aplicación reducida, pues contempla exclusivamente aquella chance que no pudo ser intentada, por ejemplo, el caballo impedido de correr hace perder a su propietario o a los apostadores la chance de percibir el provecho de una eventual victoria. En otro ámbito, tal como hemos afirmado más arriba, puede haber chances que aun siendo corridas, no por ello dejan de comprender en sí mismas una disminución probabilística que merece ser resarcida. Así, por ejemplo, quien ya estando comprometido con la persona con quien pretende contraer matrimonio, un accidente pone fin a esta esperanza[166]. En este caso, la pérdida de las chances es parcial, mientras que en el primero es total, pero en ambos parcialmente responsable, pues no puede afirmarse que el caballo ganaría la carrera, o que el novio contraería el vínculo. Luego la determinación del **QP se determinará mediante el resultado de la diferencia de chances iniciales y finales por el producto del BE.**

65.- **Apreciamos que el modelo de determinación del monto a indemnizar antes expuesto no considera a la causalidad requerida entre el hecho generador y el perjuicio como factor a incorporar en las fórmulas de cálculo.** Se omite, puesto que el vínculo de causalidad en la pérdida de una chance –en su carácter de perjuicio autónomo, de acuerdo a una visón general o tradicional de la figura– siempre es cierto y directo no pudiendo entonces representar otro coeficiente diferente del factor 1. Así, es indiferente que las fórmulas expuestas no consideren la representación numérica del vínculo causal, ya que el resultado siempre sería el mismo. Luego, la acentuación es puesta aparentemente en la probabilidad del daño, mas no en la causalidad de éste. Lo anterior lo estimamos acertado, pues mediante la diferencia de probabilidades, es decir, en virtud de la demostración de que la intervención del agente disminuyó las oportunidades de percibir el beneficio esperado, se demuestra consecuencialmente el rol causal exigido y a su vez se determina cual es la proporción en el daño final al que debe ser condenado quien actuó culpablemente. Sin perjuicio de lo anterior, las fórmulas descritas no pueden ser, a nuestro juicio, aplicadas en escenarios en que la causalidad es incierta, como lo es el campo de la responsabilidad médica. La fórmula debe considerar el porcentaje de probabilidad que el daño provocado se deba a la culpa del agente, y resarcir en mérito del resultado.

[166] G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 283.

Actualidad Juridica 28.indd 439 10-07-13 18:34

66.- En virtud de lo anterior, otro modelo de cálculo de la pérdida de una chance es propuesto por el profesor E. VERGÈS, quien indica que en esta función *"el juez aplica un coeficiente definido por la probabilidad científica que el daño acontezca"*[167]. El citado profesor recurriendo a ecuaciones matemáticas explica el cálculo de la indemnización de la pérdida de la chance refiriéndose en su argumentación a comentadas decisiones de jurisprudencia. En efecto, en virtud de un fallo de la Corte de Casación el 10.07.2002[168], en que se estableció que no es seguro que el correcto actuar de una matrona hubiera podido impedir las lesiones que el niño sufrió en el momento del parto –prueba de la incertidumbre de la situación– el Tribunal de Alzada estableció como pérdida de oportunidad y en definitiva como indemnización el 50% de los perjuicios reales. El citado profesor identifica la situación descrita mediante la siguiente fórmula**: Hecho generador (cierto = 1) x vínculo causal (incierto = 0.5) x daño = Indemnización x 0,5, es decir, la mitad del daño integral.** Luego, para aquellos casos en que la causalidad es incierta, pero que no parece apropiado traducir el perjuicio por pérdida de una chance a la mitad de los perjuicios reales, ya que la probabilidad no resiste ser calculada según un criterio de "punto medio" (0.5), el profesor VERGÈS propone ajustar el índice de probabilidad a un factor N multiplicable como coeficiente de vínculo de causalidad. A mayor claridad, el factor N debe ser en todo caso mayor a 0 (de lo contrario no hay indemnización), y menor a 1 (de lo contrario habría indemnización integral). Pues bien, la determinación concreta del factor N puede obedecer a dos mecanismos. Primero, **el de la aproximación**, en aquellos casos en que la comunidad científica no ha determinado el porcentaje de probabilidad que una negligencia pueda provocar un riesgo de daño al cual se exponga la víctima; y segundo, lógicamente, el de la **precisión del cálculo del experto basado en el conocimiento científico** capaz de cuantificar el riesgo de un daño de forma consensuada. Identificándose la figura con una típica *"situación de certeza de riesgo, en relación a una incertidumbre de daño"*[169]. A modo de justificar este punto, se hace referencia a lo decidido por el Consejo de Estado, en fallo de 21 de diciembre de 2007, en el cual en una situación de pérdida de visión, y basándose en la pericia médica, dispuso que el porcentaje al cual debía ascender la reparación por pérdida de oportunidad correspondía al 30% del daño corporal, el cual había sido evaluado en 50.000 euros. En este razonamiento, la fórmula a aplicar se traduce en lo siguiente: **Hecho generador (1) x N (0,3) x Daño (50 000) = 15 000.** Por último, la ecuación expuesta por el profesor VERGÈS se encuentra en íntima concordancia con los cálculos efectuados por los jueces de ordenamientos anglosajones, y se ajusta a lo que nosotros entendemos por pérdida de una chance en un escenario causal incierto. En este sentido, el profesor WRIGHT, importante exponente del

[167] E. VERGES, art. prec.
[168] Casación, 1ra. civil, 10.07.2002, n° 01-10.039, Boletín civil, I, n° 197
[169] E. VERGES, art. prec.

Actualidad Juridica 28.indd 440 10-07-13 18:34

derecho estadounidense, ilustra que la determinación cuantitativa del resarcimiento deriva de la multiplicación del daño manifiesto por la chance perdida en atención a la probabilidad causal del daño[170].

67.- A nuestro juicio la mecánica recientemente expuesta es un efectivo mecanismo de determinación del monto equivalente al resarcimiento por vía de pérdida de la oportunidad. Recordemos que indemnizar la oportunidad perdida, según se desprende de lo enseñado por el profesor A. BÉNABENT, **se identifica con la sustracción de la valoración pecuniaria del daño final frustrado o no resarcible, el porcentaje de incertidumbre causal respecto de la conducta negligente del sujeto activo[171].** Objetivo plenamente conseguido por el profesor E. VERGES en su esquema.

Conclusión

68.- Al cerrar este trabajo manifestamos nuestra convicción, de que la pérdida de una chance constituye un efectivo mecanismo de protección de las víctimas de un daño identificado con la destrucción de una probabilidad o de un agravio vinculado probablemente a un agente dañoso. De aquí que sostengamos que la figura estudiada comprenda un verdadero contenido bifuncional. Así, si bien en ambos polos de la institución existe un perjuicio que debe ser reparado, en uno de ellos dicho daño es atribuido causalmente en forma directa a la culpa de un tercero; mientras que en el otro no puede ser asignado sino que probabilísticamente. Luego, la pérdida de una chance, en el primer escenario, permitirá revestir de mérito indemnizatorio una probabilidad cierta, y en el segundo, determinar el porcentaje de probabilidades de que un daño causalmente incierto pueda haberse producido por culpa del agente, ordenando su reparación de acuerdo al porcentaje de probabilidad causal determinado. Desprendemos la importancia de la pérdida de una chance en el Derecho de la responsabilidad civil, pues integra en el ámbito jurídico un elemento propio de la vida del hombre, lo aleatorio, lo posible, lo contingente, tanto desde la perspectiva del daño, como desde el enfoque de la causalidad.

[170] R. W. WRIGHT , "*Proving Causation: Probability versus Belief",* **art. prec., loc. cit.**
[171] A. BÉNABENT, *"La chance et le droit*", **p. 179.**

Actualidad Juridica 28.indd 441 10-07-13 18:34

Notas sobre la recaudación del impuesto territorial.

Jaime Andrés González Orrico
Abogado
Profesor de Derecho, Economía y Mercado
Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo
Magíster en Gestión Tributaria
Universidad del Bío-Bío

Resumen: El impuesto territorial es un tributo anual que grava la propiedad de los bienes raíces, cuyo importe se determina sobre el avalúo fiscal de los inmuebles. La Ley N° 17.235, de 1969, sobre Impuesto Territorial, establece reglas particulares que inciden en el devengo y exigibilidad del impuesto, en su giro, en el pago del tributo, y dentro de esto, en la determinación de las personas obligadas a efectuarlo, el lugar en que ha de ser hecho, y, por último, al tiempo en que se ha de realizar. Estas normas se complementan con las que el Código Tributario establece para facilitar el control y la acreditación del pago. Tales disposiciones son aplicables tanto a la denominada recaudación en período voluntario, como a aquella otra que se verifica en período ejecutivo, resultando especialmente gravitantes en esta última, toda vez que orientan al Servicio de Tesorerías para ejercer su acción ejecutiva de cobro dentro del procedimiento especial destinado al efecto. La aplicación práctica del bloque normativo aludido no ha estado exenta de problemas, en donde el conocimiento oportuno, por los deudores morosos, del cobro enderezado en su contra por el Fisco y la extensión de su responsabilidad frente al crédito impositivo emergen como fuentes de conflicto entre el Estado y los particulares. El presente trabajo tiene por objeto entregar algunas notas generales acerca de la recaudación del impuesto territorial en su primera vertiente, mientras que respecto de la recaudación en período ejecutivo pretende centrar el análisis no en la descripción de las normas que gobiernan el proceso de ejecución, sino que en los problemas ya enunciados; de manera que las reflexiones alcanzadas permitan construir soluciones útiles y equitativas.

***

Introducción.

En la sociedad agraria y campesina del Medioevo, el impuesto territorial se convirtió en el principal tributo, dado que la tenencia de la tierra era el mejor

Actualidad Juridica 28.indd 443 10-07-13 18:34

índice de riqueza. En ella se gravaba a los inmuebles como fuente principal de los ingresos.[1]

Según se desprende de lo prevenido en los arts. 1º, 22 y 25 de la Ley N° 17.235, de 1969, sobre Impuesto Territorial (en adelante LIT), estamos en presencia de un tributo anual que grava la propiedad de los bienes raíces, cuyo importe se determina sobre el avalúo fiscal de los inmuebles.[2]

De acuerdo al art. 37 del DL N° 3.063, de 1979, Ley de Rentas Municipales, las municipalidades perciben el rendimiento total de este impuesto, constituyendo ingreso propio de cada municipio un 45% del tributo originado en inmuebles ubicados dentro de su territorio jurisdiccional.

Caracterizándolo, se ha escrito que se trata de un impuesto real, que no considera, por lo general, las características personales de los contribuyentes. Además, es un tributo objetivo, por lo que no establece montos exentos en virtud de las relaciones familiares de los contribuyentes (casado o soltero, hijos y otras cargas familiares) ni por las deudas asociadas al inmueble (un crédito hipotecario, por ejemplo).[3]

Ahora bien, el contenido de las normas tributarias, esencialmente, es una orden o mandato para que se entregue al Estado (o persona por él, por ley designada) cierta suma de dinero. En otras palabras: la norma que está en el centro del Derecho Tributario es aquella que contiene una orden: "entregue el dinero al Estado".[4]

En este orden de ideas, con base en la primera acepción que del verbo recaudar nos entrega el Diccionario de la Real Academia Española ("cobrar o percibir dinero),"[5] y siguiendo en ello a Ferreiro Lapatza en España (refiriéndose al art. 160 de la Ley General Tributaria Española, N° 58/2003, de 17 de diciembre), podemos señalar que la recaudación impositiva "consiste en el ejercicio por parte de la Administración Tributaria de las funciones conducentes al cobro de las deudas tributarias, considerando tanto su pago voluntario cuanto su cumplimiento forzado".[6]

---

[1] Evans Espiñeira, Eugenio, *Los tributos en la Constitución*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2010, p. 168. Para una lúcida exposición acerca de los antecedentes históricos legislativos de este impuesto Vid. Rojas Retamal, Roberto, *El impuesto territorial*, Edit. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2001, pp. 25-67.

[2] Sin duda alguna, las diferencias más relevantes entre los contribuyentes y el Fisco se presentan a propósito de la tasación de los bienes raíces urbanos. Acerca de la valoración de éstos, Vid. Cayo Araya, Teodosio, *Tasación de bienes raíces urbanos. Criterios y procedimientos prácticos*, s. e., 2ª edic., Santiago, 2012.

[3] Ibídem, pp. 168-169.

[4] Ataliba, Gerardo, *Hipótesis de incidencia tributaria*, trad. Leandro Stok y Mario A. Salvo, Edit. Legis, 6ª edic., Buenos Aires, 2010, p. 23.

[5] http://lema.rae.es/drae/?val=recaudar (12 de mayo de 2013).

[6] Ferreiro Lapatza, José, *Curso de Derecho Financiero Español. Instituciones*, Edit. Marcial Pons, 25ª edic., Madrid, 2006, p. 514.

Actualidad Juridica 28.indd 444 10-07-13 18:34

Por regla general, los contribuyentes cumplirán cabal y oportunamente con su obligación tributaria, es decir, pagarán de manera voluntaria, en Tesorería, el gravamen correspondiente (arts. 38.1 y 47 CT).

Empero, frente a la hipótesis de incumplimiento, el ordenamiento jurídico confiere herramientas para obligar al deudor que incumple a entregar al Fisco las cantidades de dinero constitutivas de impuesto, una de las cuales es el juicio ejecutivo tributario, cuyas normas se recogen en el Título V del Libro III del Código Tributario (en adelante CT); y a las cuales se remite expresamente el artículo 48, inciso final, de la citada Ley de Rentas Municipales, para encomendar la cobranza administrativa y judicial del impuesto territorial al Servicio de Tesorerías.[7]

De lo dicho, entonces, podemos concluir la existencia de una recaudación en período voluntario, obtenida a través del pago espontáneo del impuesto, y otra –ciertamente eventual– en período ejecutivo, que se materializa a través de la ejecución forzada de la obligación tributaria.

La LIT entrega reglas particulares que inciden en el devengo y exigibilidad del impuesto, en su giro, en el pago del tributo, y dentro de esto, en la determinación de las personas obligadas a efectuarlo, el lugar en que ha de ser hecho, y, por último, el tiempo en que se ha de realizar; normas que se complementan con las que el CT establece para facilitar el control y la acreditación del pago del impuesto.

Tales disposiciones son aplicables a ambos períodos de recaudación, pero resultan especialmente gravitantes en el segundo, toda vez que orientan al Servicio de Tesorerías para ejercer de un modo correcto la acción ejecutiva de cobro dentro del procedimiento especial destinado al efecto; y en cuyo desarrollo igualmente se contemplan reglas especiales a propósito de la notificación y requerimiento de pago del ejecutado, y del embargo del bien raíz que causa el impuesto.

[7] Además de las normas del CT, como fuentes legales del juicio tributario encontramos el DFL N° 1, Ministerio de Hacienda, 16 de mayo de 1994, D. Of. 26 de octubre de 1994, Estatuto Orgánico del Servicio de Tesorerías, el DL N° 1.263 sobre Administración Financiera del Estado, de 28 de noviembre de 1975. De acuerdo a lo que dispone el art. 2.2° del Estatuto Orgánico del Servicio de Tesorerías, le corresponde a esta repartición pública, en términos generales, efectuar la cobranza coactiva, sea judicial, extrajudicial o administrativa, de los impuestos fiscales en mora, con sus intereses y sanciones, las multas aplicadas por autoridades administrativas, los créditos fiscales a los que la ley dé el carácter de impuesto para los efectos de su recaudación y los demás créditos ejecutivos o de cualquiera naturaleza que tengan por causa o motivo el cumplimiento de obligaciones tributarias cuya cobranza se le encomiende por decreto supremo. Si bien esta norma precisa los créditos o acreencias cuyo cobro compete al mencionado servicio, nada dice, en cambio, respecto del procedimiento aplicable para tal efecto. El art. 35.1 del DL N° 1.263 sobre Administración Financiera del Estado, encomienda igualmente al señalado ente público "la cobranza judicial o administrativa con sus respectivos reajustes, intereses y sanciones de los impuestos, patentes, multas y créditos del Sector Público, salvo aquellos que constituyan ingresos propios de los respectivos Servicios", precisando su inciso 2° que "para tal efecto, aplicará, cualquiera que sea la naturaleza del crédito, los procedimientos administrativos y judiciales establecidos por el Código Tributario para el cobro de los impuestos morosos".

Actualidad Juridica 28.indd 445 10-07-13 18:34

No obstante, la aplicación práctica del bloque normativo aludido no ha estado exenta de problemas, fundamentalmente vinculados al período ejecutivo de recaudación, en donde el conocimiento oportuno, por los deudores morosos, del cobro incoado en su contra por el Fisco, así como la extensión de su responsabilidad frente al crédito impositivo, emergen como fuentes de conflicto entre el Estado y los particulares.

Estas dificultades no son más que el reflejo de la tensión permanente que, en materia de ejecución tributaria, existe entre la necesidad de percibir con prontitud las rentas estatales impagas por parte del Fisco y la de respetar el derecho de propiedad y el debido proceso de los contribuyentes.[8]

Por la misma razón, el riesgo de imponerse en perjuicio del contribuyente la arbitrariedad, que representa una falta y, en el mundo jurídico, constituye una negación del Derecho,[9] siempre es una alternativa posible.

El presente trabajo tiene por objeto entregar algunas notas generales acerca de la recaudación del impuesto territorial en su primera vertiente, mientras que respecto de la recaudación en período ejecutivo, el análisis se centrará no en la descripción de las normas que gobiernan el proceso de ejecución, sino en los problemas que allí se presentan y que anunciáramos hace un instante; de modo que las reflexiones que alcancemos permitan construir soluciones útiles y equitativas.

1. La recaudación en período voluntario.

En este período, el cumplimiento de la obligación tributaria se realiza espontáneamente por el propio contribuyente o por alguien (representante o tercero) en su nombre o por su cuenta.[10]

El análisis de esta etapa comprende la revisión de las normas que determinan el devengo y exigibilidad del impuesto, su giro, el pago del tributo, y dentro de esto, las personas obligadas a efectuarlo, el lugar en que ha de ser hecho, y, por último, el tiempo en que se ha de realizar.

A. Devengo y exigibilidad del impuesto.

Dentro de la noción de obligación tributaria existen dos conceptos fundamentales, a saber: el devengo y la exigibilidad.

---

8 Cfr. Carranza Torres, Luis, *Ejecución Fiscal*, Edit. Legis, Buenos Aires, 2011, p. 24.
9 Coelho Pasin, Joao, *Derecho tributario y ética*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 2010, p. 146.
10 Ferreiro Lapatza, José, ob. cit., p. 515.

Actualidad Juridica 28.indd 446 10-07-13 18:34

Según el Diccionario de la Real Academia Española, devengar es "adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título".[11] En nuestra disciplina, el devengo equivale al instante en que nace la obligación tributaria, es decir, el momento en que el hecho gravado se ha realizado en su integridad.[12]

Pero el solo devengo no habilita al sujeto activo de la relación jurídica tributaria para exigir su cumplimiento, no obstante que ya ha nacido su derecho.

Vargas advierte que el impuesto se hace exigible al expirar los plazos de pago establecidos por las leyes o reglamentos respectivos, conforme lo establece el art. 36 del CT y lo corroboran los arts. 24, 53 y 54 del mismo cuerpo normativo, de los cuales se deduce que la mora en el pago de los impuestos se produce desde el vencimiento del plazo establecido para el pago.[13] Lo mismo se infiere de los artículos 200 y 201 del CT, conforme a los cuales prescribirá la acción del Fisco para perseguir el pago de impuestos, intereses, sanciones y demás recargos, dentro del término de tres años (o seis, según corresponda), contado desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago; debiendo en todo caso precisarse que en el caso de los impuestos que deben solucionarse por cuotas, tal como ocurre con el impuesto territorial, el plazo de prescripción comienza a correr independientemente para cada una de ellas.[14]

El art. 22 de la LIT previene que el impuesto territorial anual será pagado en cada año en cuatro cuotas en los meses de abril, junio, septiembre y noviembre; pudiendo el contribuyente pagar durante el mes de abril los impuestos correspondientes a todo el año.

Por lo anterior, se ha entendido que el devengo del impuesto en análisis se produce al inicio del respectivo período impositivo, es decir, el 1° de enero de cada año, pues si la primera cuota se debe pagar en el mes de abril –pudiendo además comprender la totalidad del tributo–, ello implica, necesariamente, que la obligación tributaria ha nacido previamente.[15]

Respecto de la exigibilidad, ella se produce una vez expirado el plazo legal en que debió efectuarse el pago de cada una de las cuotas del impuesto.

---

[11] Diccionario de la Lengua Española, 22ª edic., disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=devengar (13 de mayo de 2013).

[12] Pérez Rodrigo, Abundio, *Manual de Código Tributario*, Edit. LexisNexis, 5ª edic., Santiago, 2007, p. 182.

[13] Vargas Vargas, Manuel, *Obligación civil y obligación tributaria*, Edit. Jurídica Conosur Ltda., 3ª edic., Santiago, 1995, p. 22.

[14] Peirano Zúñiga, Paola, *La prescripción de las acciones fiscalizadora y de cobro en el Código Tributario*, Edit. ConoSur Ltda., Santiago, 2000, p. 58.

[15] Rojas Retamal, Roberto, ob. cit., p. 223.

Actualidad Juridica 28.indd 447 10-07-13 18:34

B. Los giros roles de contribuciones.

El giro es una orden competente que el Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII) extiende al contribuyente para que ingrese en arcas fiscales un valor determinado por concepto de impuestos, reajustes, intereses y multas.[16]

De acuerdo con lo previsto en el art. 37.1 del CT, los tributos, reajustes, intereses y sanciones deberán ser ingresados al Fisco mediante giros que se efectuarán y procesarán por el Servicio de Impuestos Internos, los cuales serán emitidos mediante roles u órdenes de ingreso, salvo los que deban pagarse por medio de timbres o estampillas.

A partir de esta norma, la doctrina clasifica los giros en dos categorías: los giros órdenes de ingreso y los giros roles.

Los giros órdenes de ingreso son los más comunes, pues luego de una liquidación de impuestos efectuada por el SII, este emitirá un giro de tal naturaleza. Se trata, por consiguiente, de giros individuales que tienen por objeto cobrar impuestos y/o diferencias de impuestos cuyo origen se encuentra en fiscalizaciones efectuadas por esa repartición pública.[17]

Los giros roles son aquellos de carácter colectivo y que se utilizan para los impuestos en que el contribuyente ha aportado los antecedentes necesarios para que el SII determine la obligación tributaria, o bien el contribuyente, habiendo presentado su declaración de impuestos, requiere el giro para su pago.[18] Se trata de listas ordenadas de contribuyentes, debidamente individualizados, con el período, base imponible y monto del impuesto a pagar.[19] Un ejemplo claro de este tipo de giros lo hallamos precisamente en los que emite el SII para el cobro del impuesto territorial cuyo orden se basa en la ubicación del inmueble.

No obstante tratarse de un impuesto cuyo rendimiento cede directamente en favor de las respectivas Municipalidades del país, estimamos que el art. 37 del CT resulta plenamente aplicable. Vale decir, para que el contribuyente del impuesto territorial pueda efectuar su pago, ha menester que previamente la Administración Tributaria emita el correspondiente giro.

De otro lado, según se desprende de los arts. 18 y 19 de la LIT, existen tres clases de giros, esto es: 1) el rol semestral de contribuciones; 2) los roles suplementarios; y 3) los roles de reemplazos.

---

[16] Aste Mejías, Christian, *Curso sobre Derecho y Código Tributario*, Edit. Legal Publishing, 4ª edic. actualizada, Santiago, 2009, p. 520.
[17] Pérez Rodrigo, Abundio, ob. cit., p. 256.
[18] Altamirano, M. y Muñoz, F., *Derecho Tributario parte general. Determinación de la obligación tributaria*, Edit. LexisNexis, Santiago, 2006, p. 185.
[19] Pérez Rodrigo, Abundio, ob. cit., p. 255.

Actualidad Juridica 28.indd 448 10-07-13 18:34

Los dos últimos, según veremos, tienen por objeto hacer efectivas las variaciones que se determinen respecto de los tributos girados en los roles semestrales de contribuciones.

B.1. Rol semestral de contribuciones.

Dispone el art. 18 de la LIT: "Sobre la base de los avalúos vigentes para cada semestre, consideradas las modificaciones a que se refieren los artículos 10 y siguientes y las exenciones del Cuadro Anexo, el Servicio de Impuestos Internos emitirá, por comunas, un rol de cobro del impuesto a los bienes raíces, que se denominará 'Rol Semestral de Contribuciones', y que contendrá, además de los datos indispensables para la identificación del predio, su avalúo, la exención si tuviere, y el impuesto".

La redacción de esta norma no puede estimarse contradictoria con el carácter anual del impuesto territorial, puesto que, como tal, su acertamiento se produce al inicio del período, esto es, el 1° de enero de cada año. Pero, como la propia ley permite al contribuyente pagar el tributo en cuatro cuotas, resulta lógico que cada una de ellas deba ser reajustada semestralmente. Carrillo explica que no se hace un rol de cobro para el año, porque la base imponible cambia mensualmente, de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor (art. 9º LIT).[20]

En lo que hace a la notificación de estos giros, de la relación de los arts. 43 y 44 del CT se desprende que el SII está obligado a remitir a los contribuyentes un aviso que contenga el nombre del propietario, la ubicación o nombre del bien raíz, el número de rol que corresponda, el monto del avalúo imponible y del impuesto, con una anticipación de, a lo menos, un mes a la fecha inicial del período de pago del tributo.

Por último, señalemos que el inciso final del citado art. 44 precisa que éstos avisos se dirigirán a la dirección correspondiente al inmueble que motiva el impuesto, o al domicilio que para estos efectos el propietario haya registrado en el Servicio y, a falta de éste, al domicilio del propietario que figure registrado en el Servicio.

B.2. Roles suplementarios y de reemplazos.

De acuerdo a lo establecido en el art. 19.1 de la LIT: "El Servicio de Impuestos Internos hará efectivas las variaciones que se determinen respecto de los impuestos girados en los roles semestrales de contribuciones a que se refiere el artículo anterior, mediante roles suplementarios de contribuciones y roles de reemplazos de contribuciones que se confeccionarán por comunas".

[20] Carrillo Fierro, Enrique, *Aspectos tributarios de la enajenación de bienes raíces en el Derecho chileno*, Edit. Alfakira, Santiago, 2006, p. 73.

Actualidad Juridica 28.indd 449 10-07-13 18:34

La justificación de esta clase de giros se encuentra en el hecho de que, luego de la emisión de los Roles Semestrales, pueden surgir diferencias entre los impuestos girados y los que debieron ponerse en cobro.[21]

Carrillo señala que el rol suplementario es aquel que indica que hay que pagar un suplemento; es decir, que hay que pagar más de lo que estaba contemplado en forma original. Este tipo de giro procede cuando se aplica un aumento de avalúo y, consecuencialmente, un mayor pago de impuestos.[22]

Por su parte, el rol de reemplazo sustituye los otros cuatro que se emitieron durante el año.[23]

En suma, si las diferencias detectadas producen un saldo a favor del Fisco acreedor, habrá de emitirse un rol suplementario, y en el caso opuesto, un rol de reemplazo. Cada uno, respectivamente, expresará un aumento o una rebaja del tributo.

Por otro lado, la presencia de esta clase de roles de contribuciones conlleva el cobro retroactivo de impuestos, pues, por regla general, son emitidos en un semestre que difiere del correspondiente al rol primitivo, y en el cual se determinó un importe dinerario mayor o menor al que, en estricto rigor, correspondía.

El art. 19.3 de la LIT resuelve el problema, señalando que: "Las contribuciones que deban pagarse retroactivamente con respecto al semestre en que se pongan en cobranza los roles suplementarios y de reemplazos, se girarán sobre la base del avalúo del semestre en que se pongan en cobro dichos roles. La retroactividad no podrá ser superior a tres años".

Como se advierte, la emisión de roles suplementarios y de reemplazos que implique cobro retroactivo se encuentra restringida en el tiempo, pudiendo únicamente comprender, como límite máximo, diferencias impositivas de hasta tres años. Así, por ejemplo, el año 2011 es posible cobrar suplementos, simultáneamente, por ambos semestres de los años 2010, 2009, 2008 y el primer semestre de 2011, debido a una ampliación existente desde 2007, pero que no fue considerada en la tasación fiscal.

Cabe señalar también, que la LIT reconoce una limitación temporal mayor en el inciso final del citado art. 19, y que se contempla del modo siguiente: "En los casos en que, con ocasión de nuevas construcciones, ampliaciones o instalaciones, deba procederse al cobro retroactivo de contribuciones y el predio en que ellas se hayan efectuado hubiere sido objeto de enajenación, aquél se hará efectivo a

[21] Rojas Retamal, Roberto, ob. cit., p. 223.
[22] Carrillo Fierro, Enrique, ob. cit., p. 74.
[23] Ibídem.

Actualidad Juridica 28.indd 450 10-07-13 18:34

contar del 1º de enero del año siguiente al de la correspondiente inscripción de dominio en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces".

Es decir, se trata de un beneficio que el legislador ha establecido en favor de las personas que adquieren inmuebles que constan de nuevas construcciones, ampliaciones o instalaciones, respecto de las cuales el antecesor en el dominio no tributó.

En tal caso, el cobro solo podrá hacerse efectivo a partir del 1° de enero del año siguiente al de la inscripción conservatoria. O en otros términos, no podrá comprender períodos anteriores al 1° de enero del año siguiente a la enajenación.

Con todo, la Circular N° 29/1993 del SII precisa que si la notificación del cobro retroactivo se efectúa antes de la nueva inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, el adquirente se hará dueño con este gravamen y, en consecuencia, quedará obligado a su pago.[24]

C. El pago.

El pago efectivo es, sin duda, el modo de extinguir las obligaciones más importantes, por dos razones: representa la ejecución de la conducta debida, esto es, lo que la ley y las partes persiguen al constituirse una obligación; y es la forma habitual y más frecuente de provocar la extinción del vínculo jurídico.[25]

El art. 1568 del Código Civil (en adelante Cód. Civ.) señala: "El pago efectivo es la prestación de lo que se debe".

La doctrina española enfatiza del pago su carácter de "acto debido", en todos los casos en que haya nacido la obligación de tributar; precisando, al mismo tiempo, que en materia tributaria el acto de pagar no es nunca un negocio jurídico, por cuanto no puede considerarse expresión de una declaración del deudor, en el sentido de que los efectos jurídicos del pago no dependen de su voluntad, sino que están establecidos por la ley fiscal.[26]

Emitidos los roles de contribuciones, el contribuyente debe proceder a extinguir la obligación tributaria mediante el pago efectivo de su importe, en el lugar y oportunidad que la LIT y el CT, respectivamente, establecen.

[24] Disponible en www.sii.cl/documentos/circulares/1993/circu29.htm (13 de mayo de 2013).
[25] Rodríguez Grez, Pablo, *Extinción convencional de las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, vol. 1, p. 123.
[26] Pérez de Ayala, J., y Pérez de Ayala, M., *Fundamentos de Derecho Tributario*, Edit. Edersa, 4ª edic., Madrid, 2000, pp. 213-214.

Actualidad Juridica 28.indd 451 10-07-13 18:34

C.1. Obligados al pago del tributo.

La LIT trata la materia en su Título VI, denominado "De los obligados al pago del impuesto", arts. 25 a 27.

De acuerdo a estas normas, los obligados al pago del impuesto son el propietario del bien raíz, el ocupante del inmueble, y el concesionario u ocupante a cualquier título de bienes raíces fiscales, municipales o nacionales de uso público.

También se contemplan ciertos casos de responsabilidad solidaria, la que afecta a quienes sean dueños en común de un bien raíz, y a los administradores, gerentes o directores de una sociedad o persona jurídica que igual derecho real ostente sobre un inmueble.

En los acápites siguientes nos limitaremos a mencionar las normas que los contemplan y singularizan, de un modo general, dejando su análisis más detallado al tratar de la recaudación en período ejecutivo, oportunidad en la que abordaremos la extensión de dicha responsabilidad y los problemas que se originan en su aplicación práctica.

C.1.2. El propietario del bien raíz.

Conforme al art. 25.1 de la LIT, el impuesto a los bienes raíces será pagado por el dueño del inmueble.

Entendemos que al hablar del dueño de la propiedad raíz la norma se está refiriendo a su poseedor inscrito.

C.1.3. El ocupante del inmueble.

La misma norma citada establece que el ocupante de un bien raíz está obligado como responsable al pago del tributo devengado durante su ocupación, permitiéndole, una vez solucionada la obligación tributaria, dirigirse contra el propietario del mismo por las cantidades enteradas en arcas fiscales.

C.1.4. El concesionario u ocupante a cualquier título de bienes raíces fiscales, municipales o nacionales de uso público.

Dispone al efecto el art. 27.1 de la LIT: "El concesionario u ocupante por cualquier título, de bienes raíces fiscales, municipales o nacionales de uso público, pagará los impuestos correspondientes al bien raíz ocupado".

El inciso 2° del mismo artículo se encarga de precisar que si el título en cuya virtud se ocupa el inmueble fiscal es el arrendamiento, el arrendatario queda

Actualidad Juridica 28.indd 452 10-07-13 18:34

obligado a pagar las contribuciones territoriales durante todo el plazo del contrato y mientras esté ocupando materialmente el predio.

Estas normas deben concordarse con lo dispuesto en el art. 1° inciso final del mismo cuerpo normativo, conforme al cual los bienes nacionales de uso público no serán avaluados, excepto en los casos a que nos hemos referido.

Por último, esta obligación de pago no se aplicará respecto de los predios fiscales y municipales en los cuales, por razones inherentes a sus cargos, estén obligados a residir funcionarios públicos o municipales, en la forma y condiciones que señala la letra A) del Párrafo I del Cuadro Anexo de la LIT (art. 27 inc. final).

C.1.5. Casos de responsabilidad solidaria.

C.1.5.1. Los dueños en común del bien raíz que causa el impuesto.

Esta responsabilidad la dispone el art. 26.1 de la LIT, en los siguientes términos: "Cuando una propiedad raíz pertenezca a dos o más dueños en común, cada uno de ellos responderá solidariamente del pago de los impuestos, sin perjuicio de que éstos sean divididos entre los propietarios, a prorrata de sus derechos en la comunidad".

El carácter de dueños en común debe arrancar del título inscrito del inmueble.

C.1.5.2. Los administradores, gerentes o directores de una sociedad o persona jurídica propietaria de un inmueble.

El inciso 2° del citado art. 26 de la LIT la establece del modo siguiente: "Si un bien raíz pertenece a una sociedad o persona jurídica, los administradores, gerentes o directores serán responsables solidariamente del pago del impuesto, sin perjuicio de sus derechos contra el deudor principal".

C.2. Lugar del pago.

La recaudación en período voluntario implica que los contribuyentes paguen en Tesorería el gravamen correspondiente, aun cuando en la actualidad el pago lo reciben, mayoritariamente, las denominadas Instituciones Recaudadoras Autorizadas (arts. 38.1 y 47 CT). Además, la tecnología puesta al servicio del cumplimiento tributario permite que dichos pagos se efectúen en línea por Internet.

Actualidad Juridica 28.indd 453 10-07-13 18:34

C.3. Oportunidad en que debe hacerse el pago.

C.3.1. Rol Semestral de contribuciones.

De acuerdo a lo establecido en el art. 22.1 de la LIT, el impuesto territorial anual debe ser pagado en cada año en cuatro cuotas en los meses de abril, junio, septiembre y noviembre, a menos que el Presidente de la República fije otras fechas con arreglo a la facultad que le confiere el artículo 36 del CT. Además, se establece la posibilidad de que el contribuyente pague durante el mes de abril los impuestos correspondientes a todo el año.

En relación con esta norma, el art. 24.1 del mismo texto legal previene que en la provincia de Aysén el pago se hará por semestres en los meses de marzo y noviembre de cada año. Lo anterior, precisa su inciso 2°, sin perjuicio de no cobrarse intereses penales ni multa con relación a los impuestos del primer semestre a los contribuyentes morosos que paguen la anualidad completa.

C.3.2. Roles suplementarios y de reemplazos.

Conforme lo establece el art. 23.1 de la LIT, los impuestos incluidos en los roles suplementarios y de reemplazos deben ser pagados en los meses de junio y diciembre de cada año e incorporarán las modificaciones establecidas en resoluciones notificadas hasta el 30 de abril y 31 de octubre, respectivamente, del semestre en que deban pagarse los impuestos. Luego, para las resoluciones notificadas entre el 1° de noviembre y el 31 de diciembre de cada año, los impuestos así girados deben pagarse en el mes de junio del año siguiente.[27]

Sin perjuicio de lo señalado, el inciso 2° del mismo artículo faculta al Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos para dividir el pago de los impuestos indicados en parcialidades por pagarse conjuntamente con las contribuciones futuras, en un plazo máximo de dos años.

C.4. Control y acreditación del pago.

Las normas de la LIT vistas hasta aquí no contemplan reglas concernientes al control del pago oportuno de este impuesto ni a las formas en que se debe éste acreditar.

Esta materia encuentra regulación en el Código Tributario, específicamente en sus arts. 74 y 92.

[27] Cfr. Rojas Retamal, Roberto, ob. cit., p. 231.

Actualidad Juridica 28.indd 454 10-07-13 18:34

Al efecto, dispone el artículo 74.1 del CT: "Los conservadores de bienes raíces no inscribirán en sus registros ninguna transmisión o transferencia de dominio, de constitución de hipotecas, censos, servidumbres, usufructos, fideicomisos o arrendamientos, sin que se les compruebe el pago de todos los impuestos fiscales que afecten a la propiedad raíz materia de aquellos actos jurídicos. Dejarán constancia de este hecho en el certificado de inscripción que deben estampar en el título respectivo".

De acuerdo a la norma referida, para que el Conservador de Bienes Raíces pueda materializar la transferencia de dominio de un inmueble, es necesario que se le compruebe el pago del impuesto territorial.

Complementa la señalada disposición el artículo 92.1 del CT, que, en su primera parte, establece lo siguiente: "Salvo disposición en contrario, en los casos en que se exija comprobar el pago de un impuesto, se entenderá cumplida esta obligación con la exhibición del respectivo recibo o del certificado de exención, o demostrándose en igual forma estar al día en el cumplimiento de un convenio de pago celebrado con el Servicio de Tesorerías". Agrega su inciso 2° que: "Si se tratare de documentos o inscripciones en registros públicos, bastará exhibir el correspondiente comprobante de pago al funcionario que deba autorizarlos, quien dejará constancia de su fecha y número, si los tuviere, y de la Tesorería o entidad a la cual se hizo el pago".

Cabe anotar, enseguida, que la aplicación práctica de este artículo 92 ha generado ciertas dudas, en cuanto a si lo que el legislador exige para inscribir la transferencia de un inmueble es el pago íntegro y completo del impuesto territorial –lo que supone un certificado expedido por el Servicio de Tesorerías que indique que el rol de avalúo respectivo no registra deuda–, o si basta el suscribir un convenio para el pago de lo adeudado y acreditar que se está al día en su cumplimiento. Lo anterior, pues la norma parece dar a entender que sólo la exhibición del comprobante de pago al funcionario que debe autorizar inscripciones en registros públicos habilita para proceder a éstas últimas.

Pensamos que los incisos 1° y 2° del art. 92 CT regulan materias distintas.

En efecto, el inciso 1° sólo se limita a expresar qué ha de entenderse por "comprobante de pago", señalando que lo constituyen, alternativamente: a) el respectivo recibo; b) un certificado de exención; y c) un documento que acredite estar al día en el cumplimiento de un convenio de pago celebrado con el Servicio de Tesorerías.

Por su parte, el inciso 2° precisa a quién debe exhibírsele el mencionado comprobante –en cualquiera de sus formas–, cuando éste se exige, como lo hace el artículo 74.1 CT, para proceder, entre otras, a la inscripción de la transferencia del dominio de un inmueble.

Actualidad Juridica 28.indd 455 10-07-13 18:34

Consecuente con lo señalado, entendemos que es apto como comprobante de pago del impuesto territorial la exhibición al Conservador de Bienes Raíces de que se trate, de los antecedentes que acreditan estar al día en el cumplimiento de un convenio celebrado con el Servicio de Tesorerías; el cual, evidentemente, habrá de comprender todas las anualidades que registre el certificado de deuda respectivo.

2. La recaudación en período ejecutivo.

La LIT no establece de un modo expreso el momento en que el tributo se encuentra en condiciones de ser cobrado ejecutivamente; pero al tratarse de una obligación de carácter legal, tan pronto haya expirado el plazo fijado para que el contribuyente satisfaga espontánea o voluntariamente el impuesto, se iniciará la recaudación en período ejecutivo.

En otros términos, el período ejecutivo constituye una fase temporal que comienza tras la finalización del período de ingreso voluntario.[28]

No debe pensarse, empero, que el inicio del procedimiento ejecutivo de cobro de los, ahora impuestos morosos, vaya a iniciarse de inmediato; pues ello escapa a las posibilidades físicas del Servicio de Tesorerías. Lo que ocurre, es que si el deudor paga el tributo una vez iniciada la recaudación en período ejecutivo, deberá solucionar, además del importe neto del gravamen, los reajustes e intereses que la mora produce (arts. 22 LIT y 53.1 CT).

Según ya tuvimos ocasión de referir, el artículo 48, inciso final, del DL N° 3.063, de 1979, Ley de Rentas Municipales, declara expresamente: "La cobranza administrativa y judicial del impuesto territorial se regirá por las normas contenidas en el Título V del Libro III del Código Tributario".

De este modo, se encomienda especialmente al Servicio de Tesorerías el cobro compulsivo de este tributo, para cuyo efecto aplicará las normas del procedimiento ejecutivo de las obligaciones tributarias de dinero que el CT contempla en sus arts. 168 a 199.[29]

A decir verdad, el CT no ha reglado de un modo especial la ejecución forzada del impuesto territorial. No obstante, y según pusimos de relieve al comienzo de nuestro trabajo, el legislador tributario contempló ciertas disposiciones particulares en esta materia, a propósito de la notificación y requerimiento de pago

[28] De Miguel Arias, Sabina, "Algunas reflexiones acerca de los requisitos necesarios para la práctica del embargo en el procedimiento de recaudación tributaria", en Patricio Masbernat (coord.), *Problemas actuales de Derecho Tributario Comparado*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2012, p. 287.

[29] Para un estudio un tanto más detallado acerca de este procedimiento, puede consultarse nuestro *Juicio ejecutivo tributario*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2011.

Actualidad Juridica 28.indd 456 10-07-13 18:34

del ejecutado (art. 171.4), y del embargo del bien raíz que causa el impuesto (arts. 173.1 y 171.2 del CT); normas que explicitan potestades exorbitantes de la Administración del Estado, vale decir, poderes jurídicos extraordinarios que no ostentan otros sujetos que integran el ordenamiento, y que en términos prácticos se erigen como verdaderos privilegios para el sujeto activo de la relación tributaria.[30] Anticipamos también que la aplicación práctica del bloque normativo al que hemos dedicado las reflexiones precedentes origina, en el marco del cobro ejecutivo de impuestos, sensibles problemas vinculados tanto al conocimiento oportuno, por los deudores, de la acción de cobro enderezada en su contra por el Fisco, cuanto a la extensión de su responsabilidad frente al crédito impositivo, emergiendo como fuentes de conflicto entre el Estado y los particulares. A su análisis nos abocaremos en los acápites siguientes.

2.1. Problemas que origina la regla especial que habilita al recaudador fiscal para notificar y requerir de pago al deudor en la propiedad raíz de cuya contribución se trata.

El art. 171.4 del CT expresa que tratándose del cobro del impuesto territorial, además de los lugares indicados en el artículo 41 del Código de Procedimiento Civil, la notificación del hecho de encontrarse en mora y el requerimiento de pago podrán hacerse en la propiedad de cuya contribución se trata, sin perjuicio de la facultad del Tesorero respectivo para habilitar, con respecto de determinadas personas, día, hora y lugar (art. 171.4 del CT).

Recordemos que el art. 41 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) singulariza los lugares en donde puede practicarse la notificación personal al ejecutado; a los cuales la norma tributaria simplemente adiciona otro. En este sentido, no parece lógico que el legislador haya agregado un lugar que, en términos prácticos, coincida con alguno de los que el art. 41 del CPC enumera; en tal caso estaríamos en presencia de una disposición redundante. Por ejemplo, un recinto privado puede perfectamente corresponder a la propiedad de cuya contribución se trata, pues para el Diccionario de la Lengua Española recinto significa "espacio comprendido dentro de ciertos límites".[31] Por eso, entendemos que si se agregó este otro lugar es porque implícitamente el autor de la ley asumió que es distinto o, por lo menos, constituye una clase especial de alguno de los que en el CPC se indican.

Luego, ¿significa esto que en ese lugar sólo puede notificarse personalmente al deudor?

[30] Cfr. Ferrada Bórquez, Juan, "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XX, N° 2 (2007), pp. 65-94.

[31] Disponible en http://lema.rae.es/drae/?val=recinto (10 de abril de 2013).

Actualidad Juridica 28.indd 457 10-07-13 18:34

En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa: en la propiedad de cuya contribución se trata sólo puede notificarse personalmente al deudor. Incluimos aquí a la denominada notificación por cédula, por cuanto el art. 171.1 del CT la hace procedente cada vez que el deudor, a quien se intentó notificar personalmente, no fuere habido. Queda, por tanto, al margen la notificación por carta certificada, la que sólo puede dirigirse, en las áreas urbanas, al domicilio del ejecutado (arts. 171.1 y 11 del CT).

Tratándose particularmente de la notificación por cédula –que en estricto rigor es una forma subsidiaria de notificación personal–, cabe tener presente que las características del inmueble, como la de ser un sitio eriazo, un terreno baldío, una casa abandonada, o un predio agrícola, por citar algunos ejemplos, son aspectos relevantes a la hora de decidir su realización. Desde luego, entendemos que, siendo la notificación por esencia un acto de conocimiento, fundamental por tanto para que se trabe una relación procesal válida y consecuentemente se respete la garantía constitucional del debido proceso, aun cuando se trate de la propiedad raíz materia del impuesto, si ella corresponde a un lugar que no resulta apto para que dicha actuación produzca efectos jurídicos, como acontece en los ejemplos mencionados, no es posible que se practique allí. Y es que, como bien lo apunta la doctrina, el constituyente se abstuvo de enunciar las garantías del procedimiento racional y justo, ordenando siempre al legislador precisarlas en cada caso, pero "dejándose constancia que tales atributos se concretan, entre otros elementos, en principios como el de la igualdad de las partes y el emplazamiento, materializados en el conocimiento oportuno de la acción [y] la posibilidad de una adecuada defensa…".[32]

La jurisprudencia así lo ha entendido, estableciendo que "un sitio eriazo […] no puede constituir, por definición, el domicilio de una persona".[33] En igual línea argumental, también se ha resuelto que: "En la especie, la notificación y requerimiento de pago […] se hizo en la parcela Nº 12, sector 6, hijuela 3, Los Pretiles, que es un predio rural, sin ningún tipo de construcción ni edificación […]. Así las cosas, de lo expuesto no es posible siquiera presumir que en dicho lugar habite alguna persona apta para recibir la copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído, en la especie, el mandamiento de ejecución y embargo respectivo. Concordante con lo razonado […], naturalmente, no puede estimarse que el acta de notificación y requerimiento de pago del recaudador fiscal antes referidos constituyan una notificación válida por la que se haya hecho saber la demanda y resolución al demandado y requerido de pago […], en términos de constituir un emplazamiento, lo que implica una

[32] Navarro Beltran, Enrique, "El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Jaime Arancibia, José Martínez y Alejandro Romero (coord.), *Litigación Pública*, Edit. AbeledoPerrot, Santiago, 2011, p. 23. Lo destacado corresponde a la cita del mismo autor, de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de agosto de 2006 (inap.), Rol 478-2006.

[33] C. Valparaíso (ap.), 4 de agosto de 2005, Rol 2.326-2003.

Actualidad Juridica 28.indd 458 10-07-13 18:34

violación al principio constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República".[34]

2.2. Problemas que origina el embargo por el solo ministerio de la ley de la propiedad raíz que causa el impuesto territorial, desde el momento que se efectúe el requerimiento de pago.

Una segunda regla especial que encontramos en esta materia es el art. 173.1 del CT: "Tratándose del cobro del impuesto territorial, el predio se entenderá embargado por el solo ministerio de la ley desde el momento en que se efectúe el requerimiento".

No obstante, para que este gravamen produzca efectos respecto de terceros, es necesario que se haya inscrito en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente (arts. 173.1 y 171.2 del CT).

Se ha estimado que aquí se establece un privilegio especial en favor del Fisco, una verdadera garantía hipotecaria que asegura el cumplimiento de la prestación pecuniaria en que se traduce el impuesto.[35]

Empero, no debe pensarse que el crédito impositivo de esta naturaleza únicamente pueda hacerse valer sobre el inmueble que lo causa, pues el Fisco, como cualquier acreedor, puede perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables (art. 2465 Cód. Civ.). Es así como de acuerdo al art. 196.6 del CT, el Tesorero General de la República podrá declarar incobrables "las deudas por impuestos territoriales que no alcanzaren a ser pagadas con el precio obtenido en pública subasta del predio correspondiente"; y conforme al art. 197.2 del mismo texto legal, la Tesorería podrá revalidar las deudas en caso de "encontrarse bienes suficientes del deudor en su dominio".

Estas normas prueban que el deudor responde con todo su patrimonio frente al impuesto territorial, aun cuando éste se haga efectivo preferentemente sobre el bien raíz[36]. Si así no fuere, no podría el Fisco revalidar las deudas en caso de encontrarse bienes del contribuyente que, lógicamente, serán distintos al bien raíz ya rematado; lo que al mismo tiempo supone haber agotado su búsqueda antes de la declaración de incobrabilidad.

[34] C. Chillán (ap.), 8 de marzo de 2006, Rol 827-2005.
[35] Rojas Retamal, Roberto, ob. cit., p. 78.
[36] Ibídem, p. 79.

Actualidad Juridica 28.indd 459 10-07-13 18:34

3.3. Problemas que origina la extensión de la responsabilidad del propietario y de los ocupantes del inmueble que causa el impuesto, por deudas devengadas con anterioridad a sus títulos.

Recordemos que conforme al artículo 25.1 de la LIT el impuesto a los bienes raíces será pagado por el dueño o por el ocupante de la propiedad, ya sea éste usufructuario, arrendatario o mero tenedor, sin perjuicio de la responsabilidad que afecte al propietario. Y que no obstante ello, los usufructuarios, arrendatarios y, en general, los que ocupen una propiedad en virtud de un acto o contrato que no importe transferencia de dominio, no estarán obligados a pagar el impuesto devengado con anterioridad a su celebración.

La norma recién transcrita precisa, entonces, tres aspectos de la mayor relevancia, a saber: a) indica quién es el contribuyente del impuesto; b) establece ciertos obligados al pago del tributo; y c) fija la extensión que dicha obligación dineraria tiene para ambos sujetos.

Rojas explica que de las diversas disposiciones que integran el Título VI de la ley del ramo se desprende que el vínculo que exige la ley para atribuir a un sujeto la calidad de contribuyente del impuesto está dado por el dominio o propiedad, ya que, si bien se establece que junto al propietario del bien raíz existen otros obligados al pago del impuesto, éstos asumen dicha obligación en una calidad distinta.[37] Luego, si el concepto de contribuyente se define, esencialmente, por la titularidad del hecho gravado, el elemento subjetivo de éste estará constituido por el derecho de propiedad, por el vínculo en virtud del cual surge la obligación que afecta en forma principal y definitiva al propietario del bien raíz. Por lo tanto, el hecho gravado por este impuesto es la propiedad de los bienes raíces.[38]

Compartimos la opinión del autor citado, dado que precisamente es el propietario del inmueble el sujeto económicamente incidido por el tributo, vale decir, quien soporta en su patrimonio el pago del gravamen. Desde luego, tratándose de bienes raíces, y no existiendo una norma tributaria especial que disponga algo distinto, entendemos –según lo mencionáramos– que el legislador al hablar de propietario se está refiriendo a aquel que ostenta la posesión inscrita del inmueble (arts. 686, 696, 702, 724, 728, 730, 924, 2505 y 2510, Cód. Civ.).

Además del propietario, el legislador ha considerado como sujeto obligado al pago del impuesto al "ocupante" del bien raíz, bajo cuya denominación se comprende al usufructuario, arrendatario o mero tenedor. No debe pensarse, sin embargo, que sólo estos últimos resultan obligados, pues la parte final de su

[37] Rojas Retamal, Roberto, ob. cit., p. 86.
[38] Ibídem, p. 87.

Actualidad Juridica 28.indd 460 10-07-13 18:34

inciso 1° deja en claro que dicha obligación pesa sobre todo aquel que ocupa la propiedad en virtud de un acto o contrato que no importe transferencia de dominio; de modo que, por ejemplo, el titular de un derecho real de uso o habitación (art. 811 Cód. Civ.) igualmente se hallará obligado al pago del impuesto.

Considerando las expresiones "sin perjuicio de la responsabilidad que afecte al propietario", que utiliza la norma que se analiza, se ha entendido que estos sujetos son obligados en carácter de responsables, vale decir, cuentan con una acción de reembolso por el monto total de las cantidades invertidas en la satisfacción de la deuda tributaria, que pueden ejercer contra el propietario del bien raíz.[39]

De otro lado, la misma disposición determina con claridad la extensión que dicha obligación dineraria tiene para estos sujetos: no están obligados a pagar el impuesto devengado con anterioridad al acto o contrato que los liga con el propietario, en la medida que no importe transferencia de dominio.

El Código Civil se refiere a los títulos traslaticios de dominio en su artículo 703.3, a propósito del justo título, precisando que son "los que por su naturaleza sirven para transferirlo", como la venta, permuta, donación entre vivos. Por ello, es razonable entender que a la ausencia de esta clase de títulos se refiere el artículo 25.1 de la LIT como condición para limitar la responsabilidad del ocupante.[40]

Precisemos, además, que cuando el cobro se dirige en contra de este último, dado que no es dueño del bien raíz que causa el impuesto, la norma especial del art. 173.1 del CT –embargo por el solo ministerio de la ley– no resulta aplicable.

En lo que hace al propietario del bien raíz, la norma no fija límites a su obligación de pago, de manera que ella abarca incluso a los impuestos devengados con anterioridad a su adquisición. Efectivamente, según explica Rojas, la segunda parte del inciso 1°, del artículo 25 de la LIT, para limitar la obligación que recae sobre los ocupantes del bien raíz, emplea las expresiones "no obstante", lo que

[39] Rojas Retamal, Roberto, ob. cit., p. 86.

[40] Guzmán ha criticado la opinión de Claro Solar, en cuanto a que en el Cód. Civ. por regla general las expresiones "transferir" y "transmitir" mientan respectivamente los traspasos entre vivos y por causa de muerte, porque el examen de tales expresiones en la ley no corrobora esa opinión. A la luz de ello, examina el artículo 703 inciso 3° del mismo texto legal, en donde se contiene la definición de título traslaticio de dominio, que usualmente se entiende excluir a la sucesión por causa de muerte (herencias y legados) del concepto de tal título, por no consistir ella en una transferencia, sino en una transmisión; y propone su reinterpretación en orden a que la palabra "transferirlo" usada en la definición también incluye la sucesión (Vid. Guzmán Brito, Alejandro, "Los vocablos 'transferir' y 'transmitir' y sus derivados en el 'Código Civil de Chile' con especial referencia a la definición de título traslaticio de dominio", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVII, 2° semestre, [2006], pp. 95-103).

