ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XV, N° 29 – Enero 2014

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Juridica 29 final.indd 1 21-01-14 11:45

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 29 final.indd 2 21-01-14 11:45

Índice de contenidos

- **Presentación** 7

I. Homenaje al profesor Enrique Tapia Witting

- **Enrique Tapia Witting** 11

II. Tema Central I: *Destino del recurso de casación y función de la Corte Suprema*

- **Abolición del recurso de casación.** P. Rodríguez G. 15
- **En defensa de la casación** M. Rojas S. 25
- **Recurso extraordinario y precedente** J. P. Silva P. 43
- **Reforma Procesal Civil y los trasplantes jurídicos** A. Romero S. 55
- **La eliminación de la casación civil: marchando contra los tiempos. (Una propuesta de conciliación)** R. Tavolari O. 83

III. Tema Central II: *Hacia una nueva Constitución. ¿Por la vía institucional o fuera de ella?*

- **El constitucionalismo como mitología política. Consideraciones a propósito de la propuesta de "Nueva Constitución de Michelle Bachelet.** J. Alverar T. 101
- **Reflexiones sobre una eventual Asamblea Constituyente.** J. M. Díaz de Valdés J. 127
- **¿Puede la dignidad humana ser un principio comúnmente compartido en materia de adjudicación constitucional?** I. Covarrubias C. 147

IV. Ensayos y estudios

- **¿Puede hablarse de un derecho del consumidor? Primera parte.** P. Rodríguez G. 169
- **El poder de los Estados soberanos y el derecho de las inversiones Internacionales.** C. Hecker P. 209
- **Acerca de las sanciones administrativas en Chile.** N. Enteiche R. 229
- **Cambio climático y migraciones: Desafíos para el derecho y las políticas públicas.** R. F. Campusano D. 239
- **La inadmisibilidad probatoria en el procedimiento general de reclamaciones. Algunos alcances de la jurisprudencia emanada de los Tribunales Tributarios y Aduaneros** J. González O. 255

Actualidad Juridica 29 final.indd 3 21-01-14 11:45

- **La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria.** C. Boettiger P. 291
- **Algunas consideraciones sobre la autonomía del Derecho Aeronáutico.** S. Cea C. - P. Morales C. 305
- **Notas sobre la evolución histórica del Derecho Bizantino.** E. Andrades R. 335
- **La destrucción y el deterioro culpable de la especie o cuerpo cierto debido como una hipótesis de incumplimiento y la procedencia de la resolución del contrato.** E. Bécar L. 387
- **Porte de arma de fuego convencional por personal de instituciones armadas fuera del servicio.** R. Vera L. 431
- **Consideraciones sobre el efecto social de la innovación científica y algunas de sus consecuencias en la responsabilidad civil.** R. Munita M. ... 449
- **Obras pías. Capellanías y vinculaciones.** H. Oberg Y. 483

V. Tercer Congreso Nacional de Ayudantes

- **Presentación** 491
- **Pugna de derechos por el uso de medios tecnológicos: el supuesto carácter de información pública de los correos electrónicos y la inviolabilidad de correspondencia.** G. Cuevas G. 493
- **Redes sociales e Internet: ¿Una nueva forma de hacer campaña electoral?** M. Lagos E. 511
- **El acceso a la información pública y su proceso *on line*.** M. Rodríguez P. ... 531
- **Tratamiento de la evidencia contenida en soportes informáticos como prueba en el proceso penal.** V. Santelices) 539
- **Delitos informáticos y la Ley 19.223.** (C. Espinoza C.) 553
- **Protección penal de la privacidad. Artículos 161-A y 161-B del Código Penal.** B. Maturana P. 567
- **La marca ¿Un *ius prohibendi* o un verdadero derecho de dominio? Análisis de las sentencias de empaquetado genérico o *plain packaging*** N. Galli B. 579
- **Las técnicas de reproducción humana asistida y su falta de regulación a causa del anacronismo de la legislación chilena.** A. Cereceda M. 601
- **Documento electrónico, firma electrónica y formación del consentimiento por medios tecnológicos.** I. Warnier R. 613
- **Ley 20.659: La fe pública en entredicho por las nuevas tecnologías** S. Aguayo R. 633
- **La publicidad comercial sobre soporte digital. Internet y otras tecnologías como plataformas de la publicidad comercial.** F. Musso G. ... 649
- **La tecnología – Posibles medios de vulneración de derechos fundamentales.** M. Espina L. 667
- **"Entre las butacas y el telón": Rol contribuyente-colaborador del ayudante en el uso de TIC como herramienta metodológica de enseñanza.** C. Godoy P. 683
- **Nuevas tecnologías aplicadas a la docencia del Derecho.** S. Mattatall T. ... 693
- **El mundo no necesita más economistas ni tecnología sin filósofos y humanidad.** W. Hempel M. 707

Actualidad Juridica 29 final.indd 4 21-01-14 11:45

VI. Actividades de las facultades

- **Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago.** T. Siles D. 719
- **Actividades de la Facultad de Derecho, sede Concepción** S. Arcas A. 741

VII. Libros, resúmenes y recensiones

- ***Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?* de José Francisco García G. y Sergio Verdugo R.** A. Leiva L. 755
- **Presentación del libro *La vida privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada* de Ignacio Covarrubias Cuevas,** con presentación del profesor R. Figueroa G. 761
- ***La vida privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada,* de Ignacio Covarrubias Cuevas** S. Verdugo R. 769
- **Índice *Revista de Derecho Público Iberoamericano* – UDD N°3, octubre de 2013**. 773
- **Índice *Ius Publicum* N°31/2013** 775

VII. Índice general de la revista *Actualidad Jurídica*. Facultades de Derecho. Universidad del Desarrollo Concepción-Santiago. Números 1 (2000) a 28 (2013) 779

Actualidad Juridica 29 final.indd 5 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 6 21-01-14 11:45

Presentación

La edición vigésimo novena de *Actualidad Jurídica* ha escogido dos temas centrales diversos, habida consideración que sobre ellos parece concentrarse de preferencia el debate jurídico nacional en este momento. Se trata de las consecuencias que se plantean ante el postulado de una nueva Constitución llamada sustituir la de 1980, y sobre el rol que corresponde a la Corte Suprema en el contexto del proyecto de Código Procesal Civil en discusión parlamentaria.

La campaña presidencial, recién terminada, colocó la aspiración de reformar integralmente la Constitución como el anhelo más sentido de una de las corrientes en disputa. A primera vista, no hay duda sobre que la ciudadanía tiene escasos conocimientos cívicos –cuestión que reflejan todas las encuestas e investigaciones sobre la materia–, de modo que malamente podrá decidir sobre la conveniencia de intentar una medida de esta naturaleza. Con un claro sesgo ideológico, la movilización política puso acento en la decisión de convocar a una Asamblea Constituyente, incluso ofreciendo fórmulas para instalarla al margen de la institucionalidad vigente, recurriendo a "resquicios" de muy triste memoria entre nosotros. De aquí que la primera cuestión que debe abordarse radica en asumir una ineludible alternativa: o hacer la reforma por la vía constitucional o fuera de ella, con todo lo que esto último implica. Salvado este escollo y en el supuesto –que parece ser la opción que se ha escogido– de que la modificación se ajuste a las normas contenidas en la misma Constitución (Capítulo 15), comenzará un período en extremo conflictivo, ya que ninguno de los bloques políticos cuenta con una representación parlamentaria que por sí sola permita reunir dos tercios o tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio, quórum que se requiere para aprobar una modificación de este orden según el capítulo en que incide. Ciertamente esta exigencia desatará una virulenta confrontación política y, muy probablemente, un desorden en los grupos partidistas como consecuencia de la presión que se ejercerá sobre los diputados y senadores indecisos o más sensibles al bullicio populista. Nada bueno podremos ganar los chilenos con esta experiencia.

Hemos creído importante, en este contexto histórico, convocar a un grupo de profesores, a fin de que analicen los aspectos jurídicos de una eventual reforma constitucional, así como la instalación de una asamblea constituyente, cuya tarea debería culminar en un acto plebiscitario que la Carta Fundamental vigente no considera. No faltan quienes objetan la legitimidad de la Constitución de 1980, atribuyendo al plebiscito aprobatorio vicios e irregularidades insanables. Sin embargo, no se considera el plebiscito de 1989, en el cual intervinieron todas

Actualidad Juridica 29 final.indd 7 21-01-14 11:45

las fuerzas políticas reconocidas y en que se aprobaron importantes cambios a la Carta Fundamental. Tampoco se atiende a la circunstancia de que la Constitución de 1925, para muchos paradigma del espíritu democrático, se aprobó con apenas el 45,37% del padrón electoral (134.421 votos).

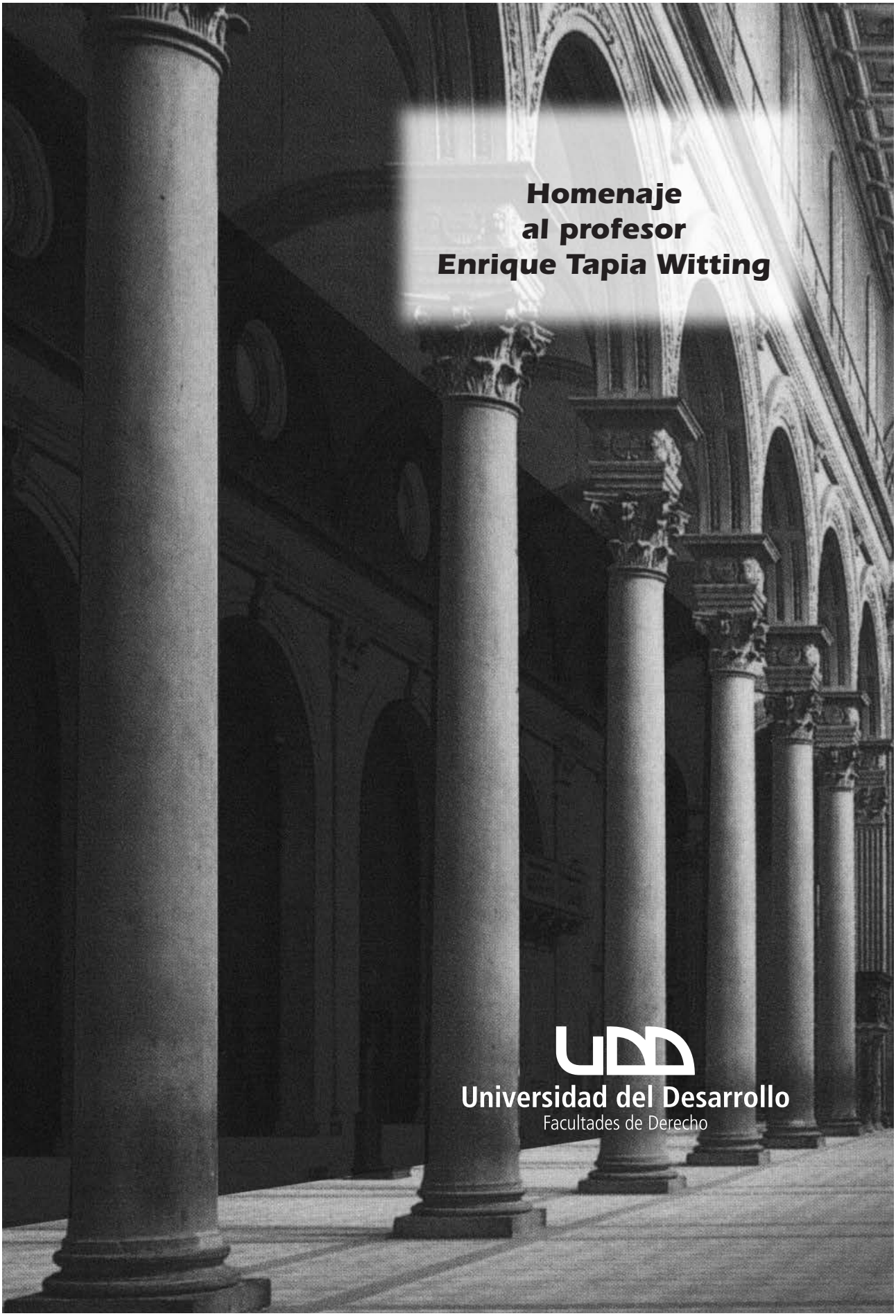
Íntimamente ligado al tema anterior debe considerarse el rol que cabe a la Corte Suprema, hasta hoy tribunal de casación, en el contexto del proyecto de Código Procesal Civil. Las opiniones se encuentra radicalmente divididas sobre este particular, ya que un grupo de profesores recomienda limitar su competencia al conocimiento de un recurso de "unificación de jurisprudencia", fundado en un hipotético "interés general"; en tanto que otros son partidarios de mantener el carácter que la ley asigna y cumple la Corte Suprema en este momento. No exageramos al decir que el destino de la judicatura está estrechamente asociado a esta decisión, ya que ella repercutirá en todas las gradas de la estructura judicial. Es por esto que estimamos indispensable mantener vivo un debate que contribuya a enriquecer el estudio de las potestades legislativas sobre el alcance, contenido y trascendencia de esta reforma. Atentos a este propósito, hemos convocado a quienes han manifestado mayor preocupación por el tema.

Varios otros trabajos complementan esta edición, abordando temas como el poder de los Estados soberanos y el derecho de las inversiones extranjeras; sobre la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones y castigos administrativos; el cambio climático y las migraciones como desafío para el derecho y las políticas públicas; la autonomía del derecho aeronáutico; el efecto social de la innovación científica y algunas de sus consecuencias en la responsabilidad civil; sobre la existencia de un derecho del consumidor como rama autónoma de la ciencia jurídica; etcétera.

Se incorporaron a esta edición, además, varios trabajos (ponencias) presentados y debatidos en el "Tercer Congreso Nacional de Ayudantes", organizado por nuestra Facultad los primeros días del mes de octubre pasado. Queremos, por este medio, premiar y estimular a sus autores y celebrar el entusiasmo con que defendieron sus ponencias. Es para nuestra Facultad motivo de legítima satisfacción observar cómo el cuerpo de ayudantes se suma a las tareas docentes y de investigación.

EL DIRECTOR

Actualidad Juridica 29 final.indd 8 21-01-14 11:45



Actualidad Juridica 29 final.indd 9 21-01-14 11:45

Enrique Tapia Witting
(1933-2013)

Enrique Tapia Witting

Honda consternación causó en nuestra Facultad el fallecimiento, el día 14 de octubre de 2013, de don Enrique Tapia Witting, profesor de Derecho Procesal en estas aulas durante varios años. Su bondad, caballerosidad y cooperación en las tareas docentes lo convirtieron en uno de los académicos más apreciados por sus colegas y por las generaciones que contribuyó a formar. Si algo caracterizaba a este ilustre profesor, fue su sencillez y modestia, que no se alteró ni siquiera al convertirse en la máxima autoridad judicial de nuestro país.

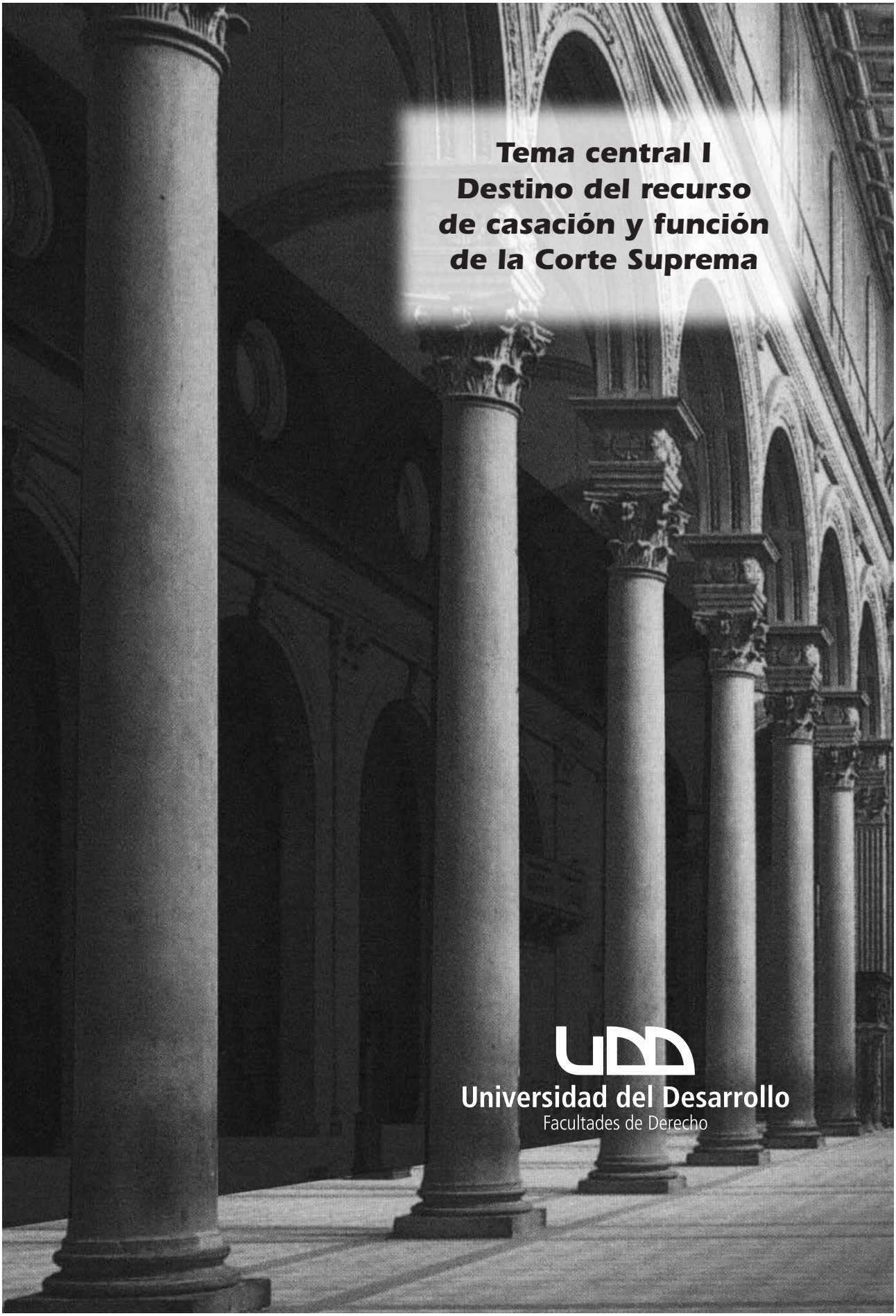
Don Enrique Tapia nació el 11 de enero de 1933 en la Octava Región del Bío-Bío, a la que estuvo siempre ligado. Desde muy joven ingresa al Poder Judicial, siendo designado, en octubre de 1958, Secretario del 2° Juzgado de Letras de Los Ángeles. Posteriormente, se desempeña como relator de la Corte de Apelaciones de Chillán. El año 1966 es nombrado Ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco. Su carrera culmina en diciembre de 1997 al asumir el cargo de Ministro de la Corte Suprema. El año 2006 fue elegido por sus pares presidente del máximo tribunal, cargo que detenta hasta 2008. Como puede apreciarse, don Enrique Tapia realizó una larga carrera judicial, sólo impulsada por sus méritos personales, cumpliendo las tareas más difíciles y demostrando en todas ellas su amplio y generoso espíritu, su gran capacidad y su compromiso inclaudicable con la justicia. En su desempeño académico estuvo siempre ligado a su amigo, también ministro de la Corte Suprema, don Eleodoro Ortiz Sepúlveda. Ambos fueron insignes procesalistas, estudiosos de su disciplina, volcando en sus alumnos su vocación y su rico bagaje intelectual. Don Enrique Tapia, don Eleodoro Ortiz y don Carlos Pecchi, hoy desaparecidos, conformaron un trío inolvidable que elevó la enseñanza del Derecho Procesal y, por lo mismo, la categoría de los abogados que se forman en nuestra Universidad. Curiosamente, estos tres provenían de la Octava Región, a la que volvían con devoción y religiosa regularidad.

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo rinde en esta líneas un homenaje de admiración y respeto a don Enrique Tapia Witting, agradece sus inavaluables servicios académicos y reconoce su bonhomía y sentido humano como una condición superior del alma.

GRACIAS, DON ENRIQUE.

Actualidad Juridica 29 final.indd 11 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 12 21-01-14 11:45



Actualidad Juridica 29 final.indd 13 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 14 21-01-14 11:45

Abolición del recurso de casación

Pablo Rodríguez Grez
Decano
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: La abolición del recurso de casación en el fondo se analiza desde la perspectiva general del proyecto de nuevo Código Procesal Civil. Se describen las razones que aconsejan mantener el actual Código de Procedimiento Civil, introduciendo en él modificaciones trascendentes que hagan posible su actualización. Asimismo, se destaca la influencia de los principios que inspiran el Código Procesal Penal y la inconveniencia de su introducción en el campo de la justicia civil. Lo que se consigna en el articulado del proyecto en actual discusión constituye un cambio en la estructura judicial, en la cual el recurso de casación en el fondo juega un papel fundamental en lo concerniente a la interpretación y aplicación de la ley. El nuevo recurso de "unificación de jurisprudencia" que se propone, fundado en un hipotético y difuso "interés general", provocará el congelamiento de jurisprudencia de la Corte Suprema, dejando ésta de fijar la recta interpretación de la ley. Se destaca y describe, muy especialmente, la importancia de la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país, así como el rol que le cabe en diseño institucional.

*****

I.- Un proyecto inconveniente.

Como es de conocimiento público y se ha comentado en esta misma revista, se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley sobre nuevo Código Procesal Civil, inspirado en un modelo tipo elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y, más remotamente, en un proyecto del año 1945 de que es autor el ilustre procesalista uruguayo Eduardo Couture. Se trata de una materia jurídica difícil de apreciarse por la ciudadanía, la cual debería medirse, preponderantemente, en función de su eficiencia y de una razonable certeza de sus resultados.

El derecho procesal tiene un objetivo práctico. Por lo mismo, nos hallamos ante una disciplina adjetiva, destinada a hacer valer y poner en movimiento el derecho sustantivo. De aquí su importancia vital para el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico. Cuando un sistema procesal hace crisis no sólo se afecta íntegramente la juridicidad, sino que ello redunda en un severo desprestigio del derecho como instrumento de convivencia pacífica. Nada conmueve más a la

Actualidad Juridica 29 final.indd 15 21-01-14 11:45

ciudadanía que la sensación de que sus tribunales no funcionan o de que ellos lo hacen imperfectamente. De aquí el cuidado que debe poner quien ejerce la potestad legislativa a la hora de introducir modificaciones de esta naturaleza.

No es fácil, entonces, sustituir un cuerpo legal de esta especie cuando se ha mantenido vigente por más de un siglo (nuestro Código de Procedimiento Civil data de 1903), ni abrogar instituciones y principios que se han consolidado a través de varias generaciones. Desde luego, existe una vasta jurisprudencia que ha ido definiendo el alcance de cada una de sus normas en miles de procesos, patrimonio que no puede desdeñarse por un afán modernista de muy dudosa legitimidad. Lo anterior debe unirse a un bagaje doctrinario que facilita la aplicación de las normas y que proviene de insignes procesalistas de muy diverso origen e inspiración, que han dejado una huella profunda en el desarrollo de esta disciplina y, por sobre todo, una clara identidad de jueces, abogados y personal administrativo con su operatividad de cada día. Nada de todo esto ha sido debidamente considerado por nuestros legisladores que, hasta donde se sabe, han ido analizando someramente cada uno de los artículos incorporados al proyecto de nuevo Código Procesal Civil, prestándoles su aprobación a instancias de los promotores de la iniciativa.

Es cierto que la cambiante realidad social exige actualizar la legislación, sobre todo en nuestro país, que en los últimos 30 años ha experimentado una trasformación muy notable que poco se refleja en la renovación jurídica. Pero los afanes reformistas, tan en boga en este momento, no deben arrastrarnos a la modificación de las leyes para satisfacer consignas circunstanciales, sin otra justificación de que ellas tienen un origen demasiado antiguo. Bastaría, a este respecto, con pensar en la influencia de cuerpos legales antiquísimos, como las Partidas de Alfonso X el Sabio, que siguen gravitando en juristas y legisladores ilustrados.

II.- Influencia del Código Procesal Penal.

Curiosamente, entre nosotros, la influencia del Código Procesal Penal parece ser el factor que más ha impulsado el anhelo de replicarlo en un Código Procesal Civil que, de este modo, recoja los principios inspiradores del primero. De aquí nace la introducción del principio de "oralidad", la "inmediación", la "concentración", etcétera. Porfiadamente, no quiere repararse en el hecho de que entre el proceso penal y un proceso civil existen diferencias inconciliables que exigen dar a cada uno de ellos un tratamiento diferente, acorde a la naturaleza y alcance del conflicto y a los intereses cautelados.

Hemos sostenido que constituye un error fundamental imponer "el impulso procesal" en materia civil al tribunal, subordinando la actividad de las partes a las actuaciones de aquél, no obstante tratarse de un conflicto entre sujetos

Actualidad Juridica 29 final.indd 16 21-01-14 11:45

privados. Igualmente erróneo es admitir el cumplimiento provisional del fallo antes de que éste se halle ejecutoriado, sin siquiera exigir una caución para asegurar las resultas de los recursos pendientes. La imposición a los jueces de tareas desproporcionadas en audiencias recargadas de decisiones (como la "audiencia de preliminar" del juicio ordinario en la que se impone al juez conocer y resolver CATORCE cuestiones relacionadas con el desarrollo del procedimiento), no hará sino trastrocar el funcionamiento de los tribunales, provocando un caos de proporciones a muy corto plazo. Agréguese a lo anterior la reducción de los plazos para dictar sentencia e, incluso, la anulación del procedimiento si estos no se respetan. Lo que ocurre actualmente en los Tribunales de Familia, puede darnos una pauta de la gravedad de la situación que puede generarse. En ellos resulta imposible a los jueces estudiar con mesura y dedicación cada uno de los procesos que conocen, lo que los ha llevado a sustituir el estudio por decisiones precipitadas que se acomodan a la celeridad que demanda el sistema. Por el camino que describimos se llegará, inevitablemente, a un severo desmejoramiento de la calidad de nuestra Justicia.

Tampoco se ha querido reparar en el hecho de que el antiguo sistema procesal penal fue íntegramente reemplazado porque hizo crisis –cuestión que nadie se ha atrevido a discutir– y por inconsistencias insuperables (como aquella, vigente desde el año 1932, de transformar al juez en conductor de la investigación y en fiscal a cargo de cautelar el interés público). Ni remotamente ocurre lo mismo en materia procesal civil. En esta última, los tribunales sufren un sobrecargo de trabajo, derivado de los llamados "juicios ejecutivos" y del aumento progresivo del ingreso como consecuencia del mejoramiento de la situación económica de la mayor parte de la población. Para aliviar la tarea de los tribunales civiles bastaría con asignar la gestión administrativa de los juicios ejecutivos a una "fiscalía de cobranza" u "oficial de ejecución", materia en que parece existir consenso.

La persistencia en adoptar un nuevo Código de Procedimiento Civil puede arrastrarnos a un colapso que redundará fatalmente en el desprestigio de nuestras instituciones. Para eludir esta crítica, se afirma que en Uruguay un Código semejante ha dado espléndidos resultados, al decir de los especialistas. Sin embargo, no se repara en que ese país pasó de las leyes españolas, vigentes en la Colonia, al nuevo Código, sin que mediara una legislación intermedia (nosotros la tenemos desde 1903). Por otra parte, Uruguay tiene una población de 3.400.000 habitantes (nosotros bordeamos los dieciocho millones). Sólo en Montevideo hay más de 100 juzgados civiles (en Chile hay apenas 224 tribunales civiles y muchos de ellos con competencia en materia de familia, laboral, incluso penal). En otras palabras, se trata de dos realidades incomparables, lo cual reafirma las dudas que exponemos. Tan desmedrada es la situación de la judicatura civil en nuestro país que, en contraste, hay 345 Municipalidades, una en cada Comuna, pero no hay en todas ellas un tribunal civil.

Actualidad Juridica 29 final.indd 17 21-01-14 11:45

Los antecedentes y razonamientos consignados llevaron a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo a proponer una modificación profunda del Código de Procedimiento Civil, pero sin afectar su estructura básica ni sus instituciones fundamentales, hoy plenamente vigentes. Como se dijo, no puede confundirse una crisis estructural con un trastorno por recargo de trabajo, cuestión que, a nuestro parecer, perciben todos quienes actúan ante esta magistratura. Urge, entonces, aliviar a los jueces civiles del peso que representa para ellos abocarse al conocimiento de "juicios" más aparentes que reales, en los cuales predominan gestiones de carácter administrativo, que bien pueden traspasarse a un auxiliar de la administración de justicia, como se propone en nuestro proyecto y en el proyecto oficial. Todavía más, confiar a los jueces civiles la ejecución forzosa de obligaciones incumplidas implica la concesión de subsidios en favor de determinados sectores (grandes bancos, cadenas comerciales, centros financieros, etcétera), en desmedro de quienes ocurren a los tribunales en demanda de justicia para resolver sus conflictos.

III.- Cambio en la estructura judicial.

El proyecto oficial va todavía mucho más lejos. Afecta los cimientos fundamentales de nuestro actual sistema procesal civil. Lo primordial en la estructura judicial desaparece para ser reemplazado por un híbrido que desnaturaliza y minimiza, principalmente, el rol que corresponde a la Corte Suprema. Las funciones de este tribunal marcan, atendido el principio jerárquico en que se inspira todo el sistema, el estilo y sentido de que está dotado el Poder Judicial en su totalidad. No en balde el artículo 82 de la Constitución Política de la República señala que *"La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación".* En la medida que se despoje al Máximo Tribunal de sus atribuciones (tendencia que ha cobrado muchos adeptos en el último tiempo por diversas razones principalmente ideológicas), se coloca a los jueces de segundo grado (Cortes de Apelaciones) por encima de su superior jerárquico, entregando a aquellos la decisión final del asunto controvertido, sin distinguir entre el establecimiento de los hechos y la interpretación y aplicación de la ley, como ocurre en el día de hoy. Lo señalado altera no sólo lo funcional, sino, también, lo orgánico de la potestad jurisdiccional. Por reducidos que sean los casos que llegan a la Corte Suprema en recurso de casación en el fondo (se ha sostenido que correspondería al 0,3% de los juicios, cifra cuya efectividad desconocemos), ello asegura la supremacía de esta Corte en materia tan trascendente como es lo que concierne a la interpretación de la ley, en cuanto mecanismo para su aplicación y, por consiguiente, a la efectiva realización de la garantía constitucional de "igualdad ante la ley".

La judicatura en Chile gira en función de la justicia aplicada a conflictos intersubjetivos (específicos). La Corte Suprema no imparte instrucciones sobre qué

Actualidad Juridica 29 final.indd 18 21-01-14 11:45

alcance debe darse a la ley ni a la forma en que ella debe aplicarse. Su función unificadora de la interpretación (en cuanto procedimiento para aplicar la norma) se alcanza a través de la revisión de las diversas sentencias pronunciadas en asuntos que llegan a su conocimiento por la interposición del recurso de casación en el fondo. En otras palabras, de la solución de casos particulares pueden extraerse las tendencias generales que informan la recta aplicación del derecho, sin afectar la flexibilidad con que actúan los jueces ni el efecto relativo de las sentencias. No cabe, entonces, llamar a los magistrados de la Corte Suprema a *"fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial",* como reza el proyecto oficial, esta es tarea de los doctrinadores que analizan, sistematizan y proyectan la jurisprudencia en el marco del conflicto sometido a su decisión. En otras palabras, ello se alcanza a través de los fallos recaídos en el recurso de casación en el fondo, al cual tienen acceso todos quienes estimen que la sentencia de segundo grado ha incurrido en infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la misma.

Así funciona el sistema, razón por la cual es ajeno a su estructura un recurso exótico reservado para situaciones meramente hipotéticas. Todavía más, no puede ignorarse que cada juicio da cuenta de una controversia distinta que puede tener semejanzas con otra, pero no identidad. De aquí que no siempre sea fácil precisar en qué medida una interpretación alcanza la que corresponde emplearse en otro proceso.

Como es sabido, nuestro sistema procesal civil es de doble instancia, participando el tribunal de primer grado (juez de letras), y de segundo grado (Corte de Apelaciones). Concluidas estas etapas, pueden las partes recurrir a la Corte Suprema mediante el recurso extraordinario de casación en el fondo. Este arbitrio judicial, que caracteriza y da sentido a la tarea del Máximo Tribunal, como se explicó, tiene por objeto revisar las sentencias inapelables de las Cortes de Apelaciones, evitando que ellas se funden en errores jurídicos de importancia. De la manera señalada, sin lesionarse la independencia interna de los jueces, la Corte Suprema va fijando los criterios que deben seguirse para hacer realidad la "igualdad ante la ley". Este recurso confiere al justiciable la seguridad de que la "igualdad ante la ley" no es un mero postulado sin arraigo en la realidad, sino una forma de hacerla efectiva al más alto rango dentro del sistema judicial. Transformar el recurso de casación en el fondo en un instrumento institucional, al margen de la justicia en el caso concreto, redundará en el debilitamiento de la juridicidad y en un divorcio definitivo entre la judicatura y la población.

IV.- Un nuevo recurso.

El proyecto oficialista, a pretexto de la necesidad de modernizar el procedimiento, postula reemplazar el recurso de casación en el fondo por un recurso

Actualidad Juridica 29 final.indd 19 21-01-14 11:45

de unificación de jurisprudencia, que sería procedente a condición de que el "interés general" justifique la intervención del Tribunal Supremo.

Sólo podrá estimarse que concurre el "interés general" si se hubiere infringido un derecho o garantía fundamental consagrado en la Constitución Política de la República o en un tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentre vigente, y cuando se considere pertinente fijar, uniformar o modificar una doctrina jurisprudencial (como si fuera tan sencillo detectarla y comprenderla). De la manera indicada, el recurso se transforma es un escollo insuperable para enmendar los errores de derecho de que adolecen las sentencias de segundo grado, sustituyéndose el interés de las partes litigantes por un difuso "interés general" que apreciará discrecionalmente la misma Corte Suprema.

No cabe duda que un recurso de esta naturaleza congelará la jurisprudencia del Máximo Tribunal y frenará toda intención de hacer justicia a quienes reclaman la intervención de la judicatura en todos sus niveles. En cierta medida, se menosprecia la resolución de los conflictos particulares, a cambio de satisfacer un hipotético "interés general", sin advertir que el sistema vigente permite lograr este fin no afectando los derechos de los litigantes ni la independencia de los jueces.

Si, como se afirma, el 99,7% de los asuntos civiles no llega a la Corte Suprema, mayor razón existe para mantener el recurso de casación en el fondo, porque, a través del 0,3% restante, es posible proyectar a los demás tribunales del país una jurisprudencia esclarecedora sobre la recta aplicación del derecho. Afirmar lo contrario constituye un error que tendrá graves consecuencias para el futuro de la judicatura e incrementará la ya tradicional insatisfacción de la población para con el Poder Judicial.

En el proyecto alternativo de nuestra Facultad se admite lo que en el derecho anglosajón se conoce como el *certiorari,* esto es, facultad de la Corte Suprema para abocarse a aquellas materias que estima trascendentes, desdeñando otras sin importancia en el campo de la hermenéutica jurídica. Dicha proposición se funda en la circunstancia de que actualmente, por la vía de la admisibilidad, la Corte Suprema practica esta selección, generando muchas veces resoluciones muy discutibles, dictadas, en todo caso, en el marco de sus atribuciones. Creemos preferible sincerar esta cuestión y consagrar expresamente dicha facultad en provecho de un trabajo bien organizado y mejor proyectado.

V.- Jurisprudencia de casación.

No puede desconocerse que nuestra Corte Suprema, por diversas razones, no ha conseguido formar una jurisprudencia enriquecedora en materia jurídica. Durante varios años el recurso de queja sustituyó al de casación, relegándose el

Actualidad Juridica 29 final.indd 20 21-01-14 11:45

análisis profundo y exhaustivo de las disposiciones legales más controvertidas. Por otro lado, la misma Corte sufrió el recargo que implicó el recurso de protección, amparo económico y una multitud de reclamos que en virtud de leyes especiales se confiaron a los jueces de la instancia o las Cortes de Apelaciones. Así las cosas, en cierta medida, se debilitó la importancia de la casación, cuyos requisitos de interposición, incluso, se simplificaron para hacerla más accesible a los litigantes. Este fenómeno ha gravitado poderosamente en el ánimo de jueces, profesores y comentaristas que, alucinados por experiencias foráneas, creen llegada la hora de alinearse con otros modelos judiciales.

Por consiguiente, lo que cabe es fortalecer el recurso de casación en el fondo (lo cual, en alguna medida, se ha conseguido al restringir el recurso de queja a aquellas resoluciones que no pueden ser objeto de recurso alguno), y optar por la formación de un catálogo de fallos que sirva de antecedente, a todo nivel, para orientar la adecuada aplicación de la ley.

El recurso de casación en el fondo, inevitablemente, confronta, muchas veces, la recta interpretación de la ley con la equidad natural, en cuanto sentido intuitivo de justicia aplicado a un caso concreto con prescindencia del derecho positivo. Si no se configura una infracción de ley, pero el juicio parece mal fallado, los jueces experimentan un impulso irrefrenable de corregir lo resuelto. Llevada esta cuestión a extremo, nos topamos con aquellos jueces que han sido denunciados en el marco de un supuesto "activismo judicial", cuyos fines se logran haciendo mal uso de sus funciones. Ciertamente esta tendencia choca frontalmente con el rol que cabe al recurso de casación en el fondo en nuestro sistema judicial. Diversos caminos se emplean para estos efectos. Entre ellos, justificar la anulación de un fallo por un vicio de casación formal que puede declararse de oficio, dejando al Tribunal en situación de dictar sentencia de reemplazo, asumiendo las mismas prerrogativas que la Corte de Apelaciones. Quienes ejercen activamente la profesión en el área forense saben que cada vez que no es posible casar en el fondo una sentencia, por no reunirse las exigencias legales para enmendar lo que se consideran fallos errados, la Corte Suprema recurre a un vicio de casación en la forma que se declara de oficio, anulando dicho fallo y pronunciado, acto seguido, sentencia de reemplazo que corrige lo que se considera equivocado. Lo descrito constituye un mal precedente que nos coloca en el campo de la arbitrariedad. Una nueva razón para concluir que es necesaria una reforma al Código de Procedimiento Civil, pero sin afectar con ello las instituciones fundamentales en que se basa nuestro sistema procesal.

VI.- El rol de la Corte Suprema hoy.

La importancia de la materia que tratamos debe apreciarse a la luz de la actual competencia de la Corte Suprema. Es un hecho, que no admite discusión, que

Actualidad Juridica 29 final.indd 21 21-01-14 11:45

diversas leyes especiales han confiado a este Tribunal la facultad de resolver materias a las cuales se atribuye gran importancia. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con las sentencia pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de ilegalidad contra las resoluciones de las Municipalidades, la revisión de las decisiones pronunciadas por las Superintendencia de Valores y Seguros, de Bancos e Instituciones Financieras, de Electricidad y Combustible, etcétera. Sería largo enumerar todos los recursos confiados a la revisión del máximo Tribunal del país. Por cierto, ello ha redundado en un aumento considerable de las tareas que competen a esta magistratura. Lo indicado hay que unirlo a un conjunto de requerimientos de carácter político, producto del propósito de las autoridades de la Administración de transferir las responsabilidades propias de sus cargos a los tribunales de justicia. Esta materia no ha sido suficientemente considerada ni medida, razón por la cual se mantiene en tinieblas para estudiosos y comentaristas, causando un daño permanente y de proporciones.

Los dos fenómenos indicados permiten concluir que existe una atmósfera enrarecida en lo que concierne a las funciones de la Corte Suprema. Para comprobarlo basta mencionar lo que sucede con los recursos de protección, a través de los cuales nuestros jueces entran a conocer de una vasta gama de materias, muchas de ellas de carácter técnico, convirtiéndose, en definitiva, en la autoridad administrativa que resuelve cuestiones que caen de lleno en el campo de otras potestades.

Se hace necesario, entonces, revisar la competencia de la Corte Suprema, que anualmente tiene un ingreso superior a 8.000 causas, cifra que por sí sola demuestra la distorsión que existe. Piénsese que la Corte Suprema de los Estados Unidos pronuncia anualmente no más de 80 fallos, en contraste con la nuestra que dicta miles de sentencias cada año. Es cierto que esta última corresponde a un Tribunal Federal (cada uno de los Estados tiene su propia Corte Suprema), pero, aun admitiendo esta diferencia, las cifras algo indican.

Ante esta realidad, la peor solución la da el proyecto oficial sobre nuevo Código Procesal Civil, porque, en lugar de encarar los factores mencionados y abogar por una revisión de la competencia de la Corte Suprema, elimina el recurso de casación en el fondo para reemplazarlo, como se explicó, por un oscuro recurso de unificación de jurisprudencia que, al menos en materia laboral, ha dado pésimos resultados. La sola invocación de un supuesto "interés general que haga necesaria su intervención" (de la Corte Suprema) hace todavía más difusa su importancia.

VII.- Falta de debate.

Finalmente, es lamentable que esta materia, que sin exagerar compromete la suerte de la justicia civil por muchos años, no haya sido ampliamente debatida.

Actualidad Juridica 29 final.indd 22 21-01-14 11:45

Las superficiales deliberaciones habidas en el Congreso Nacional (fundamentalmente en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados) en nada aseguran un análisis y una decisión meditada sobre la materia. Creemos indispensable –sin que ello implique una inducción al asambleísmo– convocar a los profesores de Derecho Procesal, los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia y los estudiosos de este tema, en general, a fin de examinar con ellos el contenido y alcance de esta reforma. Tampoco debe prescindirse de los abogados que ejercen la profesión en esta rama de las ciencias jurídicas, porque su experiencia reviste una importancia muchas veces fundamental.

Hasta aquí nuestra apreciación ante la inquietante modificación que parece aproximarse.