Actualidad Juridica 28.indd 461 10-07-13 18:34

evidencia el hecho de que ésta constituye una excepción a la obligación genérica e ilimitada que, en su primera parte, la norma prescribe. Por lo demás –agrega–, este límite sólo procede respecto de aquellas personas que ocupan el inmueble en virtud de un acto o contrato que no importa transferencia de dominio, por lo que, *a contrario sensu,* si éste conlleva la transferencia de su propiedad, la persona deberá responder por todos los impuestos adeudados, aun cuando se hubieren devengado con anterioridad a la adquisición del bien raíz.[41]

A partir de lo señalado, nos surge la siguiente pregunta: ¿qué puede hacer el propietario que paga impuestos devengados por su antecesor en el dominio, si claramente ha debido asumir una deuda que, en estricto rigor, no fue adquirida por él?

Sobre el particular, pensamos que asiste al actual propietario el derecho para demandar el reembolso de lo pagado, conclusión que no fluye precisamente del art. 25.1 de la LIT, pues este sólo regula la situación de los ocupantes del inmueble. Y es que ante la carencia de una norma que consagre la subrogación de modo expreso en beneficio del propietario actual por haber pagado al Fisco un crédito impositivo devengado con anterioridad por un sujeto distinto[42] –el art. 1610.5° del Cód. Civ., para dar lugar a la subrogación del que paga una deuda ajena, exige que el deudor consienta expresa o tácitamente en el pago de la deuda, consentimiento que no nos parece tan claro en la situación que se analiza–, no vemos otra alternativa para aquél más que recurrir a la denominada acción de enriquecimiento sin causa, definida por Figueroa como "una acción personal, que procede cuando se ha producido a consecuencia de unos mismos hechos o circunstancias una ventaja o enriquecimiento patrimonial en una persona y una pérdida o empobrecimiento en otra, sin que medie causa jurídica que justifique la apropiación de la ventaja por parte del enriquecido, y sin que además exista un tipo legal que sancione o reconozca los hechos en forma expresa. En virtud de esta acción, tiene el empobrecido derecho a ser indemnizado por un valor equivalente al monto inferior entre la pérdida sufrida y el enriquecimiento provocado".[43]

A propósito del enriquecimiento, el mismo autor afirma que puede consistir también en el aumento del patrimonio por medio de la disminución del pasivo, siendo el ejemplo típico de estos casos el pago de una deuda por otra persona

[41] Ibídem, p. 81.

[42] Aste considera aplicable la regla del pago por subrogación que consulta el art. 1610.5° del Cód. Civ., pero enfatizando el requisito del consentimiento expreso o tácito del deudor, estimando que en tal caso el tercero tendría incluso los privilegios del Fisco, pero no tendría acceso al procedimiento ejecutivo de cobro de obligaciones tributarias de dinero (Aste Mejías, Christian, ob. cit. 102).

[43] Figueroa Vasquez, Waldo, *La acción de enriquecimiento sin causa*, Edit. Jurídica Conosur, Santiago, 1997, p. 87.

Actualidad Juridica 28.indd 462 10-07-13 18:34

que el deudor.[44] Y esto es precisamente lo que ocurre con el pago efectuado por el propietario actual respecto de los tributos devengados con anterioridad a su título, pues, si bien se encuentra compelido a pagarlos en virtud de una norma legal (art. 25.1 de la LIT), y por tal motivo cabrá considerarlo deudor, no existe otra disposición legal que paralelamente lo obligue a soportar de manera definitiva semejante detrimento patrimonial frente a su antecesor en el dominio, ni a entregarle por tanto esa ventaja económica. En suma, no existe causa jurídica que justifique la apropiación por parte de este último de la ventaja económica que supone el pago de impuestos por él devengados, efectuado con cargo al patrimonio del dueño actual.

Lo anterior, ciertamente, no tendrá aplicación si en el acto o contrato las partes acordaron expresamente que el pago del impuesto territorial devengado a la fecha de su celebración será asumido por el adquirente sin derecho a reembolso.

Con todo, hacemos presente que existe una importante excepción a la responsabilidad ilimitada frente al impuesto territorial que tiene el propietario de un bien raíz. Si lo adquirió en pública subasta llevada adelante a instancias del Fisco, sólo responderá de los tributos que a partir de entonces se devenguen a su respecto; por los anteriores debe responder el ex propietario, y en el evento de carecer de otros bienes susceptibles de ser embargados, merced a que con el producto de la subasta no pudo satisfacerse el crédito impositivo, el Tesorero General de la República quedará habilitado para declarar su incobrabilidad (arts. 196.6° y 197.2 del CT). Estimamos que a igual conclusión puede llegarse si el remate se produce a instancias de otro acreedor –un banco, por ejemplo–, pero sólo en la medida que el Servicio de Tesorerías haga valer su crédito en el juicio correspondiente a través de la interposición de una tercería; aun cuando esto último no le resulta obligatorio, dada la existencia de normas que controlan el pago del impuesto territorial,[45] como resultan ser los arts. 74 y 92 del CT, ya vistos.

Cabe hacer presente, de otro lado, que dada las particularidades que presenta el art. 25.1 de la LIT, en relación con los obligados al pago del impuesto territorial, parte de la doctrina y también de la jurisprudencia, asigna a dicho tributo el carácter de una obligación *propter rem*, esto es, aquella caracterizada "porque

[44] Ibídem, p. 99.

[45] A pesar de la existencia de tales normas es posible que, por error, el Conservador de Bienes Raíces omita la comprobación exigida en la ley, de modo que si existe una deuda de este tipo ello implicará que el inmueble se transfiera con esa carga para el comprador. Puede ocurrir también que se le exhiba un comprobante de pago, pero que corresponda sólo a la última cuota de dicho impuesto, existiendo otras parcialidades impagas, con lo que igualmente se transferirá el dominio existiendo deuda. En fin, puede suceder que el vendedor del inmueble suscriba un convenio para el pago del impuesto territorial, pero luego de transferido el dominio deje de cumplirlo; en cuyo caso quedará sin efecto el acuerdo y el comprador, ahora dueño, deberá afrontar el pago de un tributo devengado con anterioridad a su título. Otro caso en que puede ocurrir una situación similar lo hallamos en el art. 19, inciso final, de la LIT.

Actualidad Juridica 28.indd 463 10-07-13 18:34

la persona del deudor queda determinada por su calidad de dueño, poseedor o titular de un derecho real sobre una cosa, de manera que la obligación se traspasa junto con ella o con el derecho real en que incide".[46]

Vargas concluye en tal sentido, expresando que "este impuesto sería una obligación del propietario de un inmueble de manera que, vendido […], cesaría la obligación"; aserto que corroboraría el art. 173.1 del CT, al establecer el embargo del predio respectivo por el solo ministerio de la ley desde la fecha del requerimiento.[47]

Rojas, en cambio, sostiene que no concurren los elementos que permitirían calificarla de obligación real o *propter rem*. Expresa al efecto, entre otras razones, que en el impuesto territorial si bien la obligación de pagar no surge sino una vez que se produce la situación de hecho prevista por la ley –característica común a toda obligación legal, y, particularmente, a la obligación tributaria- tiene ella un desarrollo autónomo, independiente de la titularidad del derecho real sobre la cosa. Así, aun cuando se extinga el derecho real que la ley consideró para configurar el hecho gravado, la obligación de pagar el impuesto subsistirá mientras él no se efectúe.[48]

Sobre el punto, se ha resuelto que: "La expresada es una obligación de aquellas que obedecen al calificativo de *propter rem*, es decir, de las que por excepción al carácter personal de las obligaciones siguen al inmueble, de forma que se constituyen como un verdadero gravamen de éste, pudiendo cobrarse al dueño actual, aunque no haya sido el deudor primitivo".[49]

En este contexto, un problema práctico de bastante frecuencia se presenta cuando la notificación y requerimiento de pago se efectúan a quien figura como propietario del bien raíz en la nómina de deudores morosos, y aun en los certificados de deuda de impuesto territorial y de avalúo fiscal, pero que ya no ostenta semejante carácter. Vale decir, al tiempo de iniciarse la ejecución quien figura como sujeto pasivo de la acción ha transferido el dominio del inmueble.

Es importante no perder de vista que, conforme lo establece el artículo 21.2 de la LIT, el Servicio de Impuestos Internos remitirá a la Tesorería General de la República la información necesaria para el cumplimiento de sus fines propios, de modo que, en principio, lo normal y corriente será que los antecedentes que arroja la Cuenta Única Tributaria sean consistentes con los títulos de dominio

[46] Ramos Pazos, René, *De las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 33.
[47] Vargas Vargas, Manuel, ob. cit., p. 38.
[48] Rojas Retamal, Roberto, ob. cit., p. 84.
[49] C. Concepción (ap.), 13 de agosto de 2008, Rol 3.100-2004. En igual sentido, C. Concepción (ap.), 10 de septiembre de 2008, Rol 519-2005; C. Chillán, 12 de octubre de 2012, Rol 350-2012.

Actualidad Juridica 28.indd 464 10-07-13 18:34

del inmueble y, por ende, con los que se contienen en el expediente de cobro. Pero, en la medida en que ello no ocurra, se generará el conflicto denunciado. Para resolver el problema, la jurisprudencia atribuye al carácter de obligación *propter rem* que ostentaría el impuesto territorial, efectos procesales.

Así, se ha resuelto que: "La notificación y requerimiento de pago fueron practicados a quien a la fecha de la diligencia aparecía como propietario del inmueble […], de suerte que por el carácter de obligación real que tienen los tributos que afectan al propietario de la cosa, esa notificación produce efectos no sólo respecto de éste, sino también respecto de todos aquellos a quienes se ha transferido el dominio […]".[50]

Otra sentencia va más allá, y extiende los efectos del requerimiento de pago, incluso, a quien está ocupando el inmueble.[51]

En sentido contrario, reconociendo también el carácter *propter rem* del tributo en cuestión, se ha establecido: "Que […] las deudas devengadas con anterioridad a la adquisición del dominio deben ser cobradas al o los actuales propietarios, debiendo dirigirse la ejecución en contra de él o ellos y no del anterior dueño, como acontece en la especie, de modo que el requerimiento judicial efectuado […] carece de eficacia para interrumpir el plazo de prescripción que se encuentra corriendo".[52]

Este último fallo reviste, en concepto nuestro, gran importancia desde el punto de vista de la garantía constitucional del debido proceso, pues deja en claro que el requerimiento de pago practicado a un propietario anterior, una vez transferido el dominio, no produce ningún efecto. En otros términos, la naturaleza de obligación *propter rem* que puede ostentar el impuesto territorial no tiene alcances procesales, y sólo permite justificar el cobro al actual propietario de la totalidad del crédito impositivo. Esto se traduce en que el Servicio de Tesorerías debe confeccionar un título ejecutivo incorporando como deudor moroso al dueño actual, para luego notificarle el hecho de encontrarse en mora y requerirle de pago, so pena de nulidad.[53]

En suma, si el requerimiento de pago se practica a quien figura en ese minuto, de acuerdo a la información que consta en el expediente de cobro, como propieta-

[50] C. Concepción (ap.), 13 de agosto de 2008, Rol 3.100-2004.
[51] C. Chillán (ap.), 12 de octubre de 2012, Rol 350-2012.
[52] C. Concepción (ap.), 10 de septiembre de 2008, Rol 519-2005.
[53] La Ley N° 10.225, de 20 de diciembre de 1951, establecía en su art. 6°, inciso 5°, a propósito de esta materia, lo siguiente: "El emplazamiento del deudor que figura en el rol y que no sea dueño actual del bien raíz materia del impuesto, carece de todo valor respecto de éste, quien podrá solicitar la nulidad de todo lo obrado". Al dictarse el DFL N° 190/1960, no se contempló una norma similar, como tampoco en nuestro actual Código Tributario.

Actualidad Juridica 28.indd 465 10-07-13 18:34

rio del inmueble, sin serlo, tal diligencia no produce efecto alguno respecto del propietario actual ni de sus ocupantes; máxime cuando la nómina de deudores morosos, el certificado de avalúo fiscal o el certificado de deuda de impuesto territorial, no acreditan dominio, debiendo siempre primar la inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces que corresponda.

Problema aparte se producirá si el deudor moroso a quien se requiere de pago es efectivamente el propietario del inmueble, pero después de tal actuación lo enajena; hecho que sin duda será desconocido por el ente fiscal.

Con respecto al Fisco y el deudor moroso, el embargo existe y produce todos sus efectos legales desde el momento en que el recaudador fiscal practica el requerimiento de pago.[54]

Respecto de terceros, pensamos que la solución la otorga el art. 171.2 del CT, al cual se remite el art. 173 del mismo texto legal, y es que, tratándose de bienes raíces, el embargo no surtirá efecto respecto de terceros, sino una vez que se haya inscrito en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente. Luego, si bien en el caso del cobro del impuesto territorial el predio se entenderá embargado por el solo ministerio de la ley desde el momento que se efectúe el requerimiento, para que semejante gravamen produzca efecto respecto de terceros –dentro de los cuales se encuentran los potenciales compradores del bien raíz–, el Fisco debe requerir su inscripción en el Registro correspondiente; pues, de lo contrario, simplemente perderá la garantía en caso que el ejecutado lo enajene.

El juicio de cobro podrá continuar, pero ahora será menester embargar otros bienes del deudor ejecutado o, en su defecto, dirigir la acción contra el actual propietario.

Por último, si se demandare la declaración de nulidad absoluta del contrato de compraventa, habrá de tenerse presente que, respecto de terceros, la sanción del objeto ilícito requerirá que ellos hayan tomado conocimiento del embargo antes del acto de enajenación en que figuran como adquirientes, atendida la falta de inscripción de este último.[55]

3.4. Problemas que originan los casos de responsabilidad solidaria frente al pago del impuesto territorial contemplados en la LIT.

La LIT establece dos casos de solidaridad pasiva frente al pago del impuesto territorial, ambos recogidos en su artículo 26.

[54] Cfr. Vial del Río, Victor, *Teoría general del acto jurídico*, Edit. Jurídica de Chile, 5ª edic., Santiago, 2006, p. 178.
[55] Cfr. Domínguez Águila, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2012, p. 146.

Actualidad Juridica 28.indd 466 10-07-13 18:34

La primera hipótesis se contiene en el inciso 1° de dicha norma, en los siguientes términos: "Cuando una propiedad raíz pertenezca a dos o más dueños en común, cada uno de ellos responderá solidariamente del pago de los impuestos, sin perjuicio de que éstos sean divididos entre los propietarios, a prorrata de sus derechos en la comunidad".

Peñailillo explica que suele denominarse "comunidad" a la indivisión sobre una universalidad jurídica (como la herencia) y copropiedad o condominio a la que recae sobre especies o cuerpos ciertos. Pero, en otro sentido –y cuya nomenclatura le parece correcta–, propone que la comunidad es el género: indivisión de cualquier derecho que pertenece a dos o más sujetos y que se ejerce sobre un mismo objeto (comunidad de propiedad, de usufructo, de servidumbre, etc.); y la copropiedad o condominio es la especie: indivisión del derecho de dominio.[56]

Estimamos que la norma se refiere a la copropiedad o condominio, esto es, a una especie de comunidad que recae precisamente sobre el dominio del inmueble. Frente al Fisco, entonces, los copropietarios son solidariamente responsables del pago del tributo, pero en cuanto a las relaciones internas el importe del gravamen se divide a prorrata de sus derechos en la comunidad. La calidad de comuneros, evidentemente, debe constar en el respectivo título inscrito del inmueble.

El aserto anterior, en consecuencia, permite descartar la aplicación de la solidaridad respecto de quienes posean en comunidad el usufructo de un bien raíz, o del mismo modo lo arrienden u ocupen en virtud de un acto o contrato que no importe transferencia de dominio, siendo en tal caso su obligación simplemente conjunta o mancomunada.

La segunda hipótesis se contiene en el inciso 2° del citado art. 26, a cuyo tenor: "Si un bien raíz pertenece a una sociedad o persona jurídica, los administradores, gerentes o directores, serán responsables solidariamente del pago del impuesto, sin perjuicio de sus derechos contra el deudor principal".

La norma entiende que, siendo los administradores, gerentes o directores los encargados de velar por que las entidades bajo su cargo paguen total y oportunamente el impuesto territorial respectivo, resulta coherente hacerles responsables solidariamente frente a la hipótesis de incumplimiento, lo que al mismo tiempo constituye un aliciente para disminuir, a lo menos teóricamente, los casos de morosidad.

[56] Peñailillo Arévalo, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 161.

Actualidad Juridica 28.indd 467 10-07-13 18:34

De acuerdo a lo establecido en el art. 68 inciso final del CT, los contribuyentes deben poner en conocimiento del SII que corresponda las modificaciones importantes de los datos y antecedentes contenidos en el formulario de aviso de iniciación de actividades, entre las que ciertamente se cuenta un cambio en la representación legal de una sociedad o persona jurídica.

Surge entonces el problema de determinar qué ocurre si esa información no fue oportunamente actualizada por el contribuyente: ¿puede el Fisco perseguir la responsabilidad solidaria de quien figura como administrador, gerente o director de una sociedad o persona jurídica, aun cuando en los hechos ya no lo sea?

Estimamos que la certeza respecto a que una persona ostenta uno de los referidos cargos debe emanar de los estatutos de la respectiva sociedad o persona jurídica, los que el ente fiscal debe necesariamente tener a la vista antes de hacer efectiva la solidaridad, sin que para tales efectos resulten suficientes los datos contenidos en la declaración de iniciación de actividades. La redacción de la norma permite entender que la responsabilidad lo es respecto de quienes sean, en tiempo presente, los representantes de la entidad propietaria del bien raíz que causa el impuesto.

Sabemos que la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley (art. 1511.3 Cód. Civ.); lo que según la doctrina se traduce en que tiene que haber una fuente de solidaridad: convención, testamento o ley; no resultando admisible que se declare la solidaridad por sentencia judicial.[57] La LIT no escapa a esta realidad jurídica, y ha establecido únicamente los casos específicos ya vistos.

En este contexto, entendemos que la obligación que afecta a los ocupantes del inmueble por el pago del impuesto territorial, e incluso la que pesa sobre el propietario actual respecto de las tributos devengados por su antecesor en el dominio, no es solidaria, al no existir una norma que así lo establezca a su respecto. Esto no es baladí, pues, en materia de prescripción, conforme lo establece el art. 2519 del Cód. Civ.: "La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya esta renunciado en los términos del artículo 1516"; y conforme al art. 201.2.3° del CT, la prescripción de la acción de cobro se interrumpe, entre otros casos, "desde que intervenga requerimiento judicial".

Por consiguiente, si el Servicio de Tesorerías requiere de pago al propietario del inmueble y este no opone la excepción de prescripción –supuesto el caso

[57] Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 82.

Actualidad Juridica 28.indd 468 10-07-13 18:34

que sea procedente hacerlo–, y luego decide hacer efectiva la responsabilidad del ocupante, éste se encuentra habilitado para oponer dicha excepción, sin que pueda de contrario aducirse por el Fisco que hubo interrupción del plazo merced al requerimiento practicado en la persona del dueño.

La jurisprudencia, empero, no lo ha entendido de este modo. Así, aludiendo al art. 25 de la LIT, se ha resuelto que "nos encontramos frente a dos sujetos […] obligados al pago del impuesto territorial, pudiendo el Fisco dirigirse en contra del contribuyente y el ocupante del inmueble exigiéndoles el pago total de la deuda, los que deberán responder solidariamente de ella, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 26 de la Ley N° 17.235".[58]

Por otra parte, un problema común a los casos de responsabilidad solidaria que hemos visto guarda relación con los bienes sobre los cuales se hará efectiva.

En el caso de la comunidad, si el Fisco decide iniciar el cobro solidario en contra de uno de los comuneros, una vez requerido de pago, ¿puede entenderse embargado el inmueble por el solo ministerio de la ley?

Lo propio cabe preguntarse en el caso de los administradores, gerentes o directores de una sociedad o persona jurídica, si el Servicio de Tesorerías endereza la acción de cobro en contra uno de éstos, para hacer efectiva su responsabilidad solidaridad.

La jurisprudencia ha entendido que si el juicio se sigue en contra de un deudor, no es posible embargar bienes a otro. De este modo, se ha resuelto que: "La solidaridad por sí sola no puede despojar ipso facto a los demás deudores que no han sido demandados del derecho de representar sus intereses por mandatario legal y de hacer valer las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y también de las personas que pueden tener contra el acreedor en conformidad a lo dispuesto por el artículo 1520 del Código Civil".[59]

Lo resuelto nos parece plenamente concordante con lo establecido en los arts. 2465 del Cód. Civ. y 443.2° del CPC –aplicables en la especie según los arts. 2º y 190.2 del CT–, de los cuales se desprende con claridad meridiana que el embargo habrá de recaer sobre bienes de propiedad o domino del deudor, pero no de terceros.

En este sentido, si se dirige la acción en contra de un copropietario para hacer efectiva su responsabilidad solidaria en el pago del impuesto territorial, única-

[58] C. Chillán (ap.), 25 de octubre de 2012, Rol 245-2012. En igual sentido, C. Chillán (ap.), 25 de octubre de 2012, Rol 246-2012. Sabemos que el ocupante no responde de la totalidad de la deuda, sino sólo de aquella devengada desde su ocupación.
[59] *RDJ*, t. 18, sec. 1ª, p. 482. Fallo citado por Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 96.

Actualidad Juridica 28.indd 469 10-07-13 18:34

mente podrá entenderse embargada por el solo ministerio de la ley su cuota en el dominio del inmueble, pero no su totalidad.

Por último, si la ejecución se dirige en contra de los administradores, gerentes o directores de una sociedad o persona jurídica, éstos responden de manera exclusiva con sus bienes, sin que el bien raíz dominio de estas últimas pueda ser embargado.

Bibliografía.

Altamirano, M. y Muñoz, F., *Derecho Tributario parte general. Determinación de la obligación tributaria*, Edit. LexisNexis, Santiago, 2006.

Aste Mejías, Christian, *Curso sobre Derecho y Código Tributario*, Edit. Legal Publishing, 4ª edic. actualizada, Santiago, 2009.

Ataliba, Gerardo, *Hipótesis de incidencia tributaria*, trad. Leandro Stok y Mario A. Salvo, Edit. Legis, 6ª edic., Buenos Aires, 2010.

Carranza Torres, Luis, *Ejecución Fiscal*, Edit. Legis, Buenos Aires, 2011.

Carrillo Fierro, Enrique, *Aspectos tributarios de la enajenación de bienes raíces en el Derecho Chileno*, Edit. Alfakira, Santiago, 2006.

Cayo Araya, Teodosio, *Tasación de bienes raíces urbanos. Criterios y procedimientos prácticos*, **s. e.**, 2ª edic., Santiago, 2012.

Coelho Pasin, Joao, *Derecho tributario y ética*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 2010.

De Miguel Arias, Sabina, "Algunas reflexiones acerca de los requisitos necesarios para la práctica del embargo en el procedimiento de recaudación tributaria", en Patricio Masbernat (coord.), *Problemas actuales de Derecho Tributario Comparado*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2012.

Domínguez Águila, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2012.

Evans Espiñeira, Eugenio, *Los tributos en la Constitución*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2010.

Ferrada Bórquez, Juan, "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XX, N° 2 (2007).

Ferreiro Lapatza, José, *Curso de Derecho Financiero Español. Instituciones*, Edit. Marcial Pons, 25ª edic., Madrid, 2006.

Figueroa Vasquez, Waldo, *La acción de enriquecimiento sin causa*, Edit. Jurídica Conosur, Santiago, 1997.

Actualidad Juridica 28.indd 470 10-07-13 18:34

González Orrico, Jaime, *Juicio ejecutivo tributario*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2011.

Guzmán Brito, Alejandro, "Los vocablos 'transferir' y 'transmitir' y sus derivados en el 'Código Civil de Chile' con especial referencia a la definición de título traslaticio de dominio", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVII, 2° semestre (2006).

Navarro Beltran, Enrique, "El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Jaime Arancibia, José Martínez y Alejandro Romero (coord.), *Litigación Pública*, Edit. Abeledo Perrot, Santiago, 2011.

Peirano Zúñiga, Paola, *La prescripción de las acciones fiscalizadora y de cobro en el Código Tributario*, Edit. ConoSur Ltda., Santiago, 2000.

Peñailillo Arévalo, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

Pérez de Ayala, J., y Pérez de Ayala, M., *Fundamentos de Derecho Tributario*, Edit. Edersa, 4ª edic., Madrid, 2000.

Pérez Rodrigo, Abundio, *Manual de Código Tributario*, Edit. LexisNexis, 5ª edic., Santiago, 2007.

Ramos Pazos, René, *De las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

Rodríguez Grez, Pablo, *Extinción convencional de las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, vol. 1, 2010.

Rojas Retamal, Roberto, *El impuesto territorial*, Edit. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2001.

Vargas Vargas, Manuel, *Obligación civil y obligación tributaria*, Edit. Jurídica Conosur Ltda., 3ª edic., Santiago, 1995.

Vial del Río, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Edit. Jurídica de Chile, 5ª edic., Santiago, 2006.

Actualidad Juridica 28.indd 471 10-07-13 18:34

El poder absolutista de la democracia moderna. Una lectura actualizada de Tocqueville

Julio Alvear Téllez
Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.
Profesor de Derecho Constitucional
y miembro del Centro de Justicia Constitucional
de la Facultad de Derecho
de la Universidad del Desarrollo.

Resumen: La lectura directa de los clásicos de los siglos XVIII y XIX nos depara más de alguna sorpresa. Desde esta perspectiva, la obra de Tocqueville, particularmente De la démocratie en Amérique, sugiere un reexamen del sistema democrático moderno desde el particular enfoque de su estatalidad; de aquel enorme poder tutelar cuyos peligros para la auténtica libertad son develados y anunciados.

* * *

Muchos cultivadores del constitucionalismo contemporáneo tienen el cansino hábito de citar a los pensadores clásicos –vr. gr., Montesquieu, Rousseau, Kant, Constant o Tocqueville– para resaltar sus distintos aportes al pensamiento político moderno. En general, se da por supuesto que el sistema político sucesivamente fundado en esta cantera doctrinaria es el que mayores beneficios ha reportado a la humanidad. Entre otras razones, por fomentar las instituciones representativas, por someter el ejercicio del poder al derecho y por consagrar las libertades ciudadanas y los derechos fundamentales.

Empero la lectura directa de los clásicos de los siglos XVIII y XIX nos depara más de alguna sorpresa. Algunos, como Kant, que lo sabíamos defensor de la libertad, se convierte a ojos vista en apologeta de déspotas ilustrados, en bardo de la concentración del poder político moderno[1]. Otros, como Constant, protagonista interesado de la Revolución Francesa, esteta del liberalismo doctrinario, se nos vuelve, por el contrario, en lúcido visionario de los peligros de la edificación del Estado moderno[2].

[1] No es este el lugar para analizar la obra política de Kant y los problemas de su interpretación. Empero es ilustrativo a este propósito encontrar en los escritos de Heinrich Heine, admirador en más de un título del filósofo de Königsberg, una sintomática comparación con Robespierre. HEINE, Heinrich (1972) Alemania. Traducción de Max Aub. México: UNAM, pp. 74-75, 82-83.

[2] Es lo que expone Henri-Benjamin Constant de Rebecque en CONSTANT (1814) *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*. Londres: W.Clowes, 208 pp., XIII, pp. 48-59.

Actualidad Juridica 28.indd 473 10-07-13 18:34

En este plano, la obra de Alexis Henri Charles de Clérel, vizconde de Tocqueville (1805-1859)[3], particularmente De la démocratie en Amérique[4], tiene un especial interés. Sugiere un reexamen del sistema democrático moderno desde el particular enfoque de su estatalidad. Es decir, puesto que la revolución democrática, en sus diversos matices ideológicos, se asentó histórica y conceptualmente en la mayor estructura de poder de todos los tiempos, esto es, en el Estado, vale la pena preguntarse por los peligros que esto acarrea para la misma libertad.

A este respecto, Tocqueville formula un diagnóstico y un pronóstico. Por una parte, discierne que tras las notorias y evidentes diferencias entre el modelo político de los Estados Unidos de Norteamérica y el paradigma revolucionario francés, hay un punto en común que los une: la estatalidad. Por otra parte, devela la lógica de su expansión, que, a su parecer, se volverá irresistible si no se generan contracorrientes históricas que lo impidan.

1) Una advertencia: De la démocratie en Amérique y el mito americano.

Es indudable que la admiración de nuestro pensador por el régimen político de los Estados Unidos de América así como sus ideas acerca de la evolución necesaria de Occidente hacia la libertad y la igualdad políticas en el sentido ilustrado, lo llevan a fabricar el denominado "mito americano", con altas dosis de mesianismo. A través de él se visualiza a la gran nación del Norte como el modelo universal de la libertad moderna, en donde la autoridad vive en feliz concordia con la libertad y el autogobierno, alejados todos de los condicionamientos jerárquicos del mundo antiguo[5].

---

[3] Sobre la vida y obra de Tocqueville, JAUME, Lucien (2008) Tocqueville. Les sources aristocratiques de la liberté. Une biographie intelectuelle. Paris: Fayard, 473 pp.

[4] El primer volumen (en francés) data de 1835; el segundo, de 1840. La primera traducción al inglés con el título de *Of Democracy in America* es de 1839.

Para el original francés del volumen I utilizamos TOCQUEVILLE, Alexis de (1848a) De la démocratie en Amérique. Douzième édition. Vol. I. Paris: Pagnerre Éditeur. Disponible en: http://fr.wikisource.org/wiki/De_la_d%C3%A9mocratie_en_Am%C3%A9rique/Texte_entier. Para el original francés del volumen II usamos TOCQUEVILLE, Alexis de (1848b) *De la démocratie en Amérique*. Douzième édition. Vol. II. Paris: Pagnerre Éditeur. Disponible en: http://fr.wikisource.org/wiki/De_la_d%C3%A9mocratie_en_Am%C3%A9rique/tome_II/quatri%C3%A8me_partie.

Para la versión castellana, TOCQUEVILLE, Alexis de (2007) *La Democracia en América*. Traducción de Raimundo Viejo Viñas. Madrid: Akal, 928 pp. En ocasiones hemos pulido levemente la traducción para ajustarla mejor al original francés.

[5] Sobre la compleja visión política de Tocqueville, LIVELY, Jack (1962) *The Social and Political Thought of Alexis De Toqueville*. Oxford: Clarendon Press, 263 pp.; KAHAN, Alan (1992) *Aristocratic Liberalism: The Social and Political Thought of Jacob Burckhardt, Johns Stuart Mill and Alexis de Tocqueville*. Oxford: Oxford University Press, 249 pp, pp. 34-133; OSORIO DE RABELLÓN, Alfonso (2003) "Individualismo democrático y participación. La propuesta de Tocqueville". *Anuario Filosófico*, XXXVI/I, pp. 487-497; COUTANT, Arnaud (2008) *Tocqueville et la Constitution democratique*. Paris: Mare et Martin, 680 pp.

Sobre su pensamiento moral, BENOÎT, Jean-Louis (2004) *Tocqueville Moraliste*. Paris: Honore champion, 645 pp.

Actualidad Juridica 28.indd 474 10-07-13 18:34

En las palabras introductorias de la duodécima edición de su Démocratie en Amérique, Tocqueville afirma esta consabida tesis, unas de las más caras al constitucionalismo moderno de raíz americana. Por su importancia, transcribimos la cita en su original:

"*Il faut une science politique nouvelle à un monde tout nouveau"*[6]. *"Vouloir arrêter la démocratie paraîtrait alors lutter contre Dieu même, et il ne resterait aux nations qu'à s'accommoder à l'état social que leur impose la Providence"*[7]. *"Ce livre a été écrit il y a quinze ans, sous la préoccupation constante d'une seule pensée : l'avénement prochain, irrésistible, universel de la Démocratie dans le monde. Qu'on le relise : on y rencontrera à chaque page un avertissement solennel qui rappelle aux hommes que la société change de formes, l'humanité de condition, et que de nouvelles destinées s'approchent*"[8].

Insistimos en que ésta es una de las tesis más difundidas de la Democracia en América, concretada especialmente en el modelo norteamericano. Empero, cuando se lee con atención esta obra, pronto aparecen las sombras a modo de visión de futuro. La libertad y la igualdad de la era democrática se vuelven más problemáticas y el ideal de autogobierno de los Estados Unidos queda herido por el anuncio del despotismo de las mayorías, del igualitarismo como vulgarización y de la caída moral en el materialismo, vistos como factores perturbadores del nuevo sistema político. A la sombra de estos factores, surge el problema mayúsculo de la modernidad política: la construcción del poder estatal omnímodo de manos de los mismos aduladores de la libertad.

Sobre los fundamentos biográficos de sus ideas políticas, WOLIN, Sheldon (2001) *Tocqueville between two Worlds. The Making of a Political and Theoretical Life*. Princeton: Princeton University Press, 664 pp.

Sobre Tocqueville y el mito americano, con amplias referencias bibliográficas, CORRÊA DE OLIVEIRA, Plinio (1993) *Nobility and Analogous Traditional Elites in the Allocutions of Pius XII*. A Theme Illuminating American Social History. New York: Hamilton Press, 545 pp., pp. 145-150.

[6] TOCQUEVILLE (1848a). *"Un mundo completamente nuevo precisa de una ciencia política nueva"* (TOCQUEVILLE, 2007, *Introducción,* p. 37).

[7] TOCQUEVILLE (1848a). *"Querer detener la democracia, por tanto, parecería como luchar contra el mismo Dios y no quedaría otro remedio a las naciones que adaptarse al estado social que les impone la Providencia"* (TOCQUEVILLE, 2007, *Introducción,* p. 37). Más adelante, escribe en tono de advertencia moral: *"Me parece que en nuestros días los pueblos cristianos ofrecen un espectáculo aterrador. El movimiento que les impulsa ya es demasiado fuerte como para ser refrenado, y todavía no es lo suficiente rápido como para renunciar a dirigirlo: su suerte está en sus manos; pero pronto se les escapará.*

Instruir la democracia, reanimar si se puede sus creencias, purificar sus costumbres, reglamentar sus movimientos, sustituir poco a poco su inexperiencia con la ciencia de los asuntos públicos, sus instintos ciegos por el conocimiento de sus verdaderos intereses, adecuar su gobierno a épocas y lugares; modificarlo según las circunstancias y los hombres: tal es el deber primero que hoy se impone a quienes dirigen la sociedad" (TOCQUEVILLE, 2007, *Introducción*, p. 37).

[8] TOCQUEVILLE (1848a). *"Este libro fue escrito hace quince años, bajo la preocupación constante de una sola idea: el advenimiento inminente, irresistible y universal de la democracia en el mundo. Al releerlo se volverá a encontrar en cada página una advertencia solemne que recuerde a los hombres que la sociedad cambia de formas, la humanidad de condición, y que se acercan nuevos destinos"* (TOCQUEVILLE, 2007, *Advertencia de la duodécima edición,* p. 29).

Actualidad Juridica 28.indd 475 10-07-13 18:34

2) Francia y Estados Unidos de Norteamérica: los dos paradigmas enfrentados, pero igualados por el despliegue de la estatalidad.

Tocqueville coloca el surgimiento del Estado moderno a la sombra de las categorías constitucionales de la libertad y de la igualdad que, en virtud de la Revolución Francesa, se expanden por el mundo. Para él es un designio providencial el que los pueblos se organicen de acuerdo a la constitución estatal liberal y democrática, por lo que no es sensato oponerse a tal tendencia universal[9].

No obstante, tal tendencia merece una evaluación ambivalente. El modelo político que a partir de ella se ha construido en Francia y en Europa continental es muy diferente al que se ha edificado en los Estados Unidos de Norteamérica. Para juzgar adecuadamente al primero nuestro autor destaca un contexto histórico que hoy hemos olvidado y que problematiza nuestros lugares comunes. No es cierto, afirma, que la destrucción de la sociedad tradicional del Ancien régime haya traído consigo una genuina libertad. En realidad, el modelo democrático francés, nacido de las entrañas de la Revolución, ha destruido en su desenvolvimiento las libertades sociales que servían de contrapeso al imperio soberano del nuevo poder radicado en el Estado. A este respecto, Tocqueville afirma:

"Al abandonar el estado social de nuestros abuelos, dejando en confusión a nuestras espaldas sus instituciones, sus ideas y costumbres, ¿qué hemos colocado en su lugar? ... Me doy cuenta de que hemos destruido las existencias individuales que pudieran luchar separadamente contra la tiranía; veo el gobierno que él solo hereda todas las prerrogativas arrancadas a familias, a corporaciones o a hombres.

Estorbada en su marcha o abandonada sin apoyo a sus pasiones des*ordenadas, la democracia de Francia derribó todo lo que se encontraba a su paso, sacudiendo aquello que no destruía. No se la ha visto captando poco a poco a la sociedad, a*

[9] *"Y esto no sólo sucede en Francia. En cualquier parte hacia donde dirijamos la mirada notaremos la misma revolución que continúa a través de todo el universo cristiano. Por doquiera se ha visto que los más diversos incidentes de la vida de los pueblos se inclinan en favor de la democracia. Todos los hombres la han ayudado con su esfuerzo: los que tenían el proyecto de colaborar para su advenimiento y los que no pensaban servirla; los que combatían por ella, y aun aquellos que se declaraban sus enemigos; todos fueron empujados confusamente hacia la misma vía, y todos trabajaron en común, algunos a pesar suyo y otros sin advertirlo, como ciegos instrumentos en las manos de Dios.*

El desarrollo gradual de la igualdad de condiciones es, pues, un hecho providencial, y tiene las siguientes características: es universal, durable, escapa a la potestad humana y todos los acontecimientos, como todos los hombres, sirven para su desarrollo ....

El libro que estamos por leer ha sido escrito bajo la impresión de una especie de terror religioso producido en el alma del autor al vislumbrar esta revolución irresistible que camina desde hace tantos siglos, a través de todos los obstáculos, y que se ve aún hoy avanzar en medio de las ruinas que ha causado. No es necesario que Dios nos hable para que descubramos los signos ciertos de su voluntad. Basta examinar cuál es la marcha habitual de la naturaleza y la tendencia continua de los acontecimientos" (TOCQUEVILLE, 2007, *Introducción,* p. 36).

Actualidad Juridica 28.indd 476 10-07-13 18:34

fin de establecer sobre ella apaciblemente su imperio; no ha dejado de marchar en medio de desórdenes y de la agitación del combate"[10].

Por contraste, la nueva situación creada en la década revolucionaria y consolidada por Napoleón no es de envidiar: aflojamiento de la idea de derecho y concepción del poder político como dominio de la fuerza[11].

Pero más allá de estas particularidades, Tocqueville observa que el paradigma democrático francés está afectado por un pecado original: el de no ser capaz de reconciliarse con su propia historia. Visto en toda su complejidad, lo hieren dos grandes anomalías, que impiden la posesión pacífica de los valores modernos de la libertad y de la igualdad que promete:

(a) En primer lugar, se estableció por medio de la fuerza, quebrando la continuidad histórica de las instituciones, aun de las sanas y útiles, con lo que hizo surgir una contrarrevolución que aún divide a la nación y que atribuye una ilegitimidad genética al poder estatal democrático.

(b) En segundo lugar, el impulso revolucionario se volcó contra la Iglesia, y la religión en general, intentando lo imposible: suprimir en un país a la sazón cristiano la atracción de lo religioso y su necesario aporte al bien del Estado.

---

[10] TOCQUEVILLE (2007) *Introducción,* pp. 41 y 40. Es interesante conocer la visión de Tocqueville sobre la sociedad pre-revolucionaria, no obstante su entusiasmo con la modernidad política en general: *"Cuando el poder regio, apoyado sobre la aristocracia, gobernaba apaciblemente a los pueblos de Europa, la sociedad, en medio de sus miserias, gozaba de varias formas de dicha, que difícilmente se pueden concebir y apreciar en nuestros días.*

El poder de algunos súbditos oponía barreras insuperables a la tiranía del príncipe; y los reyes, sintiéndose revestidos a los ojos de la multitud de un carácter casi divino, tomaban, del respeto mismo que inspiraban, la resolución de no abusar de su poder.

Colocados a gran distancia del pueblo, los nobles tomaban parte en la suerte del pueblo con el mismo interés benévolo y tranquilo que el pastor tiene por su rebaño; y, sin acertar a ver en el pobre a su igual, velaban por su suerte, como si la Providencia lo hubiera confiado en sus manos.

No habiendo concebido más idea del estado social que el suyo, no imaginando que pudiera jamás igualarse a sus jefes, el pueblo recibía sus beneficios, y no discutía sus derechos. Los quería cuando eran clementes y justos, y se sometía sin trabajo y sin bajeza a sus rigores, como males inevitables enviados por el brazo de Dios. El uso y las costumbres establecieron los límites de la tiranía, fundando una clase de derecho entre la misma fuerza" (TOCQUEVILLE, 2007, *Introducción,* p. 38).

[11] Desconcertado, el autor continúa su descripción a ratos amarga: *"El prestigio del poder regio se ha desvanecido, sin haber sido reemplazado por la majestad de las leyes. En nuestros días, el pueblo menosprecia la autoridad; pero la teme, y el miedo logra de él más de lo que proporcionaban antaño el respeto y el amor.*

La división de las fortunas ha disminuido la distancia que separaba al pobre del rico; pero, al acercarse, parecen haber encontrado razones nuevas para odiarse, y lanzando uno sobre otro miradas llenas de terror y envidia, se repelen mutuamente en el poder. Para el uno y para el otro, la idea de los derechos no existe, y la fuerza les parece, a ambos, la única razón del presente y la única garantía para el porvenir.

El pobre ha conservado la mayor parte de los prejuicios de sus padres, sin sus creencias; su ignorancia, sin sus virtudes; admitió como regla de sus actos, la doctrina del interés, sin conocer sus secretos y su egoísmo se halla tan desprovisto de luces como lo estaba antes su abnegación.

La sociedad está tranquila, no porque tenga conciencia de su fuerza y de su bienestar, sino, al contrario, porque se considera débil e inválida; teme a la muerte, ante el menor esfuerzo; todos sienten el mal, pero nadie tiene el valor y la energía necesarios para buscar la mejoría; se tienen deseos, pesares, penas y alegrías que no producen nada visible, ni durable (…) Así abandonamos lo que el Estado antiguo podía tener de bueno, sin comprender lo que el Estado actual nos puede ofrecer de útil" (TOCQUEVILLE, 2007, *Introducción,* pp. 40-41).

Actualidad Juridica 28.indd 477 10-07-13 18:34

El resultado fue la confusión completa y la paralización de las conquistas de la modernidad. Cristianismo y Modernidad en vez de aliarse entraron en lucha, y sus elementos políticos –religión y libertad, independencia individual y poder estatal– han terminado por dividir a Francia en dos bandos antagónicos:

"Los hombres religiosos combaten la libertad, y los amigos de la libertad atacan a las religiones. Espíritus nobles y generosos elogian la esclavitud, y almas torpes y serviles preconizan la independencia. Ciudadanos decentes e ilustrados son enemigos de todos los progresos, en tanto que hombres sin patriotismo y sin convicciones se proclaman apóstoles de la civilización y de las luces"[12].

Por contraposición, el modelo estatal angloamericano no presenta estos defectos:

(a) Alcanzó los resultados de la revolución democrática por evolución natural, diríase sin haber conocido la revolución misma:

"Hay un país en el mundo donde la gran revolución social de que hablo parece haber alcanzado casi sus límites naturales. Se realizó allí de una manera sencilla y fácil o, mejor, se puede decir que ese país alcanza los resultados de la revolución democrática que se produce entre nosotros, sin haber conocido la revolución misma.

Los emigrantes que vinieron a establecerse en América a principios del siglo XVII trajeron de alguna manera el principio de la democracia contra el que se luchaba en el seno de las viejas sociedades de Europa, trasplantándolo al Nuevo Mundo. Allí pudo crecer la libertad y, adentrándose en las costumbres, desarrollarse apaciblemente en las leyes"[13].

(b) En segundo lugar, el paradigma norteamericano *no luchó contra la religión,* sino que, muy por el contrario, se unió a ella, de tal manera que ésta no sólo resultó ser arrimo eficaz para las virtudes republicanas, sino que ha configurado la moralidad pública a partir del común denominador ético de las diversas creencias cristianas.

"El carácter de la civilización angloamericana ... es el producto –y este punto de partida debemos tenerlo siempre presente– de dos elementos completamente distintos, que en otras partes se hicieron a menudo la guerra, pero que, en América, se ha logrado incorporar en cierto modo el uno al otro, y combinarse maravillosamente: el espíritu de religión y el espíritu de libertad"[14].

[12] TOCQUEVILLE (2007) *Introducción,* pp. 42-43.

[13] TOCQUEVILLE (2007) *Introducción,* p. 43.

[14] TOCQUEVILLE (2007) I, I, II, p. 76. Nuestro autor destaca el lazo que une a la democracia norteamericana con la religión. En la segunda parte del primer volumen estudia la religión como factor de servicio a la democracia, dentro de *las causas principales que tienden a mantener la República democrática en los Estados Unidos* (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, IX, pp. 349-362). Hace especial hincapié en que América del Norte fue poblada *por hombres que profesaban un cristianismo democrático y republicano*. El autor describe los antecedentes del misticismo religioso democrático de los padres fundadores y el sentimiento de ser depositarios de una vocación mesiánica para expandir la buena nueva de la igualdad y la libertad por

Actualidad Juridica 28.indd 478 10-07-13 18:34

El matrimonio entre religión y libertad no se consuma, sin embargo, en un Estado religioso, sino, por el contrario, en un Estado laico, en el que impera el régimen de libertad religiosa, sobre la base de un sistema bastante parecido a lo que hoy se denomina doctrinariamente laicidad[15]. La separación entre lo político y lo religioso sigue siendo estricta, sólo que se reconoce, por parte del Estado, el aporte de la religión como sustento moral indirecto de la vida republicana. Lo religioso siempre es entendido como un fenómeno genérico y global humano al interior de la sociedad civil, nunca cómo verdad divina que contiene exigencias objetivas específicas para la comunidad política. Desde este ángulo, la libertad religiosa es, para Tocqueville, una herramienta para perpetuar la separación entre ambos términos. He aquí su fórmula:

"*Todas* (las confesiones religiosas) *difieren en el culto que hay que tributar al Creador, pero todas se entienden sobre los deberes de los unos respecto de los otros. Cada secta adora, pues, a Dios a su manera, pero todas las sectas practican la misma moral en nombre de Dios. Si sirve mucho al hombre que su religión sea verdadera, no sucede lo mismo en cuanto a la sociedad"*[16].

el mundo. De la partida de bautizo puritana observa: *"Los emigrantes o, como ellos se llamaban a sí mismos, los peregrinos (pilgrims), pertenecían a esa secta de Inglaterra a la cual la austeridad de sus principios había dado el nombre de puritana. El puritanismo no era solamente una doctrina religiosa; se confundía en varios puntos con las teorías democráticas y republicanas más absolutas. De eso les habían venido sus más peligrosos adversarios. Perseguidos por el gobierno de la madre patria, heridos en sus principios por la marcha cotidiana de la sociedad en cuyo seno vivían, los puritanos buscaron una tierra tan bárbara y abandonada del mundo, que les permitiese vivir en ella a su manera y orar a Dios en libertad"* (TOCQUEVILLE, 2007, I, I, II, p. 65). En otro lugar analiza la función del catolicismo en constante expansión, el que, a su juicio, ha entrado en la simbiosis democratista.

[15] La laicidad es el ideal que Tocqueville ve realizado en los Estados Unidos; ideal y realidad para las que no escatima elogios. El autor dedica un acápite especial a "*las principales causas que hacen poderosa a la religión en Norteamérica"* (TOCQUEVILLE (2007) I, II, IX, pp. 356-362), entre las que destaca precisamente esta separación amistosa entre la Iglesia y el Estado, en la que aquella no goza de ningún privilegio institucional a cambio de una amplia libertad social.

[16] *"Hay una cantidad innumerable de sectas en los Estados Unidos. Todas difieren en el culto que hay que tributar al Creador, pero todas se entienden sobre los deberes de los unos respecto de los otros. Cada secta adora, pues, a Dios a su manera, pero todas las sectas practican la misma moral en nombre de Dios. Si sirve mucho al hombre que su religión sea verdadera, no sucede lo mismo en cuanto a la sociedad. La sociedad no tiene nada que temer ni que esperar de la otra vida; y lo que le importa más, no es tanto que todos los ciudadanos profesen una religión. Por otra parte, todas las sectas en los Estados Unidos se concentran en la gran unidad cristiana, y la moral del cristianismo es en todas partes la misma"* (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, IX, p. 352).

Si bien la religión está separada del Estado, ejerce indirectamente gran influencia a través de la sociedad: *"La religión es la que ha dado origen a las sociedades angloamericanas, de lo cual es preciso no hacer abstracción. En los Estados Unidos, la religión se mezcla en todos los usos nacionales y con todos los sentimientos que hace nacer la patria, y esto le da una fuerza particular. A esta razón poderosa se añade otra, que no lo es menos. En Norteamérica, la religión se ha puesto, por decirlo así, ella misma sus límites; el orden religioso es enteramente distinto del orden político, de suerte que han podido cambiarse las leyes antiguas sin alterar las antiguas creencias"* (TOCQUEVILLE, 2007, II, I, I p. 526).

La libertad religiosa sirve también de resorte al nihilismo doctrinario del protestantismo, considerado en su conjunto: *"En los Estados Unidos, las sectas cristianas varían sin término y se modifican constantemente; pero el cristianismo es un hecho establecido e irresistible que nadie pretendió allí atacar ni defender"* (TOCQUEVILLE, 2007, II, I, I p. 526).

Actualidad Juridica 28.indd 479 10-07-13 18:34

Con la balanza en la mano, Tocqueville sostiene que el modelo norteamericano es superior al francés y a él deben dirigir sus miradas las naciones europeas a fin de emular su Estado de libertad democrática en vez de situarse a las puertas de la tiranía democrática. El autor se compenetra del valor simbólico universal de ambos modelos y exclama:

"*La realeza existía entonces. Hoy día está destruida. Las instituciones de Norteamérica, que no eran sino un tema de curiosidad para la Francia monárquica, deben ser un tema de estudio para la Francia republicana ...*

Si nosotros nos salvamos a nosotros mismos, salvamos al mismo tiempo a todos los pueblos que nos rodean. Si nos perdemos, los perdemos a todos con nosotros. Según que tengamos la libertad democrática o la tiranía democrática, el destino del mundo será diferente"[17].

El pensador francés destaca que ambos Estados, el francés y el norteamericano, se fundan en un mismo principio: la soberanía popular. Pero, mientras en el segundo dicho principio fue efectivo, en Francia fue nominal, abstracto y declamatorio. De ahí que los principios políticos consecutivos sean diversos: en el país del norte, el Estado respeta la libertad de los ciudadanos y hace de ella su mayor logro; en Francia, el Estado vive de acrecentar su poder aun a costa de la libertad de los ciudadanos.

"*El problema que apenas acabamos de plantear, Norteamérica lo resolvió hace más de sesenta años. Desde hace sesenta años el principio de la soberanía del pueblo que hemos introducido entre nosotros ayer, reina allá sin disputa. Púsose en práctica de la manera más directa, más ilimitada y más absoluta. Desde hace sesenta años, el pueblo que hizo de ella la fuente común de todas sus leyes, crece sin cesar en población, en territorio y en riqueza; y, observadlo bien, ha seguido siendo durante este periodo no solamente el más próspero, sino el más estable de todos los pueblos de la tierra ... La República no era allí perturbadora, sino conservadora de todos los derechos; la propiedad individual tenía allí más garantías que en ningún país del mundo; la anarquía era allí tan desconocida como el despotismo ...*

Los principios sobre los cuales las constituciones norteamericanas descansan, esos principios de orden, ponderación de los poderes, libertad verdadera, de respeto sincero y profundo del derecho, son indispensables a todas las Repúblicas; deben ser comunes a todas"[18].

[17] TOCQUEVILLE (2007) *Advertencia a la Duodécima edición*, p. 30.

[18] TOCQUEVILLE (2007) *Advertencia a la Duodécima edición*, p. 30 y 31. Para nuestro autor, ya en sus orígenes, las constituciones de los estados norteamericanos expresan el equilibrio político entre autoridad y libertad sobre la base de la soberanía popular. Respecto de la Constitución de Nueva Inglaterra afirma: *"Los principios generales sobre los que descansan las constituciones modernas, principios que la mayor parte de los europeos del siglo XVII comprenden apenas, y que triunfaban entonces imperfectamente*

Actualidad Juridica 28.indd 480 10-07-13 18:34

A Tocqueville parece escapársele algo esencial: si el modelo norteamericano parte del mismo presupuesto filosófico-político que el modelo francés[19], su despliegue diverso no se debe a un cambio de naturaleza del poder político –ambos modelos estatales se atribuyen la soberanía y afirman su carácter laico; su desvinculación con el principio de trascendencia– sino a circunstancias históricas de carácter más bien cultural que institucional. Las instituciones políticas incorporan las libertades individuales como ámbito de exclusión de la intervención del Estado en la medida en que la cultura extra-estatal le sirve de sustento, aceptándose incluso, por motivos de compromisos, la inconsecuencia de un poder soberano que reconoce ser limitado por instancias ajenas a su dominio. Pero removidas esas circunstancias, el poder del Estado, sin límites trascendentes, y sin límites extraestatales en su interior, asume su estatus de soberano, como corresponde a su propia lógica. Todo lo cual lo constata el propio Tocqueville en el segundo volumen de su Democracia en América.

No hay que olvidar que el Estado moderno surge a partir de una doble afirmación, a la vez filosófica e histórica, respecto de la realidad que lo circunda. La primera está relacionada con la concentración de todo el poder político y jurídico de la sociedad, lo que supone la previa erosión o demolición de los límites o contrapoderes espirituales y materiales que se le oponen[20]. La segunda está

en la Gran Bretaña, son todos reconocidos y fijados en las leyes de la Nueva Inglaterra: la intervención del pueblo en los negocios públicos, el voto libre de impuestos, la responsabilidad de los agentes del poder, la libertad individual y el juicio por medio de jurado, son establecidos sin discusión y de hecho" (TOCQUEVILLE, 2007, I, I, II, p. 72).

[19] Tocqueville dedica un capítulo de su obra al *"principio de la soberanía del pueblo en los Estados Unidos"*. TOCQUEVILLE (2007) I, I, IV, pp. 89-91. La visión mítica del autor sobre la democracia americana es aquí incontrovertible pues a partir de la soberanía popular que ve asumida en las leyes, costumbres y mentalidad del pueblo norteamericano, deduce que la dirección del gobierno se identifica materialmente con los deseos del pueblo, y así, felizmente, el Estado representa la libertad popular: *"Hay países en donde un poder, en cierto modo ajeno al cuerpo social, obra sobre él y lo obliga a marchar en cierta dirección. Hay otros donde la fuerza está dividida, hallándose colocada a la vez en la sociedad y fuera de ella. Nada semejante se ve en los Estados Unidos. La sociedad obra allí por sí misma y sobre sí misma. No existe poder sino dentro de su seno; no se encuentra a nadie casi que se atreva a concebir y sobre todo a expresar la idea de buscar ese poder en otro lado. El pueblo participa en la composición de las leyes por la selección de los legisladores, en su aplicación por la elección de los agentes del poder ejecutivo y se puede decir que del mismo gobierno, tan restringida y débil es la parte dejada a la administración y tanto se resiente ésta de su origen popular, obedeciendo al poder del que emana. El pueblo dirige el mundo norteamericano como Dios lo hace con el universo. Él es la causa y el fin de todas las cosas. Todo sale de él y todo vuelve a absorberse en su seno"* (TOCQUEVILLE, 2007, I, I, IV, p. 92). En ocasiones habla de la soberanía popular como si la adhesión intelectual a ella, cual artículo de fe, fuese confirmada en la voluntad de sus devotos por un trasunto de la gracia divina cristiana por la cual todos los hombres son considerados iguales, ya no como hijos de Dios, sino como ciudadanos de una república democrática: *"En las naciones en las que prima el dogma de la soberanía del pueblo, cada individuo constituye una parte igual de esa soberanía y participa igualmente en el gobierno del Estado ... Cada individuo es considerado como igualmente ilustrado, igualmente virtuoso e igualmente fuerte que cualquiera otro de sus semejantes"* (TOCQUEVILLE, 2007, I, I, V, p. 99).

[20] Los estudios a este respecto son bastante amplios y reiterados, aunque poco conocidos en nuestro medio. A título ilustrativo señalamos que uno de los mejores teóricos del Estado, Georg Jellinek, que analiza la idea del Estado moderno desde el ángulo de la soberanía, connota su carácter polémico. Se ha abierto paso combatiendo los poderes que se le oponen: la potestad espiritual del Papado y los fueros o contrapoderes de los cuerpos intermedios, sin cuya remoción le es imposible absorber la ca-

Actualidad Juridica 28.indd 481 10-07-13 18:34

representada por el rompimiento de los vínculos con lo sagrado, personificado en la Iglesia Católica, o, más generalmente, según los casos, en el cristianismo[21].

De cualquier forma, en el primer volumen de su obra y desde el punto de vista teorético, Tocqueville intenta relativizar la naturaleza absoluta y soberana del Estado moderno en el espacio norteamericano de dos maneras, atendidas sus peculiaridades constitucionales:

(a) Primero, recurre al sistema de pesos y contrapesos que consagra el modelo político-institucional norteamericano, en el entendido, que no desmiente, que el poder estatal es una fuerza tan grande que en sí misma es necesario limitar.

"Hay dos medios de disminuir la fuerza de la autoridad en una nación. El primero consiste en debilitar el poder en su principio mismo, quitando a la sociedad el derecho o la facultad de defenderse en ciertos casos: debilitar la autoridad de esta manera es en general lo que se llama en Europa fundar la libertad. Hay un segundo medio de disminuir la acción de la autoridad: éste no consiste en despojar a la sociedad de algunos de sus derechos, o en paralizar sus esfuerzos, sino en dividir el uso de sus fuerzas en varias manos; en multiplicar los funcionarios atribuyendo a cada uno de ellos todo el poder de que tiene necesidad para realizar aquello que se le encomienda. Se encuentran pueblos a los que esta división de poderes sociales puede conducir a la anarquía; por sí misma, sin embargo, no es anárquica. Al repartir así la autoridad, vuélvese, es verdad, su acción menos pesada y menos peligrosa, pero no se la llega a destruir"[22].

La primera hipótesis, como se ve, es meramente retórica, porque ningún Estado en cuanto tal consiente, al menos conceptualmente, en limitar su poder como punto de partida. Al contrario, precisamente porque su poder es absoluto e irresistible es que se da a sí mismo una reglamentación, cual es la Constitución política. Y esa reglamentación ordinariamente se expresa, desde el punto de vista orgánico y funcional, en una división de poderes que racionaliza el uso del poder. Tocqueville afirma que en los Estados Unidos este sistema de división de

pacidad política y jurídica de la sociedad. JELLINEK, Georg (2000) *Teoría General del Estado.* Traducción de Fernando de los Ríos Urruti. Granada: Comares, 788 pp., pp. 432-433. Al respecto, Jouvenel analiza de qué modo la destrucción de los contrapoderes del Antiguo Régimen fue inversamente proporcional a la subordinación del derecho al nuevo poder revolucionario. JOUVENEL, Bertrand de (1989) *Sobre el Poder. Historia natural de su crecimiento*. Traducción de Juan Marcos de la Fuente. Madrid: Unión Editorial, 487 pp., pp. 380-384 y pp. 397-414; JOUVENEL, Bertrand de (1977) *Los orígenes del Estado moderno. Historia de las ideas políticas del siglo XIX*. Traducción de Gerardo Novás. Toledo: Emesa, 453 pp., pp. 79-113 y pp. 230-239.

[21] Un análisis histórico-conceptual de la cuestión en la Francia de los siglos XIX y XX, en GAUCHET, Marcel (2003) *La religión en democracia. El camino del laicismo*. Traducción de Santiago Roncagliolo. Madrid-Barcelona: Editorial Complutense, 139 pp., pp. 21-120.

[22] TOCQUEVILLE (2007) I, I, V, p.106.

Actualidad Juridica 28.indd 482 10-07-13 18:34

poderes es más perfecto porque se canaliza a través de un sistema centrífugo de pesos y contrapesos.

Sin embargo, reconoce que considerado en su totalidad dicho poder sigue siendo absoluto. Se trata de un poder absoluto dividido en muchas manos[23]. Y que para efectos prácticos, el ciudadano norteamericano está más subordinado a los deberes sociales que los ciudadanos de otras repúblicas.

Este juicio lo precisa al comparar la centralización del poder político del Estado moderno en Norteamérica e Inglaterra con la monarquía absoluta de la Francia prerevolucionaria. Aun en el esquema de relativa descentralización administrativa del sistema anglosajón, el gobierno no conoce límites desde el ángulo de la decisión política[24].

El juicio resulta negativo en comparación con el Ancien régime. Pero el saldo institucional es positivo considerado en sí mismo. La limitación de los poderes del Estado norteamericano es efectiva. Y, en cualquier caso, las fallas serían carencias del sistema y no exigencias de la propia fisiología estatal.

---

[23] *"La revolución en los Estados Unidos se ha producido por una apetencia madura y reflexiva de libertad, y no por un instinto vago e indefinido de independencia. No ha sido apoyada por pasiones desordenadas; sino, al contrario, progresó por el amor al orden y a la legalidad ...*

En los Estados Unidos no se ha pretendido que el hombre en un país libre tuviese el derecho de hacerlo todo; se le han impuesto por el contrario obligaciones sociales más variadas que en otras partes; no se tuvo la idea de atacar el poder de la sociedad en su principio y de poner en duda sus derechos; se han limitado a dividir su ejercicio. Se quiso llegar de este modo a que la autoridad fuese grande y el funcionario pequeño, a fin de que la sociedad continuase estando bien reglamentada y permaneciera libre ... No hay en el mundo país donde la ley hable un lenguaje más absoluto que en Norteamérica, y no hay tampoco ninguno donde el derecho de aplicarla esté dividido entre tantas manos" (TOCQUEVILLE, 2007, I, I, V, pp. 106-107).

[24] *"Bajo Luis XIV, Francia vio la más grande centralización gubernamental que se pudiera concebir, puesto que el mismo hombre hacía las leyes generales y tenía el poder de interpretarlas; representaba a Francia en el exterior y obraba en su nombre. El Estado soy yo, decía; y tenía razón.*

Sin embargo, bajo Luis XIV había mucha menos centralización administrativa que en nuestros días. En nuestro tiempo, vemos una potencia, Inglaterra, donde la centralización gubernamental es llevada a un muy alto grado; el Estado parece moverse dentro de ella como un solo hombre; levanta su voluntad masas inmensas; reúne y lleva a donde le place todo el esfuerzo de su poder...

Hemos visto que en los Estados Unidos no existía centralización administrativa. Apenas se encuentra en ellos la huella de alguna jerarquía. La descentralización ha sido allí llevada a un grado que ninguna nación europea podría tolerar, creo, sin un profundo malestar, y que produce aún efectos desfavorables en Norteamérica. Pero en los Estados Unidos, la centralización gubernamental existe en el más alto punto. Sería fácil de probar que el poder nacional está allí más concentrado que en ninguna de las antiguas monarquías de Europa. No solamente no hay en cada Estado más que un solo cuerpo que haga las leyes; no solamente no existe allí más que un solo poder que pueda crear la vida política en torno a él; sino, en general, se ha evitado reunir allí numerosas asambleas de distritos o de condados, por temor a que esas asambleas fuesen tentadas a salirse de sus atribuciones administrativas, entorpeciendo la marcha del gobierno. En Norteamérica, la legislatura de cada Estado no tiene ante ella ningún poder capaz de resistirle. Nada podría detenerla en su camino, ni privilegios, ni inmunidad local, ni influencia personal, ni siquiera la autoridad de la razón, porque ella representa a la mayoría que se pretende considerar como el único órgano de la razón. No tiene, pues, otros límites, en su acción, que su propia voluntad. Al lado de ella, y bajo su mano, se encuentra colocado el representante del poder ejecutivo que, con ayuda de la fuerza material, debe constreñir a los descontentos a la obediencia" (TOCQUEVILLE, 2007, I, I, V, pp. 124, 125-126).

Actualidad Juridica 28.indd 483 10-07-13 18:34

Cabría objetar que desde el interior del sistema estatal se pueden connotar muchos límites. Pero desde el exterior es siempre el mismo poder que pulsa por hacer extensiva su soberanía a la sociedad, pues ése es el movimiento vital para quien ha roto con el principio de trascendencia. Porque todo poder político moderno, en la medida en que afirma su desvinculación con el orden divino-natural, profundiza su carácter absoluto[25], y en su desenvolvimiento surgen las situaciones de tensión con las libertades individuales.

(b) El segundo expediente para relativizar el poder absoluto del Estado en Norteamérica ya lo conocemos: en dicho sistema sería el pueblo el que efectivamente gobierna a través de las instituciones estatales. Dicha afirmación, sin embargo, debe ser contrastada con la realidad, en lo que nuestro autor se muestra deficitario[26].

[25] Sobre el carácter limitado del poder político medieval, por oposición a la naturaleza absolutista de la soberanía estatal moderna, Jouvenel afirma: *"La idea de que el poder viene de Dios sostuvo, durante los "tiempos oscuros", a una monarquía arbitraria e ilimitada en una representación burdamente errónea de la Edad Media que está sólidamente anclada en la gente ignorante y sirve de cómodo terminus a quo para luego desplegar la historia de una evolución política hasta el terminus ad quem de la libertad. Todo esto es falso. Recordemos, sin insistir sobre ello, que el Poder medieval era compartido (con la Curia Regis), limitado (por otros poderes, autónomos en su ámbito) y que, sobre todo, no era soberano. Porque carácter esencial del Poder soberano es tener el poder normativo, ser capaz de modificar a su arbitrio las normas que presiden su propia acción, y tener finalmente un poder legislativo que se sitúa por encima de toda otra ley:* legibus solutus*, absoluto. El poder medieval, por el contrario .... era concebido por los pensadores medievales como sometido a la ley, obligado por ella e incapaz de cambiarla autoritariamente. La ley es para él algo dado".* JOUVENEL (1988) pp. 76-77. Desde un ángulo socio-político, el autor estudia cómo la ley divino-natural es una creencia que limita la expansión del poder. JOUVENEL (1988) pp. 273-290. Para una profundización histórica del poder político medieval, CARLYLE, Robert Warrend; CARLYLE, Alexander James (1970) *A History of Medieval Political Theory in the We*st. 4 Vols. London: Edinburgh William Blackwood and Sons. En español, es utilísimo el estudio de CARLYLE, Alexander James (1982) La libertad política: historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos. México: Fondo de Cultura Económica, 294 pp. Para una descripción más general del poder político cristiano, su naturaleza y sus límites, SENELLART, Senellart (1995) *Les arts de gouverner. Du "Regimen" medieval au concept de gouvernement.* Paris: Seuil, 316 pp. Una notable síntesis de la limitación del poder político en la Cristiandad, trazado por la distinción entre *auctoritas* y *potestas,* en AYUSO, Miguel (1998) *¿Después del Leviathan?. Sobre el Estado y su signo.* Madrid: Dykinson, 223 pp., pp. 32-34; ELÍAS DE TEJADA, Francisco (2005) Europa, Tradizione, Libertà. Roma-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 264 pp, pp. 91-233.

[26] La afirmación se encuentra una y otra vez repetida por el autor a lo largo de su obra. Con más detención dedica el capítulo primero de la segunda parte del Libro primero a demostrar *"cómo se puede decir rigurosamente que en los Estados Unidos es el pueblo el que gobierna".* Su descripción es inverosímil, dadas las características del régimen representativo: *"En Norteamérica, el pueblo nombra a quien hace la ley y a quien la ejecuta; él mismo forma el jurado que castiga las infracciones de la ley. No solamente las instituciones son democráticas en su principio, sino también en todo su desarrollo. Así, el pueblo nombra directamente a sus representantes y los escoge en general cada año, a fin de tenerlos completamente bajo su dependencia. Es, pues, realmente el pueblo quien dirige y, aunque la forma del gobierno sea representativa, es evidente que las opiniones, los prejuicios, los intereses y aun las pasiones del pueblo no pueden encontrar obstáculos durables que le impidan producirse en la dirección cotidiana de la sociedad"* (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, I, p. 219). Hay que apuntar, además, que la democracia en los Estados Unidos tuvo en sus inicios un carácter más bien formal, pero no material, pues el ascendiente aristocrático en el ámbito social era determinante como modelo de conducta, incluso en los Padres fundadores.

Actualidad Juridica 28.indd 484 10-07-13 18:34

3) La libertad de conciencia y de pensamiento "liberal-conservadora", discutible parapeto a la expansión del Estado.

Tocqueville no explicita una doctrina sobre la libertad de conciencia, por lo que hay que deducirla de las alusiones parciales que se encuentran a lo largo de su obra y de su crítica a la libertad individual democrática. Esta materia se analiza especialmente en la segunda parte de su Democracia en América, en donde el autor se muestra mucho más abocado a observar no solo las luces, sino también las sombras del sistema norteamericano[27].

Siguiendo el registro moderno de la libertad de conciencia, Tocqueville no la plantea dentro del esquema de la verdad y del bien moral. Pero a diferencia de la mayor parte de los doctrinarios modernos, tampoco la convierte en una especie de mónada subjetiva, sino que resalta los vínculos necesarios que unen la libertad individual a una cierta legalidad social bajo la forma de deberes irrenunciables. De esta manera, la libertad de conciencia es un derecho, pero también está constituida por un conjunto de deberes, particularmente en el ámbito de la familia y del Estado:

"En los Estados Unidos no se ha pretendido que el hombre en un país libre tuviese el derecho a hacer de todo; por el contrario se le han impuesto obligaciones sociales más variadas que en otras partes".[28]

La relevancia de estos deberes sociales es de tal peso que la libertad de con ciencia está sometida en el fuero externo a las certezas religiosas básicas que permiten el desenvolvimiento de la moral social, por lo que la autoridad no puede rechazarse por el prurito de la independencia individual.

"Las ideas generales relativas a Dios y a la naturaleza humana son las que más convienen sustraer a la acción habitual de la razón individual y en las que hay mucho que ganar y nada que perder al reconocer una autoridad. El primer propósito y una de las principales ventajas de las religiones es proporcionar, sobre cada una de esas cuestiones primordiales, una solución neta, precisa, inteligible para la multitud y muy duradera"[29].

---

[27] Es llamativa en esta segunda parte la consideración de los peligros del igualitarismo democrático. *"Es preciso reconocer que la igualdad que trae tantos bienes al mundo, sugiere también, como mostraré después, ideas muy peligrosas, pues tiende a separar a los hombres unos de otros, de modo que no se ocupe cada uno sino de sí mismo, y abre en su alma un vasto campo al deseo desmedido de los goces materiales".* (TOCQUEVILLE, 2007, II, I, V, p. 545).

[28] TOCQUEVILLE, 2007, I, I, V, *Necesidad de estudiar lo que sucede en los Estados antes de hablar del gobierno de la Unión*, acápite *La administración en la Nueva Inglaterra,* p. 106.

[29] TOCQUEVILLE, 2007, Ibid., II, I, V, p. 544.

Actualidad Juridica 28.indd 485 10-07-13 18:34

Una libertad de conciencia absoluta, que conduzca a la independencia religiosa, es peligrosa para la libertad política[30], porque afloja los lazos de lo común. De ahí que los norteamericanos sometan sin problemas su libertad de juicio individual a las creencias del cristianismo (cada cual según su techo o genéricamente)[31].

En este aspecto, nuestro pensador sostiene que los dogmas religiosos son necesarios para el ejercicio real de la libertad de conciencia. Pero cuidado. Se trata de una constatación psicológica que no supone una toma de posición acerca del deber que tiene la conciencia humana de buscar la verdad divina objetiva y de adherirse a ella, como en el pensamiento clásico:

"Si considero al hombre por separado, descubro que las creencias dogmáticas le son tan indispensables para vivir solo como para actuar en común con sus semejantes ... Un hombre que emprendiese la tarea de examinarlo todo por sí mismo no podría dedicar más que un poco de tiempo a cada cosa. Una tarea semejante mantendría su entendimiento en una agitación perpetua que le impediría penetrar profundamente en verdad alguna y basarse con solidez en ninguna certidumbre. Su inteligencia sería a un mismo tiempo independiente y débil. Por lo tanto, hace falta que entre los diversos objetos de las opiniones humanas, elija y adopte muchas creencias sin discutirlas, con el objeto de profundizar mejor en el número reducido que se ha reservado. Es cierto que todo hombre que recibe una opinión que otro ha emitido esclaviza su mente, pero se trata de una servidumbre saludable que le permite hacer buen uso de la libertad"[32].

Tocqueville, que se había congraciado con las ideas laicas de los ilustrados, rechaza aquí los intentos por desembarazar la conciencia humana de toda autoridad religiosa y moral. El rechazo procede de una fina observación sociológica: todo intento por producir tal desvinculación es engañoso y vano. La conciencia del hombre vuelve siempre a someterse a un dogma, pues necesita la estabilidad para vivir. Lo único que muta es el titular y la dignidad de aquella, pues en los tiempos democráticos se busca la autoridad en el hombre y no fuera de él[33].

---

30 *"Yo dudo que el hombre pueda alguna vez soportar a un mismo tiempo una completa independencia religiosa y una entera libertad política; y me inclino a pensar que si no tiene fe, es preciso que sirva, y si es libre, que crea"* (TOCQUEVILLE, 2007, II, I, V, p. 545).

31 *"Los norteamericanos, habiendo admitido sin examen los principales dogmas de la religión cristiana, se ven obligados a recibir del mismo modo un gran número de verdades que dependen y nacen de éstos; lo cual encierra en límites estrechos el análisis individual y le sustrae muchas de las más importantes opiniones humanas. El despotismo es el que puede prescindir de la fe, no la libertad. ... ¿qué hacer de un pueblo dueño de sí mismo, si no está sometido a Dios?"*. (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, IX, p. 362).

32 TOCQUEVILLE, 2007, II, I, II, pp. 529-530.

33 *"Es, pues, indispensable que la autoridad se encuentre en algún lado en el mundo intelectual y moral; su puesto varía, pero no desaparece. Así, la cuestión no es saber si existe una autoridad intelectual en los siglos democráticos, sino solamente dónde se halla y hasta dónde se extiende ... Ya he mostrado en el capítulo precedente que la igualdad de condiciones hacía concebir a los hombres una especie de incredulidad por lo sobrenatural, y una idea muy alta y frecuentemente exagerada sobre la razón humana. Los hombres que viven en estos tiempos de igualdad, son difícilmente conducidos a colocar el poder intelectual a que se someten, ni encima, ni fuera de la humanidad. Así es que siempre buscan en sí mismos o en sus semejantes el origen de la verdad ... Querrán encontrar en los límites de la humanidad y no más allá, el árbitro principal de sus creencias"* (TOCQUEVILLE, 2007, II, I, II, p. 530).

Actualidad Juridica 28.indd 486 10-07-13 18:34

Esta concepción de la libertad de conciencia, que podemos llamar "conservadora" –pues conserva utilitariamente los dogmas– parece que se opone a la "liberal", que convierte la conciencia en una instancia individual autónoma. Tocqueville estigmatiza una de sus consecuencias: el individualismo.

"El individualismo es una expresión reciente que ha producido una idea nueva. Nuestros padres solo conocían el egoísmo ... El egoísmo es un vicio tan antiguo como el mundo, y pertenece indistintamente a cualquier forma de sociedad. El individualismo es de origen democrático, y amenaza con desarrollarse a medida que se igualan las condiciones"[34].

Empero, por más que Tocqueville rechace el individualismo, se ha de caer en la cuenta que tanto la libertad de conciencia "conservadora" como la "liberal" son de la misma especie. Ambas son inmanentes. Son de la misma hechura, aunque la primera se detenga antes que la segunda. La libertad conservadora que valora nuestro autor –los matices de la valoración pueden ser discutidos– es inmanente en el ámbito colectivo-estatal. La liberal lo es también en el espacio individual.

4) Las promesas del mito americano se vuelven contra la libertad.

La libertad de conciencia tiene como derivada la libertad de pensamiento. Nuestro autor defiende la inmunidad de la libertad de opinión en materia religiosa. Pero observa, con agudeza, que la libertad de pensamiento en general corre el riesgo de reducirse a algo puramente formal en un país en el que rige el principio de la mayoría uniformadora:

"El pensamiento es un poder invisible y casi inaprensible que se burla de todas las tiranías. En nuestros días, los soberanos más absolutos de Europa no podrían impedir que ciertas ideas hostiles a su autoridad circulen secretamente en sus Estados y hasta en el seno de sus cortes. En América no ocurre lo mismo: mientras la mayoría está dudosa, se habla; pero, desde que se ha pronunciado irrevocablemente, todos se callan, y amigos como enemigos parecen entonces subirse a su carro de

[34] TOCQUEVILLE, 2007, II, II, II, *El individualismo en los países democráticos*, p. 633. Tocqueville distingue entre egoísmo e individualismo: *"Hemos expuesto cómo en los siglos de igualdad cada hombre busca sus creencias en sí mismo. Ahora quisiéramos mostrar cómo en estos mismos siglos dirige todos sus sentimientos hacia él solo ... El egoísmo es el amor apasionado y exagerado de sí mismo, que conduce al hombre a no referir nada sino a él solo y a preferirse a todo. El individualismo es un sentimiento pacífico y reflexivo que predispone a cada ciudadano a separarse de la masa de sus semejantes, a retirarse a un paraje aislado, con su familia y sus amigos; de suerte que después de haberse creado así una pequeña sociedad a su modo, abandona con gusto la grande. El egoísmo nace de un ciego instinto; el individualismo procede de un juicio erróneo, más bien que de un sentimiento depravado, y tiene su origen tanto en los defectos del espíritu como en los vicios del corazón".* (TOCQUEVILLE, 2007, II, II, II, p. 633).

Actualidad Juridica 28.indd 487 10-07-13 18:34

común acuerdo. La razón es sencilla: no existe un monarca tan absoluto que pueda reunir en su mano todas las fuerzas de la sociedad y vencer las resistencias como lo puede hacer una mayoría revestida del derecho a hacer las leyes y ejecutarlas ... La mayoría está revestida de una fuerza a la vez material y moral que actúa sobre la voluntad tanto como sobre las acciones, y que impide, al mismo tiempo, el hecho y el deseo de hacerlo[35].

En el país de la democracia se da un brutal contrasentido. Estados Unidos puede convertirse en una antesala del despotismo, tanto más peligroso cuanto más informal pueda ser el poder de la mayoría en sus entrañas. Fuera de ese poder no hay nada que le haga de contrapeso, por lo que no queda otra alternativa que servirle y someter, bajo el velo de la libertad de discusión, la auténtica libertad del espíritu[36].

En una página memorable, Tocqueville compara las características del despotismo antiguo y el nuevo –el que corresponde a la época de la libertad y la igualdad– y concluye que el último es mucho más intenso, universal y opresor:

"Los príncipes habían, por decirlo así, materializado la violencia; las Repúblicas democráticas de nuestros días la han vuelto tan intelectual como la voluntad humana a la que quieren sojuzgar. Bajo el gobierno absoluto de uno solo, el despotismo, para llegar al alma, hería groseramente el cuerpo y el alma... Pero en las repúblicas democráticas no procede así la tiranía. Ésta deja el cuerpo y va derecha al alma. El amo ya no dice: "Pensaréis como yo o moriréis". Afirma: "Sois libres de no pensar como yo ... Id en paz, os dejo la vida, pero os la dejo peor que la muerte"[37].

Nuestro autor ve emerger el poder de la mayoría bajo diversas formas. Quizás la más impresionante de todas, porque es una previsión clarividente, es la subyugación que en los tiempos democráticos ejerce la opinión común –o más exactamente, quienes tienen la capacidad de fabricarla, orientarla o dirigirla– sobre el juicio individual de los ciudadanos.

---

[35] TOCQUEVILLE, 2007, I, II, VII, *La omnipotencia de la mayoría en los Estados Unidos y su efecto,* acápite *El poder que ejerce la mayoría en Norteamérica sobre el pensamiento*, pp. 311-312.

[36] *"No conozco país alguno donde haya, en general, menos independencia de espíritu y verdadera libertad de discusión que en Norteamérica ... en el seno de una democracia organizada como lo está la de los Estados Unidos, no se encuentra un solo poder, ni un solo elemento de fuerza y de éxito, fuera de él"* (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, VII, p. 311-312).

[37] TOCQUEVILLE, 2007, I, II, VII, pp. 312-313. El texto completo de la comparación dice: *"Sois libres de no pensar como yo; vuestra vida, vuestros bienes, todo lo conservaréis; pero desde este día sois un extranjero entre nosotros. Guardaréis vuestros privilegios en la ciudad, pero se os volverán inútiles; porque, si pretendéis el voto de vuestros conciudadanos, no os lo concederán y, si no pedís sino su lastima, fingirán todavía rehusárosla. Permaneceréis entre los hombres, pero perderéis vuestros derechos a la Humanidad. Cuando os acerquéis a vuestros semejantes, huirán de vosotros como de un ser impuro; y quienes creen en vuestra inocencia, esos mismos os abandonarán, porque huirán de ellos a su vez. Idos en paz, os dejo la vida, pero os la dejo peor que la muerte".* Sobre los Estados Unidos Tocqueville escribe: *"En América, la mayoría traza un círculo formidable en torno al pensamiento. Dentro de esos límites el escritor es libre, pero ¡ay si se atreve a salir de él! No es que tenga que temer un auto de fe, pero está amagado de sinsabores de toda clase, de persecuciones todos los días"* (TOCQUEVILLE, 2007, p. 312).

Actualidad Juridica 28.indd 488 10-07-13 18:34

"Los hombres que viven en estos tiempos de igualdad difícilmente son conducidos a ubicar la autoridad intelectual a la cual se someten fuera y encima de la Humanidad. Por lo común, buscan la fuente de la verdad en ellos mismos o en sus semejantes. En los siglos de igualdad ... A medida que los ciudadanos se hacen más iguales, disminuye la inclinación de cada uno a creer ciegamente en un hombre o en una determinada clase. La disposición a creer en la masa aumenta, cada vez es más la opinión la que dirige el mundo. En los pueblos democráticos, la opinión común no sólo es la única guía que queda a la razón individual, sino que tiene en esos pueblos una influencia infinitamente mayor que en ningún otro"[38].

Lo anterior lleva a concluir que no hay libertad de espíritu en la Democracia norteamericana, porque el "poder irresistible" de la mayoría es "un hecho continuo y su buen empleo no es sino un accidente"[39].

En rigor, los juicios negativos de Tocqueville son de tal calado que debieran tener un efecto mayúsculo en su apreciación general positiva sobre el sistema norteamericano. Porque ese poder irresistible es el Estado y el peligro está más, como observaría Constant, en la concentración del poder moderno que en el número de manos que lo manejan. Tocqueville, sin embargo, retrocede a tiempo. El cuadro no resulta tan sombrío, agrega, si se tiene en cuenta que los excesos hacen que la independencia de espíritu se sienta inclinada en la sociedad nueva a hacer frecuente uso de la razón individual sin abusar de ella[40].

La libertad de prensa cumple aquí un papel insustituible en la comunicación del pensamiento, por lo que pesan más sus beneficios que sus perjuicios[41].

---

[38] TOCQUEVILLE, 2007, II, I, II, pp. 530-531. La causa es bastante profunda y toca en la llaga del problema de la igualdad como valor político y social: *"En los tiempos de igualdad, los hombres no tienen ninguna fe los unos en los otros a causa de su semejanza; pero esta misma semejanza les hace confiar de un modo casi ilimitado en el juicio del público, porque no pueden concebir que, teniendo todos luces iguales, no se encuentre la verdad al lado del mayor número. Cuando el hombre que vive en los países democráticos se compara individualmente a todos los que le rodean, conoce con orgullo que es igual a cada uno de ellos; pero cuando contempla la reunión de sus semejantes y viene a colocarse al lado de este gran cuerpo, pronto se abruma bajo su insignificancia y su flaqueza. La misma igualdad que lo hace independiente de cada uno de los ciudadanos en particular, lo entrega aislado y sin defensa a la acción del mayor número"* (TOCQUEVILLE, 2007, II, I, II, pp. 530-531).

[39] *"Si Norteamérica no ha tenido todavía grandes escritores, no debemos buscar la razón en otra parte: no existe genio literario sin libertad de espíritu, y no hay libertad de espíritu en Norteamérica. La Inquisición nunca pudo impedir que circularan en España libros contrarios a la religión de los más. El imperio de la mayoría se ejerce mejor en los Estados Unidos: ha borrado hasta el pensamiento de publicarlos.... Ese poder irresistible es un hecho continuo, y su buen empleo no es sino un accidente"*. (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, VII, pp. 313).

[40] *"La independencia de espíritu que la igualdad supone no es nunca tan grande ni parece tan excesiva, como en el momento en que ésta empieza a establecerse, y mientras dura el penoso trabajo que la funda. Debe distinguirse con cuidado, pues, la clase de libertad intelectual que la igualdad produce, de la anarquía que la revolución trae consigo. Considérense aparte cada una de estas dos cosas, para no concebir ni esperanzas, ni temores exagerados del porvenir. Creo que los hombres que vivan en las sociedades nuevas harán frecuentemente uso de su razón individual; pero estoy muy lejos de pensar que abusen de ella a menudo"*. (TOCQUEVILLE, 2007, II, I, I, p. 527).

[41] *"Confieso que no profeso a la libertad de prensa ese amor completo e instantáneo que se otorga a las cosas soberanamente buenas por su naturaleza. La quiero por consideración a los males que impide, más*

Actualidad Juridica 28.indd 489 10-07-13 18:34

Pero al final se tiene la impresión de unos efectos desoladores. La libertad de pensamiento resulta de todas maneras cazada por el sistema político que, se supone, le da más garantías. El poder político inmenso que llamamos Estado ya ha sido construido en América. Su despliegue mayor o menor será objeto de una permanente lucha política en torno al flujo y reflujo de la estatalidad. Pocas o muchas manos, el poder estatal es conceptualmente absoluto. Elocuente reconocimiento de que la Modernidad, aun invocando la libertad, exaspera sus propias creaciones.

5) El irresistible despliegue de la estatalidad.

En el primer volumen de la Democracia en América nuestro autor aborda algunos fallos del sistema, de honda repercusión en el dinamismo omnipresente del poder estatal. Y en el segundo volumen enfrenta directamente la cuestión de la concentración del poder en el Estado norteamericano. Exponemos en cuatro puntos estas singularidades:

(i) El imperio omnímodo de la prensa hace sentir su influencia sobre todas las opiniones y asume sobre ellas el rol de tutora[42].

ii) El despotismo de la partitocracia agobia el sistema[43].

iii) La omnipotencia de la mayoría, numéricamente considerada. El pensador francés analiza con detenimiento el influjo de las mayorías en el

que a los bienes que realiza. Si alguien me mostrara, entre la independencia completa y la servidumbre entera del pensamiento, una posición intermedia donde yo pudiese permanecer, me establecería en ella tal vez; pero, ¿quién descubrirá esa posición intermedia?" (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, III, *La libertad de prensa en los Estados Unidos,* pp. 229-230). El gran peligro de la libertad de prensa es su abuso, pero reprimir el abuso conduce a una situación peor: *"¿Pero a dónde habéis llegado? Habéis partido de los abusos de la libertad, y os encuentro bajo los pies de un déspota"* (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, III, pp. 230).

[42] Nuestro autor dedica el capítulo tercero de la segunda parte del volumen primero a la *"libertad de prensa en los Estados Unidos",* así como otros muchos pasajes dispersos. La prensa tiene un poder sobre el pensamiento cuyos excesos no pueden frenarse sin causar mayores males. El juicio de Tocqueville puede ser caracterizado por la siguiente frase: *"La libertad de prensa no deja solamente sentir su poder sobre la opinión política, sino también sobre todas las opiniones de los hombres. No modifica sólo las leyes, sino las costumbres ... En Norteamérica, como en Francia, es ese poder extraordinario, tan extrañamente mezclado de bienes y de males, que sin ella la libertad no podría vivir y que con ella apenas puede mantenerse el orden"* (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, III, p. 229).

[43] Tocqueville no utiliza el neologismo *partitocracia.* El capítulo segundo de la segunda parte del volumen primero tiene como tema central los partidos en los Estados Unidos, entendidos como facciones o corrientes de opinión, género en el que cabe la especie institucionalizada del partido político. El autor afirma que "*los partidos son un mal inherente a los gobiernos libres"*. En ese contexto, no critica el sistema de partidos en sí mismo, sino su abuso, que queda reflejado en la siguiente idea: *"El despotismo de las facciones no es menos temible que el de un solo hombre. Cuando la masa de ciudadanos no quiere ocuparse sino de sus asuntos privados, los partidos menos numerosos no deben perder la esperanza de hacerse dueños de los negocios públicos. Entonces no es raro ver en la vasta escena del mundo, así como en nuestros teatros, a la multitud representada por algunos hombres. Éstos hablan solos, en nombre de una muchedumbre ausente o descuidada; sólo obran en medio de la inmovilidad universal; disponen, según sus caprichos, de todas las cosas; cambian las leyes y tiranizan a su antojo las costumbres; se asombra uno al contemplar el pequeño número de débiles e indignas manos en que así puede caer un gran pueblo"* (TOCQUEVILLE, 2007, II, II, XIV, p. 685).

Actualidad Juridica 28.indd 490 10-07-13 18:34

poder estatal, en sus diversas manifestaciones, teniendo a la vista el modelo norteamericano[44]. Sus descripciones cobran hoy gran actualidad y podemos extraer de ellas unas cuantas caracterizaciones de la lógica de la totalidad del Estado moderno:

a) En cuanto a la esencia: "Es esencia misma de los gobiernos democráticos que el imperio de la mayoría sea en ellos absoluto, puesto que fuera de la mayoría en las democracias no hay nada que resista"[45].

b) En cuanto a su origen: "Considero como impía y detestable la máxima de que, en materia de gobierno, la mayoría de un pueblo tiene el derecho a hacerlo todo y, sin embargo, sitúo en la voluntad de la mayoría el origen de todos los poderes. ¿Estoy en contradicción conmigo mismo? ... Cuando me opongo a obedecer una ley injusta, no niego a la mayoría el derecho de mandar; apelo de la soberanía del pueblo ante la soberanía del género humano (sic)"[46].

c) En cuanto a su aplicación: "La mayor parte de las constituciones norteamericanas han tratado todavía de aumentar artificialmente esta fuerza natural de la mayoría"[47].

"Lo que reprocho más al gobierno democrático, tal como ha sido organizado en los Estados Unidos, no es, como muchas personas lo pretenden en Europa, su debilidad, sino al contrario su fuerza irresistible. Y lo que me repugna más en Norteamérica, no es la extremada libertad que allí reina, es la poca garantía que se tiene contra la tiranía[48].

d) En cuanto a su fundamento y extensión:

d.i) Se desvincula del principio de trascendencia: "La omnipotencia me parece en sí una cosa mala y peligrosa. Su ejercicio me parece superior a las fuerzas del hombre, quienquiera que sea, y no veo sino a Dios que

[44] El capítulo séptimo de la segunda parte del volumen primero está dedicado a esta importante cuestión, y lleva como título *La omnipotencia de la mayoría en los Estados Unidos y su efecto*. Sucesivamente se analiza (i) *la fuerza natural de la mayoría en las democracias y cómo la mayor parte de las constituciones norteamericanas han acrecentado artificialmente esa fuerza natural*; (ii) *Cómo la omnipotencia de la mayoría aumenta en Norteamérica la inestabilidad legislativa y administrativa que es natural a las democracias*; (iii) *Tiranía de las mayorías a través de la soberanía popular*; (iv) *Efectos de la omnipotencia de la mayoría sobre el arbitrio de los funcionarios públicos norteamericanos*; (v) *El poder que ejerce la mayoría en Norteamérica sobre el pensamiento*; (vi) *Efectos de la tiranía de la mayoría sobre el carácter nacional de los norteamericanos*; (vii) *Que el mayor peligro de la confederación norteamericana viene de la omnipotencia de la mayoría* (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, VII, pp. 303-317).

[45] TOCQUEVILLE (2007) I, II, VII, p. 303.

[46] TOCQUEVILLE (2007) I, II, VII, p. 308. No hay párrafo más oportuno para hacer patente la ausencia de lógica del autor que parte del supuesto de la soberanía popular, pero que pretende esquivar sus últimas consecuencias cuando visualiza el carácter aterrador de éstas.

[47] TOCQUEVILLE (2007) I, II, VII, p. 303.

[48] TOCQUEVILLE (2007) I, II, VII, p. 309. A continuación agrega: *"Cuando un hombre o un partido sufre una injusticia en los Estados Unidos, ¿a quién queréis que se dirija? ¿A la opinión pública? Es ella la que forma la mayoría. ¿Al poder ejecutivo? Es nombrado por la mayoría y le sirve de instrumento pasivo. ¿A la fuerza pública? La fuerza pública no es otra cosa que la mayoría bajo las armas. ¿Al jurado? El jurado es la mayoría revestida del derecho de pronunciar sentencias. Los jueces mismos, en ciertos Estados, son elegidos por la mayoría. Por inicua o poco razonable que sea la medida que os hiere, os es necesario someteros a ella"* (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, VII, pp. 309-310).

Actualidad Juridica 28.indd 491 10-07-13 18:34

pueda sin peligro ser todopoderoso, porque su sabiduría y su justicia son siempre iguales a su poder. No hay, pues, sobre la tierra autoridad tan responsable en sí misma, o revestida de un derecho tan sagrado, que yo quisiere dejar obrar sin control y dominar sin obstáculos. Cuando veo conceder el derecho y la facultad de hacerlo todo a un poder cualquiera, llámese pueblo o rey, democracia o aristocracia, digo: aquí está el germen de la tiranía, y trato de ir a vivir bajo otras leyes"[49].

d.ii) Se opone a cualquier contrapoder social no estatal: "Pienso, pues, que es necesario colocar siempre en alguna parte un poder social superior a todos los demás; pero veo la libertad en peligro cuando ese poder no encuentra ante sí ningún obstáculo que pueda detener su marcha y darle tiempo para moderarse a sí mismo"[50].

d.iii) Es capaz de dominar hasta el pensamiento y la decisión moral de los ciudadanos: "Cuando se llega a examinar cuál es en los Estados Unidos el ejercicio del pensamiento, es cuando se percata uno muy claramente hasta qué punto el poder de la mayoría sobrepasa a todos los poderes que conocemos en Europa"[51].

Las razones que expone Tocqueville son múltiples, pero interrelacionadas:

* La tiranía de la mayoría en cuanto es espiritual supera en mucho los medios materiales del despotismo antiguo[52].

* En tiempos de la igualdad, los iguales son serviles a lo que se presenta como opinión común[53].

---

[49] TOCQUEVILLE (2007) I, II, VII, p. 309.

[50] TOCQUEVILLE (2007) I, II, VII, p. 309.

[51] TOCQUEVILLE (2007) I, II, VII, p. 311. *"Existe un gran número de teorías en materia filosófica, de moral o de política, que cada uno adopta, sin examen, sobre la fe del público; y si se mira de cerca, se encontrará con que la religión misma impera allí menos como doctrina revelada que como opinión común"* (TOCQUEVILLE, 2007, II, I, II, pp. 531-532).

[52] *"El pensamiento es un poder invisible y casi imponderable que se burla de todas las tiranías. En nuestros días, los soberanos más absolutos de Europa no podrían impedir que ciertas ideas hostiles a su autoridad circulen sordamente en sus Estados y hasta en el seno de sus cortes. No sucede lo mismo en Norteamérica. En tanto que la mayoría es dudosa, se habla; pero, desde que se ha pronunciado irrevocablemente, cada uno se calla, y amigos y enemigos parecen entonces unirse de acuerdo al mismo carro. La razón es sencilla: no hay monarca tan absoluto que pueda reunir en su mano todas las fuerzas de la sociedad, y vencer las resistencias, como puede hacerlo una mayoría revestida del derecho de hacer las leyes y ejecutarlas.*

Un rey, por otra parte, no tiene sino un poder material que actúa sobre las acciones y que no puede alcanzar a las voluntades; pero la mayoría está revestida de una fuerza a la vez material y moral, que obra sobre la voluntad tanto como sobre las acciones, y que impide al mismo tiempo el hecho y el deseo de hacer" (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, VII, pp. 311-312).

[53] *"La opinión común no sólo es el único guía que queda a la razón individual en los pueblos democráticos, sino que tiene en ellos una influencia infinitamente mayor que en ninguna otra parte. En los tiempos de igualdad, los hombres no tienen ninguna fe los unos en los otros a causa de su semejanza; pero esta misma semejanza les hace confiar de un modo casi ilimitado en el juicio del público, porque no pueden concebir que, teniendo todos luces iguales, no se encuentre la verdad al lado del mayor número.*

Cuando el hombre que vive en los países democráticos se compara individualmente a todos los que le rodean, conoce con orgullo que es igual a cada uno de ellos; pero cuando contempla la reunión de sus semejantes y viene a colocarse al lado de este gran cuerpo, pronto se abruma bajo su insignificancia y su flaqueza. La misma igualdad que lo hace independiente de cada uno de los ciudadanos en particular, lo entrega aislado y sin defensa a la acción del mayor número" (TOCQUEVILLE, 2007, II, I, II, p. 531).

Actualidad Juridica 28.indd 492 10-07-13 18:34

e) En cuanto a su fin: "la tiranía de la mayoría busca sojuzgar no los cuerpos, sino directamente las voluntades"[54].

"En los Estados Unidos, la mayoría se encarga de suministrar a los individuos muchas opiniones ya formadas, y les aligera de la obligación de formarlas por sí"[55].

Los acápites (d.iii) y (e) muestran el nivel de máxima tensión entre el Estado moderno del modelo norteamericano y el valor de la libertad que él mismo desenvolvió constitucionalmente.

iv) El Estado democrático favorece la concentración de poderes[56], puesto que se desenvuelve sometiendo, igualando y uniformizando las jerarquías y poderes pre-existentes no estatales[57]. Una vez que ha

[54] El texto de Tocqueville es lúcido. Ya lo hemos citado en otro lugar, pero es bueno transcribirlo aquí en la íntegra: *"No conozco país alguno donde haya, en general, menos independencia de espíritu y verdadera libertad de discusión que en Norteamérica ... En Norteamérica, la mayoría traza un círculo formidable en torno al pensamiento. Dentro de esos límites el escritor es libre, pero ¡ay si se atreve a salir de él! No es que tenga que temer un auto de fe, pero está amagado de sinsabores de toda clase, de persecuciones todos los días. La carrera política le está cerrada; ofendió al único poder que tiene la facultad de abrírsela. Se le rehúsa todo, hasta la gloria. Antes de publicar sus opiniones, creía tener partidarios; le parece que no los tiene ya, ahora que se ha descubierto a todos; porque quienes lo censuran se expresan en voz alta, y quienes piensan como él, sin tener su valor, se callan y se alejan. Cede, se inclina en fin bajo el esfuerzo de cada día, y se encierra en el silencio, como si experimentara remordimientos por haber dicho la verdad.*

Cadenas y verdugos, ésos eran los instrumentos groseros que empleaba antaño la tiranía; pero en nuestros días la civilización ha perfeccionado hasta el despotismo, que parecía no tener ya nada que aprender.

Los príncipes habían, por decirlo así, materializado la violencia; las Repúblicas democráticas de nuestros días la han vuelto tan intelectual como a la voluntad humana que quiere sojuzgar. Bajo el gobierno absoluto de uno solo, el despotismo, para llegar al alma, hería groseramente el cuerpo; y el alma, escapando de sus golpes, se elevaba gloriosa por encima de él; pero en las Repúblicas democráticas no procede de ese modo la tiranía; deja el cuerpo y va derecho al alma. El señor no dice más: Pensaréis como yo, o moriréis, sino que dice: Sois libres de no pensar como yo; vuestra vida, vuestros bienes, todo lo conservaréis; pero desde este día sois un extranjero entre nosotros. Guardaréis vuestros privilegios en la ciudad, pero se os volverán inútiles; porque, si pretendéis el voto de vuestros conciudadanos, no os lo concederán y, si no pedís sino su lastima, fingirán todavía rehusárosla. Permaneceréis entre los hombres, pero perderéis vuestros derechos a la Humanidad. Cuando os acerquéis a vuestros semejantes, huirán de vosotros como de un ser impuro; y quienes creen en vuestra inocencia, ésos mismos os abandonarán, porque huirán de ellos a su vez. Idos en paz, os dejo la vida, pero os la dejo peor que la muerte" (TOCQUEVILLE, 2007, I, II, VII, pp. 312-313).

[55] TOCQUEVILLE (2007) II, I, II, p. 531.

[56] Es una tesis que Tocqueville explicita en el segundo volumen de su *Democracia en América*, con lo que matiza sus entusiasmos democráticos del primer volumen. En su cuarta parte, varios capítulos están dedicados a demostrar cómo el Estado democrático favorece la concentración de poderes, mirando especialmente el modelo norteamericano. El capítulo segundo muestra que *"las ideas de los pueblos democráticos en materia de gobierno son naturalmente favorables a la concentración de poderes";* el capítulo tercero que *"los sentimientos de los pueblos democráticos están de acuerdo con sus ideas para inclinarlos a concentrar el poder";* el capítulo cuarto especifica *"algunas causas particulares y accidentales que acaban por inclinar a un pueblo democrático a centralizar el poder, o que se lo impiden";* el capítulo quinto formula el lazo que une al Estado democrático europeo con la concentración del poder: *"entre las naciones europeas de nuestros días, el poder soberano crece, aunque los soberanos sean menos estables";* el capítulo sexto inquiere *"qué clase de despotismo deben temer las naciones democráticas";* continuando el capítulo séptimo sobre el mismo asunto. El capítulo octavo recapitula en términos generales el problema (TOCQUEVILLE, 2007, II, IV, II-VIII, pp. 859-904).

[57] Tocqueville nota que *"en todas partes, la noción del poder intermedio se obscurece y se borra. La idea de un derecho inherente a ciertos individuos desaparece con rapidez del espíritu de los hombres viniendo a reemplazarla la idea del derecho todopoderoso y, por decirlo así, único, de la sociedad civil. Tales ideas se arraigan y crecen, a medida que las condiciones se hacen más iguales y los hombres más semejantes; la igualdad las hace nacer, y ellas a su vez apresuran los progresos de la igualdad ...*

Actualidad Juridica 28.indd 493 10-07-13 18:34

alcanzado la meta, el poder así concentrado es el gran instrumento de dominio.

Tocqueville hace una notable descripción de los contrapoderes que existían en la sociedad prerrevolucionaria y que hacían imposible el establecimiento del poder estatal omnímodo postrevolucionario[58]. Por el contrario, los Estados de los tiempos democráticos se encaminan hacia el poder total:

"Si se reflexiona sobre lo que precede, no podrá uno menos de sorprenderse e intimidarse, al ver que en Europa todo parece concurrir a aumentar indefinidamente las prerrogativas del poder central y a hacer la existencia individual cada vez más precaria y más subordinada. Las naciones democráticas de Europa tienen todas las tendencias generales y permanentes de los norteamericanos hacia la centralización de poderes, y además están sometidas a una multitud de causas secundarias y accidentales, que no conocen los norteamericanos. Se diría que cada paso que dan

En nuestros días, los gobiernos se desvelan a fin de imponer los mismos usos y las mismas leyes a poblaciones que todavía no se asemejan. A medida que se igualan las condiciones en un pueblo, los individuos parecen más pequeños y la sociedad se hace más grande, o más bien cada ciudadano, semejante a todos los demás, se pierde entre la multitud y no se descubre más que la vasta y magnífica imagen del pueblo mismo" (TOCQUEVILLE, 2007, II, IV, II, pp. 861 y 860).

[58] En el Antiguo Régimen existían muchos contrapesos al llamado poder absoluto y que han sido destruidos por el Estado moderno. Citamos los aspectos más relevantes de la descripción: *"Durante los Siglos aristocráticos que precedieron al nuestro, los soberanos de Europa habían estado privados o se habían desprendido de muchos de los derechos inherentes a su poder. No hace todavía un siglo que, en la mayor parte de las naciones europeas, había particulares o cuerpos casi independientes que administraban justicia, levantaban y sostenían tropas, percibían impuestos y aun muchas veces daban leyes o las interpretaban. El Estado ha recobrado por todas partes estos atributos naturales del poder soberano, en todo lo que tiene relación con el gobierno; no sufre ese intermediario entre él y los ciudadanos, y los dirige por sí mismo en los negocios generales ... En la misma época existía en Europa un gran número de poderes secundarios, que representaban y administraban los intereses y negocios locales. La mayor parte de estas autoridades locales han desaparecido, y todas tienden a desaparecer rápidamente, o a caer en la más completa dependencia. De un extremo a otro de Europa, los privilegios de los señores, las libertades de las ciudades y las administraciones provinciales, están destruidas o van a serlo ... Europa ha experimentado, hace medio siglo, muchas revoluciones y contrarrevoluciones que la han conmovido en sentidos contrarios; pero todos estos movimientos se asemejan en un punto: todos han trastornado o destruido los poderes secundarios. Privilegios locales que la nación francesa no había abolido en los países conquistados por ella, sucumbieron por los esfuerzos de los príncipes que la han vencido. Estos príncipes han desechado todo lo nuevo que la revolución había creado en ellos, excepto la centralización, que es lo único que han consentido en conservar ... Quiero hacer ver que todos estos derechos diversos, arrancados sucesivamente en nuestro tiempo a clases, corporaciones y hombres, no han contribuido a elevar sobre una base más democrática nuevos poderes secundarios; sino que se han concentrado de todos lados en las manos del soberano ... Por todas partes el Estado dirige por sí mismo a todos los ciudadanos, y sólo conduce a cada uno de ellos en los negocios insignificantes.*

Casi todos los establecimientos de caridad de la antigua Europa, estaban en manos de particulares o de corporaciones; hoy han caído todos, poco más o menos, en la dependencia del soberano, y en muchos países son regidos por él. El Estado es quien casi únicamente ha tomado a su cargo dar pan a los que tienen hambre, socorro y asilo a los enfermos y trabajo a los desocupados; se ha convertido en el reparador casi único de casi todas las miserias. La educación también, como la caridad, ha venido a ser para la mayor parte de los pueblos de nuestros días un problema nacional. El Estado, frecuentemente, toma al hijo de los brazos de la madre para confiarlo a sus agentes, y se encarga de inspirar a cada generación sentimientos e ideas.

La uniformidad reina en los estudios, como en todo lo demás; la diversidad como la libertad, desaparecen cada día" (TOCQUEVILLE, 2007, II, IV, V, pp. 873-875).

Actualidad Juridica 28.indd 494 10-07-13 18:34

hacia la igualdad, las acerca al despotismo. Para convencerse de esto, basta echar una mirada alrededor nuestro y sobre nosotros mismos"[59].

Esas causas accidentales y secundarias aluden al "antiguo estado social de Europa (que) se altera y se disuelve" creando un vacío que aprovecha el Estado. Pero sustancialmente las diferencias a este respecto con el Estado norteamericano no son relevantes, puesto que la soberanía popular conduce a todos los Estados a un poder absoluto:

"Los norteamericanos creen que en cada Estado el poder social debe emanar directamente del pueblo; mas una vez que éste se constituye, no le suponen límites y reconocen que tiene derecho de hacerlo todo"[60].

La explicación se encuentra en la metamorfosis que la idea de igualdad política opera en las relaciones de los ciudadanos entre sí y de éstos con el Estado. Siendo los ciudadanos iguales, no tienen vínculos de subordinación y todos se figuran independientes. La única dependencia que reconocen es hacia el Estado, que al representar a todos los iguales no supone ninguna jerarquía y al establecer esa igualdad se hace tanto más fuerte cuánto más los individuos requieren de él[61]. Nuestro autor observa que, desde esta lógica estatal democrática, el modelo francés y el norteamericano caminan, cada cual a su modo, rumbo a un despotismo análogo:

---

[59] TOCQUEVILLE (2007) II, IV, V, p. 873. De ahí que el poder central se exprese en una legislación uniformadora: "*En los siglos de igualdad ...* (se) *concibe, por decirlo así, sin pensar, la idea de un poder único y central que dirige por sí mismo a todos los ciudadanos. Por lo demás, en política como en filosofía y en religión, la inteligencia de los pueblos democráticos recibe con gusto especial las ideas simples y generales. Rechaza los sistemas complicados y se complace en imaginar una gran nación compuesta toda de ciudadanos de un mismo tipo, dirigidos por un solo poder".*

Después de la idea de un poder único y central, la que más espontáneamente se presenta al espíritu de los hombres en los siglos de igualdad, es la de una legislación uniforme ... y la uniformidad legislativa le parece la condición primera de un buen gobierno" (TOCQUEVILLE, 2007, II, IV, II, p. 859).

[60] Tocqueville (2007) II, IV, II, p.860. A continuación agrega: *"En cuanto a los privilegios particulares concedidos a ciudades, familias o a individuos, han perdido hasta la idea de ello. Su espíritu no ha previsto nunca que no se puedan aplicar uniformemente iguales leyes a todas las partes del mismo Estado y a todos los hombres que lo habitan"* (Tocqueville, 2007, II, IV, II, p. 860).

[61] *"Si en los siglos de igualdad, perciben los hombres fácilmente la idea de un gran poder central, no se puede dudar de que sus hábitos y sus sentimientos los predisponen por otro lado a reconocer semejante poder y a prestarle su cooperación. Esto puede demostrarse en pocas palabras, por haber expuesto anteriormente la mayor parte de las razones en que se funda.*

Como en los siglos de igualdad ninguno está obligado a prestar auxilio a sus semejantes, ni nadie tiene derecho a esperarlo, todos son a la vez independientes y débiles. Estos dos estados, que no deben jamás considerarse separadamente ni confundirse, dan al ciudadano de las democracias instintos muy contrarios. Su independencia lo llena de confianza y de orgullo en el seno de sus iguales, y su debilidad le hace sentir, de tiempo en tiempo, la necesidad de un socorro extraño que no puede esperar de ninguno de ellos porque todos son débiles e indolentes....