Actualidad Juridica 29 final.indd 23 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 24 21-01-14 11:45

En defensa de la casación

Mario Rojas Sepúlveda
Abogado Universidad de Concepción
Ex Profesor de Derecho Procesal
Universidad del Desarrollo

Resumen: El recurso de casación, concebido en sus caracteres esenciales por los revolucionarios franceses, que actualmente es gestionado con eficiencia y fluidez por el Máximo Tribunal, es instrumento orgánico y procesal que asegura la corrección e igualación en la aplicación de la norma jurídica a la interacción social, en mayor grado que el propuesto recurso extraordinario, diseñado por algunos académicos chilenos. Este último presenta riesgos graves para la integridad y unidad del ordenamiento jurídico, y, por ende, para la vigencia de la sociedad democrática, que se basa en la operación real de la regla de derecho. Esto es tanto más evidente frente al fragmentario y deficiente resultado práctico que ha implicado, en perspectiva de control de infracciones formales y sustantivas, y también de formulación de orientaciones jurisprudenciales sistemáticas, el "insólito" sistema recursivo laboral, así como el "mejorable" diseño de la impugnación procesal penal[1].

I

Desde la concepción griega, el régimen democrático exige la igualdad ante la norma jurídica, esto es, su igual interpretación y aplicación a todas las personas, puesto que la real vigencia de la isonomia (ἰσονομία) es la cualidad que nos permite sentirnos integrando una colectividad humana de la que somos partes y a la que, en consecuencia, adherimos como propia y común.

Esta característica requiere, *per se*, de la **correcta** selección, interpretación y aplicación de la regla jurídica, toda vez que **el desacierto es prueba bastante de desigualdad**: siempre habrá algún sujeto al que la norma le haya sido, o pueda serle en el futuro, rectamente aplicada, de manera que la aplicación inexacta constituye, *per se*, discriminación arbitraria[2].

[1] Los vocablos incluidos entre comillas en el resumen provienen de caracterizaciones del profesor don Raúl Tavolari Oliveros, véase cita *infra*.

[2] Por ejemplo: sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 15 de diciembre de 1987, confirmada por la Corte Suprema con fecha 26 de enero de 1988 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo

Actualidad Juridica 29 final.indd 25 21-01-14 11:45

Aquella comunidad cuyos miembros interactúan sobre la base de reglas legítimamente generadas, correctamente aplicadas a todos los casos que en ellas pueden subsumirse o integrarse, omitiéndose diferencias arbitrarias, es la que recibió el panegírico de *Pericles* en el *Epitaphios Logos* que *Tucidides* puso en sus labios.

II

La **corrección** e **igualdad** en la selección, interpretación y aplicación de la ley, son caracteres cuya concurrencia permite que el sistema de derecho proporcione **certeza** a todas las personas, entendida como **previsibilidad**, en sentido cognoscitivo, de manera que el sujeto disponga de *"la posibilidad de conocer las consecuencias jurídicas de hechos o actos antes de que se produzcan"*[3], permitiéndosele adoptar decisiones informadas, siendo en consecuencia legítima, *ex post*, la imputación subjetiva de los resultados de derecho de la opción libremente decidida.

III

Claro está que la característica de **corrección** de la selección normativa, así como la de **exactitud** de su interpretación y aplicación, a estas alturas de la evolución jurídica, no pueden plantearse en términos absolutos.

Kelsen, en el contexto del positivismo formalista que tanta influencia ha tenido –y mantiene– en los sistemas de derecho continentales, sostenía que la validez de la regla jurídica particular que se contiene en la sentencia supone su coherencia con los rasgos esenciales de la norma jurídica superior que le sirve de parámetro mayor, pero advertía que, como la juridicidad se desarrolla en grados de progresiva particularización, la formulación lingüística de la norma superior, más general, presenta caracteres de ineludible ambigüedad, de modo que el juez podrá discrecionalmente optar entre **significados posibles dentro del parámetro**; hallándose el límite del calificativo de **corrección** de la solución jurídica, en su ubicación como uno entre significados que el diseño de la norma de derecho admita, de modo que, en consecuencia, resulte posible[4].

En similares términos se planteó H. L. A. Hart en su clásica obra, esgrimiendo la textura abierta del lenguaje ordinario, que constituye la única herramienta de que puede echar mano el constructor del derecho positivo para formular normas, la relativa indeterminación de sus propósitos y la imposibilidad de ge-

85, sección quinta, páginas 67 y ss., ver, en especial, consideraciones séptima y octava del fallo de primer grado).

[3] La definición es del profesor italiano Gianmarco Gometz (*La certeza jurídica como previsibilidad*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, página 73).

[4] Una síntesis de los planteamientos del profesor austríaco en Gometz, obra citada, páginas 80 y ss.

Actualidad Juridica 29 final.indd 26 21-01-14 11:45

nerar la integridad de éstos ante la imposibilidad humana de advertir los rasgos particulares de la totalidad de los eventos que puedan caber en su contexto[5].

De esta manera, la necesidad de utilización del lenguaje para formular reglas, así como el nivel de generalidad propio de éstas, y el empleo de conceptos jurídicos indeterminados[6], bien de valor[7], bien de experiencia social[8], motivan que las soluciones jurídicas **correctas** puedan ser, en ocasiones, **plurales** o **múltiples**[9], por lo que el nivel de **previsibilidad** de las decisiones judiciales de los jueces del fondo, y la correlativa **certeza** jurídica ofrecida a todas las personas por el sistema normativo, es **circunscrita**, pero a la vez: **relativa**.

La cuestión es, en rigor, antigua, y carece del grado de novedad con que suele planteársela entre nosotros, bastando con consignar que el propio Calamandrei la advertía en su obra más clásica, publicada en 1920, bajo el epígrafe: *"Posibilidad de distintas interpretaciones de una norma jurídica única"*[10].

Así las cosas, el criterio de **corrección** de la selección normativa y de la interpretación y aplicación de la regla, de ***nomofilaquia***, en los términos del jurista florentino, permite, únicamente en los ***casos simples***, arribar a una respuesta jurídica única, que es, en consecuencia, **previsible** para todas las personas.

En cambio, tratándose de ***casos difíciles***, la pauta de **corrección** sirve sólo para circunscribir a una ***lista corta*** las soluciones jurídicas calificables como **acertadas**, de modo que la **previsibilidad**, y, por lo mismo, la **certeza**, deviene en **circunscrita**, pero sólo de modo relativo: más de una respuesta jurídica puede calificarse como **correcta**, de manera que la salida del caso dependerá de lo que la doctrina denomina: *"**margen de libre enjuiciamiento del juez**"*[11].

IV

De la circunstancia evidente que los criterios de **corrección** en la selección, interpretación y aplicación de la norma jurídica, son insuficientes –en situaciones residuales de dificultad– de cara al objetivo de fijar una respuesta jurídica única, esto es, no siempre sirven para que toda persona pueda detectar, *ex*

5 *El concepto de derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, páginas 155 y ss.
6 Véase el trabajo de Streeter Prieto, Jorge, *El razonamiento jurídico, en Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, páginas 99 y ss.
7 Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1994, páginas 283 y ss.
8 Larenz, obra citada, páginas 281 y ss.
9 Véase, entre muchos autores, Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo*, Editorial Palestra, Lima 2006, páginas 106 y ss.
10 *La casación civil*, Librería El Foro, Buenos Aires, Tomo III, página 65.
11 Larenz, obra citada, páginas 289 y ss.

Actualidad Juridica 29 final.indd 27 21-01-14 11:45

ante respecto de su obrar, la consecuencia jurídica que habrá de adjudicársele, surge la necesidad de agregar el criterio de **igualdad** ante la ley, que, entre nosotros, constituye derecho fundamental[12].

En efecto, cada vez que diferentes personas devienen en sujetos de criterios jurídicos diversos, emanados de distintos juzgamientos, queda infringido el ideal democrático griego de la *isonomia*, que la civilización occidental ha incorporado –en los programas normativos y progresivamente en la práctica– como derecho inviolable.

Así las cosas, el sistema procesal, orgánico y funcional, debe proporcionar a todas las personas un instrumento eficaz para lograr, dentro del sistema judicial, **un tratamiento igualitario**, de modo que Pedro, Juan y Diego, autores de conductas esencialmente iguales, reciban una misma respuesta jurídica concreta y se les someta, en sus respectivas sentencias, a idénticas adjudicaciones de consecuencias de derecho.

Es así que puede distinguirse, tratándose de ***casos difíciles***, entre la ***corrección real*** y la ***corrección ficta***.

Desde la primera perspectiva, como se anotó antes, son **correctas** las soluciones jurídicas que, en el contexto de la norma jurídica aplicable, resultan **posibles**, en términos tales que el juez del fondo, en ejercicio de su margen de libre enjuiciamiento, sin infringir el parámetro general de derecho, puede optar por cualquiera de ellas.

En cambio, en la segunda mira, siendo violatorio de los derechos fundamentales propios de todo ser humano, el hecho que Pedro, Juan y Diego, intervinientes en casos sustantivamente iguales, afronten consecuencias jurídicas desiguales, el sistema jurídico habrá de optar por una entre las soluciones jurídicas posibles y esta alternativa deberá aplicársele a todos ellos; de manera que, formulada que sea la opción por el sistema jurisdiccional, la opción elegida habrá de ser considerada –**fictamente**– como la única **correcta**[13].

Es claro, como lo advierte una doctrina tan nutrida que la cita es ociosa, que la univocidad de la interpretación que ha de tenerse por correcta sólo ha de mantenerse en un mismo contexto histórico, social y valorativo, siendo ésta la

[12] Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, art. 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 24 de la Convención Americana.

[13] "... se comprende también, precisamente porque no se tiene posibilidad material de constatar de un modo absoluto cual sea la verdadera interpretación de una ley oscura, que es oportuno, para mantener la certeza y la igualdad del derecho, considerar oficialmente como interpretación verdadera de la ley la que se elige por el órgano unificador de la jurisprudencia como interpretación única" (Calamandrei, obra citada, Tomo III, página 111).

Actualidad Juridica 29 final.indd 28 21-01-14 11:45

razón por la que la corrección ficta no es pétrea, pudiendo el órgano unificador de la jurisprudencia variar su opción frente a nuevas realidades culturales, con ciertas limitaciones. Intensas particularidades se presentan en el ámbito penal[14].

V

Me interesa destacar que la existencia de un instrumento razonablemente eficaz de **igualación**, endógeno, esto es, ubicado dentro del Poder Judicial, resulta de acuciante necesidad en un país en que, como es el caso chileno, no existe instrumento de revisión ante un órgano exógeno de control de eficacia de los derechos constitucionales.

Diverso es, por ejemplo, el caso español, en que la persona afectada por el trato desigual del Poder Judicial tiene expedita la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional, que tiene, al respecto, una doctrina desarrollada y precisa, que es bien sintetizada en un caso de acogimiento, fallado con fecha 2 de diciembre de 2008, en estos términos:

> *"...el reconocimiento de la lesión del citado derecho fundamental exige: a) la acreditación de un* tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria; b) la identidad de órgano judicial, entendiendo por tal no sólo la identidad de sala, sino también la de la sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la ley; c) la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de 'la referencia a otro' exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo; d) el tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una ratio decidendi sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia. Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones, lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad*

[14] Eugenio Zaffaroni sostiene que si un sujeto ejecuta una conducta sobre la base de la impunidad considerada por la solución jurisprudencial vigente, si ésta es alterada por el órgano unificador, no concurre la responsabilidad penal por falta de culpabilidad en virtud de error de prohibición invencible (*Derecho penal*, parte general, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, página 126).

Actualidad Juridica 29 final.indd 29 21-01-14 11:45

con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad".

En consecuencia, en Chile, la exigibilidad del derecho de toda persona a la titularidad de un derecho procesal que le permita reclamar eficazmente de la igualitaria aplicación de la ley, dentro del Poder Judicial, reclama una necesidad más intensa que en otros países.

VI

Corolario de lo que se viene diciendo es, a mi modo de ver, la circunstancia que la pregunta acerca del rol que ha de desempeñar la Corte Suprema en la operación del ordenamiento jurídico debe incardinarse necesariamente en esta interrogante elemental:

– ¿es el **recurso de casación**, concebido en sus caracteres esenciales por los revolucionarios franceses, o el **recurso extraordinario**, diseñado por algunos académicos chilenos, el instrumento orgánico y procesal que asegura un mayor grado de **corrección** e **igualación** en la aplicación de la norma jurídica a la interacción social?

VII

Es que no puede olvidarse que el derecho es un elemento de **tecnología social**, una herramienta para la vida en común, para una vida, ante todo, pacífica.

La disminución de la incidencia del derecho en la experiencia vital es inversamente proporcional al grado de conflicto social. Paradigma extremo fue lo ocurrido en la Región del Bío-Bío durante los días inmediatamente posteriores al megasismo del 27 de febrero de 2010.

En ausencia de –**igualitario**– imperio del derecho, la paz no es posible y el incremento de la discordia es destino seguro.

VIII

Me interesa también expresar que la respuesta a la interrogante propuesta no puede contentarse con un examen únicamente teórico, porque toda vez que se afirma que el derecho es una **tecnología social**, se quiere expresar que constituye un mecanismo práctico, de ingeniería social, para la vida real.

Actualidad Juridica 29 final.indd 30 21-01-14 11:45

La ponderación teórica es, desde luego, imprescindible. Pero no es bastante, o, expresado con mayor rigor, si el derecho existe como instrumento para la praxis de la vida en sociedad, un examen teórico preciso requiere ineludiblemente de la evaluación práctica de las herramientas que se proponen, puesto que: *"cuando digo **derecho** no pienso únicamente en la ley, sino en el conjunto de los aparatos, las instituciones y los reglamentos que **aplican** el derecho"*[15].

IX

El instrumento de la **casación** se cimenta en **principios lógicos y teleológicos**, traducidos en **parámetros de deber ser**, impuestos por la asamblea legislativa –democráticamente legitimada– a las sentencias de los jueces de instancias, bajo **sanción de invalidez**.

La esencia del mecanismo fue formulada por los revolucionarios franceses:

(i) el proceso judicial, a cargo de los jueces del fondo, se realiza en instancias o grados, que culminan en una sentencia que –dentro del contexto circunscrito por las acciones y excepciones planteadas por las partes y sobre la base de la subsunción de los hechos en la norma de derecho seleccionada como aplicable al caso– se pronuncia acerca del mérito de los hechos y del derecho, adjudicando a los contendientes ciertas consecuencias jurídicas concretas.

Empero y a la vez:

(ii) la eficacia jurídica de la sentencia de los jueces del mérito se subordina necesariamente:

(ii.a) a la **satisfacción real** por el fallo de ciertas **exigencias de forma**, que constituyen garantías judiciales mínimas, así como a la **exacta** selección de las reglas jurídicas por las que el caso se rige, y a su **correcta** interpretación y aplicación a la *quaestio sub lite*, de modo que el incumplimiento de estas condiciones origina una nulidad que ha de ser declarada en un juzgamiento específico a la sentencia de los jueces del fondo, examen que –para maximizar tanto el **acierto** como la **igual** aplicación del derecho– debe ser realizado por el máximo organismo judicial, es decir, por la Corte Suprema, la cual, siendo ésta su función esencial en el sistema, es una Corte de Casación.

O,

(ii.b) a la **satisfacción ficta** por la sentencia de esas exigencias de forma y de fondo, generada por el fenómeno del **consentimiento** de las partes,

[15] Foucault, Michel, *Defender la sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2000, página 36.

Actualidad Juridica 29 final.indd 31 21-01-14 11:45

que aceptan las adjudicaciones del fallo, omitiendo la impugnación en los lapsos que el ordenamiento concede.

X

En síntesis, el instrumento casacional tiene la finalidad de **expulsar** de la realidad jurídica concreta, por medio de la **invalidación** que consagra el artículo 764 del Código de Procedimiento Civil[16], las sentencias de los jueces del fondo que subvierten garantías judiciales mínimas, objetivo que logra a través del **recurso de casación en la forma** definido en su artículo 768, así como a los fallos de esos jueces del mérito que padecen de **incorrección** en la función de selección, interpretación y aplicación de la ley al caso, propósito que alcanza por medio del **recurso de casación en el fondo** definido en su artículo 767.

XI

El sistema está impregnado, a mi modo de ver, por **tres cualidades esenciales**:

1.- La **firme defensa** de un principio lógico y teleológico elemental: la sentencia de los jueces del fondo que es irrespetuosa de las garantías procesales, o que es infractora de la norma jurídica decisoria de la litis, carece de las condiciones mínimas con las que ha de cumplir para ocupar un lugar en la realidad jurídica concreta, y debe ser, por tanto, radicalmente anulada y expulsada del ordenamiento jurídico particular que vincula a las personas contendientes.

No puede aceptarse que los jueces de las instancias se alcen ante la norma jurídica, **riesgo que justifica que, después de terminado el enjuiciamiento de hecho y de derecho del caso,** labor que corresponde a los jueces de instancias, **pueda tener lugar –en evento de recurso– un enjuiciamiento de derecho a la sentencia misma**;

2.- La **técnica casacional**, en virtud de su propia y refinada naturaleza, **obliga a los operadores jurídicos,** es decir, a los abogados defensores de recurrentes y recurridos, así como a los jueces de casación, **a una labor profesional refinada y sofisticada**, que consiste en la necesidad de precisar y evaluar con exactitud tanto el contexto fáctico y jurídico de la litis, dado por las alegaciones de las partes, como el contenido preciso del juicio de hecho, y de derecho, emitido por los jueces del mérito, de manera

[16] Cada vez que nos aludamos a un precepto legal determinado, sin referencia de Código, debe entenderse implícita la mención del Código de Procedimiento Civil.

Actualidad Juridica 29 final.indd 32 21-01-14 11:45

de revisar acuciosamente si el enjuiciamiento satisface las exigencias de validez jurídica del fallo.

Esta técnica compele a emplear un fino tipo de razonamiento, lógico y teleológico, que permite ponderar con alto grado de eficiencia y eficacia la legitimidad o ilegitimidad jurídica del fallo de los jueces de las instancias, puesto que obliga a examinar el proceso de subsunción o integración de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables (selección, interpretación y aplicación).

Sea que a este proceso le denominemos, con Calamandrei, **subsunción del hecho bajo la norma**[17], o, con Larenz, **integración valorativa del caso bajo la norma jurídica**[18], asumiéndose por cierto las importantes precisiones técnicas que esta última calificación involucra, en las que no es pertinente profundizar aquí, lo evidente es que la precisa reproducción y la cuidadosa y profunda crítica del enjuiciamiento de los jueces del mérito asegura la valoración que es menester para predicar de éste –o no– su exigible conformidad con el ordenamiento jurídico.

La necesidad y rigor de este sofisticado examen presta enorme servicio práctico en orden a cautelar eficazmente la **juridicidad del fallo** dado por las instancias, y con ello, la **integridad del ordenamiento jurídico**;

3.- El **enjuiciamiento de derecho a la sentencia de las instancias** se radica en la Corte Suprema, para asegurar –con la mayor probabilidad– la **igual** aplicación de la norma jurídica, cuestión bien desarrollada por multitud de procesalistas, así como porque, **en la realidad**, se trata de un examen practicado por **cinco magistrados** de notable experiencia, dotados de altos grados de conocimiento jurídico, y de prudencia, cualidades estas que son usualmente propias de la más alta jerarquía judicial; coadyuvados todos ellos por relatores selectos, que evidencian grandes capacidades profesionales; en síntesis: **grados de calidad técnica que –normalmente y es razonable que así sea– sólo se encuentran en el máximo tribunal**.

XI

La visión del **abogado de la praxis** requiere hacer énfasis en los **altos grados de eficiencia y de eficacia** logrados por la interesante gestión de la Corte

[17] Calamandrei, Piero, "La génesis lógica de la sentencia civil", en *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, páginas 369 y ss.
[18] Larenz, Karl, obra citada, páginas 272 y ss.

Actualidad Juridica 29 final.indd 33 21-01-14 11:45

Suprema en los últimos años de operación de la casación, circunstancia que es bien reconocida entre los letrados que circulan usualmente por los pasillos del segundo piso del Palacio de los Tribunales.

Avances derivados de la promulgación y leal aplicación de la Reforma de la Ley N° 19.374, constituidos por la limitación a la procedencia del recurso de queja –que no es admisible de modo paralelo a la casación y obliga a la interposición de ésta–, la especialización de salas –que origina mayores posibilidades de uniformidad de la jurisprudencia–, la promulgación de normas destinadas a facilitar la interposición del recurso –que hacen más expedito y menos formalista su examen de admisibilidad–, la introducción de la institución del rechazo sumario del recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento decidida por unanimidad –que concentra el trabajo extendido del máximo tribunal en asuntos que justifican la revisión–, instrumento que ha alcanzado su equivalente en casación formal por pura creación pretoriana[19], unidos a **un notable y decidido esfuerzo de gestión de los ministros del máximo tribunal**, **y de sus relatores coadyuvantes**, todos quienes se han esforzado de manera patente en poner al día el trabajo de la Corte en función de sus ingresos, han conducido a una institución casacional que funciona de manera seria, asegurando la integridad y –hasta lo posible– la uniformidad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Como lo he demostrado en ocasión anterior[20], sin haber sido concretamente controvertido, pudiendo ratificarlo cualquier examen de datos reales, así como la práctica de los abogados que intervienen usualmente en la sede, la Corte Suprema tarda aproximadamente 35 días en declarar la inadmisibilidad del recurso de casación en el fondo o en rechazarlo de inmediato por manifiesta falta de fundamento, de modo que, correspondiendo ambos tipos de respuestas a un promedio de 60% de la totalidad de las impugnaciones de fondo ingresadas, **es posible concluir en que el recurso de casación en el fondo, tratándose del 60% de los casos ingresados, introduce al proceso una dilación que no excede de algo más de un mes**.

Por otra parte, respecto de los recursos de casación en el fondo que superan el examen preliminar, el más alto tribunal demora en promedio 330 días en rechazarlos (29%), y 380 días en acogerlos (11%), **de modo que puede colegirse que el recurso de casación en el fondo, tratándose del restante 40% de los casos ingresados, que culminan en el producto que es una sentencia pronunciada después de vista pública y alegatos**

[19] Con el respaldo del Tribunal Constitucional, véase sentencia de 22 de enero de 2013, Rol N° 2244-12-INA.

[20] Rojas Sepúlveda, Mario, "El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil", *Revista Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo Nº 22, 2010, p. 323.

Actualidad Juridica 29 final.indd 34 21-01-14 11:45

de abogados, introduce al proceso una dilación que no excede de algo más de aproximadamente un año, sin perjuicio de la facultad general de ejecución anticipada del fallo de las instancias[21].

Estos lapsos se comparan favorablemente con los tiempos reales promedio que informó la Unión Europea[22], respecto del año 1996, que alcanzaron, en Portugal, a 0,75 años, en Austria a 0,91 años, en Alemania, Italia y Bélgica, a 2,5 años, en España a 3 años y en Francia a 5,41 años.

Es interesante recordar que la Corte Europea de Derechos Humanos, dictaminando acerca del **derecho fundamental a la razonable duración del proceso jurisdiccional**, viene fallando que la extensión máxima ha de ser de **un año para el juicio de casación**[23], de manera que:

– los índices de gestión de nuestra Corte Suprema se hallan dentro de estándares normativos de países desarrollados.

XII

Dicho todo lo anterior, en este contexto real de **funcionamiento progresivamente virtuoso de la casación**, la **incógnita** es la de resolver qué motivos han conducido a la curiosidad del hecho que un grupo de académicos chilenos haya planteado la abrogación del **recurso de casación**, que sería sustituido por un producto nacional: el **recurso extraordinario** que viene propuesto en la Reforma Procesal Civil, tanto en la versión planteada por la ex Presidenta señora Bachelet[24], como en el texto sometido al Congreso Nacional por el Presidente señor Piñera[25].

XIII

En lo esencial, el **recurso extraordinario** es un instrumento que no asegura al justiciable la revisión de los fallos inapelables de los jueces de las instancias por la Corte Suprema, sino que le confiere la probabilidad del control de ésta, que tendrá lugar sólo si la mayoría de los miembros de la sala respectiva estiman que concurre un **interés general**, que haga necesaria su intervención,

[21] Artículo 774 del Código de Procedimiento Civil.
[22] Monroy Gálvez, Juan, *Teoría General del Proceso, Editorial Palestra*, tercera edición, 2009, página 11, nota 1.
[23] Di Ciommo, Tiziana, *La crisis de la justicia civil italiana*, Bosch Editor, Barcelona, 2013, página 78, nota 50.
[24] Mensaje N° 398/357 de 18 de mayo de 2009.
[25] Mensaje N° 004/360 de 12 de marzo de 2012.

Actualidad Juridica 29 final.indd 35 21-01-14 11:45

situación que podrá acaecer en alguna de estas dos hipótesis: **(i)** cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados; o, **(ii)** en caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.

Si se estimare la concurrencia de **interés general**, la Corte Suprema, en su fallo ulterior, deberá exponer los fundamentos que se tuvieron presente para declarar la admisibilidad del recurso y, si se acogiere, la forma en que se ha verificado la infracción esencial del derecho fundamental o la manera en la cual deberá ser interpretada o aplicada una determinada norma o principio jurídico, y concluirá declarando la confirmación, modificación, revocación o invalidación de la sentencia recurrida y del procedimiento del cual emanare en su caso.

La resolución de la Corte Suprema no será susceptible de recurso alguno, pero, excepcionalmente, si se demostrare que la sentencia que se ha dictado contradice otra pronunciada por la misma sala especializada, pero sin que en el fallo se hubiere dejando constancia de haberse modificado la doctrina anterior, el recurrente podrá solicitar al Pleno que se anule la sentencia y para que se proceda a una nueva audiencia por una sala no inhabilitada.

XIV

Lo **fundamental** de la reforma propuesta consiste en que el conflicto entre partes terminará con el fallo de instancia del Juez, o, si éste fuere apelado, con el fallo de instancia de la Corte de Apelaciones, **sin que el litigante tenga derecho, propiamente tal, a un subsecuente enjuiciamiento de derecho, sobre validez de forma y de fondo del dictamen del mérito**, a cargo de la Corte Suprema; salvo el caso de **infracción esencial** de un **derecho fundamental**; puesto que, en todo otro caso, la eventualidad de examen del máximo tribunal no dependerá de haberse incurrido en una infracción de derecho por los jueces del grado, sino de una cuestión enteramente diferente: la estimación de pertinencia, en perspectiva de interés general, de fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial, pertinencia que dependería de consideraciones discrecionales de bien común.

Dicho en otros términos: a menos que se haya incurrido en infracción esencial de un derecho fundamental, todo defecto de competencia o de habilidad de los jueces de instancias, de congruencia, de motivación o de integridad del fallo, de duplicidad de juzgamiento, de violación de formalidades esenciales en el nivel legal, así como todo defecto de conformidad con el ordenamiento

Actualidad Juridica 29 final.indd 36 21-01-14 11:45

jurídico, en que hayan incurrido los jueces de las instancias, quedarán virtualmente saneados, **paradojalmente**, por el efecto conclusivo del propio pronunciamiento de los magistrados infractores.

XV

Lo primero que cabe hacer notar es que una propuesta como ésta no ha podido razonablemente emanar de abogados que practiquen el derecho de manera intensa, porque todo letrado de la praxis sabe bien –puede advertirlo también un teórico puro: bástele revisar diariamente los fallos de la Corte Suprema en la página web institucional– que lo que hace el Máximo Tribunal, en la realidad concreta, mucho más que declarar **correcciones fictas** optando entre interpretaciones posibles, es resolver **correcciones reales y agraviantes**, enmendando serias infracciones de garantías judiciales mínimas, o infracciones de ley manifiestas que, pese a su evidencia, **en la realidad concreta que los autores del proyecto de reforma desatienden**, transcurren de hecho por las instancias, en que se cometen con frecuencia.

Cierto es, como lo ha recordado el profesor José Pedro Silva[26], que *"el 99,7% de los asuntos civiles se debate en las dos instancias y no llega a la Corte Suprema"*, pero no puede olvidarse que, amén de haberse incluido impropiamente en ese guarismo la muy mayoritaria cantidad de procedimientos ejecutivos, que en rigor práctico son puros mecanismos de recaudación de bancos, instituciones financieras y empresas de retail, el 0,3% de asuntos civiles, que desatiende, corresponden aproximadamente a 4.200 recursos de casación de forma y de fondo que arriban anualmente al conocimiento del máximo tribunal de derecho, el que anula los fallos de las instancia tratándose de alrededor de 460 casos por año; **los que suelen corresponder a los casos civiles y comerciales más complejos que se someten al sistema judicial**, reclamando soluciones jurídicas correctas.

En una época en que intensos esfuerzos de gestión de ministros y relatores de la Corte Suprema han conducido a que la casación funcione correctamente y en tiempos razonables para estándares de países desarrollados, **no se advierte razón para eliminar el instrumento más refinado que se ha diseñado en el derecho occidental continental para cautelar los derechos fundamentales y la unidad e integridad de ordenamiento jurídico**, mecanismo que se mantiene plenamente vigente y se potencia en otros Estados democráticos[27].

[26] *El Mercurio*, 3 de octubre de 2013, carta al director.
[27] Por ejemplo, véase el recientemente promulgado Código General del Proceso de Colombia.

Actualidad Juridica 29 final.indd 37 21-01-14 11:45

Como lo ha expresado, en notable síntesis, el destacado procesalista don Raúl Tavolari Oliveros[28]:

"Detrás de la idea de reemplazar la casación civil por un recurso extraordinario subyacen, sea que se haya advertido o no, dos órdenes de consideraciones. Por una parte, la idea de reducir el ámbito de influencia político-jurídica de la Corte Suprema. Es que resulta evidente que, en cuanto se le priva de su condición de Tribunal de Casación, se le resta influencia en el quehacer social, político y jurídico del país. Se silencia una voz con la que se puede o no estar de acuerdo, pero que entre nosotros ha sido siempre relevante: baste recordar el interés con el que se esperó su pronunciamiento en torno al aniversario del golpe militar. Por otra parte, se pretende sancionar lo que se estima que es un defecto de dicha Corte, consistente en no haber velado, en el desempeño de la función casacional, por la uniformidad de la jurisprudencia, cuestión que, de ser efectiva, con los actuales sistemas computaciones y, si fuere menester, con una breve adecuación legal, es hoy de muy simple solución.

Con todo, es preocupante y debiera invitar a la reflexión el que en estas materias marchemos en contra de los tiempos y de toda la tendencia del Derecho Comparado: todavía más, no por la circunstancia de que en reformas anteriores hayamos cometido errores (como ocurre con el insólito régimen de recursos en materia laboral, o con el mejorable sistema que adoptamos en materia penal) habremos de perseverar en ellos.

Eliminando la casación inferimos un daño a nuestra cultura y privamos a los justiciables de uno de los más refinados y relevantes instrumentos de impugnación de resoluciones judiciales, perjudicando la noción del debido proceso en nuestro Estado de Derecho".

XVI

La idea matriz de la reforma, en la materia, en palabras de la Ministra de Justicia, señora Patricia Pérez Goldberg[29], consiste en que el máximo tribunal debiera

"encargarse de crear, modificar o uniformar una doctrina jurisprudencial que ilumine y oriente al resto de los tribunales y a la ciudadanía, abocándose solo al conocimiento de aquellos asuntos en que verdaderamente se encuentre afectado el interés general", es decir, aquellos *"cuya resolución sirva al bien*

[28] *El Mercurio*, 9 de septiembre de 2013, carta al director. Si bien el profesor Tavolari había invitado a "pensar –sin temores– en eliminar la casación" (*Proceso civil, hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, página 51, parece haber reconsiderado su opinión, o bien, preferir la casación al diseño nacional de un recurso extraordinario.

[29] *El Mercurio*, 16 de agosto de 2013, carta al director.

Actualidad Juridica 29 final.indd 38 21-01-14 11:45

> *común más que al bien particular de las partes en litigio"*, cautelándose *"así la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley"*.

En similares términos se ha planteado el profesor José Pedro Silva[30].

Pero es esta una visión teórica que no tiene en cuenta, además de lo ya expuesto (*la persona queda en realidad inerme ante los jueces de las instancias que suelen incurrir en errores que sólo se detectan –en la realidad de los operadores jurídicos– mediante la sofisticada técnica casacional*), que una idea como la propuesta culminará, en rigor, como anuncia el especialista que es Jordi Nieva Fenol en torno a esta clase de planteamientos[31], en la **fragmentación de la jurisprudencia de la Corte Suprema**, que se reconducirá a *"auténticos agujeros"*, los cuales

> *"más pronto que tarde, provocarán una peligrosísima desorientación en los jueces de instancia, tanto en los de primera como en los de segunda"*, los que *"tienen una lógica tendencia natural a superar con rapidez las lagunas y los problemas interpretativos de las leyes a través de su propia solución del caso concreto".*

El anuncio de Nieva Fenol muestra un riesgo patente en Chile. Piénsese en la reforma procesal laboral, cuyo diseño recursivo es, como afirma Tavolari, *"insólito"*[32]. Baste revisar, desde su vigencia, los fallos de la Corte Suprema, para constatar que la instauración del recurso de unificación de jurisprudencia ha originado orientaciones del máximo tribunal que inciden en escasísimos casos. Los motivos son muchos, obedeciendo a un diseño meramente teórico y gravemente defectuoso. Podrán ser objeto de análisis detallado en otra ocasión. Lo que aquí interesa es, en la perspectiva reclamada por el pensador contemporáneo Michel Foucault: **la realidad concreta en medio de la que viven las personas.** Y, en esta mira, durante las épocas en que el Máximo Tribunal conoció del recurso de casación laboral, forjó una jurisprudencia nutrida y orientadora, que generaba la previsibilidad de sus soluciones, y, por ende, certeza jurídica para empleadores y trabajadores. Eso está hoy enteramente perdido. Es claro que habría sido tanto más prudente mantener la casación laboral, con modificación, únicamente, de los mecanismos de ejecución provisional de la sentencia de la instancia revisada por la Corte de Apelaciones.

Fenómeno similar, aunque de menor gravedad comparativa, ha ocurrido con el sistema recursivo en lo procesal penal, el cual, como expresa el profesor

30 *El Mercurio*, 3 de octubre de 2013, carta al director.
31 *Jurisdicción y proceso*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, páginas 483 y ss.
32 *El Mercurio*, 9 de septiembre de 2013, carta al director.

Actualidad Juridica 29 final.indd 39 21-01-14 11:45

Tavolari, es *"mejorable"*[33]. Bien sabemos los abogados que el sistema, como ha puesto recientemente de relieve el profesor Alfredo Etcheberry, promueve la concentración de los magistrados en la prueba de los hechos, lo que es sano, pero lo hace con mecanismos que les privan del tiempo que es necesario para reflexionar acerca del derecho, lo que origina grados de vulgarización de éste, en unión a un diseño de recursos procesales que culmina, en rigor práctico, que es lo que interesa, en que la Corte Suprema emita infrecuentes pronunciamientos en materia de derecho sustantivo, con evidente desmedro para la integridad y unidad del ordenamiento jurídico sustantivo.

Lo dijo el profesor Tavolari Oliveros con una claridad que merece ser reiterada:

> *"… no por la circunstancia de que en reformas anteriores hayamos cometido errores (como ocurre con el* ***insólito*** *régimen de recursos en materia laboral, o con el* ***mejorable*** *sistema que adoptamos en materia penal) habremos de perseverar en ellos".*

XVII

La jerarquía académica del profesor Cristian Maturana obliga a hacerse cargo de algunas de sus críticas a la casación[34] .

Bajo el epígrafe "**ambigüedad regulatoria"**, el docente señor Maturana recuerda que existe en Chile una diversidad de recursos procesales, en el orden civil y comercial, en la rama penal y en la disciplina laboral, diferenciación que debe ser revisada.

Empero, concordando en esto último, atento lo ya expresado, parece evidente que la solución unificadora no puede ser la de aproximarse al *"insólito"* sistema recursivo laboral, ni al *"mejorable"* diseño recursivo penal, al menos mientras éste no sea perfeccionado, en perspectiva de integridad y unidad práctica y real –no meramente buscada por la norma procesal idealizadora[35]– del ordenamiento jurídico sustantivo.

Expresa el profesor Maturana que *"en un* ***sistema oral****, la estructura ideal para un poder judicial es la paritaria y no la jerárquica".*

---

[33] *El Mercurio*, 9 de septiembre de 2013, carta al director.

[34] "¿Presencia del recurso de casación en Chile durante el Siglo XXI?", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 12, 2010, páginas 315 y ss.

[35] Artículo 376 inciso 3° del Código Procesal Penal, precepto que constituye ejemplo clásico de un programa legislativo bien intencionado, que en la realidad de la operación jurídica práctica no funciona, porque diseña un mecanismo tan poco empleado, que no presta utilidad alguna para la unidad e integridad del ordenamiento.

Actualidad Juridica 29 final.indd 40 21-01-14 11:45

Al respecto, dos comentarios.

El primero: no es cierto que la atribución a la Corte Suprema de la función de conocer y resolver el recurso de casación involucre necesariamente una cuestión de jerarquía, en el sentido de dominación, sino que consiste, simplemente, en una cuestión funcional de distribución de competencias jurisdiccionales[36].

Y **el segundo**: ha recordado Michele Taruffo[37] que

> *"el tema de la inmediación es un tema mucho más complejo y peligroso de lo que normalmente se considera. Inmediación significa falta de control, porque significa intuición: el contacto directo significa que yo entiendo de inmediato si un testigo dice o no la verdad; escucho sobre todo en Latinoamérica este mito de la inmediación, conectado con el mito de la oralidad; el tema es muy complicado; me limito a decir que es muy peligroso"*; a lo que añade: *"En Europa el sistema (recursivo) es bastante simple: una apelación contra la sentencia de primera instancia y un recurso para el tribunal supremo o corte de casación. La apelación tiene que considerar los hechos; el acceso al supremo está limitado, pues es de control; no ve los hechos. Pero controlar si la sentencia es válida significa también controlar si el juez ha cumplido con el deber de motivar correctamente".*

En síntesis, inmediación y oralidad generan posibilidades de error por incremento de actuación de las disposiciones sicológicas meramente intuitivas de los jueces, lo que exige control judicial *ex post*, y, en todo proceso jurisdiccional que implique la formulación por los jueces de un enjuiciamiento de hecho y de derecho, siempre es posible ese control por vía del recurso de casación.

XVIII

Se ha planteado, también, **aunque sin evidencia objetiva y cuantitativa**, que la Corte Suprema carecería de la posibilidad objetiva de hacerse cargo de la totalidad de los asuntos que se le plantean por vía de casación.

Amén de tratarse de una aseveración que parece desmentida por la **actual operatoria real de la casación**, esto es, de una Corte Suprema cuyos ministros han puesto énfasis en **eficiente y fluida gestión** en los últimos años, lo cierto es que hay modos de mejorar la capacidad de procesar asuntos, por

[36] Con todo, la praxis me obliga a una constatación en nota: tratándose del extraño y torpe sistema recursivo laboral, el único modo de resolver manifiestos errores y graves iniquidades de las Cortes de Apelaciones ha estado dado por la vía disciplinaria. Basta examinar los fallos de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, en especial, las resoluciones que desestiman recursos de queja, pero se actúa de oficio nada menos que para reponer la garantía fundamental del debido proceso.

[37] *El Mercurio Legal*, entrevista, 7 de septiembre de 2012.

Actualidad Juridica 29 final.indd 41 21-01-14 11:45

la vía de optimizar la cantidad del cuadro de relatores coadyuvantes, agregando más personal de la más alta calidad técnica del país, lo que es del todo evidente que permitiría mejorar –sin desmedro jurídico– los mecanismos de inadmisibilidad, de rechazo del recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento, y su equivalente pretoriano en casación formal, porque el abogado de la praxis tiene claridad en orden a que, actualmente, atenta la cantidad de relatores por sala, superar en examen de admisión y arriban a vista de la causa algunas impugnaciones que no merecieren emplear vistas públicas.

Bastaría un aumento de rendimiento de estos instrumentos desde el 60% al 80% para mejorar al doble la capacidad de la Corte Suprema de conocer y resolver asuntos que en realidad lo merezcan técnicamente, mediante el sofisticado mecanismo de relación pública y alegatos orales de letrados.

XIX

Con lo que se lleva dicho, me parece del todo evidente que el **recurso de casación**, concebido en sus caracteres esenciales por los revolucionarios franceses, es instrumento orgánico y procesal que asegura la **corrección** e **igualación** en la aplicación de la norma jurídica a la interacción social, en mayor grado que el **recurso extraordinario**, diseñado por algunos académicos chilenos, el cual presenta **riesgos extremadamente graves para la integridad y unidad del ordenamiento jurídico**, y, por ende, para la vigencia de una sociedad democrática que se basa en la operación real de la norma de derecho.

Actualidad Juridica 29 final.indd 42 21-01-14 11:45

Recurso extraordinario y precedente

José Pedro Silva Prado
Profesor de Derecho Procesal UC
Presidente del Instituto
Chileno de Derecho Procesal

Resumen: El nuevo recurso extraordinario contemplado en el Proyecto de Código Procesal Civil postula sustituir el actual recurso de casación, el cual se ha mostrado ineficaz para satisfacer los fines previstos en su diseño original, consistentes en la aspiración simultánea a resolver casos concretos y proteger el ordenamiento jurídico, velando por la uniformidad de la jurisprudencia. Se plantea que el legislador, por razones de bien común, debe optar por privilegiar eficazmente el fin público o de "interés general" de la sociedad por sobre el interés de resolución del caso particular, generando una cultura del "precedente". Este será el fruto del actuar coherente de nuestros tribunales y permitirá garantizar de manera efectiva la igualdad ante la ley así como contribuirá al fortalecimiento del estado de derecho, otorgando seguridad jurídica.

*****

Una de las modificaciones más importantes que propone el Proyecto de Código Procesal Civil –en adelante el Proyecto– en actual tramitación legislativa, es la sustitución –en el ámbito civil– del recurso de casación en la forma y en el fondo que conoce nuestra Corte Suprema por un recurso extraordinario que, más allá de esta nueva denominación, importa adoptar una opción político-institucional de máxima trascendencia. Tal opción la explicita el Mensaje del Proyecto, el cual señala que la idea es fortalecer el rol de dicha alta magistratura ubicada en la cúspide del sistema jurisdiccional, en relación a dos esenciales misiones agrupadas bajo un mismo instrumento: por una parte preservar los derechos fundamentales al interior del procedimiento y por la otra dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país[1].

Me parece que es correcta la mención del Mensaje en orden a que lo que se busca es "fortalecer" el Rol de la Corte Suprema y no hablar de un "nuevo rol", lo que podría no ser a todas luces exacto. En rigor las funciones enunciadas no están ausentes de nuestro actual recurso de casación en sus dos versiones forma y fondo. Es inconcuso que en su versión de forma, la casación, con base

[1] Mensaje No 432-359 de fecha 12 de marzo de 2012, de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, página 23.

Actualidad Juridica 29 final.indd 43 21-01-14 11:45

en los motivos tasados que señala el actual artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales propios del debido proceso, controlando su estricto cumplimiento tanto en el devenir del procedimiento como en la dictación de la sentencia de fondo o en ocasiones de aquellas sentencias que clausuran el debate aun sin dirimir el fondo del asunto.

De otra parte la casación en el fondo, tanto en su aspiración política como en su implementación normativa, fue pensada para satisfacer dos finalidades distintas, en doctrina denominadas, *ius litigatoris* y *ius constitutionis*, siguiendo las enseñanzas de Calamandrei[2]. El objetivo del *ius litigatoris,* expresado en la causal del artículo 767 del CPC, es efectuar un control de legalidad de las decisiones de los tribunales inferiores, es decir, tutelar el derecho del recurrente cuando en la sentencia se ha violado la ley decisoria (incluso de naturaleza procesal) siempre que ello tuviere una influencia substancial en su parte dispositiva. Este objetivo tiene un carácter marcadamente subjetivo y de suyo no tiene necesariamente vocación de trascendencia, en tanto se ordena a la solución de cada caso particular, con respeto al principio de legalidad.

A su turno, el objetivo del *ius constitutionis* es la protección de la norma jurídica o nomofilaquia, centrada por tanto en el interés público o interés general de la sociedad y de ahí su vocación de trascendencia. El fruto evolutivo de esa finalidad agrega a ella la uniformidad de los criterios de decisión, en la perspectiva de salvaguardar la igualdad ante la ley, de la cual todos los tribunales, pero en especial la Corte Suprema, deben ser fieles garantes, así como de los subsecuentes valores que de ella emanan, como la certeza y seguridad jurídicas, entre otros. Tal propósito se encuentra en la génesis de nuestra casación desde la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1903. Un comentarista de la época señalaba que:

> *"El establecimiento de la institución tuvo en mira un alto interés jeneral y de orden público. Su objeto es contener a todos los tribunales i jueces en la estricta observancia de la lei, e impedir toda falsa aplicación de ésta i su errónea interpretación a la vez que uniformar la jurisprudencia"*[3]*.*

Más adelante y citando expresiones de la "Comisión Mista de senadores i diputados" de 1895 en relación con la importancia de este instrumento para garantizar la igualdad ante la ley, señalaba: *"No basta que unas mismas leyes rijan para todos los habitantes; es preciso también que rijan para todos con la misma intelijencia".* Prueba de esta aspiración y con base en reformas con-

[2] Calamandrei Piero, *La Cassazione civile,* Volumen 2, págs. 50 y ss.

[3] *Código de Procedimiento Civil, anotado*, por David Toro Melo i Aníbal Echeverría i Reyes (Edición Oficial), Santiago de Chile, Imprenta, Litografía i encuadernación Barcelona, Calle de la Moneda 807 a 843, 1902.

Actualidad Juridica 29 final.indd 44 21-01-14 11:45

temporáneas[4] se contempla la posibilidad de que las partes –recurrente y/o recurrido– soliciten a la Sala respectiva que su asunto sea conocido por el pleno de la Corte Suprema, fundado en que ésta, en fallos diversos, *ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso,* derecho otorgado por el artículo 780 del CPC.

Planteadas así las cosas, pareciera entonces que la propuesta del Proyecto sería innecesaria desde que los instrumentos en actual vigor –casación en la forma y en el fondo– satisfarían al menos conceptualmente dichas finalidades. Sin embargo, como con frecuencia ocurre, la realidad de las cosas supera con largueza las previsiones normativas, las que redundan en ser meras aspiraciones programáticas, estructuradas a partir de una teoría y dogmática conceptualmente correctas, pero sin un correlato con la experiencia práctica. Y es que el tema no es irrelevante, pues tras un siglo de aplicación en Chile de este modelo, se ha demostrado hasta la saciedad que satisfacer con la misma intensidad el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis* ha resultado impracticable por diversas razones, y tal frustración conduce, como se señalará, a la ineludible necesidad de optar derechamente no por uno u otro, pues ambos fines se necesitan, sino por dar preponderancia a uno sobre otro, conforme a un discernimiento que privilegie en definitiva el bien común.

Desde la perspectiva del primero de esos fines, el *ius litigatoris*, resulta evidente que ni nuestra Corte Suprema con sus 21 Ministros ni la Corte Suprema Italiana con sus 120 Ministros Titulares ni ninguna Corte Suprema o Tribunal Supremo del mundo puede absorber la enorme cantidad de asuntos que con todo derecho postulan a ser conocidos por esa Magistratura. Y ello genera un contrasentido, pues obliga a introducir diversos mecanismos que con mayor o menor arbitrariedad buscan solucionar un problema que en nada se relaciona con el derecho de los justiciables ni con la razón de ser del instituto. Se trata simplemente de abordar la pueril cuestión que evidencia la imposibilidad de atender todos los asuntos, aunque el derecho a ello esté formal y explícitamente contemplado en la norma procesal. La experiencia la conocemos y sabemos de los esfuerzos históricos del legislador chileno y el comparado en tal sentido para limitar el acceso a la casación contemplando filtros de acceso como la *summa gravaminis* (restricciones de cuantía), consignaciones o restrictivas interpretaciones que, cual galimatías, se utilizan para rechazar estos recursos en sedes previas. En los hechos un 40,1% de las casaciones que se presentan a la Corte Suprema, no llega jamás a verse[5]. Ninguna de esas restricciones está pensada en el derecho del justiciable, sino simplemente en una cuestión de disponibi-

[4] Reforma introducida por la Ley 19.374 de 1995.

[5] En el período 2005-2011, un 13,7% no termina por otros motivos distintos al fallo, un 10,7% es declarado inadmisible y un 15,7% es rechazado por manifiesta falta de fundamentos, Fuente BD CAPJ 2011.

Actualidad Juridica 29 final.indd 45 21-01-14 11:45

lidad de recursos materiales y humanos, lo que demuestra desde la óptica del justiciable una franca hipocresía legislativa y judicial, a mi juicio inaceptable. O se tiene el derecho de acceso a un tercer grado jurisdiccional para la revisión de un asunto o no se tiene, lo demás es teoría e insinceridad del sistema. Lo que pareciera aun más grave es que, aun extremando los filtros de acceso, resulta que el número de asuntos que logran sortear la vallas procesales sigue siendo muy numeroso, lo que se manifiesta en un permanente atraso en la vista de los asuntos respecto de los cuales la impartición de justicia no es ciertamente oportuna y muchas veces de dudosa calidad.

Ahora bien y desde la perspectiva del segundo de los fines enunciados, el *ius constitutionis,* la experiencia práctica no ha sido mejor y aquí tal vez radica un asunto de la mayor gravedad. En efecto, la Corte Suprema no ha sido capaz de proteger el ordenamiento jurídico, satisfaciendo adecuadamente la necesidad de uniformar doctrinas jurisprudenciales, ni generar doctrinas de calidad que orienten previsiblemente a los justiciables en la adopción de sus decisiones para recabar la tutela de sus derechos, ni a los tribunales inferiores para orientarlos en sus resoluciones. Defectos normativos funcionales y orgánicos en la práctica se lo impiden. Desde luego y no obstante los filtros existentes, en el período 2005-2012 ha ingresado un promedio anual de 3.574 recursos de casación[6]; ese solo hecho hace imposible cumplir con esa vocación general, pues evidentemente en la multitud de asuntos concretos por resolver y la razonable tentación de resolver algunos de ellos haciendo justicia en la particularidad (los conocidos supremazos), hace que necesariamente se pierda la mirada unificadora y se actúe como un tribunal de instancia (más allá de que la Corte Suprema lo sea en muchos casos). A eso se agrega un diseño orgánico que facilita la dispersión y conspira contra la mirada uniformadora, pues basta que si en una Sala hay posiciones divididas, un solo miembro, que puede ser incluso un abogado integrante, determina la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tópico en análisis, evidenciando la precariedad en la sustentación de la doctrina. Tampoco ha funcionado la facultad de conocimiento por el pleno a petición del recurrente en caso de existir jurisprudencia contradictoria (artículo 782 del actual CPC). De esta forma estamos ya habituados a que la Corte Suprema, para perplejidad de los justiciables, resuelva casos en que concurren idénticos presupuestos fácticos, con criterios disímiles de interpretación y de aplicación de la ley. Tenemos entonces doctrinas injustificadas y recurrentemente contradictorias, al extremo que cuando los justiciables o los tribunales inferiores quieren apoyar en ellas sus tesis como fundamento de su accionar o de sus resoluciones, sumidos en la incertidumbre, pueden elegir a su amaño una cualquiera de las doctrinas disponibles, de entre el amplio y disímil abanico de posibilidades, dando paso a una solución caracterizada por su imprevisibilidad y su aleatoriedad.

[6] Análisis de ingreso, término y stock de casaciones civiles en la Corte Suprema. Fuente: Cuenta Pública del Poder Judicial y análisis propio.

Actualidad Juridica 29 final.indd 46 21-01-14 11:45

De esta forma si el Proyecto de Código Procesal Civil constituye una política pública que tiene por objetivo abordar las imperfecciones de nuestro actual sistema procesal civil y las necesidades que este patentiza, resulta inevitable hacerse cargo de la dicotomía referida, en tanto queda en evidencia que ha resultado imposible en nuestro medio la satisfacción de los fines de la casación conforme a los propósitos originales del instituto. Se trata a mi juicio de discernir correctamente no ya la exclusión de una finalidad u otra como antes señalé, sino más bien de relevar las razones por las cuales cabría asignarle preponderancia a una finalidad por sobre la otra. El criterio de ese discernimiento lo otorga a mi juicio la Constitución Política que impera al Estado actuar al servicio de la persona humana, por cuanto su finalidad es el bien común, que en este caso podemos situar en el "interés general", concepto así expresado en el Proyecto.

En efecto, el Proyecto toma partido a este respecto y opta sin ambages por privilegiar la función de *ius constitutionis*, es decir, del interés general de la sociedad, y entiende entonces que el rol de este recurso y por ende la función primordial de la Corte Suprema consiste en proteger la obra del legislativo por la vía de uniformar la interpretación y aplicación de la ley o brindar ex novo esos criterios, en todos los casos que no hayan existido previos pronunciamientos jurisdiccionales. También se comprende la posibilidad de modificar una doctrina ya asentada, conforme así lo requiera la evolución social, política y económica de la sociedad. En una palabra, se trata de generar "precedentes jurisdiccionales" que, como los define la Real Academia Española en simples palabras, consisten en la *aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta"*[7].

En el trasfondo se plantea una cuestión que en la historia de la casación chilena y más aún en la historia misma de la casación en el sistema del *civil law*, no se ha tenido el coraje ni la decisión de abordar. Se trata de privilegiar un instrumento y más que eso un sistema que en definitiva garantice la efectiva igualdad ante la ley, pues ella atañe a la esencia de un verdadero estado de derecho o más bien de justicia. La procura de esa igualdad es fuente pródiga de valores muy preciados para el derecho como son los de seguridad jurídica, previsibilidad y estabilidad en las relaciones jurídicas. Tan importantes propósitos se proyectan con efecto expansivo a toda la sociedad, alcanzan a todos los escondrijos del sistema normativo y tienen un impacto directo en la cotidianidad de todos los justiciables de un extremo del país a otro, relevando a un claro segundo término los legítimos propósitos de resolución de casos particulares, que comprenden sólo un 0,3% de los asuntos civiles que accede a la Corte Suprema.

Para el común de los justiciables, el Proyecto propone suministrarles una justicia eficaz, oportuna y de calidad que se debata en un amplio y perfeccionado

[7] *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, http://lema.rae.es/drae/?val=precedente.

Actualidad Juridica 29 final.indd 47 21-01-14 11:45

doble grado jurisdiccional, asumiendo aquello que ocurre en la práctica, en orden a que el 99,7% de los asuntos civiles se debate efectivamente en las instancias. Pero la proposición del recurso extraordinario va dirigida no solo a todos los justiciables, sino también a todos los ciudadanos, y consiste en suministrarles un bien jurídico de inestimable valor, que trasciende las fronteras del ámbito jurisdiccional y se incardina en la adopción diaria de sus decisiones de implicancia jurídica en los más diversos ámbitos políticos, económicos, de la contratación y administrativos por mencionar algunos.

Con todo, estas ideas no son nuevas en nuestro sistema procesal, cuestión que muchos detractores del recurso extraordinario se rehúsan a considerar. Así en materia procesal penal hace ya más de una década el legislador ha mutado la casación por el recurso de nulidad, recurso que pone fundamentalmente su énfasis en el *ius constitutionis*, esto es, en la vocación prospectiva del instituto como instrumento idóneo para la uniformidad de la doctrina jurisprudencial como lo refleja el artículo 376 inciso 3º del NCPP. Otro tanto ocurre en materia laboral con el recurso de unificación de jurisprudencia que, bajo esta denominación, atribuye la misma función uniformadora a la Corte Suprema (artículos 483 y ss. del Código del Trabajo). Tales opciones han sido precursoras en la tesis que se viene sosteniendo, y han sido aceptadas y asimiladas sin mayores inconvenientes, al menos sin la impostada sorpresa que algunos muestran cuando se les propone en sede civil una solución semejante. En rigor entonces, el recurso extraordinario viene a cerrar un círculo de reformas ya implementadas y en que el legislador ya había efectuado la opción que hoy se postula, de manera que puede sostenerse que lo que ahora se propone se ordena a dar una razonable coherencia al sistema. Sería intolerable la mantención de una frenética inconsistencia en que la igualdad ante la ley apareciera seriamente cautelada en sede penal o laboral y no en materia civil, en circunstancias de tratarse del sistema procesal de general y subsidiaria vocación, lo que echaría por tierra la necesaria unidad de los sistemas e instrumentos procesales, constituyendo un manifiesto retroceso para la solvencia del estado de derecho.

Sin embargo me parece necesario abundar en las cuestiones de fondo que sustentan el planteamiento del recurso extraordinario. En efecto, los orígenes de la casación dan cuenta de la creación de un instrumento o medio encomendado a un órgano paralegislativo (que no era parte del Poder Judicial) como era la Corte de Casación Francesa, para controlar la aplicación e interpretación estricta de la ley por parte de los jueces, quienes conforme a la conocida sentencia, no eran sino la "boca de la ley", en tanto se suponía que esta era la expresión única, autosuficiente e inquebrantable de la voluntad popular. De esta forma y como nos recuerda Marinoni, el juez tenía prohibido interpretar la ley; así la Ley Revolucionaria de agosto de 1790 no solo afirmó que "los tribunales no tomarán parte directa o indirectamente en el ejercicio del poder legislativo, ni impedirán suspender la ejecución de las decisiones del poder legislativo"(Título

Actualidad Juridica 29 final.indd 48 21-01-14 11:45

II, art 10), sino que también los tribunales "se reportarán ante el cuerpo legislativo siempre que así lo considerasen necesario, a fin de interpretar o editar una nueva ley" (Título II, art 12). [8] Bajo esa concepción y como gráficamente expresa el mismo Marinoni, el Juez de la Revolución Francesa nació casi muerto[9].

Por consiguiente, una aplicación o interpretación errónea de la sacrosanta expresión legislativa conducía a la anulación de la sentencia por la Corte de Casación, y eventualmente a la necesidad de reenviar al legislativo esa norma a los efectos de derogarla o sustituirla por otra. La natural evolución de las cosas hizo necesario que la Corte de Casación no se limitara a establecer cómo la norma no debía ser interpretada, sino al revés, cómo debía ser interpretada correctamente, dando así progresivamente paso a su mutación en órgano jurisdiccional situado en la cúspide de la organización judicial. Hoy día la Corte de Casación francesa, referente originario de la casación del derecho continental, da cuenta de su evolución desde un órgano no jurisdiccional encargado de garantizar la obra legislativa a un órgano jurisdiccional que, garantizando dicha obra, convoca adicionalmente a velar por la única y uniforme interpretación de la ley. Tal resulta un propósito común de todas las Cortes o Tribunales Supremos cuyos sistemas legislativos, con diversos matices, asumieron la casación bajo este ideario, incluyendo la casación española, de la cual proviene la nuestra, con ciertas particularidades que, en su estructuración temprana, establecieron la novedad de evitar el reenvío y optar por una jurisdicción positiva, permitiendo que la anulación de la sentencia diera paso a la sentencia de reemplazo dictada por el mismo órgano jurisdiccional, tal y como la conocemos hoy día.

La historia sirve para entender que los revolucionarios franceses tenían por propósito ciertos objetivos que perviven hasta la actualidad, aunque el instrumento elegido en sus inicios, como lo demostró su posterior evolución, no era el más adecuado. Lo que se buscaba era garantizar la igualdad ante la ley, mismo propósito que mantiene hoy intacta su vigencia y razón de ser. Sin embargo, esa misma evolución da cuenta también que la real eficacia de dicha garantía es el fruto de la acción coordinada y coherente de los poderes del Estado y no solamente del legislativo, así como de la utilización de los instrumentos procesales más idóneos.

Es de manifiesta obviedad que la ley en tanto mandato general y abstracto se gesta bajo una impronta igualitaria, sin embargo, la verdadera igualdad ante la ley se debate en la aplicación e interpretación diaria y concreta que de ella hacen las autoridades administrativa y jurisdiccional. En el ámbito jurisdiccional es precisamente el Juez el encargado de develar el sentido y alcance de la norma y de su permanente adaptación a la realidad humana, siempre evolutiva y

[8] Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes Obligatorios*, Palestra Editores , Lima 2013, págs. 62 y 63.
[9] Marinoni, *ibídem*, pág. 113.

Actualidad Juridica 29 final.indd 49 21-01-14 11:45

cambiante, para resolver cada caso concreto. Es evidente que una misma norma sometida al estrés interpretativo arroja diversas posibles soluciones, diversidad que en caso de no adoptar un cauce común tiene un gravísimo potencial para lesionar la igualdad ante la ley, garantía y derecho fundamental que no es una aspiración ni una posibilidad, sino un mandato constitucional preciso y concreto dirigido a todos los órganos del Estado, incluidos especialmente los jurisdiccionales.

El asunto es más complejo si consideramos que el legislador en forma consciente, al configurar los tipos normativos, se vale habitualmente de conceptos indeterminados, demostrando su impotencia para anticipar la multiplicidad de situaciones que se presentan y la constante evolución y mutación de los fenómenos sociales, políticos y económicos caracterizados por su permanente inestabilidad. La profesora brasilera Teresa Arruda nos dice que esa indeterminación *no es pues un defecto del lenguaje, sino una característica, que también tiene funciones positivas. El legislador se dio cuenta de eso y ha estado utilizando cada vez más ampliamente esos conceptos en la redacción de los textos jurídicos*[10]. Así, conceptos normativos tales como derechos adquiridos, interés superior del niño, buena fe, interés público, buen padre de familia, orden público, cosa juzgada, por citar algunos, requieren ser dotados de contenido y como señala la profesora Arruda, tal indeterminación, que en cierto sentido *puede ser*

> *"tolerada" desde el punto de vista lingüístico, debe ser eliminada en el mundo jurídico. Entonces, y es por eso, el hecho que los Tribunales decidan en base a normas que contienen conceptos vagos no puede servir de "pretexto" para justificar (y mantener) jurisprudencia contradictoria, creando inseguridad en el sistema*[11].

La opción por una solución que garantice que todos los ciudadanos, y en particular los justiciables seamos tratados de igual manera, no es indiferente ni una cuestión retórica, es una necesidad insoslayable y un presupuesto básico del estado de derecho, que justifica con creces todos los esfuerzos que se hagan para hacer efectiva esa garantía.

Más relevante aún es el problema desde la óptica jurisdiccional, pues a diferencia de la autoridad administrativa, las decisiones que estas autoridades profieren gozan de la intangibilidad propia de la cosa juzgada, a diferencia, por ejemplo, de las decisiones de la autoridad administrativa. Esa autoridad, cualidad o efecto de cosa juzgada dota de mayor gravedad al asunto, ya que tiene el potencial de consolidar con efectos permanentes una dicotómica, inadecuada, injusta y discriminatoria aplicación de la ley.

---

[10] Arruda Teresa, y Alvim Wambier, *Repercusión General, ¿ Cómo adaptar este instrumento para adecuarlo a la magnitud de la misión de una Corte Superior?*

[11] Arruda, Teresa, ibídem, página 12.

Actualidad Juridica 29 final.indd 50 21-01-14 11:45

Si el juez entonces está llamado a interpretar y aplicar la ley en forma igualitaria y con mayor razón la Corte Suprema dada su posición de tribunal situado en el vértice del sistema jurisdiccional, en expresión de Taruffo, la única forma de hacerlo es generando precedentes que puedan servir de luz y guía a los tribunales inferiores y a los justiciables permitiéndoles preordenar sus conductas. No se trata en la especie de transmutar nuestra raigambre jurídica y cultural de *civil law* por la del *common law*, pues ciertamente tienen aproximaciones diversas a este fenómeno. Pero debe advertirse que se trata de "aproximaciones" diversas, pero no por ello "objetivos diversos". Es indudable que en los sistemas del *common law* la falta de ley escrita (aunque esa afirmación hoy día progresivamente acusa inexactitud), es suplida con los precedentes generados por los órganos jurisdiccionales que en este caso tienen fuerza vinculante a diferencia de los sistemas del *civil law*, en que la fuerza vinculante viene dada por la ley escrita en tanto los precedentes no tienen de suyo ese potencial, sino constituyen solamente guías de actuación con mayor o menor fuerza dependiendo de sus cualidades intrínsecas. Pero si bien se mira, ambos sistemas tienen una común aspiración, cual es la de garantizar la igualdad de las soluciones jurídicas a todos los ciudadanos.

Parece más realista y honesta la solución del *common law* desde que, como hemos sostenido, es claro que la ley de suyo no otorga esa garantía. Por eso me parece que los sistemas del *civil law* deben compensar su carencia. De hecho han ido reconociendo progresivamente esa maciza realidad, de manera que han ido revalorizando la importancia del precedente como herramienta indispensable para lograr aproximarse a la anhelada igualdad ante la ley. Sin embargo, no parece necesario a este sistema, del que nuestro ordenamiento jurídico nacional forma parte, aspirar al carácter vinculante del precedente, ello me parecería contrasistémico y contracultural, además de innecesario. Como ha ocurrido en la experiencia casacional española, el valor del precedente y el entusiasmo por seguirlo no viene de su autoridad normativa, sino que su *autorictas* deriva simplemente de un prestigio ganado por la calidad, razonabilidad y justicia intrínseca de las decisiones, características de suyo mucho más persuasivas.

La opción por el precedente en los términos descritos no afecta a la libertad de juzgamiento de los tribunales, como algunos sostienen. No hay tal, pues la libertad de juzgar no es un fin en sí mismo como sí lo es que ese juzgamiento haga parte de un sistema coherente de decisiones que vela por el todo y no por la parte. El juez, cada juez, es parte de un sistema, de un poder del Estado que en su conjunto expresa y representa la expresión coherente del ejercicio de las funciones que le ha encomendado la ciudadanía. Así la decisión de un juez del grado es tan importante como la que profiere la Corte Suprema, no solo porque aquella pueda ser la decisión definitiva en caso de no haberse ejercido recursos, sino porque una y otra son y deben ser la expresión isonómica y coherente de lo decidido por este Poder del Estado.

Actualidad Juridica 29 final.indd 51 21-01-14 11:45

Incluso esa coherencia es dable exigirla, como no, a todos los poderes del Estado y órganos públicos, tal y como lo reclama toda acción humana en el plano público y privado. Siempre el éxito de una empresa o institución viene dado por la articulación coherente de medios humanos, materiales e inmateriales en pos de un objetivo. En el plano jurisdiccional, sería una cruel ironía que aquella coherencia e igualdad propugnada desde el legislativo y más aún desde el constituyente, deviniera en el tratamiento diferente y discriminatorio de los ciudadanos al aplicar o interpretar las normas jurídicas; sería la consagración de la burla a los derechos ciudadanos.

La cultura del "precedente", fruto del actuar coherente de nuestros tribunales, no solo será indispensable en torno a garantizar de manera efectiva la igualdad ante la ley, sino que contribuirá al fortalecimiento del estado de derecho, otorgando seguridad jurídica. Los ciudadanos y todos quienes interactúan con el derecho, requieren contar con un orden jurídico estable que les dé certeza y continuidad de manera de estar en condiciones de ordenar anticipadamente su comportamiento y sus decisiones en los más diversos ámbitos de la vida en sociedad. Tal previsibilidad, por ejemplo, permitirá a un inversionista decidir si realiza o no su inversión o en qué términos, a un contratante saber por anticipado si le asiste el derecho al cobro de la pérdida de chance o si puede reclamar perjuicios extrapatrimoniales, a un alimentante saber de antemano el riesgo de su renuencia a cumplir su obligación alimentaria, dotando en todos los casos de racionalidad económica a las decisiones. Por lo mismo es esperable que certeza y seguridad jurídica aportadas por el precedente sirvan muchas veces además de disuasivo a la judicialización de los asuntos o en su defecto a una judicialización responsable y no oportunista.

No se pretende, y sería insensato hacerlo, que el precedente cree situaciones inmutables no susceptibles de revocación, el mismo Proyecto al atribuir a la Corte Suprema la posibilidad de modificar una doctrina establecida, así lo reconoce. La misma idea del precedente, como ocurre en el sistema del *common law* que maximiza su valor, lleva siempre aparejada su posibilidad de revocación conforme así lo aconseje la alteración relevante de las circunstancias existentes al tiempo de su dictación, lo mismo que cuando con mejores razones se comprueba una fundamentación equívoca. Hace tiempo ya que el *common law* se deshizo de toda mitificación a este respecto. Así ya están resueltas esas aprehensiones, desde que el Practice Statement de 1966 afirmó que la House Of Lords podría pasar a contrariar sus propios precedentes cuando eso le pareciere correcto, o el *distinguished* que permite hacer la distinción de un caso y otro, de manera que aun siendo diferentes los hechos, corresponda aplicar la misma solución en tanto ella se sustente en la misma lógica de la tesis jurídica fijada en el precedente.

Tales son las ideas que subyacen a la propuesta del Proyecto de sustitución del recurso de casación por el recurso extraordinario. En su diseño particular, este

Actualidad Juridica 29 final.indd 52 21-01-14 11:45

recurso permitirá a cualquier ciudadano acceder a la Corte Suprema justificando que la vulneración al derecho en su caso particular (no solo la infracción de ley) es un asunto de "interés general", en una combinación solidaria en que el interés particular del justiciable (ya satisfecho en un doble grado jurisdiccional) sirve de vehículo para la satisfacción de un interés más amplio que ciertamente lo trasciende.

La Corte Suprema seleccionará libremente los asuntos que se le presenten, calificando la efectividad de esa vulneración y discernirá además si el caso presenta un "interés general". La cualificación de que el asunto concite un "interés general" solo admite como no podía serlo de otro modo, un tipo normativo amplio, configurado por una parte por la infracción esencial en la sentencia o en el procedimiento de derechos o garantías fundamentales establecidas en la Constitución Política o en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Ello asume de una manera más amplia y general los propósitos del actual recurso de casación en la forma, eliminando una taxitividad de suyo restrictiva e innecesaria.

De otra parte el nuevo recurso apunta a dar por configurado el "interés general" en los casos en que la Corte Suprema considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial. La cualificación precisa de ese interés general quedará entregada a la sala respectiva de la Corte Suprema, y el ejercicio correcto y esperamos prolífico de esa facultad será fiscalizado por la ciudadanía con base en la cuenta que esa alta magistratura debe dar anual y públicamente al país, conforme lo prevé el artículo 102 del Código Orgánico de Tribunales.

No existe empero sistema perfecto, apenas somos capaces de aproximarnos a una mejor realidad. Estamos conscientes del formidable desafío que esto requerirá de nuestra Corte Suprema en muchos sentidos, como el discernimiento correcto de aquello que constituya interés general, la adecuada selección de los casos, la solvencia jurídica de las decisiones, el discernimiento de los elementos vinculantes dimanados del precedente y en general su disposición flexible a su actualización o modificación en los casos que corresponda. Nuestra Corte Suprema tiene sobrada capacidad para asumir correctamente estos desafíos y atender a estas necesidades impostergables. Con ello se ganará indefectiblemente la confianza de la ciudadanía haciendo que su poder y relevancia específica en la sociedad se vean legítimamente incrementados.

Actualidad Juridica 29 final.indd 53 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 54 21-01-14 11:45

Reforma Procesal Civil y los trasplantes jurídicos

Alejandro Romero Seguel
Decano y profesor de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

Resumen: Este trabajo invita a reflexionar sobre la consistencia que tiene invocar al derecho comparado como justificación a los cambios más profundos que propone la Reforma que se discute al proceso civil.

1. El Proyecto de Código Procesal Civil y el derecho comparado

El Proyecto de Código Procesal Civil (en adelante PCPC), reconoce que sus propuestas más innovadoras vienen inspiradas en lo que genéricamente denomina el derecho comparado. Los casos más evidentes son la incorporación del recurso extraordinario, que permitirá a la Corte Suprema seleccionar las causas de que conocerá[1] y la adopción de un nuevo modelo de ejecución, que quedaría a cargo de un oficial de ejecución.

Como es explicable en los períodos de búsqueda de sustitución de lo antiguo por lo que se considera novedoso, la invocación del derecho comparado es siempre una herramienta legítima.

En el Mensaje con el que fue enviado el PCPC el 12 de marzo de 2012, esta forma de justificación se aprecia en varias partes, como se pasa a reseñar.

Cuando explica los *"objetivos del Proyecto. Problemas del actual sistema"*, indica que

> "el diagnóstico aportado por los expertos, así como los estudios realizados por el Ministerio de Justicia e instituciones ligadas a la investigación jurídica, dan cuenta de la urgente necesidad de modernización y reforma del actual

[1] Este trabajo se realiza dentro del marco del proyecto Fondecyt Regular: "La prejudicialidad en el proceso civil chileno" (N°1130393).

El art. 409 del PCPC dispone que la Corte Suprema "determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre un interés general que haga necesaria su intervención".

Actualidad Juridica 29 final.indd 55 21-01-14 11:45

> sistema". "La situación descrita es fruto, como queda de manifiesto, de un diseño antiguo, el que no se ha actualizado con base en la experiencia adquirida con la modernización de otros sistemas procesales en el ámbito nacional y comparado".

Igual herramienta motiva el cambio en el sistema recursivo, indicando que se pretende "una racionalización del sistema de impugnaciones", con el objeto de elevar la justicia civil y comercial

> "a los estándares de otras reformas hoy vigentes tanto en nuestra legislación, como en el derecho comparado, completando el impulso iniciado por el país hace más de una década".

De igual forma, cuando describe los *"ejes centrales y principios que inspiran el nuevo Código"* aparece la referencia a la iluminación externa, admitiendo que

> "el resultado final del trabajo realizado por la Comisión Intraministerial se traduce en una propuesta moderna que se alinea con las tendencias de reforma mayoritariamente aceptadas en el derecho comparado. En él se recogen las experiencias de más éxito llevadas a cabo en otros ordenamientos para la consecución de una tutela judicial más cercana al ciudadano, rápida, eficaz, de calidad y que por sobre todo vele por el respeto y vigencia de los derechos constitucionalmente protegidos".

Cuando se discutió el texto del Código de Procedimiento Civil, promulgado en 1902, también se acudió al derecho comparado. Sin embargo, ello se hizo con una intensidad menor a la que hoy se aprecia en el PCPC. Las soluciones de nuestra primera ley procesal civil provenían básicamente del derecho castellano y de las primeras innovaciones de la legislación nacional[2].

Incluso en la literatura de la época no faltaron voces críticas a lo que se estimó una suerte de tibieza legislativa. En tal sentido se manifestó don Guillermo Feliú Gana, quien advertía en 1891 que el Proyecto de Código de Enjuiciamiento hecho público no era en ningún caso "una reforma completa y radical", manteniéndose "muy distante de introducir modificaciones sustanciales en las leyes que hasta ahora nos han regido en materia de procedimiento"[3];

> "en las viejas leyes españolas hay mucho que reformar y poner en armonía con los progresos que la ciencia de la legislación ha alcanzado en nuestro tiempo, y con las reformas políticas y sociales que han operado en las

[2] Especialmente de las Leyes Marianas, de 1837.
[3] Feliú Gana, Guillermo, "El proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil", en *Revista Forense Chilena*, Nº 7, 1891, pp. 466-467.

Actualidad Juridica 29 final.indd 56 21-01-14 11:45

naciones modernas constituidas sobre principios enteramente distintos a los que sirvieron de base a la sociedad en cuyo seno aquellas se dictaron".

Según su parecer, el resultado obtenido era insuficiente, preguntándose ¿porqué se tiene miedo a toda innovación que envuelva un progreso con nuestras instituciones políticas o un mejoramiento en nuestras leyes civiles?"[4].

2. La reforma al proceso civil y los trasplantes jurídicos

Antes de analizar la influencia que tendría el derecho comparado en el proceso de reforma procesal civil conviene recordar cuales son los tipos de trasplante jurídico.

En descripción de Sánches-Bayón, según su origen, existen los siguientes tipos de trasplantes jurídicos[5].

(i) *Por vía de imposición.* Que se da en el contexto de colonización u ocupación. Afortunadamente, no es el caso de la Reforma al proceso civil, atendida nuestra condición de país libre y soberado.

(ii) *Por recepción.* Se trata de remisiones a otros ordenamientos jurídicos extranjeros, internacionales, históricos, etc.

En el PCPC esta posibilidad viene consagrada en dos instituciones basales. En primer lugar, al disponer que la sentencia del juez civil se pueda fundar en "tratados internacionales". Y también en la causal del recurso extraordinario, al admitir que la Corte Suprema pueda controlar la aplicación del mismo tipo de normas.

La proyección anterior coincide con otro trasplante de igual naturaleza que ya está instalado en nuestro sistema, y que proviene de la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho órgano jurisdiccional supranacional, según el caso, puede adoptar medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción, garantías, de juzgar, investigar, sancionar y de no repetición. Dentro de esta última se ha impuesto a Chile el deber de adecuar la legislación interna a los parámetros convencionales, logrando de ese modo un injerto jurídico dentro del derecho interno[6].

[4] Idem. cit. ant., art. cit. p. 476.

[5] *Cfr.*, SÁNCHES-BAYÓN, Antonio, S*istema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo derecho común*, Valencia: Tirant, 2012, pp. 76-77.

[6] Es cada vez más habitual acudir a esa instancia, en algunos casos con una clara opción ideológica, para forzar cambios legislativos. Una recopilación de la jurisprudencia que ha vinculado a nuestro país,

Actualidad Juridica 29 final.indd 57 21-01-14 11:45

En el ámbito del derecho privado este tipo de trasplantes son más frecuentes. Tal opción se explica por el creciente intercambio comercial, que permite anticipar instituciones jurídicas de diversa índole, las que son reguladas convencionalmente y en algunos casos sancionadas legalmente.

(iii). *Por vía de clonación*. Se da esta hipótesis cuando se procede a imitar directamente el derecho extranjero, sin tener en consideración las idiosincrasias y matices coyunturales.

En nuestra opinión, es en este último tipo de injerto donde está puesta la novedad de la reforma al proceso civil, especialmente en la figura del oficial de ejecución y la sustitución del recurso de casación en el fondo por el denominado recurso extraordinario.

La forma como se está produciendo y los límites que se deben considerar los pasamos a exponer a continuación.

2.1. La utilización de las fuentes

La utilización del derecho comparado como fuente de inspiración de una reforma jurídica, en rigor, no es algo en sí mismo defectuoso. Por el contrario, su correcto aprovechamiento puede ser beneficioso, como se puede apreciar ha acontecido en nuestro derecho en más de una oportunidad[7].

El vicio que se debe evitar es que mediante la simple invocación del "derecho comparado", los operadores jurídicos llamados a legislar sucumban, como si esa realidad fuera la razón suficiente y final para aceptar el trasplante por clonación que se propone.

Dicho de otra forma, la contemplación intelectual del derecho comparado debe evitar que suceda lo que les ocurrió a los pitagóricos, que llegaron al exceso de aceptar sin razón cualquier idea que entendían provenía de Pitágoras; ello se ha hecho célebre con la expresión latina *Magister dixit* ("El maestro lo dijo"); en el tema que aquí importa, basta leer el Mensaje para advertir que las reformas más sustantivas vienen condicionadas por la fórmula: "el derecho comparado lo dijo".

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl, AGUAYO VARGAS, Macarena, "Chile y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cumplimiento de sentencias", en *Actualidad Jurídica*, N° 28, 2013, pp. 351-382.

[7] Por ejemplo, la actualización a nuestro sistema de arbitraje comercial internacional se debe a la denominada Ley Modelo de arbitraje comercial internacional, aprobada el 11 de diciembre de 1985 por la Asamblea General de ONU (Ley Modelo UNCITRAL), que fue plasmada en la Ley N° 19.971, Sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada en el D.O. de fecha 29 de septiembre de 2004. Siguiendo esa recomendación se procedió a promulgar la Ley N° 19.9971 de 2004. El mismo cuerpo legal ha permitido comenzar a trabajar en la reforma del arbitraje interno, tema que se encuentra en actual discusión. Un estudio de la influencia de esta normativa en la región, *cfr.* CONEJEROS ROOS, Cristián, "Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica", en *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 4, 2006, pp. 13-103.

Actualidad Juridica 29 final.indd 58 21-01-14 11:45

Como lo explican Lipovetsky y Serroy, en una descripción que suscribo plenamente,

> "aunque la cultura-mundo apacigua las democracias y reorganiza la experiencia del espacio-tiempo, hay que señalar que también desorganiza las conciencias, las formas de vida, la existencia individual. El mundo hipermoderno está desorientado inseguro, desestabilizado, no de manera ocasional, sino cotidianamente, de forma estructural y crónica. Y esto es nuevo"[8]. "Pasada la era moderna del compromiso, henos ahora en la época moderna de la *Gran Desorientación"*[9].

En este estado, señalan los referidos autores,

> "ha llegado la época en que el espacio y el tiempo se han mundializado en cierto modo: la Tierra es un microuniverso que gracias a la rapidez de las redes de comunicación se ha vuelto accesible en todas partes, con efecto casi instantáneo. Pero si bien la eficacia de la información –rapidez y abundancia ilimitada– ha experimentado un avance excepcional, no puede decirse lo mismo de la comprensión del mundo ni del entendimiento entre las personas. Ya no padecemos carestía de conocimientos: nos hemos perdido en la abundancia de información. En lugar de un orden transparente que en principio aporta claridad y racionalidad, crecen el caos intelectual y la inseguridad psicológica, las creencias esotéricas, la confusión y la desorientación generales"[10].

En lo concreto, el desconocimiento de cuáles son las fuentes de derecho comparado usadas para redactar el PCPC, atendida la falta de publicidad de los estudios preparatorios y de las actas de discusión que precedieron al Proyecto, invita a actuar con cautela frente a la invocación del "derecho comparado". Es un hecho conocido que dentro de las mismas familias jurídicas existe una diversidad de soluciones, reflejando que el "derecho comparado" no es en ningún caso una unidad conceptual, y por lo mismo, con nula posibilidad de hacer un *sincretismo jurídico*.

De igual forma, el "derecho comparado" es un continente que en el mejor de los casos aporta multiplicidad de datos normativos y soluciones que pueden presentarse como novedosas para nuestra realidad. Sin embargo, su utilización en el nuevo proceso codificador no asegura necesariamente que la institución trasplantada por clonación funcione en Chile, aunque ello haya ocurrido en

[8] LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean, *La cultura-mundo. Respuesta a una sociedad desorientada,* Barcelona: Anagrama, 2010 (tr. A. Moya, de la 1ª ed. Francesa 2008) p. 19.
[9] Idem. cit. ant. p. 23.
[10] Idem. cit. ant. pp. 23-24.

Actualidad Juridica 29 final.indd 59 21-01-14 11:45

otras latitudes. La realidad de las ciencias sociales, dentro de las que el derecho forma parte, obliga a una reflexión crítica para que el injerto propuesto no sea rechazado por el paciente, con todo lo que ello involucra para las personas que necesitan de un correcto funcionamiento del instrumento que utiliza la jurisdicción para la solución conflictos.

Los ejemplos de soluciones jurídicas nacidas en un determinado sistema jurídico, cuando son trasladadas a otros ámbitos, pueden terminar convirtiéndose en un fracaso estrepitoso. Los estudiosos del derecho comparado advierten, con mayor o menor énfasis, que los fenómenos de recepción jurídica en un Estado distinto de aquel en que tuvieron su origen, forman parte de procesos culturales generales, más amplios que el mero caso aislado de la recepción normativa[11].

2.2. Condiciones para el éxito de los trasplantes jurídicos

Entre otras condiciones el éxito de un trasplante jurídico depende, en primer lugar, de la prudencia del legislador. Es a este poder del Estado a quien compete evitar que se proyecten en las leyes propuestas idealizadas o que sean el resultado de una copia en la que no se advierta que el órgano a injertar será rechazado por incompatibilidad con el paciente a mejorar.

De igual forma, se debe huir del exceso de pragmatismo y de las apuestas ciegas por la técnica jurídica. Esta última puede ser causa de un profundo malestar, atendido que podría facilitar instrumentos que terminen por causar el mal a otros.

Como ya lo advertía Aristóteles, en una máxima que se ha hecho clásica, "un pequeño error en el principio se hace grande al final". Podría bastar un cambio jurídico para poder empeorar la vida de centenares de personas.

3. La idealización de la figura del oficial de ejecución

No se debe descartar que en este proceso legislativo estemos frente a una idealización de la figura del oficial de ejecución.

Tal como consta de los antecedentes que pasamos a analizar, se ha optado por entrar a discutir acerca de sus funciones, sin haber definido una serie de aspectos que resultan medulares.