Este odio inmortal y cada vez más encendido de los pueblos democráticos contra los menores privilegios, favorece singularmente la concentración gradual de todos los derechos políticos en las manos del representante del Estado" (Tocqueville, 2007, II, IV, III, p.863).

Actualidad Juridica 28.indd 495 10-07-13 18:34

"*Durante mi permanencia en los Estados Unidos, observé que un estado social democrático tal como el de los norteamericanos ofrecía una facilidad singular para el establecimiento del despotismo, y a mi regreso a Europa, vi que la mayor parte de nuestros príncipes se había servido ya de las ideas, sentimientos y necesidades que creaba este mismo estado social, para extender el círculo de su poder.*

Jamás se ha visto en los siglos pasados, soberano tan absoluto ni tan poderoso, que haya pretendido administrar por sí solo y sin la ayuda de los poderes secundarios todas las partes de un gran imperio, ni lo hay tampoco que haya intentado sujetar a todos sus súbditos a una regla uniforme, ni descendido al lado de cada uno de ellos para regirlo y conducirlo.

La idea de una empresa semejante no se había presentado jamás al espíritu humano, y si algún hombre hubiese llegado a concebirla, la insuficiencia de luces, la imperfección de los procedimientos administrativos y, sobre todo, los obstáculos naturales de la desigualdad de condiciones, lo habrían detenido bien pronto en la ejecución de tan vasto designio"[62].

La tensión con el valor constitucional de la libertad no tarda en aparecer. El Estado se convierte en reglamentador invasivo:

"*El poder del soberano no sólo se ha extendido, como acabamos de ver, en la esfera de los antiguos poderes, sino que ésta no basta para contenerlo; se desborda por todas partes, y va a derramarse en el dominio reservado hasta ahora a la independencia individual.*

Una infinidad de acciones, en otro tiempo fuera del dominio de la sociedad, han sido sometidas a él en nuestros días, y su número crece sin cesar"[63].

[62] Tocqueville (2007) II, IV, VI, p. 885. El autor observa, sin embargo, que la democracia norteamericana tiene recursos saludables para enfrentarse a los dislates del Estado. El más fructífero de ellos probablemente sea el espíritu asociativo que estudia en la segunda parte del volumen segundo: *"De qué manera combaten los norteamericanos el individualismo con instituciones libres"; "El uso que hacen los norteamericanos de la asociación en la vida civil";* y *"Relación que existe entre las asociaciones civiles y políticas"* (Tocqueville, 2007, II, II, respectivamente IV, V y VII, pp. 637-643 y 655-660).

[63] Tocqueville (2007) II, IV, V, p. 875. La expansión estatal alcanza fácilmente la zona de los derechos individuales que, por lo demás, el mismo Estado es el encargado de regular y proteger según su medida: *"Esto da, naturalmente, a los hombres de los tiempos democráticos una opinión muy alta de los privilegios de la sociedad, y una idea muy humilde de los derechos del individuo: admiten con facilidad que el interés del uno es el todo, y el del otro nada; convienen en que el poder que representa la sociedad, posee muchas más luces y ciencia que cualquiera de los hombres que la componen, y que su derecho y su deber consisten en tomar de la mano a cada ciudadano y conducirlo"* (Tocqueville, 2007, II, IV, II, p. 860).

La libertad religiosa también se ve afectada por el ímpetu regulador: *"No temo tampoco anticipar que en casi todas las naciones cristianas de nuestros días, católicas o protestantes, la religión está amenazada de caer en manos del gobierno: no porque los soberanos se muestren muy celosos de fijar por sí mismos el dogma, sino porque se apoderan cada vez más de la voluntad del que lo explica; quitan al clero sus propiedades, le asignan un salario, cambian y utilizan en su único provecho la influencia que aquél posee; hacen de él uno de sus funcionarios y frecuentemente uno de sus servidores y, unidos, penetran en lo más profundo del alma de cada hombre"* (Tocqueville, 2007, II, IV, V, p. 875).

Actualidad Juridica 28.indd 496 10-07-13 18:34

El resultado final es descrito por Tocqueville en una de sus páginas más logradas. Retrata al Estado como un poder absoluto, pero sigiloso y sutil; revestido de los hábitos de tutor se convierte en un "poder inmenso y tutelar" que todo lo ve y todo lo asegura y al que el pueblo se acostumbran en el nombre de la igualdad y de la libertad modernas. He aquí sus palabras. La cita es larga pero vale la pena reproducirla en lengua francesa para apreciar todo su valor:

"Je pense donc que l'espèce d'oppression, dont les peuples démocratiques sont menacés ne ressemblera à rien de ce qui l'a précédée dans le monde; nos contemporains ne sauraient en trouver l'image dans leurs souvenirs.

Je cherche en vain moi-même une expression qui reproduise exactement l'idée que je m'en forme et la renferme ; les anciens mots de despotisme et de tyrannie ne conviennent point. La chose est nouvelle, il faut donc tâcher de la définir, puisque je ne peux la nommer.

Je veux imaginer sous quels traits nouveaux le despotisme pourrait se produire dans le monde: je vois une foule innombrable d'hommes semblables et égaux (…) Chacun d'eux, retiré à l'écart, est comme étranger à la destinée de tous les autres: ses enfants et ses amis particuliers forment pour lui toute l'espèce humaine ; quant au demeurant de ses concitoyens, il est à côté d'eux, mais il ne les voit pas ; il les touche et ne les sent point ; il n'existe qu'en lui-même et pour lui seul, et, s'il lui reste encore une famille, on peut dire du moins qu'il n'a plus de patrie.

Au-dessus de ceux-là s'élève un pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d'assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux. Il ressemblerait à la puissance paternelle si, comme elle, il avait pour objet de préparer les hommes à l'âge viril ; mais il ne cherche, au contraire, qu'à les fixer irrévocablement dans l'enfance ; il aime que les citoyens se réjouissent, pourvu qu'ils ne songent qu'à se réjouir. Il travaille volontiers à leur bonheur ; mais il veut en être l'unique agent et le seul arbitre ; il pourvoit à leur sécurité, prévoit et assure leurs besoins, facilite leurs plaisirs, conduit leurs principales affaires, dirige leur industrie, règle leurs successions, divise leurs héritages, que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre? (…)

L'égalité a préparé les hommes à toutes ces choses : elle les a disposés à les souffrir et souvent même à les regarder comme un bienfait.

Après avoir pris ainsi tour à tour dans ses puissantes mains chaque individu, et l'avoir pétri à sa guise, le souverain étend ses bras sur la société tout entière ; il en couvre la surface d'un réseau de petites règles compliquées, minutieuses et uniformes, à travers lesquelles les esprits les plus originaux et les âmes les plus vigoureuses ne sauraient se faire jour pour dépasser la foule ; il ne brise pas les volontés, mais il

Actualidad Juridica 28.indd 497 10-07-13 18:34

les amollit, les plie et les dirige ; il force rarement d'agir, mais il s'oppose sans cesse à ce qu'on agisse ; il ne détruit point, il empêche de naître ; il ne tyrannise point, il gêne, il comprime, il énerve, il éteint, il hébète, et il réduit enfin chaque nation a n'être plus qu'un troupeau d'animaux timides et industrieux, dont le gouvernement est le berger"[64].

Hasta la crisis contemporánea del Estado, el siglo XX no hizo más que hacer realidad la previsión del pensador francés, por más diversos que hayan sido sus ensayos y versiones[65].

---

[64] Toqueville (1948b) *Quelle espèce de despotisme les nations démocratiques ont à craindre.*

"Pienso que la especie de opresión que amenaza a los pueblos democráticos no se parece a nada de lo que ha precedido en el mundo y que nuestros contemporáneos ni siquiera sabrían encontrar su imagen en sus recuerdos.

En vano busco en mí mismo una expresión que reproduzca y encierre exactamente la idea que me he formado de ella: las voces antiguas de despotismo y tiranía no le convienen. Esto es nuevo, y es preciso tratar de definirlo, puesto que no puedo darle nombre.

Quiero imaginar bajo qué rasgos nuevos el despotismo podría darse a conocer en el mundo; veo una multitud innumerable de hombres semejantes e iguales ... Retirado cada uno aparte, vive como extraño al destino de todos los demás: sus niños y sus amigos forman para él toda la especie humana, se encuentra al lado de sus conciudadanos, pero no los ve; los toca y no los siente; no existe sino en sí mismo y para él sólo, y si bien le queda una familia, puede decirse que no tiene patria.

Sobre éstos se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga sólo de asegurar sus goces y vigilar su suerte. Absoluto, minucioso, regular, advertido y benigno; se asemejaría al poder paterno, si como él tuviese por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, al contrario, no trata sino de fijarlos irrevocablemente en la infancia; quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que no piensen sino en gozar. Trabaja en su felicidad, mas pretende ser el único agente y el único árbitro de ella; provee a su seguridad y a sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales negocios, dirige su industria, arregla sus sucesiones, divide sus herencias y se lamenta de no poder evitarles el trabajo de pensar y la pena de vivir (…)

La igualdad ha preparado a los hombres para todas estas cosas : ella los dispone a padecerlas e incluso a mirarlas como un beneficio.

Después de haber tomado así alternativamente entre sus poderosas manos a cada individuo y de haberlo formado a su antojo, el soberano extiende sus brazos sobre la sociedad entera y cubre su superficie de un enjambre de leyes complicadas, minuciosas y uniformes, a través de las cuales los espíritus más originales y las almas más vigorosas no pueden abrirse paso y adelantarse a la muchedumbre: no destruye las voluntades, pero las ablanda, las somete y dirige; fuerza raras veces a obrar, pero se opone incesantemente a que se obre; no destruye, pero impide crear; no tiraniza, pero oprime; mortifica, embrutece, extingue, debilita y reduce, en fin a cada nación a un rebaño de animales tímidos e industriosos, cuyo pastor es el gobernante" (Tocqueville, 2007, II, IV, VI, *Qué clase de despotismo deben temer las naciones democráticas*, pp. 887-888). Hemos variado en detalles la traducción, para ser más fiel con el original.

[65] Desde el ángulo de la idea de Estado, Passerin D´Entrèves sostiene que ésta se elabora a partir del concepto de soberanía de Bodino, evoluciona con Hobbes, que intenta dar un fundamento racional a la existencia del Estado soberano y se perfecciona con autores como Montesquieu y los pensadores ilustrados que teorizan el dominio del Leviatán, esto es, el control del poder político sin alterar la lógica de la soberanía. PASSERIN D´ENTRÈVES, Alessandro (2001) *La noción de Estado. Una introducción a la teoría política.* Traducción de Ramón Punset. Barcelona: Ariel, 269 pp. 123-131, 133-142 y 143-161. Desgraciadamente, y a pesar de sus declaraciones en sentido contrario, el autor suele confundir el concepto moderno de Estado con las otras formas históricas de orden político precedente, por lo que su conceptualización del Estado termina haciéndose equivalente a la noción de "poder político", históricamente considerado. Miguel Ayuso apunta lo frecuente que fue este error en los grandes tratadistas alemanes del derecho del siglo XIX. AYUSO (1998) pp. 18-19.

Dalmacio Negro estudia en detalle la evolución del Estado moderno proponiendo diversas tipologías: (a) Estado de derecho, (b) Estado romántico, (c) Estado liberal burgués de Derecho y (d) Estado social de Derecho. NEGRO, Dalmacio (1995): *La tradición liberal y el Estado.* Madrid: Unión Editorial, 320 pp., pp. 197-227. Analiza asimismo la evolución del Estado moderno rumbo al Estado total, en el que

Actualidad Juridica 28.indd 498 10-07-13 18:34

A la vez, es una magnífica evocación de lo que hay de ilusorio del valor de la libertad en cuanto crece a la sombra del Estado moderno en el despliegue de su totalidad. Porque muestra que aun en las hipótesis de compromiso en las que el poder estatal renuncia a intervenir formalmente en la vida individual de cada ciudadano, que por principio, se dice, es dejada a la libertad moral de cada cual, aquel tiene mil resortes informales para cuajar una dirección tutelar sobre las decisiones individuales.

incluye el Estado totalitario, de acuerdo al modelo nazi, fascista y comunista, y el Estado-providencia que es la respuesta aparentemente liberal al totalitatismo, pero de fondo igualmente totalitario. NEGRO (1995) pp. 254-229. Sobre la evolución del Estado moderno, AYUSO (1998) pp. 47-57; JOUVENEL (1998) pp. 223-371, y más ampliamente, GARCÍA PELAYO, Manuel (2005) Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 224 pp.

Actualidad Juridica 28.indd 499 10-07-13 18:34

Gran reforma ambiental legislativa e institucional. Lo mas relevante para las empresas:

Jorge Luis Varela Del Solar
Profesor de postgrado. Universidad del Desarrollo
Master en Derecho Público
Doctor en Derecho Internacional Ambiental

Resumen: Existe una significativa reforma –y creciente en su grado de implementación y ejecución– de la legislación y la institucionalidad ambientales, que ha tenido lugar en el país desde enero de 2010, fecha en que se iniciara. Aún hoy, a mediados del 2013, la reforma se encuentra con fases pendientes y en plena ejecución, en atención a que sus instituciones comienzan recién a funcionar y debido a que todavía existe normativa pendiente de promulgación. Esta reforma constituye una de las más significativas, en cantidad y calidad, que recuerde el sistema jurídico chileno. Este año es crítico en la implementación total y final de la reforma ambiental, en razón de que desde la última semana de diciembre de 2012 (y primera de marzo de 2013) entraron plenamente en funcionamiento el Segundo Tribunal Ambiental (de Santiago) y la Superintendencia del Medio Ambiente, el ente de fiscalización normativa. Este trabajo analiza críticamente algunos de los componentes más relevantes de la reforma y repasa los derechos de los titulares y empresas, frente alas extensas atribuciones legales y reglamentarias de fiscalización de la autoridad ambiental.

***

(I) La situación ambiental actual:

Una gran reforma –y creciente en su grado de implementación– de la legislación y la institucionalidad ambientales ha tenido lugar, en el país, desde enero de 2010, fecha en que se iniciara. Aún a mediados del 2013 la reforma se encuentra con fases pendientes y en plena ejecución. Este año es crítico en la implementación total y final de la misma, en razón de que desde la última semana de diciembre de 2012 (y primera de marzo de 2013) entraron plenamente en funcionamiento el Segundo Tribunal Ambiental (de Santiago) y la Superintendencia del Medio Ambiente, el ente de fiscalización normativa.

Actualidad Juridica 28.indd 501 10-07-13 18:34

El primero es un órgano jurisdiccional especial, sometido a la Corte Suprema, que resolverá –entre otros varios ámbitos de su competencia– (a) controversias de naturaleza ambiental y sobre las reclamaciones, que las empresas o afectados interpongan, por ilegalidad de resoluciones administrativas y decretos supremos, que puedan afectar adversamente a las empresas o sujetos de fiscalización (algo inédito, en beneficio de los fiscalizados, en el derecho administrativo), (b) ilegalidad de la obligación a las empresas, derivadas de resoluciones administrativas que obligan a la reparación del daño ambiental, supuestamente causado por la misma empresa, (c) ilegalidad de resoluciones y procedimientos administrativos, que afecten, de una u otra manera, a la empresa respectiva (por las vías de resoluciones de salud o medio ambiente), y, por último y también novedosamente, (d) reclamaciones en contra de resoluciones que resuelven un procedimiento administrativo de invalidación de acto administrativo ambiental.

Este último recurso de reclamación se conoce luego de haber concluido el procedimiento administrativo contemplado en los Artículos 53 a 58 de la Ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado.

Por su parte, la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) es un órgano fiscalizador nuevo, que ejercerá el monopolio de la facultad sancionatoria, en materia de infracciones ambientales y de salud ambiental (Código Sanitario y decretos sobre emisiones y normas de calidad, en adición, por cierto, a las Resoluciones de Calificación Ambiental, entre otros). El monto de las penas pecuniarias (sanción de multa) se disparó desde de un tope de 500 UTM a 10.000 UTA, por los casos en que existe daño ambiental significativo y no susceptible de reparación (calificación de infracción gravísima –Artículo 36 No 1 de la Ley Orgánica de la SMA). Las sanciones se encuentran descritas en el párrafo del mismo nombre (Artículo 38) de la Ley Orgánica de la SMA.

La nueva normativa contempla, además de lo anterior, las sanciones constitutivas de revocación de la resolución calificatoria ambiental (RCA), que aprueba un estudio o declaración y la clausura de la empresa o de las instalaciones del titular, la cual puede ser temporal o definitiva.

Pero no solamente la reforma ambiental aumenta significativamente las sanciones pecuniarias (entre otras varias), por el daño ambiental y las ofensas gravísimas a la salud pública, sino que paralelamente (por compensación) amplía la gama factible de instrumentos de prevención del daño, a través de mecanismos de naturalezas jurídica, política, técnica y económica.

Así, el daño ambiental es siempre prevenible y previsible (y con ello las sanciones que le siguen); para evitarlo, la nueva normativa ambiental y el derecho

Actualidad Juridica 28.indd 502 10-07-13 18:34

ambiental instrumental actual permiten colocar en práctica tales instrumentos de gestión ambiental, que también están novedosamente contemplados en la nueva reforma legislativa ambiental chilena.

Estos son instrumentos de política pública, así como los hay estrictamente jurídicos y también de naturaleza económica, aplicables por la misma empresa o el titular potencialmente afectado, que permiten prevenir la contaminación, lo cual es (según evidencia empírica empresarial, en el mundo) alrededor de 20 veces más económico que tener que reparar el daño o mitigar (abatir) procesos contaminantes, a través de procesos correctivos que ya llegaron demasiado tarde. Por desconocimiento de las empresas o los afectados, de sus vías preventivas o reparatorias, los mismos instrumentos no son usados, como debería hacerse y como la ley lo estimula o permite.

Hemos insistido muchas veces, en estas columnas, que el verdadero y único derecho ambiental es el de naturaleza preventiva, que pone en ejercicio los instrumentos de gestión ambientales (IGAs) y los instrumentos de control de la contaminación (ICCs). El derecho ambiental sancionatorio, procesal o correctivo, no es derecho ambiental, propiamente, sino que derecho administrativo y quienes lo enseñan no son profesores de derecho ambiental, sino que de derecho administrativo.

Ahora bien, en el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, están muy próximos a entrar en aplicación los nuevos Reglamentos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), los que son obligatorios en su aplicación, para las actividades y proyectos de todas las empresas o titulares de actividades o proyectos, sin excepción de giro o rubro alguno, que son sometidos a evaluación ambiental, por mandato de la ley.

El Reglamento del SEIA tendrá modificaciones sustantivas, respecto de su original (de 1997, aún vigente) y el Reglamento de la EAE es una relevante novedad de regionalización administrativa del país (desde el prisma ambiental), al cual deberán adaptarse y conformarse, obligadamente, todos los proyectos y actividades específicos sometidos a evaluación de impacto ambiental (sea por vía de estudio o por la de declaración), según lo ordena el nuevo Artículo 8º inciso 4º de la Ley 19.300 consolidada por virtud de las reformas de la Ley 20.417, de 26 de enero de 2010.

La manera más adecuada para las empresas de dar cumplimiento a la normativa ambiental es la de ejercer y utilizar, en su beneficio, los instrumentos de gestión ambiental anteriormente referidos, así como implementar sencillas y económicas estrategias de prevención de contaminación y de daño ambiental, que se encuentran al alcance tanto en los instrumentos nacionales, como en los internacionales vigentes, del derecho internacional ambiental.

Actualidad Juridica 28.indd 503 10-07-13 18:34

Antes del término del año calendario (2013) y luego de la entrada en vigencia plena de todos los títulos de la Ley Orgánica de la SMA (LOSMA) y en el contexto de la entrada en funcionamiento (28 de junio de 2013) de los Tribunales Ambientales de Antofagasta y de Valdivia, las empresas deben elaborar un diagnóstico integral de cumplimiento de la legislación ambiental (auditoría jurídica de cumplimiento ambiental), lo que comprende tanto el cumplimiento integral de los compromisos u obligaciones contemplados en sus RCAs como de toda otra norma ambiental vinculante, especialmente de aquellas que son objeto de fiscalización directa por parte de la SMA, con arreglo al Artículo 2º inciso primero de la LOSMA.

La ventaja que tiene esto, además, es que el organismo fiscalizador se basará, para sus procesos de fiscalización ambiental (los de aquellos de los organismos subprogramados de fiscalización ambiental), en los reportes y datos contenidos en el mismo diagnóstico entregado por la empresa y no tendrá que hacerlo necesariamente forzada por el órgano fiscalizador, de acuerdo con parámetros impuestos por éste.

Por virtud de ese diagnóstico, la autoridad fiscalizadora conocerá (estrictamente) el grado de cumplimiento normativo de la legislación ambiental, por parte de la empresa o ente fiscalizado, lo cual va mucho más allá del mero "levantamiento de los compromisos ambientales de las RCAs", previamente ordenado por la SMA. La fase de diagnóstico de cumplimiento normativo (auditoría normativa) culmina con recomendaciones específicas para el titular, con tareas inmediatas (muy asequibles) y obligaciones ambientales para el período 2013-2015. En todo caso, este proceso debiera ser relativamente rápido, por estar la fiscalización ambiental de las empresas, al menos inicialmente, limitada a ciertos parámetros de contaminación y no a todos ellos (agua, suelo y aire, como cuerpos receptores de la contaminación).

La evidencia verificable, ante la autoridad fiscalizadora, de cumplimiento íntegro de las obligaciones ambientales (legales y reglamentarias) es vital para evitar rigurosos procesos posteriores de fiscalización y la aplicación de sanciones, derivados de infracciones ambientales, régimen que comenzara plenamente a regir desde el día lunes 4 de marzo de 2013, día de la instalación del Tribunal Ambiental de Santiago.

Más aún, la estrictez normativa de la fiscalización está dada no solamente por las reformas a la Ley 19.300 y por las disposiciones de la misma LOSMA, sino que por la Resolución Exenta Nº 276, de 27 de marzo de 2013, de la SMA, denominada "Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Normas de Calidad, Normas de Emisión y Planes de Prevención y/o Descontaminación", complementada con la Resolución Exenta Nº 277, del mismo 27 de marzo de 2013, denominada "Dicta e

Actualidad Juridica 28.indd 504 10-07-13 18:34

Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental". Esta última deja sin efecto una Resolución previa de la SMA, en la materia, de diciembre de 2012.

Toda esta normativa deja claramente establecido, en el derecho ambiental administrativo chileno actual, que sus procedimientos nuevos son de derecho estricto y plenamente reglados, sin haber espacio alguno para la discrecionalidad de la administración, como más adelante se explica.

Las tareas en preparación para los procesos de fiscalización no pueden esperar y son de urgencia para los fiscalizados. Las potestades de la SMA son omnímodas y ésta las está ejerciendo, con el imperio que la reforma y las nuevas normas le otorgan, teniendo financiamiento fiscal para ello, ya asignado por ley, según lo dispone el propio Artículo 1º de la LOSMA.

Para beneficio de los fiscalizados, en todo caso, la SMA está sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República (Artículo 15 de la LOSMA), a la que se podrá recurrir, cada vez que el administrado (el titular) estime que la administración fiscalizadora ha dictado en su contra una resolución administrativa ilegal o bien contraria a derecho. Esto, sin perjuicio e incólume los derechos, en la materia, que deja libre, para el administrado, el Tribunal Ambiental.

Además de todo lo anterior, que constituye un cambio radical en el panorama ambiental nacional, ahora se suma en el escenario de ejecución normativa ambiental, una nueva sentencia de la Corte Suprema, que es muy debatible en el fondo, y que comienza a manifestar una tendencia jurisprudencial que ha de seguir probablemente y pasar a ser costumbre en un período de incertidumbre y falta de claridad en la aplicación de la normativa ambiental administrativa, especialmente en cuanto a la aplicación y la ejecución de sus actos reglados (rígidos o no discrecionales, por parte de su dictación por la autoridad).

Debido a dicha incertidumbre y falta de certeza jurídica (reinante, especialmente, en el curso del año 2012, catastrófico para el estado de derecho ambiental), las empresas, los titulares y los fiscalizados están de sumo vulnerables al invertir sumas relevantes de dinero, para modernización en inversiones existentes o bien nuevas, sin que esto les confiera título jurídico-ambiental alguno o bien sea éste posteriormente feble o totalmente desconocido, por la vía judicial. Nos referimos predominantemente a las resoluciones de calificación ambiental, que aprueban proyectos y actividades sometidos a la ley ambiental, a través del SEIA (sistema de evaluación de impacto ambiental).

A pesar de ello, existen mecanismos jurídicos adecuados, a la mano de la empresa y dados por el propio sistema jurídico ambiental, para estar defendido frente a esta vulnerabilidad, tanto legislativa como judicial.

Actualidad Juridica 28.indd 505 10-07-13 18:34

De la situación anteriormente descrita, el ejemplo de máxima vulnerabilidad y ataque al "estado de derecho ambiental" y de mayor notoriedad pública, en materia de desconocimiento o cuestionamiento no de actos reclamables, sino que directamente de la validez o legitimidad de un título jurídico ambiental, ha ocurrido con OMX Operaciones Marítimas Limitada y CGX Castilla Generación SA, siendo el más elocuente en la materia que se analiza, de desconocimiento arbitrario al valor jurídico de las resoluciones administrativas que confieren títulos jurídicos, con arreglo a derecho. Nadie discute que las empresas pueden vulnerar la normativa vigente, pero para contrastar tal realidad existen las sanciones del aparato administrativo, que corresponden de acuerdo con la ley y que son proporcionales a la infracción cometida.

Otro ejemplo notable de desconocimiento del estado de derecho y amparo de la autoridad por vías ilegítimas y de hecho está constituido por el desconocimiento arbitrario del título jurídico poseído por una empresa de producción de alimentos, en la tercera región del país. Todos estos casos se han encontrado amparados por la arbitrariedad edilicia (de la edilocracia), que han gatillado procedimientos políticos y sociales (más que jurídicamente fundamentados) donde son los propios alcaldes comunales los que instan al desconocimiento administrativo de los títulos jurídico-ambientales de funcionamiento, obtenidos por los titulares (bajo las normas legales correspondientes), con el pretexto de legitimar posiciones colectivas.

Ahora bien, las sentencias judiciales de instancias superiores, que han extendido indebidamente las apelaciones o reclamaciones iniciales –en materia ambiental– por la vía del recurso de protección, deberían llegar a su fin o disminuir considerablemente, en el curso de este año 2013 y los siguientes, con el funcionamiento de los tres Tribunales Ambientales del país, los que esperamos, ciertamente, traigan mayor certeza jurídica a los titulares de derechos ambientales y administrativos, dado que conocerán y fallarán sobre la base de la materia técnica sometida a su conocimiento, y no políticamente, con argumentos de derecho general, o respondiendo a la presión indebida de la comunidad.

Insistimos en que en ello colaborará significativamente el hecho de que los tribunales ambientales están conformados por dos abogados y un licenciado en ciencias (ingeniero, químico o biólogo), lo que asiste en la esperanza de obtener una decisión estrictamente técnica, en la materia, que se base en la verdad de la ciencia y no en la presión de los grupos de interés o las comunidades u organizaciones no gubernamentales o en el mero derecho general, que es impotente de dar respuestas jurídicas holísticas a una disciplina moderna y extremadamente técnica, como es el derecho ambiental sustantivo.

Ya en otra publicación de este medio, explicamos cómo es que el derecho no puede ni debe estar destinado a llegar tarde al desarrollo tecnológico y al

Actualidad Juridica 28.indd 506 10-07-13 18:34

avance científico. El derecho ambiental genera una catapulta y un reto para modernizar los instrumentos jurídicos, en gran parte anquilosados o añejos, que en muchas áreas jurídicas solamente trasladan o aplican estructuras normativas diseñadas para resolver problemas de mil o cien años atrás. Los desafíos ambientales exigen un derecho moderno y adecuado.

(II) Contenido de la reforma:

El día 26 de enero de 2010 se inició una gran reforma en materia ambiental, que comprende los aspectos legislativo e institucional que más abajo escuetamente se describen. Ese día se promulgó la Ley 20.417.

Dicha ley, en su Artículo 1º modifica sustancialmente la Ley de Bases del Medio Ambiente, introduce reformas sustantivas al proceso o sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), crea el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), en reemplazo legal de CONAMA y crea el Ministerio de Medio Ambiente.

En su Artículo 2º, la Ley 20.417 crea el órgano fiscalizador del medio ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA),que entrara plenamente en funcionamiento, como se adelantó, el día 29 de diciembre de 2012. La creación de un órgano ambiental de fiscalización fue mandato de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE-OECD) al Estado chileno, como una de las condiciones para el acceso de nuestro país al selecto club de países industrializados.

Esta gran reforma afecta significativamente a todos los giros de la industria, sin excepción alguna, no obstante que el foco de la fiscalización ambiental se concentrará en el 10% de las resoluciones de calificación ambiental, actualmente vigentes, durante los dos primeros años de vigencia de la SMA.

La reforma ambiental que arrancara en enero de 2010 conocerá sus pasos más relevantes en los años 2013 y 2014, ya en funcionamiento los tres Tribunales Ambientales.

Como lo adelantamos antes, la gran reforma incluye la creación de nuevos órganos, modificaciones sustantivas de la Ley de Bases del Medio Ambiente y la promulgación de nuevas leyes y reglamentos, según se presenta sucintamente en lo sucesivo.

Actualidad Juridica 28.indd 507 10-07-13 18:34

(III) Elementos especificos de la reforma ambiental:

A. Institucional:

A1. Servicio de Evaluación Ambiental (SEA)

Es el servicio público que ha sustituido legalmente a CONAMA, la que desapareció jurídicamente el día 30 de septiembre de 2010. Todas las funciones se traspasaron, por mandato de la ley, al SEA, con excepción de unas pocas, dentro de las que se destaca, como mero ejemplo, la de la letra "p" del Artículo 70 de la Ley Consolidada del Medio Ambiente, la que, habiendo sido atribución de CONAMA, ahora ha pasado a responsabilidad del Ministerio del Medio Ambiente (MMA) y no a CONAMA.

La norma citada indica que es competencia especial del Ministerio: "administrar el Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes (RETC), en el cual se registrará y sistematizará, por fuentes o agrupación de fuentes, lo cual es muy importante para singularizar a los mayores contaminantes del país y para generar normas que estimulen a los contaminantes a operar y ejecutar activamente los instrumentos de gestión ambiental (IGAs) y de control de la contaminación (ICCs), los que deben hacer prevalecer la cultura ambiental del incentivo al cumplimiento de la ley más que a la nefasta cultura castigatoria o punitiva ambiental, que no genera más que pérdidas, crisis laboral y desaliento a la inversión, y, ciertamente, no contribuye de manera alguna a la protección ambiental, como ampliamente lo acusa la evidencia.

El SEA es un servicio público funcionalmente descentralizado y desconcentrado (como la Constitución lo exige de su tipo), en el ámbito regional, con personalidad jurídica y patrimonio propio (ya asignado), sometido a la supervisión del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente (MMA). Por sobre todo, eso sí, se encuentra sometido, como servicio, a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), en lo que se refiere a la aplicación de protocolos, directrices aplicativas, instructivos y programas de ejecución reglamentarios.

Las principales funciones del SEA (de relevancia para la empresa) son:

a. administra y ejecuta el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), por lo que a ella deben dirigirse todas las consultas administrativas de los titulares, en referencia a un proyecto o actividad sometido al SEIA, sin perjuicio de aquellas consultas que deben efectuarse directamente a la SMA (cuando proceda, por la Ley Orgánica de ésta) o de las reclamaciones al Tribunal Ambiental, cuando se discrepa u objeta legal o administrativamente de una decisión emanada del SEA, en que ésta se manifiesta a través de la dictación de una resolución administrativa;
b. interpreta administrativamente las leyes y las normas ambientales, exclusivamente en lo que se refiere al SEIA, en especial las Resoluciones de

Actualidad Juridica 28.indd 508 10-07-13 18:34

Calificación Ambiental (RCA), por la que se pone administrativamente fin al procedimiento del SEIA, respecto de un proyecto específico;

c. administra y concentra el sistema de información, sobre permisos ambientales requeridos por las empresas y titulares;
d. promueve la participación de la comunidad en el SEIA y administra su participación, hoy no solamente en los estudios de impacto ambiental, sino que en las declaraciones (desde la reforma), lo cual es algo que ha significado importantes efectos en los proyectos de las empresas;
e. establece, por la vía administrativa, y uniforma criterios, requisitos, condiciones, trámites y exigencias ambientales, que impongan los órganos del Estado.

En lo que se refiere a su estructura orgánica, el SEA se compone de un Director Ejecutivo, que esel jefe superior del Servicio y su representante legal. Bajo su Director Ejecutivo se encuentran los Directores Regionales.

En este mismo contexto y adicionalmente, se conserva en la nueva Ley (con distinto nombre), como parte del SEIA global, a un órgano muy relevante, que mantiene su función (algo modificada, sin embargo, por atenuación de su incidencia política) y que vino a sustituir a la antigua COREMA (o Comisión Regional del Medio Ambiental), como órgano político final del proceso de aprobación o rechazo ambiental de los proyectos.

Este órgano sustitutivo de la COREMA se denomina Comisión Evaluadora Ambiental o la CEA (que no debe confundirse con el órgano administrativo, el SEA). A la CEA (órgano político y no técnico) corresponde la calificación ambiental final de un proyecto; esto es, aprobar o rechazar su estudio o declaración, culminando en RCA aprobada o rechazada.

La CEA está integrada, en el ámbito regional, por los SEREMIs de Medio Ambiente; Salud; Economía; Energía; Obras Públicas; Agricultura; Vivienda y Urbanismo; Transportes y Telecomunicaciones; Minería; Planificación; y el Director Regional del SEA respectivo, quien actúa como su secretario.

También se conserva en la nueva normativa, como parte técnica del SEIA, el Comité Técnico, que está integrado por el SEREMIde Medio Ambiente, el Director Regional del SEA, los directores regionales de los servicios públicos con competencia ambiental, el Gobernador Marítimo y los Consejo de Monumentos Nacionales.

En materia de esfuerzos válidos y legítimos, para corregir deficiencias del pasado, en lo que al SEIA compete y a su estructura, lo más relevante,específicamente desde un punto de vista orgánico, es la eliminación de la participación (en el sistema global de aprobación o rechazo de proyectos) de los Gobernadores y Consejeros Regionales (autoridades estrictamente políticas). Esta es la ate-

Actualidad Juridica 28.indd 509 10-07-13 18:34

nuación política en su conformación interna. Ellos son eliminados del proceso calificatorio ambiental de los proyectos sometidos al SEIA, siendo ello una meta anhelada, en el sistema calificatorio, por exceso de intromisión política en el pasado (antes de septiembre de 2010).

Lo relevante de lo anterior es que se le debe conceder, a la nueva ley la gran ventaja de haber despolitizado (en ciertas esferas) el SEIA, al menos en el ámbito de la autoridad ejecutiva media o regional-provincial; no obstante ello, la politización se ha trasladado ahora a las esferas superiores de la administración nacional. Esto es lo que hemos denominado en publicaciones, en la materia, la "transferencia en la politización del SEIA", lo cual es una cuña inadecuada, que socava el estado de derecho, alterando la armonía y la estabilidad jurídicas del sistema legal y del aparato administrativo.

A2. Ministerio del Medio Ambiente (MMA)

El MMA es un órgano completamente nuevo, creado en las modificaciones legales promulgadas en el 26 de enero de 2010.

Este es el órgano de asesoría política y de confección y elaboración de política pública, en materia ambiental. Además de ello, lo central dentro de sus funciones y atribuciones es la generación y creación de normas. Es un órgano político y normativo y, por ello, no tiene (salvo circunstancias excepcionalísimas) una relación directa con las empresas o los titulares, eventualmente fiscalizados o sometidos al SEIA.

Como lo indica la nueva Ley del Medio Ambiente, el Ministerio del Medio Ambiente es una Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y la aplicación de políticas,planes y programas, en materia ambiental (disminución de la contaminación), en la protección y la conservación de la diversidad biológica (ecosistemas) y de los recursos naturales renovables e hídricos, todo ello promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y sus regulaciones normativas.

En lo que se refiere a su integración o composición, el Ministerio consta de una Subsecretaría y seis Divisiones: ellas son Regulación Ambiental; Información y Economía Ambientales; Educación,Participación y Gestión local; Recursos Naturales y Biodiversidad; Cambio Climático y Cumplimiento de Tratados Internacionales; y Planificación y Gestión.

Adicionalmente a lo anterior, el Ministerio consta de Secretarías Regionales Ministeriales (SEREMIs) en cada región del país (15).

En lo que se refiere a la composición de los entes públicos directamente dependientes del MMA, se mantuvieron los Consejos Consultivos, en los ámbitos

Actualidad Juridica 28.indd 510 10-07-13 18:34

nacional y regional, con la misma composición que tenían con anterioridad a la reforma ambiental, como órganos de consulta del Ministerio:

– Consejo Consultivo Nacional: Lo preside el Ministro del Medio Ambiente y está integrado por dos representantes, respectivamente, del mundo académico;del científico; de organizaciones no gubernamentales, dedicadas a la protección del medio ambiente; del empresariado (relevante para los titulares); y de los trabajadores. Además de ello, está integrado por un represente del Presidente de la República.

Todos los anteriores son elegidos por el Presidente de la República, por un período de dos años, renovables por una sola vez.

Sus funciones principales son absolver las consultas que le formulen el MMA y el Consejo de Ministros para el Desarrollo Sustentable (nuevo órgano de la Ley nueva), emitir opiniones sobre anteproyectos de ley y de decretos supremos que fijen normas de calidad ambiental, sobre preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental,los planes de prevención y de descontaminación, las normas de emisión.

A3. Consejo de Ministros para el Desarrollo Sustentable (CMDS)

Se trata de un nuevo órgano asesor y recomendatorio, en materia de deliberación de las políticas públicas, en materia ambiental.

Está integrado por once (11) Ministros de Estado y, por ello, es crítica y determinante su asesoría en materia ambiental sectorial, atendiéndose adecuadamente a la naturaleza transectorial del medio ambiente y de las políticas de control de la contaminación.

El CMDS es presidido por el Ministro del Medio Ambiente e integrado por los Ministros de Agricultura, Hacienda, Salud, Economía, Fomento y Reconstrucción, Energía, Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo, Transportes y Telecomunicaciones, Minería, y Planificación.

Este órgano asesor, contrariamente a lo que se dice o informa,carece totalmente de relación directa con las empresas o los titulares y sesiona cuando lo convoca el Ministro del Medio Ambiente, con un mínimo de dos veces al año. Es un órgano de asesoría política.

A4. Comisión Ministerial de Reclamación (CMR)

Es aquella Comisión Ministerial Ad Hoc que cumple funciones jurisdiccionales (del Artículo 20 de la Ley del Medio Ambiente), cuando ha habido un estudio de impacto ambiental denegado, rechazado (por RCA denegatoria) o bien que establezca exigencias o condiciones que la empresa estime inaceptables. No

Actualidad Juridica 28.indd 511 10-07-13 18:34

opera con proyectos aprobados, para apelar contra ellos. Los titulares pueden presentar un recurso de reclamación ante esta Comisión Ad Hoc Ministerial (integrada por seis Ministros de Estado) y la decisión del Comité de Ministros será reclamable, a su vez, ante el Tribunal Ambiental.

Es menester señalar que esta Comisión Ministerial nada tiene que ver con el Consejo de Ministros para el Desarrollo Sustentable, que, como advertimos antes, es un órgano meramente asesor del Presidente. La CMR es un órgano ad hoc auténticamente revisor de proyectos y, por ende, cumple funciones jurisdiccionales, en tanto puede revisar y dejar sin efecto resoluciones administrativas de la autoridad ambiental, por una vía que es paralela a la de la impugnación de los procedimientos administrativos.

A5. Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)

Como el órgano de mayor relevancia del sistema ambiental global actual se crea la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) como un órgano autónomo y de total independencia política y funcionaria del Ministerio del Medio Ambiente.

Se trata de un servicio público, funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido indirectamente a la supervigilancia del Presidente de la República, através del Ministerio del Medio Ambiente, lo cual no es más que una mera formalidad. El Superintendente del Medio Ambiente es el jefe superior del servicio, pero para las empresas y los titulares, en la práctica, la autoridad máxima de la SMA, para efectos de interacción cotidiana, es el Fiscal de la SMA, quien interpreta la normativa de fiscalización y la aplica. Esto es, ejecuta la fiscalización y aplica el régimen sancionatorio, otorgado por su nueva ley orgánica, respecto del cual, la SMA tiene el monopolio exclusivo y excluyente.

Especialmente, la función de la SMA es llevar a cabo el seguimiento y la fiscalización del cumplimiento de las normas ambientales de ejecución normativa y de los instrumentos de gestión ambiental, así como sancionar, en caso de incumplimiento, a las empresas que hayan violado las normas ambientales, en aquellos casos contemplados en las leyes ambientales del nuevo sistema ambiental.

La SMA administra un nuevo sistema integrado defiscalización ambiental, destinado a garantizar adecuada y justamente (así se espera) el debido cumplimiento de las regulaciones ambientales contenidas principalmente en los instrumentos de gestión de las leyes ambientales.

La SMA también ejecuta y coordina el seguimiento y la fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCAs), de las medidas aplicadas en los Planes de Prevención y de Descontaminación Ambiental, del contenido de

Actualidad Juridica 28.indd 512 10-07-13 18:34

Normas de Calidad Ambiental y de Emisión, de los Planes de Manejo, y de todos aquellos instrumentos de carácter Ambiental (de gestión ambiental y de control de la contaminación) que establezca o haya establecido la ley.

De esta manera se define la competencia integral y exclusiva de la SMA, para fiscalizar y sancionar el incumplimiento de todos los instrumentos de gestión ambiental y no solamente (como ocurría antes) del SEIA (lo cual se hacía, a través de los órganos sectoriales con competencia ambiental, tales como las SEREMIs, SERNAGEOMIN, CONAF, SERNAPESCA, SN de ADUANAS, DIRECTEMAR, SSS, DGA, SEC, SAG y otros, los que hoy se conocen como organismos subprogramados).

Dentro del nuevo sistema ambiental legal, la SMA es el órgano supremo que tiene y tendrá una relación directa con las empresas y los titulares, a las cuales la SMA puede directamente requerir documentación y respecto de la cual las empresas pueden formular consultas directas, sobre interpretación legal de las normas de fiscalización o fiscalizables, pidiendo que la SMA se pronuncie al respecto, según los dispone el Artículo 2º inciso tercero de la LOSMA.

En lo que se refiere a las atribuciones de la SMA para cumplir con sus funciones, este organismo puede requerir información y muestreos (directamente de las empresas y los titulares); suspender autorizaciones de funcionamiento u operación de empresas o plantas,contenidas en las RCA (ya previamente aprobadas, solamente cuando haya una causal legal estricta y reglada); requerir el sometimiento al SEA, en caso de actividades o proyectos que deberían haberse sometido al SEIA y no lo hubieren hecho; requerir el cumplimiento de normas y condiciones ambientales; imponer sanciones a las empresas;y dictar instrucciones de carácter general, dentro de sus atribuciones.

También colabora con los demás organismos con competencia ambiental ensu función de fiscalización y les fija sus ámbitos de competencia, a través de lo que se denomina programas y subprogramas.

La Ley Orgánica de la SMA autoriza a que los órganos sectoriales con competencia ambiental continúen fiscalizando, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, como históricamente lo han hecho, pero los inhibe de ejecutar potestad sancionatoria, la que está radicada exclusiva y excluyentemente en la SMA.

En lo que se refiere a las formas o protocolos de fiscalización, se contemplan en su Ley Orgánica diferentes modalidades:

- Fiscalización directa, a través de los funcionarios de la Superintendencia;
- Fiscalización sectorial o subprogramada, de conformidad con los programas y subprogramas de fiscalización,definidos entre los organismos sectoriales, bajo las instrucciones y directrices de la Superintendencia;

Actualidad Juridica 28.indd 513 10-07-13 18:34

– Fiscalización delegada o tercerizada, mediante un sistema de certificación y acreditación públicas, administrado por la Superintendencia.

Es importante para los titulares tener presente, especialmente en el contexto actual de extrema sensibilidad social, que también en la nueva Ley se contempla la institución de la denuncia ciudadana,mediante la cual un particular (cualquier persona natural o jurídica) puede denunciar un "posible" incumplimiento ambiental, adquiriendo legitimidad en el procedimiento administrativo y con la necesidad (constitucional y legal) de exigir respuesta, por parte de la autoridad pública, tanto por la Ley 20.285, sobre transparencia de la función pública como por la misma Ley 20.417, que reformara globalmente el sistema legislativo e institucional del medio ambiente, entre el 2010 y el 2012.

Felizmente, la nueva LOSMA exige la denuncia responsable y plenamente identificada, desestimulando el reino del caos, donde el que grita más fuerte o el que tiene un candado más poderoso, para bloquear el acceso a una empresa, es el que prevalece. Esto está contemplado en el Artículo 47 incisos tercero y cuarto de la LOSMA.

Ciertamente que los titulares tienen todos sus mecanismos de defensa, para ser ejercidos, en sede jurídico-administrativa (ante la misma SMA) y en sede jurídico-jurisdiccional, a partir del 29 de diciembre de 2012; esto es, ante el Tribunal Ambiental de Santiago, y, a contar del 28 de junio de 2013, ante los Tribunales Ambientales de Antofagasta y Valdivia.

Dentro de la institución de la denuncia, también se crea la figura de la autodenuncia (por parte de la misma empresa o del titular),mediante la cual el infractor puede informar inmediatamente de una infracción ambiental cometida,y reducir, con ello, su sanción en un 100%, tratándose de la primera vez; en un 75%, cuando es la segunda; y en un 50%, cuando se trata de la tercera infracción. Esto tiene lugar, por supuesto, en conjunción a un combinadamente elaborado "plan de cumplimiento ambiental", por parte de la empresa autodenunciante. Se trata de una institución compleja y que requiere un análisis prolijo e integral, que evalúe la conveniencia de la autodenuncia y el cumplimiento de todos los antecedentes y presupuestos que ella requiere, para ser presentada ante la autoridad ambiental.

También es muy relevante como avance de la reforma, para el ejercicio adecuado de los derechos de la empresa, que se regula (estimamos adecuadamente) un único procedimiento sancionatorio, del y para el cual es competente exclusiva y excluyentemente la Superintendencia, lo cual es una buena noticia para las empresas y titulares, dado que se elimina la duplicidad sancionatoria, en materias ambiental y de salud ambiental, existentes hasta la reforma, en que las empresas podían ser sancionadas, una multiplicidad de veces, por diferentes

Actualidad Juridica 28.indd 514 10-07-13 18:34

órganos con competencia sancionatoria, por una sola falta "ambiental" cometida. Esto ya no es más posible, aunque a veces ya esté costando que algunos organismos subprogramados lo comprendan y acepten así.

En este reformado procedimiento sancionatorio hay dos reglas de compatibilidad sectorial:

la primera es que ninguna autoridad con competencia ambiental sectorial podrá instruir procedimientos, sin que termine primero el de la Superintendencia y siendo ésta exclusivamente aquella que sanciona. La segunda es que no se puede sancionar dos veces por los mismos hechos y fundamentos jurídicos. Finalmente, para reforzar aún más esta noción, es relevante insistir en que la ley exige que la fiscalización y la instrucción del procedimiento sancionatorio, así como la aplicación de las sanciones, deban ser llevados SOLAMENTE por unidades diferentes, dentro de la Superintendencia (SMA).

La Ley Orgánica de la SMA establece nuevas sanciones draconianas, las que pueden ser:

a) amonestación por escrito;
b) multa de 1 a 10.000 unidades tributarias anuales;
c) clausura temporal o definitiva; y
d) revocación de la resolución de calificación ambiental.

Es menester indicar que las sanciones pecuniarias, en su cota superior, se disparan desde 500 Unidades Tributarias Mensuales a 10.000 Unidades Tributarias Anuales.

A su vez, las infracciones se clasifican en leves, graves y gravísimas y las sanciones van directamente asociadas a la gravedad de la infracción.

Una novedad significativa, como antes se adelantara, es que al infractor la LOSMA le da la opción para proponer un programa de cumplimiento ambiental y así suspender el procedimiento sancionatorio. En caso de haberse consumado algún daño ambiental, de aquellos que la ley califica de tal, el infractor puede proponer planes de recuperación, para rebajar las sanciones aplicables.

Respecto de la resolución administrativa de la SMA, que imponga alguna sanción, puede interponerse un recurso de reposición (revisión), ante el mismo organismo (SMA), o bien un recurso de reclamación ante el Tribunal Ambiental. Las infracciones y sanciones más graves han de ir siempre en consulta ante el Tribunal Ambiental, como corresponde a un estado de derecho.

Finalmente, algo que es de la máxima relevancia para la empresa, es que se incorpora en la Ley Orgánica de la SMA un "DICOM ambiental" o registro público de sanciones e infractores (llamado Sistema Nacional de Información

Actualidad Juridica 28.indd 515 10-07-13 18:34

de Fiscalización Ambiental: SNIFA), con el objeto deidentificar al infractor, a los responsables legales de la operación y el monto de la sanción aplicable. Este registro es de acceso público y ya se encuentra vigente.

A6. Tribunales Ambientales (TA)

Muy escuetamente diremos ahora que los Tribunales Ambientales de Santiago se instalaron el día 2 de marzo de 2013. Hay otros dos tribunales que inician su funcionamiento a finales de junio de 2013: el de Antofagasta y el de Valdivia. Los Tribunales Ambientales tendrán una variada y amplísima competencia y su existencia es extraordinariamente favorable para los derechos de las empresas y de los titulares, en atención de que se trata de jurisdicción especializada.

Dijimos que la competencia es muy variada, para beneficio de los administrados. Se puede ella resumir diciendo que el tribunal conoce todas las reclamaciones que se interponen en contra de todo acto administrativo (resolución administrativa o decreto supremo, según la Ley de los Procedimientos Administrativos), que las empresas o los titulares pueden estimar agraviante para sus intereses o derechos.

B. Normativa legislativa:

B1. Modificación a Ley 19.300 (especialmente al SEIA)

Las reformas a la ley ambiental han sido en materia de creación de órganos (como ya lo hemos expuesto) y de modificaciones relevantes al SEIA, algunas solamente que son destacables en esta publicación, por la relevancia para la empresa y sus propias declaraciones o estudios de impacto ambiental.

Las citamos en puntos resumidos:

- Se incrementa la eficiencia del sistema ambiental, la cual efectivamente se logrará, en tanto no haya interferencia política en los proyectos.
- Se sistematiza la Política Pública Ambiental.
- Se centraliza la administración del SEIA y se descentraliza la gestión ambiental pública, a través de la incorporación de la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), que es la evaluación ambiental preventiva de las políticas públicas ministeriales y de gobierno.
- Se incrementa el principio del Realismo, respecto de lo que es exigible, en la práctica, para las empresas y los fiscalizados por la norma ambiental.
- <u>Se establecen los patrones y criterios de Autocumplimiento ambiental (protocolos de incentivo al cumplimiento), lo que se efectúa a través de un proceso de diagnóstico de cumplimiento de la normativa ambiental. Es ideal que éste esté efectuado y terminado, para todos los titulares de los proyectos, antes de que culmine el año calendario 2013.</u>

Actualidad Juridica 28.indd 516 10-07-13 18:34

- Se refuerzan, asimismo, los principios de Gradualidad en la aplicación de los instrumentos de gestión, en atención al costo que los mismos tienen para los titulares, como herramientas de control preventivo de la contaminación. Esto no se aplica a la ley o norma, la que rige "*in actum*", desde cuando ella misma lo indica y sin efecto retroactivo (como también lo ordena la Ley).
- Se refuerza el Principio de Legalidad, en tanto se indica que todos los actos de la autoridad ambiental son actos administrativos reglados y NO discrecionales. Esto es una noticia muy relevantemente positiva para los titulares de derechos, en términos de reducirse los espacios de discrecionalidad, y, por ende, de la arbitrariedad, a casi cero. Cuando existe discrecionalidad ilegal, están las vías de reclamación ante los Tribunales Ambientales.
- Se aumenta la simplicidad y eficiencia del SEIA y elimina los riesgos de duplicidad administrativa en su manejo y administración. Aumenta su proceso de fiscalización, a través de la inspección efectuada por la SMA de las actuaciones del SEA. La SMA puede recibir consultas directas de las empresas y los titulares, en lo que se refiere a la aplicación y la ejecución de las leyes ambientales.
- Dentro de la fiscalización integrada, se contempla la diferenciación entre "facultades de fiscalización" e "imperio sancionatorio", reservándose este último exclusiva y excluyentemente a la SMA, según lo dispondrán protocolos y subprogramas de la SMA.
- Se elimina y prohíbe la fragmentación o el fraccionamiento de los proyectos que ingresan al SEIA, para evitar que el proponente o titular eluda el SEIA y no se someta a éste.
- Se aumenta la presencia y disponibilidad, en la nueva Ley Ambiental reformada, de los Instrumentos de Gestión Ambiental (IGAs) y de los Instrumentos de Control de la Contaminación (ICCs), de y para el uso de la empresa privada y los titulares. Esto debe ser explicado separadamente, dado que son instrumentos técnicos, de política ambiental y de gestión ambiental, para el beneficio de la empresa y los titulares, que son complementarios o sustitutivos del SEIA.
- Se incorpora el concepto de Caducidad de los actos administrativos de los entes de la administración ambiental, para efectos de dar mayor certeza jurídica al proceso del SEIA.
- Se incorpora el concepto de Silencio Administrativo Afirmativo o Positivo, para efectos de otorgar mayor seguridad al administrado, de que el solo transcurso del plazo, sin que el ente de la administración haya adecuadamente respondido al administrado o realizado el trámite esperado, se entiende que la respuesta es afirmativa o el trámite se tiene por aprobado.
- Se incorporan las nociones de Biotecnología y Mejores Técnicas Disponibles (MTDs o BATs, por su acrónimo en inglés), en beneficio de la empresa y del titular, para efectos de mejorar los mecanismos de control

Actualidad Juridica 28.indd 517 10-07-13 18:34

de la contaminación y de gestión ambiental, con lo cual existe para la autoridad ambiental "cumplimiento voluntario extra" de la Ley, lo cual trae a la empresa beneficios paralelos. El adelanto tecnológico, en los procesos productivos, no significa solamente una mejor economía interna para la empresa.