[11] Mayores explicaciones en, SÁNCHES-BAYÓN, Antonio, *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*, ob. cit., pp. 17-132.

Actualidad Juridica 29 final.indd 60 21-01-14 11:45

Conforme consta en el Acta de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, Sesión N° 290, celebrada el 13 de agosto de 2013, al iniciar la discusión sobre la ejecución, un representante del Ministerio de Justicia dejó constancia que se ha estado trabajando en la elaboración del estatuto orgánico,

> "para lo cual se han licitado estudios, visitado países que pueden servir de modelo y se ha conformado un panel de expertos para sentar las bases que requiere esta nueva institucionalidad, el cual está compuesto por quince profesionales de distintas zonas del país y que evacuó un informe final que entregó a la Comisión. Agregó que se pretende contar con un anteproyecto dentro de los próximos meses y que, de acuerdo con las recomendaciones de dicho panel, se estaría pensando en oficiales de ejecución que sean abogados, con una serie de calificaciones profesionales y técnicas, y responsabilidades de diversa índole".

No dejar de ser paradojal esta forma de legislar, atendido que el oficial de ejecución tiene varias y hasta dispares funciones. Tal como lo ha puesto de relieve en nuestra doctrina el trabajo de Vargas,

> "el derecho procesal civil europeo de los últimos años muestra diversos formatos de desjudicialización de la ejecución civil. Muchos países han modificado su legislación y han adoptado distintos modelos que difieren según sean más o menos centralizados, según la regulación y calificación que se exige a los encargados de la ejecución y según el tipo de órganos y agentes que desempeñarán esta tarea. En relación a este último punto, se pueden distinguir cuatro modelos que van desde sistemas de ejecución a cargo de funcionarios judiciales, como ocurre en España, pasando por agencias administrativas independientes del Poder Judicial, como en el caso de Suiza, hasta la entrega de la tarea de ejecutar a oficiales estatales supervisados por la autoridad (oficiales de ejecución), como sucede, por ejemplo, en Holanda"[12].

3.1. Presentación abstracta de la figura

Sin perjuicio de otros antecedentes que permiten ir examinando el trasplante por clonación que se está haciendo con la figura del oficial de ejecución, veamos la manera cómo se realizó su presentación para comenzar el debate parlamentario[13].

[12] VARGAS PÁVEZ, Macarena, "Hacia la desjudicialización de la ejecución civil", en *Revista Chilena de Derecho* N° 40, 2013, pp. 138-139.

[13] Lo que sigue consta del Acta de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, Sesión N° 290, celebrada el 13 de agosto de 2013.

Actualidad Juridica 29 final.indd 61 21-01-14 11:45

En esa Sesión de la Comisión pertinente de la Cámara de Diputados, de 13 de agosto de 2013, se lee:

> "el profesor señor Silva dio a conocer que esta materia es uno de los aspectos más innovadores del proyecto. Recordó que el 90% de las labores que desempeñan los tribunales está representado por la resolución de juicios ejecutivos, lo que no importa el ejercicio de jurisdicción, sino de facultades meramente administrativas, razón por la cual se propone descentralizar la ejecución, es decir, extraer de los tribunales de justicia todos aquellos aspectos de la ejecución que tienen más bien un carácter administrativo, encomendándoselos a un oficial de ejecución, cuyo perfil será definido en su estructura y detalles por las comisiones orgánicas, con lo que se busca emular la institución que existe en Francia, conformada por personas que ejercen una función pública, quienes podrían homologarse a los árbitros en Chile y que manejan la ejecución estando sujetos en forma permanente al control jurisdiccional, debiendo resolverse las controversias que surjan, ya sea directamente por el juez, o con consulta a este último. Igualmente, si se requiere el auxilio de la fuerza pública, el oficial de ejecución debe solicitarlo previamente al órgano jurisdiccional, que actúa como una especie de juez de garantía".

Luego, el mismo expositor señaló que

> "los oficiales de ejecución a los que se pretende encomendar estas labores administrativas podrían ser equiparados a los síndicos de quiebra, que administran la ejecución universal, derivada de los procesos concursales, encargándose los primeros, a diferencia de estos, de la ejecución particular". "En relación con el estatuto del oficial de ejecución, comentó que sería similar al de los síndicos, en el sentido de que se trataría de personas investidas de potestad pública que están organizadas en forma privada, sujetas a un control estricto que puede provenir de la Administración del Estado, a través de una Superintendencia o del Poder Judicial"[14].

En la misma instancia de discusión, el 13 de agosto de 2013, la autoridad política responsable de la Reforma admitió que todo esto está en fase de inspiración. Tal como consta en el Acta respectiva, el Subsecretario Juan Ignacio Piña

[14] Ratificando la inspiración francesa, el profesor Silva explicó que "actualmente la ejecución se efectúa por instrucciones del juez a través del receptor judicial, que se limita a cumplir una orden, y existe una relación asimétrica entre el deudor y el acreedor. Indicó que en el N° 2 del artículo 432 del proyecto, que será complementado con el estatuto orgánico del oficial de ejecución, se homologa la situación de este funcionario con la del francés, cuya tarea más destacable es la de servir como mediador, incluso con instituciones bancarias o financieras. Puntualizó que en dicha norma se insinúa la reglamentación inicial procedimental de esta figura, al disponer que el ejecutado podrá "aceptar o convenir la propuesta alternativa de pago del crédito ejecutado o de cumplimiento de la obligación 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".

Actualidad Juridica 29 final.indd 62 21-01-14 11:45

"dio a conocer que son varios los modelos de oficiales de ejecución que existen en el mundo, pero la mayoría de ellos son funcionarios públicos y en caso contrario están analogados a ellos en cuanto a sus responsabilidades. Hizo presente que en cualquiera de los dos escenarios, para efectos de nuestra legislación, se reconoce que estas últimas deberían ser similares a las de los funcionarios públicos aun cuando no lo fueran por su naturaleza, tal como se ha procedido, por ejemplo, con la figura de los certificadores de modelos de prevención de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En consecuencia, si bien no se ha definido la naturaleza que tendrán los oficiales de ejecución, se ha tomado una decisión respecto de su responsabilidad y cualificación".

3.2. El inicio de la discusión

No obstante lo anterior, transcurridos algunos días, la misma autoridad política aparece clarificando que el tema debe ser desplazado para el debate sobre la ley orgánica del oficial de ejecución.

Tal propuesta fue aceptada por los H. Diputados presentes por las razones que constan en el Acta de la Sesión N° 292, celebrada el martes 27 de agosto de 2013[15].

[15] Por su relevancia nos vemos obligados a transcribir su contenido: *"El señor PIÑA recordó que en la pasada sesión se formularon diversas preguntas sobre la naturaleza que tendrá el futuro oficial de ejecución". "Indicó que el Ejecutivo entendió que existía una objeción inicial respecto de la posibilidad que tal oficial fuera un particular, al cual se le haría extensivo el estatuto sobre responsabilidad de los funcionarios públicos". "Al respecto, luego de revisar el estado del arte en los países que han incorporado la figura del oficial de ejecución, informó que de los cuarenta países que cuentan con esta figura u otra análoga, veintidós de ellos lo han establecido como un funcionario público y dieciocho los han incorporado como particulares. Ello demuestra que resulta perfectamente posible la intervención de particulares en la figura del oficial de ejecución, estableciendo el correspondiente mecanismo de responsabilidad". "Sin embargo, hizo presente que el Ejecutivo no ha adoptado en momento alguno la definición que el oficial de ejecución será de carácter privado. Por el contrario, se había adoptado la decisión de tomar una u otra opción, en el momento que la discusión de carácter orgánico tuviera lugar". "Manifestó que no existiendo objeciones de carácter dogmático para vetar una u otra alternativa, y considerando las objeciones formuladas por la Comisión respecto de la posibilidad que el cargo de oficial de ejecución fuera desempeñado por particulares, el Ejecutivo adoptó la decisión de establecer el oficial de ejecución con carácter de funcionario público, más precisamente como un auxiliar de la administración de justicia. Por ello, le será aplicable no sólo la regulación del Código Orgánico de Tribunales, sino también las normas del artículo 260 del Código Penal y las demás normas vigentes en materia de responsabilidad administrativa". "Destacó que los detalles más finos de lo que será esta institución deberán determinarse en una discusión orgánica de más largo aliento". Concluida la intervención anterior, consta que el diputado señor Araya "sostuvo que la explicación proporcionada por el Subsecretario de Justicia despejó las dudas que existían sobre esta materia, por lo que resulta perfectamente factible iniciar la discusión particular del Libro Cuarto". "El diputado señor RINCÓN indicó que el Ejecutivo durante la discusión del nuevo Código anunció que ingresaría el estatuto orgánico del oficial de ejecución. Por ello, más allá de las definiciones conceptuales expresadas por el Subsecretario, existe un compromiso pendiente del Gobierno en esta materia". "Solicitó que el Ejecutivo cumpla el compromiso adquirido anteriormente y señale la fecha en que ingresará el estatuto orgánico del oficial de ejecución". "El señor PIÑA afirmó que es efectivo que existe un trabajo pendiente respecto del modelo orgánico asociado a esta gran reforma. Señaló que tal tarea se ha estado desarrollando y que en un plazo muy breve podría traducirse en un borrador inicial. Sin embargo, estimó que resulta probable que tal borrador requiera de un "reposo" previo antes de su presentación. Si bien resulta*

Actualidad Juridica 29 final.indd 63 21-01-14 11:45

De lo referido se puede concluir que a esta fecha no sabemos si el trasplante por clonación será aceptando el denominado *huissier* del modelo francés o el que se pueda clonar de cualquiera de los otros países que conforman el corpus de derecho comparado que estarían inspirando al Proyecto. Ellos podrían ser Israel, Azerbaiyán, Finlandia, Alemania, República Checa, Lituania, Estonia, Letonia y algunos de la Federación Rusa. No es una fuente oficial la que refiero, pero un contingente ya habría visitado Hungría para seguir intentando definir el modelo.

En mi opinión, resulta francamente difícil imaginar que se pueda garantizar una buena técnica legislativa en este caso. Ojalá me equivoque, pero la opción por debatir sin saber quién y qué naturaleza tendrá el mentado oficial de ejecución, podría llevar a que el resultado final sea el fruto de la idealización personal de los miembros de la Comisión, que entienden que se pueden fijar las reglas de procedimiento a ese ente abstracto, a sabiendas que el derecho comparado invocado como sustento muestra varias y contradictorias opciones.

Es pertinente anticipar al resto de los parlamentarios que intervengan en la génesis del Código Procesal Civil que en el primer trámite legislativo ha comenzado a asignar funciones sobre las imágenes o representaciones ideales que cada uno de los miembros de la Comisión tenga del oficial de ejecución.

4. El rechazo de los trasplantes jurídicos y el recurso extraordinario

4.1. Antecedentes legislativos

Como lo reconoce el Mensaje, la introducción del recurso extraordinario es una propuesta radical, que también viene amparada en el derecho comparado.

En tal sentido, el nuevo diseño recursivo se explica argumentando que

> "(...) en lo que sin duda constituye una de las innovaciones más importantes que contempla el Código, se reemplaza el actual recurso de casación en el fondo, por un recurso extraordinario a través del cual se fortalece el rol

evidente que las definiciones de carácter orgánico son esenciales para cerrar adecuadamente las decisiones que se están adoptando en materia de procedimientos, la demanda de tenerlo plenamente definido equivaldría a haber exigido que durante la discusión del Código Procesal Penal se haya resuelto todo lo vinculado a la ley orgánica del Ministerio Público. Recordó que la retroalimentación que ha existido en la tramitación del proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil así lo demuestra. En la definición del modelo orgánico la opinión de esta Comisión tuvo una importancia trascendental".- "Por tanto, no constituye un defecto que el modelo orgánico no se encuentre totalmente definido y presentado ante el Congreso Nacional. La postergación en su presentación ha permitido que el que en definitiva se presente sea capaz de dialogar adecuadamente con el procedimiento que se está acordando".- "El diputado señor BURGOS estimó que es posible continuar avanzando en la discusión, aun cuando no se cuente con el modelo orgánico a la vista".-

Actualidad Juridica 29 final.indd 64 21-01-14 11:45

de la Corte Suprema como máximo tribunal de la República encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país".- "La Corte podrá avocarse al conocimiento de un asunto siempre que concurra un interés general que haga necesaria su intervención y ello con base en un sistema amplio de tipificación de causales que justifiquen ese interés general". "Se introducen, asimismo, criterios de discrecionalidad en la admisibilidad del recurso, de manera que corresponderá a la sala respectiva de la Corte Suprema decidir, soberanamente, si las razones invocadas por el justiciable cualifican o no con ser de interés general, y por ende si amerita avocarse o no al conocimiento del asunto".

No obstante la complejidad del tema, las sesiones destinadas a su el estudio fueron mínimas. En términos cuantitativos, el recurso extraordinario comenzó a discutirse en la mitad de la sesión 285, celebrada de 15:40 a 18:00 horas, el 30 de julio de 2013, y culminó pocas semanas después, en la sesión N° 290, de 13 de agosto de 2013[16].

Lo anterior debe ser considerado como un auténtico record legislativo, si se compara con lo acontecido en el debate para introducir el recurso de casación en el fondo al derecho chileno. En efecto, este medio de impugnación surgió del trabajo de varias comisiones que durante décadas debatieron sobre el particular. Sus resultados quedaron recogidos en un conjunto de actas que demuestran que tenían clara conciencia que estaban incorporando una institución ajena a nuestra tradición histórica[17].

En el plano de la difusión, el meteórico logro anterior fue resaltado por la principal fuente secundaria que tiene la Reforma al proceso civil, *El Mercurio Legal*. En dicho medio electrónico, el 15 de agosto de 2013, informaba que por unanimidad se había aprobado el articulado que crea y regula el recurso extraordinario, para reemplazar al recurso de casación. Acto seguido, recogía la opinión de la Ministra de Justicia, doña Patricia Pérez, quien destacaba el punto que "haya sido una aprobación unánime, porque en definitiva no sólo implica un avance en el articulado, sino que además ha sido uno de los puntos

[16] Las sesiones 286 y 288 aparecen como celebradas, pero a la fecha de escribir este trabajo no estaban disponible en la página web de la CCLJ.

[17] Es clásica la obra de CIUDAD ESPEJO, Luciana, *Origen y desarrollo de los elementos fundamentales de la casación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965, pp. 10-45. Otros antecedentes sobre la incorporación del recurso de casación y su evolución, MUÑOZ GAJARDO, Sergio, "Presente y futuro de la casación civil en Chile", en *Derecho Procesal Contemporáneo,* VV.AA., Santiago: Punto Lex, 2010 (coord. R. Tavolari), pp. 90-182; RODRÍGUEZ, Agustín, "Estudio sobre el recurso de casación", Memoria de prueba, Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la U. de Chile, publicada en *Revista Forense Chilena*, Nos. 1 y 2, pp. 5-42, y Nos. 3 y 4, 1898, pp. 129-193; GARCÉS V. Arístides, *La casación en Chile*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1903.

Actualidad Juridica 29 final.indd 65 21-01-14 11:45

que suscitó más análisis y discusión"[18], agregando que "(…) a diferencia de otras materias en las que no existió unanimidad, aquí sí la hubo".

Sin embargo, la visión de la autoridad política contrasta con la emitida por el diputado Cristián Monckeberg –presidente de la Comisión de la Cámara–, quien hizo presente, según la misma fuente, que si bien se aprobó por unanimidad la propuesta del Gobierno, ello ocurrió tras una discusión importante y "con hartas dudas". Asimismo, recordó que "cualquier diputado puede abrir el debate y presentar una indicación, además de que todavía falta la discusión en el Senado". "Queda mucho", añadió, aunque se mostró confiado en que sea cual sea la próxima Presidenta de la República, "ambos gobiernos van a estar en la lógica de avanzar en el proyecto".

4.2. El quiebre por razones de derecho comparado

En esta investigación sobre la utilización del "derecho comparado", como base de inspiración de la Reforma al proceso civil, no podemos dejar de examinar que éste también ha sido utilizado para justificar el quiebre en la implementación del recurso extraordinario.

En lo que supera el ámbito de una disputa meramente académica, el profesor Raúl Tavolari se distanció de la propuesta original. Su nueva posición se funda en varias razones prácticas y en un conjunto relevante de fuentes jurídicas extranjeras, tal como se lee en el Acta de la Sesión N° 285, de 30 de julio de 2013. Para lo que aquí interesa destacar, el mencionado académico se mostró reacio a la consagración del recurso extraordinario,

> "ya que si bien no es contrario a efectuar innovaciones aun cuando sean radicales, debe tenerse en consideración que todas las legislaciones actuales latinoamericanas e iberoamericanas que se han modificado contemplan y fortalecen la casación. Así, mencionó, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código colombiano, de 2012, y las legislaciones argentinas de mayo del año en curso. En razón de lo anterior, propuso, como alternativa, incorporar el tema de la uniformidad jurisprudencial como una causal específica de procedencia del recurso de casación, es decir, la circunstancia de que el fallo que se impugna haya vulnerado o infringido los precedentes jurisprudenciales"[19].

[18] En las sesiones ya referidas, que tienen sólo horas de duración.

[19] También, en relación al derecho comparado, TAVOLARI "hizo hincapié en que todas las legislaciones, incluida la nuestra, otorgan a la casación la uniformidad de la jurisprudencia como finalidad básica y si ello no se cumple, significa que no se está procediendo bien. Agregó que, en materia laboral, ha sido patética la experiencia que se ha tenido con el recurso de unificación de jurisprudencia, pues no sirve. La uniformidad de jurisprudencia que supone actuar sobre realidades fácticas semejantes es imposible de plantear. Señaló que el número de tales recursos que han sido acogidos es prácticamente inexistente y que su interposición provoca una sensación de impotencia al administrar justicia".

Actualidad Juridica 29 final.indd 66 21-01-14 11:45

En términos categóricos, concluyó indicado que "la incorporación del recurso extraordinario es dañina para el Estado de Derecho y la forma en que se imparte la justicia chilena".

4.3. La opinión del paciente que sufrirá el trasplante

En esta discusión no se puede dejar de mencionar la opinión de la Corte Suprema, de 31 de enero de 2013, en la que la mayoría del Pleno acordó no estar conforme con este cambio[20]. De un modo directo, el nuevo sistema de selección de los asuntos que se propone no le parece admisible, atendido que ya cuenta con dicha atribución, al poder rechazar la casación de fondo por manifiesta falta de fundamento.

Esa causal de admisibilidad del recurso fue introducida por la reforma de la Ley N° 19.374 de 1995. Tal exigencia se hace operativa en el segundo estudio de admisibilidad, si la unanimidad de los ministros de la sala estiman que él ha sido deducido con "manifiesta falta de fundamentos" (art. 782 inc. 2° CPC)[21].

---

[20] Lo anterior consta en el Oficio N° 24-2013, donde se comunica que expuesto al Tribunal Pleno, sobre el referido medio de impugnación la mayoría estimó que éste no era procedente por las siguientes razones: "Undécimo: Que acápite aparte merece el nuevo recurso extraordinario, regulado entre los artículos 405 a 416.

El artículo 405 menciona el interés general como requisito para solicitar la intervención de la Corte Suprema, la que puede decidir si se aboca o no al conocimiento del asunto para lo cual requiere mayoría en la sala según lo señala el artículo 409.

El artículo siguiente, al igual que la casación actual, señala las resoluciones respecto de las cuales procede el recurso en términos similares a lo dispuesto en el artículo 767 en vigor, salvo en cuanto a la materia arbitral, que queda excluida en el nuevo Código.

La regulación que se propone entrega una atribución discrecional que puede equipararse a la institución del "certiorari". En efecto, se indica en el artículo 409 del proyecto que la Corte Suprema solamente conocerá de un asunto cuando esté involucrado el interés general, concepto que comprende las siguientes causales:

a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y; b) En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.

Respecto de este recurso el Tribunal Pleno advierte su inconveniencia, toda vez que limitaría las atribuciones que por esencia le son propias, puesto que solamente podrá conocer asuntos a través del recurso extraordinario bajo la exigencia de un concepto genérico y vago, como resulta ser el de "interés general". Se estima conveniente que la procedencia del recurso por "infracción de ley" se incorpore expresamente.

En relación a la discrecionalidad en la selección de los asuntos que va a conocer, se hace presente que en la actualidad el máximo tribunal cuenta ya con dicha atribución a través de la facultad de rechazar la casación de fondo por manifiesta falta de fundamento.

En definitiva, la Corte Suprema se inclina por mantener la casación en términos similares a la regulación actual, consagrándose la obligación de uniformar la jurisprudencia y exigiéndose una cuantía mínima de 2750 unidades tributarias mensuales aproximadas (equivalente a 5000 unidades de fomento) para interponer el recurso. De esta forma, se propone una casación sin distinción entre lo procesal y (lo sustantivo, por infracción de ley y sin causales".

[21] En palabras de CORTÉS MATCOVICH, "La Corte Suprema chilena ha contado desde hace tiempo con las herramientas que le permitirían constituirse en una Corte de *precedentes* y ha aplicado con una cuota importante de discrecionalidad mecanismos de selección informales, que enmascaran una suerte de *certiorari* a la chilena" (CORTÉS MATCOVICH, Gonzalo, "Perspectivas generales del recurso

Actualidad Juridica 29 final.indd 67 21-01-14 11:45

Un estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema permite apreciar que ella ha podido fijar criterios para la racionalización de los casos que estima debe conocer. Mediante un trabajo gradual y silencioso se ha producido un avance, que le permite rechazar la cláusula de discrecionalidad que viene contenida en el PCPC.

Debe celebrarse que la Corte Suprema no quiera incorporar a su actividad un juicio preliminar, que inevitablemente estará lleno de juicios de valor sobre la determinación concreta del interés general como parte del agravio recursivo extraordinario.

La opción anterior evita, entre otras consecuencias, que se generen en situaciones que hoy no están presentes, por el sólo hecho de introducir un sistema de selección con causal indeterminada, entiéndase el interés general, que el recurso tenga trascendencia, o que denuncie la violación a los derechos fundamentales o los derechos humanos[22], entre otras posibilidades.

Cualquier fórmula que descanse en un concepto jurídico indeterminado podría llevar a situaciones que hoy no se apreciar en el ejercicio forense, como podría ser que algunos entiendan que el interés general depende de la parte que recurre, de la significación política que el asunto tenga para el gobernante de turno. Y, por qué no señalarlo, de la actuación de operadores y alegadores de pasillo que se conviertan en los portadores del oráculo del interés general.

A diferencia de lo propuesto en el PCPC, la tarea legislativa y de la Corte Suprema, a mi entender, debe avanzar a objetivar más el sistema de selección. En el plano ideal, mediando un trabajo de largo plazo se debería llegar a que la manifiesta falta de fundamento provenga de contrariar la existencia de una doctrina jurisprudencial consolidada. Lo anterior es sin perjuicio de introducir mecanismos para solicitar cambios de criterio jurisprudencial, para advertir que se abrió la posibilidad de modificar una determinada línea jurisprudencial.

Por ahora la selección preliminar existente, por manifiesta falta de fundamentos, se traduce en las siguientes hipótesis: a) Si el recurso se desarrolla sobre la base de hechos no establecidos por los jueces del fondo, sin denunciar que dicha omisión se dio por infracción a las leyes reguladoras de la prueba[23]; b) Si

extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil", *Actualidad Jurídica*, N° 21, 2010, p. 427). Otra visión del tema en DELGADO CASTRO, Jordi, "El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema", en *Actualidad Jurídica*, N° 22, 2010, pp. 361-375.

[22] Sobre esta forma de concebir el sistema jurídico, *cfr.* ALVEAR TÉLLEZ, Julio, "Los Derechos Humanos como ideología. Una lectura desde el pensamiento 'antimoderno'", en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 3, 2013, pp. 39-73.

[23] CS, 5 de noviembre de 2010, Rol Nº 9560-2009. En igual sentido, CS, 8 de julio de 2010, Rol N° 3.618-10; CS, 18 de enero de 2010, Rol N° 80-2010; CS 18 de enero de 2010, Rol N° 9.686-2009; CS, 22 de abril de 2010, Rol N° 8-717-2009; CS, 11 de marzo 2009, Rol N° 167-2009; CS, 16 de marzo de

Actualidad Juridica 29 final.indd 68 21-01-14 11:45

el recurso no desarrolla determinadamente en qué consisten los errores de derecho que pretende en la aplicación de las leyes reguladoras de la prueba[24]. c) Si el recurso es ajeno a las consideraciones señaladas por el demandado para fundamentar la contestación a la demanda, no habiendo introducido en el periodo de discusión el alegato que tiene un derecho que no formó parte del tema controvertido[25]. d) Si el recurso cuestiona una valoración de la prueba realizada por los jueces conforme a la sana crítica, salvo que se haya configurado la hipótesis de excepción que permite descubrir una infracción en este sistema de ponderación[26]; e) Si el recurso se desarrolla en contra de hechos establecidos por los jueces del fondo, denunciado las leyes reguladoras de la prueba, "pero sin señalar determinadamente –más allá de una apreciación diversa de los antecedentes agregados al proceso– en qué consisten los errores de derecho que pretende en la aplicación de las referidas leyes reguladoras de la prueba"[27]. f) Si a través del recurso lo que se ataca no es la infracción de una norma legal imperativa, sino la ponderación de la prueba[28]; g) Cuando se denuncia un requisito de validez para la práctica de una actuación judicial que no se impone en la ley[29]. h) Cuando se denuncian hechos establecidos por los jueces del fondo apreciando la prueba en conciencia[30]. i) Cuando el recurso no contenga directamente las infracciones legales que se atribuyen al fallo recurrido y se plantee en forma dubitativa, contradictoria, subsidiaria o alternativa[31].

2009, Rol N° 198-2009; CS, 2 de junio de 2009- Rol N° 3.327-2009; CS, 4 de junio de 2009, Rol N° 3.328-2009; CS, 23 de junio de 2009, Rol N° 3.940-2009; CS, 24 de junio de 2009, Rol N° 3.749-2009; 25 de junio de 2009, Rol N° 3.925-2009; CS, 25 de junio de 2009, Rol N° 1.850-2009; 25 de junio de 2009, Rol N° 1.097-2009; CS, 30 de junio de 2009, Rol N° 3.700-2009; CS, 8 de abril de 2008, Rol N° 7.027-2008; CS, 13 de marzo de 2007, Rol N° 7.118-2007; CS,9 de septiembre de 2009, Rol N° 5776-2009; CS, 22 de septiembre de 2009, Rol N° 4.384-2009; CS, 18 de noviembre de 2009, Rol N° 6.313-2009; CS, 5 de marzo de 2008, Rol N° 6.782-2007; CS, 6 de marzo de 2008, Rol N° 6.781-2007; CS, 10 de marzo de 2008, Rol N° 6.891-2007; CS, 13 de marzo de 2008, Rol N° 6.917-2007; CS, 16 de octubre de 2008, Rol N° 6.069-2008; CS, 10 de noviembre de 2008, Rol N° 5.881-2008; CS, 24 de noviembre de 2008, Rol N° 4.150-2008; CS, 27 de junio de 2007, Rol N° 5.421-2006; CS, 27 de agosto de 2007, Rol N° 609-2007; CS, 21 de marzo de 2006, Rol N° 4.023-2005; CS, 28 de agosto de 2007, Rol N° 2.633-2006; CS, 27 de junio de 2004, Rol N° 4.889-2004; CS, 6 de septiembre de 2005, Rol N° 4.613-2004; CS, 11 de octubre de 2005, Rol N° 1.316-2005; CS, 31 de octubre de 2005, Rol N° 1.365-2005; CS, 31 de octubre de 2005, Rol N° 2001-2005; CS, 13 de diciembre de 2005, Rol N° 576-2005). CS, 14 de enero de 2010, Rol Nº 9.7710-2009. En igual sentido, CS, 14 de enero de 2010, Rol Nº 9.628-2009; CS, 24 de marzo de 2009, Rol N° 1.461-2009; CS, 25 de marzo de 2008, Rol N° 3.088; CS, 1 de julio de 2008, Rol N° 7.107-2007; CS, 26 de noviembre de 2008, Rol N° 4.190)

[24] CS, 4 de enero de 2011, Rol Nº 9.316-2009.

[25] CS, 5 de enero de 2010, Rol Nº 8427-2009.

[26] CS, 14 de enero de 2010, Rol Nº 5.158-2009. En igual sentido, CS, 30 de enero de 2008, Rol N° 4.643-2007; CS, 13 de marzo de 2007, Rol N° 7.118-2007; CS, 19 de febrero de 20080, Rol Nº 492-2008; CS, 28 de agosto de 2006, Rol N° 3.317-06.

[27] CS, 18 de enero de 2010, Rol Nº 9.537-2009. En idéntico sentido, CS, 18 de enero de 2010, Rol N° 54-2010; CS, 1 de julio de 2008, Rol N° 6.543-2007; CS, 7 de julio de 2008, Rol N° 3.060-2008; CS, 9 de julio de 2008, Rol N° 3.716-2008)

[28] CS, 20 de enero de 2010, Rol N° 6.598-2009; CS, 25 de junio de 2009, Rol N° 1.379-2009; CS, 25 de noviembre de 2008, Rol N° 3.217-2008.

[29] CS, 16 de marzo de 2009, Rol N° 5.883-2008.

[30] CS, 7 de abril de 2009, Rol N° 1.649-2009.

[31] CS, 25 de junio de 2009, Rol N° 3.925-2009.

Actualidad Juridica 29 final.indd 69 21-01-14 11:45

j) Si el recurso denuncia normas relativas a la corrección del procedimiento y no leyes sustantivas[32]. k) Si el recurso denuncia como infracción que se haya acogido la demanda estableciendo el hecho mediante la presunción derivada a la negativa a practicarse un examen de ADN[33].

5. Selección de causas y derecho comparado

El derecho comparado muestra que los sistemas de selección de casos por parte de los tribunales supremos está lejos de ser una actividad uniforme. La realidad de cada país está condicionada a múltiples factores[34].

(i) En Argentina este mecanismo se incorporó en una reforma de 1994 (Ley N° 23.744). Concretamente, el art. 280 del CPC, con el objeto de dar protección al "derecho federal", concepto que se asimila a la protección de la Constitución Nacional.

La idea que inspiró el cambio era que el trabajo de la Corte Suprema se centrara en temas "trascendentes"[35]. Para tal propósito se permite que ella, "según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia..." [36].

El modelo argentino, según lo destacan algunos autores, se trataría de un trasplante jurídico que se caracteriza por su separación del modelo nor-

[32] CS, 30 de junio de 2009, Rol N° 3.090.
[33] CS, 25 de abril de 2005, Rol N° 4.620-2004.
[34] Sobre las diversas opciones técnicas, *cfr.* NIEVA FENOL, Jordi, "La enunciación de los modelos de casación en las leyes procesales", en *El recurso de casación*, Santiago: AbeledoPerrot, 2010, pp. 75-102.
[35] Dentro de los primeros estudios del tema, LEGARRE, Santiago, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario,* B. Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 10-94; MORELLO, Augusto M., *La nueva etapa del recurso extraordinario,* B. Aires: Abeledo Perrot, 1990, pp. 1-165.
[36] En el último tiempo, el sistema argentino ha sufrido otra reforma, permitiendo que se recurra a la Corte Suprema utilizando el "recurso extraordinario por salto de instancia", aprobado por la Ley N° 26.790 (promulgada el 30 de noviembre de 2012). En ella se modificó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Conforme al art. 257 bis: "Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior".- "Existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados".- "La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad".- "Sólo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares".- "No procederá el recurso en causas de materia penal".

Actualidad Juridica 29 final.indd 70 21-01-14 11:45

teamericano, atendido que también podría revisar el derecho que cada provincia se haya podido dar soberanamente[37].

En la práctica, lo que pretendió ser una ayuda para aminorar la recarga de trabajo, ha llevado al surgimiento de una oficina burocrática compuesta de centenares de funcionarios que colaboran en seleccionar los casos trascedentes. Dicha actividad culmina para centenares de recursos con una resolución tipo que desestima el recurso extraordinario por no cumplir con las exigencias del art. 280 del CPC. Los justiciables no tienen acceso a la carpeta reservada en la que se estudió tan relevante asunto[38].

(ii) El sistema norteamericano es conocido porque su Tribunal Supremo utiliza un sistema de selección conocido como "certiorari". Tal actividad se da dentro de un Estado Federal, que garantiza a todas las personas su derecho al debido proceso, al permitir que sus pretensiones sean examinadas conforme al sistema de justicia de cada Estado de la Unión[39]. Bajo tal supuesto, no produce desazón que el *certiorari* pueda operar dentro de un contexto de control conocido como el gobierno de los jueces.

En relación a la influencia que tendría este modelo en la reforma chilena, por la carencia de fuentes públicas de los debates previos a la propuesta normativa, no permite afirmar si es esta la inspiración en el derecho comparado.

Lo que si tenemos claro es que la opinión de De la Oliva sobre el modelo anterior, expuesta en la P. Universidad Católica de Chile no fue oída. Sobre el punto que interesa dicho autor señalaba:

"que, en los EE.UU. de América, nueve magistrados vitalicios, designados por el Presidente, decidan aquello que los va a ocupar y desechen lo que no les parezca de interés, me parece admisible y aceptable, aunque sólo sea porque así veo qué les parece a la mayoría de los juristas estadounidenses. Pero esa pieza del complejo ordenamiento jurídico americano-estadounidense, ordenamiento al servicio de una muy singular y compleja sociedad, no conviene pretender introducirla en el engranaje de otros ordenamientos con piezas, tradiciones e inspiraciones diferentes, generados en sociedades muy distintas, para utilidad de los miembros de esas sociedades. Los que propugnan tales trasplantes, en una burla deplorable del genuino y serio

[37] Una tesis distinta postula MORELLO, indicando que la Corte Suprema Argentina sería una fiel reproducción del modelo de los EE. UU. de América, al punto que en los casos trascendentes se apoya en precedentes de la homónima, al punto de ser frecuentes las menciones literarias de sus obras jurídicas especializadas (MORELLO, Augusto M., *La nueva etapa del recurso extraordinario,* ob. cit. p. 47).

[38] Un estudio del tema desde la perspectiva de la etnografía judicial, BARRERA, Leticia, *La Corte Suprema en escena*, B. Aires: Siglo XXI, 2012, pp. 29-154.

[39] Mayores antecedentes en TARUFFO, Michele, HAZARD, Jr. Goefrey, *La justicia civil en los Estados Unidos*, tr. F. Gascón, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 55-61.

Actualidad Juridica 29 final.indd 71 21-01-14 11:45

derecho comparado, no actúan movidos por un serio estudio de lo que conviene a sus países y a la generalidad de los habitantes de esos países. Manipulando un ejemplo foráneo en razón de lo que a ellos, estrictamente a ellos (no necesariamente siquiera a sus inmediatos sucesores), les conviene o les viene bien"[40].

(iii) En el caso español se reconoce el recurso de casación como un mecanismo extraordinario, cuya competencia le corresponde al Tribunal Supremo. Lo anterior es sin perjuicio de los recursos de casación que pueden conocer los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, especialmente, para que "controlen la regularidad y validez de la actuación procesal desarrollada y el cumplimiento de la normativa que regula los actos y garantías procesales, anulando estas resoluciones si se han quebrantado". La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, utiliza como baremo principal que el recurso revista "interés casacional".

Aunque se podría continuar con las referencias al derecho comparado, con ello lo único que podríamos apreciar es la existencia de una variedad de criterios existentes para la selección de causas.

Por lo mismo, si se estima perseverar en este punto, es recomendable precisar más qué modelo de trasplante se elige. Se debe abandonar el de clonación y pasar a otro por recepción, pero procurando siempre evitar un rechazo por incompatibilidad en el funcionamiento de la Corte Suprema.

6. Un contraste en la utilización del derecho comparado

A diferencia del actual, el legislador del siglo XIX no tuvo la oportunidad de consultar tantas fuentes de derecho extranjero.

Cuando lo hizo para introducir el recurso de casación en el fondo, indicó que su incorporación era para "dar uniforme aplicación a las leyes", tal como se consignó en el Mensaje que acompañó al Proyecto de Código de Procedimiento Civil, de fecha 1 de febrero de 1893. A la hora de justificar ese cambio reconoció que el sistema de casación fue ideado examinando las legislaciones que consideraban eran las más adelantadas para ese época, señalando como tales la de "Francia, Italia, Bélgica, Alemania, etc."

Ahora, al optar por la inspiración foránea se tomó la precaución que la copia se ajustara a nuestra realidad. Tal forma de actuar fue sintetizada por don José Clemente Fabres, en la discusión sobre el proyecto de ley que quería crear la

[40] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Algunas ideas para la formulación de un modelo de casación civil", en *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*, Santiago: EJS, 2009, p. 57.

Actualidad Juridica 29 final.indd 72 21-01-14 11:45

Corte de Casación; allí dejó claro que "(...) el proyecto en debate no es una imitación servil a la legislación francesa[41].

En nuestra opinión, la casación chilena lleva un siglo de vida, sin que se pueda decir que ese trasplante haya sido rechazado por el órgano al que se le injertó. La organización de la Corte Suprema ha pasado por épocas, encontrándose actualmente en una etapa de reconstrucción, atendido que la reforma de 1995 introdujo un funcionamiento que hasta antes de ese cambio era desconocido.

7. Propuestas para la mejora del sistema vigente

No suscribo la propuesta de abolir el recurso de casación en el fondo. Resultaría más fructífero trabajar para corregir las deficiencias existentes en la tarea de unificar jurisprudencia, las que no se subsanarán, a mi entender, si prospera el trasplante que implica acoger el recurso extraordinario[42].

Sin perjuicio de otros puntos, la discusión sobre este tema debería apuntar a examinar lo siguiente:

1°) Reconocer que en nuestro ordenamiento ha consagrado como error decisorio litis la posibilidad que la parte inste por la nulidad de la sentencia,

[41] Continúa este legislador indicando que "nos hemos separado de ella en varios puntos importantes. Así, por ejemplo, no la hemos seguido en la teoría adoptada en Francia que consideran las sentencias de la Corte de Casación como interpretación auténtica de la ley obligatoria para todos los demás tribunales. Y nos hemos separado de esta teoría por dos razones: la primera por respeto a nuestro sistema político, apoyado universalmente por la ciencia, que divide los poderes públicos y deslinda sus respectivas atribuciones. Según este principio, es al Poder Legislativo a quien corresponde interpretar la ley de una manera generalmente obligatoria para todos; de modo que conceder esta facultad a la Corte de Casación sería dar al Poder Judicial una parte de las atribuciones del Poder Legislativo".- "La segunda razón que se tuvo presente para no aceptar aquella teoría fue que se la consideró perjudicial por todos conceptos. Y en realidad no conviene que la Corte que dicta una sentencia no pueda, más tarde, en una causa análoga, volver atrás y dar una diversa. Si se admitiera que las sentencias de la Corte de Casación fueran la interpretación auténtica de la ley, esto no podría suceder; y la verdad es que sucede a menudo, y en Francia, como en otras partes de Europa donde existen Cortes de Casación, se ve muchas veces que una sentencia está en contradicción con la dictada anteriormente" (Actas sesión extraordinaria del Senado, 41ª, del 9 de enero de 1895, pp. 736-737).

[42] Se ha hecho una defensa del mecanismo de selección propuesto en el proyecto por Francisco José García. Este autor, comentando al informe desfavorable de la Corte Suprema sobre el recurso extraordinario señaló a *El Mercurio Legal* (13 de febrero de 2013) que "el reparo más importante, aunque sea breve, es aquel que rechaza el recurso extraordinario –que sustituiría la casación—, pues se trata de una reforma mayor al rol jurisdiccional de la Corte Suprema.- "La argumentación del informe para oponerse es poco contundente y la alternativa propuesta de que sólo ingresen a ella recursos cuya cuantía mínima sea de 2.750 UTM es mala, pues presenta problemas de constitucionalidad", afirma. Y añade: "Se ha buscado demonizar el recurso extraordinario como una importación del derecho estadounidense (*certiorari*), ajeno a nuestra tradición jurídica, cuando se trata precisamente de lo contrario: un mecanismo que busca concretar el sentido último de una corte de casación y que es no convertirse en instancia, sino seleccionar aquellos casos que permitan uniformar la jurisprudencia, aumentando la certeza jurídica".

Actualidad Juridica 29 final.indd 73 21-01-14 11:45

cuando se ha consumado una discriminación en la decisión de casos análogos. Esta técnica recursiva busca denunciar la oposición a una doctrina jurisprudencial, atendiendo preferentemente a la igualdad en la interpretación del derecho que garantiza la Constitución. Tal actividad se centra en las normas y principios que componen el sistema de fuentes y que aplican los jueces, obligando a las partes a tener que debatir sobre la aplicación o rechazo de una determinada *ratio decidendi* en un caso concreto. Bajo tal esquema, la Corte Suprema debe realizar una selección de casos, pero sobre bases diversas a fijar la existencia del interés general, actividad que conlleva el riesgo de un prejuzgamieto a favor del recurrente que obtenga la admisibilidad del recurso extraordinario.

2°) Se debe evitar introducir como causal de inadmisibilidad, para unificar jurisprudencia, requisitos formalmente irritantes, como puede ser pedir al recurrente copias de las sentencias que invoca como fundantes de la discriminación.

3°) Que la Corte Suprema siga avanzando en citar sistemáticamente la doctrina sentada en sus fallos, obligando de ese modo a que los abogados y jueces tengamos la obligación profesional de tomar conocimiento de la existencia de una doctrina jurisprudencial que pueda ser invocada para la decisión de los casos análogos. De ese modo se puede contribuir a evitar la impugnación temeraria o carente de la consistencia necesaria para provocar un cambio de criterio ya sentado.

4°) Mejorar todavía más el sistema de registro y publicación de los casos resueltos.

5°) Asignar una mayor estabilidad en la composición de las Salas, reduciendo al mínimo los cambios de ministros. Favoreciendo esa forma de conocimiento y juzgamiento se facilita la producción de precedentes, que es un trabajo difícil y prolongado en el tiempo.

6°) No limitar el campo de control a las distintas fuentes jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico chileno, para garantizar que la Corte Suprema se involucre en la protección del Estado de Derecho.

7º) Perfeccionando el mecanismo de actuación del Pleno de la Corte Suprema, para ir fijando criterios de corrección a las decisiones contradictorias que puedan emanar de las Salas en que se divide.

Actualidad Juridica 29 final.indd 74 21-01-14 11:45

8. La regulación de la cosa juzgada y la prejudicialidad

8.1. Antecedentes de la discusión parlamentaria

Otro tema de la reforma donde se debe considerar el derecho comparado dice relación con la regulación de la cosa juzgada y la prejudicialidad. Este tema fue analizado por la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, en Sesión N° 290, celebrada el 13 de agosto de 2013 (con una duración de 15:45 a 18 hrs).

En esa sesión se aprobó una de las temáticas más complejas del ámbito procesal, como es el de los efectos de las sentencias.

a. La cosa juzgada

La propuesta del PCPC está contenida en el art. 216 con el nombre de efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada. Allí se dispone:

> *"en general, la cosa juzgada de la sentencia firme o ejecutoriada excluirá conforme a la ley un ulterior proceso entre las mismas partes, por el que se pretenda un nuevo juzgamiento de lo ya resuelto".*

En este caso hay aspectos que significan un avance terminológico, que nos homologa con lo que ocurre en el derecho comparado. Tal como lo explicó por el profesor Tavolari, "(…) el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, así como el efecto positivo de la misma, constituye una novedad, ya que no está reconocido en la terminología que emplea la normativa actualmente vigente.

Sin embargo, con invocación a un genérico conjunto de fuentes externas la Comisión aprobó un cambio de orientación técnica, que de mantenerse provocará problemas en el futuros, al haberse alterado sustantivamente la manera de determinar el efecto negativo de la cosa juzgada. Tal como se lee en el acta

> "el Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, señor Cristián Maturana, comentó que en el nuevo Código desaparece el concepto de acción de cosa juzgada, reservándose únicamente al aspecto excluyente o negativo de esta institución, tradicionalmente conocido como excepción de cosa juzgada.- Sostuvo que la triple identidad de la cosa juzgada ha sido actualizada, en el sentido que el principal principio de esta institución consiste en evitar la existencia de sentencias contradictorias, razón por la cual los elementos que se utilizarán para entender cuándo existe tal contradicción pueden ser meramente referenciales. Por ello, se ha decidido recurrir a la regulación moderna adoptada en el derecho comparado que procura cumplir con dicho principio, así como también evitar el fraude que implica sostener que por meras modificaciones formales podría

Actualidad Juridica 29 final.indd 75 21-01-14 11:45

> obviarse la cosa juzgada. Afirmó que puesto que resultaría absurdo que se presenten dos demandas iguales, la cosa juzgada no debería aplicarse nunca. Manifestó que si se identifica cuáles son las partes y el objeto al cual se extiende esta última, prescindiendo de la forma en que se plantean los asuntos, se consigue resguardar el principio de la concentración, de la contradictoriedad y de la seguridad jurídica que debe producir una sentencia para evitar que, por meras modificaciones formales que no tocan el fondo del conflicto, se afecte la eficacia de la cosa juzgada. En este sentido, se omite la referencia a elementos que han sido objeto de discusión, tales como la causa de pedir, cuyo alcance ha estado siempre en entredicho".

El referido art. 216 del PCPC fue aprobado por unanimidad (diputada señora Turres y diputados señores Araya, Burgos, Díaz y Mönckeberg).

Nuevamente, la duda justificación "en el derecho comparado" es opinable, ya que en las fuentes que se pueden consultar no se han suprimido los elementos de determinación del efecto excluyente, de la forma como se indica en la opinión antes transcrita.

Es efectivo que varios ordenamientos procesales no contemplan la triple identidad. En el caso nuestro no es así, atendido que nuestro Código de Procedimiento Civil, por influencia de la doctrina francesa, siguió la doctrina de las tres identidades, para determinar cuándo una resolución tiene el mérito de impedir renovar el debate sobre un tema en el que ya existe cosa juzgada. Esta opción se debe al hecho que don José Bernardo Lira redactó los preceptos relativos a la cosa juzgada, siguiendo en este punto a Marcadé. En una nota al pie de página del *Prontuario de los Juicios* Lira puntualiza que "hemos seguido en lo relativo a la escepción de cosa juzgada el comentario de Marcadé al art. 1351 del Código de Napoleón..."[43].

La determinación de la concurrencia de la triple identidad busca verificar si la nueva acción deducida es idéntica a la fallada en un proceso anterior, situación que se dará sólo cuando coincidan todos sus componentes, es decir, se trata de los mismos sujetos, causa de pedir y *petitum*. La diversidad en un solo elemento de identificación excluye la existencia de la cosa juzgada. En su aplicación práctica, la Corte Suprema no había tenido problemas para utilizar dichos componentes, al punto de indicar que la triple identidad a que se refiere el legislador debe concurrir copulativamente, bastando la ausencia de uno solo de ellos para que la excepción de cosa juzgada carezca de fuerza legal[44].

[43] LIRA, José Bernardo, *Prontuario de los Juicios o Tratado de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena*, Santiago: Mariano Servat, 1895, T. I, p. 288.
[44] CS. 17 de noviembre de 1997, RDJ, t. 94, secc. 3ª, p. 196.

Actualidad Juridica 29 final.indd 76 21-01-14 11:45

Un examen de algunas normas modernas revela una mejor técnica legislativa que la del PCPC, aportando varios elementos para auxiliar a las partes y al juez en la actividad de determinación de la fase negativa o excluyente de la cosa juzgada.

Por ejemplo, el CPC del Perú de 1993, con una mejor técnica que la que se está siguiendo en este momento de supuesta modernización, dispone

> "la cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas se deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda" (art. 123 n° 2).

En el Código General del Proceso de Uruguay se reglamenta el tema de la cosa juzgada bajo el rótulo de la "eficacia" de las resoluciones judiciales, distinguiendo entre partes y distintos tipos de terceros[45].

[45] Los preceptos pertinentes son los siguientes: Artículo 214. Eficacia de las providencias de trámite.- Las providencias de trámite podrán rectificarse y ampliarse en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, por razones de forma o de fondo, salvo si ya se ha operado preclusión. Artículo 215. Eficacia de las sentencias interlocutorias y definitivas.- Las sentencias interlocutorias, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo siguiente, y las sentencias definitivas, pasarán en autoridad de cosa juzgada. 1) Cuando ya no sean susceptibles de recursos; 2) Si las partes las consienten expresamente; 3) Si se dejan transcurrir los plazos de impugnación sin interponer el correspondiente recurso; 4) Cuando los recursos interpuestos hubieren sido resueltos y no existieren otros consagrados por este Código. Artículo 216. Eficacia de las sentencias interlocutorias que no ponen fin al proceso.

Lo resuelto por sentencias interlocutorias firmes, que no pongan fin al proceso, puede ser modificado al dictarse la sentencia definitiva, siempre que ello no importe retrotraer el procedimiento. Artículo 217. Nulidad insubsanable de las resoluciones judiciales.- Toda resolución judicial viciada por una nulidad insubsanable, podrá ser invalidada de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del proceso. Artículo 218. Eficacia de la sentencia frente a terceros. 218.1 La cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal. 218.2 También alcanza a: a) a los codeudores solidarios; b) a los titulares del dominio desmembramiento que no es el propio respecto del mismo bien. 218.3 Los socios, los comuneros, los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, aquellos cuyos derechos dependen de éstas o del acto o del contrato cuya validez o eficacia ha sido juzgada, son terceros a los que alcanza la cosa juzgada solamente si han tenido conocimiento judicial del pleito o si se amparan a la decisión en la primera oportunidad de que dispongan. También comprenderá a los que pudieren conocer la cuestión debatida en el proceso en virtud de información registral, la hubieren o no solicitado. Artículo 219. Efecto de la cosa juzgada en otro proceso.- La cosa juzgada, obtenida en proceso contencioso, tendrá efecto en todo proceso entre las mismas partes siempre que versare sobre el mismo objeto y se fundare en la misma causa. Artículo 220. Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos.- La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso. Artículo 221. Efectos de la cosa juzgada en procesos con emplazamiento a personas indeterminadas o inciertas. En los procesos en que hayan sido emplazadas como demandadas personas indeterminadas o inciertas, la sentencia surtirá efecto en relación a todas las personas comprendidas en el emplazamiento, salvo que se compruebe en el mismo proceso o en otro, que su identidad era conocida por alguna de las partes y sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Artículo 222. Inmutabilidad de la sentencia. 222.1 Pronunciada y notificada la sentencia, concluye la intervención del tribunal respecto de la cuestión decidida. Este no podrá modificar aquella en parte alguna aunque se presentaren nuevos documentos o advirtiere su error, salvo cuando se solicitare aclaración o ampliación de la misma (artículo 244). 222.2 Los errores materiales y los puramente numéricos podrán ser corregidos en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, aun durante la etapa de ejecución de la sentencia.

Actualidad Juridica 29 final.indd 77 21-01-14 11:45

La del de Enjuiciamiento Civil española, de 2000, en su art. 222 regula la cosa juzgada material distinguiendo entre partes y terceros de una manera similar a las soluciones anteriores.

En suma, tratar de evitar un tema técnico, por el camino de dejar la actividad a lo que se sindica como "elementos meramente referenciales" no es una opción correcta. Las normas existentes en otros ordenamientos y la literatura procesal mayoritaria no explican los problemas a partir de elementos etéreos o meramente referenciales, sino de categorías jurídicas que pertenecen a sus respectivas tradiciones jurídicas (causa de la acción, causa de pedir, identidad subjetiva y objetiva, entre otros). También, como suele ocurrir, hay literatura que busca ser fundacional, con pretensiones de inventar el hilo negro[46].

b. La prejudicialidad

En materia de prejudicialidad el PCPC contiene un conjunto de normas que se deben estimar como un aporte, en cuanto buscan actualizar esta materia. Para los efectos de este trabajo, el debate nuevamente se hace sin conocer si existen fuentes del derecho comparado.

La discusión sobre este tópico estuvo marcada por la regulación vigente, con especial énfasis en la reforma procesal penal, tal como quedó constancia en el acta[47].

---

[46] Sobre el tema, entre tantos, GRANDE SEARA, Pablo, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Valencia: Tirant, 2008; NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona: Atelier, 2006.

[47] Artículo 219 (Efecto de las sentencias penales en el proceso civil). *En su inciso primero, dispone que en los juicios civiles seguidos en contra de quien hubiere sido, previamente, condenado como autor, cómplice o encubridor de un delito penal, no podrán tomarse en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con la declaración de existencia del hecho que constituyó dicho delito ni con el establecimiento de la participación del condenado en el mismo. Los efectos vinculantes de la sentencia penal condenatoria en el proceso civil no tendrán lugar si el demandado en el juicio civil no ha participado como interviniente en el proceso penal.*

En su inciso segundo, establece que las sentencias penales que absuelvan de la acusación o que ordenen el sobreseimiento definitivo respecto del imputado, sólo vincularán al juez civil cuando se funden en alguna de las circunstancias siguientes:

1. La no existencia del hecho que se le atribuyó; 2. No existir relación alguna entre el hecho que se persigue y el imputado, 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.

El diputado señor Burgos recordó la crítica formulada por el profesor Mauricio Tapia a esta norma, en el sentido de que debía sincerarse que las sentencias penales no producen cosa juzgada en el proceso civil.

El asesor legislativo de la Fundación Jaime Guzmán, señor Mery, don Héctor, sugirió reemplazar, en el N° 1, la expresión "no existencia" por la palabra "inexistencia".

El profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, señor Tavolari, don Raúl, comentó que la expresión cuestionada tiene un origen histórico vinculado con los antiguos artículos 408 y 409 del Código de Procedimiento Penal, donde se establecía como causal de sobreseimiento la "no existencia" del hecho punible.

Por otra parte, en relación con los cuestionamientos formulados por el profesor Tapia, hizo presente que el nuevo Código se adecua a la legislación vigente, ya que en materia penal sólo se puede demandar civilmente al imputado en el juicio penal, con lo cual el demandado por excelencia en este tipo de procesos, que es el tercero civilmente responsable, es marginado del debate. Trajo a colación que bajo el régimen del Código de Procedimiento Penal, la regla era distinta, por lo que parecía razonable que hubiese efecto de cosa juzgada respecto del tercero civilmente responsable y del actor que, sin ser víctima, resultaba perjudicado por el delito. Precisó que, entonces, el debate civil en el proceso penal se

Actualidad Juridica 29 final.indd 78 21-01-14 11:45

Dentro de las novedades más significativas, en cuanto asume una solución que era necesaria introducir, y que también se aprecia en algunos códigos de derecho comparado que hemos podido consultar, está el siguiente precepto,

circunscribe hoy por hoy exclusivamente a la víctima en tanto ha sido perjudicada y al imputado, como hechor. Por ello, se pretende establecer a través de esta norma que respecto de quienes no pudieron ser partes en el proceso penal no puede alegarse la cosa juzgada que produce la sentencia en este último. Si una persona ocasiona un daño manejando un automóvil que no es suyo y es declarado culpable del accidente en el marco de un proceso penal, la cosa juzgada que emana de la sentencia condenatoria no puede aplicarse al dueño del vehículo, en su calidad de tercero civilmente responsable, cuando se persiga el pago de una indemnización de perjuicios, puesto que éste no tuvo siquiera la posibilidad de intervenir en el proceso penal. Recordó que bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil, el tercero civilmente responsable podía hacerse parte y rendir prueba para demostrar que el imputado no tenía responsabilidad en el delito o que él mismo estaba exento de ella.

El Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, señor Cristián Maturana, advirtió que actualmente se está ante el fenómeno de la justicia negociada, cuyas manifestaciones son, en el sistema procesal penal, el procedimiento abreviado, en primer término, donde el acuerdo que se celebre no puede afectar al tercero civilmente responsable, y en segundo lugar, el procedimiento monitorio, en el cual se puede optar por pagar una multa, y obviamente la cosa juzgada que produzca la sentencia tampoco puede afectar a dicho tercero en un juicio posterior, por aplicación del efecto de relatividad que tienen los pactos.

Expresó que la actualización del concepto de cosa juzgada está acorde al sistema procesal penal, debiendo considerarse que el efecto penal en materia civil puede ser mayor al que se generaba en el pasado, en atención a la imposibilidad de ejercer la acción civil contra el tercero civilmente responsable en el proceso penal.

El asesor legislativo de la Fundación Jaime Guzmán, señor Mery, don Héctor, interpretó que el término "acusación" tendría una aplicación genérica que comprendería el requerimiento del procedimiento simplificado y no estaría referida exclusivamente a la acusación del juicio oral.

El diputado señor Burgos manifestó dudas en torno a la idoneidad de la inclusión de la palabra "accidentes", como concepto jurídico, en el numeral 2, razón por la cual sugirió omitirla.

El profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, señor Tavolari, don Raúl, aclaró que esta norma es idéntica a la del N° 2° del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil.

El diputado señor Burgos propuso hablar de delitos y cuasidelitos, en vez de accidentes, ya que con ello se guarda más armonía con la referencia al Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

Ante la duda manifestada por el profesor Tavolari respecto de que accidente pueda ser un concepto más amplio y comprensivo que el de delitos o cuasidelitos, se acordó acoger la propuesta del Diputado señor Burgos, sin perjuicio de efectuar con posterioridad un análisis que permita dilucidar tal duda.

Los diputados señores Araya, Burgos y señora Turres presentaron una indicación para reemplazar la palabra "accidente" por la expresión "delito o cuasidelito".

Fue aprobado, conjuntamente con la indicación, por unanimidad (diputada señora Turres y diputados señores Araya, Burgos, Díaz y Mönckeberg).

Artículo 220 (Cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil)

En su inciso primero, dispone que siempre que para la decisión de las cuestiones controvertidas en el proceso civil se requiriere la resolución previa de una cuestión penal, el juez civil, a petición de parte podrá suspender el pronunciamiento de la sentencia hasta la terminación del proceso criminal, si en éste se ha deducido acusación o formulado requerimiento, según el caso.

En su inciso segundo, establece que se entenderá que existe tal cuestión penal cuando la materia debatida en el proceso criminal haya de ser fundamento preciso de la sentencia civil o tenga en ella influencia notoria.

En su inciso tercero, prescribe que se pondrá término a la suspensión cuando se acredite que el juicio criminal ha concluido por sentencia definitiva o sobreseimiento o cuando en concepto del juez no se justificare mantenerla.

El asesor legislativo de la Fundación Jaime Guzmán, señor Mery, don Héctor, planteó que es habitual encontrarse en la práctica con las cuestiones prejudiciales civiles que deben dilucidarse en sede civil cuando se trata de una materia penal. Sin embargo, esta norma se refiere a la situación inversa y poco frecuente de dilucidar una cuestión penal para el fallo de un pleito civil.

Fue aprobado por unanimidad (diputada señora Turres y diputados señores Araya, Burgos, Díaz y Mönckeberg).

Actualidad Juridica 29 final.indd 79 21-01-14 11:45

que se aprobó prácticamente sin discusión, tal como consta del acta que paso a transcribir: "art. 221 (Cuestiones prejudiciales no penales).

En su inciso primero, dispone que siempre que, para dictar una sentencia definitiva civil, sea necesario decidir, previamente, una cuestión de carácter civil u otra regida por leyes especiales, que se esté sustanciando en juicio iniciado con anterioridad, ante el mismo tribunal o ante otro distinto, y no fuere posible la acumulación de procesos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá suspender el pronunciamiento de la sentencia, hasta que finalice el proceso en que se ventila la cuestión.

En su inciso segundo, establece que se pondrá término a la suspensión cuando se acredite que el juicio sobre la cuestión civil u otra regida por leyes especiales ha concluido por sentencia definitiva o interlocutoria o cuando en concepto del juez no se justificare mantenerla".

La norma fue aprobada, sin debate, por unanimidad (diputada señora Turres y diputados señores Araya, Burgos, Díaz y Mönckeberg).

8.2. Alcances futuros de la prejudicialidad no penal

La norma aprobada permitirá solucionar un problema actual, que ha surgido por la inflación de procesos especiales y de entes administrativos que ejercen jurisdicción civil, en sentido lato.

Es un hecho conocido que la proliferación de procesos especiales ha llevado a que se produzcan graves y serios problemas en esta materia. Ellos se podrán solucionar, a falta de norma especial, cuando entre a regir ese precepto del PCPC. Seria un aporte que este precepto ya fuera incluido, para enfrentar un tema que existe y que es ilógico que no se enfrente con aportes como el contenido en esa interesante solución ya aprobada como parte del futuro proceso civil.

Hoy, al carecer el proceso civil de un precepto como el que se aprobó en el primer trámite legislativo, permitiría que se pueda responder a fenómenos litigiosos complejos, que son el resultado de la asignación de competencias contradictorias o concurrentes a diversos órganos jurisdiccionales.

Conclusión

Cualquier trasplante jurídico que se intente para mejorar el proceso civil chileno debe pasar, obligatoriamente, por el escrutinio crítico de los parlamentarios y de la doctrina.

Actualidad Juridica 29 final.indd 80 21-01-14 11:45

Se debe evitar que la salud del paciente a mejorar pueda ser empeorada, para no terminar añorando el retorno de la vieja casación del juicio ejecutivo, *a la chilena*.

Los cambios en materia de cosa juzgada coinciden con una técnica más depurada y precisa que se puede obtener de la consulta directa a ciertos cuerpo legales de derecho comparado. La determinación del efecto negativo, de la forma como viene reglamentada, constituye a mi entender un retraso, que no supera en nada a la más que centenaria solución vigente.

Es un aporte a la renovación del proceso civil la hipótesis de prejudicialidad no penal debatida y aprobada, que permite enfrentar problemas no resueltos actualmente.

Bibliografía

AGUAYO VARGAS, Macarena, CAMPUSANO DROGUETT, Raúl, "Chile y la Cote Interamericana de Derechos Humanos: cumplimiento de sentencias", en *Actualidad Jurídica*, N° 28, 2013, pp. 351-382.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, "Los Derechos Humanos como ideología. Una lectura desde el pensamiento 'antimoderno'", en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 3, 2013, pp. 39-73.

BARRERA, Leticia, *La Corte Suprema en escena*, B. Aires: Siglo XXI, 2012, pp. 29-154.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl, AGUAYO VARGAS, Macarena, "Chile y la Cote Interamericana de Derechos Humanos: cumplimiento de sentencias", en *Actualidad Jurídica*, N° 28, 2013, pp. 351-382.

CIUDAD ESPEJO, Luciana, *Origen y desarrollo de los elementos fundamentales de la casación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965, pp. 10-45.

CONEJEROS ROOS, Cristián, "Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica", en *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 4, 2006, pp. 13-103.

CORTÉS MATCOVICH, Gonzalo, "Perspectivas generales del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil", *Actualidad Jurídica*, N° 21, 2010, p. 427.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Algunas ideas para la formulación de un modelo de casación civil", en *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*, Santiago: EJS, 2009, p. 57.

DELGADO CASTRO, Jordi, "El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema", en *Actualidad Jurídica*, N° 22, 2010, pp. 361-375.

FELIÚ GANA, Guillermo, "El proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil", en *Revista Forense Chilena*, Nº 7, 1891, pp. 466-467.

GARCÉS V. Arístides, *La casación en Chile*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1903.

Actualidad Juridica 29 final.indd 81 21-01-14 11:45

GRANDE SEARA, Pablo, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Valencia: Tirant, 2008.

HAZARD, Jr. Goefrey, TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, tr. F. Gascón, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 55-61.

LEGARRE, Santiago, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario,* B. Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 10-94.

LIPOVETSKY, Gilles, SERROY, Jean, *La cultura-mundo. Respuesta a una sociedad desorientada,* Barcelona: Anagrama.

LIRA, José Bernardo, *Prontuario de los Juicios o Tratado de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena*, Santiago: Mariano Servat, 1895, T. I, p. 288.

MORELLO, Augusto M., *La nueva etapa del recurso extraordinario*, B. Aires: Abeledo Perrot, 1990, pp. 1-165.

MUÑOZ GAJARDO, Sergio, "Presente y futuro de la casación civil en Chile", en *Derecho Procesal Contemporáneo,* VV.AA., Santiago: Punto Lex, 2010 (coord. R. Tavolari), pp. 90-182.

NIEVA FENOL, Jordi, "La enunciación de los modelos de casación en las leyes procesales", en *El recurso de casación*, Santiago: AbeledoPerrot, 2010, pp. 75-102.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona: Atelier, 2006.

RODRÍGUEZ, Agustín, "Estudio sobre el recurso de casación", Memoria de prueba, Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la U. de Chile, publicada en *Revista Forense Chilena*, Nos. 1 y 2, pp. 5-42, y Nos. 3 y 4, 1898, pp. 129-193.

SÁNCHES-BAYÓN, Antonio, *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*, Valencia: Tirant, 2012, pp. 76-77.

TARUFFO, Michele, HAZARD, Jr. Goefrey, *La justicia civil en los Estados Unidos*, tr. F. Gascón, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 55-61.

VARGAS PÁVEZ, Macarena, "Hacia la desjudicialización de la ejecución civil", en *Revista Chilena de Derecho* N° 40, 2013, pp. 138-139.

Actualidad Juridica 29 final.indd 82 21-01-14 11:45

La eliminación de la casación civil: marchando contra los tiempos. (Una propuesta de conciliación)

Raúl Tavolari Oliveros
Ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Chile

Resumen: Al eliminar la casación, marchamos en contra de las tendencias contemporáneas; nos apartamos, inexplicablemente, del entorno jurídico continental (Argentina, Uruguay, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela, Bolivia) y de nuestro tronco originario (España), desmejoramos el nivel de la estructura jurídica nacional, inferimos un daño a nuestra cultura y privamos a los justiciables de uno de los más refinados y relevantes instrumentos de impugnación de resoluciones judiciales, perjudicando, al final, la noción misma del debido proceso en nuestro Estado de Derecho.

*****

Desarrollo

En el proceso reformador de nuestra legislación, suele invocarse, por algunos, en suprema prueba de autoridad, el derecho comparado o –modernamente– "la experiencia comparada" (fórmula esta de notable vaguedad y tras la cual el expositor, sin posibilidad alguna de ser desmentido, incluye las ideas que pretende imponer). Sin embargo, si de reformas procesales civiles se trata, es razonablemente comprensible la cita obligada de la vigente **Ley de Enjuiciamiento española del año 2000,** cuya actualidad y, en general, calidad, la tornan en referente permanente. Ciertamente, no es la único: en Iberoamérica, nadie podría, seriamente, emprender una reforma procesal sin, a lo menos, revisar los términos de los Códigos Modelo que, en las últimas décadas, redactara el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Con todo, no se trata, solamente, de conocer lo que otros hayan aprobado, sino, además, lo que últimamente se ha incorporado a la cultura jurídica comparada, en la certeza de que estas legislaciones postreras recogen la evolución científica y jurisprudencial.

Bajo este último razonamiento, en Chile deberemos atender a los términos del Código General del Proceso, del Uruguay, de 1989, a los del Código Procesal Civil del Perú de 1992, a los de la reforma de la casación civil italiana, del **año**

Actualidad Juridica 29 final.indd 83 21-01-14 11:45

2006 y, si de afinidad jurídico-cultural y actualidad se trata, a los del modernísimo Código General de Proceso de Colombia, vigente desde **el 12 de julio de 2012,** cuya actualidad sólo aparece superada por la reforma introducida por la **ley argentina 26.853, publicada en el Boletín Oficial de 17 del mes de mayo de 2013** y que crea la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal; la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social y la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial.[1] Es pertinente agregar que la ley 26.371, ya había creado, en **mayo de 2008,** la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.[2]

El elemento común que impone la cita de estas realidades legislativas extranjeras, es que **todas ellas, ora introducen, ora mejoran y mantienen el recurso de casación,** como relevante instrumento impugnador de sentencias, al tiempo que, a la inversa, nosotros postulamos su eliminación.[3]

En esta línea, tampoco puede soslayarse otra singular paradoja, que consiste en que en nuestros debates, citamos y, además, solemos invitar a exponer, para aprender de sus lecciones, a notables procesalistas que, por sus orígenes y formación jurídica, no sólo no descreen, sino apoyan la casación: (Serra Domínguez, Ortells, Bonet, de la Oliva, Peyrano, Landoni, Ramos Méndez,etc.).

Aunque se estime que recurro a un mero argumento de autoridad, sostengo que no existe, en la actualidad, ningún procesalista extranjero, de renombre, que propugne la eliminación de la casación…

Pues bien la realidad actual es que tenemos, debatiéndose en el Parlamento, un Proyecto de Código Procesal Civil que elimina la casación y la reemplaza por un denominado "recurso extraordinario", cuya finalidad primordial –no

[1] La ley 26.853 modificó también el Código Procesal Civil y Comercial e introdujo el presente nuevo **Artículo 289**: "El recurso de casación se podrá fundar en alguna de estas causales: 1. Inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva. 2. Inobservancia de las formas procesales esenciales. **3. Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes**. 4. Arbitrariedad

[2] Destaco las fechas para poner de relieve que se trata de reformas recientes….

[3] Innecesario parece agregar. además, que hay casación en Italia, Francia, Alemania, Grecia, Argentina, Perú, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Venezuela, etc, esto es**, en los países que, en general, comparten nuestros orígenes jurídicos históricos, lo que explica, por ejemplo, la ausencia de ella en Brasil, tributario de la legislación lusa (Ordenanzas Afonsinas, 1446 a 1521) Manuelinas y luego Filipinas(1603) y no española.**

En Portugal, escribe el notable jurista que fue Enrique Vescovi,"…se crearon recursos diversos y sobre todo, **designaciones diferentes**, que hicieron que el derecho Portugués y luego el del Brasil transitaran caminos un tanto diferentes**…"Cfr Vescovi E.** *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*, Depalma. Bs Aires. 1988. pág. 18. **Por esta razón, en nuestro debate casacional NO ES POSIBLE citar como ejemplo de falta de casación a estos dos países que resultan unidos entre sí, por su tradición jurídica y política común, pero que se apartaron de los restantes países iberoamericanos.**

Actualidad Juridica 29 final.indd 84 21-01-14 11:45

exclusiva– apunta a unificar la jurisprudencia, haciendo tabla rasa con lo que, ya medio siglo atrás, proclamara Guasp, en el sentido de que "…*se le atribuye* [a la casación] ***el carácter de una verdadera conquista de la civilización jurídica y signo del avance que experimenta un cierto derecho positivo.*** *Constituye, por lo tanto, casi un dogma, derecho adjetivo, la afirmación del juicio favorable que debe emitirse respecto de esta figura*…"[4]

Se trata de una sustitución que no comparto y, a la inversa, si desde los inicios de los trabajos de redacción de este Proyecto, me mostré partidario de eliminar la casación en su modalidad tradicional, tal afán no buscaba sino un propósito enteramente contrario al que se apunta con el actual recurso extraordinario, esto es, mi intención era flexibilizar la casación para que la Corte Suprema, al resolverla, no quedara al margen de las cuestiones de Justicia involucradas en las controversias sometidas su decisión. En los hechos, mi propuesta buscaba entronizar la "casación bastarda"[5] para asignarle finalidades dikelógicas, como proponía Werner Goldschmidt, esto es, permitir que fallándolo, la Corte velara por la Justicia de la decisión[6]. Este criterio, vale bien recordarlo, es compartido por el Tribunal Constitucional chileno, que ha resuelto que *"el objetivo de la casación es la aplicación de la ley en la solución de los conflictos y,* ***RESIDUALMENTE lograr una aplicación e interpretación uniforme del derecho****".*[7]

---

[4] Cfr: Guasp Jaime. *Derecho Procesal Civil,* p. 1427 cit. por Hitters, Juan C. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*, Lib Edit Platense SRL, La Plata 1991, p. 129.

[5] Esta expresión pergeñada por la doctrina argentina, apunta a poner en evidencia la necesidad de superar los límites aprisionantes que a la casación le impusieron los legisladores y jueces franceses, sumiendo a las Cortes de Casación, no obstante encontrarse en la cúspide de la organización judicial, a un papel formal, perfectamente ajeno al de impartir justicia. Véase por todo, Morello Augusto .M. *La Casación. Un modelo intermedio eficiente*. Abeledo Perrot, 1993.

6 Traigo en apoyo, nada menos, que a Calamandrei –maestro indiscutido de casación – quien llegó a escribir en sus Estudios, esto es, en la última etapa de su fecunda vida académica. *"…A veces, cuando observo en la práctica profesional de todos los días el modo cómo institucionalmente funciona la Corte de Casación, con su tradicional separación entre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho,* ***que parece expresamente creada para llevar a la exasperación las exigencias equitativas del caso concreto****, me pregunto si ese delicadísimo dispositivo, obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idóneo para funcionar provechosamente en tiempos de renovación social, como son los nuestros, en que el derecho en formación está todavía lleno, todo él, de sorpresas y mezclado y amalgamado en los hechos como el metal en el mineral apenas excavado. Y me pregunto también, sin que lo impida aquel antiguo amor de estudioso que hace ya casi cuarenta años me lanzó a recorrer la historia gloriosa de este instituto,* ***si la primera responsable de esta reducción de la justicia a un juego de lógica formal no es precisamente la Corte de Casación, que casi desdeñando el impuro contacto de los casos controvertidos, por excesivo amor a la pureza lógica****, llega a una fabricación en serie de abstractas premisas mayores, que obligan a los jueces de reenvío a concluir el silogismo en contraste con las exigencias de la realidad a menudo con la de sus conciencias.*

Pues bien –acota CALAMANDREI, en admirable demostración de fe y confianza– ***yo no puedo resignarme a creer que el sistema de la Casación haya agotado su ciclo histórico****; y estoy persuadido de que el adecuar el funcionamiento de la Casación a las nuevas exigencias de los tiempos que vivimos,* ***que no consienten ya a la jurisprudencia aislarse en el empíreo de la lógica pura****, depende no tanto de los dispositivos procesales cuanto de los hombres que los administran. Y puesto que tengo confianza en estos hombres,* ***CONFÍO TAMBIÉN EN QUE LA CORTE DE CASACIÓN TERMINARÁ POR SER, EN EL FUTURO, CADA VEZ MÁS PRÓXIMA Y SENSIBLE A LAS EXIGENCIAS DE LA JUSTICIA SUSTANCIAL….***

[7] Rol 205 (1.02.1995)

Actualidad Juridica 29 final.indd 85 21-01-14 11:45

La unificación de jurisprudencia.

La unificación de jurisprudencia es un valor destacable: contribuye, sin dudas, a fortalecer la garantía de la igualdad ante la ley y, en esa perspectiva, en cuanto, además, evita arbitrariedades, debe ser fomentada.

Pero entre nosotros la institución parece haber desbordado sus cauces naturales: la idea de la unificación cruza el espectro, arrasando con cuestiones que merecen mayor consideración. Por decirlo de otro modo, en la jerarquía propia de los valores –característica común a todos ellos– la uniformidad de jurisprudencia figura, a lo menos, uno o dos peldaños bajo el trascendente valor que es la justicia.[8]

Significo de este modo que, en mi concepto y miradas las cosas sin fanatismos, todo intérprete que se enfrente a la disyuntiva de sacrificar uno u otro, habrá de optar, siempre, por **hacer prevalecer la justicia por sobre la uniformidad jurisprudencial ¿**o alguien, que realmente entienda su función de juez, podría concurrir a confirmar una decisión injusta con la finalidad de mantener la uniformidad jurisprudencial? ¿No es acaso evidente que, parafraseando a Couture,[9] cada vez que encuentre en conflicto la justicia del caso, con la uniformidad de la jurisprudencia, deberá inclinarse por la primera?

Hoy, se sostiene, con el elevado número de causas que ingresan a la Corte Suprema, es imposible uniformar jurisprudencia, lo que merece, a lo menos, dos observaciones. La primera es que, con arreglo a las estadísticas que hoy se citan, menos del 0,07% de los asuntos llega a la Corte Suprema. La segunda, en cambio, es de mayor fuerza: todos sabemos que los actuales sistemas computacionales permiten que la Sala, en el acto, conozca de los fallos que ha dictado en los últimos años, de manera que la tarea de comparar el fallo que se le pide pronunciar con los dictados por ella sobre el mismo tema, hoy resulta elemental.

Ocurra lo que ocurra con el Proyecto en debate, es hora de terminar con este manido argumento que, muy irreflexivamente, destaca el volumen de causas, como impedimento insuperable en la labor de uniformar las decisiones.

[8] Lo anterior se confirma cuando se consulta a los señores jueces de la Sala Suprema que conocen del recurso laboral de unificación de jurisprudencia: es impresionante escuchar reconocer **la imposibilidad en que se encuentran de impartir justicia en los casos que se les someten.**

[9] Entre sus "Mandamientos", Couture recuerda al abogado que su deber es luchar por el derecho; pero –le aconseja– "…el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia…".

Actualidad Juridica 29 final.indd 86 21-01-14 11:45

¿En qué se basa el afán de eliminar a la casación?

A favor del reemplazo de la casación por un recurso que, primordial, aunque no exclusivamente, apunte a la tarea de uniformar la jurisprudencia, se dan diversas razones, entre las cuales destaco:[10]

a) Un ordenamiento jurídico cumple con su función de garantía, asegurando a los justiciables un régimen de doble instancia.

En palabras diversas, se arguye, se satisfacen los requerimientos de la legislación interna, como los de la supranacional, asegurando un juzgamiento por vía de apelación, sin que sea dable exigir el derecho a la casación.

Desde luego, la pregunta inmediata apunta a conocer cuál puede ser el fundamento sobre el que descansa la afirmación, en especial si se tiene presente que el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo el epígrafe de "Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno", proclama que "si el ejercicio de los derechos y libertades, mencionados en el artículo 1°, **no estuviere ya garantizado** por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades…"[11]

La argumentación es controversial, desde que, mirada la cuestión bajo la óptica de los derechos de las personas –en una época en que avanzamos raudos, ya no en los derechos de primera o de segunda generación, sino en varias otras posteriores– **parece difícil convencer que resulta más conveniente eliminar un derecho que ya existe, antes que sumarle otro adicional.**

El Proyecto en actual tránsito legislativo, por lo demás, supera el conocido reparo de la lentitud judicial –fenómeno, se sostiene, que podría incrementarse

[10] Es llamativo el propósito de eliminar la casación cuando, como todos sabemos, no hemos sido capaces, siquiera, de aclarar cuestiones fundamentales en el régimen de dicho recurso entre nosotros. De este modo, no hemos aclarado, por vía legislativa –por mucho que una jurisprudencia suprema reiterada así lo establezca– la improcedencia del recurso cuando el reproche apunta a una infracción de norma constitucional, lo que de ocurrir, importaría la introducción de una singular modalidad de control difuso de constitucionalidad. Tampoco hemos resuelto la contradicción, decidida por la misma jurisprudencia, en sentido negativo, en orden a que el error de derecho, y no sólo la infracción de ley, pueda ser motivo del recurso de casación. **Finalmente resultará útil discutir el concepto de "interés casacional" enfrentados a la tarea de determinar las causales de procedencia**.

[11] Con redacción similar, el tema se reitera en el artículo 2º Nº 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos… Es que nadie ignora que **las Convenciones persiguen incrementar los derechos y nunca disminuirlos**, lo que queda comprobado, además, con la referencia a la pena de muerte del Pacto de San José, cuyo artículo 4, numeral 3, declara que "**no se restablecerá la pena de muerte** en los Estados **que la han abolido**…"

Actualidad Juridica 29 final.indd 87 21-01-14 11:45

por la interposición todavía de un recurso de casación–, toda vez que consagra un régimen de ejecución provisional de las sentencias de condena, lo que, en general, evitará la interposición de recursos meramente dilatorios o infundados.

b) **No puede haber unificación jurisprudencia en una Corte con 21 jueces.**

A diferencia de los Tribunales o Cortes europeos, que tienen decenas y decenas de jueces, en Chile, las Salas de la Corte, que deben funcionar solamente con 5 jueces, se han especializado a virtud de la modificación introducida por la ley 19.374, en cuyo Mensaje se lee, precisamente:

"Con esta reforma se persigue, como es natural, lograr una especialización en la labor de la Corte Suprema que incidirá de modo determinante en la eficacia del trabajo judicial y permitirá, a la vez, ***avanzar sólidamente hacia la uniformidad de la jurisprudencia****… Actualmente, al tener competencia compartida las distintas salas, se dan comúnmente situaciones de fallos contradictorios entre ellas, lo que produce la impresión de no haber un solo más alto tribunal de la República…"*.

Es preciso, entonces, entender que nuestra Corte es, hoy por hoy, una de 5 jueces[12] por materia y si la fórmula no ha dado los resultados esperados, ello habrá que atribuirlo al error cometido por la ley al autorizar, no sólo a los mismos jueces convenir entre ellos, el pasar de una Sala a otra, sino al fijar una exigencia de permanencia de ellos en cada Sala, por apenas dos años.[13]

c) Escasísima cantidad de casaciones que se interponen.

Se ha destacado que, en relación a las causas ingresadas al Sistema Judicial nacional, el número de casaciones que llegan a la Corte Suprema es ínfimo. El argumento opera en sentido contrario: si los recursos de casación tienen tan escasa relevancia en el trabajo supremo, no se divisa la razón por la cual debería eliminarse este instituto que, para los que lo emplean, constituye un derecho ya consagrado.[14]

[12] Es que si la Primera Sala es la que exclusivamente se ocupa de los asuntos civiles, ella constituye la Corte Suprema civil en el país; lo propio puede afirmarse de la Segunda Sala y las materias penales y de la Tercera y las constitucionales, etc.

El número de 5 jueces es igual al de la Corte uruguaya y, proporcionalmente, al de la argentina y muy superior –en relación a la población– a la de los Estados Unidos de América.

[13] Véase sobre estos tópicos el elocuente estudio de J. Cousso y J. Mera " El rol Uniformador de la Sala Penal de la Corte Suprema. Estudio empírico" en *Ius et Praxis*. v-13, Nº 1, Talca, 2007.

[14] Buscando crear una barrera de entrada, la vigente ley española hace procedente la casación sólo en asuntos de cuantía superior a 600.000 euros.

Actualidad Juridica 29 final.indd 88 21-01-14 11:45

d) La demora en la resolución de los juicios[15]

Se explica que la tardanza en la substanciación de los juicios, agravada por los numerosos recursos, se superaría, porque los reducidos fines del recurso extraordinario que se propone en sustitución de la casación, lo tornarán de escasa aplicación y se interpondría en número considerablemente inferior.

Hay que aligerar la carga de trabajo de los tribunales, parece ser la consigna, y por doquier se citan paradigmáticos números de ingresos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con notorio olvido, no sólo de la estructura orgánica tribunalicia norteamericana, sino de la diferente naturaleza de los recursos que se someten a esa Corte y de los que nosotros pretendemos entregar a nuestra Corte. En contra de las citas numéricas, todavía, cabe tener en cuenta que, conforme a declaraciones del presidente de la Corte de Casación francesa, formuladas en el año 2012, al, entonces, Ministro de Justicia chileno, señor Felipe Bulnes, en presencia del profesor señor José Pedro Silva y del infrascrito, ese Tribunal resuelve[16] 20.000 casos en el año, al tiempo que, en relación a la demora que más recursos podrían ocasionar a la tramitaciones, recuerdo, como adelanté, que la ejecución provisional de las sentencias, que el propio Proyecto consagra, constituye un cambio de enorme trascendencia para la celeridad de los juicios.

Reitero, entonces, que el cargo se desvanece cuando al Ordenamiento Jurídico se incorpora, como lo propone el Proyecto, la modalidad de la ejecución provisional de las sentencias, sistema con arreglo al cual el fallo condenatorio de primera instancia podrá cumplirse, sin caución, una vez notificado a las partes.

e) Por vía de casación no se unifica jurisprudencia.

Esta llamativa imputación, formulada con una enorme contundencia y, últimamente, asumida casi como dogma es, desde un punto de vista, equivocada, y superable, desde otro. En efecto, es sorprendente que se olvide que, teniendo la casación propósitos múltiples, se incluye, entre ellos, por todos los comentaristas, sin excepción alguna, precisamente, el **de unificar jurisprudencia**. Basta, para confirmarlo, revisar cualquier texto de estudio de la casación.