- Se introduce la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), por imposición de la OECD. La EAE es la DIA o el Estudio de Impacto Ambiental de la autoridad ejecutiva, en tanto es el procedimiento de los Ministerios sectoriales para incorporar las variables y consideraciones ambientales y del desarrollo sustentables en las políticas públicas ministeriales, especialmente en el ámbito regional. Todos los proyectos o actividades, sometidos al SEIA, deben estar evaluados de acuerdo a los criterios de la EAE, de manera que es relativamente fácil adelantar, para la empresa o el titular qué proyectos individuales pueden ser aprobados o rechazados.
- Se introducen un examen y una verificación rigurosos de la admisibilidad de proyectos o actividades sometidos al SEIA, de manera que la empresa sepa qué proyectos deben someterse al SEIA y cuáles no.
- Para dar mayor certeza jurídica al administrado y al fiscalizado, se maneja por vez primera el concepto de "vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental" (Informe Consolidado de Evaluación: Artículo 9 bis de LCMA). Cualquier deficiencia, por parte de la autoridad, en considerar y llevar el procedimiento administrativo ambiental (sea en el contexto del SEIA o fuera de él), da o puede dar lugar a un vicio esencial del proceso calificatorio y aprobatorio de la autoridad.
- Ello, por cuanto TODOS los actos de la autoridad ambiental, bajo la nueva Ley reformada, son actos reglados y no discrecionales. Esto es lo que se llama Principio de Legalidad del acto administrativo ambiental reglado, lo cual da un ámbito de defensa mucho mayor a la parte afectada, titular de derechos o empresa.
- En el mismo contexto anterior, se maneja por vez primera la noción de "Pronunciamientos ambientales fundados" (que confiere legitimidad del acto administrativo reglado, cuya ausencia o desviación le resta eficacia jurídica y lo hace impugnable, pues es discrecional).También en este sentido, se concede un derecho nuevo al administrado o proponente de proyecto, sometido al SEIA, cual es la "Revisión excepcional de la RCA" (Artículo 25 LCMA), la que, cumpliéndose los requisitos de la Ley Ambiental para ello, puede ser solicitada por la empresa o el titular.
- Se establece, para beneficio de la transparencia de la empresa o los titulares, un "Sistema Nacional de Información Ambiental" o SINIA (de acuerdo con el Artículo 31 ter LCMA), que está destinado a hacer más transparente el proceso (Leyes 19.300 y 20.285), para efectos de que la empresa pueda ejercer de una mejor manera su derecho (constitucional y legal) de acceder información, para su defensa (judicial o extrajudicial).
- Por primera vez, la Ley autoriza a la empresa o el titular el uso de Ins-

Actualidad Juridica 28.indd 518 10-07-13 18:34

trumentos de corregulación, en su gestión ambiental interna: ellos son los Planes de Prevención y de Descontaminación, que pueden ser no solamente utilizados por la empresa, como Instrumentos de Gestión Ambiental, en conjunción con los propios instrumentos económicos de gestión que la Ley concede (Artículo 47 de la Ley 19.300 Consolidada), sino que los Planes aquellos pueden ser impugnados, vía recurso de reclamación ante el Tribunal Ambiental, por estar contemplados los mismos en Decretos Supremos.

B2. Ley Orgánica de la SMA

Escuetamente revisada más arriba, al crear el órgano. La Ley Orgánica de la SMA es una Ley diferente de la Ley del Medio Ambiente.

Para evitar confusiones muy comunes, la Ley de Bases del Medio Ambiente es la Ley 19.300, reformada por la Ley 20.417. La Ley Orgánica de la SMA, en cambio, tiene por número "Artículo Segundo de la Ley 20.417" de 26 de enero de 2010.

B3. Ley de los Tribunales Ambientales

La Ley de los Tribunales Ambientales lleva por número 20.600 y fue publicada, en el Diario Oficial, el día 28 de junio de 2012. Los tribunales de Santiago entraron en funcionamiento, instalándose efectivamente la primera semana de marzo de 2013. Los Tribunales de Antofagasta y Valdivia entran en funcionamiento un año después de la fecha de publicación de la Ley 20.600 (28 de junio de 2013).

No obstante que la Ley no lo indica así, es anticipado (al menos hasta ahora) que el profesional no abogado (ministro del Tribunal) recaería en un biólogo en Valdivia y un ingeniero en minas (con experiencia ambiental extensa), en Antofagasta. Ello, en razón de las concentraciones temáticas de cada área o bien el privilegio de los recursos naturales existentes en tales regiones.

(IV) Derecho Ambiental Sustantivo y Derecho Ambiental Administrativo:

El derecho ambiental chileno claramente puede ser dividido, para efectos de ejercicio profesional y para efectos académicos en derecho ambiental sustantivo y derecho ambiental procedimental o administrativo. El primero es lo que hemos denominado DAS y el segundo es el que llamamos DAP.

Los principios que rigen estas dos formas de entender y aplicar el derecho ambiental están fundados en plataformas radicalmente opuestas, como se explica a continuación.

Actualidad Juridica 28.indd 519 10-07-13 18:34

No obstante que un análisis detallado de esta distinción es objeto de una publicación independiente, por nuestra parte, describiremos acá lo principal de la relevancia de esta distinción.

Derecho Ambiental Sustantivo (DAS)

El DAS constituye un área del derecho completamente nueva y que sobrepasa categorías clásicas de distinción del derecho, tales como público o privado. Sin perjuicio de lo anterior, por cierto que la naturaleza misma del derecho ambiental sustantivo, cuya materia prima u objeto de estudio y de aplicación están dados por disciplinas metajurídicas, tiene su primera plataforma fundacional en la Constitución, en sus Artículos 6º y 7º, sobre estado de derecho, principio de legalidad y supremacía constitucional. Es por estas disposiciones fundamentales que los titulares de los proyectos sometidos a la normativa ambiental, preventiva y correctiva (y no solamente el SEIA), pueden ejercer en plenitud sus derechos, sin restricciones y a través de la aplicación de principios expansivos de interpretación de la norma legal o de los instrumentos legalmente contemplados.

La normativa ambiental sustantiva, que se aplica e interpreta expansivamente, está referida en la legislación ambiental, entre otras, a las normas sobre biotecnología, cambio climático, mejores prácticas ambientales (BMPs), mejores tecnologías disponibles (BATs), efectos sinérgicos, educación ambiental, permisos de emisión transables (PETs), normas sobre preservación de la naturaleza. Respecto de esta normativa (constitutiva de IGAs), no solamente puede, sino que debe existir discrecionalidad e interpretación expansiva.

Derecho Ambiental Procedimental Administrativo (DAP)

El DAP, a pesar de estar compuesto por normas ambientales procesales nuevas (LOSMA e instructivos de la SMA, de preferencia) constituye un área del derecho que nada nuevo tiene, sino que sus principios interpretativos son todos del derecho público administrativo, y, por ende, de naturaleza restrictiva (no expansiva). En la normativa administrativa de aplicación del derecho ambiental no hay lugar para la analogía ni la discrecionalidad; menos aún para la arbitrariedad normativa.

El derecho ambiental procedimental y administrativo, que es aplicado por y se ejerce ante la SMA, los Tas y el SEA, no es derecho ambiental propiamente tal, sino que mero derecho administrativo procedimental, respecto del que se aplican normas del derecho restrictivo y reglado. No es necesario saber ni conocer derecho ambiental para ejercer aquel derecho administrativo procedimental, que recae sobre normas ambientales, tanto en su aplicación como en su reclamación.

Actualidad Juridica 28.indd 520 10-07-13 18:34

La distinción acá tratada ha sido recogida recientemente, por lo demás, por la Contraloría General de la República, en sendos Dictámenes 20477/2003, 34021/2003, 8977/2002, 35738/2011, y, más recientemente, en uno particularmente fuerte y convincente, que es el 80276, de 26 de diciembre de 2012. Este último se refiere a la naturaleza estrictamente restringida del derecho administrativo de los procedimientos reglados del SEIA y de la jurisprudencia administrativa del Organismo Fiscalizador.

En contraste con la normativa positiva del DAS, en la legislación ambiental actual, la normativa estricta y reglada del DAP se encuentra en las siguientes disposiciones de las leyes ambientales vigentes: Artículos 2, 4 inciso quinto, 5, 8 inciso cuarto, 24, 25, 25 Quinquies de la Ley Consolidada del Medio Ambiente (Ley 19.300, modificada por la Ley 20.417) y Artículos 3h, 3g, 3h, 3u, 15 y 16b de la LOSMA, todas las cuales son de limitación de los derechos de los titulares y, por ende, se aplican con arreglo a un estricto procedimiento reglado, contra el cual existe una diversidad de mecanismos procedimentales jurisdiccionales y administrativos, especiales y supletorios.

Más sobre esta materia relevante estamos incluyendo en el capítulo correspondiente de la publicación sobre derecho ambiental chileno e internacional.

(V) Consideración especial a la normativa ambiental internacional vigente en el país:

Dentro de la enorme gama de tratados o instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, en materia ambiental, los mismos los hemos dividido antes (en otra publicación, en esta Revista) en Tratados Azules, Tratados Café, Tratados Grises y Tratados Verdes. Los Azules son los de protección de los recursos marinos; los Café son aquellos de la agenda química o tóxica; los Grises son los de gases atmosféricos; y los Verdes son aquellos de protección de los ecosistemas.

Son los Tratados Café los más relevantes en materia de obligaciones para las partes (empresas y titulares) en el país. Ellos intersectan protección ambiental con libertad de comercio internacional. De los tres Tratados Café más importantes, el Tratado COPs es el más reciente y significativo, en su aplicación en el ámbito interno.

1) Tratado de los Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs)

La Convención de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs) entró en vigencia en Chile el año 2005 y mantiene ésta un estricto nivel de cumplimiento normativo, a través de lo que en el país se denomina “Plan de Implementación de COPs”.

Actualidad Juridica 28.indd 521 10-07-13 18:34

La Convención COPs es extensa y después de su articulado tiene seis anexos. Siendo el de mayor aplicación a los titulares o empresas potencialmente más contaminantes, el Anexo Tercero o C se refiere a la Producción no Intencional de COPS, específicamente haciendo referencia a las dibenzoparadioxinas y dibenzofuranospoliclorados (PCDDs y PCDFs); hexaclorobenceno (HCBs) y BifenilosPoliclorados (PCBs).
El Artículo 5 del Tratado o Convención indica que los Estados DEBEN adoptar las medidas para eliminar o reducir las liberaciones derivadas de la producción no intencional. Esta norma sería fiscalizada, a partir del año 2014, por la SMA y OCDE está colocando presión para que ello ocurra a contar del próximo año 2014.

2) Tratado Constitutivo de OECD (OCDE) y sus Mandatos

Desde que la República de Chile se hizo parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), ésta ha mantenido fiscalizadores u observadores en el país, para verificar el cumplimiento de las metas ambientales impuestas, dentro de las que se destacan la creación de la SMA y de la EAE.

Es muy relevante para las empresas chilenas que tengan operaciones en cualquier otro país miembro de OCDE (35 países desarrollados), que cumplan íntegramente con la legislación y normativa ambientales de dichos países.

De una u otra forma y por una u otra vía o fuente, la normativa ambiental vinculante es severa y los titulares deben cumplirla, sin excepción, en un contexto (eso sí) de pleno ejercicio de sus derechos adquiridos y títulos jurídicos, los que solamente podrían ser revocados cuando concurran causales legales estrictísimas y dejando incólume todos los derechos constitucionales, legales y reglamentarios del titular afectado.

Actualidad Juridica 28.indd 522 10-07-13 18:34

Análisis Jurisprudencial

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Jurídica 28.indd 523 10-07-13 18:34

Comentario de jurisprudencia

COMENTARIO DE:

Héctor Oberg Yáñez
Profesor de Derecho Procesal

Doctrina.

El fallo que se comenta deja establecido que un proveído (sic) no logra la calidad de resolución judicial toda vez que en ella nada se resolvió, sino que se ordenó que se aclarará la calidad procesal de la solicitante, y al determinarse ésta el pronunciamiento del tribunal acerca de lo pedido, carece de la calidad de resolución judicial y no puede ser objeto del recurso de apelación. El comentario que se formula a continuación pretende demostrar lo inexacto de tal afirmación.

COMENTARIO: Hemos tomado conocimiento del fallo que se transcribe emanado de una de las salas de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, que por su contenido y conclusión, es ciertamente llamativo. El fallo en cuestión es del tenor siguiente:

Concepción, diez de abril de dos mil trece.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1) Que, el abogado don ANDRÉS NORBERTO CRUZ CARRASCO, en representación del imputado Rodrigo Pizarro López y de Carla Paz Severino Horta también investigada, a fs. 19, deduce Recurso de Hecho en contra de la resolución, dice, de 24 de marzo de 2013 que no dio lugar a fijar día y hora para audiencia destinada a debatir el Sobreseimiento Definitivo de los antecedentes respecto de Carla Paz Severino López y Rodrigo Pizarro López, aduciendo que la primera de las referidas tendría solo la calidad de testigo. Expresa que a este respecto, dedujo también en forma subsidiaria, recurso de Apelación el que no fue concedido por la magistrada doña YOLANDA MÉNDEZ MARDONES, debiendo haberlo declarado admisible.

Luego de hacer una relación de los hechos del proceso, manifiesta: "*procedí se diera lugar a fijar día y hora para debatir la Audiencia de*

Actualidad Juridica 28.indd 525 10-07-13 18:34

Sobreseimiento Definitivo y al rechazarse esta petición, procedía se diera lugar a la apelación impetrada respecto de esta resolución, la que también fue rechazada, sin expresión de causa en relación a Rodrigo Pizarro López y al haberse sostenido que Carla Severino tenía la calidad de testigo en el "SIAGJ" y siendo así, no correspondía tenerla por imputada".

Y continúa que, encontrándose de plazo "para deducir recurso de apelación en contra de la resolución de 22 de marzo de 2013, que fue la que pidió se aclarara la calidad de imputada de Carla Severino Horta para proceder a fijar día y hora para la audiencia de sobreseimiento…" lo que resulta improcedente. "Al reponerse y apelarse en subsidio de esta resolución, con fecha 23 de marzo de 2013, se esperaba revertir esta circunstancia, siendo todas estas peticiones desechadas por el tribunal a quo, incluida la concesión de la apelación subsidiaria. Afirma que, se encuentra "dentro de plazo para deducir el presente recurso de hecho, por cuanto la resolución que denegó el recurso de apelación es de fecha 24 de marzo de 2013".

En la parte petitoria solicita, tener "por interpuesto el presente recurso de hecho, declararlo admisible…" y ordenar que se revoque la resolución pronunciada por el Juzgado de Garantía de Concepción en el presente caso con fecha 24 de marzo de 2013 que denegó la apelación deducido (sic) por mi parte, resolviendo que se declara admisible el mismo, ordenando dar lugar a éste en el sólo efecto devolutivo".

Agrega que acompaña "Copia de resolución pronunciada y que se impugna, del Juzgado de Garantía de Concepción de 24 de marzo de 2013, y que no concedió el recurso de apelación, debiendo haberlo hecho".

2) Que, como aparece de lo señalado, el Sr. Cruz afirma que la resolución que impugna y que no concedió el recurso de apelación es la de 24 de marzo de 2013 y que acompaña. Dicha resolución rola a fs. 1 y de es siguiente tenor, en lo que interesa: Proveyendo la solicitud formulada por el Defensor don Andrés Cruz Carrasco con fecha 23 de marzo de 2013; **A lo principal, primer y segundo otrosí: no ha lugar".**

3) Que, el 23 de marzo de 2013, el Sr. Cruz había presentado un escrito del siguiente tenor: "EN LO PRINCIPAL: REPOSICIÓN EN EL PRIMER OTROSÍ: EN SUBSIDIO, ACLARA LO REQUERIDO. EN EL SEGUNDO OTROSÍ: EN SUBSIDIO DEDUCE RECURSO DE APELACIÓN".

En este se señala claramente en lo principal: "vengo en reponer la resolución que a la solicitud de sobreseimiento definitivo resolvió "para

Actualidad Juridica 28.indd 526 10-07-13 18:34

proveer, aclárese la calidad de imputada de CARLA PAZ SEVERINO HORTA". Y, para el evento de que se desechara la reposición planteada, apela.

4) Que, la presentación de 21 de marzo de 2013, en que el Sr. Cruz "solicita se fije día y hora para la audiencia de sobreseimiento definitivo" es la que fue proveída el día 22 de marzo de 2013": "Para proveer, aclárese la calidad imputada de CARLA PAZ SEVERINO HORTA". En concreto, esto es lo que fue objeto de reposición y apelación por el Sr. Cruz y ambos recursos le fueron negados. En cuanto le fue negado el recurso de apelación, se deduce el recurso de Hecho de que estamos conociendo.

5) Que, el Recurso de Hecho tiene por objeto obtener que el tribunal superior enmiende conforme a derecho el agravio ocasionado por el inferior al pronunciarse sobre un recurso de apelación cuando éste ha sido denegado siendo procedente, o ha sido concedido siendo improcedente; cuando se ha concedido en ambos efectos debiendo otorgarse en el solo efecto devolutivo, o finalmente, cuando se ha concedido en el solo efecto devolutivo debiendo haberlo sido en ambos efectos. Así, y según el caso de que se trata, se habla en doctrina del verdadero o falso recurso de hecho.

6) Que, en el caso de autos, y como surge de lo más arriba expuesto, se trata de un recurso de apelación negado y que se ha planteado en subsidio de una reposición que ha sido también negada.

7) Que, en esta situación, tenemos que analizar de qué naturaleza es la providencia en contra de la cual se dedujo la apelación subsidiaria para determinar si es no apelable.

8) Que, según dispone el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, "Las resoluciones judiciales se denominarán sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos".

   Claramente, el proveído de 24 de marzo del año en curso, no es una sentencia definitiva, ni interlocutoria, ni un auto. Tampoco es un decreto, providencia o proveído, ya que éstos son los que, sin fallar sobre incidentes o sobre trámites que sirvan de base para el pronunciamiento de una sentencia, tiene sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso".

9) Que, el referido proveído, no logra la calidad de resolución judicial toda vez que en ella nada se resolvió, sino que se ordenó que, <u>para proveer</u>, se aclarara la calidad de imputada de una de las personas respecto de las cuales se pedía el sobreseimiento.

Actualidad Juridica 28.indd 527 10-07-13 18:34

10) Que, tanto es así, que la Jueza Sra. Yolanda Méndez Mardones, el 24 de marzo de 2013, proveyendo la misma presentación del Sr. Cruz de 21 de marzo de 2013 en cuanto solicita se fije fecha para debatir el sobreseimiento definitivo resolvió: "Atendido que doña Carla Paz Severino Horta, no tiene la calidad de imputada en la presente causa, sino de testigo, como consta de los antecedentes expuestos por la Fiscalía en presentación escrita e intervinientes que aparecen que el sistema SIAGJ de la causa, no ha lugar a fijar audiencia para debatir sobreseimiento definitivo respecto de la mencionada".

11) Que, por ende, no teniendo la calidad de resolución judicial la mentada de 21 de marzo de 2013 proveía por la Jueza Sra. Carolina Andrea Llanos Ojeda, no puede ser objeto del recurso de apelación, dado que, según el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, son apelables las resoluciones.

Por ende, hizo bien la Jueza Sra. Méndez Mardones en no dar lugar al recurso de apelación deducido por el abogado Sr. Cruz Carrasco en contra de la providencia de 21 de marzo de 2013.

12) Que, si con benevolencia estimáramos que es una resolución, pues la Excma. Corte Suprema ha dicho que "Hay resoluciones que no pueden propiamente encuadrarse dentro de ninguna de las clasificaciones que señala el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil" tampoco nos encontraríamos frente a una resolución apelable. (R.D. y J. t. 36, sec. 2°, pág. 61 y R.D. y J. t.59, sec.1°, pág. 8:

Por estas argumentaciones y lo dispuesto en los artículos 158 y 203 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el Recurso de Hecho interpuesto por el abogado don ANDRÉS NORBERTO CRUZ CARRASCO.

REGÍSTRESE. Comuníquese al Juzgado de Garantía de esta ciudad. Devuelvase los Registros de Audios.

ARCHÍVESE, en su oportunidad.

Redacción de la Abogada Integrante doña Sara Victoria Herrera Merino.

ROL Recursos del Crimen N° 50-2013.

Pronunciada por la Primera Sala integrada por los Ministros Sra. Rosa Patricia Mackay Foigelman, Sr. Hadolff Gabriel Ascencio Molina y abogada integrante Sra. Sara Victoria Herrera Merino.
En Concepción, a diez de abril de dos mil trece, notifiqué por el Estado Diario la sentencia precedente y la de fs. 27.-

Gonzalo Díaz González. Secretario

Actualidad Juridica 28.indd 528 10-07-13 18:34

***

De lo expuesto interesa destacar lo que se establece en los considerandos 6 (seis) y siguientes y que a la postre sirven de sustento a la conclusión a que llegan los sentenciadores. El problema lo plantea el tribunal de alzada cuando manifiesta "… en esta situación, tenemos que analizar de qué naturaleza es la providencia en contra de la cual se dedujo la apelación subsidiaria para determinar si es o no apelable".

En forma previa a comentar lo anotado, es útil rememorar lo que la doctrina denomina actos procesales, que permitirá llegar a precisar qué es una resolución judicial y los posibles efectos que se pueden derivar de tal calidad. Sostiene el autor español Manuel Ortells Ramos que actos procesales "son los actos jurídicos de las partes y del órgano jurisdiccional (fundamentalmente) mediante los cuales el proceso se realiza y que producen sus efectos principales, de modo directo e inmediato, en el proceso"[1].

En otros términos las resoluciones judiciales son declaraciones de voluntad del juez con eficacia imperativa sobre el desarrollo del proceso y sobre el objeto del mismo. A través de ellas se concreta la voluntad del ordenamiento jurídico. Puede, entonces, decirse que acto procesal es todo acontecimiento que de cualquier manera influye en la relación procesal.

Pues bien, el conjunto de actos que las partes realizan en el proceso toma el nombre de actos de "postulación", pero el juez mientras llega a la etapa decisoria –sentencia definitiva– debe proveer a las peticiones que le formulan las partes, y tales actos que realiza el juez toman el nombre genérico de "actos de decisión". Empero, no todos los actos del proceso requieren una regulación legal, porque la intervención del Estado tiene un carácter subsidiario en la composición de la litis. Eso si que hay que tener presente que los actos procesales ejecutados en el proceso son actos jurídicos, porque tienden a la constitución, conservación, modificación o cesación de una situación jurídica –situación que se advierte en el fallo en comento– en la relación procesal. "Pero es necesario que el acto sea un hecho positivo y tenga por objeto uno de esos fines, aunque no vaya dirigido precisamente a la parte contraria" (H. Alsina).

Ahora bien, "para la realización de los actos propios del órgano jurisdiccional deben concurrir los siguientes requisitos de aptitud: tener atribuida potestad jurisdiccional, tener competencia genérica, objetiva, territorial y funcional para conocer del asunto … y que el órgano esté integrado de acuerdo con la ley"[2]. Todas estas menciones se han cumplido en esta sentencia.

[1] Introducción al Derecho Procesal, pág. 241, Edit. Comares, Granada, 1999.
[2] Id. Págs. 244, 245.

Actualidad Juridica 28.indd 529 10-07-13 18:34

Empero, ¿por qué los firmantes han llegado a la conclusión de que da cuenta esta sentencia?, esto es, de no ser una resolución judicial, y no ser en consecuencia objeto de un recurso de apelación. Para afirmar su tésis se dice que no tiene ninguna de las calidades previstas en el art. 158 del Código de Procedimiento Civil, y se trae a colación un fallo de la Corte Suprema para afirmar la decisión. Mas, este fallo sólo expresa lo ya sabido de existir otros tipos de resoluciones que son ajenas al citado artículo, y esta circunstancia no impide que ellas sean resoluciones judiciales y que procedan, en su caso, medios para impugnarlas.

Si se lee con atención este fallo podrá apreciarse que él es contradictorio. En efecto, los sentenciadores en los considerandos 7,8,9 le dan al acto cuestionado la designación de "providencia", "proveído", nombres que si se consignan en el art. 158 C.P.C. ya citado, haciendo notar que la resolución apelada nada resolvió, pues solamente "se ordenó que, para proveer, …". No obstante, esta de manifiesto que la jueza respectiva haciendo uso de su potestad jurisdiccional si decidió, o resolvió dar una orden a la parte para aclarar qué carácter tenía la peticionaria. Y, parece obvio que ese acto procesal emanado de la jueza es una resolución judicial, que permitió dictar posteriormente otra resolución judicial, desestimatoria en este caso, pero que está en plena concordancia con la orden impartida con antelación. Negarle a ese acto el carácter de resolución judicial lleva al absurdo de tener actos procesales emanados de un juez en el ejercicio de su función jurisdiccional y que inciden en la tramitación de un proceso, de ser innominados. Tal clase de actos no existen en el campo del proceso, donde sólo es posible que emanen de los sujetos procesales concurrentes: partes y juez. Todos ellos tienen su respectiva denominación, aún cuando no figuren el mencionado artículo, por ejemplo: sentencia de término, sentencia de casación, sentencia firme, o aquella otra que haciendo efectiva la jurisdicción disciplinaria (art. 551) es susceptible de ser apelada, pese a que se emite fuera de un litigio, y que carece de los factores o elementos necesarios que se manifiestan en art. 158 CPC.

Volviendo a la situación sublite descrita en el fallo, nos parece que la solución adecuada seria una diferente a la adoptada. Según registra el decisorio, la solicitante habría comparecido en la causa como testigo, calidad que aparentemente no fue cuestionada, y por tanto no sería interviniente (art. 12 CPP) ni tampoco sujeto (arts. 69 y sgtes.) en dicho juicio. De esta suerte las resoluciones que se pronuncien no le causan agravio alguno, y al carecer de esta calidad, mal puede interponer algún recurso en su contra. Así, los falladores habrían evitado crear una nueva clase de actos procesales: los innominados, no obstante que emanan del órgano jurisdiccional en el ejercicio de tal función.

Actualidad Juridica 28.indd 530 10-07-13 18:34

No hay interpretación del artículo 206 del Código Civil que sea compatible con el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil e incisos 3° y 4° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

COMENTARIO DE:

Francisco Javier Mujica Escobar
Profesor de Derecho Civil
Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo

I. Conflicto de constitucionalidad que plantea la aplicación del artículo 206 del Código Civil y los incisos 3° y 4° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

1. Consideraciones respecto del texto y sentido del artículo 206 del Código Civil e incisos 3° y 4° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

En el ordenamiento jurídico chileno, dentro de las normas jurídicas que integran el Derecho Civil y, en particular, el Derecho de Familia, se ha cuestionado la constitucionalidad de las siguientes normas: El artículo 206 del Código Civil[1] y los incisos 3° y 4° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.[2]

[1] Artículo 206. "Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad".

[2] Artículo 5°. "Los plazos para impugnar, desconocer o reclamar la filiación, paternidad o maternidad, o para repudiar un reconocimiento o legitimación por subsiguiente matrimonio, que hubieren comenzado a correr conforme a las disposiciones que esta ley deroga o modifica se sujetarán en su duración a aquellas disposiciones, pero la titularidad y la forma en que deben ejercerse esas acciones o derechos se regirá por la presente ley.

Actualidad Juridica 28.indd 531 10-07-13 18:34

Ambos artículos integran la normativa aplicable a la determinación de la filiación; en especial, en lo que se refiere a la regulación de la acción de reclamación de filiación, la legitimidad activa y la legitimidad pasiva de la misma.

El artículo 206 es una norma de aplicación permanente dentro del Código Civil, cuyo texto fue incorporado por la modificación introducida al régimen de filiación por la Ley 19.585, publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1998 y que entró en vigencia un año después de la fecha de su publicación, esto es, el 27 de octubre de 1999. Esta norma reconoce la acción de reclamación en contra de los herederos del padre o madre fallecidos, en favor del hijo póstumo y del hijo cuyo padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto, siempre que la acción se ejerza dentro del plazo de tres años, contados desde la muerte del respectivo padre o madre o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad. La doctrina discrepa respecto del sentido de la misma, reconociéndose dos interpretaciones de las que me ocuparé en los próximos párrafos.

El artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, por el contrario, es una norma transitoria, y en cuanto tal, regula los efectos de la Ley 19.585 en el tiempo. Los incisos del artículo 5º transitorio cuya constitucionalidad se ha impugnado son el inciso 3°, que niega la acción de reclamación de paternidad y maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, y el inciso 4°, que como excepción permite interponer las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. Se preocupa también, el inciso 4° de dejar a salvo los derechos adquiridos por terceros, al disponer que la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro.

Identificadas las dos normas cuya constitucionalidad se ha impugnado, es relevante en esta parte reconocer las dos interpretaciones que la doctrina y los tribunales de justicia han hecho de los artículos 205, 206 y 317 del Código Civil[3-4]. Este es un aspecto que necesariamente se debe considerar en el análisis de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de estas normas, porque inmedia-

Los plazos a que se refiere el inciso anterior que no hubieren comenzado a correr, aunque digan relación con hijos nacidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se ajustarán a la nueva legislación.

No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Pero podrán interponerse las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. En este caso, la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros".

3 Maricruz Gómez de la Torre. *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 91.

4 René Ramos Pazos. *Derecho de Familia*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 402

Actualidad Juridica 28.indd 532 10-07-13 18:34

tamente surge la inquietud por determinar la conformidad o disconformidad de una u otra o ambas interpretaciones con la Carta Fundamental.

De acuerdo a una interpretación que se conoce como restrictiva, los herederos del respectivo padre o madre no son legítimos contradictores, salvo en dos casos de excepción en los que el mismo artículo 206 del Código Civil permite al hijo ejercer la acción de reclamación en contra de los herederos del respectivo padre o madre. Tales casos son el del hijo póstumo y el del hijo cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, quienes podrán ejercer la acción de reclamación en contra de los herederos del respectivo padre o madre, siempre que cumplan con las limitaciones que la norma establece: Ejercer la acción dentro del plazo de tres años contados desde la muerte del padre o madre o, si a esa fecha el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.

Para otra interpretación, conocida como interpretación amplia, la regla general respecto de la legitimación pasiva de la acción de reclamación la establece el artículo 317 del Código Civil, en cuanto dispone que en las cuestiones de paternidad y maternidad son legítimos contradictores, según el caso, el respectivo padre, madre e hijo, pero además los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la respectiva acción. Frente a esa regla general, el artículo 206 del Código Civil establecería una excepción, en términos tales que si bien los herederos del padre o madre son legítimos contradictores, si la acción de reclamación en su contra la ejerce el hijo póstumo o el hijo cuyo padre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto, deberán hacerlo dentro del plazo tres años contados desde la muerte del padre o madre o, si a esa fecha el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.

2. Conflicto de constitucionalidad que plantean el artículo 206 del Código Civil y los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

El conflicto de constitucionalidad sometido a la decisión del Tribunal Constitucional y respecto del cual éste se pronuncia en las sentencias que se analizan en este trabajo consiste en determinar si la aplicación del artículos 206 del Código Civil y, en su caso, la aplicación de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, en cada una de las gestiones pendientes ante los tribunales de familia de las que dan cuenta dichas sentencias, es contraria a las siguientes normas de la Constitución Política de la República:

Actualidad Juridica 28.indd 533 10-07-13 18:34

a) Artículo 5º inciso 2° de la Constitución Política de la República[5] en relación con tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes y en los que se reconocería el derecho a la identidad personal en cuanto derecho esencial que emana de la naturaleza humana. Esos tratados son: Convención de Derechos del Niño; Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[6]

La aplicación del art 206 y en su caso de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, en las causas seguidas ante tribunales de familia respecto de las cuales se ha presentado requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, privaría a los hijos de las acciones procesales para determinar su filiación y por ende los privaría de su derecho a la identidad personal.

b) Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República[7] en cuanto consagra el derecho de la igualdad ante la ley y prohíbe las discriminaciones arbitrarias. La aplicación del art. 206 en las causas seguidas ante los tribunales de familia, respecto de las cuales se ha presentado requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, originaría una diferencia arbitraria entre hijos póstumos o hijos cuyo padre o madre han fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto y los hijos que no reúnen estas condiciones, por cuanto estos a diferencia de aquéllos quedarían privados de ejercer la acción de reclamación de filiación contra los herederos del padre o madre fallecidos. Por su parte, la aplicación de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 en las respectivas causas, también daría lugar a una diferencia arbitraria entre los hijos de padres fallecidos durante la vigencia de la Ley 19.585 y los hijos de padres fallecidos antes de la vigencia de dicha ley, por cuanto estos, a diferencia de aquéllos, en principio no podrán reclamar la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad al inicio de vigencia de la Ley 19.585, a menos que ejerzan la acciones del artículo 206 o 207 dentro del plazo de un año contado desde el inicio de la vigencia de la ley.

[5] "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

[6] Las causas Rol 1537-2009 y 1563-2009 precisan que las normas que reconocen este derecho son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 3, 5.1, 11.1 y 18) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16 y 17.1). La causa Rol 1563-2009 considera además de esas normas el artículo 8 de la Convención de Derechos del Niño y el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[7] "La Constitución asegura a todas las personas: 2º. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"

Actualidad Juridica 28.indd 534 10-07-13 18:34

II. Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional que han resuelto el conflicto de constitucionalidad que plantean el artículo 206 del Código Civil y los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

1. Aclaración de la metodología a seguir.

En esta parte se presentan las 6 sentencias a través de las cuales el Tribunal Constitucional, en ejercicio de la competencia que le asigna el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, se ha pronunciado respecto del conflicto de constitucionalidad que plantean el artículos 206 del Código Civil y los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

Los aspectos que se revisarán en el análisis de las sentencias serán los siguientes:

a) Los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentados ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el art 93 N° 6 de la Constitución Política de la República;
b) Los antecedentes de hecho centrales de cada causa de familia en las que se han presentado esos requerimientos;
c) La resolución adoptada por el Tribunal Constitucional frente a cada requerimiento, ya sea acogiendo la inaplicabilidad requerida, ya sea rechazándola;
    a) Fundamentos centrales considerados por el voto de mayoría y, en su caso, las prevenciones.
    b) Fundamentos del respectivo voto de minoría.

De los aspectos que serán analizados, especial atención exigen los antecedentes de hecho de cada una las gestiones seguidas ante los tribunales de familia, por cuanto éstos son los que permiten determinar si la norma cuya aplicación se impugna es el artículo 206 del Código Civil o los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

En atención a que los antecedentes de hecho de cada una las gestiones seguidas ante los tribunales de familia determinan en unos casos la aplicación del artículo 206 del Código Civil y en otros la aplicación de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, resolviéndose de manera diferente los conflictos de constitucionalidad a que dan lugar una y otra norma, el análisis de las sentencias que resuelven los requerimientos de inaplicabilidad se hará considerando, en primer lugar, las sentencias que resuelven el conflicto de constitucionalidad respecto del artículo 206 del Código Civil y, en segundo lugar, las que resuelven el conflicto de constitucionalidad respecto de los incisos 3° y 4° artículo 5º transitorio de la ley 19.585, que también incluyen al artículo 206 del Código Civil, como se verá.

Actualidad Juridica 28.indd 535 10-07-13 18:34

2. Sentencias que resuelven el conflicto de constitucionalidad planteado por la aplicación del artículo 206 del Código Civil, en cuanto norma permanente aplicable por fallecimiento del supuesto padre durante la vigencia de la Ley 19.585 (Causas Rol 1340-2009, Rol N° 1563-2009 y Rol N°1656-2010).

2.1. Identificación de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, antecedentes de hecho y resolución del Tribunal Constitucional

A. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de septiembre de 2009 (Causa Rol N° 1340-2009).

(i) Requirente del pronunciamiento de inaplicabilidad y sus fundamentos.

Esta sentencia se dicta por el Tribunal Constitucional a raíz de requerimiento del Juez de Familia de Pudahuel, en causa seguida por investigación y reclamación de paternidad caratulada "Muñoz con Muñoz", RIT N° C-111-2009.

Tribunal de Familia por resolución de fecha 20 de febrero de 2009 dispuso remitir los antecedentes de la causa ante el Excmo. Tribunal Constitucional a fin de que se pronuncie acerca de la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil. El juez dentro sus considerandos hace presente que de la interpretación concordada del artículo 206 con el artículo 317 inciso 2° del Código Civil se concluye que el hijo de padres fallecidos sólo tiene la calidad de legítimo contradictor si se dan las exigencias establecidas en el art 206, careciendo de legitimidad activa en caso contrario. No obstante, según su parecer, el artículo 206 del Código Civil contraviene: a) El artículo 5º de la Constitución Política de la República y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 3, 5.1, 11.1 y 18) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16, y 17.1) y b) El artículo 19 N° 2, por cuanto establece una discriminación arbitraria entre hijos en cuanto a unos les concede acción de reclamación mientras que a otros los priva de toda acción que les permita reclamar su filiación, dependiendo si, respectivamente, cumplen o no con los supuestos del artículo 206 del Código Civil.

(ii) Antecedentes de hecho de la gestión seguida ante Tribunal de Familia que permiten precisar la norma aplicable.

Hijo interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial con fecha 13 de enero de 2009 en contra de los dos hijos de su presunto padre, en cuanto herederos del mismo. Hijo nació el 21 de noviembre de 1984 y el supuesto padre falleció el 2 de octubre de 2008.

Actualidad Juridica 28.indd 536 10-07-13 18:34

De acuerdo a estos antecedentes el caso seguido ante el Tribunal de Familia es el de un padre fallecido durante la vigencia de la Ley 19.585, lo que determina la aplicación de los artículos 317 y 206 del Código Civil. No obstante, dada la fecha de nacimiento del hijo y de fallecimiento del padre, el hijo no es póstumo ni el padre falleció dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, por lo que no concurren los supuestos que el artículo 206 establece para poder demandar a los herederos del padre o madre.

(iii) Parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional resolvió que "se acoge el requerimiento deducido por el juez presidente del juzgado de familia de Pudahuel y se declara que el artículos 206 del Código Civil es inaplicables en la causa Rit N° C-111-2009, por investigación/reclamación de paternidad, caratulada "Muñoz con Muñoz", que sustancia ese tribunal".

B. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de agosto de 2011 (Causa Rol N° 1563-2009).

(i) Requirente del pronunciamiento de inaplicabilidad y sus fundamentos.

Esta sentencia se dicta por el Tribunal Constitucional a raíz de requerimiento del Juez de Familia de Valdivia, en causa seguida por investigación y reclamación de paternidad caratulada "Peña con Turban", RIT N° C-996-2009.

Tribunal de Familia por resolución de fecha 26 de noviembre de 2009 dispuso remitir los antecedentes de la causa ante el Excmo. Tribunal Constitucional a fin de que se pronuncie acerca de la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil. El juez hace presente que de la interpretación armónica de los artículos 206 y 317 inciso 2° del Código Civil, se concluye que la posibilidad de que los herederos del padre o madre sean legítimos contradictores en una acción de reclamación de filiación queda circunscrita a que el que acciona se encuentre en alguna de las situaciones del artículo 206. Que la aplicación del artículo 206 de conformidad a esa interpretación conlleva la vulneración de las siguientes normas constitucionales: a) El artículo 5º de la Constitución Política de la República y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 3, 5.1, 11.1 y 18) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16, y 17.1) y b) El artículo 19 N° 2, por cuanto establece una discriminación arbitraria entre los hijos cuyos padres han fallecido antes del parto o dentro de los ciento ochenta días siguientes y el resto de los hijos, al concederle acción para reclamar su filiación sólo a los primeros.

Actualidad Juridica 28.indd 537 10-07-13 18:34

(ii) Antecedentes de hecho de la gestión seguida ante Tribunal de Familia que permiten precisar la norma aplicable.

La madre de supuesto hijo de 11 años deduce demanda de reclamación de filiación no matrimonial con fecha 13 de agosto de 2009 en contra de la cónyuge e hijo del presunto padre, en cuanto herederos del mismo. Hijo nació el 6 de septiembre de 1998 y el supuesto padre falleció el 9 de septiembre de 2009.

De acuerdo a los antecedentes de la causa seguida ante el Tribunal de Familia el padre falleció durante la vigencia de la Ley 19.585, lo que determina la aplicación de los artículos 317 y 206 del Código Civil. No obstante, si se consideran las fechas de nacimiento del hijo y de fallecimiento del padre, se concluye que el hijo no es póstumo ni el padre falleció dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, por lo que no concurren los supuestos que el artículo 206 establece para poder demandar a los herederos del padre o madre.

(iii) Parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional resolvió que "se acoge el requerimiento deducido por el juez de familia de Valdivia y se declara que el artículo 206 del Código Civil es inaplicable en la causa Rit N° C-966-2009, sobre reclamación de paternidad, que substancia ese tribunal".

C. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 1 de septiembre de 2011 (Causa Rol N° 1656-2010).

(i) Requirente del pronunciamiento de inaplicabilidad y sus fundamentos.

Esta sentencia se dicta por el Tribunal Constitucional a raíz de requerimiento del Juez de Familia de Pudahuel, en causa seguida por investigación y reclamación de paternidad caratulada "Prosingue con Curihuil", RIT N° C-3479-2009. El Tribunal de Familia por resolución de fecha 21 de diciembre de 2009 dispuso remitir los antecedentes de la causa ante el Excmo. Tribunal Constitucional a fin de que se pronuncie acerca de la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil por ser contrario a la Constitución. El juez considera que siendo aplicable el artículo 206 del Código Civil debiera rechazarse la demanda por no encontrarse dentro de las hipótesis que el artículo contempla, lo que le impediría al hijo accionar, probar, conocer su génesis y establecer su condición de hijo atendiendo únicamente a la fecha de deceso de su padre. Esta normativa torna el derecho ilusorio entrando en contradicción con otras normas de filiación, tales como la que establece la libre investigación de la paternidad y maternidad y la igualdad entre los hijos. En ese contexto estima que el artículo 206 infringe: a) El artículo 19 N° 2 al establecer una diferencia entre dos clases de hijos: aquellos cuyos padres están vivos y aquellos cuyos padres murieron antes de entablarse

Actualidad Juridica 28.indd 538 10-07-13 18:34

la demanda. b) El artículo 5º de la Constitución Política de la República, ya que vulnera el derecho a la identidad que tiene toda persona, garantizado en la Convención de Derechos del Niño (artículo 8.1), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 3, 5.1, 11.1, 17 y 18) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16, y 17.1 y 24 b).

(ii) Antecedentes de hecho de la gestión seguida ante Tribunal de Familia que permiten precisar la norma aplicable.

Hijo interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial con fecha 22 de octubre 2009 en contra de su presunta hermana en su calidad de heredera de su presunto padre. Dado que hermana es menor de edad, la acción se dirige en contra de su madre, en su carácter de representante legal de la menor. El supuesto hijo nació el 18 de junio de 1983 y el presunto padre falleció el 29 de octubre de 2007.

De acuerdo a esos antecedentes el padre falleció durante la vigencia de la Ley 19.585, lo que determina la aplicación de los artículos 317 y 206 del Código Civil. No obstante, dada la fecha de nacimiento del hijo y de fallecimiento del padre, el hijo no es póstumo ni el padre falleció dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, por lo que no concurren los supuestos que el artículo 206 establece para poder demandar a los herederos del padre o madre.

(iii) Parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional resolvió que "se acoge el requerimiento deducido por la juez de familia de Pudahuel y se declara que el artículos 206 del Código Civil es inaplicables en la causa Rit N° C-3479-2009, sobre reclamación de paternidad, que substancia ese tribunal".

2.2. Conclusión a la que conduce el examen de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, antecedentes de hecho y resolución del Tribunal Constitucional.

Del examen del punto 2.1 precedente, se puede concluir lo siguiente respecto de los requerimientos presentados en las tres causas de familia revisadas.

a) Los tres requerimientos impugnan la constitucionalidad del artículo 206 del Código Civil.
b) En ninguna de las causas seguidas ante el tribunal de familia se dan los supuestos que exige el artículo 206 del Código Civil.
c) Las tres sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional acogen los respectivos requerimientos y declaran que el artículo 206 es inaplicable por inconstitucionalidad.

Actualidad Juridica 28.indd 539 10-07-13 18:34

2.3 Fundamentos considerados por el voto de mayoría para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil. Consideración de las prevenciones de algunos ministros que concurren al voto de mayoría.

Bajo esa distinción necesaria, se revisarán en conjunto los considerandos comunes de las sentencias, precisando, cuando corresponda, las consideraciones particulares de cada sentencia.

A. Consideraciones generales respecto del voto de mayoría.

Las tres sentencias resuelven la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil respecto de casos en los que no se dan los supuestos que la norma establece, en cuanto se trata de padres que fallecieron transcurrido el plazo de 180 días siguientes al parto.

En ese contexto la primera sentencia que ha resuelto el conflicto de constitucionalidad que plantea el artículo 206 del Código Civil es la dictada con fecha 29 de septiembre de 2009 en la causa Rol N° 1340-2009 seguida ante el Tribunal Constitucional, que declaró inaplicable el artículo 206 porque su aplicación en la causa de familia que da origen al requerimiento es contraria al artículo 5º inciso 2° y artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental.

No obstante, en el voto de mayoría hay una prevención del ministro Raúl Bertelsen Repetto, quien previene que *"concurre a la decisión que declara la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, basado únicamente en los efectos contrarios a la garantía de igualdad ante la ley, reconocida en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política, que resultaría de la aplicación del mencionado precepto legal en la causa que motivó el requerimiento de que conoce el Tribunal Constitucional"*. No comparte aquella parte de la sentencia que resuelve que el artículo 206 resulta también contrario al artículo 5º inciso 2° de la Carta Fundamental porque no resulta formulada en forma convincente la incompatibilidad del artículo 206 del Código Civil con las normas de los tratados internacionales aplicables, por cuanto de ellos no emana de modo inequívoco el derecho a la identidad personal, sino más bien el derecho a tener nombre propio. Precisa además que no comparte la sentencia porque se aparta del criterio mantenido por el tribunal en orden a que aceptada una infracción constitucional no es necesario pronunciarse sobre otras que puedan haberse producido.

Las otras dos sentencias, la dictada en la causa Rol 1563-2009 y en la causa Rol 1656-2010, se resuelve por una mayoría de seis votos la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil en cuanto es contrario al artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, esto es, en cuanto vulnera la igualdad ante la ley sin emitir pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de

Actualidad Juridica 28.indd 540 10-07-13 18:34

las demás disposiciones constitucionales alegadas (artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental). La razón de esto último, aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a que acogida una infracción constitucional no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de otras disposiciones constitucionales. No obstante el voto de mayoría, cinco de los ministros que concurren a él previenen que concurren a la decisión de inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil porque la aplicación de esta norma resulta contraria no sólo al derecho a la igualdad, sino que también contraria al artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República.

Un análisis de los votos de mayoría que resolvieron la inaplicabilidad del artículo 206 exige revisar los fundamentos para estimar por qué la aplicación del artículo 206 vulnera los artículos 5º inciso 2º y 19 N° 2, de la Constitución Política de la República.

B. Infracción al artículo 5º inciso 2° de la Constitución Política.

Un examen del voto de mayoría de la sentencia dictada en la causa Rol N° 1340-2009 permite destacar las siguientes ideas que fundamentan la declaración de inaplicabilidad en la respectiva causa de familia.

(i) El Tribunal Constitucional reconoce que los tratados internacionales ratificados por Chile citados por el juez de familia requirente consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlo y promoverlo en los términos aludidos en el inciso 2° del artículo 5º de la Carta Fundamental. Lo anterior se concilia con el criterio sostenido por el Tribunal en el sentido que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, que a partir de su consagración en el artículo 1º de la Constitución Política de la República es la piedra angular de todos los derechos fundamentales que ésta consagra. En esa dirección reconoce el voto de mayoría que aunque el derecho a la identidad no esté reconocido en el texto de la Carta Fundamental, el juez constitucional le debe brindar adecuada protección por su estrecha vinculación con la dignidad humana, y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.[8]

(ii) El reconocimiento del derecho a la identidad personal, en cuanto emanación de las dignidad humana, *"implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra"*. Agrega el voto de mayoría que *"La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede*

[8] Considerando Noveno voto de mayoría causa Rol N° 1340-2009, que se remite a la Sentencia Rol N° 834 , considerando 22 del mismo tribunal.

Actualidad Juridica 28.indd 541 10-07-13 18:34

aspirar al reconocimiento social que merece". Considerando este análisis el Tribunal Constitucional cree justificado incluir el derecho a la identidad personal entre los derechos esenciales a la naturaleza humana a los que brinda protección el artículo 5 inciso 2° al erigirlos como límite de la soberanía.[9]

(iii) Luego de precisar el derecho que resulta afectado, la sentencia se ocupa del artículo 206, considerándolo una norma que establece una excepción a la regla general contenida en el artículo 205, en cuanto mientras ésta permite dirigir la acción de reclamación en contra del padre o la madre o ambos, el artículo 206 del Código Civil permite dirigir la acción de reclamación del hijo contra los herederos del padre o madre en la medida que se cumplan los dos supuestos que establece. Precisa el tribunal que no le corresponde pronunciarse si en la causa de familia concurren los supuestos del artículo 206 del Código Civil, como tampoco si esta norma debe aplicarse con preferencia al artículo 317 del Código Civil.[10]

(iv) Determinado el derecho en juego y la norma impugnada, la sentencia se ocupa de la decisión en orden a si el artículo 206 del Código Civil resulta contrario al artículo 5° inciso segundo de la Constitución. En definitiva, *"si el derecho a la identidad personal resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador y, eventualmente, por aplicarse por el juzgador una norma que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad".*[11]

(v) En esa dirección el tribunal, luego de revisar las distintas posiciones de la doctrina e interpretaciones del artículo 206, que nosotros hemos mencionado en el punto I, número 1, constata una antinomia constitucional en la que por un lado está el derecho a la honra familiar y la integridad psíquica de los herederos del causante (asegurados, respectivamente, en el artículo 19 N° 4 y N° 1 de la Constitución Política de la República) y por otro lado el derecho a la identidad personal, a la integridad psíquica y a la honra del demandante en un juicio de reclamación de paternidad o maternidad (asegurados, respectivamente, en el artículo 5º inciso segundo, el artículo 19 N° 4° y 1°, todos de la Constitución Política de la República,). Inevitablemente al pretender amparar uno de estos derechos con la interpretación que se haga del artículo 206, se dejarán sin efecto los otros.[12]

(vi) En la búsqueda de una solución a esa antinomia el voto de mayoría manifiesta que *"apelando a los criterios propios de la hermenéutica constitucional, parece necesario conciliar los derechos comprometidos en la an-*

[9] Considerando Décimonoveno del voto mayoría causa Rol N° 1340-2009.
[10] Considerandos Decimocuarto y Decimoquinto del voto de mayoría causa Rol N° 1340-2009.
[11] Considerandos Decimoquinto del voto de mayoría causa Rol N° 1340-2009.
[12] Considerando Decimonoveno del voto de mayoría causa Rol N° 1340-2009.

Actualidad Juridica 28.indd 542 10-07-13 18:34

tinomia producida en virtud de aquel que alude a la concordancia práctica y que exige que el intérprete pondere los bienes y derechos en conflicto a fin de armonizarlos y sólo en caso de no ser ello posible, dé prevalencia a uno sobre los otros, precisando claramente los requisitos o condiciones en que ello sería admisible".[13] Descarta el Tribunal en su voto de mayoría un criterio basado en el número de derechos afectados, como sería el caso de privilegiar la acción del hijo contra los herederos del supuesto padre o madre sin las restricciones del artículo 206, porque en este caso hay un mayor número de derechos comprometidos: integridad física, honra y derecho a la identidad. Habrá que intentar armonizar los derechos de los supuestos hijos y de los herederos procurando que ninguno quede anulado.

vii) Desde esa perspectiva, tratándose de los herederos del supuesto padre o madre, se puede comprobar que la integridad psíquica y la honra de los herederos podrían verse afectados por el solo hecho de una acción de filiación más allá de los casos que reconoce el artículo 206 del Código Civil. No obstante, esa afectación se mitiga si la ley reconoce alguna sanción al que acciona de mala fe (condena en costas cuando el juez estima que no hubo fundamento plausible para litigar y la indemnización de perjuicios) y se limitan los efectos patrimoniales, como lo hace el artículo 195 del Código Civil, que quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia. De acuerdo a esto la calidad de los herederos como legitimarios pasivos permanentes y en todo evento de las acciones de reclamación de maternidad y paternidad no se traduce en una anulación total de sus derechos, sino que sólo en una restricción que no vulnera la esencia de los derechos, no vulnerando el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República.[14]

(viii) Por su parte, los hijos que reclaman su filiación y que no se encuentran en los supuestos del artículo 206 del Código Civil, se encontrarán en la imposibilidad de accionar contra los herederos, *"viéndose privado absolutamente de la facultad de ejercer su derecho a la identidad personal, afectándose además y de forma permanente, su integridad psíquica y su honra"*. Por consiguiente, continúa razonando el voto de mayoría, en el caso que el supuesto padre fallezca transcurridos los ciento ochenta días siguientes al parto, "*el demandante quedará siempre con la interrogante abierta acerca de su origen y, por ende, de su verdadero nombre, que es un atributo de la personalidad".*[15] En conexión con este razonamiento, el voto de mayoría destaca que en la historia de la Ley 19.585 consta la posición de algunos legisladores que visualizaron la total vulneración del derecho a la identidad personal que se produciría en el caso de establecerse limitaciones para accionar contra de los herederos del

[13] Considerando Vigesimoprimero del voto de mayoría causa Rol N° 1340-2009.
[14] Considerando Vigesimocuarto del voto de mayoría causa Rol N° 1340-2009.
[15] Considerando Vigesimoquinto del voto de mayoría causa Rol N° 1340-2009.

Actualidad Juridica 28.indd 543 10-07-13 18:34

padre o madre que han fallecido fuera de los supuestos que establecía la respectiva norma, hoy artículo 206 del Código Civil.[16]

(ix) Finalmente, el voto de mayoría recurre a otro criterio de hermenéutica constitucional, la regla del "efecto útil", que *"exige propiciar interpretaciones que no priven absolutamente de efectos a los valores, principios y reglas constitucionales"*. De acuerdo a esto, se considera por el voto de mayoría que *"no corresponde acoger una interpretación que restringiendo la posibilidad de obtener el reconocimiento de la paternidad sólo a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil, pugne con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, dejando sin efectos el derecho a la identidad personal, en estrecho ligamen con el valor de la dignidad humana, consignado en su artículo 1°, inciso primero*.[17]

C. Infracción al artículo 19 número 2 de la Constitución Política.

Esta infracción a la Constitución sirve de fundamento a la resolución adoptada por el voto de mayoría en las tres sentencia que declaran la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil (Causas Rol 1340-2009, Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010), ya sea porque todos los ministros que suscriben ese voto comparten este fundamento junto con otro (caso del Rol 1340-2009), ya sea porque es la infracción que se ha escogido como fundamento, dada la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a que acogida una infracción constitucional no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de otras disposiciones constitucionales.

La fundamentación es la misma en las tres sentencias, siendo las ideas centrales las siguientes:

(i) Como punto de partida las tres sentencias se preocupan de determinar si hay una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego, aclarado eso, examinar si la diferencia tiene el carácter de arbitraria, en cuanto carece de un fundamento razonable que la justifique y si adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador.

(ii) El tribunal constitucional considera que el artículo 206 del Código Civil introduce una diferencia entre la misma categoría de personas, a saber, aquellas que reclaman el reconocimiento de su filiación, puesto que permite accionar contra los herederos del supuesto padre o madre sólo al hijo póstumo y al hijo cuyo padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto, careciendo el resto de los hijos de acción para obtener dicho reconocimiento.[18]

[16] Considerando Vigesimosexto del voto de mayoría causa Rol N° 1340-2009.
[17] Considerando Vigesimo séptimo del voto de mayoría causa Rol N° 1340-2009.
[18] Considerando Trigésimo primero del voto de mayoría en la Causa Rol 1340-2009 y Decimoquinto de las causas Roles 1563-2009 y 1656-2010)

Actualidad Juridica 28.indd 544 10-07-13 18:34

(iii) En base al examen de la historia del establecimiento del artículo 206 del Código Civil, se concluye que en lugar de un fundamento objetivo y razonable en el establecimiento de la limitación que ese artículo establece, se tuvo en consideración el antiguo artículo 272 inciso 1° del Código Civil,[19] que, referido al hijo natural, exigía que la demanda que éste presentaba debía ser notificada en vida del supuesto padre o madre. Es decir, la nueva regulación ha tenido en cuenta una norma que aludía a una distinción entre tipos o categorías de hijos que el proyecto de la Ley 19.585 quiso superar, considerando un criterio que ya no tenía cabida en la nueva legislación.[20] Hay, por lo tanto, falta de razonabilidad en la diferencia de trato entre los hijos cuyos padres fallecen antes de los 180 días siguientes al parto y los hijos de padres que fallecen después de ese lapso de tiempo.

iv) Junto con la falta de razonabilidad en la diferencia de trato, hay falta de idoneidad de la norma para perseguir el fin previsto por el legislador. Si como señala el Mensaje que dio origen a la Ley 19.585, ésta tiene por fundamento equilibrar por un lado el derecho a la búsqueda de la verdad (relacionada con la libre investigación de la paternidad) y por otro la preservación de la paz y de la armonía familiar que podría verse violentada como consecuencia de procesos en que se formulen falsas imputaciones de paternidad, *"bastaba con introducir resguardos frente a ese tipo de demandas (como la verosimilitud de las pruebas acompañadas) o con asegurar que se respondiera de la mala fe empleada, pero sin sacrificar el pleno respeto del derecho a la identidad personal y a obtener la verdad biológica".* En esa dirección la falta de idoneidad de la norma cuestionada para perseguir el fin previsto por el legislador *"cobra especial vigor si se atiende al tenor del artículo 195 del Código Civil, según el cual "el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y* renuncia".[21]

v) La diferencia de trato introducida por el artículo 206 del Código Civil importa, en los casos de que conocen los tribunales de familia, que el actor que se entera de su verdadera filiación después de la muerte de su padre (como ocurre en la causa de familia seguida ante tribunal requirente), ocurrida después de los ciento ochenta días siguientes a su nacimiento, se ve privado de poder accionar en pos del reconocimiento de la paternidad respectiva, a diferencia del actor cuyo padre falleció

[19] Art. 272. "En los casos a que se refieren los números 2°, 3° y 4° del artículo anterior, la calidad de hijo natural sólo podrá establecerse en juicio ordinario seguido contra legitimo contradictor, y siempre que la demanda se haya notificado en vida del supuesto padre o madre."

[20] Considerando Trigésimo cuarto del voto de mayoría en la causa Rol 1340-2009 y Decimoctavo de los roles 1563-2009 y 1656-2010.

[21] Considerando Decimonoveno del voto de mayoría en las causas Rol N° 1563-2009 y N° 1656-2010 y, en lo medular considerando Trigésimo quinto de la causa Rol 1340-2009.

Actualidad Juridica 28.indd 545 10-07-13 18:34

dentro de ese lapso de tiempo, que sí tendrá esa acción. Esa diferencia de trato afecta el derecho a la igualdad del primero.[22]

D. Prevenciones del voto de mayoría en las causas Rol N° 1563-2009 y Rol 1656-2010.

Como se ha destacado en la letra A precedente de este número 2.3, en estas dos causas el Tribunal Constitucional acogió la inaplicabilidad del artículo 206 en cuanto era contrario al artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, esto es, en cuanto contrario a la igualdad ante la ley, sin pronunciarse respecto de las otras supuestas infracciones a normas constitucionales alegadas en el requerimiento, entre ellas el artículo 5° inciso 2° la Constitución.

No obstante, cinco de los seis ministros que concurrieron al voto de mayoría en ambas sentencias previnieron que concurrían a la decisión teniendo presente que la aplicación del artículo 206 del Código Civil resulta contraria también al artículo 5° inciso 2°.

Los fundamentos que se dan en la prevención son esencialmente los mismos dados en el voto de mayoría de la sentencia dictada en la causa Rol 1340-2009 revisados en la letra B. precedente

2.4 Fundamentos del voto de minoría que estuvo por no declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil.

A. Consideraciones generales respecto de los votos disidentes.

Los considerandos que sirven a los ministros del Tribunal Constitucional para rechazar los requerimientos de inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil son uniformes en las tres sentencias.

Cabe destacar que en las sentencias dictadas en las causas Rol N° 1563-2009 y Rol 1656-2010, los ministros disidentes forman dos grupos, que fundamentan su disidencia en considerandos aparte: De un lado los ministros Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado, y de otro, los ministros Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander.

Por su parte en la sentencia dictada en la causa Rol N° 1340-09 sólo hay una fundamentación del voto disidente expresado por los ministros Juan Colombo Campbell, Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander. Dado que

[22] Considerando Vigésimo del voto de mayoría en las causas Rol N° 1563-2009 y N° 1656-2010.

Actualidad Juridica 28.indd 546 10-07-13 18:34

los fundamentos de este voto son esencialmente los mismos dados por los ministros Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander en las sentencias dictadas en las causas Rol N° 1563-2009 y Nº 1656-2010, se hará un análisis conjunto en el punto C siguiente.

B. Voto disidente de los ministros Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado.

Estos ministros fundamentan su voto de minoría en 20 considerandos, de los cuales interesa destacar lo siguiente.

(i) Si bien el artículo 195 del Código Civil consagra la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad de la acción del derecho a reclamar la filiación, los artículos 205 y 206 del Código Civil disponen que la acción de reclamación de la filiación sólo les corresponde a los hijos contra el padre o madre, pudiendo ser legítimos contradictores los herederos sólo en los casos del artículo 206. No se ve contradicción entre estas normas por cuanto no hay un problema de prescripción de la acción, sino que de caducidad. La acción, por lo tanto, se extingue con la muerte del padre o madre, salvo en los casos del artículo 206 del Código Civil.[23]

(ii) La excepcionalidad del artículo 206 del Código Civil no debe entenderse referida sólo al plazo de tres años (como se entendería al optar por una interpretación amplia), sino que a la acción misma, porque de lo contrario se llegaría al absurdo de desproteger con un plazo menor de caducidad a aquellos que son los que más lo necesitan, como el hijo póstumo y aquel cuyo padre o madre fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto.[24]

(iii) Se hace un análisis de la historia fidedigna de la Ley 19.585 destacando que en ella la justificación de la caducidad de la acción de reclamación de la filiación es patente. En las distintas etapas del proceso de discusión de la ley y en las intervenciones de los distintos participantes, es posible constatar que, aceptada en general la extinción de la acción de la acción de reclamación de la filiación en caso de fallecimiento del respectivo padre o madre, la discusión se centra en los supuestos para hacer una excepción en favor de determinados hijos; el plazo en el que estos podrían ejercer la acción luego de fallecido el padre o madre y la forma de computar dicho plazo. En ese contexto, resulta ilustrativo el rechazo, por un lado, de parte de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de una indicación formulada por un grupo de senadores, orientada a facultar al hijo reclamante a dirigir su acción en contra de los herederos del padre o madre sin limitación alguna, eliminando la caducidad de la acción y, por otro lado, la

[23] Considerando 6° del voto disidente de los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica.
[24] Considerando 7° del voto disidente de los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica.

Actualidad Juridica 28.indd 547 10-07-13 18:34

aceptación de otra indicación que, finalmente, se concretó en al actual texto del artículo 206 con algunas modificaciones en el plazo.[25]

(iv) Como ratificación del análisis estos ministros se refieren al artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, que negó absolutamente el derecho a reclamar la paternidad o maternidad después del plazo de un año contado desde el inicio de la vigencia de la ley a hijos de un presunto padre o madre fallecidos con anterioridad a la vigencia de la ley, sin que se haya cuestionado la constitucionalidad de dicha norma o se propusiera otra en su reemplazo.[26]

(v) Bajo ese contexto estos ministros concluyen que el legislador tuvo presente un fundamento objetivo y razonable para introducir excepciones a la caducidad: *"la necesidad de resguardar la seguridad jurídica"*. Así lo explicó el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Destacan que *"…la diferencia de trato entre hijos se justifica en un hecho objetivo –muerte del eventual padre o madre demandado– suficientemente fundamentado por el legislador en la seguridad y certeza jurídica. Aun más, claramente la norma cuestionada en autos busca prolongar la vida de la acción en aras de proteger a los hijos más vulnerables, luego de la muerte de sus presuntos progenitores, esto es, los hijos póstumos y en los casos en que el padre o la madre fallecen dentro de los 180 días siguientes a su nacimiento"*.[27] Queda así fundamentado que no se configura una infracción del artículo 206 del Código Civil a la igualdad ante la ley.

C. Voto disidente de los ministros Juan Colombo Campbell, Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander en la causa Rol N° 1340-09 y sólo de estos dos últimos en las causas Rol N°s 1563-2009 y 1656-2010.

Los fundamentos para rechazar la inaplicabilidad del artículo 206 contenidos en las tres sentencias son esencialmente los mismos, pero que en las sentencias dictadas en causas Rol N° 1563-2009 y Rol N° 1656-2010, son expuestos en base a una estructura diferente, que en cuanto facilita su comprensión seguiremos a continuación, haciendo presente en cada caso a qué considerando corresponde en la sentencia de la causa Rol N° 1340-09. Esa estructura se construye en base a los siguientes cinco puntos.

1) En un primer punto se establecen los criterios interpretativos que guían el razonamiento que sirve de fundamento a este voto.

[25] Considerandos 8° a 18° del voto disidente de los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica.
[26] Considerando 19° del voto disidente de los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica.
[27] Considerandos 16° y 17° del voto disidente de los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica.

Actualidad Juridica 28.indd 548 10-07-13 18:34

(i) Como primer criterio se deja claro que el tribunal constitucional sólo está facultado para conocer de ciertos conflictos constitucionales que son los que establece el artículo 93 de la Constitución. Que esos conflictos *"tienen en común el hecho que se produzca una vulneración de la Constitución por violación de uno o más de sus preceptos, por una determinada aplicación de un precepto legal a una gestión pendiente"*. Bajo ese supuesto *"No corresponde transformar en conflictos de constitucionalidad los vacíos o las contradicciones de las normas legales si estas pueden ser solucionadas con una debida interpretación o integración"*.[28]

(ii) Como segundo criterio este voto determina que "*sólo si se agotan las posibilidades de conciliar la norma cuestionada con la Carta Fundamental, cabe declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad"* y agrega que si dicha posibilidad existe, tal declaración debe evitarse. En relación con este argumento cita lo que esta misma magistratura ha señalado en otra sentencia en relación al principio de constitucionalidad de la ley en Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de agosto de 2000 dictada en causa Rol N° 309: *"lo fundamental de este principio consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella*".[29]

(iii) Como tercer criterio, y en estrecha conexión con el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, se encuentra el principio de la "interpretación conforme". De acuerdo a este principio *"No cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental" (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 309).*[30]

(iv) Como cuarto criterio, se establece que el Tribunal Constitucional debe actuar con corrección funcional, es decir, *"debe respetar el reparto de competencias entre los distintos órganos del Estado"*. En aplicación de esto corresponde, por lo tanto, a los jueces del fondo determinar el sentido y alcance de los preceptos legales.[31]

2) En un segundo punto este voto disidente reconoce que existen dos interpretaciones respecto del artículo 206 del Código Civil, concluyen-

[28] Considerando 3º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010 y 2º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.
[29] Considerando 5º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010 y 7º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.
[30] Considerando 6º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010 y 8º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.
[31] Considerando 7º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010.

Actualidad Juridica 28.indd 549 10-07-13 18:34

do que una de ellas concilia el precepto con la Constitución. a) Para una interpretación, que se conoce como restrictiva, los herederos del respectivo padre o madre no son legítimos contradictores, salvo en los dos casos de excepción que establece el artículo 206 del Código Civil, en los que el hijo póstumo y aquel cuyo padre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto podrán dirigir la acción de reclamación en contra de los herederos del respectivo padre o madre con las limitaciones que la norma establece. b) Para una interpretación conocida como amplia, la regla general es la establecida en el artículo 317 del Código Civil, según la cual los herederos del respectivo padre o madre son legítimos contradictores, constituyendo los casos del artículo 206 del Código Civil una excepción en cuanto si bien los herederos son legítimos contradictores, la acción de reclamación en contra de estos sólo podrá ejercerse dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad, si fuere incapaz.[32]

Reconocer estas interpretaciones es relevante porque para construir la inconstitucionalidad el requerimiento no se hace cargo de la tesis amplia, la que se ha debido obviar. La vulneración de la igualdad ante la ley se funda en la imposibilidad de demandar la filiación a posibles hijos que se encuentran en situaciones distintas a las reguladas en el artículo impugnado, por cuanto los que se encuentren en las situaciones del artículo son privilegiados en relación al resto.[33]

Lo anterior implica para los disidentes *"tomar partido en un conflicto de nivel legal, invadiendo las atribuciones de los tribunales ordinarios y convirtiéndose en árbitro de disputas legales*". Agregan: *"No le corresponde a esta Magistratura sustituir al juez ordinario definiendo una interpretación legal correcta. Una intervención en este sentido lo convierte en un juez de casación, o sea, de guardián de la correcta aplicación de la ley ; y desnaturaliza el reparto de competencias que nuestro ordenamiento jurídico establece entre los distintos órganos* jurisdiccionales".[34]

Finalmente, dentro de este punto, el voto disidente sostiene que la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio de interpretación conforme son aplicables en este caso en cuanto existe una interpretación que armoniza el artículo impugnado con la Constitución, lo que impide al Tribunal Constitucional declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que existe una duda más que razonable para proceder en esa dirección. *"No es definitivo que exista una incompatibi-*

[32] Considerando 7º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010, y 3º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.
[33] Considerando 10º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010, y 4º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.
[34] Considerando 11º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010, y 5º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.

Actualidad Juridica 28.indd 550 10-07-13 18:34

lidad indudable entre el artículo impugnado y la Carta Suprema".[35]

3) Un tercer punto en este voto disidente considera la utilidad de la inaplicabilidad, que resultaría restringida al tomar opción por la interpretación restrictiva. Al dejar de considerar el precepto objetado, quedan subsistentes todas las normas que permiten construir la tesis amplia. *"Lo que se estaría haciendo al acoger la inaplicabilidad es eliminar sólo un obstáculo interpretativo para que los jueces lleguen a la misma conclusión si hicieran un esfuerzo de armonización razonable."* [36]
4) Un cuarto punto en el voto disidente se ocupa del mandato del artículo 5° de la Constitución para el juez. Al respecto se señala que en el inciso 2° de esta norma hay un mandato para los órganos del Estado, que estos deben cumplir desde sus propias atribuciones. No hay en ese mandato una habilitación de potestades para que estos excedan o invadan la competencia de otros órganos del Estado. En esa dirección, ese mandato no es sólo para el Tribunal Constitucional, por cuanto éste no tiene el monopolio de la promoción y respeto de los derechos esenciales consagrados en los tratados internacionales. De acuerdo a esto, entonces: *"Los jueces encargados de resolver la gestión pendiente tienen más que una orientación para buscar una salida al conflicto interpretativo que nos ocupa y que concilie los textos legales con los preceptos internacionales."* A juicio de estos disidentes, puede perfectamente armonizarse ley y tratados, sin poner entre medio la Constitución.[37]
5) Finalmente, este voto disidente considera que la prescripción es un asunto que corresponde definir al legislador. En efecto, el legislador y no el Tribunal Constitucional debe definir, en consideración a la seguridad jurídica y a la consolidación de determinadas situaciones jurídicas, cuándo y por qué plazo debe establecerse una regla de prescripción o de caducidad. No hay normas constitucionales que prohíban establecer reglas de prescripción.[38]

[35] Considerando 12º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010, y 9º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.
[36] Considerando 13º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010, y 10º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.
[37] Considerando 14º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010, y 11º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.
[38] Considerando 15º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010, y 12º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.

Actualidad Juridica 28.indd 551 10-07-13 18:34

3. Sentencias que resuelven conflicto de constitucionalidad planteado por la aplicación de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 en cuanto norma transitoria aplicable por fallecimiento del supuesto padre antes de la vigencia de la Ley 19.585 (Causas Rol 2035-2011, Rol 2105-2011 y Rol 1537-2009).

3.1. Identificación de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, antecedentes de hecho y resolución del Tribunal Constitucional.

A. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de septiembre de 2012 (Causa Rol N° 2035-2011).

(i) Requirente del pronunciamiento de inaplicabilidad y sus fundamentos.

Esta sentencia se dictó por el Tribunal Constitucional a raíz de un requerimiento de la parte demandante en causa de impugnación y reclamación de paternidad seguida ante el 4° juzgado de familia de Santiago en causa caratulada "Rejas con Rejas ", RIT N° C-7283-2009, en la que por sentencia se desestimó demanda. Requerimiento se hace efectivo mientras la Corte de Apelaciones de Santiago conocía de un recurso de casación en la forma y de apelación conjunta, número de ingreso 1510-2011.

Los requirentes solicitan al Excmo. Tribunal Constitucional que ordene traer los autos a la vista y previa declaración de admisibilidad del requerimiento declare inaplicable en la respectiva causa de familia el artículo 206 del Código Civil y el artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, en sus incisos 3° y 4°, por ser contrarios: a) Al derecho a la identidad, reconocido y asegurado a toda persona en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 3, 5.1 y 11.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16, y 17.1), que deben entenderse incorporados y respetados por el Estado y sus órganos, conforme lo dispone el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República, y b) A la igualdad ante la ley, reconocida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, por cuanto las normas cuestionadas establecen una discriminación arbitraria entre aquellos hijos cuyo presunto padre o madre fallecen dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto y aquellos que fallecen con posterioridad a ese lapso de tiempo, toda vez que a éstos, sea que el padre fallezca antes o con posterioridad a la vigencia de la Ley 19.585, se les priva de toda acción que les permita reclamar su filiación.

(ii) Antecedentes de hecho de la gestión seguida ante Tribunal de Familia que permiten precisar la norma aplicable.

Dos supuestos hijos interpusieron demanda de reclamación de filiación no matrimonial con fecha 18 de noviembre de 2009 en contra de la cónyuge e hija

Actualidad Juridica 28.indd 552 10-07-13 18:34

de presunto padre, en cuanto únicas herederas del mismo. Los hijos nacieron el 29 de abril de 1984 y el 10 de junio de 1988 y el supuesto padre falleció el 28 de enero de 1990.

De acuerdo a estos antecedentes el caso seguido ante el Tribunal de Familia es el de un padre fallecido antes de la vigencia de la Ley 19.585, y por consiguiente, le es aplicable el artículo 5 transitorio de la Ley 19.585, lo que implica que en razón del inciso 3° no se puede reclamar la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, salvo que, según lo permite el inciso 4°, se interpongan las acciones de los artículos 206 y 207 del Código Civil, dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la ley. Ninguna de estos supuestos concurren en este caso: En primer lugar, de acuerdo a la fecha de nacimiento del hijo y de fallecimiento del padre, el hijo no es póstumo ni el padre falleció dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. En segundo lugar, la demanda de reclamación de filiación no matrimonial se interpuso el 18 de noviembre de 2009, esto es, en una fecha muy posterior al 27 de octubre de 2000, día en el que expiró el plazo que el inciso 4° estableció para ejercer esta acción.

(iii) Parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional resolvió acoger el requerimiento "sólo en cuanto se declara inaplicable, en la especie, la frase "dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto" contenida en el artículos 206 del CC." En todo lo demás se rechaza el recurso del requirente, dentro de lo cual se comprende la inaplicabilidad del artículo 5° transitorio, incisos 3° y 4° de la Ley 19.585.

B. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de septiembre de 2012 (Causa Rol N° 2105-2011).

(i) Requirente del pronunciamiento de inaplicabilidad y sus fundamentos.

Esta sentencia se dicta por el Tribunal Constitucional a raíz de requerimiento del Juez de Familia de Temuco, en causa seguida por investigación y reclamación de paternidad caratulada "Seguel con Seguel", RIT N° C-1975-2011.

El Tribunal de Familia por resolución de fecha 28 de septiembre de 2011 dispuso remitir los antecedentes de la causa ante el Excmo. Tribunal Constitucional a fin de que se pronuncie acerca de la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil y el artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, incisos 3° y 4°, por ser contrario a la Constitución. El tribunal estima que con la aplicación de estas normas se ven conculcados: a) El artículo 5º de la Constitución Política de la República en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 3, 5.1, 11.1 y 18) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artí-

Actualidad Juridica 28.indd 553 10-07-13 18:34

culos 16, y 17.1), por cuanto al imponer las normas impugnadas limitaciones al ejercicio de la acción de reclamación de filiación afectan el ejercicio del derecho a la identidad, reconocido por esos tratados, como un derecho esencial que emana de la naturaleza humana. b) El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República al establecer una diferencia arbitraria entre los hijos de padres fallecidos antes del parto o dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, a quienes reconoce acción de reclamación de filiación, y los hijos cuyo padre o madre fallece en época distinta, a quienes no reconoce acción de reclamación de filiación.

(ii) Antecedentes de hecho de la gestión seguida ante Tribunal de Familia que permiten precisar la norma aplicable.

Supuesta hija interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial con fecha 1 de agosto de 2011 en contra de su presunto abuelo, en cuanto único heredero de su presunto padre. Hija nació el 16 de abril de 1979 y el supuesto padre falleció el 24 de junio de 1979.

De acuerdo a estos antecedentes este es el único caso de los seis que han dado lugar a los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se examinan en este trabajo, en el cual concurren los supuestos del artículo 206 del Código Civil: El padre falleció dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. Además de esto el padre falleció antes de la vigencia de la Ley 19.585, lo que determina la aplicación del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, y con éste su inciso 4°, que permite se interponer las acciones del artículo 206 y 207 del Código Civil, dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la ley. En este caso, si bien concurre el supuesto del artículo 206, la acción se ejerció el 1 de agosto de 2011, esto es, prácticamente 10 años después del inicio de la vigencia de la Ley 19.585.

(iii) Parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional resolvió rechazar el requerimiento deducido tanto en cuanto se solicita la inaplicabilidad del artículo 206 del CC y del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

Esta sentencia es la única de las seis sentencias que se examinan en este trabajo en la que el tribunal por voto de mayoría ha rechazado íntegramente el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil y del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585. Los fundamentos de esta resolución se verán en punto II número 3.4 siguiente, pero desde ya es útil anticipar que en ello influye la circunstancia que en este caso se cumplan los requisitos de uno de los casos del artículo 206, lo que a juicio de los ministros hace irrelevante todo el análisis orientado a fundar la inconstitucionalidad de la norma, que sólo se

Actualidad Juridica 28.indd 554 10-07-13 18:34

justificaría en el caso que no se den los supuestos que esta exige para determinar la legitimidad activa del respectivo hijos y pasiva de los herederos del padre o madre fallecido. En ese contexto, será el ejercicio de la acción fuera del plazo que establece la ley lo que determina el rechazo de la acción de reclamación de paternidad, lo que no es a juicio del voto de mayoría susceptible de impugnarse como inconstitucional.

C. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 1 de septiembre de 2011 (Causa Rol N° 1537-2009).

(i) Requirente del pronunciamiento de inaplicabilidad y sus fundamentos.

Esta sentencia se dicta por el Tribunal Constitucional con motivo de un requerimiento del Juez de Familia de Pudahuel, en causa seguida por investigación y reclamación de paternidad caratulada "Monsalvez con Monsalvez", RIT N° C-4688-2008.

El Tribunal de Familia por resolución de fecha 12 de noviembre de 2009 dispuso remitir los antecedentes de la causa ante el Excmo. Tribunal Constitucional a fin de que se pronuncie acerca de la inaplicabilidad de los artículos 206 del Código Civil y 5° transitorio de la Ley 19.585, incisos tercero y final. El juez hace presente que concordando los artículos 206 del Código Civil, 5° transitorio de la Ley 19.585 y 317 inciso 2° del Código Civil, se concluye que si el fallecimiento del padre no se da dentro de los ciento ochenta días de nacidos los hijos y la acción no es ejercida dentro del plazo de un año que establece el artículo 5° transitorio los hijos carecen de legitimación activa. Según el parecer del Tribunal de Familia, los artículos 206 del Código Civil y 5° transitorio citados contravienen las siguientes normas constitucionales a) El artículo 5º de la Constitución Política de la República y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 3, 5.1, 11.1 y 18) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16, y 17.1) en cuanto de ellas se colige que el derecho a la identidad es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana cuyo ejercicio las normas impugnadas impiden en cuanto privan a los hijos de las acciones procesales idóneas para ese efecto. b) El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, dado que establece una discriminación arbitraria respecto de aquellos hijos cuyos padres fallecen después de los ciento ochenta días siguientes al parto, a quienes se les priva de toda acción.

(ii) Antecedentes de hecho de la gestión seguida ante Tribunal de Familia que permiten precisar la norma aplicable.

Cuatro supuestos hijos interpusieron demanda de reclamación de filiación no matrimonial con fecha 1 de septiembre de 2008 en contra de la hermana del presunto padre, en cuanto única heredera del mismo. Los hijos nacieron con

Actualidad Juridica 28.indd 555 10-07-13 18:34

fecha 8 de junio de 1970, 18 de diciembre de 1971, 25 de diciembre de 1972 y 24 de enero de 1977. El supuesto padre falleció el 3 de septiembre de 1987.

De acuerdo a estos antecedentes el caso seguido ante el Tribunal de Familia es el de un padre fallecido antes de la vigencia de la Ley 19.585, lo que determina que sea aplicable el artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 y con éste, por lo dispuesto en su inciso 3°, no se pueda reclamar la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, salvo que, según lo permite el inciso 4°, se interpongan las acciones del artículo 206 y 207 del Código Civil, dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la ley. De acuerdo a los antecedentes expuestos, ninguna de los supuestos del artículo 206 concurren en este caso: En primer lugar, de acuerdo a las fechas de nacimiento de los hijos y de fallecimiento del padre, ninguno de los hijos es póstumo ni el padre falleció dentro de los ciento ochenta días siguientes al nacimiento de sus hijos. En segundo lugar, la demanda de reclamación de filiación no matrimonial se interpuso el 1 de septiembre de 2008, esto es, fuera del plazo de un año contado desde el inicio de vigencia de la Ley 19.585, que expiró el 27 de octubre de 2000.

(iii) Parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional resolvió que "se acoge el requerimiento deducido por el juez de familia de Pudahuel y se declara que los artículos 206 del CC y 5° transitorios inciso tercero y final de la Ley 19.585 son inaplicables en la causa Rit N° C-4688-2008, sobre reclamación de paternidad, que substancia ese tribunal".

D. Conclusión a la que conduce el examen de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, antecedentes de hecho y resolución del Tribunal Constitucional.

Con el examen del punto 3.1 precedente es posible concluir lo siguiente respecto de los requerimientos presentados respecto de las tres causas de familia revisadas:

(i) Los tres requerimientos impugnan la constitucionalidad del artículo 206 del Código Civil y además del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

(ii) Sólo en una de las tres causas seguidas ante el tribunal de familia se dan los supuestos que exige el artículo 206 del Código Civil. Esa causa es la que dio origen al Rol N° 2105-2011.

(iii) La inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil sólo es acogida en su totalidad por la sentencia dictada en la causa Rol N° 1537-2009. La sentencia dictada en la causa Rol 2035-2011 sólo la acoge parcialmente y la sentencia dictada en la causa Rol N° 2105-2011 la rechaza en su totalidad.

(iv) La inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 sólo es acogida por la sentencia

Actualidad Juridica 28.indd 556 10-07-13 18:34

dictada en la causa Rol N° 1537-2009 y rechazada por las otras dos sentencias dictadas en las causas Rol 2035-2011 y Rol 2105-2011.

En ese contexto, a diferencia de las sentencias que sólo se han pronunciado respecto de la inaplicabilidad del artículo 206, acogiéndola; en las sentencias que además se pronuncian respecto de la inaplicabilidad del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 no hay uniformidad en lo resuelto por el Tribunal Constitucional, según se constata de lo dicho en letras A (iii), B (iii) y C (iii) precedentes. Esto nos obliga a adoptar a continuación un esquema en base a la revisión por sentencias, antes que en base a considerandos de los votos de mayoría y minoría, como se hizo en número 2.3.

3.2 Sentencia que acoge la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil y de los incisos 3º y 4º del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585 (Causa Rol N° 1537-2009).

A. Fundamentos del voto de mayoría que acoge inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil y de los incisos 3º y 4º del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

Por una mayoría de seis votos se resuelve la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil y de los incisos 3º y 4º del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585, en cuanto vulneran la igualdad ante la ley y, por lo tanto, el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, que hacen extensivo. Los considerandos que sirven de fundamento para acoger la inaplicabilidad del artículo 206 coinciden con los contenidos en los considerandos de las sentencias dictadas en la causa Rol N° 1340-2009, Rol N° 1563-2009 y Rol N° 1656-2010 que han sido examinados en número 2.3 letra C de este trabajo y que hay que hacer extensivos a los incisos 3° y 4° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

De igual forma que en las dos causas citadas (Rol N° 1563-2009 y Rol N° 1656-2010) no se emite pronunciamiento respecto de la supuesta infracción alegada en el requerimiento respecto de otras disposiciones constitucionales (artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental). Se mantiene la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a que acogida una infracción constitucional no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de otras disposiciones constitucionales.

B. Prevención de ministros que concurren en el voto de mayoría que acoge la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil y de los incisos 3º y 4º del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

Cinco de los ministros (Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Marisol Peña Torre, Francisco Fernández Fredes y José Antonio Viera Gallo

Actualidad Juridica 28.indd 557 10-07-13 18:34

Quesney) que concurrieron al voto de mayoría, de la misma manera como lo hicieron en las sentencias de las causas Rol N° 1563-2009 y Rol 1656-2010, previenen que concurren a la decisión de inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil además porque la aplicación de esta norma resulta contraria al artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental. En esta parte básicamente habrá que estarse a lo señalado en número 2.3 letra D de este trabajo.

C. Fundamentos del voto de minoría que estuvo por no declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del CC y de los incisos 3º y 4º del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

En esta parte los considerandos que sirven a los ministros disidentes para rechazar el requerimiento de inaplicabilidad son los contenidos en las sentencias dictadas en la causa Rol 1563-2009 y en la causa Rol 1656-10 que se han examinado en el número 2.4 letras B y C.

Como se hizo presente en el número 2.4. letra A, los ministros disidentes forman dos grupos, que fundamentan su disidencia en considerandos aparte.

De un lado los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica Maldonado fundamentan su rechazo a la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil e incisos 3° y 4° del artículo 5° de la Ley 19.585 por razones que fueron reiteradas en las causas Rol N° 1563-2009 y Rol N° 1656-2010, revisadas anteriormente en número 2.4 letra B de este trabajo.

En lo que se refiere particularmente al artículo 5° transitorio, estos ministros recurren a la historia fidedigna de esta norma. Dan cuenta que fue incorporada en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, y su fundamento fue dar reglas para la aplicación temporal de la ley, estableciéndose que no se podrá reclamar la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley. Por indicación de un grupo de senadores, la que fue aprobada por unanimidad, se incorporó la posibilidad de reclamar en un plazo de un año la filiación no matrimonial cuando el hijo es póstumo o el padre falleció dentro de los 180 días siguientes al parto, incluyéndose esta norma como una excepción a la regla de que no cabe reclamar la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas. Luego de aportar este antecedente, destacan que no hay constancia que se haya cuestionado la constitucionalidad de dicha norma o se propusiera otra más amplia en su reemplazo durante el trámite legislativo.

Por otra parte, los ministros Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander estuvieron por rechazar el requerimiento respecto del artículo 206 del CC fundados en las mismas razones dadas en las causas Rol N° 1340-2009, N° 1563-

Actualidad Juridica 28.indd 558 10-07-13 18:34

2009 y N° 1656-2010, adoptando en la exposición de éstas el mismo esquema y fundamentos examinados anteriormente en este trabajo en número 2.4 letra C.

3.3 Sentencia que acoge parcialmente inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil y rechaza la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 (Causa Rol N° 2035-2011).

A. Fundamentos del voto de mayoría para declarar la inaplicabilidad parcial del artículo 206 del CC y rechazar inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585. Consideración de las prevenciones de algunos ministros que concurren al voto de mayoría.

A.1 Inaplicabilidad parcial del artículo 206 por infracción del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

(i) Respecto del artículo 206 del Código Civil se reconoce que este precepto ha sido declarado inaplicable en pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional "por resultar las limitaciones en él contenidas inconciliables con el derecho a la igualdad ante la ley y con el derecho a la identidad".

(ii) Se precisa que si bien en esos pronunciamientos del Tribunal Constitucional el reproche de inaplicabilidad se ha extendido a todo el artículo 206 del Código Civil, en este caso sólo se estimó contrario a la Constitución el que el legislador haya circunscrito la posibilidad de ejercer la acción de filiación contra los herederos del presunto padre cuando éste haya fallecido antes del parto o dentro de los ciento ochenta días siguientes al nacimiento del hijo, por cuanto *"este último requisito entraña en opinión de estos sentenciadores una exigencia arbitraria que limita injustificadamente el derecho del hijo a reclamar su filiación y lo sitúa en una desventaja objetiva respecto de quienes su presunto padre efectivamente murió dentro de tal plazo"*.[39]

En esta dirección y tras la búsqueda de una explicación racional para el establecimiento del término de ciento ochenta días contados desde el nacimiento del presunto hijo para que tenga lugar la muerte del padre, que establece el artículo 206 del Código Civil, se concluye *"es resultado de una extrapolación impropia de dicho plazo desde la regulación de la paternidad presuntiva derivada del artículo 76 del Código Civil (base de la presunción de pater is est, en relación con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 180 del mismo Código), plenamente aplicable para determinar la filiación matrimonial, a una situación de posible filiación no*

[39] Considerando 3º del voto de mayoría en la Causa Rol 2035-2011.

Actualidad Juridica 28.indd 559 10-07-13 18:34

matrimonial como la de autos". En base a lo anterior el voto de mayoría considera que *"determinar la procedencia de la acción de filiación contra los herederos en función de la muerte del padre dentro de un cierto plazo, por lo demás exiguo, contado desde el nacimiento del hijo, resulte ser un condicionamiento sin base lógica, por lo mismo contrario al estándar de razonabilidad con el que debe confrontarse cualquier diferencia de trato por parte del legislador"* (Considerando Cuarto) [40].

(iii) Si bien en razón de lo señalado en punto (ii) precedente el voto de mayoría declaró inaplicable en la causa de familia correspondiente sólo la frase *"dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto"* contenida en el artículo 206 del Código Civil, estimó, no obstante, que el otro requisito que el artículo 206 del Código Civil establece para ejercer la acción, a saber, que ésta se deduzca en el plazo de 3 años contados desde el fallecimiento del supuesto padre o madre o desde que el hijo o hija haya alcanzado la mayoría de edad, es enteramente razonable por consideraciones elementales de seguridad jurídica.[41]

A.2. Fundamentos del rechazo de la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5° de la Ley 19.585.

El voto de mayoría concluye que la exigencia establecida en el inciso 4° del artículo 5º de la Ley 19.585, en orden a que los presuntos hijos de padre o madre fallecidos antes de la vigencia de la Ley 19.585 (que cumplan con los supuestos del artículo 206) ejerzan la acción de reclamación contra los herederos dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de la ley "*debe considerarse justificado por consideraciones de certeza jurídica, pues impide que estas relevantes relaciones de parentesco puedan permanecer indefinidas por largo tiempo y, más aún, que las pericias biológicas indispensables para acreditar tales vínculos pretendan practicarse sobre restos humanos de antigua data".* Por lo anterior, concluye que *"no se advierte, por lo tanto, fundamento racional para estimar que con semejante regulación el legislador haya vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley ni tampoco el derecho a conocer el origen biológico de una persona dentro de latitudes ecuánimes"*.[42].

A.3 Prevención de ministros que concurren al rechazo de la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, teniendo presente además otras razones que indican.

Los ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander comparten el rechazo de la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo

[40] Considerando 4º del voto de mayoría en la Causa Rol 2035-2011.
[41] Considerando 5º del voto de mayoría en la Causa Rol 2035-2011.
[42] Considerando 8º del voto de mayoría en la Causa Rol 2035-2011.

Actualidad Juridica 28.indd 560 10-07-13 18:34

5° transitorio de la Ley 19.585, pero lo fundamentan además de los motivos de la letra A.2 precedente, por otras razones respecto de las cuales interesa destacar las siguientes:

(i) El artículo 5° transitorio de la Ley 19.585 diseña un sistema especial y único para regular las situaciones generadas con anterioridad a su entrada en vigencia, que no es inconstitucional:[43]

a) La ley en cuanto otorga un derecho puede establecer las condiciones de su ejercicio. En este caso esos requisitos son el ejercicio de la acción dentro del plazo de un año contado desde el inicio de vigencia de la ley y la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 206 del Código Civil. Hacen presente estos ministros que bajo el régimen anterior al de la Ley 19.585, se establecía en el artículo 272, respecto de los hijos naturales, que la demanda para el reconocimiento de paternidad o maternidad debía notificarse en vida del respectivo padre o madre. Con esto destacan que se reconoce un derecho que antes no existía, pero que para operar requiere cumplir con los requisitos que dispone la ley;

b) El artículo 5° transitorio de la Ley 19.585 *"no reconoce la calidad de hijo que tenga una persona respecto de cierto padre o madre. Sólo permite un reclamo judicial permitiendo este reconocimiento. Es ese reclamo el que queda sujeto a un límite temporal".*

c) El artículo 195 del Código Civil establece que el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible. Sin embargo ese derecho es legal por lo que otra norma legal, en este caso el artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 puede establecer reglas de caducidad, no existiendo normas en la Constitución que prohíban establecer estos plazos, más aún si se trata de normas que regulan la transición de un régimen a otro. El artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República permite avanzar en estas reglas.

d) La exigencia de entablar la demanda dentro de un plazo *"es parte de otra serie de medidas destinadas a consolidar situaciones que la Ley 19.585 estableció, sobre todo en materia patrimonial".* Al respecto se destaca que *"si bien la filiación produce efectos retroactivos a la época de la concepción del hijo, cuando queda legalmente determinada (artículo 181, Código Civil), los efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas de la prescripción (artículo 195)"* y agregan que *"El mismo artículo 5° transitorio es demostración de esto en cuanto dispone que la declaración de paternidad o maternidad produce efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros".*

(ii) El artículo 5° transitorio *"es claramente favorable. Salvo las situaciones de los artículos 206 y 207 del Código Civil, todos los demás hijos no pueden*

[43] Considerando 6º de la prevención de los ministros Navarro y Carmona al voto de mayoría que rechaza la inaplicabilidad de los inciso 3° y 4° del artículo 5º Transitorio en la Causa Rol 2035-2011.

Actualidad Juridica 28.indd 561 10-07-13 18:34

demandar de reconocimiento de paternidad o maternidad a los padres muertos.[44]

(iii) Al entrar en vigencia la Ley 19.585, los hijos que han reclamado la paternidad en la causa de familia que ha dado lugar al requerimiento tenían las edades de 15 y 11 años. Se señala al respecto que *"En el marco estricto del artículo 206, como eran menores de edad pudieron demandar el año 2002 o 2006, respectivamente. Sin embargo, como las reglas de transición de la Ley 19.585 establecieron un plazo, debieron demandar a más tardar el 27 de octubre de 2000"*. Luego señala que "*no es que el artículo 5° transitorio les haya impedido demandar. Dicha norma no lo prohibió; sólo estableció un plazo para hacerlo. Sin embargo, los demandantes no ejercieron ese derecho en el plazo permitido por la ley. En nada se contrapone a lo anterior el que hayan sido menores de edad cuando entró en vigencia la Ley N° 19.585, pues por ellos pueden actuar sus representantes legales*".[45]

B. Fundamentos de ministros que rechazan inaplicabilidad total y parcial del artículo 206 del Código Civil.

En esta parte de la sentencia, los ministros que rechazan la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil (total o parcial), al igual que en las sentencias dictadas en las causas Roles N°s 1563-2009 y 1656-2010, según se destacó en número 2.4 letra A de este trabajo, forman dos grupos, que fundamentan su disidencia en considerandos aparte: De un lado los ministros Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado y de otro los ministros Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander.

Por una parte los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica dejan constancia de que continúan juzgando que el artículo 206 del Código Civil no es contrario a la Constitución por los motivos expuestos en las causas Rol N° 1537-2009, Rol N° 1563-2009 y Rol N°1656-2010, ya revisados en este trabajo en número 2.4 letra B. y que hacen extensivos al artículo 5° transitorio de la ley.

No obstante, en lo que es propio a los inciso 3° y 4° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585, subrayan que tratándose del establecimiento de beneficios, como el plazo adicional o de gracia que establece esta norma, *"el legislador goza de una facultad que puede ejercer con cierta discrecionalidad, siendo una cuestión pacífica que no es sinónimo de arbitrariedad"*. En materias tan sensibles como las de la especie, *"habrá siempre distintas opiniones y hasta disconformi-*

[44] Considerando 7º de la prevención de los ministros Navarro y Carmona al voto de mayoría que rechaza la inaplicabilidad de los inciso 3° y 4° del artículo 5º transitorio en la Causa Rol 2035-2011.
[45] Considerando 8º de la prevención de los ministros Navarro y Carmona al voto de mayoría que rechaza la inaplicabilidad de los inciso 3° y 4° del artículo 5º transitorio en la Causa Rol 2035-2011.

Actualidad Juridica 28.indd 562 10-07-13 18:34

dad con la mayor o menor generosidad o prudencia con que se ejerció esta discrecionalidad, pero ello no basta para convertir el beneficio cuestionado en inconstitucional".

Por otra parte, los ministros Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander estuvieron por rechazar el requerimiento respecto del artículo 206 del Código Civil fundados en las mismas razones dadas en las causas Rol N° 1340-09, N° 1563-2009 y Nº 1656-2010, adoptando en la exposición de éstas el mismo esquema revisado anteriormente en este trabajo en el número 2.4 letra C.

C. Fundamentos de ministros que estuvieron por acoger la inaplicabilidad de todo el artículo 206 del Código Civil, como asimismo del inciso 3° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

Cuatro ministros (Hernán Vodanovic Schnake, Marisol Peña Torre, José Antonio Viera Gallo Quesney y Gonzalo García Pino) concurren a la decisión de acoger el requerimiento no en forma parcial, sino respecto de todo el contenido normativo del artículo 206 del Código Civil y, además, del inciso 3° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585. Los fundamentos de estos ministros descansan en la existencia de una infracción a los artículos 5º inciso 2° y artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

Los considerandos que fundan la infracción al artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política son esencialmente los mismos contenidos en la prevenciones de los votos de mayoría contenidas en las sentencias dictadas en las causas Rol N° 1563-2009 y Rol 1656-2010, a los que se refiere este trabajo en número 2.3 letra D.

Finalmente, en lo que se refiere al artículo 5º transitorio de la Ley N° 19.585, opinan que la conclusión a la que se ha arribado respecto del artículo 206 es plenamente aplicable al inciso tercero del artículo 5 transitorio de la ley N° 19.585[46]. La norma contenida en el inciso 3° del artículo 5 transitorio de la ley 19.585 *"impide, absolutamente, el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad cuando el progenitor ha fallecido antes de la vigencia de la misma, resultando su aplicación, a la gestión pendiente, tan contraria a la Constitución como el artículo 206 del Código Civil, por las misma razones antes analizadas".*[47]

[46] Considerando 18° de los ministros que estuvieron por acoger requerimiento en su integridad en la Causa Rol 2035-2011.
[47] Considerando 20° de los ministros que estuvieron por acoger requerimiento en su integridad en la Causa Rol 2035-2011.

Actualidad Juridica 28.indd 563 10-07-13 18:34

3.4 Sentencia que rechaza totalmente la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 206 del Código Civil y de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 (Causa Rol N° 2105-11).

A. Fundamentos del voto de mayoría que rechaza totalmente la inaplicabilidad del artículo 206 del CC y de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

Los argumentos que el voto de mayoría considera para fundamentar el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 206 del Código Civil y del 5º transitorio de la Ley 19.585 son esencialmente los siguientes:

(i) Se declara que en el caso de la familia particular respecto del cual se presentó el requerimiento que se resuelve en esta sentencia, el análisis de la constitucionalidad de todo o parte del artículo 206 del Código Civil es irrelevante, toda vez que de acuerdo a los hechos de la causa al fallecer el respectivo padre dentro de los 180 días siguientes al nacimiento de la presunta hija, se ha cumplido uno de los supuestos de dicha norma, *"por lo cual la razón que estos sentenciadores tienen para objetar la constitucionalidad de esta parte del precepto no es aplicable en este caso toda vez que la fecha de la muerte del padre y la del nacimiento de la hija no podrá ser invocada como argumento para negar la procedencia de la acción de filiación en contra de los herederos y con esa negativa cuestionar la norma".*[48]

(ii) En lo que se refiere al artículo 5° transitorio de la Ley 19.585, el voto de mayoría destaca que las mismas consideraciones de certeza jurídica que justifican el plazo de tres años que establece el artículo 206 del Código Civil y se orientan a evitar que las relaciones de filiación puedan permanecer potencialmente indefinidas en el tiempo respecto de personas que han muerto mucho antes, son aplicables en este caso, por lo que concluye que el plazo de un año que establece el inciso 4º del artículo 5° transitorio es manifiestamente razonable respecto de las personas premuertas, por lo que *"no se advierte que con semejante regulación el legislador haya vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley ni tampoco el derecho a la identidad o derecho a conocer el origen biológico de una persona".*[49]

B. Prevención de ministros que concurren al rechazo de la inaplicabilidad del artículo 206 del CC y artículo 5° transitorio de la Ley 19.585, teniendo presente además otras razones que indican.

Dentro del voto de mayoría hay dos grupos de ministros que concurriendo al voto mayoritario de rechazo de la inaplicabilidad del artículo 206 del Código

[48] Considerando 6º del voto de mayoría causa Rol N° 2105-2011.
[49] Considerando 10º del voto de mayoría causa Rol N° 2105-2011.

Actualidad Juridica 28.indd 564 10-07-13 18:34

Civil y del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585, pero que precisan además otras razones que tienen para adoptar esta decisión, y que son las que han manifestado en las otras sentencias examinadas en este trabajo, pero como votos disidentes, salvo en la dictada en la causa Rol 2035-2011, según se vio.

Por una parte, los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica Maldonado, de la misma manera como lo hacen en la sentencia dictada en causa Rol 2035-2011, dejan constancia que concurren al voto que rechaza el requerimiento de inaplicabilidad de ambos artículos porque estiman que no son contrarios a la Constitución por los motivos que han expuesto en las sentencias dictadas en las causas Roles 1537,1563 y 1656 (número 2.4, letra B.), que hacen extensivos al artículo 5° transitorio de la ley.

Por otra parte, los ministros Enrique Navarro y Carlos Carmona estuvieron por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad fundados en las mismas razones dadas en la sentencia dictada en la causa Rol N° 2035-2011 para rechazar la inaplicabilidad del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, que hemos dado en el número 3.3 letra A.3. Sin embargo, es relevante considerar que estos ministros destacan como antecedentes de la causa de familia, que la supuesta hija al entrar en vigencia la Ley 19.585 tenía 20 años de edad, de manera que mientras estuvo pendiente el plazo de un año para demandar hasta el 27 de octubre de 2000, era mayor de edad. En ese contexto señalan que: "*De este modo, no es que el artículo 5° transitorio le haya impedido demandar. Dicha norma no lo prohibió; sólo estableció un plazo para hacerlo. Sin embargo, la demandante no ejerció ese derecho en el plazo permitido por la ley*".[50]

C. Fundamentos considerados por el voto de minoría que estuvo por declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del CC y del inciso 3° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

Cuatro ministros (Hernán Vodanovic Schnake, Marisol Peña Torre, José Antonio Viera Gallo Quesney y Gonzalo García Pino), ahora como voto disidente, estuvieron por acoger la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil y además del inciso 3° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

Fundan su disidencia en la existencia de una infracción tanto al artículo 5º inciso 2º, como al artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

Los considerandos son esencialmente los mismos contenidos en el voto de mayoría de la sentencia dictada en la causa rol N° 1537-2009 (respecto de la infracción del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República) y,

[50] Considerando 8º de la prevención de los ministros Navarro y Carmona en la causa Rol N° 2105-2011.

Actualidad Juridica 28.indd 565 10-07-13 18:34

por lo mismo, los considerandos de las sentencias dictadas en la causa Rol N° 1340-2009, Rol N° 1563-2009 y Rol N° 1656-2010 que han sido examinados en número 2.3 letra C de este trabajo y que hay que hacer extensivos a los incisos 3° y 4° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585.

En lo que se refiere a la infracción del artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República, los considerandos son los que sirven de fundamento al voto de mayoría en la causa Rol N° 1340-2009, examinados en el número 2.3 letra B y en las prevenciones al voto de mayoría en las causas Rol N° 1563-2009, Rol N° 1656-2010 (número 2.3 letra D) y rol N° 1537-2009 (número 3.3 letra C).

III. Análisis crítico de lo resuelto por el Tribunal Constitucional respecto del conflicto de constitucionalidad que plantea el artículo 206 del Código Civil y los incisos 3° y 4° del artículo 5° de la Ley 19.585.

1. Apreciación general.

De las seis sentencias que se han pronunciado respecto del conflicto de constitucionalidad que plantea el artículo 206 del Código Civil, cinco de éstas han declarado su inaplicabilidad[51]. Una de estas sentencias, sin embargo, ha declarado sólo su inaplicabilidad parcial. [52]

Por su parte, de esas seis sentencia, tres se han pronunciado respecto del conflicto de constitucionalidad que plantean los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585[53], de las cuales sólo una ha declarado la inaplicabilidad de sus incisos 3º y 4º.[54]

En el caso del artículo 206 del Código Civil, los votos de mayoría de las cinco sentencias que declaran su inaplicabilidad, se fundan en la infracción del derecho de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental. Sólo el voto de mayoría de la sentencia dictada en la causa Rol N° 1340-2009 se funda además en el quebrantamiento del derecho a la identidad y la consiguiente infracción del artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental.

En el caso de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, el voto de mayoría de la única sentencia que declara su inaplicabilidad (Causa

[51] Causas Rol N° 1340-2009, N° 1563-2009, N° 1656-2010, N° 1537-2009 y N° 2035-12.
[52] Causa rol N° 2035-12.
[53] Causas Rol N° 1537-2009, N° 2035-12 y N° 2105-11.
[54] Causa Rol N° 1537-2009.

Actualidad Juridica 28.indd 566 10-07-13 18:34

Rol N° 1537-2009), se funda, al igual que el resto, sólo en la vulneración del derecho de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

Por consiguiente, todas las sentencias que han declarado la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil y la única sentencia que ha resuelto la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, tienen como denominador común la vulneración del derecho de igualdad ante la ley y, por lo tanto, la infracción del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

En razón de lo anterior me quiero concentrar en ese común denominador: La vulneración del derecho de igualdad ante la ley y, por lo tanto, la infracción del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de La República. En base a la infracción de esa norma se construirá la conclusión de este trabajo.

2. Comentario crítico de lo resuelto respecto del conflicto de constitucionalidad que plantea el artículo 206 del Código Civil.

La fundamentación contenida en los considerandos de los votos de mayoría, que he resumido en la letra C del número 2.3 del punto II de este trabajo, me parece acertada para demostrar que la diferencia de trato que introduce el artículo 206 del Código Civil genera una discriminación arbitraria en perjuicio de algunos hijos: Los que no son póstumos y aquellos cuyos supuestos padres han fallecido después de 180 días de haber nacido el presunto hijo. De la discusión sobre la constitucionalidad del artículo 206 no comparto los argumentos que pretenden justificar la diferencia de trato, como lo iré demostrando al comentar los votos disidentes de la declaración de inaplicabilidad de esta norma.

No obstante, se debe reconocer que el análisis sobre la constitucionalidad del artículo 206 no es completo si no se analiza la objeción planteada por los ministros Juan Colombo, Enrique Navarro y Carlos Carmona, al fundamentar su voto disidente, sobre la base de reconocer que habiendo dos interpretaciones posibles, una restrictiva y una amplia, los requerimientos que dan lugar a las causas Rol N° 1340-2009, N° 1563-2009, N° 1656-2010, N° 1537-2009 y N° 2035-2011, no se hacen cargo de la interpretación amplia de las normas del Código Civil, en términos tales que "*para construir la posible inconstitucionalidad, se ha debido obviar la tesis que hace viable las posibles demandas y que elimina los reproches de infracción a la Constitución*".[55]

Me parece importante tener en consideración este punto del voto disidente, porque siendo efectivo que hay dos interpretaciones posibles del artículo 206

[55] Considerando 11º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010, y 5º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.

Actualidad Juridica 28.indd 567 10-07-13 18:34

del Código Civil, aporta un elemento de análisis de la máxima relevancia a la hora de resolver el conflicto de constitucionalidad que plantea esta norma. Sin embargo, no comparto las consecuencias que se derivan de la dualidad de interpretaciones del artículo 206 del Código Civil, en cuanto a que de seguir una de ellas, a saber, la amplia, no se infringiría la Carta Fundamental. Creo que ambas interpretaciones son contrarias a la Constitución Política de la República y determinan la inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, porque ambas interpretaciones dan paso a una discriminación arbitraria respecto de una categoría de hijos.

En efecto, la interpretación restrictiva discrimina en perjuicio del presunto hijo que no reúne alguno de los supuestos que establece el artículo 206 del Código Civil, porque no es hijo póstumo o bien su padre no falleció dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del hijo. Estos hijos no podrán ejercer la acción de reclamación en contra de los herederos del supuesto padre o madre.

No obstante, en una interpretación amplia, también se vulnera el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Si bien de acuerdo a esta interpretación la regla general es que los herederos del padre o madre fallecido son legítimos contradictores y, por lo tanto, la generalidad de los hijos podrá reclamar la paternidad o maternidad cuando el padre o madre haya fallecido, si la acción de reclamación en su contra la pretende ejercer el hijo póstumo o el hijo cuyo padre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto, se discrimina en su perjuicio porque se establece respecto de él una limitación arbitraria: Deberá ejercer su acción dentro del plazo de tres años contados desde la muerte del padre o madre o, si a esa fecha es incapaz, desde que haya alcanzado la plena capacidad.

En ese contexto, el tribunal de familia siempre se encontrará ante una norma que resulta ser inconstitucional, cualquiera sea la interpretación que de ella haga. Ahora bien, la inconstitucionalidad en el caso concreto, va a depender de si el que reclama la paternidad o maternidad es quien resulta discriminado según una u otra interpretación.

Si quien reclama la paternidad o maternidad es un hijo que no es póstumo ni su padre falleció dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del hijo y se opta por la interpretación restrictiva, de acuerdo a ésta ese hijo es discriminado porque no cumple con los supuestos que establece el artículo 206 del Código Civil y, por lo tanto, no tiene legitimación activa para demandar a los herederos del respectivo padre o madre. Si por el contrario, se opta por una interpretación amplia, ese hijo no será discriminado porque por aplicación del artículo 317 del Código Civil estará legitimado para ejercer la acción de reclamación en contra de los herederos de su presunto padre o madre.