En Chile, ya largo tiempo atrás, don Mario Casarino sostenía que

> "*el recurso de casación en fondo procura* ***la formación de la jurisprudencia,*** *pues aunque los fallos que recaen en esta clase de recursos no obligan a*

[15] No obstante que entre nosotros la admisibilidad de una casación se decide en 30 a 45 días y en España, donde el estudio lo verifica una Comisión de Magistrados – esto es, no los mismos jueces del Tribunal Supremo–, demora de 12 a 18 meses…

[16] Entendemos que declara inadmisibles muchos de ellos y que la Corte no dicta sentencia de reemplazo.

Actualidad Juridica 29 final.indd 89 21-01-14 11:45

los tribunales inferiores, desde el momento en que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren …influyen sobre ellos con gran fuerza moral, lográndose así ***la aplicación constante, uniforme y metódica de los numerosos y variados preceptos legales que reglan la via jurídica del país****."*[17]

Es, por lo demás, la opinión de nuestro Tribunal Constitucional, según se anotara precedentemente;

La idea la recoge, contundentemente, el artículo 333 del nuevo Código General del Proceso, de Colombia, declarando que

"…*El recurso… de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos,* ***unificar la jurisprudencia nacional*** *y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida"* El texto no puede ser más contundente: con la casación se busca "unificar la jurisprudencia nacional".

Este propósito lo reitera el artículo 384 del Código Procesal Civil del Perú, que alude, expresamente, como fin de la casación, a la *"****unificación de la jurisprudencia nacional****"***.

Es, por lo demás, lo mismo que han fallado tantos tribunales, afirmando "…[que la Corte Suprema o Tribunal Supremo] es en su naturaleza un Tribunal de derecho, cuya misión es velar por la recta aplicación de la ley **y mantener la uniformidad de la jurisprudencia…"**[18]

Citando a Calamandrei, entre nosotros, Pereira Anabalón se refiere a la Corte Suprema afirmando que

"…*la excelencia en la motivación de sus resoluciones a lo largo del tiempo y el consecuente prestigio de los fallos del órgano, originan una creciente influencia en la jurisprudencia, del mismo modo como es influyente en el atento discípulo la sabia y penetrante enseñanza del maestro eminente.*

Los fallos de la Corte de Casación – continúa– *tienen la fuerza que deriva de la bondad de sus razonamientos y de la recepción en ellos de los valores jurídicos, en especial del trascendente valor que es la justicia.*

[17] Cfr Casarino Viterbo, Mario, *Manual de Derecho Procesal* t. IV (cuarta edic) Edit. Jurídica de Chile Stgo. 1984, p. 346.
[18] C. Suprema de Venezuela Decis. de 15.03.1992 CSJ-SCC cit. por A. Abreu B. y Luis Aquiles Mejía, *La Casación Civil,* prólogos H. Fix Z. y Sergio García R. 2ª edic. 2005. Caracas, p. 187.

Actualidad Juridica 29 final.indd 90 21-01-14 11:45

> *Esta función magisterial,* concluye Pereira[19]*, ha permitido* ***que la casación sea vehículo para la unificación jurisprudencial del derecho****, lo que, a su vez, contribuye a la vigencia del derecho de toda persona a la igualdad ante la ley (art 10 Nº 2 de la C.P.) y a la certeza del derecho…"*

Es la opinión de la doctrina más relevante. Hitters, por ejemplo, tras consignar esta uniformidad como finalidad casacional, escribe que

> *"…se ve con claridad* ***la misión política que cumple la casación a través de la unificación de la interpretación****, produciendo una cohesión interpretativa…que no debe desdeñarse dado que su vez…es fuente de seguridad, certeza e igualdad y, por ende, de equidad…".*[20]

El maestro Morello aludiendo a esta función del recurso, enseñaba que "…*es coherente y se corresponde con la misión de uniformar –que sea única, una sola– la interpretación, en el modo, alcance y sentido de derecho con que se la ha de aplicar…"*[21]

Conclusivamente, cito a Vescovi, quien, a propósito de lo que llamaba los objetivos de la casación, bajo el título de "*Los fines tradicionales"*, escribía que

> "*…luego de una revolución histórica en la cual se ha producido alguna alteración de sus finalidades esenciales, hace ya más de un siglo que la más relevante doctrina sobre el tema asignaba a nuestro instituto (la casación) estas dos finalidades esenciales: la defensa del derecho objetivo* ***y la unificación de la jurisprudencia"***[22]

De todos modos, bien vale tener presente lo que ha escrito Nieva Fenoll,[23] cuyas opiniones han recibido tanta adhesión entre nosotros:

> "*debo insistir* –sostiene Nieva– *en que la misión del Tribunal Supremo NO es la unificación de la doctrina. Esta denominación que después ha hecho fortuna en otros órdenes jurisdiccionales y actualmente en los* Anteproyectos (referencia directa al caso chileno, agrego yo) *no es en realidad tan oportuna como puede parecer. Y simplemente porque la misión de un Tribunal Supremo no es unificar doctrina legal o jurisprudencia, dígase como se quiera.* ***La misión del tribunal supremo es anular resoluciones contrarias al ordenamiento jurídico****. Y*

[19] Pereira A. Hugo, *Curso de Derecho Procesal* t. I. Edit. J. ConoSur. 1993. Stgo. p. 341.
[20] Cfr. Hitters, Juan C. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*, L. E. Platense 1ª reimp. marzo 1991, La Plata p 123.
[21] Cfr. Morello, Augusto M. *La Casación* cit., p. 271.
[22] Cfr Vescovi. *Los recursos…* , cit. p. 237.
[23] Cfr. *Jurisdicción y Proceso. Estudios de Ciencia Jurisdiccional.* Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 430-431.

Actualidad Juridica 29 final.indd 91 21-01-14 11:45

mientras realiza dichas actuaciones, al tener que ser motivadas por imperativo constitucional, crea jurisprudencia; esa jurisprudencia es la que orienta, aunque no obliga a los tribunales inferiores para que se adapten a la visión de las cosas del Tribunal Supremo, previniendo nuevas infracciones del ordenamiento jurídico.

La unificación de la doctrina precisa simplemente dos sentencias contradictorias y se parte de la base de que una de ellas será contraria al ordenamiento jurídico. Y justamente en este punto estriba el primer error. Es perfectamente posible que ambas interpretaciones sean jurídicamente válidas. O que una responda a una época y la otra a un diferente estado de circunstancias.

Dejemos ya de aludir a la "unificación de doctrina" como la herramienta para obtener la protección del ius constitutionis*, porque esa unificación de doctrina es la muerte de ese ius.* ***Digamos las cosas claras: lo que se quiere es simplemente restarle asuntos al Tribunal Supremo…"***[24]

En conclusión preliminar, la uniformidad de la jurisprudencia es y ha sido, históricamente, un fin de la casación, por lo que es innecesario introducir un recurso nuevo para alcanzar dicha finalidad. Si, en los hechos, la Corte de Casación descuida o ha descuidado la función uniformadora, pues lo que cabe es tomar las medidas para que esa faceta casacional recupere su importancia –creo que la adopción de una causal casacional vinculada con la materia, como se ha hecho recientemente en la Argentina, podría ser una buena solución–, pero no, como con cierta ingenuidad se propone, eliminar el recurso…[25]

f) La existencia de un recurso de casación no se aviene con procedimientos orales.

Si no el último, un argumento llamativo es el que destaca la idea de que la inmediación sería contraria a las posibilidades de impugnación ante jueces que no estuvieron presentes durante el desarrollo del juicio oral. Esta convicción es equivocada, porque el tribunal debe dejar constancia, en su resolución, de los fundamentos sobre los cuales ella descansa y, a la inversa, no resulta posible que el fallo se apoye en razones que el juez guarde en su fuero íntimo. Si los motivos del fallo se deben consignar, entonces la posibilidad del control recursivo no puede desconocerse.

[24] Para confirmar esta conclusión, que comparto, basta revisar algunas columnas que personas sin mayor experiencia forense han publicado en los diarios nacionales, empleando el artificioso argumento de las "políticas públicas", rótulo que, como todos sabemos, sirve tanto para un barrido como para un fregado, según sea necesario.

[25] Es que sustituir la casación por un remedio que persiga, principalmente, la unificación jurisprudencial, no es más que echar al olvido la trascendencia del rol que, en otros aspectos, como la nomofilaquia, juega la casación. El ejemplo sería del dueño de un auto cómodo, amplio, seguro y económico, pero lento, quien, para viajar más rápido, en lugar de cambiar el motor por otro más potente, lo reemplaza por una moto, dejando de lado la comodidad, la amplitud y la seguridad del vehículo anterior.

Actualidad Juridica 29 final.indd 92 21-01-14 11:45

g) En esta línea nadie puede dejar de citar lo que ha resuelto la Corte Suprema argentina.

En el conocido *leading case* "Casal", de **20 de septiembre de 2005,** esa Corte recuerda lo que la doctrina y jurisprudencia alemanas denominan la *teoría de la Leistungsfähigkeit, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. Leistung es el resultado de un esfuerzo y Fähigkeit es capacidad –la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento–, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable.*

Formulada esta teoría, sostiene esa Corte, *se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación.*

No obstante, la sentencia reconoce que se plantea como objeción que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. ***De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.***[26]

En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que ***no se quiera magnificar el producto de la inmediación****, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica,* impossibilium nulla obbligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto.*

[26] Énfasis agregado.

Actualidad Juridica 29 final.indd 93 21-01-14 11:45

Lo notable es que el razonamiento de la Corte argentina, si bien formulado a propósito de la casación, es idénticamente aplicable a la apelación, desmistificando la idea de que las sentencias pronunciadas por un tribunal de juicio oral no podrían ser revisables en apelación: a más de la reproducción audiovisual que hoy se generaliza, lo cierto es que lo no controlable por casación o por apelación es aquello que el juez oculta o simplemente, impresentablemente, no quiere dar a conocer en sus fundamentos, porque todo lo demás es, efectivamente, controlable.[27]

He recordado antes que con fecha 12 de julio del año recién pasado se ha promulgado el Código General del Proceso de Colombia, cuerpo legal que, **tras establecer un juicio verbal** –con actos de postulación escritos– consagra en su artículo 333 un recurso extraordinario de casación que

> *"tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos,* ***unificar la jurisprudencia nacional*** *y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida"*

Destaco de este Código que, en armonía con lo que expuse cuando comenzaron los trabajos del Proyecto, más de cuatro años atrás, señala como casual de procedencia de la casación (art 336 N°2) "La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, **o de una determinada prueba**."

La norma recoge, de modo indubitado, la posibilidad del control probatorio en casación, apuntando a la justa decisión del conflicto.

No es posible dejar de citar, a propósito de estos temas, la legislación uruguaya, porque su **Código General del Proceso**, que adoptó definitivamente el **proceso civil oral**, no sólo establece un recurso de casación sino, además, declara en su artículo 270 que

> "…el recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba".

[27] Argumentando, sólidamente, a favor de la procedencia de la casación en contra de sentencias dictadas en procesos orales, véase, Borges, Marcos Afonso, "O recurso de cassação no processo civil oral" en *Revista Peruana de Derecho Procesal* IV dic. 2001, págs. 31 a 42.

Actualidad Juridica 29 final.indd 94 21-01-14 11:45

Categóricamente, entonces, se puede sostener que la circunstancia de que el juicio que el Proyecto contempla sea un juicio oral, resulta perfectamente indiferente al establecimiento del recurso de casación, por el que, bueno es tenerlo presente, se impugnará la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones y no el por el tribunal unipersonal de primera instancia.

De este modo, me parece, se pueden controvertir los principales argumentos esgrimidos por quienes postulan reemplazar en el nuevo Código del Proceso Civil, la casación por un recurso extraordinario.

Colofón

Son tantas y tan diversas las razones que me hacen discrepar de la solución propuesta en el Proyecto que, como adelanté, se separa de las experiencias argentina, colombiana, peruana, ecuatoriana, venezolana, alemana, francesa, italiana, griega, etc., que no tendría sentido intentar desarrollarlas en un mero "paper" sin pretensiones como éste, pero, a lo menos, a más de las anotadas, consigno las que siguen:

a) La idea de agotar la controversia sometida a los tribunales en la segunda instancia –en un país, como el nuestro, que tiene tradición, personal, estructura material y desarrollo dogmático adecuados para conocer de la casación– no sólo me parece un despilfarro sino, además, induce a pensar que tenemos un notorio desconocimiento de la realidad jurisprudencial nacional.

   Es que, aunque no sea "políticamente correcto" decirlo en estos categóricos términos: ¿quién, con experiencia efectiva y no teórica en tribunales, desconoce que existe una notoria diferencia de calidad entre los fallos de la Suprema y los de las Cortes de Apelaciones?

b) Desde otro punto de vista, cuando se trata de crear, modificar o eliminar recursos en contra de resoluciones judiciales, me llama la atención cómo se atiende a diversas opiniones, pero se soslaya, nada menos, que la del consumidor del servicio de justicia. Esta situación, por momentos, se me antoja tan absurda, como si para resolver los problemas del transporte público, el Estado atendiera, solamente, a las necesidades, consejos y aspiraciones de las empresas de buses, de sus asesores y no a las de los millones de usuarios.

c) Al final, es cierto, lo que subyace es un tema de filosofía jurídico-política, aunque la expresión parezca pretenciosa: hay quienes pensamos que a la justicia hay que darle todas las oportunidades posibles y descreemos de lo rotundo de aquello que se contiene en el brocardo, "*justice denied is justice denied*", si para cumplir con el precepto es necesario no atender al

Actualidad Juridica 29 final.indd 95 21-01-14 11:45

reclamo de justicia de una persona. Este punto de vista lleva a privilegiar lo que se denomina el *jus litigatoris* por sobre el *jus constitutionis* pero, para evitar objeciones precipitadas, convengo en que es necesario establecer un adecuado sistema de elección de asuntos, incluyendo, por ejemplo, a la usanza española, la reserva del recurso cuando se funda en el interés particular (*jus litigatoris*), a materias de alta cuantía patrimonial.[28]

Es que ¿cómo justificar este privilegio colectivo por sobre lo individual, si el art 1º de nuestra Carta Política sostiene que "el Estado está al servicio de la persona humana"?

Describiendo la situación casacional italiana, Taruffo sostiene que

"como ha sido considerado recientemente, la casación entiende la nomofilaquia más como una actuación del ius litigatoris *que la del* ius constitutionis*, privilegiando precisamente las exigencia de justicia del caso concreto sobre aquel de la uniforme interpretación de la ley."*[29]

En sustancia, resume, *la Corte de Casación adopta, a menudo, un modelo de decisión que es mucho más cercano al juez de mérito que al del juez de legitimidad correspondiente con la concepción "pura" de la casación* (lo que, en contra de la opinión del autor, me parece de una enorme sabiduría y debería tranquilizar a Calamandrei cuyo temor, al efecto, he consignado antes, en nota a pie de página).

d) *Last but not least*, será también preciso sincerar una realidad que subyace esta controversia: la eliminación de la casación rebaja notablemente la trascendencia e influencia de uno de los principales actores del debate político-institucional del país, como es la Corte Suprema.[30] Ésta es una conclusión que –sea que se la haya buscado deliberadamente, sea que resulte ser un subproducto no querido de la reforma– ningún operador, de buena fe, puede dejar de reconocer.

Mi conclusión última es que, al **pretender eliminar la casación, marchamos en contra de las tendencias contemporáneas**; nos apartamos, inexplicablemente, del entorno jurídico continental (Argentina, Uruguay, Perú,

[28] Según adelanté, la actual ley española fija en 600.000 euros esa cuantía (art. 477), lo que parece francamente absurdo, en especial si se repara en la fenomenal crisis económica por la que atraviesa ese país…

[29] Cfr. Taruffo Michele, *El Vértice ambiguo,* Palestra Edit. Lima, 2006, pág. 159.

[30] La situación está dramáticamente reflejada en el ámbito laboral, **terreno en el que, casi subrepticiamente y sin un real debate nacional, se eliminó a la Corte Suprema, por la misma vía que se propone hoy, al entregársele un recurso de unificación de jurisprudencia estéril y excluyente.**

Actualidad Juridica 29 final.indd 96 21-01-14 11:45

Ecuador, Colombia, Venezuela, Bolivia) y de nuestro tronco originario (España), desmejoramos el nivel de la estructura jurídica nacional, inferimos un daño a nuestra cultura y privamos a los justiciables de uno de los más refinados y relevantes instrumentos de impugnación de resoluciones judiciales, perjudicando, al final, la noción misma del debido proceso en nuestro Estado de Derecho.

Una propuesta

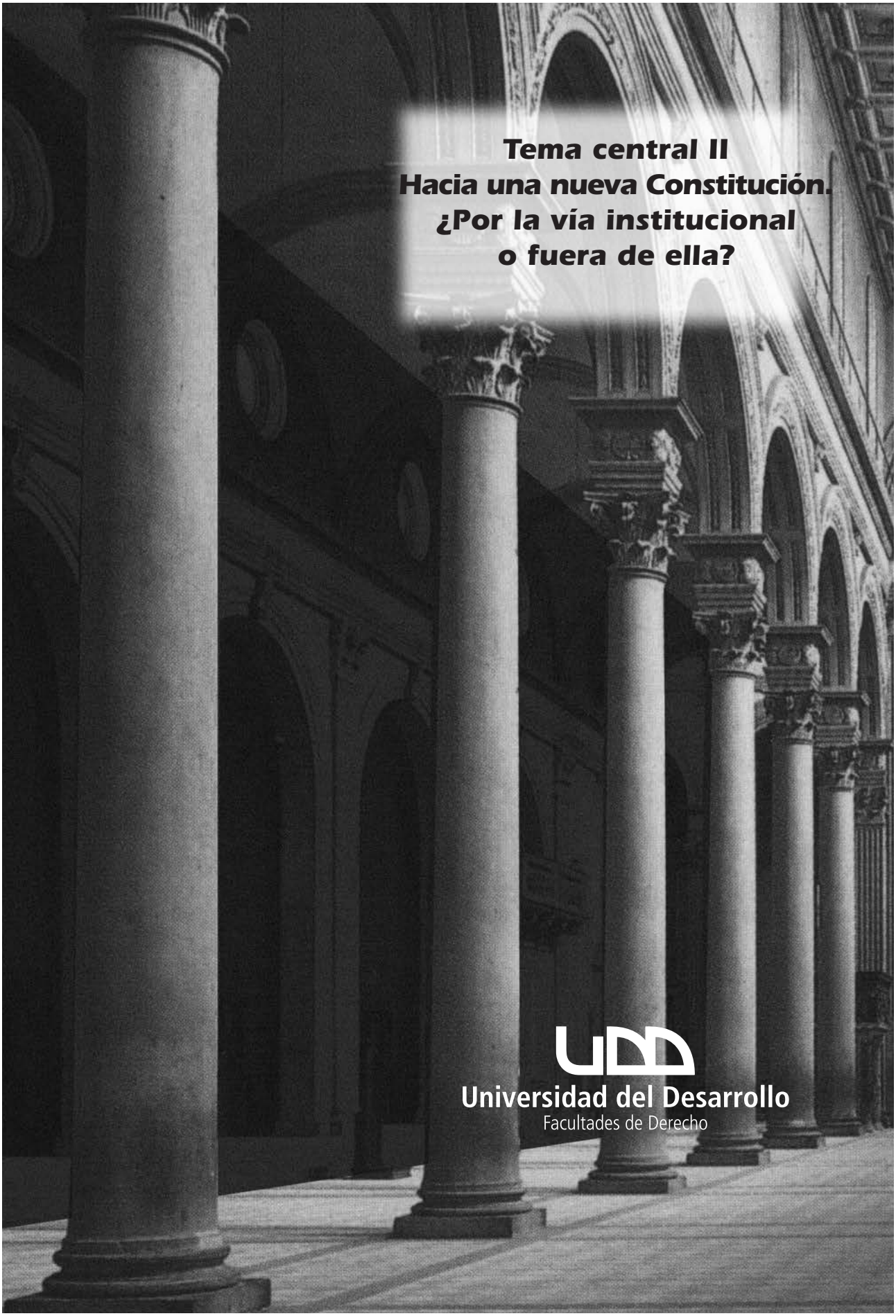
Por la convicción que me anima, en torno a la gravedad de la sustitución recursiva que se propone en el Proyecto –y en afán de conciliar posturas–, sugiero, entonces, que manteniendo la casación, sigamos el modelo argentino y establezcamos, como causal autónoma de impugnación casacional, una similar a la que se recoge en el numeral 3º del artículo 289 del Código trasandino, esto es, que también constituya motivo para que se acoja el recurso de casación la circunstancia de que el recurrente persiga obtener **"unificación de la jurisprudencia cuando, no obstante versar la controversia sobre hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales a otros ya resueltos por la Corte, en el fallo impugnado se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes".**

Lo anterior más un régimen que, si se estima necesario, limite el acceso de recursos a la Corte, armonizará las posiciones.

De este modo, sin prescindir de la casación, para tranquilidad de quienes creen que la unificación jurisprudencial es la meta a la que se debe aspirar, podemos incluir ésta en aquélla.

Actualidad Juridica 29 final.indd 97 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 98 21-01-14 11:45



Actualidad Juridica 29 final.indd 99 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 100 21-01-14 11:45

El constitucionalismo como mitología política. Consideraciones a propósito de la propuesta de "Nueva Constitución" de Michelle Bachelet.

Julio Alvear Téllez
Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid.
Profesor de Derecho Constitucional
Miembro del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: el presente artículo analiza el uso del constitucionalismo como mitología política, con ocasión de la propuesta de "Nueva Constitución" del Programa de Gobierno 2014-2018 de la ex Presidenta Bachelet.

*****

La candidata presidencial Sra. Michelle Bachelet ha dado a conocer su programa de gobierno 2014-2018. El documento, fechado en octubre del 2013, contiene, entre otros temas, unas propuestas de "Reformas de fondo", en las que se encuentra la llamada "Nueva Constitución" (pp. 30-35). No se trata de un proyecto en forma de nueva Constitución, sino de ideas inspiradoras de tal propósito, las que en el futuro podrán ser plasmadas por distintas vías, desde una reforma constitucional hasta una asamblea constituyente, por "las buenas o por la malas", como más de algún asesor de la ex Presidenta adujo.

No analizaremos en esta ocasión el contenido concreto de las innovaciones propuestas en los diferentes ámbitos (derechos fundamentales, garantías, deberes, sistema político, principios socioeconómicos y laicidad del Estado), en el que cobra especial relieve la "ideología de los derechos humanos", a través de la cual se promueve, so pretexto de pluralismo, diversidad y participación, una sola visión del hombre, radical, totalizante y disgregadora[1]. La evaluación

[1] Históricamente la ideología de los derechos humanos se ha insertado, como uno de sus instrumentos funcionales y privilegiados, dentro del proyecto político de la modernidad, hoy en declive. Ha generado diversas utopías (y distopías) a modo de megarrelatos e ingenierías sociales, todas las cuales han sido puestas en marcha desde el Estado, prometiendo invariablemente la "felicidad" del pueblo. La bandera de los "derechos humanos" se utiliza de manera recurrente como un vector "emancipador" de la humanidad, tendencia que en el presente pulsa por disolver todo lo estable en el espacio personal, familiar, social, religioso, económico y político. Julio Alvear Téllez, *Los derechos humanos como ideología.*

Actualidad Juridica 29 final.indd 101 21-01-14 11:45

queda para más adelante, cuando la nueva propuesta constitucional en curso haya delimitado sus contenidos concretos.

Lo que nos interesa destacar de la propuesta es el uso del constitucionalismo como mitología política, que entrega a un grupo de hombres de gabinete la facultad de modificar sobre un plano el Estado chileno, su sistema político, su régimen garantístico y los principios constitutivos de la propia sociedad, prometiéndonos la salvación.

Para tales efectos, y desde el ángulo teorético, examinaremos el constitucionalismo como mito en la era de las ideologías "fuertes". Después evaluaremos su desenvolvimiento en la época contemporánea, tiempos de relatos "débiles". Finalmente descenderemos a lo teórico-práctico y constataremos cómo la propuesta constitucional de la Sra. Bachelet supone volver a colocar las esperanzas en el constitucionalismo "fuerte".

1) El constitucionalismo "fuerte" y su caída.

Antaño se concibió la Constitución como la forma en que el hombre moderno garantizaría su libertad creando una estructura político-jurídica que le impidiera caer en la anarquía o en el despotismo y le diera estabilidad para el goce de sus derechos. Tal concepción se insertaba, sin embargo, en la creencia demiúrgica de que el hombre podía rehacer los vínculos asociativos y establecer sus propias finalidades políticas *ex nihilo*, a partir del arbitrio de su propia voluntad. La condición para alcanzar la felicidad parecía evidente. Nada de reconocer dependencias previas que paralizaran la imaginación constitucional: ni con Dios, ni con un orden natural y objetivo de justicia, ni con las tradiciones históricas, a las que se les consideró como irracionales. El cientificismo sistémico, el racionalismo y el voluntarismo se constituyeron en los nuevos dioses tutelares: con sus manos la sociedad humana se volvería al fin libre y soberana, pletórica de igualdad y seguridad. El hombre se transformaría en un pequeño dios: autónomo, dueño de su destino, jurídicamente protegido.

Es oportuno recordar que fue severo el pronóstico que formuló el Magisterio Pontificio y la filosofía política cristiana, especialmente la católica, a este anhelo ideológico. Se adujo que si no hay un orden previo que respetar, el "orden" –la organización– que impusiera el hombre a través de la Constitución sería esencialmente modificable, y traería dentro de sí el germen de su propia demolición. Las naciones entrarían en un ocaso, las identidades comunitarias

Una lectura desde el pensamiento "antimoderno", Derecho Público Iberoamericano, año II, n° 3, 2013, pp. 39-73. Un análisis genealógico de esta ideología en Danilo Castellano, *Razionalismo e diritti umani,* Giappichelli, Turín, 2003, pp. 3-53.

Actualidad Juridica 29 final.indd 102 21-01-14 11:45

se disgregarían, las instituciones fundamentales no funcionarán o lo harán de manera diversa a lo previsto.

Para evitarlo, la imaginería constitucional articuló la mayor concentración de poder político y jurídico de la historia. Lo hizo mediante la edificación del Estado moderno. Nuestros manuales escolares siguen repitiendo la cantinela de que antes de la era moderna lo que imperaba era la "tiranía" o el "absolutismo", mientras la Revolución Francesa –esa maldita distorsión de la *civitas* política– nos habría traído la libertad. Pero, en general, cuando los pensadores del siglo XIX de distintas tendencias registran la realidad política de su época, reconocen su asombro ante el aparecimiento de un tan ciclópeo artificio como el Estado. Donoso Cortés habla del poder ubicuo de millones de ojos, oídos y brazos[2]. Tocqueville denuncia el aparecimiento de un poder inmenso y tutelar; un poder absoluto, minucioso, regular y aparentemente benigno, señor, intendente y cajero que se encarga de asegurar los goces y vigilar la suerte de los ciudadanos[3]. Stuart Mill alude al poder de la nación ilimitado, opresor y concentrado de cómoda ejecución[4]. Marx se refiere al espantoso parásito que envuelve como una membrana el cuerpo de la sociedad y obstruye sus poros[5], y que el comunismo habría de utilizar tan bien, ampliándolo para fines revolucionarios. Nietzsche por su parte otea en el Estado el más frío de todos los monstruos fríos[6].

A despecho de tan sombrío pronóstico, el Estado moderno se irguió representando ideas y metas que encubrieron su verdadera naturaleza. Cuan nuevo Adamastor se presentó dispuesto a utilizar toda su fuerza al servicio de los ideales ilustrados que, se dijo, eran los del pueblo. El constitucionalismo fijó al respecto una serie de dogmas que dieron legitimidad al monstruo. Había que soportarlo, se proclamó, porque era el único medio de proteger la libertad. La historia se acostumbró a él hasta tal punto que hoy nos parece que la política y la misma libertad serían imposibles sin el Estado centralista y secularizado[7]. Y nos habituamos asimismo a sus dogmas justificantes, de tal manera que después de dos siglos se les expone como panacea de toda organización política y se les enseña como artículos de fe. Caso típico es el principio democrático y popular

---

2 Juan Donoso Cortés, Discurso pronunciado en el Congreso el 4 de enero de 1849, en *Obras de don Juan Donoso Cortés, ordenadas por don Gavino Tejado,* Imprenta de Tejado Editor, Madrid, 1854, Vol. III, p. 269.

3 Alexis de Tocqueville, *Democracia en América,* (traducción de Raimundo Viejo Viñas), Akal, Madrid, 2007, II, VI, V, 877 y II, IV, VI, p. 88.

4 John Stuart Mill, *Sobre la libertad* (traducción de Josefa Sainz Pulido), Aguilar, Buenos Aires, 1954, I, p. 20.

5 Karl Marx, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte,* citado por Bertrán de Jouvenel, *Los orígenes del Estado moderno. Historia de las ideas políticas del siglo XIX*, (traductor Gerardo Novás P.), Emesa, Toledo, 1977, p. 58.

6 Friedrich Nietzsche, *Así habló Zaratustra*, II, 11, *Del nuevo ídolo*.

7 No hay que ir muy lejos para constatar esta afirmación. Vr. gr., en libros como *El Otro Modelo*, que sustenta ideológicamente el programa de la Sra. Bachelet, el Estado figura como la llave de la "buena nueva" para oponerse al "orden neoliberal". Fernando Atria, Guillermo Larraín, José Miguel Benavente, Javier Couso, Alfredo Joignant, *El Otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público,* Debate, Santiago, 2013, especialmente pp. 125-170 y 192-198. Hacemos este comentario, salvando la gran valía intelectual y humana de los autores, algunos de quienes conocemos y estimamos en mucho.

Actualidad Juridica 29 final.indd 103 21-01-14 11:45

de sabor rousseauniano que inspira la propuesta de "Nueva Constitución" del programa de Bachelet. Reza así:

> *"El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios"*[8].

Tanto la noción de "pueblo", como su "escucha" e "interpretación" (no hay traducción sin traductores), o la "voluntad popular" que para ser "real" solo admite ser expresada en el "sentido de los cambios", son susceptibles de diversas estrategias políticas, paradigmáticas incluso en el estilo al uso de la Revolución francesa o de la bolchevique, por poner dos ejemplos.

De cualquier modo, si se atiende a la dimensión instrumental de estos dogmas, se descubre que no fueron sino mediaciones engañosas de una razón constructivista y planificadora cuya finalidad tránsfuga pasó por imponer la estatalidad como camisa de fuerza a las sociedades otrora orgánicas y libres[9]. Como tales funcionaron a la manera de principios organizativos, pero también como promesas hacia el futuro.

El constitucionalismo como movimiento histórico-ideológico –racionalismo, voluntarismo, liberalismo– prometió que el hombre se liberaría en el plano colectivo de todo orden trascendente, pues no habrías más normas, sociedad y gobierno que los que el hombre mismo consintiera a través del pacto social. Análoga liberación se prometió en el ámbito individual a través del ejercicio de los derechos humanos.

Esta promesa de liberación ínsita al constitucionalismo en sus fuentes filosóficas más agudas –Rousseau, Kant, etc.– permite enfocar este movimiento como manifestación del proyecto moderno de divinización de la voluntad humana encarnado en el poder secularizador y constructivista del Estado.

Empero, la desproporción entre las promesas de la modernidad política (divulgadas como realidad por la mitología constitucional) y la realidad del constitucionalismo implantado es de tal envergadura, que impulsados a hacer un balance, el débito supera en mucho al crédito.

---

[8] Programa de gobierno 2014-2018. Michelle Bachelet, p.15.
http://www.emol.com/documentos/archivos/2013/10/27/2013102712016.pdf

[9] Sobre la contraposición entre racionalismo constitucional y realidad, Pietro Giuseppe Grasso, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 39-43; sobre el constitucionalismo como invención racionalista y voluntarista de lo político, Juan Fernando Segovia, *Derechos humanos y constitucionalismo,* Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 19-25.

Actualidad Juridica 29 final.indd 104 21-01-14 11:45

El hecho de constituir a la vez una realización consumada y una promesa incumplida otorga a los dogmas del constitucionalismo un carácter ambiguo. Muchos se refieren a sus promesas como si ya fueran realizaciones históricas. Nos encontramos en la hora de la deontología y la axiología constitucional convertida en realidad por un ejercicio de impúdica y desnuda retórica. El constitucionalismo, en lo que tiene de idílico, se asemeja a una tragicomedia: los dogmas del constitucionalismo se cumplen porque así lo dice la Constitución.

De todos modos, el aspecto mesiánico del constitucionalismo ya no tiene cultivadores serios[10]. Los ídolos del constitucionalismo "fuerte" han caído uno por uno. No sólo porque todos sus dogmas sin excepción han sido objeto de irreversibles cuestionamientos a nivel teórico, sino también porque su realización ha contrastado con las premisas que le servían de justificación:

i) El dogma de la *soberanía popular* no tiene correlato en la realidad. Ni el pueblo ha sido soberano en los regímenes democráticos representativos ni la masa que constituye hoy por hoy su base material es de hecho un pueblo[11].

ii) El dogma de la *separación de poderes* tampoco ha dado los resultados que se esperaban ni estructural ni funcionalmente. En el primer caso, ha debido ser matizado con la doctrina del *checks and balances* para poder operar. Lo que a su vez ha ocasionado nuevas disfuncionalidades[12].

Pero aun con estos correctivos, la separación entendida como distinción de funciones públicas no ha podido cumplir su objeto primario: evitar el crecimiento del poder estatal-absoluto[13] ni la confusión material de competencias[14].

---

[10] La afirmación no obsta a que en ambientes netamente constitucionalistas el mesianismo siga cultivándose dentro de los pliegues del formulismo normativo. Un ejemplo entre otros: Chevallier, en tono solemne, tiene el gusto de proclamar como hecho histórico lo que en rigor es un postulado ideológico: *"en todo Occidente los pueblos pedían (sic) una "Constitución" … dirigida a delimitar el poder arbitrario y asegurar un gobierno limitado … Su único objetivo es someter la fuerza al derecho"* (Jacques Chevallier, *L´Etat de Droit,* Ed. Montchrestein, Paris, 1994, pp. 22-27)

[11] Al respecto, la célebre distinción entre masa y pueblo en Pío XII, Discurso *Benignitas et Humanitas* del 24 de diciembre de 1944.

[12] Una apreciación positiva de la doctrina de *checks and balances* como correctivo de la separación de poderes del constitucionalismo continental en José Luis Cea, *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado,* Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, pp. 59-64, quien sigue, en parte, a Franz Neumann. Giuseppe Maranini y Pablo Lucas Verdú, constatan, sin embargo, las disfuncionalidades de este influjo. Pablo Lucas Verdú, *Manual de Derecho Político,* Tecnos, Madrid, 2000, Vol. I, pp. 186.

[13] Pereira Menaut sostiene con agudeza: *"La separación de poderes … no fue capaz de frenar al Estado por ser compatible con la unidad e integridad del poder estatal. Pero ese crecimiento estatal no fue un incremento equilibrado del Estado entero, ni de todos y cada uno de los tres poderes, sino pura y crudamente, un crecimiento elefantiásico del ejecutivo, con daño para la posición relativa de los otros dos poderes. El gigantismo del ejecutivo significó gigantismo de la administración, que lo invade todo y que lleva a cabo funciones no solo ejecutivo-administrativas, sino también materialmente legislativas y judiciales".* Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Teoría constitucional,* Cono-Sur, Santiago de Chile, 1998, p. 165.

[14] La dinámica política ha vaciado de contenido práctico la estructuración fijada por la doctrina en cuestión. Es interesante a este propósito el análisis de Loewenstein, Marshall y García Pelayo que trae

Actualidad Juridica 29 final.indd 105 21-01-14 11:45

iii) El principio de *representación popular* vale tanto como la *democracia moderna*: una ideología que ha distanciado al pueblo del poder político[15].

iv) El culto a los *derechos humanos.* Se diría que asistimos al culmen de su realización, pero lo cierto es que su imprevisibilidad conceptual afecta hondamente el funcionamiento del régimen constitucional contemporáneo, especialmente en lo que se refiere al sistema de derechos fundamentales en su relación con la jurisdicción constitucional.

2) El imperio del constitucionalismo "débil": el avance de la desorganización constitucional.

Si ya no hay lugar para los dogmas del constitucionalismo fuerte, salvo en ciertos ambientes de la demagogia caudillista latinoamericana, donde el tiempo de la erosión los espera. Porque quiérase o no, dichos dogmas han caído junto al sistema de creencias de la Modernidad[16]. La pregunta que hoy debemos hacernos es qué tipo de constitucionalismo se construye ante nuestros ojos. La respuesta parece sencilla: el constitucionalismo "débil", porque las promesas de la organización perfecta, representativa y liberadora han sido transmutadas por la asignación del mero papel funcional de las instituciones político-jurídicas. Lo que importa ahora no es la tensión progresiva hacia míticos sueños sino simplemente que el organigrama diseñado por la ley fundamental cumpla sus tareas de acuerdo al bosquejo preestablecido.

Se ha de reconocer, sin embargo, que en el antedicho papel funcional se constatan –discúlpese el pleonasmo– múltiples disfuncionalidades. Para los

Pereira Menaut, op. cit., pp. 167-168. Por su parte, Pactet y Lucas Verdú constatan hasta qué punto los hechos políticos contradicen el principio de separación de poderes, mientras Werner Kaegi examina sus dicotomías. Pierre Pactet, *Institutions politiques. Droit Constitutionel.* Masson y Cie Editeurs, París, 1969, pp. 26-27; Pablo Lucas Verdú, *Manual de Derecho Político,* Tecnos, Madrid, 2000, Vol. I, pp. 188-192.

[15] La bibliografía al respecto es amplísima y conocida. Aquí destacamos cuatro enfoques de autores de distintas tendencias:

a) El de Fernández de la Mora, quien describe los regímenes democráticos contemporáneos como oligarquías partitocráticas (Gonzalo Fernández de la Mora, *La Partitocracia,* Editorial Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976).

b) El examen de Bobbio sobre las promesas incumplidas de la democracia (Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia,* Fondo de Cultura Económica, México, pp. 16-29, 65-80).

c) La evaluación de Manent sobre la extinción del ejercicio de la democracia bajo la presión de la mundialización económica y la integración europea (Pierre Manent, *La raison des nations: Réflexions sur la démocratie en Europe*, Gallimard, Paris, 2006).

d) La comprobación de Gauchet acerca de la disolución del régimen clásico de creencias democráticas (Marcel Gauchet, *La religión en la democracia. El camino del laicismo,* Editorial Complutense, Madrid, 2003, pp. 88-99).

[16] Una evaluación in extenso en AA.VV., *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, *in toto.* Para lo que sigue remitimos a Julio Alvear Téllez, *Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la modernidad política,* en ibíd., pp. 86-136.

Actualidad Juridica 29 final.indd 106 21-01-14 11:45

constitucionalistas liberales se trata de "patologías" del sistema. Para nosotros son consecuencias históricas inevitables de los principios políticos constitucionales en la medida en que se han asentado en el voluntarismo racionalista y su siempre fracasado intento de construir ex novo la comunidad política al margen de la tradición y de la historia concreta de los pueblos y del imperio del orden natural. Es lo que podemos denominar *desorganización constitucional,* cuyos síntomas anotamos a continuación.

i) El fenómeno de la desconstitucionalización.

La desconstitucionalización es una tendencia que se agudiza en los regímenes políticos contemporáneos[17]. Expresa situaciones disímiles, de las que cabe destacar, para efectos de nuestra perspectiva, la derogación sociológica de normas constitucionales:

> *"El incumplimiento, la desnaturalización o la violación reiterados de reglas constitucionales, no sancionados por los custodios de la supremacía constitucional, puede provocar en determinados casos la abrogación sociológica, por desuetudo, de las normas en cuestión. Según situaciones que varían de país en país, es factible que tramos significativos de la constitución queden así desconstitucionalizados. En homenaje a la verdad, cabe constatar esas exclusiones de reglas constitucionales, más allá de lo lamentable que sea el proceso de desconocimiento de cláusulas de la ley suprema"* [18].

ii) El "Desmontaje de la Constitución".

Werner Kägy ha acuñado el término para significar el declive de la función informadora de la norma constitucional, fruto del decaimiento general de la fuerza motivadora de las normas. *"Importan casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla en sí no queda afectada, aunque sí su eficacia"*[19].

Entre los síntomas del fenómeno, Sagüés, glosando a Kägy, destaca:

a) El "derecho de emergencia" oculto en la noción de "constitución extraordinaria o de emergencia", que desvincula al operador gubernativo de los controles y responsabilidades previstos.

b) Delegación de competencias legislativas, y "concesión de plenos poderes" al Poder Ejecutivo, confiriéndole un "poder constitucional exorbitante".

[17] Una acertada síntesis en Nestor Pedro Sagüés, *El concepto de "desconstitucionalización",* en La Ley, Buenos Aires, 13 abril 2007. Más ampliamente, Id., *Cultura constitucional y desconstitucionalización,* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVI, Montevideo, 2010, pp. 97-108.
[18] Id., *"El concepto de "desconstitucionalización",* cit., p. 3.
[19] Citado en ibíd., pp. 3-4.

Actualidad Juridica 29 final.indd 107 21-01-14 11:45

c) "Fuga hacia las cláusulas generales" o utilización de conceptos jurídicos indeterminados ("conceptos-válvula") para evitar la aplicación de preceptos constitucionales precisos.

d) Recurso a la "adaptación de la Constitución" como estrategia de evasión de las directrices constitucionales.

e) Identificación entre el ordenamiento populista y el derecho[20].

III) "Desvalorización" de la Constitución.

En su clásica *Teoría de la Constitución,* Loewenstein aborda la cuestión de su "desvalorización". Descrita como una especie de fatiga de material del sistema, se tipifica cuando los operadores jurídicos conscientemente incumplen algunas de las disposiciones de la Carta Fundamental, contando con la solidaridad o la indiferencia de la población[21].