Actualidad Juridica 28.indd 568 10-07-13 18:34

Si quien reclama la paternidad o maternidad es un hijo póstumo o un hijo que su padre falleció dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del hijo y se opta por la interpretación restrictiva, ese hijo cumple con los supuestos que establece el artículo 206 del Código Civil y, por lo tanto, tiene legitimación activa para demandar a los herederos del respectivo padre o madre. Si por el contrario, se opta por una interpretación amplia, ese hijo será discriminado arbitrariamente en relación con los hijos que no son póstumos o su padre o madre no falleció dentro de los 180 días siguientes a su nacimiento, porque mientras estos no tendrán plazo para ejercer la acción, aquellos sólo podrán ejercer su acción dentro del plazo tres años contados desde la muerte del padre o madre o, si a esa fecha son incapaces, desde que hayan alcanzado la plena capacidad. Esa discriminación es arbitraria por cuanto no tiene ningún sustento de razonabilidad alguno. No es posible visualizar cuál pudiera ser el fin que está detrás de una limitación en esa dirección y, por consiguiente, cuál es el espíritu de la ley.

Aparte de los señalado, la interpretación amplia de los artículos 317 y 206 del Código Civil permite configurar una razón más para concluir que los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 son inconstitucionales. En efecto, si se opta por una interpretación amplia y se concluye que como regla general todos los hijos podrán reclamar la paternidad o maternidad a los herederos del supuesto padre o madre, ello sólo será en el régimen permanente establecido en el artículo 317 del Código Civil, que en cuanto tal, sólo es aplicable a los hijos de padre o madre que al inicio de la vigencia de la Ley 19.585 estaban vivos, pero no aplicable a los hijos de padre o madre fallecido antes de la vigencia de dicha ley, quienes quedan sometidos al régimen transitorio, que excluye la acción de reclamación de filiación en caso de fallecimiento del supuesto padre o madre, salvo que concurran supuestos del artículo 206 del Código Civil.

En suma, el tribunal de familia dependiendo de quien reclama la paternidad o maternidad debiera optar por una u otra interpretación a fin de no vulnerar la Constitución Política de la República. En consecuencia, cabe esperar que un mismo tribunal a fin de mantener una interpretación conforme con la Carta Fundamental, no mantenga un comportamiento uniforme a la hora de determinar el sentido y alcance del artículo 206 del Código Civil.

En ese contexto, el Tribunal de Familia ha optado por la interpretación que es la mayoritaria y que se desprende de aplicar la historia fidedigna de la ley.[56]

En conclusión, me parece que el argumento sostenido por el voto disidente de los ministros Colombo, Navarro y Carmona es correcto en la medida que es

[56] La aceptación de la interpretación restringida y su justificación es el fundamento central en el voto disidente que mantienen los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica, según se ha resumido en punto II número 2.4. la letra B y que se comenta más adelante.

Actualidad Juridica 28.indd 569 10-07-13 18:34

planteado en relación con una norma legal que en cuanto admite dos o más interpretaciones, tiene una interpretación que es conforme con la Constitución Política de la República, la cual debe serlo siempre, sin excepción alguna. Eso no ocurre tratándose del artículo 206 del Código Civil, por lo que el argumento no es válido para descartar su inaplicabilidad. Si una norma admite dos interpretaciones y ninguna de ellas está exenta de reparos respecto de su constitucionalidad, en definitiva, esa norma no es constitucional. Teniendo en consideración esto, me parece que no concurre ninguno de los criterios interpretativos que guían el razonamiento que sirve de fundamento a este voto disidente[57] y que, básicamente, se resumen en establecer que los problemas de interpretación de una norma no se deben convertir en un problema de constitucionalidad, correspondiendo resolverlos al tribunal de la instancia, quien debe conciliar la norma legal cuestionada con la Carta Fundamental, teniendo cabida la inaplicabilidad sólo si ese proceso se ha agotado, resultando imposible la armonización entre la norma legal y la Carta Fundamental. En consideración a lo mismo, hay otros argumentos de este voto disidente que pierden valor, a saber, aquel que se funda en el mandato del artículo 5º inciso 2° de la Constitución Política de la República para los órganos del Estado y, en particular, para los jueces, quienes "*… encargados de resolver la gestión pendiente tienen más de una orientación para buscar una salida al conflicto interpretativo que nos ocupa y que concilie los textos legales con los preceptos internacionales*".[58] Muy por el contrario, creo que el Tribunal de Familia no tiene esa salida, porque no cuenta con un camino que le permita aplicar el artículo 206 del Código Civil, con la convicción que la interpretación que adopta está libre de quebrantar la Carta Fundamental.

Otro de los argumentos en que se basa el voto disidente de los ministros Colombo, Navarro y Carmona y que tampoco comparto es aquel según el cual la prescripción es un asunto que corresponde definir al legislador, no habiendo normas constitucionales que prohíban establecer reglas de prescripción o de caducidad.[59] Al respecto estimo que no cabe duda que es el legislador quien en busca de la seguridad jurídica puede establecer plazos de prescripción, dando lugar a la extinción de acciones personales y a la adquisición de derechos reales y pérdida de acciones reales, o establecer la caducidad en determinados casos, pero ello lo deberá hacer a través de normas que si bien dan cabida a la prescripción o en su caso a la caducidad, lo hacen sin establecer diferencias de trato arbitrarias, entre personas que se encuentran en una misma situación.

Junto con la disidencia antes comentada, se ha revisado en este trabajo el voto en contra de la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil dado por los ministros señores Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado.

[57] Examinados en punto II número 2.4 , letra C. número 1) (i) a (iv)
[58] Considerando 14º del voto disidente de los ministros Navarro y Carmona en las causas Rol 1563-2009 y Rol 1656-2010, y 11º del voto disidente, que incluye al ministro Colombo, en la causa Rol 1340-2009.
[59] Ver este trabajo, punto II número 2.4., letra C número 5).

Actualidad Juridica 28.indd 570 10-07-13 18:34

Este voto disidente se construye en base a un análisis centrado en demostrar que la interpretación correcta del artículo 206 del Código Civil es en base a la interpretación restrictiva, la cual fundamentan a través de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.585.

Dado lo anterior, este voto reconoce que esa interpretación conlleva una diferencia de trato entre hijos (por un lado, los hijos póstumos y aquellos cuyos padres o madres han fallecido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del presunto hijo, y por otro lado, los hijos que no reúnen estas calidades), la que se justifica, sin embargo, por un hecho objetivo, la muerte del supuesto padre o madre demandado y tiene como fundamento la seguridad jurídica y la certeza jurídica.

Afirman además que la ley busca "prolongar la vida de la acción" en los dos casos del artículo 206 del Código Civil, "en aras de proteger a los hijos más vulnerables", que para estos ministros serían los hijos a los que el artículo 206 del Código Civil excepcionalmente concede acción de reclamación.

No comparto la justificación de la diferencia de trato en la falta de seguridad y certeza jurídica. Fallecido el supuesto padre o madre, habrá certeza jurídica cuando se logre determinar si el presunto hijo es o no hijo de uno u otra. Es decir, la acción de reclamación respecto del padre o madre fallecido precisamente va tras la seguridad y certeza jurídica. Por otra parte, la circunstancia de no quedar determinada la filiación respecto de una persona de por vida es a mi juicio una manifestación contundente de falta de seguridad y certeza jurídica y no reconoce remedio alguno, sino permitiendo la determinación de la filiación, ya sea que el padre o madre estén vivos, ya sea que el padre o madre estén muertos. La falta de certeza jurídica que produce la indeterminación de la filiación respecto de una persona no tiene remedio sino que a través de la determinación de esa filiación; mientras que la incertidumbre que puede causar la falta de filiación respecto de una persona fallecida, especialmente en el ámbito patrimonial para sus sucesores, tiene remedio y la ley lo ha reconocido y regulado dentro de las normas permanentes: a) En el artículo 195 inciso 2° del Código Civil, en cuanto luego de consagrar la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la filiación, dispone que sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y b) en el artículo 221 del Código Civil, que luego de ordenar que la sentencia que dé lugar a la acción de reclamación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dispone que no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción.[60]

[60] En el régimen transitorio se adopta igual criterio en el inciso 4° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585, en cuanto dispone que la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros.

Actualidad Juridica 28.indd 571 10-07-13 18:34

Tampoco comparto como fundamento de la discriminación la mayor vulnerabilidad que reconoce este voto disidente a los hijos a los que excepcionalmente se les concede acción de reclamación luego de fallecido el supuesto padre o madre, y por lo tanto, a la mayor protección que requerirían. Todo hijo cuyo padre o madre muerto no lo pudo o quiso reconocer, o bien cuyo padre o madre vivo no lo quiere reconocer, se encuentra en situación de vulnerabilidad, si entendemos que vulnerable es quien *"puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente".*[61]

3. Comentario crítico de lo resuelto respecto del conflicto de constitucionalidad que plantean los incisos 3° y 4° del artículo 5º de la Ley 19.585.

3.1 Sentencia que acoge la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

A. Comentarios al voto de mayoría que acoge la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

Como se ha destacado, sólo una sentencia ha declarado la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º de la Ley 19.585: La sentencia dictada en la causa rol N° 1537-2009. Es relevante tener en consideración que esta sentencia también declaró la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil.

Según se señaló en el punto 3.2 letra A, la inaplicabilidad se funda en la infracción del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, en cuanto afecta la igualdad ante la ley al establecer discriminaciones arbitrarias. Parte de los ministros que concurren al voto de mayoría, en su prevención consideran que también hay una infracción del artículo 5° N° 2 de la Constitución Política de la República, en cuanto se afecta el derecho a la identidad.

Cabe destacar que el razonamiento del voto de mayoría se centra principalmente en la demostración de la discriminación arbitraria a que da origen el artículo 206, extendiendo ese análisis a los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

De la misma manera que comparto la declaración de inaplicabilidad del artículo 206 fundada en la diferencia de trato arbitraria que establece entre el hijo póstumo y el hijo cuyo padre o madre falleció dentro de los 180 días siguientes al parto y el resto de los hijos, me parece que es fundada la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley

[61] Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición.

Actualidad Juridica 28.indd 572 10-07-13 18:34

19.585, en cuanto estas normas también establecen una diferencia de trato arbitraria entre una misma categorías de hijos. En este caso, cuando el padre o madre han fallecido antes de la vigencia de esta Ley 19.585.

Se debe partir del supuesto que la diferencia de trato entre hijos carece de razonabilidad, sea que el padre o madre haya fallecido estando vigente la Ley 19.585 (caso del artículo 206 en cuanto norma permanente), sea que el padre o madre haya fallecido antes de la vigencia de la Ley 19.585 (caso del artículo 5 inciso 4°, en cuanto norma transitoria que se remite al artículo 206).

Sobre la base de un estudio más profundo de las tres sentencias que conocen y resuelven el conflicto de constitucionalidad respecto de los incisos 3° y 4° del artículo 5º de la Ley 19.585, se puede concluir que estas no configuran suficientemente el alcance del conflicto de constitucionalidad que plantean esas normas, en lo que se refiere a la infracción del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Creo que el análisis de la inconstitucionalidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º de la Ley 19.585 es más complejo y no basta con hacer extensivo el análisis sobre la constitucionalidad del artículo 206 del Código Civil.

La inconstitucionalidad de esas normas se produce, por una parte, por la aplicación del artículo 206 del Código Civil, a raíz de la remisión que el inciso 4° hace a esa norma, para configurar una excepción al inciso 3° y permitir la acción de reclamación en contra de los herederos, que éste excluye. Pero, por otra parte, el conflicto de constitucionalidad también se presenta en razón del contenido normativo propio del inciso 4°, en particular, por el plazo de un año que establece para ejercer excepcionalmente la acción de reclamación y por la exclusión de la suspensión de ese plazo en favor del hijo incapaz.

En relación con lo primero, inconstitucionalidad por la aplicación del artículo 206 del Código Civil, cabe destacar que la inconstitucionalidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, se presenta, sea que se haga una interpretación amplia, sea que se haga una interpretación restrictiva. Si se hace una interpretación amplia, el inciso 3° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 da lugar a una discriminación en perjuicio de los hijos cuyos padres fallecieron antes del inicio de la vigencia de la ley, porque estos no serán titulares de la acción de reclamación de paternidad o maternidad en contra de los herederos, a diferencia de los que nacieron después de esa fecha, que sí serán titulares de esa acción. Por su parte, si se adopta una interpretación restrictiva, también se plantea una discriminación arbitraria, pero ahora entre hijos de padre o madre fallecidos antes de la vigencia de la Ley 19.585: Los hijos que no son póstumos o sus padres no fallecieron dentro de los 180 días siguientes al parto, no podrán ejercer la acción de reclamación en contra de los herederos del padre o madre fallecido, mientras que los hijos que son póstumos o su padre o madre fallecieron dentro de esos 180 días, sí tendrán acción.

Actualidad Juridica 28.indd 573 10-07-13 18:34

En relación con lo segundo, inconstitucionalidad en razón del contenido normativo propio del inciso 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, cabe considerar que esta norma presenta un problema de constitucionalidad aparte, en cuanto da lugar a una discriminación, en específico, respecto de los hijos póstumos o hijos cuyo padre o madre falleció dentro de los 180 días siguientes al parto y que además se rigen por el artículo 5º transitorio, en cuanto ese padre o madre falleció antes de la vigencia de la Ley 19.585. Esa específica discriminación consiste en que estos hijos sólo tendrán para reclamar la paternidad o maternidad el plazo de un año contado desde el inicio de la vigencia de la Ley 19.585 y que este plazo no se suspenderá si son incapaces, a diferencia de los hijos cuyos padres fallecieron después de la vigencia de esta ley, quienes tendrán un plazo de tres años contados desde la muerte del padre o madre que además se suspende hasta que tales hijos alcancen la plena capacidad.

B. Comentarios al voto de minoría que rechaza la inaplicabilidad de los incisos 3º y 4º del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

Aclarado lo anterior respecto del voto de mayoría que acogió la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19. 585, corresponde hacerse cargo del voto disidente que estuvo por rechazar la inaplicabilidad de estas normas.

Los ministros Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander fundan su voto disidente en las mismas razones dadas para rechazar la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil. Los considerandos de la sentencia dictada en la causa rol N° 1537-.2009 son los mismos contenidos en la causa Rol N° 1340-09, N° 1563-2009 y N° 1656-2010, que declaran inaplicable el artículo 206 del Código Civil[62]. Hacer extensivo el análisis para rechazar la inaplicabilidad del artículo 206 al artículo 5º transitorio es insuficiente, como creo se ha demostrado en letra A precedente.

En efecto, el argumento central que estos ministros dan para rechazar la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, a saber, la consideración de una interpretación que concilia el precepto con la Constitución Política de la República, que por lo demás criticamos más arriba, no es aplicable como fundamento para fundar el rechazo de la inaplicabilidad del artículo 5 transitorio de la Ley 19.585. Los incisos 3º y 4º del artículo 5º de la Ley 19.585 sólo admiten una interpretación: No podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas antes de la vigencia de la ley, salvo que se den los supuestos del artículo 206 del Código Civil.

[62] Punto II número 2.4, letra C de este trabajo.

Actualidad Juridica 28.indd 574 10-07-13 18:34

No se discute que ese es el sentido de esta norma, ni por quienes aceptan que la legitimación pasiva de los herederos del padre o madre es excepcional, ni por quienes aceptan que esa legitimación pasiva es la regla general. Es más, el sentido del inciso 3º del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 se invoca para ilustrar el sentido del artículo 206 en los términos que le da la interpretación amplia, porque permite concluir que cuando el padre o madre ha fallecido antes de la vigencia de la Ley 19.585, no hay acción de reclamación de paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas, por lo que cabe entender, a contrario sensu, que cuando el padre o madre fallecen durante la vigencia la Ley 19.585, hay como regla general acción de reclamación de paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas.[63]

En consecuencia, el Tribunal de Familia que debe aplicar los incisos 3° y 4° de la Ley 19.585 respecto de un hijo que no es póstumo ni su padre falleció dentro de los 180 días siguientes al parto de ese hijo, no tiene más camino que rechazar la demanda. No tiene posibilidad de recurrir a interpretación alguna que le arroje un sentido de dichas normas según el cual ese hijo tiene legitimidad activa para demandar a los herederos del respectivo padre o madre y que éstos tengan legitimidad pasiva. De ahí que se pueda concluir que este inciso 3° es siempre inconstitucional.

Ahora bien, sin perjuicio de esa conclusión, la circunstancia de seguir una interpretación amplia de las normas permanentes (no del inciso 3°, que tiene un solo sentido) hace que la inconstitucionalidad del inciso 3º del artículo 5º de la Ley 19.585 por infracción del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República sea manifiesta. Es más, si el Tribunal de Familia siguiera una interpretación amplia, como lo debió haber hecho según este voto que comento, la discriminación que establece el inciso 3° es evidente.

Dentro de los argumentos que estos ministros consideran para rechazar la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil y que habría que entender también aplicable respecto de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, está aquel según el cual la prescripción y la caducidad es un asunto que corresponde definir al legislador, en consideración a la seguridad jurídica y a la consolidación de determinadas situaciones jurídicas. Mis comentarios respecto de la certeza jurídica como fundamento para justificar la constitucionalidad de estas normas los haré más adelante a propósito del voto de mayoría que rechazó la inaplicabilidad de estas normas en las causas Rol N° 2035-2012 y N° 2105-2012. Algo se ha dicho antes, sin embargo, a propósito

[63] Este argumento en favor de la interpretación amplia del artículo 206 del Código Civil lo considera el profesor René Ramos Pazos en *Derecho de Familia*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 404, y la profesora Maricruz Gómez de la Torre en *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 92.

Actualidad Juridica 28.indd 575 10-07-13 18:34

del voto disidente en las sentencias que acogen la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil.

El voto disidente de los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica se funda en las mismas consideraciones que dan para rechazar la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, las que extienden al artículo 5º transitorio de la Ley 19.585. Insisto que este camino no es acertado.

Estos ministros, sin embargo, en esta parte se refieren al menor plazo que se concede en el régimen transitorio a los hijos póstumos y a los hijos cuyo padre o madre han fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto del supuesto hijo. Justifican que ese plazo sea de un año, en una facultad del legislador, que puede ejercer con cierta discrecionalidad, que no es sinónimo de arbitrariedad y que podrá dar lugar a opiniones a favor o en contra, pero que no dan pie para sostener que el plazo fijado sea inconstitucional.

Al margen de la duración del plazo (un año), la discriminación que establece el inciso 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 se configura además, como ya se ha comentado, porque en el caso que los hijos sean incapaces ese plazo de un año no se suspende en su favor hasta que tales hijos alcancen la plena capacidad, como sí ocurre en el caso de los mismos hijos cuyos padres fallecen durante la vigencia de la ley 19.585. Si en opinión de quienes sostienen esta disidencia, los hijos póstumos y los hijos cuyo padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto son más vulnerables y requieren protección, parece carente de toda razonabilidad, y por lo tanto es arbitrario, que la acción se suspenda en favor de aquellos hijos vulnerables cuyo padre fallece durante la vigencia de la ley 19.585, pero no se suspenda en favor de aquellos hijos vulnerables cuyo padre o madre falleció antes del inicio de la vigencia de dicha ley. No es un criterio razonable, para dar protección, si el padre o madre fallece antes o durante la vigencia de la Ley 19.585.

3.2 Sentencias que rechazan la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

A. Comentarios al voto de mayoría que rechaza la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

Como se ha señalado al examinar estas dos sentencias, el voto de mayoría en ambas considera justificado por razones de certeza jurídica el plazo de un año que el inciso 4° establece para demandar a los herederos del padre o madre fallecido antes del inicio de vigencia de la ley. Se persigue evitar que estas relaciones de parentesco puedan mantenerse indefinidas por largo tiempo y que las pericias biológicas respectivas puedan practicarse sobre restos humanos de antigua data. Basado en eso no advierte fundamento racional para estimar que

Actualidad Juridica 28.indd 576 10-07-13 18:34

esa regulación vulnere el derecho de la igualdad ante la ley y el derecho a la identidad. No comparto lo resuelto por ambas sentencias[64].

El fundamento de la certeza jurídica es ambiguo y no permite justificar el rechazo de la inaplicabilidad de una norma que dispone la caducidad de la acción para reclamar la filiación, una vez fallecido el padre o madre. Muy por el contrario, creo que la certeza jurídica es el fundamento para permitir la reclamación de la paternidad y maternidad, tanto en vida del padre o madre, como una vez fallecidos estos. La misma sentencia parte de la premisa que es conveniente impedir *"que estas relevantes relaciones de parentesco puedan permanecer indefinidas por largo tiempo"*. Si en vida del padre o madre la ley establece que el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable (artículo 195 inciso 2º del Código Civil), ello es así porque la ley reconoce que la situación jurídica de hijo no puede quedar indefinida en el tiempo, por lo que se deben entregar sin limitación las herramientas jurídicas que permitan una determinación de la filiación; en definitiva, alcanzar certeza jurídica respecto de la filiación de una persona. En esa dirección la prescripción es una limitación y por ello la ley la excluye.

Fallecido el padre o madre, el razonamiento no debiera cambiar, de manera que habrá certeza jurídica cuando se logre determinar si un presunto hijo es o no realmente hijo de una persona. Mientras eso no se aclarare, se mantendrá la incertidumbre jurídica, de modo que, al contrario de la conclusión a que llega la posición que controvierto, todo mecanismo que la ley entregue en pos de la determinación de la filiación, antes que afectar la certeza jurídica, la fortalece y va tras ella. A esta misma conclusión debe llevar la consideración de los principios que informan la Ley 19.585 y determinan su espíritu: a) El principio de igualdad entre los hijos, recogido en el artículo 33 del Código Civil en los siguientes términos: "La ley considera iguales a todos los hijos". b) El principio del interés superior del niño. c) El principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad.[65]

No se desconoce que la muerte del respectivo padre o madre introduce un cambio de la máxima relevancia: La transmisión de su patrimonio. Este cambio, da origen a derechos en favor de terceros, sus herederos, quienes podrían resultar afectados con la determinación de la filiación en favor de un nuevo hijo, especialmente si los efectos civiles de la determinación de la filiación se

[64] La sentencia dictada en Causa Rol 2035, luego de acoger parcialmente la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, excluye de la declaración de inaplicabilidad el plazo de 3 años que dicho artículo establece para ejercer la acción de reclamación contra los herederos, fundado también en consideraciones elementales de certeza jurídica. Es decir, tanto el plazo de un año de la norma transitoria, como el plazo de 3 años de la norma permanente se justifican por razones de certeza jurídica.

[65] Maricruz Gómez de la Torre. *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 35 y siguientes.

Actualidad Juridica 28.indd 577 10-07-13 18:34

retrotraen a la época de la concepción del hijo, según lo dispone el artículo 181 del Código Civil. La ley prevé ese efecto, tanto en el régimen permanente, como en el régimen transitorio.

En el régimen permanente, reconoce en ese mismo artículo 181 que *"subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de su determinación"* (artículo 181 inciso 2°) y que todo este régimen *"se entiende sin perjuicio de la prescripción de los derechos y de las acciones, que tendrá lugar conforme a las reglas generales"* (artículo 181 inciso 3°). A su vez, en el artículo 221 del Código Civil, luego de ordenar que la sentencia que dé lugar a la acción de reclamación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dispone que ésta no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción. Por su lado, el artículo 195 del mismo código, luego de disponer que el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable, deja sometidos sus efectos patrimoniales a las reglas generales de prescripción y renuncia.

El régimen transitorio también reconoce los derechos de terceros al disponer en el mismo inciso 4º del artículo 5º transitorio, que "…*la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros".*

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que si bien la muerte del respectivo padre o madre cambia el escenario, la ley entrega las herramientas para sobrellevar ese cambio sin perjudicar el derecho de los terceros. En atención a ello, la ley no debiera variar hacia dónde se dirige el foco: Aclarar si un sujeto de derecho es hijo o hija de otro. Esta preocupación debe ser una constante, sea que el padre o madre estén vivos, sea que el padre o madre hayan fallecido.

Junto a los derechos patrimoniales de los herederos del causante hay derechos extrapatrimoniales involucrados, tales como su derecho a la honra familiar y a la integridad psíquica. La consideración de estos derechos como asimismo la necesidad de preservar la paz y la armonía familiar, se tienen presente al momento de justificar la caducidad de la acción de reclamación. Esta medida, sin embargo, priva de por vida al respectivo hijo de la acción de reclamación, sin entregarle remedio alguno frente a esa privación, y afectando, por consiguiente, irremediablemente la certeza jurídica. Sin embargo, cabe pensar en otras medidas distintas de la caducidad, que siendo idóneas para mitigar los efectos adversos de una acción de reclamación de la filiación, no afectan irremediablemente la certeza jurídica en perjuicio de los supuestos hijos. Por ejemplo, sancionando a quien ejerza una acción de filiación de mala fe, con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada, imponiéndole la obligación de indemnizar los perjuicios que cause al afectado. Así lo reconoce actualmente el inciso 2° del artículo 197 del Código Civil.

Actualidad Juridica 28.indd 578 10-07-13 18:34

Cabe tener presente que la consideración de la certeza jurídica como fundamento para rechazar la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio también se plantea en la sentencia de la causa rol N° 2105-2011, única de las seis sentencias analizadas en la que concurren los supuestos del artículo 206 del Código Civil. Por las mismas razones dadas en el análisis precedente, también se debe excluir la certeza jurídica como fundamento para rechazar la inaplicabilidad.

Finalmente, tampoco comparto lo resuelto por ambas sentencias en cuanto justifican el plazo de un año que el inciso 4° del artículo 5º de la Ley 19.585 establece para reclamar la paternidad o maternidad respecto de los hijos póstumos e hijos de padres fallecidos dentro de los 180 días siguientes al nacimiento de los hijos. Este plazo es contrario al artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, en cuanto establece una diferencia sin justificación con los hijos de padres que fallecen durante la vigencia de la Ley 19.585, a quienes les otorga un plazo de tres años para ejercer dicha acción. La verdad que las sentencias se refieren al plazo en sí, que justifican por razones de certeza jurídica, lo que ya hemos comentado, pero no hay un análisis del lapso de tiempo en sí, estos es, que sea un año y no tres. Se podría justificar la diferencia de uno y otro plazo sosteniendo que en el caso que el padre o madre han fallecido antes de la vigencia de la Ley 19.585, ello podría haber ocurrido muchos años antes de esa vigencia. Este razonamiento es erróneo, porque la acción sólo se tiene desde el inicio de vigencia de la ley, de manera que es irrelevante cuánto tiempo antes hubiere fallecido el padre o madre. En esa dirección no es razonable, primero, haber establecido sólo uno y no tres años y, segundo, no haber establecido la suspensión en favor del hijo incapaz.

B. Comentarios a la prevención de los ministros Navarro y Carmona al voto de mayoría que rechaza la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

Dentro del voto de mayoría, los ministros Navarro y Carmona dan otros argumentos para fundar el rechazo de la inaplicabilidad de estas normas. Estos argumentos han sido resumidos en este trabajo[66], pero en esta parte me interesa volver sobre ellos y hacer los siguientes comentarios:

a) En cuanto el artículo 5º transitorio otorga un derecho, que por lo demás la legislación anterior no reconocía[67], esta norma puede establecer las condiciones de su ejercicio y dentro de ellas están la exigencia de un

[66] Punto II número 3.3 letra A3.

[67] El artículo 272 anterior a las modificaciones introducidas por la Ley 19.585 disponía que en los casos que la calidad de hijo natural debía establecerse en juicio ordinario seguido contra legítimo contradictor, la demanda se debía notificar en vida del supuesto padre o madre.

Actualidad Juridica 28.indd 579 10-07-13 18:34

plazo y el cumplimiento de los supuestos del artículo 206 del Código Civil.

No se cuestiona que a la ley corresponde establecer los requisitos para el ejercicio de los derechos que reconoce. Lo relevante no es que la ley establezca un requisito que antes no reconocía, como ocurriría con el inciso 4° del artículo 5º transitorio respecto de los hijos de padre y madre fallecidos antes de la Ley 19.585, sino que lo central es que al establecerlos no contravenga el derecho de la igualdad ante la ley al establecer limitaciones que excluya del goce de un derecho a parte de los sujetos que se encuentran en una situación similar a la de aquellos en cuyo beneficio se establece ese derecho, originando una discriminación arbitraria, como ocurre en este caso con : (i) Los hijos de padres fallecidos antes del inicio de la vigencia de la Ley 19.585, que no fueren póstumos o sus padres no hubieren fallecido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del presunto hijo (causa Rol 2035- 2011), quienes no podrán reclamar la paternidad o maternidad como lo podrán hacer los que tengan esas calidades. (ii) Los hijos de padres fallecidos antes del inicio de la vigencia de la Ley 19.585 que fueren póstumos o sus padres hubieren fallecido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del presunto hijo (causa Rol 2105- 2011), quienes podrán reclamar la paternidad o maternidad sólo en el plazo de un año, el que no se suspenderá si son incapaces, quedando el ejercicio del derecho a merced de sus representantes legales, a diferencia de los que en igual condición su padre o madre hayan fallecido durante la vigencia de la ley 19.585, a quienes se les concede un plazo de tres año para reclamar, pudiendo suspenderse cuando sean incapaces.

Se debe considerar que la discriminación en el establecimiento de este derecho se hace más intensa aún, si se adopta una interpretación amplia de las normas permanentes del Código Civil, porque resaltan las diferencias entre hijos de padres fallecidos antes de la vigencia de la Ley 19.585 con los hijos de padres fallecidos durante la vigencia de esa ley. Los primeros como regla general no tienen el derecho de reclamar la paternidad o maternidad (salvo en el caso del inciso 4º del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585), mientras que los segundos como regla general sí son titulares de ese derecho.

b) Se señala también, que mientras el artículo 195 del Código Civil establece que el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible (lo que se debe entender para el régimen permanente), otra norma legal, el artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 (aplicable en el régimen transitorio), establece un plazo de caducidad de ese derecho, no existiendo norma en la Constitución que prohíba establecer plazos de este tipo, más aún si se trata de normas que establecen la transición de un régimen a otro.

En la misma línea de lo señalado en letra a) precedente, así como la ley puede establecer las condiciones para ejercer un derecho, no se

Actualidad Juridica 28.indd 580 10-07-13 18:34

discute que puede establecer las condiciones para que se extinga, por prescripción, caducidad u otra causa. Lo central es que lo haga sin contravenir el derecho de la igualdad ante la ley.

El inciso 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 no está en conformidad con el derecho de la igualdad ante la ley en cuanto el derecho a reclamar la paternidad o maternidad de los hijos póstumos o cuyos padres hubieren fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto caduca si no se ejerce en un plazo claramente inferior (sólo un año) y que corre contra ellos independientemente que sean capaces o incapaces, mientras que para los hijos de padres que fallecen durante la vigencia de la Ley 19.585 ese plazo es de tres años y se suspende en beneficio del hijo incapaz .

Como se ha constatado a lo largo del análisis, si se adopta una interpretación amplia de las normas permanentes del Código Civil, las diferencias en esta materia entre hijos de padres vivos al inicio de la vigencia de la ley y los hijos de padres fallecidos antes de la vigencia de la Ley 19.585 se hacen más nítidas. Los primeros como regla general tendrán un derecho imprescriptible para reclamar la paternidad o maternidad, mientras que los segundos, en cambio, como regla general no tendrán ese derecho (por lo que ni siquiera se plantea la prescriptibilidad o imprescriptibilidad del mismo) y excepcionalmente cuando se les concede es un plazo menor y que no se suspende como se señaló en párrafo anterior.

c) La exigencia de un plazo es parte de diversas medidas que la Ley 19.585 estableció con el fin de consolidar situaciones especialmente en materia patrimonial, y dentro de las cuales está el sometimiento de los efectos patrimoniales a las reglas generales de prescripción (artículo 195 del Código Civil) y el reconocimiento de efectos sólo futuros a la declaración de paternidad o maternidad respecto de padre o madre fallecido antes de la vigencia de la Ley 19.585 (artículo 5º transitorio).

Las medidas orientadas a consolidar situaciones se establecen tanto en el ámbito patrimonial como en el ámbito extramatrimonial y varían dependiendo si padre o madre están vivos o han fallecido, lo que plantea diferencias que vulneran el derecho de igualdad ante la ley.

Mientras padre y madre están vivos hay una distinción clara entre el orden extramatrimonial y patrimonial. En el orden extramatrimonial, en particular, en lo que dice relación con el derecho a reclamar la filiación, se vela por la mantención de este derecho, excluyéndose la prescripción y la autonomía de la voluntad, en cuanto se declara imprescriptible e irrenunciable este derecho. En ese sentido es claro el artículo 195 del Código Civil. En el orden patrimonial, por el contrario, se recurre a la prescripción de los derechos y a la autonomía privada, permitiendo la renuncia de éstos. Así lo disponen los artículos 195 inciso 2º del Código Civil y 181 inciso 3°.

Actualidad Juridica 28.indd 581 10-07-13 18:34

Cuando el padre o madre ha fallecido, sea que ello ocurra durante la vigencia de la Ley 19.585 o hubiere ocurrido antes, la distinción en el régimen de los derechos extrapatrimoniales y patrimoniales ya no es tan marcada. En efecto, ya no se vela por el derecho a reclamar la filiación, variando drásticamente su régimen: Si padre o madre fallecen durante la vigencia de la ley, la acción para reclamar la filiación, si se tuvo como un derecho imprescriptible mientras padre o madre vivían, ahora con la muerte de uno u otro por regla general caduca, manteniéndose excepcionalmente por un lapso de tiempo en la medida que se den los requisitos del artículo 206 del Código Civil. Si padre o madre han fallecido antes de la vigencia de la ley, lisa y llanamente no se concede acción en contra de los herederos (inciso 3º del artículo 5º transitorio Ley 19.585), salvo en el caso del inciso 4 de esta norma.

El régimen jurídico comentado se justifica en el ámbito patrimonial, tanto respecto de las normas permanentes como transitorias, porque el derecho de propiedad está garantizado por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. Esto explica que en el régimen permanente opere la prescripción adquisitiva en favor de los herederos del supuesto padre o madre, quienes no podrían perder los derechos patrimoniales que han pasado a tener la condición de derechos adquiridos, sin que se afecte su derecho de propiedad. Lo mismo explica que en el régimen transitorio la Ley 19.585 haya quedado excluido el efecto retroactivo de la ley al disponer en el inciso 4º del artículo 5º que la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros.

En el ámbito extrapatrimonial el régimen jurídico aplicable luego que fallece el padre o madre no mantiene armonía con los principios que informan la Ley 19.585 y determinan su espíritu y a los que se ha hecho mención en otra parte: a) El principio de igualdad entre los hijos, claramente recogido en el artículo 33 del Código Civil en cuanto dispone que *"La ley considera iguales a todos los hijos"*. b) El principio del interés superior del niño. c) El principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad.[68]

d) El artículo 5º transitorio es claramente favorable por cuanto salvo los casos de los artículos 206 y 207 del Código Civil, *"todos los demás hijos no pueden demandar de reconocimiento de paternidad o maternidad a los padres muertos"*.

Desde luego este argumento no parece idóneo para justificar el rechazo de la inaplicabilidad del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585. Sin perjuicio de ello, la calificación de norma favorable me parece im-

[68] Maricruz Gómez de la Torre. *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 35 y siguientes.

Actualidad Juridica 28.indd 582 10-07-13 18:34

propia si se tiene presente que esa calificación se hace sobre la base de reconocer que la norma discrimina en beneficio de un número menor de hijos en cuanto se encuentran en una situación muy especial, apartando a la generalidad de los hijos de ese beneficio. Mirada así la norma, antes que favorable es discriminatoria, si se tiene en consideración que la generalidad de los presuntos hijos quedan sometidos al inciso 3°: *"… no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".*

Por otra parte, el considerando que se comenta hay que entenderlo sobre la base de una interpretación restrictiva de las normas permanentes del Código Civil, porque desde la perspectiva de una interpretación amplia, según la cual los herederos del padre o madre fallecido son legítimos contradictores, el artículo 206 deja de ser una norma que establece un beneficio a unos pocos, para convertirse en una norma que limita a unos pocos el goce de un derecho que pertenece a la generalidad. En ese contexto, el artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, tanto en su inciso 3º, como en su inciso 4°, mal se podrán calificar de favorables, dado que deja a estos hijos en una situación notablemente desmejorada, sea que cumplan o no con los requisitos del artículo 206.

e) Sobre la base de considerar los antecedentes de cada una de las causas de familia que dan lugar a los requerimientos de inaplicabilidad resueltos en las causas Rol N° 2035-2011 y 2105-2011,[69] los ministros Navarro y Carmona estiman que el artículo 5º transitorio no les ha impedido a los hijos demandar, sino que sólo estableció un plazo dentro del cual los presuntos hijos no demandaron.

En la sentencia dictada en la causa Rol 2035-2011, frente a la circunstancia que los hijos sean menores de edad a la fecha de inicio de vigencia de la ley precisan que ello no influye *"pues por ellos pueden actuar sus representantes legales".*[70] *Este* razonamiento es una demostración nítida de la discriminación arbitraria que establece el artículo 5º transitorio en su inciso 4°, toda vez que sin razón alguna desconoce la suspensión del plazo para ejercer la acción de reclamación de la filiación, sometiendo a estos hijos al arbitrio de sus representantes legales, lo que no ocurre en el caso de los hijos de padres que al inicio de la vigencia de la ley estaban vivos.

Por su parte, en la sentencia dictada en la causa Rol 2105-2011, única como ya se ha destacado en la que se presentan los supuestos del artículo 206 respecto de un hijo de padre fallecido antes de la vigencia de la ley, los antecedentes de la causa de familia permiten reconocer a los ministros que la presunta hija demandante al inicio de la vigencia de la ley tenían 20 años. De acuerdo a lo anterior no se plantea

[69] Ver respectivamente punto II número 3.1 B (ii) y C (ii).
[70] Punto II número 3.3 letra A.3 (iv).

Actualidad Juridica 28.indd 583 10-07-13 18:34

en esta causa el tema de la suspensión porque la presunta hija demandante al inicio de la vigencia de la ley tenía 20 años, de manera que mientras estuvo pendiente el plazo de un año para demandar tenía capacidad para hacerlo. No obstante, el conflicto de constitucionalidad con artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República se presenta en este caso en razón del plazo que la ley establece para reclamar la filiación, aplicándose en este punto todo el análisis que se ha hecho para demostrar la discriminación arbitraria que se produce, siguiendo una interpretación restringida o una interpretación amplia, ya sea respecto de hijos de padre o madre fallecidos antes de la Ley 19.585, ya sea respecto de los hijos de padre o madre fallecidos durante la vigencia de la Ley 19.585.

IV. Conclusión.

Sobre la base principalmente del análisis crítico hecho en el punto III precedente, a lo resuelto por el Tribunal Constitucional respecto del conflicto de constitucionalidad que plantean el artículo 206 del Código Civil y los incisos 3° y 4° del artículo 5° de la Ley 19.585, es posible elaborar las siguientes conclusiones, que pasan por lo tanto a ser las conclusiones finales de este trabajo.

1. Cinco de las seis sentencias que han declarado la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil y la única sentencia que ha resuelto la inaplicabilidad de los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585, se fundan en su voto de mayoría en la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y, por lo tanto, en la infracción del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. La inaplicabilidad por contravención del derecho de Igualdad ante la ley es el común denominador de todas estas sentencias.

   En razón de lo anterior, en base a la infracción de esa garantía constitucional se construirá la conclusión de este trabajo.
2. La doctrina, la jurisprudencia e incluso los considerandos de ministros del Tribunal Constitucional que rechazan la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, aceptan que hay dos posibles interpretaciones de los artículos 205, 206 y 317 del Código Civil: a) Una interpretación restrictiva según la cual los herederos del padre o madre fallecido no son legítimos contradictores de la acción de reclamación de paternidad y maternidad, salvo en los dos casos de excepción que el artículo 206 del Código Civil establece: Hijo póstumo e hijo de padre o madre fallecido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del presunto hijo. b) Una interpretación amplia, según la cual los herederos del padre o madre fallecido son legítimos contradictores de la acción de reclamación de paternidad y maternidad, según lo dispone el artículo 317 del Código Civil que contiene la regla general respecto de la cual el artículo 206 del mismo código sería una excepción.

Actualidad Juridica 28.indd 584 10-07-13 18:34

3. Cualquiera sea la interpretación que se adopte, el artículo 206 del Código Civil es incompatible con el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

   De acuerdo a la interpretación restrictiva, fallecido el padre o madre, la acción de reclamación de paternidad o maternidad de la generalidad de los hijos caduca, lo que no ocurriría con el hijo póstumo y con el hijo de padre o madre que han fallecido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del presunto hijo. Se discrimina en perjuicio de los hijos que no son póstumos o cuyo padre o madre no falleció dentro de los 180 días siguientes a su nacimiento, en cuanto éstos, fallecido el padre o madre, nunca podrán reclamar la paternidad o maternidad.

   Con esta interpretación, se altera sustancialmente el régimen jurídico de la acción de reclamación, que de ser imprescriptible mientras el padre o madre están vivos, caduca por razones de certeza jurídica una vez fallecido el padre o madre. La justificación en la certeza jurídica no parece razonable, si se tiene presente que habrá certeza jurídica precisamente cuando se logre determinar que un hijo lo es de su padre o madre, estén estos vivos o muertos. Esta consideración de la certeza jurídica es la que justifica la imprescriptibilidad de la acción mientras el padre o madre están vivos y determina que la caducidad es incompatible con la igualdad ante la ley, cuando el padre o madre fallecen. La consideración de los principios que inspiran a la Ley 19.585 y determinan su espíritu, inclinan hacia esta conclusión.

   Por su parte, si se opta por la interpretación amplia de los artículos 317 y 206 del Código Civil, se discrimina arbitrariamente en perjuicio de los hijos póstumos y de los hijos de padre o madre que han fallecido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del hijo (cumplen con los supuestos del artículo 206 del Código Civil), porque estos a diferencia de la generalidad de los hijos sólo podrán ejercer su acción dentro del plazo de tres años contados desde la muerte del padre o madre o, si a esa fecha el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad. Esta discriminación es carente de toda razonabilidad, generando una distinción incomprensible, contraria al derecho de la igualdad ante la ley.

4. El Tribunal de Familia, llamado a aplicar la ley según una interpretación que no vulnere la Carta Fundamental, se ve sometido a la siguiente realidad: Dos interpretaciones del artículo 206 del Código Civil, que resultan incompatibles con el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

   Si se reclama la paternidad o maternidad por un hijo que no es póstumo ni tampoco es hijo de padre o madre fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto y el tribunal opta por la interpretación restrictiva, aplicará una norma que vulnera el derecho de la igualdad ante la ley y, por lo tanto, el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de

Actualidad Juridica 28.indd 585 10-07-13 18:34

la República. En razón de lo anterior los tribunales de familia para no infringir el derecho a la igualdad ante la ley y, por consiguiente la Carta Fundamental, deberán seguir la interpretación amplia, según la cual la generalidad de los hijos pueden reclamar la paternidad y maternidad una vez fallecido el respectivo padre o madre.

Pero si quien reclama la paternidad o maternidad es un hijo póstumo o un hijo cuyo padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto y el tribunal opta por la interpretación amplia, ese hijo a diferencia de la generalidad de los hijos tendrá un plazo para ejercer la acción. El tribunal en este caso aplicará una norma que discrimina sin justificación alguna en perjuicio de esta categoría de hijos, infringiendo el derecho de la igualdad ante la ley y, por lo tanto, el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Debiera el tribunal, en este caso, optar por la interpretación restrictiva.

En ese contexto, dependiendo de quien reclama la paternidad o maternidad, el Tribunal de Familia deberá optar por una u otra interpretación a fin de no vulnerar la Constitución Política de la República. En consecuencia, cabe esperar que un mismo tribunal a fin de mantener una interpretación conforme con la Carta Fundamental, no mantenga una interpretación uniforme a la hora de determinar el sentido y alcance del artículo 206 del Código Civil.

5. El problema que se plantea al tribunal de familia se proyecta a mi juicio ante el Tribunal Constitucional, no en cuanto éste determine cuál es la interpretación aplicable de la norma, lo que corresponde exclusivamente al juez del fondo, sino en cuanto al resolver la inaplicabilidad y evaluar si la norma puede ser interpretada en conformidad con la Carta Fundamental, no podrá mantener una posición uniforme frente al artículo 206 del Código Civil, como se pasa a demostrar.

   Si el tribunal de familia adopta una interpretación restrictiva y el Tribunal Constitucional es requerido para que resuelva la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil en cuanto es contrario al artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República al privar de la acción de reclamación de paternidad o maternidad a un hijo (que no cumple con los supuestos de esa norma) respecto de otros (que cumple con tales supuestos), el Tribunal Constitucional tendrá que evaluar si la norma puede ser interpretada en conformidad con la Constitución Política de la República y, en caso afirmativo, debiera rechazar la inaplicabilidad en razón de que hay una interpretación compatible con la Constitución Política de la República (la interpretación amplia), en base a la cual debiera resolver el Tribunal de Familia.

   Por su parte, si en razón de que el tribunal de familia ha adoptado una interpretación amplia y como consecuencia de ella se discrimina en perjuicio de un hijo póstumo o cuyo padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto, se requiere al Tribunal Constitucional

Actualidad Juridica 28.indd 586 10-07-13 18:34

para que resuelva la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil en cuanto es contrario al artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, éste tendrá que evaluar si la norma puede ser interpretada en conformidad con la Constitución Política de la República y, en caso afirmativo, debiera rechazar la inaplicabilidad en razón de que hay una interpretación compatible con la Constitución Política de la República (la interpretación restringida), en base a la cual debiera resolver el tribunal de familia.

6. Reconocida la inexistencia de una interpretación del artículo 206 del Código Civil que sea compatible con la Constitución Política de la República, hay una realidad que es insoslayable, y que sólo se podrá revertir sobre la base de adoptar una salida al margen de la inaplicabilidad respecto de cada causa. Esa salida es la declaración de inconstitucionalidad de esta norma por parte del Tribunal Constitucional, en ejercicio de la atribución que le otorga el artículo 93 N° 7 de la Constitución Política de la República.

   Declarada la inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, todos los hijos de padre o madre fallecidos durante la vigencia de la Ley 19.585, sin distinción, se debieran regir por el artículo 317 del Código Civil. De acuerdo a esta norma, los hijos y los herederos del padre o madre serán legítimos contradictores, teniendo respecto de la acción de reclamación, legitimidad activa los hijos y legitimidad pasiva los herederos.

7. Siendo aplicables los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 porque el padre o madre ha fallecido antes de la vigencia de esta ley, también se presenta un conflicto de constitucionalidad con el derecho de la igualdad ante la ley y, por consiguiente, con el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, en cuanto no se podrá reclamar la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la vigencia de la ley, salvo que el hijo sea póstumo o un hijo de padre o madre fallecido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del hijo. Se mantiene en esta norma la distinción entre hijo que no es póstumo o hijo cuyo padre o madre fallecieron después de los 180 días siguientes al parto (la generalidad de los hijos), y el hijo que es póstumo o su padre o madre falleció dentro de los 180 días siguientes al nacimiento.

   La constitucionalidad del régimen jurídico que el artículo 5º transitorio de la Ley 19.585 establece para la generalidad de los hijos, en cuanto no es póstumo o su padre o madre fallecieron después de los 180 días siguientes al nacimiento, dependerá de la interpretación que se adopte respecto del artículo 206 del Código Civil.

   Si se adopta una interpretación amplia, la discriminación arbitraria respecto de los hijos de padres fallecidos antes de la vigencia de la ley y la vulneración del derecho de la igualdad ante la ley es manifiesta:

Actualidad Juridica 28.indd 587 10-07-13 18:34

Como regla general (salvo la excepción del inciso 4º) no podrán reclamar la paternidad o maternidad respecto de sus padre o madre fallecidos, mientras que los hijos de padres fallecidos durante la vigencia de esa ley podrán como regla general reclamar dicha paternidad o maternidad en contra de los herederos del respectivo padre o madre.

Si se adopta una interpretación restrictiva, la discriminación será arbitraria respecto de todo hijo (tanto de padre o madre fallecido antes, como después de la vigencia de la Ley 19.585) en relación con los hijos póstumos o cuyo padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del hijo.

No obstante la discriminación arbitraria puede afectar también al hijo póstumo o al hijo de padre o madre fallecido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento, en cuanto el inciso 4° del artículo 5º de la Ley 19.585: a) Establece un plazo sustancialmente menor (un año desde la entrada en vigencia de la ley) para reclamar la paternidad o maternidad en contra de los herederos del supuesto padre o madre. b) El plazo de un año corre contra el hijo sea capaz o incapaz. Se discrimina arbitrariamente respecto de esta categoría de hijos en comparación con igual categoría de hijos cuando el padre o madre fallece estando vigente la Ley 19.585, porque estos cuentan con un plazo mayor de tres años que, además, se suspende en favor del hijo incapaz.

En suma, cualquiera sea el hijo y cualquiera sea la interpretación del artículo 206 del Código Civil, siempre habrá una discriminación arbitraria respecto de los hijos regidos por los incisos 3° y 4° del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585.

8. Declarada por el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil en aplicación del artículo 93 N° 7 de la Constitución Política de la República, los incisos 3° y 4° del artículo 5º de la Ley 19.585, se mantendrían como normas inconciliables con el artículo 19 N° 2 de la misma Carta Fundamental, por lo que debiera resolverse también su inconstitucionalidad general y exclusión del ordenamiento jurídico nacional, quedando sometidos los hijos de padre o madre fallecidos antes del inicio de la vigencia de la Ley 19.585 al artículo 2º transitorio de la misma ley, que en su inciso 1° dispone que: *"Las personas que a la entrada en vigencia de esta ley no tengan una filiación determinada, podrán reclamarla en la forma y de acuerdo a las reglas establecidas en ésta, salvo lo dispuesto en el artículo 6º transitorio".* Dentro de esas reglas, en lo que se refiere a los hijos de padre o madre fallecidos, especial consideración requiere el artículo 317 inciso 2° del Código Civil, que en esta parte dispone que: *"Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecido en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción".*
9. De acuerdo a lo concluido en los números 6 y 8 precedentes, declarada la inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil y de los

Actualidad Juridica 28.indd 588 10-07-13 18:34

incisos 3° y 4° del artículo 5 de la Ley 19.585, todos los hijos, tanto los de padre o madre fallecidos antes de la vigencia de la ley 19.585 (régimen transitorio), como los hijos de padre o madre fallecido durante la vigencia de esta ley (régimen permanente), quedarán sometidos a un mismo régimen jurídico en lo relativo a la acción de reclamación de la paternidad y maternidad, a saber, el dispuesto en el artículo 317 del Código Civil, de acuerdo al cual los hijos tendrán legitimación activa y los herederos del padre o madre legitimación pasiva, siendo unos y otros legítimos contradictores.

Bibliografía.

Tribunal Constitucional. Causa Rol N° 1340-2009, sentencia del 29 de septiembre de 2009. Sitio Electrónico del Tribunal Constitucional de Chile, www.tribunalconstitucional.cl

Tribunal Constitucional Causa Rol N° 1563-2009, sentencia del 30 de agosto de 2011. Sitio Electrónico del Tribunal Constitucional de Chile, www.tribunalconstitucional.cl

Tribunal Constitucional. Causa Rol N° 1537-2009, sentencia del 1 de septiembre de 2011. Sitio Electrónico del Tribunal Constitucional de Chile Sitio, www.tribunalconstitucional.cl

Tribunal Constitucional Causa Rol N° 1656-2010, sentencia del 1 de septiembre de 2011. Sitio Electrónico del Tribunal Constitucional de Chile, www.tribunalconstitucional.cl

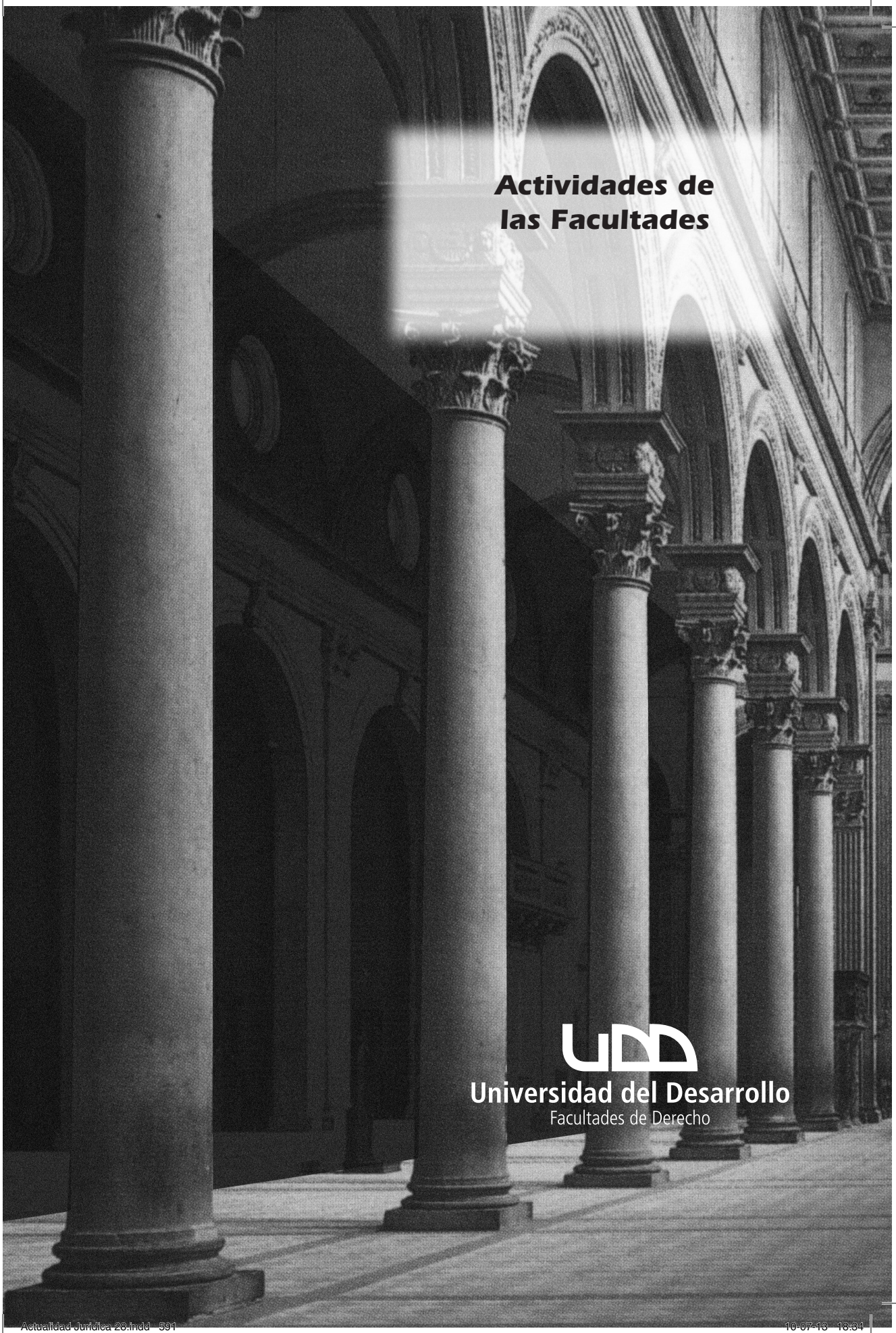
Tribunal Constitucional Causa Rol N° 2035-2011, sentencia del 4 de septiembre de 2012. Sitio Electrónico del Tribunal Constitucional de Chile, www.tribunalconstitucional.cl

Tribunal Constitucional Causa Rol N° 2105-2011, sentencia del 4 de septiembre de 2012. Sitio Electrónico del Tribunal Constitucional de Chile, www.tribunalconstitucional.cl

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE. *El Sistema Filiativo Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, 2007.

RENÉ RAMOS PAZOS. *Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Actualidad Juridica 28.indd 589 10-07-13 18:34



Actividades de las Facultades

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Jurídica 28.indd 591 10-07-13 18:34

Actividades de la Facultad de Derecho Sede Santiago

Primer Semestre de 2013

Trinidad Siles del Valle
Coordinadora de Carrera
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

I.- Actividades de Admisión.

Primera Jornada vocacional 2013

Más de 1.000 alumnos de tercero y cuarto medio de distintos colegios asistieron a la Primera Feria Vocacional Vive UDD que se realizó el sábado 6 abril en el Campus RESB. El abogado penalista y profesor de la Facultad, don Hugo Rivera Villalobos realizó un interesante análisis jurídico de un caso de cyberbullying. Posteriormente, alumnos de tercer año de Derecho y Jorge Lena, abogado emprendedor, egresado de la UDD dieron sus testimonios de sus experiencias UDD.

II.- Actividades de la Facultad

Inauguración del Año Académico 2012

Con la presencia y participación del Presidente del Tribunal Constitucional, **Raúl Bertelsen Repetto** se abrió el acto inaugural del año 2013, el invitado

Actualidad Juridica 28.indd 593 10-07-13 18:34

reseñó brevemente los principales hitos que ha debido enfrentar el Tribunal Constitucional en el país.

La actividad estuvo encabezada por el rector de la UDD, **Federico Valdés;** el vicerrector de pregrado, sede Santiago, **Juan Eduardo Vargas;** el decano **Pablo Rodríguez;** y por la vicedecana, **Cecily Halpern. En la ceremonia,** 60 egresados recibieron sus diplomas y se reconoció a aquellos estudiantes que obtuvieron excelencia académica.

El decano de la Facultad **Pablo Rodríguez** se dirigió a la audiencia con un discurso evocativo en el cual reconoció el trabajo y trayectoria del profesor de la Facultad, Carlos Pecchi Croce, fallecido en enero de 2013 y que fue elegido por los propios alumnos, como el Mejor Profesor 2012. En homenaje a su trayectoria y compromiso con la Facultad se instituyó un premio al mejor egresado de Derecho Procesal, por otro lado, la Clínica Jurídica de la comuna de Renca llevará su nombre en homenaje a su contribución y entrega hacia sus alumnos. Finalmente, se premió a la alumna egresada **María Victoria San Cristóbal** por lograr el promedio de notas más alto de la carrera,

Nombramiento de Nuevos profesores 2013.

Derecho Procesal I	Jaime Andrés Carrasco Poblete
Responsabilidad Pública	Mabel Dastres Abarca
Clínica Jurídica	Pedro Escobar Quintana
OD Derecho y Sociedad	Marta Fuentes Araya
Derecho Tributario I	Juan Gregorio Pasten Arce
OD Derechos Fundamentales de las personas	Carlos Pereira Jadue
Derecho Comercial II	Juan Esteban Puga Vial
OD Derecho y Trabajo	Carla Robledo Malhue
Responsabilidad Pública	María del Pilar Romero Klein
Derecho Procesal II	Fernando Javier Sariego Egnem
Etica (Sello)	Paula Siles Del Valle
Derecho Tributario II	Hugo Zamora Rendic

Nombramiento de Nuevos Ayudantes

Teoría del Derecho I	Olaya García Huidobro	Ignacio Seguel Cañas (2013)
Teoría del Derecho I	Antonio Ecclefield	José Astudillo Paredes (2013)
Derecho Político	Sergio Verdugo	Gabriela RequenaRiquelme (2013)
Bases del Orden Jurídico	Natalia García	Astrid Cereceda Molina (2013)
Bases del Orden Jurídico	Solange Doyharcabal	Felipe Godoy Aliaga (2013)
Evolución de las Instituciones Jurídicas	Enrique López	Rafael Donetch Hidalgo (2013)

Actualidad Juridica 28.indd 594 10-07-13 18:34

Evolución de las Instituciones Jurídicas	Oscar Dávila	Victor Erdmann Carmine(2013)
Emprendimiento y Liderazgo	Andrés Cood	M. Jesús Molina Alcántara (2013)
Derecho Civil I	Felipe Amenábar	Juan Eduardo Cruz Kusch (2013)
Derecho Procesal I	Jaime Carrasco	M. Macarena Díaz de Valdés Haase (2013)
Derecho Constitucional	José Manuel Díaz de Valdés	María José Lagos Ernst (2013)
Derecho Internacional Público	Raúl Campusano	Luis Acevedo Espínola (2013)
Derecho, Economía y Mercado	M. Fernanda Juppet	Luis Felipe Valencia Barahona (2013)
Derecho, Economía y Mercado	Joaquín Morales	Javier Rojas Cornejo (2013)
Legislación Económica	Julio Valdivia	Sebastián Aguayo Rosso (2013)
Legislación Económica	Francisco Pfeffer	Nicolás Schubert Gallardo (2013)
Derecho Civil II	Carolina Devoto	Josefa Giesen Espejo (2013)
Derecho del Trabajo I	C. Halpern / R.Mengod	Ignacia Espina Lausen (2013)
Derecho del Trabajo I	José Alonso Ugolini	Valentina Molfino Cruz (2013)
Derecho Procesal III	Hugo Alvarez	Nicole Newmann Corral (2013)
Derecho Procesal III	Carolina Coppo	Sebastián Mattatal Tapia (2013)
Derecho Administrativo II	Sergio Cea	Pilar Rodríguez Prieto (2013)
Derecho Penal II	René García	Bernardita Maturana Pozo (2013)
Derecho Tributario I	Juan Gregorio Pasten	Fuadt Abuid Abusleme (2013)
Derecho Comercial I	Francisco Pfeffer	Cristobal Quezada Fischer (2013)
Derecho Civil IV	Fernando Rabat	Francesca Mauriziano Concha (2013)
Derecho Comercial II	Juan Esteban Puga	Tomás Contreras González (2013)
Derecho y Empresa (OD)	Mario Zepeda	Samy Zeran Sukni (2013)
Derecho y Salud (OD)	Ricardo Acuña	Trinidad Ovalle Fritsch (2013)
Derecho y Trabajo (OD)	Carla Robledo	José Manuel Palacios Del Campo (2013)

Programa de Perfeccionamiento Docente para Ayudantes, correspondiente al año 2012.

Este Programa es desarrollado por el área de Metodología Docente de la Facultad, a cargo de la profesora Carolina Devoto, y aborda distintos aspectos del quehacer académico, tales como planificación académica, estrategias de enseñanza aprendizaje, proceso de evaluación y habilidades docentes, entre otros, los que permiten un mejor desempeño de su labor.

En esta oportunidad, 19 ayudantes de distintas asignaturas de la carrera participaron en el Programa durante tres jornadas de trabajo en el mes de mayo.

Actualidad Juridica 28.indd 595 10-07-13 18:34

Actividades con alumnos.

Un grupo de alumnos de primer año de nuestra Facultad fue invitado a participar en elCampamento de Liderazgo y Trabajo en Equipo que se desarrolló en el Cajón del Maipo en el mes de abril. Esta actividad que se lleva a cabo con alumnos de todas las carreras, tiene por objeto potenciar el liderazgo y el trabajo en equipo.

Charla organizada por el Centro de alumnos.

El Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho organizó la charla: El conflicto Mapuche y su relación con el Derecho Internacional. La actividad se realizó junto con el profesor Raúl Campusano en el curso de Derecho Internacional Público.

Alejandra Arriaza Donoso, abogada especialista en temas de Derechos Humanos y actual Secretaria Ejecutiva de la Corporación de los Derecho del Pueblo (CODEPU), expuso la posición del gobierno frente a la situación del conflicto y conversó con los alumnos.

Distinciones

Las dos quinas votadas por el pleno de la Corte Suprema buscan proveer el cargo de ministro del máximo tribunal, en las vacantes producidas por el cese de funciones del ministro Adalis Oyarzún y el fallecimiento del ministro Roberto Jacob Chocair.

Se escucharon las exposiciones de los 12 oponentes al cargo de abogado externo de la judicatura y resultaron electos los siguientes profesionales: Jorge Lagos Gatica, 11 votos, Daniel Peñailillo Arévalo, 8 votos, - **Cecily Halpern Montecino, 7 votos,** Miguel Ángel Nacrur Gazali, 7 votos y Andrea Muñoz Sánchez, 4 votos

Mejor profesor.

Como una manera de reconocer la excelencia de profesores, la Universidad del Desarrollo realizó la ceremonia de premiación a los mejores estudiantes y docentes del año académico 2012 de la sede Santiago.

El año 2012 , el profesor Raúl Campusano recibió el premio a mejor docente 2012 de carrera de Derecho.

Actualidad Juridica 28.indd 596 10-07-13 18:34

Una nueva generación de ex alumnos recibió sus licenciaturas

El lunes 25 de marzo, ex alumnos de la Facultad de Derecho recibieron sus licenciaturas en una ceremonia, que contó con la participación del Rector de la Universidad Federico Valdés, el Decano de la Facultad de Derecho, Pablo Rodríguez y la Vicedecana, Cecily Halpern.

El Decano de la Facultad, Pablo Rodríguez se dirigió a todos los licenciados con emotivas palabras:"queremos abogados que vibren y que vivan con fortaleza y vigor, eso es lo que esperamos de ustedes. Eso es lo que esperamos de nuestros profesionales".

Al final del acto, Francisco Galli, alumno con excelencia académica y más alto rendimiento de su generación, hablo en nombre de los licenciados dando las gracias, tanto a sus familiares como a la Universidad por el apoyo y confianza desplegados durante los años de estudio.

Ciclo "Derecho a Conversar"

El Papa Francisco , "Buenos aires para la Iglesia"
El padre Fernando Montes (SJ), Rector de la Universidad Alberto Hurtado fue el primer invitado a "Derecho a Conversar" este año 2013; en la ocasión se analizó la elección del nuevo Papa. El padre Montes señaló que la elección de Jorge Mario Bergoglio, jesuita y latinoamericano puede marcar un sello distintivo al de los anteriores pontificados y podría contribuir para mejorar la imagen de la Iglesia Católica, acercar a jóvenes y disminuir el distanciamiento que existe con sus autoridades.

Fue un grato espacio de conversación compartido por el profesor Enrique López y Jaime Valenzuela, conocedor de temas vaticanos, ambos le plantearon

Actualidad Juridica 28.indd 597 10-07-13 18:34

interesantes preguntas en torno a la cultura, el papel de la iglesia hoy día, el individualismo, el perfil humano del Papa Francisco I, aspectos que fueron abordados con el habitual calor humano del invitado.

1982: La Guerra de las Malvinas

El Embajador de Gran Bretaña, Jon Benjamin y el cientista político, experto en temas internacionales y autor del libro: "La Guerra de las Malvinas: Noticias en Desarrollo", profesor José Rodríguez Elizondo analizaron en el tema de la guerra de 1982 en "Derecho a Conversar"

Ante la presencia de más de 100 alumnos, los participantes expusieron sus puntos de vistas y argumentos sobre la Guerra de las Malvinas o Falklands; respondieron preguntas, narraron su perspectiva histórica, plantearon la situación de neutralidad de Chile, en fin, los alumnos pudieron formarse una opinión sobre el significado y consecuencias de del conflicto bélico.

III. Actividades de la Dirección de Postgrado, 1° Semestre 2013 - Santiago

Durante el primer semestre del año académico 2013, la Dirección de Postgrado nuevamente dio inicio a sus programas de Magíster y Postítulos, cada uno en una nueva versión, obteniendo una muy buena acogida por parte de distintos profesionales, eminentemente abogados, quienes actualmente cursan los distintos cursos que los componen.

Actualidad Juridica 28.indd 598 10-07-13 18:34

A continuación detallamos los programas que actualmente se imparten:

4ª Versión Magíster en Derecho – Universidad del Desarrollo

Con gran éxito, a partir del 25 de Marzo del presente año, hemos dado inicio a una nueva versión de nuestro programa de Magíster en Derecho. El Magíster de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo es un programa destinado a profundizar conocimientos y desarrollar competencias profesionales jurídicas mediante la entrega de una formación académica de excelencia.

De acuerdo con la malla elegida, el programa lleva a las siguientes titulaciones:

- **Magíster en Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente.**
- **Magíster en Derecho Tributario.**
- **Magíster en Derecho Económico.**

Este programa busca entregar a los alumnos herramientas de perfeccionamiento a través de la actualización de sus conocimientos en algunas de las principales ramas del Derecho y profundización de conocimientos en asignaturas de especialización, confiriéndoles instrumentos que faciliten el ejercicio profesional especializado, tanto en asesorías a instituciones públicas y privadas como en defensas o acciones judiciales.

Actualidad Juridica 28.indd 599 10-07-13 18:34

El Magíster se ha diseñado sobre la base de una estructura cuádruple: en primer lugar un ciclo de cinco cursos comunes a todos los programas y de actualización en las principales ramas del Derecho (primer semestre). En segundo lugar, diez cursos de especialización en Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente, en Derecho Tributario, o en Derecho Económico (segundo y tercer semestre). En tercer lugar, cuatro talleres de desarrollo de habilidades y competencias en negociación, argumentación jurídica, análisis, e inglés jurídico (cuarto semestre), y en cuarto lugar, una tesina de aplicación profesional.

Nuestro Magíster está dirigido a abogados chilenos y extranjeros y a otros profesionales que deseen actualizar y profundizar sus conocimientos jurídicos.

Nos interesa generar una comunidad de estudios en que la adquisición de conocimientos teóricos y el desarrollo de competencias y habilidades prácticas vayan de la mano y en armonía, junto con la construcción de una relación con los profesores y la administración con la finalidad de lograr los mejores resultados en cada uno de nuestros alumnos. Queremos acompañar a nuestros alumnos durante todo el proceso de aprendizaje y desarrollo de habilidades y competencias.

Postítulo en Derecho de los Recursos Naturales

A contar del 11 de Marzo de 2013, hemos dado inicio por primera vez nuestro Postítulo en Derecho de los Recursos Naturales.

El programa nace para enfrentar las nuevas realidades que afrontan nuestro país y el resto del mundo. Así, parte importante de la actividad económica de Chile tiene lugar alrededor de la industria productora, extractiva, manufacturera y exportadora de recursos naturales.

La regulación de estas actividades se ha desarrollado en los últimos años desde distintas perspectivas (técnica, ambiental, social, etc.) y se hace cada vez más necesario que los abogados, y otros profesionales, cuenten con los conocimientos y competencias necesarios para abordar adecuadamente los desafíos que presenta el marco jurídico legal de las empresas mineras, forestales, pesqueras y de otros sectores.

En este contexto, además de la necesidad de contar con sólidos conocimientos de derecho del medio ambiente, los abogados y profesionales que trabajan en temas de recursos naturales deben también contar con conocimientos y competencias en temas relacionados con la sustentabilidad en su sentido amplio. También deben manejar los temas regulatorios relacionados con derecho de aguas y derecho energético, como también comprender la nueva legislación de derechos de los pueblos indígenas aplicable en nuestro país.

De esta forma, conocer el amplio marco regulatorio de la industria de los recursos naturales se ha vuelto una necesidad para aquellos profesionales que

Actualidad Juridica 28.indd 600 10-07-13 18:34

trabajan o tienen interés en desempeñarse en esta especialidad del ejercicio profesional jurídico.

Postítulo en Planificación Tributaria, 5ª Versión

Por quinta vez la Dirección de Postgrados de la Facultad de Derecho de la UDD, imparte este programa de Planificación Tributaria, el cual está dirigido a profesionales que ya cuentan con una formación en tributación y tienen interés en profundizar su especialización en estas materias.

El Postítulo tiene como objetivo general que el alumno conozca y sepa utilizar las herramientas disponibles para desarrollar una adecuada Planificación Tributaria, tanto de negocios o inversiones de carácter nacional, como de aquellas inversiones de origen extranjero o desarrolladas por chilenos en el exterior.

Su enfoque eminentemente práctico, sin dejar de lado las cuestiones teóricas esenciales, hacen de este programa un excelente medio para dominar las normas tributarias con un alto grado de sofisticación, permitiendo a sus egresados asesorar, a un alto nivel, la actividad empresarial de nuestro país.

Otras actividades de Postgrado
Panel Desafíos para la Minería en el Siglo XXI

En el contexto del inicio del semestre del segundo año del Magíster en Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente que dicta la Facultad de Derecho, el día Miércoles 13 de marzo tuvo lugar el Panel Desafíos para la Minería en el Siglo XXI, con la participación de los expositores: Sr. Ignacio Quiñones, Abogado

Actualidad Juridica 28.indd 601 10-07-13 18:34

Jefe de la Compañía Minera AngloAmerican; Sr. Sergio Hernandez, ex Subsecretario de Minería; Sr. Juan Carlos Guajardo, Director Ejecutivo del Centro de Estudios del Cobre y la Minería, CESCO, y don Winston Alburquenque, Socio de Vergara y Cia. El Director de Postgrado, Raul F. Campusano, moderó el panel.

Las presentaciones de los expositores motivaron un interesante debate con los alumnos del magíster.

Panel de Desafíos de Política Exterior para Chile en el Siglo XXI

Dentro del contexto del primer año del programa Magíster en Derecho 2013, tuvo lugar el miércoles 24 de Abril, un Panel de Desafíos de Política Exterior para Chile en el Siglo XXI.

Actualidad Juridica 28.indd 602 10-07-13 18:34

La actividad contó con la presencia de la Vicedecana de la Facultad de Derecho, Cecily Halpern. Los expositores del panel fueron el Dr. Eduardo Engel, profesor de la Universidad de Yale; Embajador Albert van Klaveren, Agente de Chile ante la Corte Internacional de Justicia; Lorena Fries, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos; y César Ross, Doctor en Historia. Moderó el Panel el Director de Postgrado, Raul F. Campusano.

IV.-Actividades de Extensión 2013

1.- Contratación Pública:

El curso se realizó durante los meses de marzo y abril y contó con la participación de 22 alumnos. El curso estuvo a cargo de María Trinidad Inostroza y José Miguel Valdivia.

Se analizaron los siguientes temas: principales aspectos jurídicos y aplicación práctica de la regulación de la contratación administrativa en Chile; conceptos fundamentales de la contratación pública; principales tipos de contratos de la Administración y sus características; la ley 19.866; procedimientos administrativo licitatorio y derechos de los contratantes privados.

2.- Instituciones fundamentales del Derecho del Consumidor:

El curso se realizó durante los meses de abril y mayo y contó con la participación de 20 alumnos. El curso estuvo a cargo de Jaime Lorenzini, José Roa y Lucas del Villar.

Se analizaron los siguientes temas: principales aspectos jurídicos y aplicación práctica de la normativa que se refiere al ámbito de la protección de los derechos de los consumidores ; los conceptos fundamentales del Derecho del Consumidor; principales disposiciones e instituciones de la Ley 19.496; cláusulas abusivas en los contratos de consumo; efectos y consecuencias del incumplimiento de las normas de la ley de defensa de los Derechos del Consumidor ; sistema de resolución de conflictos en el ámbito de la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor y el rol del SERNAC Financiero.

3.- Derecho Urbanístico e Inmobiliario:

El curso se realizó durante el mes de mayo y contó con la participación de 21 alumnos. El curso estuvo a cargo de Patricio Figueroa, José Manuel Figueroa, Robert Gillmore y Miguel Ángel Alzamora.

Actualidad Juridica 28.indd 603 10-07-13 18:34

Se analizaron los siguientes temas: principales aspectos jurídicos y aplicación práctica de la regulación urbanística; ordenamiento territorial e inmobiliario y la construcción en Chile Instituciones fundamentales de la Ley General de Urbanismo y Construcción y de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción; aplicación de la normativa ambiental en los proyectos urbanísticos y legislación sanitaria, de alcantarillado, eléctrica y municipal relativa a la construcción.

4.- Inglés Jurídico:

El curso se realizó durante el mes de junio y participaron 10 alumnos. Las clases las realizó Jorge Luis Varela y contempló temas como: Terminología legal en distintos ámbitos del quehacer jurídico; principales aspectos del "common law" y las instituciones fundamentales del inglés jurídico desde una visión práctica.

Seminarios

La nueva ley que permite la creacion de "empresas en un dia".

El Jueves 9 de mayo de 2013 se realizó el primer seminario en la Facultad de Derecho y los expositores fueron:Tomas Flores Jana, Subsecretario de Economía, Fomento y Turismo; Macarena Letelier Velasco, Fiscal Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; Eduardo Escalona, Asociado seniorde Estudio Phillipi, Yrarrazabal, Pulido & Brunner; Alfredo Martín Illanes, Director de la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile y Olga Feliu Segovia, Presidenta del Colegio de Abogados. Ex Senadora de la República.

Modernización de la industria de los seguros

El 27 de junio tuvo lugar el segundo seminario organizado por la Facultad y los expositores fueron: Fernando Coloma Correa, Superintendente de Valores y Seguros; Osvaldo ContrerasStrauch, profesor de Derecho Comercial de la UDP; Carlos Concha Gutiérrez,profesor de Derecho Comercial de la PUC; Javier Carvallo Pardo, Presidente Crawford Chile; Osvaldo Lagos Villarreal, profesor de Derecho Comercial de la UAI; Carlos MolinaZaldivar, profesor de Derecho Comercial de la UGM y Emilio SahurieLuer, socio del estudio jurídico. Guzmán, Sahurie& Asociados.

V.- Actividades de Investigación.

1. Publicaciones académicas

– La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales", *Revista Chilena de Derecho* (P. Universidad Católica de Chile), vol. 40, N° 1, pp. 183-225. S. Verdugo

Actualidad Juridica 28.indd 604 10-07-13 18:34

- "De los principios constitucionales al activismo judicial. El voto de minoría en el caso ´Municipalidad de Pucón´" (con GARCÍA), *Sentencias Destacadas 2012* (Ed. Libertad y Desarrollo) pp. 219-258. S. Verdugo
- El envilecimiento del bien común", artículo publicado en obra colectiva junto a diversos catedráticos europeos (Madrid, Editorial Itinerarios). J. Alvear
- "Precedente y Teorías de Interpretación en la Justicia Constitucional", en ARANCIBIA, MARTÍNEZ y ROMERO (coordinadores) Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública (Santiago, U. de Los Andes, Legal Publishing, Thomson Reuters) pp. 17-44. S. Verdugo
- "Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales", en Revista de Derecho (P. Universidad Católica de Valparaíso), vol. 39, pp. 395-434. S. Verdugo
- "Observaciones constitucionales al proyecto de nuevo Código Procesal Civil", Actualidad Jurídica UDD, N° 27. J. Alvear e I. Covarrubias
- "Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del Poder Judicial", Actualidad Jurídica UDD, N° 27. S. Verdugo (con C. Ottone)
- "Puerto y central Castilla: comentarios a la sentencia de la Corte Suprema", Actualidad Jurídica UDD, N° 27, C. Boettiger
- "De la Ejecución de oficio de los actos administrativos desfavorables", Actualidad Jurídica UDD, N° 27, N. Enteiche
- "El respeto por las ideas matrices de los proyectos de ley: estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Congreso Nacional, Libro Homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán* (Editorial Jurídica). S. Verdugo (con J.F. García)

2. Ponencias en Congresos y Seminario

- Moderador en panel del seminario sobre "Fecundación In Vitro", Observatorio de Bioética y Derecho, UDD. J. Alvear
- Expositor en panel del seminario sobre "Fecundación In Vitro", Observatorio de Bioética y Derecho, UDD. S. Verdugo (también participó el profesor R. Campusano)
- "El Derecho y los DD.HH. frente a la doctrina social de la Iglesia", ponencia en Congreso "El Derecho y los DD.HH.", organizado por la U. Católica de Colombia, por la Procuraduría General de la Nación y la Federación de Universidades Católicas, Colombia. J. Alvear
- "Precedente y teorías de interpretación constitucional", ponencia en seminario sobre "Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes Jurisdiccionales", organizado por la U. de Los Andes, Chile. S. Verdugo

Actualidad Juridica 28.indd 605 10-07-13 18:34

3. Recensiones

- "Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho", de Consuelo Martínez-Sicluna, en *Derecho Público Iberoamericano* (UDD), Año I, N° 2: pp. 395-398. J. Alvear
- "Libro homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán", recensión de libro en *Derecho Público Iberoamericano* (UDD), Año I, N° 2: pp. 399-402. S. Verdugo
- "Schools for Misrule. Legal Academia and an Overlawyered America" de W. Olson", ActualidadJurídica UDD, N° 27. S. Verdugo

4. Columnas y cartas al director

- "Revisión de legalidad de las Resoluciones de Calificación Ambiental: ¿Vía recurso de protección?", columna publicada en El Mercurio Legal. C. Boettiger
- "Debate Constitucional", carta publicada en El Mercurio. S. Verdugo
- "Caso ISAPRES: lo que la Corte Suprema no dijo", El Mercurio Legal. J. Alvear
- Sentencia Corte Interamericana de DD.HH en el caso de Fecundación In Vitro, El Mercurio. I. Covarrubias, J. Alvear, S. Verdugo, A. Leiva
- Nombramientos INDH, El Mercurio. S. Verdugo (con J.F. García)

5. Otros

- Obtención del grado de doctor en Derecho luego de aprobación de examen de defensa de tesis doctoral, Universidad de Oxford. J. M. Díaz de Valdés
- Publicación de segundo volumen de *Derecho Público Iberoamericano.* Director: J. Alvear
- Integración de Tribunal Doctoral para evaluar candidato a doctor en Derecho, Sebastián López (U. Los Andes). I. Covarrubias
- Nombramiento de miembro del Consejo Editorial del anuario *Sentencias Destacadas,* de Libertad y Desarrollo. S. Verdugo
- Organización y ejecución de segundo día de semana puente. S. Verdugo (junto a profesor R. Campusano)
- Entrega de versión definitiva de tesis doctoral. J Díaz de Valdés
- Estadía como investigadora visitante en el Instituto Max Planck, la Universidad de Heidelberg (Heidelberg, Alemania) y la Universidad Autónoma de Madrid (España). C. Boettiger
- Estadía de investigación en el Instituto Max Planck (Heidelberg, Alemania) y Autónoma de Madrid (España)
- Colaboración actividades de admisión. J. Alvear, I. Covarrubias, N. Enteiche, J. Díaz de Valdés y S. Verdugo

Actualidad Juridica 28.indd 606 10-07-13 18:34

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción

Primer Semestre 2013

Soledad Arcas Acevedo
Coordinadora de Titulación y Minor
Facultad de Derecho - Concepción

Inauguración de la Clínica Jurídica:

El 06 de Marzo pasado se dio inicio a la asignatura de Clínica Jurídica, implementada por primera vez en la malla curricular para los alumnos de tercer año de la Facultad de Derecho de Concepción.

La Clínica Jurídica tiene por finalidad servir de campo clínico para la formación jurídica de los alumnos de la Facultad, a través de la aplicación práctica de sus conocimientos adquiridos en el primer ciclo de estudios y el desarrollo de las habilidades y competencias en nuestros estudiantes en diversos ámbitos, La Clínica buscar también lograr la vinculación con el medio y el ejercicio de la responsabilidad pública, al focalizarse en el ámbito de apoyo al emprendimiento y a los consumidores.

En efecto, uno de los objetivos de la Clínica es la orientación y asesoramiento en las necesidades jurídicas de sus proyectos a emprendedores, micro y pequeños empresarios, Para ello, la Universidad suscribió convenios con Innova Bio Bio; Fundación Trabajo para un Hermano y la Corporación Acción Emprendedora.

Asimismo, la Clínica Jurídica asesora a personas naturales en denuncias por infracción a la Ley del Consumidor, que le han sido derivadas por el Servicio Nacional del Consumidor- Región del Bio Bio, de acuerdo a convenio suscrito con ese Servicio.

A lo anterior se agrega el conocimiento de la realidad de la litigación oral, en especial en los Tribunales de Familia, que adquieren los alumnos a través de un convenio de pasantías suscrito con la Corporación de Asistencia Judicial de la región del Bio Bio.

La Clínica Jurídica que funciona materialmente en dependencias anexas de la Facultad, ha registrado un constante movimiento de clientes usuarios en

Actualidad Juridica 28.indd 607 10-07-13 18:34

las materias a las cuales se encuentra enfocada, pues se trata de un proyecto único al sur de Santiago.

I. Actividad de Admisión

Charla sobre los grandes errores judiciales de la historia en Feria UDD

En el marco de la Primera Jornada Vocacional UDD que tuvo lugar el sábado 25 de mayo, la Facultad de Derecho organizó una interesante charla sobre los grandes errores judiciales de la historia y cómo éstos han influido en el desarrollo del derecho y la justicia. La actividad que estuvo a cargo de la Directora de Carrera, Bárbara Ivanschitz, se complementó con imágenes de algunos de estos casos que han sido llevados al cine y la participación de los alumnos asistentes con preguntas relativas a la solución de estos casos a través del uso de tecleras.

II. Actividades de la Facultad

Bienvenida a nuevos alumnos

Los días 4 y 5 de marzo se llevó a cabo el "Programa Puente" que tiene por objeto que los alumnos que ingresan a primer año de Derecho conozcan más de la carrera y compartan con sus nuevos compañeros.

El inicio del programa, que ya es una tradición en la Universidad del Desarrollo, estuvo a cargo del Decano de la Facultad, Gonzalo Rioseco Martínez, quien dio la bienvenida a los nuevos estudiantes, instándolos a esforzarse al máximo en sus actividades académicas.

Por su parte, la Directora de Carrera, Bárbara Ivanschitz, les informó de los aspectos reglamentarios más relevantes de la carrera y de los servicios de la UDD, tales como el Centro de Apoyo al Desempeño Académico (CADA), Dirección de Asuntos Estudiantiles (DAE) y Biblioteca de la Facultad de Derecho. Además, los alumnos compartieron con algunos egresados, quienes les dieron un testimonio sobre su experiencia de vida universitaria y con el Centro de Alumnos de Derecho.

Durante el segundo día del programa, los estudiantes participaron en distintas dinámicas y talleres grupales, en torno al sello UDD "Responsabilidad Pública", liderados por los docentes de la Facultad, Javier Molina Gómez y Claudia Castillo Franco.

Actualidad Juridica 28.indd 608 10-07-13 18:34

Reunión de Profesores de la Facultad

Con el fin de dar inicio al año académico 2013, el martes 12 de marzo se llevó a cabo la primera reunión de profesores de la carrera.

En la oportunidad, Gonzalo Rioseco Martínez, Decano de la Facultad de Derecho, dio la bienvenida a los nuevos profesores que este año comenzarán a formar parte del cuerpo docente de la carrera. Por su parte, Bárbara Ivanschitz, Directora de Derecho, informó a los presentes sobre los excelentes resultados del proceso de admisión de este año.

Posteriormente, Marcelo Sandoval Zambrano, dio a conocer a los docentes los objetivos y el funcionamiento de la recientemente inaugurada Clínica Jurídica UDD. La profesora María José Menchaca les habló a los asistentes sobre las nuevas tecnologías para la enseñanza que está implementando nuestra Universidad y los invitó a sumarse a ellas.

Finalmente la Coordinadora de Extensión y Formación Continua, Gina Samith, informó acerca de las numerosas actividades de extensión que se desarrollaron el año pasado para alumnos de Derecho y cursos de formación continua para toda la comunidad, así como de la participación de nuestros docentes en programas de televisión y notas en los diarios sobre temas de actualidad, instándolos a seguir participando activamente en ellas.

Presidenta del Colegio de Abogados de Chile inauguró el año académico de la Facultad de Derecho en Concepción

El viernes 22 de marzo, con más de 120 alumnos, docentes y la presencia de autoridades de la Región, la Facultad de Derecho inauguró su año académico 2013. En la ocasión, el Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, Decano de la Facultad, dio cuenta de la gestión académica del año 2012 y planteó los desafíos para el presente año. Posteriormente, la Señora Olga Feliú Segovia, Presidenta del Colegio de Abogados de Chile, dictó una interesante clase magistral, titulada "Campos de la Abogacía".

Durante la ceremonia, se llevó a cabo la premiación de los alumnos que participaron en el Concurso de Ensayos Jurídicos. El premio al Mejor Ensayo Jurídico recayó en manos del alumno Rodrigo Campos Martínez, con el tema "El riesgo de las drogas, un problema con diversos factores: perspectivas para el consumo de drogas en Chile".

El acto finalizó con la entrega del premio "Decano Eduardo Fernández Florez", al mejor egresado de su promoción en reconocimiento a su excelencia académica durante los cinco años de estudio de pregrado; distinción que en esta oportunidad recayó en el alumno Giovani Péndola Belmar.

Actualidad Juridica 28.indd 609 10-07-13 18:34

Ceremonia de Premiación año académico 2012

Los alumnos que obtuvieron el mejor rendimiento académico de su promoción y el mejor profesor de la Facultad de Derecho fueron reconocidos en la Ceremonia de Premiación del año académico 2012, que tuvo lugar el martes 23 de abril, en el Centro de Eventos Suractivo.

En esta oportunidad, el premio a la Excelencia Académica recayó en los alumnos Javier Martínez Sandoval, Aneta Weinfurtova, Francisca Arriagada Arroyo, Martin Briceño Kannegiesser y Giovani Péndola Belmar, de primero a quinto año respectivamente.

En la misma ceremonia, fue homenajeado como el Mejor Profesor de la Facultad, la señora Florencia Mosso Corral, docente de Teoría del Derecho I y coordinadora académica de la carrera, por su excelente desempeño académico. Además, recibieron un reconocimiento los profesores Eduardo Andrades Rivas, como mejor docente de la carrera de Ciencia Política y Políticas Públicas y Javier Molina Gómez, como mejor docente del curso sello de Responsabilidad Pública.

Cena de egresados de Derecho

Como ya es tradición, la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo realizó una cena en el Club Concepción el jueves 9 de mayo, con motivo de conmemorar el importante logro de los 45 alumnos que finalizaron con éxito sus estudios el año 2012.

Al evento concurrieron el Decano de la Facultad, Gonzalo Rioseco Martínez, la Directora de Carrera, Bárbara Ivanschitz B. y un grupo de profesores, quienes compartieron el grato momento con los egresados y los incentivaron a seguir adelante en su proceso de licenciatura.

Por otra parte, los alumnos fueron despedidos por el profesor titular de la cátedra de Derecho Procesal, Patricio Gómez Eriz, quien junto con desearles el mayor de los éxitos en la importante etapa que hoy comienzan les recordó el valor y la importancia del estudio constante y permanente de nuestra disciplina.

Profesor de la Facultad de Derecho dicta clases en cursos de Postgrado de la Universidad CEU San Pablo

En el mes de enero del presente año, Renzo Munita, Becario de nuestra Facultad, fue invitado por la Universidad CEU San Pablo, sede Madrid.

Durante su estadía realizó una pasantía de investigación en el marco de su tesis de Doctorado en Derecho Privado que desarrolla en la Universidad de Grenoble,

Actualidad Juridica 28.indd 610 10-07-13 18:34

sobre el tema "La Responsabilidad Civil vinculada a las innovaciones científicas y tecnológicas" y dictó dos clases de Máster, enmarcadas en el Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales, donde analizó los temas "Chile en el contexto internacional actual" y "Relaciones Internacionales Unión Europea-Chile".

Por otro lado, el profesor Munita aprovechó la instancia para reunirse con destacados docentes españoles en el área del Derecho Civil y de la Responsabilidad, tales como, los profesores Mariano Yzquiero T., Jesús Fernández D. y Pedro Robles.

Profesor de Derecho Administrativo implementó el uso de tecleras

La carrera de Derecho ha sido la primera en implementar el uso de tecleras durante sus clases. El desafío fue asumido por el profesor Günther Momberg, quien incorporó esta novedosa estrategia en la asignatura de Derecho Administrativo, apoyado por la profesora María José Menchaca, tutora del Programa de Innovaciones Metodológicas de la carrera de Derecho. Los alumnos fueron gratamente sorprendidos con esta nueva forma de desarrollar las clases y su precepción fue sumamente positiva.

El uso de tecleras para la instrucción entre pares es una innovación metodológica promovida por la Universidad del Desarrollo, a través del Centro de Desarrollo de la Docencia. Ella consiste en la aplicación de tecnologías para facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje. Para su implementación se han adquirido los equipos y softwares correspondientes y se ha trabajado intensamente en la capacitación de administrativos y docentes.

Actividad académica organizada por el Centro de Alumnos

El Centro de Alumnos de la carrera de Derecho tiene un amplio programa de actividades para realizar a lo largo del año que pretenden integrar a las distintas promociones de nuestra Facultad.

En relación a esto y siendo una de las primeras actividades llevabas a cabo, el pasado miércoles 03 de abril se presentó la ponencia "Algunas notas sobre los Torts en el Common Law, aspectos histórico-jurídicos comunes y la vinculación con el Derecho Romano", a cargo del Consejero de la Vocalía Académica del Centro de Alumnos y alumno de 5° año, Rodrigo Campos Martínez.

En la oportunidad, se expuso la ponencia galardonada con el primer lugar en el Segundo Encuentro Estudiantil de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile el año pasado y la tesina de pregrado, que obtuvo nota máxima en el curso de Metodología de la Investigación Jurídica, ambas de autoría del ponente.

Actualidad Juridica 28.indd 611 10-07-13 18:34

La actividad estuvo dirigida a todos los alumnos de la carrera de Derecho y se llevó a cabo en la Sala de Litigación Oral de nuestra Facultad.

Seminario de Liderazgo en Cajón del Maipo

Un total de 37 de alumnos de primer año que obtuvieron la Beca Líder participaron en el Seminario de Liderazgo que cada año organiza la Dirección de Asuntos Estudiantiles en el Cajón del Maipo.

La actividad se llevó a cabo los días 10 y 11 de abril y representando a la Facultad de Derecho asistieron los alumnos Zoe Kuhn Schlicht, Nicolás Vidal Aravena, Emilio Cerda Fierro, Milton Mendoza Ferrufino, Carla Durán Veas, Elena Ávalos Arriagada y Felipe Hargreaves Cifuentes. Además, participaron como monitores los alumnos de quinto año Matías Osses Muñoz y Mario Sabag Vidal.

Liderazgo, trabajo en equipo, compañerismo y camaradería son algunas de las competencias que profundizaron los estudiantes en los dos días que estuvieron en medio de un entorno privilegiado, entre los cerros de la zona cordillerana, próxima a Santiago.

III. Actividades de Extensión y Educación Continua

Charla "Las relaciones de Derecho y la Moral: Los desafíos actuales"

Con la Charla "Las relaciones de Derecho y la Moral: Los desafíos actuales" realizada el jueves 14 de marzo, se dio inicio al Ciclo de Charlas para estudiantes programadas para el año 2013 dentro de las actividades de Extensión de la Facultad de Derecho.

Esta interesante exposición estuvo a cargo del catedrático Sr. Enrique López Bourasseau, profesor de Evolución de las Instituciones Jurídicas y Derecho Constitucional de nuestra Facultad. En la ocasión se analizaron diversos temas en que la moral y derecho se conjugan y presentan grandes desafíos; tales como la eutanasia, el arrendamiento de útero y otros actualmente vigentes en otras legislaciones.

Seminario "Nueva Institucionalidad Ambiental"

Para entregar conocimientos legales y prácticos de la institucionalidad ambiental vigente, la Facultad de Derecho organizó el seminario "Nueva Institucionalidad Ambiental", orientado a empresarios, ejecutivos, abogados y a todos los profesionales vinculados a los sectores productivos, institucional y del medio ambiente.

Actualidad Juridica 28.indd 612 10-07-13 18:34

Los invitados a desarrollar esta temática fueron el abogado Bolívar Ruiz, director del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de la Región del Bío Bío; y la abogada Paulina Riquelme.

La actividad se inició con la exposición de la abogada Paulina Riquelme, quien se refirió al contexto de la reforma, posteriormente hizo un análisis de la nueva institucionalidad ambiental, el marco de fiscalización y sanción ambiental, y la nueva justicia ambiental.

Por su parte, el director Regional del SEA, Bolívar Ruiz, realizó una exposición sobre la evaluación ambiental de proyectos, en la que además se revisaron diversos casos prácticos.

Ciclo de Charlas de Derecho Civil

El 09 de abril, se dio inicio al Ciclo de Charlas de Derecho Civil, programadas durante el primer semestre por nuestra Facultad y dirigida a estudiantes de distintas Facultades de Derecho de la Región. En la primera charla el profesor Sr. Andrés Kuncar Oneto, expuso sobre "El principio de la conservación del contrato".

La segunda charla tuvo lugar el 23 de abril, a cargo del profesor Sr. Bruno Caprile Biermann, quien abordó el tema "Visión sinóptica de fallos recientes en materia de responsabilidad civil (Antuco, Tsunami y otros)". El 14 de mayo, se llevó a cabo la tercera charla, a cargo del profesor Sr. Cristian Fernández Lama, quien trató el tema "El Derecho de Autor y los regímenes matrimoniales".

Finalmente, el 28 de mayo expuso el profesor Sr. Ramón Domínguez Águila, quien se refirió a los "Aspectos civiles del recurso de casación".

Luego de cada exposición se dio inicio a una ronda de preguntas del público asistente a los expositores, lo que permitió aclarar dudas y profundizar algunas materias.

Taller "Redacción de escritos fundamentales"

El jueves 30 de mayo se llevo a cabo el Taller de Redacción de escritos fundamentales, organizado por la Facultad de Derecho en Concepción, a cargo del profesor de Derecho Procesal, Javier Molina Gómez. La actividad estuvo dirigida a estudiantes y egresados de las distintas Facultades de Derecho de la Región y tuvo por objeto entregar a los asistentes las herramientas necesarias para redactar algunas presentaciones judiciales que requieren mayor elaboración, tales como demandas, contestaciones y recurso de reposición.

Actualidad Juridica 28.indd 613 10-07-13 18:34

Seminario "Ley derechos y deberes de los pacientes y su impacto en la actividad médico-sanitaria".

El miércoles 20 de junio, la Facultad de Derecho, dentro de sus programas de Educación Continua, realizó un seminario denominado "*Ley Derechos y Deberes de los pacientes y su impacto en la actividad médico-sanitaria*", que contó con la asistencia de médicos, odontólogos, enfermeras, matronas, kinesiólogos, abogados y demás profesionales relacionados al área de la salud, Instituciones de la Salud, estudiantes y público en general.

La actividad que tuvo por objeto hace un análisis del estatuto legal que rige las prestaciones médicos-sanitarias, estuvo a cargo de los abogados y profesores de la Facultad, Sr. Ramón Domínguez Águila y Sr. Andrés Kuncar Oneto.

El primero se refirió al marco de aplicación de la ley, explicó la situación de los incapaces y los discapacitados y expuso sobre los derechos de los pacientes, analizando el derecho de información y el consentimiento informado.

Por su parte, el profesor Kuncar, en relación a los derechos de los pacientes abordó el derecho de seguridad, el derecho a un trato digno, la ficha clínica y la investigación científica. Posteriormente hizo un análisis de los deberes de los pacientes y por último se refirió a los conflictos y a la fiscalización administrativa.

Columnas de Opinión

Nuestros docentes analizaron diversos temas académicos y de contingencia:

- "Renovación del Tribunal Constitucional y opinión pública". Diario El Sur (18 marzo 2013). Tania Busch Venthur.
- "Ministros del Tribunal Constitucional". Diario El Sur (3 abril 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "Universitarios: Entre la denuncia y el compromiso". Diario El Sur (20 abril 2013). Gonzalo Rioseco Martínez.
- "De liderazgos, localismos y tonterías". Diario de Concepción (9 enero 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "De ediles y privilegios". Diario de Concepción (16 enero 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "Cortes, ilusión y derechos". Diario de Concepción (23 enero 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "De vacaciones, clases y latas". Diario de Concepción" (27 febrero 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "Consumidores, multas y multitiendas". Diario de Concepción (6 marzo 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "El monopolio no es bakán". Diario de Concepción (14 marzo 2013). Eduardo Andrades Rivas.

Actualidad Juridica 28.indd 614 10-07-13 18:34

- "De óperas y operetas". Diario de Concepción (21 marzo 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "De controles y jueces". Diario de Concepción (28 marzo 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "De niños, píldoras y disparates". Diario de Concepción (4 abril 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "De plagios y acusaciones". Diario de Concepción (11 abril 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "De modales y envilecimiento". Diario de Concepción (18 abril 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "Rabia, gritos y estallidos". Diario de Concepción (25 abril 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "¿Por las buenas o por las malas?". Diario de Concepción (2 mayo 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "Malditas mentiras". Diario de Concepción (9 mayo 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "Profecías cumplidas". Diario de Concepción (16 mayo 2013). Eduardo Andrades Rivas.
- "De pereza, evasión y sacrificio". Diario de Concepción (23 mayo 2013). Eduardo Andrades Rivas.

IV. Programas de Postgrado de la Facultad

El 12 de abril de 2013 se dio inicio al décimo séptimo año académico de los Programas de Postgrados de la Facultad de Derecho de Concepción que culmina el 6 de diciembre del presente año.

El Magíster en Derecho de la Empresa junto a su formato tradicional, conserva para este año 2013 la posibilidad de optar a alguna de las dos menciones impartidas desde el 2011, es decir, en derecho laboral o derecho tributario, según sean las necesidades de cada postulante, reforzando así el carácter profesional de nuestro programa.
Conjuntamente se iniciaron las clases de los programas de Postítulo, que para este año mantiene la variada oferta que nos caracteriza, impartiéndose postítulos en Asesoría Jurídica de la Empresa, Legislación Laboral y Legislación Tributaria. Asimismo se imparten Diplomados y cursos de perfeccionamiento jurídico en el área de Derecho de la Empresa.

En suma, para este año 2013 hemos mantenido nuestra propuesta académica, satisfaciendo así la necesidad de los profesionales de la región y el sur de Chile, manteniéndonos a la vanguardia en materia de postgrados y reafirmando el prestigio de nuestros programas.

Actualidad Juridica 28.indd 615 10-07-13 18:34

Libros, resúmenes y recensiones

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Jurídica 28.indd 617 10-07-13 18:34

"Derecho Público Iberoamericano", Año I, N° 2

(2013) De **varios autores** (Director Julio Alvear)
Centro de Justicia Constitucional,
Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo

Sergio Verdugo R.
Profesor de Derecho Constitucional
Investigador, Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho,Universidad del Desarrollo

En este segundo número de la revista "Derecho Público Iberoamericano", se presentan doce trabajos. Cuatro corresponden a estudios sobre jurisdicción constitucional y administrativa, uno sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos, uno sobre el vínculo entre la tolerancia y las políticas de rescate financiero en la Unión Europea y uno sobre sistemas comparados en materia de asistencia religiosa en las FF.AA. A ellos se suman dos ensayos sobre el debate constitucional actual. El primero de ellos revisa los aportes de la Constitución de 1980 a la institucionalidad chilena, y el segundo evalúa críticamente la idea de la asamblea constituyente.

Además, la revista presenta tres comentarios de jurisprudencia. El primero estudia la sentencia de la Corte Interamericana ("Corte IDH") que condena a Costa Rica por su decisión respecto a la fecundación in vitro; el segundo sintetiza un grupo de sentencias sobre inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, y el tercero trata sobre un conocido caso de colusión de las farmacias. Finalmente, la revista incorpora dos recensiones.

Lo primero que llama la atención de este nuevo número, es la diversidad de los autores que escriben en él. Dejando fuera las recensiones, sólo un autor pertenece a la universidad que edita el libro, cuestión que denota el esfuerzo por abrir la revista a la comunidad académica nacional e internacional. Por otro lado, esta diversidad en los autores refleja el interés de profesores externos a la universidad editora, por publicar en esta revista. Ello, sin duda, es la mejor forma de acreditar el impacto que esta revista está generando. Del resto de los autores, doce se vinculan con universidades diversas, de los cuales tres son extranjeros.

Lo segundo que llama la atención de este número, es que fue capaz de vincular la excelencia académica en su contenido, con la actualidad de la discusión

Actualidad Juridica 28.indd 619 10-07-13 18:34

político-jurídica. En efecto, no sólo se encuentran estudios, ensayos y comentarios de mucha actualidad, sino que también la mayoría de ellos denotan una profunda reflexión. La combinación de ambas cosas (profundidad y actualidad) no es una tarea fácil, ya que no siempre se pueden encontrar especialistas que dirijan investigaciones de largo o mediano plazo que sean de tanto interés para la coyuntura.

Dentro de estos trabajos (y sin desmerecer al resto), me parece que cabe destacar el esfuerzo de Álvaro Paúl, quien comentó una sentencia de la Corte IDH relativa al caso de la fecundación in vitro. No sólo se trata de un tema de enorme actualidad e importancia para cuestiones elementales como el concepto de persona y la manera en que diferentes derechos fundamentales se relacionan y contradicen, sino que también se vincula con la línea de investigación que el autor ha venido desarrollando en torno a la Corte IDH. El examen de jurisprudencia va mucho más allá del caso, y persigue mostrar las deficiencias prácticas y de diseño que hoy se observan en el sistema interamericano de protección de DD.HH.

También en la línea de conflictos bioéticos, destaca el artículo de María Magdalena Widow, quien se cuestiona si el derecho a rechazar tratamientos médicos de la nueva "Ley de Derechos de los Pacientes" implica aceptar la doctrina que sostiene que la vida propia es disponible, con todas las consecuencias filosóficas y jurídicas que ello significa.

Otro trabajo que resulta un buen ejemplo de la combinación entre rigurosidad académica y actualidad, es el del profesor argentino Carlos Martínez, quien realiza una crítica metodológica a la disciplina del análisis económico del Derecho en su intento por explicar la función judicial. Si bien se trata de una crítica que se ha dado en otras latitudes, ella es original entre nosotros y es un aporte importante debido a la acuciosa revisión de fuentes. Aunque no comparto una parte importante de sus conclusiones y creo que ellas debieran reducirse a una parte específica del análisis económico del Derecho (especialmente en la versión de Posner), debe advertirse que la rigurosidad y originalidad del artículo son un aporte importante a la literatura nacional.

Y si de originalidad se trata, resulta muy interesante el trabajo del decano Pablo Rodríguez, quien cuestiona la distinción entre control abstracto y concreto en la práctica del Tribunal Constitucional chileno. Esta distinción ha causado muchos problemas en la jurisprudencia de este tribunal, por lo que su cuestionamiento será, seguramente, bienvenido por los constitucionalistas.

Todos los trabajos citados, además de aportar en sus respectivas áreas, son muy provocadores. Probablemente, las ideas que presentan serán controvertidas por académicos diversos, ya que los temas son problemáticos desde una

Actualidad Juridica 28.indd 620 10-07-13 18:34

perspectiva jurídica y, a veces, discutibles desde una aproximación moral. Por ello, el lector de este tomo de la revista no sólo se llevará artículos de buena calidad académica, sino que también encontrará respuestas precisas y directas frente a materias complejas y discutibles, cuestión que siempre se agradece.

En esta línea de trabajos provocadores, cabe citar los ensayos que se presentan. Ambos se insertan con mucha actualidad en la discusión constitucional que este año 2013 ha estado más vigente que nunca en nuestro país. El primero de ellos, de Jorge Van de Wyngard, defiende los principales aportes de la Constitución de 1980; y el segundo, de Gonzalo Rojas, desafía la idea de desarrollar una asamblea constituyente hoy. Ambos ensayos son provocadores y se insertan dentro de un debate de muchísimo interés general. Sin perjuicio de que en esta materia, pudiera criticarse la ausencia de trabajos que presenten ideas contrarias (lamentablemente los exponentes de esas ideas no enviaron trabajos para ser arbitrados), siempre será útil encontrar documentos que tengan ideas tan directas y de fuerte carga doctrinaria frente a discusiones tan plurales.

En mi opinión, creo que este número de la revista contiene diversos trabajos que vale la pena leer. Los académicos estarán contentos de encontrar ideas originales que muy probablemente serán citadas; los abogados se encontrarán con opiniones novedosas frente a debates jurídicos de gran interés; y el público general encontrará que en la revista se abordan varios problemas que notoriamente exceden al interés jurídico y pertenecen al debate público actual.

Actualidad Juridica 28.indd 621 10-07-13 18:34

Índice Revista Ius Publicum N°30/2012
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

ESTUDIOS

Camilo Tale: *La justicia distributiva*
Jeronimo Molina Cano: *Diego Saavedra Fajardo, realista político. Una invitación a los estudios saavedrianos en Chile.*
Sergio Raul Castaño: *Gobierno del pueblo y legitimidad democrática. Diálogo crítico sobre ciertas ideas dominantes.*
Miguel Ayuso: *Más allá de Cádiz.*
Jorge H. Sarmiento Garcia. *Algo sobre el neomarxismo.*
Maria Esther Gomez De Pedro: *La vivencia de la comunidad en el acompañamiento personal.*
Gabriel Bocksang Hola: *El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público.*
Eduardo Soto Kloss: *La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente.*
Domingo Valdes Prieto: *Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia.*
Eugenio Perez De Francisco: *¿la encrucijada iraní? o ¿es la encrucijada de Occidente?*

CRONICA

Reflexiones tomistas: Esther Gomez, Gonzalo Letelier.

DOCUMENTOS

S.S. BENEDICTO XVI: *Audiencias generales- Discurso a los participantes en la plenaria del Consejo Pontificio Justicia y Paz - Artículo para el periódico británico "Financial Times"- Discurso a la Curia Romana con motivo de las felicitaciones de Navidad - Homilía Solemnidad de la Natividad del Señor. Misa de Nochebuena - Última Audiencia general.* **CARDENAL JORGE MEDINA ESTEVEZ**: *Desnaturalizaciones de la fe.* **MONSENOR LUIGI NEGRI**: *La presencia diabólica en la mentalidad contemporánea*. **SAMUELE CECOTTI**: *El deber fiscal según la doctrina católica (Trad. Beatriz Reyes Oribe de Castaño)*. **HERMOGENES PEREZ DE ARCE:** *¿Quien fue Atilio Zambrano?*

Actualidad Juridica 28.indd 623 10-07-13 18:34

ACTUALIDADES

I. Cuando la prepotencia se viste de derecho
II. Lo sagrado, he ahí el enemigo

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS
RECENSIONES

C. E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo General (Eduardo Soto Kloss)*
AA. VV., *La Contraloría General de la República, 50, 75 y 85 años de vida institucional. 3 volúmenes (Eduardo Soto Kloss)*
JARY LETICIA MENDEZ MADDALENO, *La Constitución como proceso político (Eugenio Pérez de Francisco)*

RESEÑA DE LIBROS, RESEÑA DE REVISTAS, EDICIONES IUS PUBLICUM

Actualidad Juridica 28.indd 624 10-07-13 18:34