Sagüés destaca a este propósito:

> *"Karl Loewenstein plantea el problema de la "desvalorización" de la constitución escrita preferentemente en el ámbito de las constituciones que denomina normativas, esto es, de las cumplidas u obedecidas en una proporción aceptable.*
>
> *En concreto, define esa desvalorización como un episodio signado por dos acontecimientos. El primero es la "falta de observancia consciente de la constitución", por parte de los detentadores del poder constitucional. Y acaece cuando una disposición constitucional de tipo esencial no es deliberada y consecuentemente aplicada o realizada. La norma constitucional sigue formalmente vigente, pero permanece como lex imperfecta, o letra muerta, "en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la ley fundamental". Ello es así porque la efectivización de la norma perjudicaría a los operadores de la constitución*[22].
>
> *El segundo factor que coadyuva a la desvalorización de la constitución es la "erosión de la conciencia constitucional" en la sociedad, vale decir, la pérdida de*

[20] Werner Kägy, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional,* Dykinson, Madrid, 2005, pp. 54 s., 62, 137 y ss., p.144; Sagüés, op. cit., pp. 4-5.

[21] Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución,* Ariel, Barcelona, 2ª ed., pp. 222-231.

[22] *"Esta patología, explica Loewenstein, se produce algunas veces (i) incumpliendo prohibiciones constitucionales (por ejemplo, el rearme japonés, interdicto por la constitución de 1946; la concesión de delegaciones legislativas parlamentarias en el poder ejecutivo, en la constitución francesa de 1946), o (ii) no realizando deberes constitucionales (algo que hoy llamaríamos inconstitucionalidad por omisión: la falta de lanzamiento de la Corte Constitucional italiana durante ocho años, por desacuerdos entre los partidos políticos cerca de los jueces que cabía designar; y la ausencia de ley reglamentaria de la vida interna de los partidos políticos en Alemania Federal, durante un lapso prolongado, a pesar de las previsiones de la ley fundamental de 1947). En otros casos, (iii) se adoptan medidas que la constitución no contempla (por ejemplo, en Suiza, durante bastante tiempo, las "resoluciones federales urgentes"). El listado es simplemente enunciativo".* Sagüés, op. cit., p. 6.

Actualidad Juridica 29 final.indd 108 21-01-14 11:45

prestigio de la constitución en la comunidad, suceso que para nuestro autor es muy frecuente: "la masa de la población ha pedido su interés en la constitución, y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo. Esto es un hecho indiscutible y alarmante". Existen, eso sí, distintos grados de desapego y de indiferencia hacia la constitución, que en casos extremos pueden llegar hasta la hostilidad constitucional. Lograr la "revitalización de la conciencia constitucional" en el pueblo puede en ciertos casos resultar una misión harto difícil, que demanda acercar al pueblo a su constitución o acercar la constitución al pueblo, mediante la reforma constitucional"[23].

Dos cosas hay que destacar aquí. En primer lugar, la constatación de Loewenstein de que "*es un hecho indiscutible y alarmante que la masa de la población ha pedido su interés en la constitución, y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo".* Lo que en la época del autor podía ser relativizado a este o aquel país, es hoy un fenómeno universal. En nuestros días la constitución es una cantera de la que sacan materiales sólo los especialistas, dentro de una lógica peculiar, con reglas asimismo particularizadas, fijadas por tribunales también especiales. Hay una desconexión sociológica y cultural entre el llamado poder constituyente originario (el pueblo) y la norma constitucional que se supone es su fuente. De ahí que el proceso de reforma constitucional –también en manos de especialistas, y con sus propios embrollos, según veremos– tampoco sea la solución.

En rigor, la desvalorización de la constitución se debe a su naturaleza racionalista y voluntarista. Tarde o temprano la artificialidad entra en disonancia con la naturalidad y la historicidad. Sólo en la medida en que una constitución recoja las tradiciones peculiares y los hábitos políticos materiales de cada pueblo, es que puede ser valorada en el plano orgánico. La política es por excelencia el campo de acción de la virtud de la prudencia, no de la geometría.

IV) "Falseamiento" de la Constitución.

Hauriou ideó el término para designar la modificación o mutación encubierta de los enunciados formales de la constitución política. Los modelos característicos de falseamiento son dos: la aprobación de normas legales ordinarias opuestas a la constitución, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos de control de la constitucionalidad y las prácticas y costumbres, en particular de los órganos gubernativos y administrativos, contrarias a la carta fundamental[24].

En un sentido más sustantivo, Sánchez Agesta considera que cabe dentro del *falseamiento* constitucional el establecimiento de una Constitución cuyo conte-

[23] Ibid., pp. 5-6.
[24] Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional,* Reus, Madrid, pp. 331-2. Para su glosa, de la que nos servimos, Nestor Pedro Sagüés, ibíd., p. 7.

Actualidad Juridica 29 final.indd 109 21-01-14 11:45

nido es inepto para articular una sociedad[25]. Lo que muchas veces lleva al *fraude* constitucional, pues permite manipular las normas para obtener determinados objetivos ideológicos o de destrucción, utilizando para ello la capacidad del Estado.

Al respecto se pueden dar tres ejemplos recientes:

a) Constitución de la República Bolivariana del Venezuela (1999)[26].

En el preámbulo de la constitución venezolana aparece el nombre de Dios al lado del "Libertador Simón Bolívar"[27] y del "poder creador" del pueblo. Subyace una inspiración política compleja en la que concurren cinco relatos: el relato *moderno* de la soberanía popular en toda su radicalidad (es la voluntad humana la que construye *ex novo* el orden político)[28]; el relato *patriótico* que afirma que la construcción de las naciones americanas es fruto de la lucha contra el dominio hispano; el relato *indigenista* que sostiene que los pueblos aborígenes, por ser tales, son modelo de virtudes humanas; el relato *posmoderno* que legitima la llamada "multiculturalidad" disgregadora como única condición válida de coexistencia social; y el relato *colectivista-socialista*, que reivindica el papel del Estado en la "refundación de la República" y en la distribución de bienes y servicios para el cumplimiento de los ideales humanitarios colectivos[29].

Todos estos relatos se entrecruzan a la hora de concretarse en disposiciones constitucionales. Los ideales modernos de libertad e igualdad se cultivan desde lo que se supone que es el proyecto de un Bolívar mítico[30]. El indigenismo primitivo alimenta

---

[25] Sánchez Agesta, Luis, *Principios de Teoría Política,* 3ª ed. (Madrid 1970), Editora Nacional, págs. 341/2.

[26] La Constitución venezolana fue publicada el 30 de diciembre de 1999.

[27] El nombre de Dios a título de invocación; la imagen de Simón Bolívar a título de modelo histórico político y moral, como veremos en seguida.

[28] El art. 5 de la Constitución establece la soberanía popular: *"La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos"*.

[29] Dice el preámbulo: *"El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático..."*.

[30] Art. 1., inc. 1, segunda parte.- *"La República Bolivariana de Venezuela ... fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador"*.

Actualidad Juridica 29 final.indd 110 21-01-14 11:45

con radicalidad la multiculturalidad posmoderna y viceversa, y ambos dan sabia al colectivismo socialista[31], lo que se promueve y difunde desde el poder político.

El péndulo de la modernidad política que se mueve entre individuo y Estado se detiene en este último. La República por ser democrática es apodícticamente libre[32]. La libertad, como ideal político, se realiza por sí misma en la voluntad general hipostasiada en la decisión del Estado. Los derechos individuales y el respeto por la dignidad humana se cultivan en *el ejercicio democrático de la voluntad popular* destinada a *la construcción de una sociedad justa*[33].

---

[31] El Capítulo VI establece los "Derechos Culturales" (y educativos) y el Capítulo VIII los "Derechos de los Pueblos Indígenas" (Arts. 119-124), ambos concebidos principalmente como derechos sociales, a los que el Estado da satisfacción a la vez que fomenta. Son derechos con una instrumentalización evidente para la causa de la multiculturalidad y del colectivismo socialista.

Sobre los derechos culturales se estipula:

Art. 100.- *"Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior ..."*.

Art. 101.- *"El Estado garantizará la emisión, recepción y circulación de la información cultural. Los medios de comunicación tienen el deber de coadyuvar a la difusión de los valores de la tradición popular y la obra de los o las artistas, escritores, escritoras, compositores, compositoras, cineastas, científicos, científicas y demás creadores y creadoras culturales del país..."*.

Sobre los derechos indígenas se dispone:

Art. 121.- *"Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones"*.

Art. 119.- *"El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley"*.

Art, 122.- *"Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos"*.

Art. 123.- *"Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades ..."*.

[32] Art. 1.- *"La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente ...Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía ..."*

Art. 2.- *"Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación ... la libertad, ... la igualdad, ..., la democracia, ... la preeminencia de los derechos humanos, ... y el pluralismo político"*.

Art. 6.- *"El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables"*.

[33] Art. 3, inc. 1.- *"El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución"*.

Actualidad Juridica 29 final.indd 111 21-01-14 11:45

b) Constitución de la República del Ecuador (2008)[34].

En el preámbulo se celebra la Pacha Mama, como si fuera una realidad viva de la que depende la nación ecuatoriana. Si diría que se establece un Estado de inspiración confesional panteísta y mítica si no fuese por la posterior invocación al Dios de los cristianos, inmediatamente sofocada por la referencia a las diversas formas de religiosidad y espiritualidad que supuestamente conformarían la tradición ecuatoriana[35]. Otro ingrediente es la identificación de los objetivos políticos del Estado con la herencia de unas supuestas luchas históricas contra el colonialismo y la dominación capitalista rumbo a la creación de una nueva construcción política que traerá la felicidad a los ecuatorianos[36].

c) Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)[37].

El preámbulo de esta constitución alude, con claros tintes míticos neopaganos e indigenistas, a una suerte de edad de oro en la que los hombres habrían vivido en plena armonía con la madre tierra, hasta que los *funestos colonizadores* destruyeron ese mundo de ensueño[38]. Desde entonces, el pueblo boliviano ha sostenido una sublevación anticolonial, una lucha popular de liberación, contra las estructuras malévolas heredadas de la civilización occidental, cuyo resultado positivo ha sido, al fin, la creación de un *nuevo Estado*, de sabor mesiánico[39],

---

[34] La nueva Constitución de Ecuador fue aprobada el 28 de septiembre del 2008 por la vía de un referéndum.

[35] *"Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del ecuador*
Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,
Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,
Invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad".

[36] *"Como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo,*
Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,
Decidimos construir
Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay;
Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;
Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro–, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra".

[37] La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia fue aprobada vía referéndum el 25 de enero del 2009.

[38] *"En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia".*

[39] *"El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.*

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia".

Actualidad Juridica 29 final.indd 112 21-01-14 11:45

a través del cual las reivindicaciones supuestamente indígenas se transmutan en los valores colectivistas de la faceta socialista de la Modernidad política[40]. El dogma de la soberanía popular se une a la planificación estatal para ejecutar autoritativamente los objetivos establecidos, en un fondo de cuadro en el que se vuelve patente la aceleración del proceso de descristianización del país.

El Estado boliviano se funda en el pluralismo agnóstico y relativista en todos los ámbitos de la actividad humana[41], a tal punto que establece como deber no sólo el reconocimiento sino también la promoción de las múltiples *espiritualidades* de los *pueblos originarios*[42]. Aparentemente antiliberal, la Constitución es, en realidad, pugnazmente liberal a la hora de multiplicar la reactivación de las individualidades grupales divergentes sin puntos de unión en torno a bienes que trasciendan el despliegue de la subjetividad. Ello la lleva a reconocer la *autoidentificación cultural* como derecho fundamental[43] así como a establecer treinta y siete idiomas oficiales[44].

La ideología liberal se conjuga con el ímpetu planificador del laicismo estatal.

V) El problema de la Constitución como sistema.

El sistema constitucional supone que los cambios que se introducen a la legalidad deben guardar una estricta sistematicidad y armonía. Pero hoy vivimos en una selva de leyes donde en la práctica se hace imposible tal garantía. El

---

40 *"Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.*

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país".

41 Artículo 1. *"Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país".*

42 Lo que se realiza especialmente en la educación: Artículo 86.- *"En los centros educativos se reconocerá y garantizará la libertad de conciencia y de fe y de la enseñanza de religión, así como la espiritualidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y se fomentará el respeto y la convivencia mutua entre las personas con diversas opciones religiosas, sin imposición dogmática. En estos centros no se discriminará en la aceptación y permanencia de las alumnas y los alumnos por su opción religiosa".*

43 "Artículo 21. *Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: 1.- A la autoidentificación cultural".*

44 Artículo 5. *"I. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyaikallawaya, machineri, maropa, mojeñotrinitario, mojeñoignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uruchipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco".*

Actualidad Juridica 29 final.indd 113 21-01-14 11:45

fenómeno de la descodificación[45] y la expansión de los sedicentes "subsistemas" legales han colocado en entredicho la concepción del ordenamiento jurídico como sistema[46].

VI) La reforma a la Constitución: vehículo del malestar constitucional.

El mecanismo de reforma constitucional fue creado para adaptar la carta fundamental a las nuevas exigencias o realidades de un modo formal, previsible y controlado, sin perder su ideario y su conjunción sistémica, signos de su estabilidad consubstancial. Sin embargo, la frecuencia con que viene siendo utilizado el mecanismo revela que la Constitución muta de manera descontrolada. En principio, ya no puede asegurar la estabilidad de sus propias normas. Se hace presente un malestar difuso acerca de su eficacia configuradora. Lo que puede llevar a una consecuencia desorientadora: una Constitución que permanentemente está rehaciendo sus propias partes es desde el punto de vista diacrónico una *contradictio in terminis*.

Algunos ejemplos hispanoamericanos sirven para ilustrar este aserto.

i) Chile: La Constitución chilena entró en vigencia el 1 de marzo de 1981. Ha sido objeto hasta la fecha de veintisiete leyes de reforma constitucional: desde la ley 18.825 del 17 de agosto de 1989 hasta la ley 20.414 del 4 de enero del 2010

ii) México: La Constitución mexicana fue publicada el 5 de febrero de 1917, y ha conocido sesenta y nueve reformas, que enunciamos solamente por los años: 1921, 1923, 1927, 1928, 1929, 1931, 1933, 1934 (dos reformas), 1935, 1937, 1938, 1940 (dos reformas), 1942, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947, 1948, 1949, 1951, 1952, 1953, 1960, 1961, 1962, 1963, 1965, 1966, 1967, 1969, 1971, 1972, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982 (dos reformas), 1983, 1985, 1986, 1987, 1988, 1990, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 (dos reformas), 2007, 2008, 2009.

iii) Uruguay: La Constitución uruguaya fue sancionada el 24 de noviembre de 1967 y aprobada plebiscitariamente el 27 de noviembre del mismo año. Ha conocido cuatro paquetes de reformas también plebiscitadas: la del 26 de noviembre de 1989, del 26 de noviembre de 1994, del 8 de diciembre de 1996 y del 31 de octubre de 2004.

[45] Es de referencia el libro de Natalino Irti, *La edad de la descodificación*, José María Bosch, Barcelona, 1992.
[46] Una interesante evaluación del problema en Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica,* Trotta, Madrid, 2007, pp.113-351.

Actualidad Juridica 29 final.indd 114 21-01-14 11:45

iv) Nicaragua: La Constitución Política de la República de Nicaragua fue aprobada el 19 de noviembre de 1986 y publicada el 30 de abril de 1987. Ha sido objeto de reformas en ocho oportunidades, las más amplias por la ley nº 192 del 4 de julio de 1995 y la ley nº 330 del 19 de enero del 2000.

v) Colombia: La Constitución colombiana del 4 de julio de 1991 ha sido modificada en once años sucesivos: 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005.

3) El problema de la interpretación constitucional.

En la concepción moderna del ordenamiento jurídico, la interpretación ha sido un expediente imprescindible para salvar el hiato que existe entre la norma general, que normalmente responde a un diseño racionalista, y la realidad del caso concreto. Lo que de suyo abre la problemática –tan temida– de la indeterminación de la solución justa, en la medida en que afecta al dogma de la seguridad jurídica.

En materia constitucional, la seguridad jurídica no existe. Es una afirmación que no puede desmentirse si se mira el funcionamiento de la jurisprudencia constitucional, anclada en metodologías sucesivas no previstas, que dan cuenta de una infinidad de reglas no consensuadas, tendentes todas a disociar el texto constitucional de cualquier previsibilidad razonable.

En algunos casos, el problema viene del texto mismo: los conceptos jurídicos indeterminados o las instituciones tipos abundan en las Constituciones, abriendo las puertas a las concreciones de significados y soluciones jurisdiccionales que pueden ser no solo dispares, sino que opuestas y hasta contradictorias. Un mismo texto puede amparar las situaciones más disímiles[47].

En otras ocasiones, el embarazo tiene su origen en la necesidad de adaptar la Constitución a supuestas o reales situaciones políticas, sociales, éticas, culturales o económicas, utilizando para ello los espacios interpretativos a que deja lugar el texto, sin necesidad de recurrir a la reforma constitucional[48].

[47] El problema se da a todo nivel. En el espacio comunitario, la Sección Segunda de la Corte Europea de Derechos Humanos dedujo del artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos la exigencia de prohibir los crucifijos en las escuelas públicas italianas (caso Lautsi c. Italie, sentencia del 3 de noviembre de 2009). Poco después, el mismo tribunal, esta vez la Gran Sala, estableció en el mismo proceso que del artículo citado se deduce la consecuencia opuesta (caso Lautsi c. Italie, sentencia del 18 de marzo del 2011).

[48] La discusión en torno al mal denominado "matrimonio homosexual" es un caso característico que se viene planteando en diversos países europeos y americanos. En Chile, con fecha siete de enero de 2011, el Tribunal Constitucional admitió a trámite el requerimiento para declarar inaplicable el artículo 102 del Código Civil y el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil en aquella parte que establecen que

Actualidad Juridica 29 final.indd 115 21-01-14 11:45

A este propósito, García de Enterría ha confeccionado un balance de los riesgos de la justicia constitucional:

i) La responsabilidad del Tribunal Constitucional parece ser demasiado amplia, de excesivo peso para el sistema político y jurídico, al extremo de que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis el sistema entero[49].

ii) Existe una tensión evidente entre la política y el derecho que repercute en la labor del Tribunal Constitucional, condicionando políticamente su interpretación. Lo que a su vez abre una serie de cuestionamientos:

"¿Los graves problemas políticos que se someten a la decisión del tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial? ¿El Tribunal Constitucional es una verdadera jurisdicción o un órgano político, que decide políticamente bajo capa de sentencias? ¿Es que los problemas políticos (y los problemas de principio sometidos a la presión social de tantas atmósferas) son susceptibles de judicializarse, de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos, como es lo propio de todo litigio procesal?"[50].

iii) La fuente epistemológica de la interpretación constitucional no parece ser el texto de la carta, sino la propia elección de criterios del Tribunal Constitucional.

"¿De dónde extrae el TC sus criterios de decisión supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional? Aunque se pretenda aplicar el texto constitucional, la historia demuestra que los TC ejercitan en la práctica un verdadero amending power*, en los términos del juez americano Marlan, esto es un poder de enmendar o revisar la CP, o al menos de suplementarla, de construir preceptos universales nuevos, que ni pudieron estar siquiera en la intención de los constituyentes"*[51].

iv) El poder asignado al Tribunal Constitucional plantea un problema de legitimidad democrática en la medida que un puñado de votos de jueces no electos popularmente puede arrumbar las decisiones de las cámaras legislativas.

el matrimonio debe ser contraído entre un hombre y una mujer. Lo que el matrimonio secularmente siempre ha sido, de acuerdo con su propia naturaleza y su finalidad, y en concordancia con el régimen constitucional chileno en materia de familia, corre ahora el riesgo de mutar su esencia según lo dictamine la jurisprudencia. Una institución protegida por la Constitución puede pasar a ser interdicta en uno de sus atributos esenciales por la interpretación de la misma Constitución, sin siquiera variar su texto.

[49] Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Thomson Civitas, Navarra, 2006, 4ª ed., pp. 167-168.

[50] p. 168.

[51] Ibíd., p. 168.

Actualidad Juridica 29 final.indd 116 21-01-14 11:45

Al respecto, pregunta García de Enterría:

"¿Cuál es la fuente del formidable poder del Tribunal Constitucional y –más grave aún– de su legitimidad democrática? El criterio de unos cuantos hombres puede prevalecer sobre lo expresado por la mayoría de la asamblea legislativa, representante directo del pueblo?" [52].

La cuestión se complica si se aborda el fenómeno del *judicial activism*. Ya no se trata de discutir la mayor o menor conveniencia de entregar a los jueces constitucionales facultades sobre la legislación. Nos desviamos ahora hacia el fenómeno del "gobierno de los jueces", que se arrogan la competencia de revisar la política legislativa usurpando los poderes que pertenecen al Congreso, como afirma Frankfuerter.

La nación no debe tolerar, declama Berger, *"el espectáculo de un tribunal que pretende aplicar los mandatos constitucionales cuando de hecho los está revisando de acuerdo a la preferencia de una mayoría de jueces que busca imponer su voluntad a la de la nación"*[53].

v) La interpretación constitucional opera, en realidad, sobre los espacios abiertos que deja la indeterminación del texto constitucional. Hay en este sentido importantes vacíos de significado. En la línea de la autojustificación de las propias decisiones judiciales las posibilidades de abuso son infinitas.

"La Constitución no puede ser el fundamento de la decisión sobre su propio contenido. La decisión que resuelve las dudas sobre el contenido de una determinación constitucional no puede deducirse del propio contenido dudoso. El Tribunal Constitucional en realidad completa, determina, más que aplica la Constitución. Contra el abuso de la forma legislativa se organiza el abuso de la forma judicial"[54].

vi) La Constitución contiene principios generales susceptibles de las interpretaciones más diversas. Y no solo porque sean en sí mismos amplios. También debido a que son susceptibles de diversa valoración[55]. A lo que

[52] Ibíd., pp. 168 y 177.
[53] Citado en ibíd., p. 181.
[54] Ibíd., p. 72.
[55] La igualdad constitucional contempla, por ejemplo, diversas categorías. Y entre ellas o al interior de ellas hay significaciones incompatibles entre sí. V.gr., Santiago Sánchez distingue entre igualdad como valor, como principio y como derecho, criticando la raíz ideológica y la formulación oscura de las dos primeras en la Constitución española. Santiago Sánchez González, *En torno a la igualdad y a la desigualdad,* en Santiago Sánchez González (coord..), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 15-28. En ibíd., pp. 27-28, critica la igualdad igualitaria como práctica y meta de los poderes públicos, mientras en la misma obra otra autora defiende dicho concepto como base de las medidas de acción positiva: María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales,* en Santiago Sánchez, op. cit., pp. 30-55, especialmente 31-36.

Actualidad Juridica 29 final.indd 117 21-01-14 11:45

> hay que agregar su variabilidad. Todo lo cual se finiquita en una extrema incertidumbre acerca de su número y naturaleza. Sobre el tópico, García de Enterría habla de un solo gran principio; Nogueira de muchos[56].

Es interesante constatar que García de Enterría ha formulado con agudeza las objeciones precedentes a la justicia constitucional, con abundantes citas de sus mejores exponentes. Empero, le parece que el compromiso del Tribunal Constitucional con los valores del Estado de Derecho es consubstancial a su propio diseño. Y que los métodos de interpretación constitucional pueden ser expresados en padrones objetivos y razonables que impidan la arbitrariedad. Por lo demás, la democracia rectamente entendida no se confunde con el misticismo jacobino del asambleísmo popular, sino con la protección de los derechos fundamentales de mayorías y minorías[57].

Sin embargo, más allá de su evaluación definitiva, el valor de las objeciones reseñadas reside en dejar constancia que los más caros cultivadores del derecho constitucional constatan la existencia de problemas graves al interior del sistema de derechos fundamentales. Y lo que discuten no es su pervivencia sino su capacidad para hacerle mella. En este sentido, ningún constitucionalista serio ha podido hacerse cargo de la objeción de fondo. La interpretación constitucional desata la caja de pandora en materia de derechos humanos: *la falta de seguridad que lo que dice la Constitución sea realmente lo que dice.*

Y es que la interpretación constitucional supera en mucho la función canónica que el positivismo clásico asignó a la interpretación jurídica, anclada en el valor de la seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, las seis objeciones arriba mencionadas, en cuanto reflejan la propia dinámica inestable de la jurisdicción constitucional, tienen un valor inexpugnable.

---

[56] García de Enterría resalta la importancia del principio de interpretación conforme a la Constitución, dándole un valor amplísimo. García de Enterría, op. cit., pp. 101-127. Nogueira, quien cita al jurista español, se refiere al citado principio como uno más entre muchos: (i) Postulado de la interpretación conforme a la Constitución; (ii) Principio de supremacía de la Constitución; (iii) Principio de la unidad de la Constitución; (iv) Principio de la fuerza normativa de la Constitución; (v) Postulado del efecto útil; (vi) Postulado de la concordancia práctica; (vii) Postulado de la eficacia integradora de la Constitución; (viii) Postulado de la corrección funcional; (ix) Postulado de la interpretación conforme al derecho internacional; (x) Postulado de primacía o prevalencia de los derechos humanos; (xi) Postulado de racionalidad y razonabilidad; (xii) Principio de proporcionalidad o prohibición del exceso; (xiii) Postulado de prudencia o interpretación previsora. Humberto Nogueira Alcalá, *Enfoques sobre interpretación constitucional y jurisdicción constitucional,* en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Temas Actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al Profesor Mario Verdugo Marinkovic,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 155-186. De suyo, la mera existencia de trece principios (¿por qué no una cifra menor o mayor?) vuelve complejísima la labor interpretativa, agudizando la subjetividad del intérprete y el alejamiento del texto constitucional como marco normativo de significado unívoco.

[57] Ibid., pp. 187-208. Ante el problema de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional, los esfuerzos conceptuales para arribar a una respuesta positiva son heroicos. Vid., v. gr., Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Trotta, Madrid, 2003, pp. 137-174.

Actualidad Juridica 29 final.indd 118 21-01-14 11:45

Lo anterior se confirma cuando se avaloran los métodos de interpretación constitucional o los modelos de resolución de conflicto. No hay al respecto nada estable. Son muchos los métodos y el arbitrio de escogerlos queda en manos de los jueces y de las modas intelectuales. Enunciamos cuatro:

a) El método de *jerarquización de derechos*: busca resolver los conflictos entre derechos fundamentales estableciendo categorías previas y rígidas que permitan discernir qué derecho tiene primacía sobre otro, cuando no sea posible que ambos cohabiten.

Al respecto, es conocida en los Estados Unidos de Norteamérica la doctrina de la *preferred fredoms* respecto a la invulnerabilidad de los derechos de la Primera Enmienda[58], que el Tribunal Constitucional español ha hecho suya a su modo declarando que las libertades de expresión y de información gozan en el orden constitucional de una *posición prevalente*[59].

La jerarquización puede ser creada por el constituyente, por la doctrina o por la jurisdicción. Supone obtener un consenso casi imposible de lograr acerca de cuáles deben ser las pautas concretas para preferir un derecho a otro[60]. En materia de fondo, el método implica aceptar la tesis liberal individualista de la conflictividad de los derechos.

Las principales objeciones que se han hecho en su contra se pueden sintetizar del modo que sigue:

– Se parte de la base que los derechos son libertades ilimitadas que no conllevan deberes correlativos, por lo que ninguno está dispuesto a dejar espacio a otro.

– Se viola el principio de no-contradicción: si existen dos derechos en pugna en el caso concreto, no puede uno ser preterido en beneficio del otro sin atentar contra el carácter jurídico de cada derecho.

– En la práctica, no hay acuerdo sobre el orden jerárquico de los derechos fundamentales. Y si existiera, dado el relativismo reinante o los condicionamientos sociológicos y mediáticos presentes, sería sumamente transitorio.

58 Soledad Bertelsen Simonetti, *Métodos de solución de conflicto entre derechos fundamentales,* Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 2010, nº 42, p. 33.

59 Santiago Sánchez, "Los límites de los derechos", en Santiago Sánchez (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 59-60.

60 En el derecho constitucional chileno, Emilio Pfeffer propone nada menos que nueve pautas. Id., "Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos", en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial Actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, 1998, p. 225.

Actualidad Juridica 29 final.indd 119 21-01-14 11:45

– El sacrificio total de un derecho de inferior rango atenta contra los principios interpretativos de optimización y de unidad de la Constitución[61].

– Por su alto grado de abstracción y apriorismo, el método conduce con una cierta facilidad a soluciones injustas, puesto que no tiene en cuenta las circunstancias del caso[62].

b) El método de la *ponderación* (*balancing test*): consiste en *"contrapesar los bienes jurídicos en pugna –en nuestro caso, los derechos fundamentales que colisionan– de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál es el más importante en el supuesto y cuál debe rendirse"*[63]. Se trata de un modelo complejo que promueve la labor creadora del juez mediante la *construcción de una regla de derecho constitucional* mediante la asignación implícita o explícita de valores a los intereses en conflicto[64].

El modelo es tributario alternativo de la ideología liberal y positivista. De ahí que conceptualice los derechos fundamentales como derechos subjetivos ilimitados o como normas jurídicas.

Conoce diversas variantes: el *balancing* amplio o ponderación de bienes (*Güterabwängung*) o valores constitucionales (*Wertabwängung*) exige que el contrapeso sea realizado en abstracto, atendiendo a los valores filosóficos, políticos, jurídicos o de otra índole que subyacen a los bienes constitucionales en juego. El problema radica en determinar establemente por qué un derecho es más importante que otro, y en este último caso, qué sucede con un derecho no eficaz[65].

El *balancing* estricto o *ad hoc balancing* consiste en discernir cuál de los intereses del mismo rango posee mayor peso específico en un conflicto concreto, resultado al que se llega después de aplicar reglas procedimentales determinadas. El diseño más conocido es el de Robert Alexy, quien distingue entre colisión de principios y conflicto de normas. Cuando a la pugna de derechos subyace un conflicto de principios, hay que dar primacía a uno de ellos. Lo que se logra buscando la optimización y la ponderación de los intereses en juego mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, que exige de toda intervención pública que sea idónea, indispensable y proporcionada[66].

---

61 La síntesis de las objeciones en Soledad Bertelsen Simonetti, op. cit., pp. 37-39, con citas relevantes de diversos autores de la doctrina española, chilena y argentina.

62 Juan Cianciardo, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo.* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 78.

63 Bertelsen, op. cit., pp. 40-41.

64 Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", en *The Yale Law Journal,* n° 5, 1987, p. 945.

65 Bertelsen, op. cit., pp. 41-42.

66 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81-113.

Actualidad Juridica 29 final.indd 120 21-01-14 11:45

Las críticas contra el modelo de Alexy son amplias y parecen definitivas, a despecho de las modas constitucionales que lo acogen. Hay autores que incluso cuestionan su racionalidad[67] y apuntan a la indeterminación y a lo impredecible de sus resultados[68]. A este propósito, el insospechado Habermas acusa que a *"falta de criterios racionales, la ponderación… se efectúa o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías distintas a las que se está acostumbrado"*[69]. Y Bernal Pulido, no obstante simpatizar relativamente con el modelo, sostiene que *"tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreductible margen de acción en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones"*[70].

En la práctica, los tribunales no cuentan con un parámetro común objetivo que ayude a determinar el peso específico de cada derecho. Remiten habitualmente a conceptos jurídicos indeterminados de connotación variable, que a veces representan las meras preferencias personales cubiertas en densas argumentaciones[71]. Y a todo evento, se produce la "derogación" *ad casum* de una norma constitucional garantística en beneficio de otra[72] o la preterición de un derecho fundamental que el propio discurso de los derechos humanos declara en teoría impostergable[73].

---

[67] José Juan Moreso, "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Miguel Carbonell, *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 69-83. Sobre el punto anota Cianciardo: *"La ponderación … no parece una actividad racionalmente controlable. Nada se dice sobre los criterios que permiten decidirse por uno u otro de los derechos en juego. Referida a los derechos como facultades ilimitadas, no hay ninguna pauta que indique por qué una de las dos libertades enfrentadas (o en su caso un bien público) debe prevalecer".* Cianciardo, op. cit., p. 133. En el proceso de defensa del modelo, Jorge Alguacil reconoce los cuestionamientos de la doctrina alemana en torno a su *"fundamentación racional"* y a la *"inseguridad jurídica",* con citas indicativas. Jorge Alguacil González-Aurioles, "Igualdad, diferencia, proporcionalidad", en Santiago Sánchez González (coord.)., op. cit., pp. 65-75. Para enfrentarlos da un argumento que no solo corrobora las objeciones de fondo, sino que además sirve para mostrar la endeblez significativa de la Constitución misma: *"Se critica a la proporcionalidad porque otorga un papel excesivo a los jueces … Tal crítica olvida, sin embargo, que la propia estructura de la Constitución es abierta; las normas que regulan los derechos fundamentales no son cerradas; precisan una interpretación que permita su aplicación en el caso concreto … No obstante, y como señala Schulze-Filitz, sería conveniente precisar el empleo de este postulado para permitir su control racional".* Alguacil, op. cit., p. 74.

[68] Carlos Bernal Pulido, "La racionalidad de la ponderación", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Año nº 26, Nº 77, 2006, pp. 51-75.

[69] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* Trotta, Madrid, 2001, 3ª ed., p. 332. La crítica de Habermas se inserta en la evaluación negativa de la concepción de los principios constitucionales como mandatos de optimización. A su juicio, en el modelo de Alexy se debilitan los derechos fundamentales. Gruesa ironía de toda una construcción elaborada precisamente para proteger los derechos fundamentales.

[70] Carlos Bernal Pulido, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Universidad Autónoma de México, 2005, p. 34. Análogo juicio en Soledad Bertelsen, op. cit., p. 50.

[71] Bertelsen, op. cit., p. 50; Aleinikoff, op. cit., pp. 973-975.

[72] Juan Cianciardo, *El conflictivismo de los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000, p. 366.

[73] Cianciardo, *El ejercicio regular de los derechos,* op. cit., p. 133.

Actualidad Juridica 29 final.indd 121 21-01-14 11:45

c) El método de los *límites de los derechos*: busca delimitar los derechos subjetivos a fin de remover los conflictos que pueden producirse entre ellos.

Al igual que los ya revisados, el modelo se irriga de la ideología liberal en la concepción de los derechos subjetivos. La búsqueda de criterios que limiten los derechos fundamentales en algunos de los momentos posteriores a su génesis, es un remedio que da cuenta de la enfermedad lógica de considerarlos como ilimitados.

Hay discordancia en cuanto a los padrones que pueden servir para limitar los derechos constitucionales. Unos bregan por los límites *externos*, que son directos si los establece la propia Constitución, e indirectos si los impone el legislador, bajo la forma de reserva legal expresa o tácita. Lo que a su vez abre la puerta a la indeterminación constitucional. Porque los derechos, que se creen ilimitados, quedan suspensos bajo la condición de ser delimitados por una norma infraconstitucional a fin de evitar los conflictos. El contenido del derecho fundamental termina identificándose entonces con el contenido de la norma inferior[74].

El juicio, como se ve, no se dirige a la técnica constitucional de establecer límites a los derechos, considerada en sí misma, sino a la paradoja de unos derechos pretendidamente ilimitados que necesariamente se han de limitar por exigencias de la realidad jurídico-social. Y en tal limitación se vislumbra de todo menos criterios materiales que impidan la auto-poiesis de la jurisdicción constitucional.

Para impedir estas disfuncionalidades ha nacido la teoría de los límites internos. Desde un punto de vista técnico jurídico –es decir, para efectos del diseño constitucional racionalista– concibe a los derechos fundamentales como limitados por su propio contenido, de manera que una vez identificado su ámbito de aplicación, su ejercicio se despliega de manera ilimitada dentro de él. El modelo permitiría, en tesis, evitar el problema del conflicto de derechos utilizando el expediente de la delimitación de su contenido. Toda aspiración no incluida en éste no sería propiamente jurídica, no quedaría amparada por la protección constitucional. La tarea del juez consistiría entonces en armonizar los distintos bienes constitucionales previamente delimitados en las instancias dogmáticas y jurisprudenciales[75].

El modelo constituye, sin embargo, un camino hacia la incertidumbre. Para evitar la inseguridad, pretende extraer los criterios de la delimitación en la

[74] Fernando Toller et al., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos,* La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 22.
[75] Ignacio De Otto y Pardo, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades", en Ignacio De Otto y Pardo et al., *Derechos fundamentales y Constitución,* Civitas, Madrid, 1992, pp. 137-143.

Actualidad Juridica 29 final.indd 122 21-01-14 11:45

Constitución misma. El problema es que las normas sobre derechos fundamentales carecen de la precisión adecuada para obtener tal resultado, por lo que el esfuerzo remite en definitiva a la creación variable de los jueces[76].

d) El método de la *garantía del contenido esencial:* intenta salvaguardar los derechos fundamentales prohibiendo a las leyes afectar su contenido esencial. El problema pasa por determinar qué se entiende por esta última categoría.

Existen al menos dos teorías. La teoría relativa afirma que la garantía del contenido esencial exige justificar las restricciones al derecho por parte del legislador, lo que se logra aplicando el principio de proporcionalidad. La garantía solo se infringiría cuando el límite deja de tener justificación respecto al bien que se trata de preservar[77].

Por su parte, la teoría absoluta identifica la garantía con el denominado "núcleo duro" del derecho, esto es, con un contenido esencial inmune a toda afectación legislativa. El contenido no esencial puede, en cambio, ser limitado siempre que se justifique de acuerdo al principio de proporcionalidad[78].

La primera teoría es engañosa: no protege, en realidad, ningún contenido esencial; sólo exige que la limitación al derecho esté fundada en una razonabilidad que fácilmente puede convertirse en un mero cálculo de la razón instrumental, que vuelve esencialmente movediza la garantía. A su vez, la teoría absoluta tiene el defecto de dejar a la voluntad del legislador la delimitación de lo que él considere "no esencial", imponiendo una zona gris de no protección al derecho considerado en su integridad[79].

4) Conclusión.

Derruidas las pretensiones del constitucionalismo "fuerte", denegación imponente de los mitos que irrigaron sus dogmas, nos encontramos hoy con la crisis del constitucionalismo "débil" y sus supuestos doctrinarios.

Los síntomas de la crisis son visibles. Como un torrente avanza la desorganización constitucional que evacúa la promesa de funcionamiento político eficaz y seguro. Sus formas son múltiples: desconstitucionalización, desmontaje de la Constitución, desvalorización y falseamiento de la Constitución, implosión

[76] Cianciardo, *El conflictivismo de los derechos fundamentales,* pp. 246-247.
[77] Bertelsen, op. cit., p. 66.
[78] Ibídem.
[79] De Otto, op. cit., p. 131; Bertelsen, op. cit., p. 66.

Actualidad Juridica 29 final.indd 123 21-01-14 11:45

del sistema constitucional, banalización de los mecanismos de reforma. A lo que hay que agregar el relativo papel informador de la Constitución en la vida social, que decrece progresivamente. Jean Blondell ya afirmaba en su tiempo que *"ninguna Constitución se observa plenamente, y muchas de ellas perduran precisamente porque no se cumplen"*[80] El interés que por ellas muestran los dirigentes políticos y los profesionales del derecho nos llama a engaño y cubre el desinterés habitual de la población. Hace tiempo que se ha iniciado el declinar del sistema de creencias que sustentaba los ideales constitucionales. Todo lo cual corre el riesgo de convertir el orden constitucional en una masa gelatinosa y en continuo hacerse.

El diagnóstico anterior se confirma si se atiende al diseño y a la práctica de la interpretación constitucional en torno a los derechos fundamentales. En Chile aún no se nota del todo esta tendencia por la seria labor, en ocasiones de contención, que hasta el presente ha convocado al Tribunal Constitucional. Pero, en general, la jurisprudencia constitucional muestra, a diversos títulos, que el estatuto que recoge cada derecho no es estable. Su configuración concreta queda en manos de una jurisprudencia sin base fija. La indeterminación del texto constitucional y la variabilidad de los métodos de interpretación así como sus zonas de arbitrariedad colaboran con este resultado. El hueso de la Constitución se transforma en muchos países en cartílago.

El hecho es que en manos de la interpretación constitucional, tal como hoy en concreto opera (o puede operar en el futuro), ningún derecho tiene un sentido preciso, estable, definido o cerrado a partir de la sola lectura de la Constitución. Lo único que subsiste con empuje es la tendencia constitucional a acoger cada vez con mayor amplitud la disolución de los bienes humanos en forma de derechos de exigencia, de corte individualista o colectivista. Con lo que se prepara el camino para disgregar las bases mismas de todo orden social.

Después de dos siglos, el voluntarismo racionalista ha mostrado sus frutos en la veleidad humana respecto del orden político y de los derechos fundamentales. Voluntarismo que hoy es de licuefacción y no de construcción, dado el quiebre del sistema de creencias de la modernidad política.

En este sentido, resulta engañoso que el Programa de Gobierno 2014-2018 de la ex Presidenta Bachelet le embride a la potestad constitucional la tarea de mejorar el país en base a los dogmas de la modernidad política, como si nos encontráramos en una época de epifanía del constitucionalismo fuerte.

[80] Jean Blondell, *Introducción al Estudio Comparativo de los Gobiernos*, Revista de Occidente, Madrid, 1972, p. 318.

Actualidad Juridica 29 final.indd 124 21-01-14 11:45

El problema es la desproporción que existe entre las promesas de este constitucionalismo "fuerte" y la cruda realidad de la historia desplegada en los dos últimos siglos en Hispanoamérica. Lo que es patente y de sobra conocido por los especialistas[81]. Propugnar ingenuamente lo contrario, como si el reloj del tiempo se hubiese detenido en las arengas facilistas de la primera mitad del siglo XIX, es un absurdo histórico, y hasta cómico, para esta modernidad nuestra que, como dice Touraine en *Apres la crise*, ya no tiene mapas, ni cree en "astrólogos" ni en "profetas".

Más aún, se tiene la impresión de que la explotación de dichos dogmas no es más que una estrategia política para configurar una nueva Constitución a la sombra de ideologías unívocas, estatistas y pseudoprogresistas, que no saldarán nuestras fallas. Al contrario, impulsarán el dinamismo de la desorganización constitucional y de la disolución de los principios y bienes estables de nuestra convivencia.

[81] Para una erudita introducción al tema, Bernardino Bravo Lira, *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica (1511-2009)*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 148-300.

Actualidad Juridica 29 final.indd 125 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 126 21-01-14 11:45

Reflexiones sobre una eventual *Asamblea Constituyente*[1]

José Manuel Díaz de Valdés J.
Doctor en Derecho Universidad de Oxford,
Máster en Derecho Universidad de Harvard,
Máster en Derecho Universidad de Cambridge,
Magíster en Derecho Público
Licenciado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.

Resumen: El ensayo analiza críticamente la noción de que la asamblea constituyente sería el paradigma de legitimidad de una nueva Constitución. Se sostiene que dicha noción asume ciertos significados específicos de legitimidad, constitución y representación, por lo que la consideración de otros significados de estos términos no necesariamente sostendría ese postulado. Además se afirma que la legitimidad de una asamblea constituyente, y de la Constitución que produce, se vincula a aspectos concretos tales como el procedimiento utilizado para la selección de sus miembros y su funcionamiento; el contenido de las decisiones constitucionales, y lo que suceda cuando la nueva Constitución comience su aplicación práctica. Finalmente, recogiendo la experiencia comparada, se propone evitar tres riesgos propios de las asambleas constituyentes: la exclusión de minorías; el *asambleísmo* o invocación y ejercicio de un poder "ilimitado", y su elitismo.

*****

I. Introducción

La campaña presidencial 2013 ha dado lugar a un amplio debate acerca de la necesidad o conveniencia de reemplazar la Constitución de 1980. La discusión de fondo, sin embargo, se ha visto opacada por el debate acerca de la forma y el procedimiento que debería utilizarse para otorgarnos una nueva Constitución. Dos alternatiavas se han perfilado con fuerza. La primera es la utilización de los mecanismos contemplados en la Constitución de 1980 (i.e., seguir el procedimiento de reforma constitucional contemplado en el Capítulo XV para reemplazar íntegramente el texto constitucional vigente por uno nuevo), lo que radicaría la función constituyente en el Presidente de la República en conjunto con el Congreso Nacional (constituyente derivado). La segunda alternativa

[1] Agradezco la colaboración de mi ayudante de investigación, señorita Beatriz Vergara M.

Actualidad Juridica 29 final.indd 127 21-01-14 11:45

dice relación con la convocatoria a una asamblea constituyente que redacte una nueva Carta.

La compatibilidad de la opción de convocar a una asamblea constituyente con la actual Constitución ha sido también objeto de controversia. Una postura niega la necesidad de tal compatibilidad, argumentando que dicha asamblea, en cuanto ejercicio de poder constituyente originario[2], no queda sometida a las normas de la actual Constitución[3]. Otra posición argumenta que, independientemente de que exista o no incompatibilidad entre la asamblea constituyente y la actual Carta, aquella no podría ser declarada. Es así como la asamblea sería convocada por el Presidente de la República mediante un decreto supremo cuya impugnación ante el Tribunal Constitucional requeriría de la mayoría de los diputados o senadores, cuestión que sería políticamente implausible dada la eventual afinidad entre la mayoría de ambas cámaras y el futuro Presidente de la República[4]. Finalmente, están quienes pretenden compatibilizar la asamblea con la Constitución de 1980, mediante una reforma constitucional que agregue a esta última la posibilidad de que el Presidente de la República convoque a una asamblea constituyente.

El presente ensayo pretende ampliar la discusión en torno a la eventual convocatoria de una asamblea constituyente. En lugar de asumir la defensa activista de una postura a favor o en contra de la asamblea, se pretende aportar elementos de técnica constitucional y de derecho comparado que permitan reflexionar sobre esta materia desde una perspectiva jurídica y pragmática.

Finalmente, resulta necesario realizar dos aclaraciones previas. En primer lugar, somos plenamente conscientes de que la decisión de convocar a una asamblea constituyente es esencialmente política, no jurídica. Ello no obstante las enormes consecuencias jurídicas que tal acto provocaría. Si bien el derecho podría señalar el cuándo y el cómo de tal convocatoria, la decisión de invocar al poder constituyente originario no puede deducirse de razonamientos jurídicos. En segundo término, es un gran error pensar que la experiencia comparada no tiene nada que decirnos en estas materias dada la preponderancia en las mismas del contexto doméstico. En efecto, virtualmente la totalidad de nuestra Constitución presente, y de una eventual nueva Constitución, es y será recepcionado del derecho comparado (las instituciones, derechos y principios recogidos en ellas son y serán parte del acervo común del constitucionalismo occidental). Más aún, el derecho comparado permite reconocer patrones, peligros, aciertos, dificultades y carac-

[2] La distinción entre poder constituyente originario y derivado, si bien es ampliamente utilizada en nuestro país, ha tenido detractores. Véase al respecto LINARES (1981) pp. 410-412; SCHMITT (1934) pp. 113-114; BIDART (1964) Tomo I, pp. 159-160.

[3] ZÚÑIGA (2013a); MUÑOZ (2013).

[4] Véase sobre este tema el intercambio epistolar publicado por *El Mercurio* entre los días 6 a 17 de octubre de 2013. Véase también ATRIA (2013) pp. 97 y ss.; y la advertencia que formula PARLETT (2012) pp. 196, 234, etc., sobre esta alianza entre Presidente y "mecanismos populares irregulares".

Actualidad Juridica 29 final.indd 128 21-01-14 11:45

terísticas comunes a los distintos procesos constituyentes. Por lo mismo, se debe poner atención a lo que aquel nos dice, evitando exagerar nuestra "singularidad".

II. ¿Es la asamblea constituyente el paradigma de legitimidad constitucional?

Antes de entrar al fondo de esta pregunta debe realizarse varias precisiones. En primer término, la asamblea constituyente es uno de entre varios mecanismos posibles para la creación de una nueva Constitución. En otras palabras, la experiencia comparada demuestra que no es imprescindible recurrir a una asamblea de este tipo, y que tampoco es el mecanismo más utilizado[5].

Es también necesario destacar que bajo la etiqueta "asamblea constituyente" se esconden una gran variedad de situaciones. No se trata de un modelo único. Es así como la noción de que una asamblea constituyente, al ejercer el poder constituyente originario, adquiere un poder omnímodo, exclusivo y excluyente, es una simplificación. Existen procesos de creación constitucional donde la asamblea constituyente participa del mismo sin monopolizarlo, ya que otros órganos intervienen en el mismo antes y/o después de aquella (e.g., Congreso Nacional, electorado). En otras situaciones, la asamblea se ha sujetado a ciertos lineamientos que han operado como límites sustantivos a su labor. Es el caso de Sudáfrica, donde la Corte Constitucional rechazó el proyecto de Constitución presentado por la asamblea constituyente por no respetar los lineamientos o principios obligatorios pactados previamente[6].

Otra precisión que nos parece fundamental es que el paradigma de legitimidad en la creación de una Constitución que se vincula a la asamblea constituyente es más complejo. En otras palabras, la asamblea constituyente *no es todo el paradigma.* Éste requiere, *inter alia*, que exista una discusión púbica previa, informada, extensa e intensa acerca de la decisión constitucional y su contenido. También requiere participación del pueblo en los inicios del proceso (lo que puede satisfacerse mediante la elección de los miembros de la asamblea), durante el mismo (e.g., sistema de consultas en temas fundamentales o sobre capítulos borradores, comisiones permanentemente abiertas al público, recepción y consideración de propuestas escritas de la comunidad), y en su término (e.g., referéndum confirmatorio del texto aprobado por la asamblea). En consecuencia, la asamblea constituyente es una condición necesaria pero no suficiente para el paradigma de legitimidad en cuestión.

[5] ELKINS et al. (2008) pp. 376-377, identifican 45 métodos distintos, si bien destacan que seis de entre ellos son los más utilizados. Véase también GINSBURG et al. (2009) pp. 54 y ss.

[6] GHAI (--) pp. 8-9; BÖCKENFÖRDE et al. (2011) pp. 48; SZMULEWICZ y TORRES (2013a); SZMULEWICZ y TORRES (2013b).

Actualidad Juridica 29 final.indd 129 21-01-14 11:45

Adicionalmente, es evidente que la asamblea constituyente no es un mecanismo perfecto, y que sus virtudes y ventajas deben balancearse con sus problemas y desventajas. Por lo mismo, el contexto es fundamental para determinar si la asamblea es la mejor alternativa con que cuenta una sociedad determinada para darse una nueva Constitución.[7]

Realizadas las precisiones anteriores entramos al fondo de la pregunta: ¿es la asamblea constituyente el paradigma de legitimidad constitucional? Al respecto, se presentarán dos tesis: i) depende del sentido que se otorgue a legitimidad, Constitución y representación, y ii) el diablo está en los detalles.

1. ¿Qué legitimidad, qué Constitución y qué representación?

Afirmar que la asamblea constituyente es el paradigma de legitimidad constitucional supone adoptar una visión acerca de lo que es legitimidad, constitución y representación. Tales términos, sin embargo, suponen varios significados (no necesariamente excluyentes, sino que muchas veces concurrentes), cuestión que relativiza la asociación entre asamblea constituyente y los conceptos en estudio.

En términos simples, podemos entender la legitimidad como la calidad de algo que merece respeto, obediencia, sometimiento, acatamiento político. Las fuentes de esa legitimidad, sin embargo, son diversas, y han ido variando durante la evolución del pensamiento político (e.g., dinástica, democrática, teocrática). Del mismo modo, se pueden distinguir diversas clases de legitimidad, tales como la de origen (atiende al momento inicial) en contraposición a la de ejercicio (exige una evaluación práctica y continuada en el tiempo). Otra clasificación generalmente utilizada es aquella que distingue entre legitimidad jurídica, sociológica y moral[8]. La primera supone la conformación al orden jurídico (lo que para algunos es un imposible en el caso de una nueva constitución que viene a sustituir el orden jurídico establecido)[9], la segunda se refiere la obediencia, aceptación o al menos aquiescencia efectiva por parte de una sociedad, y la tercera se resuelve en la conformidad a un orden objetivo de principios y valores (que puede ir desde un "mínimo aceptable" a un grado mucho más exigente de coherencia). Cada una de estas categorías supone, a su vez, distintas fuentes de legitimidad, así como la intervención de diferentes actores.

La idea de asamblea constituyente adopta una visión particular sobre la legitimidad. En efecto, aquella asume que la fuente de la legitimidad es el pueblo, y más precisamente la participación del electorado expresada institucionalmente

[7] HOROWITZ (2006); PARLETT (2012). Contrastar ATRIA (2013) pp. 68 y ss.
[8] Cfr. FALLON (2005) pp. 1794-1801. Algo similar en BÖCKENFÖRDE et al. (2011) p. 2 (si bien sustituyen la sociológica por la "política").
[9] SCHMITT (1934) pp. 101-104; ZÚÑIGA (2013b) pp. 519-521; MUÑOZ (2013) pp. 76-78.

Actualidad Juridica 29 final.indd 130 21-01-14 11:45

a través de representantes (los miembros de la asamblea)[10]. En cuanto al tipo de legitimidad, la asamblea constituyente se vincula a la legitimidad de origen (y no a la de ejercicio), y a una legitimidad más bien sociológica. Esto por cuanto la asamblea debiera ser capaz de reflejar con cierta acuciosidad la realidad y los valores del pueblo al que representa, quien a su vez estaría entonces dispuesto a aceptarla y obedecerla.[11] Ello a su vez asume una serie de factores, tales como que el procedimiento de elección de la asamblea constituyente sea inclusivo y democrático, que los principales grupos de la sociedad estén representados en ella, entre otros. Es así como la legitimidad de una asamblea en particular se vincula a cómo se desarrollen una serie de elementos muy concretos, cuestión que analizaremos con mayor detenimiento en la sección siguiente.

En cuanto a la noción de Constitución, aquella puede conceptualizarse desde diversas perspectivas. Una de ellas es de inspiración "contractualista": la Constitución es el pacto político fundamental sobre el cual se estructura la vida en sociedad. Aquella, por tanto, refleja los acuerdos básicos que vinculan a todos los miembros de la comunidad política. En esta visión cobra importancia el procedimiento de creación de la Constitución (en especial la participación que el pueblo haya tenido en él), así como el consenso alcanzado durante su discusión, formulación y puesta en vigencia.

Evidentemente, la aproximación "contractualista" es claramente sinérgica con la idea de una asamblea constituyente, por cuanto esta última asegura, como mínimo, cierta participación del pueblo (aunque sea indirecta) en la determinación de ese pacto político fundamental que regirá a todos los ciudadanos. Adicionalmente, genera expectativas de grados importantes de deliberación y compromiso. En dos palabras, la constitución obliga a todos porque es la creación de todos.

No obstante lo anterior, cabe destacar que la idea de una asamblea constituyente como creadora de la Constitución supone una visión estática del contractualismo. Ello por cuanto la asamblea reflejaría sólo los acuerdos sociales fundamentales existentes en ese momento. Dichos acuerdos, sin embargo, pueden también percibirse en forma dinámica: aquellos van evolucionando en el tiempo, cambiando, siendo sustituidos o adicionados por otros nuevos, o incluso perdiendo vigencia. Desde esta visión dinámica del contractualismo, la asamblea constituyente es irrelevante, ya que lo importante será que los actores jurídicos (y políticos) sean capaces de reconocer la "Constitución viva", i.e., los acuerdos políticos fundamentales existentes en un momento determinado. El origen de la constitución pasa entonces a un segundo plano, y adquieren importancia instituciones tales como la interpretación constitucional, la reforma constitucional, la mutación constitucional, las convenciones o usos, etc.

[10] Cf. ATRIA (2013) pass.

[11] Sobre este vínculo entre pueblo y poder constituyente (si bien no integrando explícitamente la asamblea constituyente), véase DÍAZ (2004) pp. 103 y ss.; 152 y ss.

Actualidad Juridica 29 final.indd 131 21-01-14 11:45

Ahora bien, existen otras perspectivas para aproximarse a la noción de Constitución. Una de ellas responde a la idea de constitucionalismo como el fenómeno histórico consistente en limitar el poder. Es así como la Constitución se considera primeramente como un instrumento que fija límites efectivos al poder en beneficio de la libertad del ser humano. Reconociendo derechos fundamentales inalienables, dividendo el ejercicio de las diversas funciones del Estado entre distintos órganos, configurando controles verticales y horizontales, internos y externos, las constituciones han buscado desde siempre "domesticar" el poder del Estado.

Esta noción de Constitución no es incompatible *prima facie* con una asamblea constituyente, la cual puede crear una Constitución que sea un ejemplo en materia de control del poder. Sin embargo, una mirada más cuidadosa demuestra que una asamblea constituyente normalmente (aunque no necesariamente) surge en conflicto con el sistema constitucional vigente. Se trata de un rompimiento, un desborde del orden constitucional invocando el poder constituyente originario, y por lo mismo, se trata de una situación en la cual la Constitución ya no es capaz de limitar el poder. Ello es particularmente alarmante si tal rompimiento es liderado por las autoridades constituidas, ya que aquellas, al invocar al poder constituyente originario, exceden competencias y dejan de someterse a los controles existentes.

Se podría argumentar que no tendría sentido invocar a la Constitución en cuanto límite al poder para objetar una asamblea constituyente, toda vez que esta última sería el producto directo del poder constituyente originario. Esta afirmación, sin embargo, asume que tal relación sería evidente. En la práctica, sin embargo, esto puede representar un problema. En efecto, cuando el procedimiento de convocatoria y funcionamiento de una asamblea constituyente no se contempla en la Constitución vigente (cual es la situación en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos), ¿cómo sabemos que el cuerpo autodenominado asamblea constituyente realmente puede considerarse como tal y ejercer el poder constituyente originario? Esto nos lleva a un problema más general de las los procesos de modificación constitucional: cuando no se utilizan los procedimientos previamente establecidos por la Constitución (i.e., reforma constitucional), ¿cómo identificar que nos hayamos frente a poder constituyente (derivado u originario)?[12] Y dada esta falta de certeza, ¿es razonable reconocer a una asamblea un poder tan vasto?

[12] La situación inglesa permite ilustrar mejor este punto. En Inglaterra uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional es el de la supremacía o soberanía parlamentaria. Este principio impide a cualquier Parlamento imponer límites inmodificables a futuros Parlamentos. Pues bien, las Leyes Parlamentarias de 1919-1949 reconocen una importante excepción a este principio, toda vez que definen la forma en que debe expresarse la voluntad del Parlamento para ser reconocida como tal, cuestión que, según la doctrina inglesa, escaparía a la mera voluntad del Parlamento de turno. En el fondo, la necesidad de certeza (cómo se reconoce la voluntad del Parlamento) prima sobre otras consideraciones (la soberanía parlamentaria).

Actualidad Juridica 29 final.indd 132 21-01-14 11:45

Lo anterior nos lleva a una concepción de Constitución como la norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, una suerte de *high law* cuyo contenido conforma y obliga al resto de las normas. La consecuencia directa de la superioridad jerárquica de la Constitución consiste en que, en caso de conflicto con cualquier otra norma jurídica (al menos de derecho interno), aquella primará siempre. En principio, una asamblea constituyente no quedaría sujeta a esta *high law*, pues su propósito es justamente cambiarla. Sin embargo, ¿cómo sabemos que nos hayamos frente a una asamblea que ejerce el poder constituyente originario? Nuevamente tropezamos con el problema de las formas: cómo reconocer el carácter de mecanismos de modificación constitucional a situaciones o fenómenos no previstos en la Constitución.

Finalmente, cabe destacar la noción de constitución como instrumento de protección de los derechos fundamentales. La experiencia del siglo XX nos demostró que el legislador podía rápidamente convertirse en el mayor verdugo de la libertad, de la vida, de la propiedad y de tantos otros derechos[13]. En razón de lo anterior, y como una forma de proteger a las minorías de la tiranía de las mayorías, se garantizó la revisión de las normas legales a la luz de los derechos fundamentales recogidos en los textos constitucionales. Tales derechos se convierten en el corazón infaltable en toda Constitución[14], y transforman la visión tradicional de limitación del poder. En palabras de Bidart Campos: "No se reconocen derechos para limitar al poder, sino, a la inversa, se limita al poder para preservar los derechos"[15].

Esta noción de Constitución no es incompatible con la idea de una asamblea constituyente, pero le impone requisitos de fondo a su trabajo. En otras palabras, la legitimidad de la Constitución no dependerá tanto del procedimiento de su creación (si bien este procedimiento también puede ser evaluado a la luz de su respecto a los derechos fundamentales involucrados, tales como el derecho a la participación política, libertad de expresión, etc.), sino de si la Constitución resultante constituye un buen medio de protección de derechos fundamentales (tanto por lo que ella reconoce, como por lo que omite, y también por las garantías jurisdiccionales concedidas). Usando las categorías mencionadas, el énfasis aquí es en la legitimidad de ejercicio y en la moral, no en la de origen y en la sociológica, que son las que se relacionan más directamente con la asamblea constituyente. En definitiva, para esta visión de la Constitución la asamblea en sí no presenta un valor o disvalor relevante, y no hace la Constitución más o menos legítima.

---

[13] BACHOF (1985) p. 48; FAVOREU (1994) p. 22; CEA (2001).

[14] Al punto que constituciones que originalmente no contenían un catálogo de derechos, como la francesa, se han visto en la obligación de incorporarlos en virtud de complejos y conflictivos procesos jurídicos, tales como la invocación de constituciones pasadas o del derecho internacional escrito y consuetudinario.

[15] BIDART (1987) p. 52.

Actualidad Juridica 29 final.indd 133 21-01-14 11:45

En síntesis, la asamblea constituyente se presenta como el ideal de legitimidad de una Constitución sólo bajo una de las visiones posibles de ésta –la contractualista–, y lo hace sólo desde una de las dos perspectivas posibles –la estática y no dinámica. Bajo otras visiones de lo que es una Constitución, la asamblea se presenta como problemática o irrelevante.

En cuanto a la noción de representación y de democracia representativa, la asamblea constituyente se vincula a ciertas visiones de aquellas. Es así como se asume una representación formalista, donde la relación entre el representante y el representado consiste en una autorización previa (el representante "ha recibido un derecho a actuar que no poseía antes, y el representado se ha hecho responsable de las consecuencias de esa actuación como si lo hubiese realizado el mismo"[16]), cual es la elección del miembro de la asamblea. El problema de concebir la representación de esta manera es que puede ser sólo forma y nada de sustancia: el representante actúa por el representado, pero *lo que hace*, el contenido de sus actuaciones, no es relevante si las formalidades autorizatorias se han cumplido[17]. Evidentemente, esto restringe mucho las posibilidades de evaluar tal representación. Podría señalarse que la asamblea constituyente no es incompatible con otras formas de representación (e.g., sustantiva, descriptiva, virtual)[18], y más aún, que la reunión o superposición de diversas maneras de representar es particularmente bienvenida. Sin embargo, el punto es que normalmente las asambleas constituyentes no aseguran estos otros tipos de representación: pueden darse o no, según el caso. Cuando estas representaciones no ocurren, nos parece que la reducción de la representación a su vertiente exclusivamente formalista perjudica sensiblemente la legitimidad de la asamblea, afectando a su vez su calidad de "paradigma" de legitimación de las constituciones.

Un punto relacionado a lo anterior dice relación con la aproximación que se tenga hacia la democracia representativa. En términos simples y esquemáticos, existen dos opciones principales. O se la considera como un sustituto insatisfactorio pero inescapable de una superior –pero hoy imposible– democracia directa, o se la ve como una mejora respecto de esta última. Mejora por cuanto permite la deliberación, la creación de "lo político" mediante la discusión libre y honesta entre los representantes. Esta visión, a su vez, requiere representantes autónomos de la voluntad de sus representados, capaces de discutir con libertad y sin definiciones o posturas previas inamovibles.

Nos parece que la asamblea constituyente se vincula mejor a la segunda visión, toda vez que enfatiza la deliberación política como forma idónea para alcanzar

16 PITKIN (1967) pp. 38-39. Traducción propia.
17 LAPORTA (1989) p. 136.
18 PITKIN (1967); MANSBRIDGE (2003).

Actualidad Juridica 29 final.indd 134 21-01-14 11:45

un pacto político fundamental. Al contrario, una postura más cercana a una democracia directa prefiere vías que aseguren un control popular mayor sobre la toma de decisiones (e.g., referéndums), o al menos que los miembros de la asamblea se hallen sujetos a las instrucciones de sus electores, cuestión que debiera reflejarse en el resultado final. No obstante lo anterior, hay quienes han destacado que, en la práctica, las asambleas constituyentes están lejos de ser un buen escenario para la deliberación política. Ello principalmente debido al ambiente de crispación que suele darse en sus procedimientos, la aparición de divisiones profundas acerca de cuestiones fundamentales, así como la presión impuesta por la existencia de plazos para cerrar la discusión y entregar resultados[19].

En síntesis, cuando se afirma que la asamblea constituyente es un paradigma de legitimidad de las Constituciones, se está haciendo referencia a ciertas visiones de lo que se puede entender por legitimidad, constitución y representación. Por lo mismo, si bien no se trata de un enunciado falso, aquel debe ser calificado, de forma de explicitar los supuestos que aquel encierra.

2. El diablo está en los detalles

Como señaláramos previamente, la legitimidad de la asamblea constituyente está vinculada a una serie de elementos muy concretos. En esta sección analizaremos algunos de ellos.

a) El Procedimiento

En primer término, las características del procedimiento de elección de sus miembros, y de funcionamiento posterior, son de gran importancia. Una primera cuestión a determinar es su fin último: ¿se trata de obtener el mayor bien social, la mejor fórmula constitucional?[20], ¿o más bien el procedimiento debe buscar que el proceso sea el mejor reflejo de las preferencias existentes en la sociedad?, ¿o en realidad debe apuntar a encarnar con la mayor fidelidad un ideal de justicia procedimental?[21] Esta pregunta es esencial, ya que condicionará todo el procedimiento. Así, por ejemplo, el sistema electoral será más proporcional si se intenta reflejar con mayor exactitud las distintas posturas existentes en una sociedad, pero será más mayoritario si se considera que la mejor Constitución exige cierta unidad de principios que es incompatible con una gran diversidad de opiniones. Del mismo modo, énfasis en la justicia procedimental puede imponer requisitos de imparcialidad, o de compromiso, al

[19] HOROWITZ (2006) p. 10.
[20] La determinación de qué se debe entender por "mejor Constitución" también se vincula a los objetivos que se persigan al crear la nueva carta. Ver GHAI (--) pp. 2-4.
[21] Cfr. BEITZ (1989) Part I.

Actualidad Juridica 29 final.indd 135 21-01-14 11:45

funcionamiento interno de la asamblea que puedan dificultar el fiel reflejo de las preferencias de la sociedad en el resultado final. Otras características del procedimiento que pueden verse claramente influidas por el fin que se adopte son el tamaño y los quórums de funcionamiento y de decisión, tanto del pleno como de las comisiones, así como la integración de estas últimas. Es así como sociedades multiculturales y multigrupales pueden demandar números altos de representantes (para acomodar a todos los grupos y subgrupos relevantes), cuestión que a su vez puede afectar tanto la calidad del trabajo (en parte por la dificultad de poner de acuerdo a tantos), como la justicia procedimental (e.g., sobredimensión de ciertos grupos para darles visibilidad suficiente).

En todo caso, la situación se vuelve más compleja si se considera que no siempre estos fines se adoptan como exclusivos y excluyentes, sino que se sobreponen con mayor o menor fuerza relativa, haciendo muy desafiante diseñar un procedimiento armónico.

Adicionalmente, el procedimiento también se relaciona con la idea de democracia representativa y de representación que se tenga, así como a la noción de Constitución que se adopte, tal y como señalamos en la sección precedente. Así, por ejemplo, una visión más bien desconfiada de la democracia representativa potenciará mecanismos de participación y de control de la ciudadanía durante el funcionamiento de la asamblea, así como posteriores (e.g., referéndum confirmatorio del texto constitucional preparado por la asamblea). Del mismo modo, una visión de la Constitución como instrumento de defensa de los derechos fundamentales puede traducirse en la revisión del texto aprobado por parte del tribunal constitucional respectivo, o de una institución semejante.

Otro elemento importante cuando se trata del procedimiento son las negociaciones previas a la convocatoria a asamblea constituyente. En efecto, es un error pensar que el proceso de creación constitucional comienza con dicha convocatoria: a ella precede un período, que puede durar años, en que las fuerzas políticas acuerdan, entre otras materias, algunas características fundamentales del procedimiento[22]. Ello puede incluir los énfasis del mismo, plazos, acuerdos sobre ciertos mínimos que deberá considerar la nueva Constitución, e incluso limitaciones a lo que tratará y acordará la asamblea. Considerar estas negociaciones es relevante, porque de algún modo "desmitifica" o "desidealiza" el proceso constituyente, demostrando que por muy absoluto que se declare el poder constituyente originario invocado por la asamblea constituyente, en los hechos aquel está condicionado por una realidad política. Volvemos por tanto a una de las aclaraciones que hiciéramos en la introducción: el llamado a una asamblea constituyente es una decisión eminentemente política. Y es ingenuo

[22] GHAI (--) pp. 11 y ss. Véase también GINSBURG et al. (2009) p. 5.4.

Actualidad Juridica 29 final.indd 136 21-01-14 11:45

pensar que dicha decisión es "simple", i.e., sólo circunscrita a convocar a la asamblea, la que quedará en completa libertad para determinar el procedimiento, las formas y el fondo de la nueva Constitución. Por el contrario, la decisión política de llamar a una asamblea constituyente es compleja, y normalmente incluye (expresa o implícitamente) precisiones, restricciones y límites al proceso (y eventualmente al resultado) de lo que está comenzando. Podría señalarse que tales limitaciones carecen de fuerza real en cuanto la asamblea es soberana para respetarlas o no. Cabe a este respecto recordar, sin embargo, que la asamblea constituyente estará normalmente compuesta por miembros de los mismos partidos políticos que dominan las instituciones permanentes del Estado (fundamentalmente Presidencia de la República y Congreso Nacional), por lo que suponer que la asamblea se va a apartar completamente de las negociaciones políticas previas nos parece un error. Son los mismos actores quienes participan en ambos procesos (negociaciones previas y asamblea constituyente). Más aún, son los mismos actores quienes ocuparán las nuevas instituciones del Estado. Por lo mismo, el desconocimiento de los acuerdos alcanzados por la elite política, la misma que deberá seguir gobernando en conjunto, nos parece muy improbable. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los diseñadores del proceso constituyente puedan controlarlo a cabalidad. Tal y como demuestra el derecho comparado, tales procesos suelen desarrollar una dinámica propia difícil de predecir[23]. De ahí que la importancia de que las negociaciones previas establezcan limitaciones realistas, especialmente en cuanto al fondo.

Un asunto relacionado con lo anterior que también debe considerarse es la integración de actores distintos a los partidos políticos. Si bien el rol crucial e indisponible de estos en la democracia contemporánea los convierte en protagonistas obligados del procedimiento de creación de una nueva constitución, ello no implica que monopolicen dicho proceso. Es así como la experiencia latinoamericana reciente muestra cómo se ha intentado recoger en la composición de la asamblea un rango de movimientos y agrupaciones que excede a los partidos políticos. Dicha integración complementaria de la asamblea permite matizar la representación política "clásica" (formalista y ordenada según coordenadas ideológicas), con una representación de carácter más "descriptivo". La representación descriptiva es aquella en que el representante es similar ("refleja") al representado en una o varias formas, normalmente porque comparten un atributo o característica[24]. Por ejemplo, una mujer, un indígena, un magallánico representa a las mujeres, los indígenas o los magallánicos de una forma que es complementaria a la del representante que fue elegido en razón de su partido político. La representación descriptiva intenta

[23] GINSBURG et al. (2009) p. 5.11.

[24] PITKIN (1967) cap. 4. También ha sido denominada *typical representation* (NODLINGER (1968) p. 115); *sociological* (SARTORI (1999) p. 2; DUGUIT (2005) pp. 104-105), o *identity representation* (BRITO Y RUNCIMAN (2008) pp. 80,110 y ss.

Actualidad Juridica 29 final.indd 137 21-01-14 11:45

producir un "efecto microcosmos", i.e., que el cuerpo representativo sea un reflejo de la comunidad política que representa[25]. De esta manera, cuando la asamblea constituyente se integra con representantes descriptivos (en forma complementaria y no sustitutiva de los representantes "ideológicos"), la legitimidad del proceso puede verse aumentada, ya que se permite la integración de grupos normalmente excluidos[26].

Otro elemento relevante son las reglas de transición, i.e., las que van a regir durante el proceso de creación de una nueva Constitución.[27] Tales reglas pueden ser el resultado de las negociaciones previas antes mencionadas, o pueden ser otorgadas por la misma asamblea constituyente. El problema es cómo se formalizan estas reglas de transición. En estricto rigor, no pueden ser dictadas por las autoridades instituidas, ya que estarían sepultando el Estado de Derecho al crear una institucionalidad y una normativa diversa a la establecida por la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente, sin competencia para ello. Si lo hace la asamblea constituyente, al menos se resuelve en parte el problema de legitimidad al invocar al poder constituyente originario como fuente de la normativa transitoria. Sin embargo, esta alternativa presenta la dificultad de que la asamblea puede entrar en conflicto directo con los órganos constituidos, con el agravante de que no existe normativa alguna aplicable a la solución de tales conflictos. Tal ha sido la experiencia de algunos países latinoamericanos (e.g., Bolivia, Ecuador). La asamblea reclamará siempre supremacía en razón del poder constituyente originario, pero no hay garantía de que los otros órganos acepten esta argumentación, particularmente porque no se puede deducir "automáticamente" que la competencia para dictar una nueva Constitución lleve aparejada la facultad de dictar reglas de transición. Ello es aún más evidente cuando el procedimiento constituyente excede a la asamblea (e.g., existe un referéndum confirmatorio del texto propuesto), pues en tal caso aquella no se puede arrogar el ejercicio (al menos exclusivo) del poder constituyente originario.

Otro elemento a considerar es cómo se integran los expertos al trabajo de redacción de la nueva constitución. Al margen del componente político, aquella es una norma jurídica, y como tal debe ser construida tomando en consideración las técnicas, el lenguaje y las consecuencias jurídicas que tendrá. Por lo mismo, un proceso constituyente serio no puede cerrarse a los expertos en derecho constitucional, quienes además harán presente elementos tan importantes como la tradición chilena y la experiencia comparada en las diversas materias que se discutan[28].

[25] PITKIN (1967) p. 75.
[26] MANSBRIDGE (1999) 648 y ss.; BRITO Y RUNCIMAN (2008) p. 116. Cfr. GHAI (--) p. 22.
[27] Véase GHAI (--) pp. 12-16.
[28] HOROWITZ (2006) p. 15; GHAI (--) pp. 30-31.

Actualidad Juridica 29 final.indd 138 21-01-14 11:45

b) El Fondo

Existen dos maneras de plantear este tópico. La primera consiste en afirmar que la legitimidad de una asamblea constituyente no puede disociarse de la legitimidad de la Constitución que produce, la que a su vez, particularmente la de tipo moral (ver la sección II.1 precedente), no puede escindirse de su contenido. En otras palabras, una asamblea constituyente *no puede decidir cualquier cosa* y plasmarla en un proyecto de nueva Constitución. La segunda forma de acercarse a este problema es afirmando que aun cuando la legitimidad de la asamblea pueda efectivamente ser puramente procedimental, escindiéndola de la legitimidad de la Constitución que produce, esta última depende de ciertos factores de fondo, y por lo tanto, la asamblea constituyente no puede considerarse como un paradigma de la legitimidad de la Constitución que crea toda vez que la legitimidad de la primera no basta para asegurar la legitimidad de la segunda.

Cabe también destacar que vincular la legitimidad de una asamblea constituyente, o de una Constitución, a ciertos elementos de fondo de esta última es indudablemente polémico, sea porque sólo debieran considerarse las características del procedimiento pero nunca el resultado, sea porque los parámetros utilizados son objeto de controversia. No obstante lo anterior, y sin entrar en la gran discusión acerca de las visiones opuestas que al respecto sostengan diversas escuelas de pensamiento jurídico (particularmente el iusnaturalismo y positivismo), creemos que aun adoptando una posición puramente pragmática resulta evidente que existen ciertos elementos de fondo que no son transables en el constitucionalismo actual (lo que evidencia una superposición de las legitimidades sociológica y moral).

Es así como un primer elemento fundamental en toda Constitución contemporánea es la protección de las minorías. Este elemento es tan importante que, tal y como señalábamos previamente, una forma de concebir una Constitución es justamente como un mecanismo de protección de las minorías. Por lo mismo, si aquella falla en este cometido carece de la legitimidad suficiente, y se hace cómplice de los abusos que se puedan cometer a su amparo (o al menos en su silencio).

Ahora bien, una de las formas más importantes de defensa de las minorías es a través de la protección de los derechos fundamentales, lo que nos lleva a un segundo elemento fundamental en toda Constitución. Si bien existen distintas formas de entender la naturaleza y la fuente de los derechos fundamentales, una visión fuerte de los mismos necesariamente implica reconocer que aquellos, al menos en su esencia, escapan a la disponibilidad del mismísimo poder constituyente[29], tal y como lo reconoce el artículo 5° de la Constitución de

[29] Véase LOEWENSTEIN (1976) pp. 192 y ss.; BACHOF (1985) p. 41; SILVA (1997) Tomo I, pp. 102-104.

Actualidad Juridica 29 final.indd 139 21-01-14 11:45

1980 al declarar que la soberanía está limitada por los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana. Por lo mismo, existe un mínimo de protección de los derechos fundamentales que, a nuestro juicio, opera como un requisito de fondo de legitimidad de todo proceso constituyente. Dada la importancia contemporánea otorgada a los derechos fundamentales, tanto a nivel jurídico como político, esta afirmación no debiera causar mayor sorpresa.

Un tercer elemento de fondo a considerar es el derecho internacional. No cabe duda que aquel goza hoy de una creciente influencia sobre los ordenamientos nacionales. Ello no sólo se refiere a los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, sino también a los tratados de protección de inversiones, las normas de derecho supranacional emanadas de instituciones tales como la Unión Europea, la costumbre internacional, la jurisprudencia emanada de tribunales internacionales y supranacionales, etc. Este conjunto de normas jurídicas vincula cada vez más fuertemente a los Estados, incluso con la expectativa de influir en las determinaciones de rango constitucional. Un ejemplo reciente es el de la Constitución de Hungría, la cual ha estado sujeta a una serie de cuestionamientos por su supuesta incompatibilidad con el derecho internacional en general, y de la Unión Europea en particular. Otro ejemplo aun más evidente es el de Bosnia-Herzegovina y el caso *Sejdić*[30], en el cual la Corte Europea de Derechos Humanos encontró una contradicción entre los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos y la Constitución nacional, ordenando la modificación de esta última para permitir el acceso de personas de cualquier etnia a las más altas magistraturas del Estado[31].

Adicionalmente, cabe considerar que vincular la legitimidad de una asamblea constituyente al contenido de la Constitución que propone destaca la importancia de la discusión y negociación previas a la convocación de dicha asamblea. En otras palabras, la posibilidad de que las fuerzas políticas principales logren un acuerdo básico en torno a los contenidos fundamentales y/o indisponibles de la futura Constitución puede ser de gran ayuda para evitar problemas de legitimidad futuros. Así lo demuestra la experiencia Sudafricana, donde tales acuerdos permitieron modificar el proyecto original de Constitución emanado de la asamblea constituyente, evitando un conflicto acerca de la legitimidad de la nueva Constitución.

Finalmente, es importante resaltar que se han planteado otros límites a la potestad constituyente, tales como los valores jurídicos y políticos fundamentales de la comunidad (tales como la justicia), el bien común, el sentido común, la realidad, y las "exigencias permanentes del fin propio de la sociedad política"[32].

[30] Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina (2009).
[31] MCCRUDDEN y O'LEARY (2013) cap. 7.
[32] SILVA (1997) Tomo I, pp. 102-103. Véase también PEREIRA (1998) p. 76; BIDART (1964) pp. 172-173. Contrastar con ZÚÑIGA (2013b) pp. 529-530.

Actualidad Juridica 29 final.indd 140 21-01-14 11:45

c) El proceso ex-post

La celebración de una asamblea constituyente no es el final del camino. Después que aquella produce una nueva Constitución (la cual puede o no ser sometida a trámites posteriores, tales como su ratificación popular vía referéndum), comienza la difícil tarea de aplicación práctica de la misma, a través de la cual obtendrá y/o comprobará su legitimación sociológica.

Podría pensarse que lo que suceda en esta etapa escapa a la esfera de acción propia de la asamblea constituyente. Es cierto que aquella ya ha cumplido su labor, y normalmente habrá dejado de existir como tal. Sin embargo, nos parece implausible sostener que las acciones y decisiones adoptadas por la asamblea sean innocuas para el proceso posterior de aplicación y legitimación de la nueva Constitución. Así, por ejemplo, un proceso deliberativo abierto a la comunidad, una asamblea preocupada de informar constantemente acerca de las decisiones que va adoptando, una deliberación que considera y pondera las eventuales consecuencias de las decisiones que se adoptan, una visión clara del impacto de tales decisiones sobre el ordenamiento jurídico vigente, el respeto a las tradiciones constitucionales nacionales, entre otros, pueden ser de gran ayuda en el proceso posterior de legitimación constitucional. Lo anterior no significa, sin embargo, que la asamblea sea la principal responsable de lo que ocurre en esta etapa, sino sólo que aquella puede contribuir a que sea un éxito o un fracaso, y que por lo tanto no corresponde eximirla de toda responsabilidad al respecto.

Ahora bien, al sostener que la legitimidad sociológica que desarrolla una Constitución dependerá de un proceso que escapa al control (aunque no a la influencia) de la asamblea constituyente, estamos nuevamente retornando a la idea de que la legitimidad de una Constitución no se agota en su creación mediante una asamblea ad hoc.

III. Algunas advertencias: lo que hay que evitar

Nos parece que la experiencia comparada nos puede otorgar orientaciones respecto de qué debemos evitar si queremos que la asamblea constituyente y la Constitución que ella crea no queden expuestas a cuestionamientos serios respecto de su legitimidad. En esta sección analizaremos tres de ellas.

En primer término, es absolutamente indispensable que concurran a ella, si no todos, los principales sectores políticos. No es concebible una asamblea constituyente que no considere a las minorías políticas (al menos a las relevantes), ya que su inclusión es una garantía mínima de consideración de sus intereses y opiniones, de representatividad de la sociedad en su conjunto, y de delibe-

Actualidad Juridica 29 final.indd 141 21-01-14 11:45

ración política real (informada y contrastada). Por lo mismo, la inclusión de las minorías debe ser no sólo *cuantitativa*, sino también *cualitativa*, i.e., no basta con incorporar un número relevante de representantes de la minoría, sino que adicionalmente se necesitan otras medidas tales como la utilización de quórums significativos en ciertas asuntos (incluso cercano al veto en el caso que se trate de materias que afectan directa y primordialmente a alguna minoría, y que le resulten esenciales[33]); la integración de los diversos comités y comisiones con miembros de tales minorías; la imposibilidad de forzar el cierre anticipado del debate sin una mayoría calificada; la asignación proporcional de los tiempos en los debates en sala y comisión; la construcción integrada de la agenda, etc.

La no inclusión de las minorías relevantes hiere de muerte la legitimidad de cualquier asamblea constituyente, lo que eventualmente puede redundar en la rápida sustitución de la misma, e incluso en el revanchismo de los excluidos en primer término. Útil a este respecto es la experiencia de Venezuela, donde la ínfima representación de la oposición al régimen chavista en la asamblea que dio lugar a la Constitución de 1999 ha resultado en que el actual líder opositor haya manifestado insistentemente la necesidad de convocar a una nueva asamblea constituyente en cuanto la oposición alcance el poder. Este "sistema circular", donde quien se hace del poder crea una nueva Constitución, no sólo destruye completamente el concepto mismo de legitimidad constitucional, sino que es la negación del constitucionalismo, ya que el poder deja de estar sujeto al derecho.

Un segundo problema es evitar el *asambleísmo*, i.e., la situación en que la asamblea constituyente, invocando el poder constituyente originario, asume en los hechos un poder omnímodo, amenazando e interviniendo los poderes constituidos mediante normas de transición abusivas. Según la célebre frase de Lord Acton, el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente… Peor aún si consideramos que no existen mecanismos claros de *accountability* de la asamblea y de sus miembros, más allá de un eventual referéndum confirmatorio del texto constitucional propuesto, el cual es a todas luces insuficiente para el propósito que estamos analizando.

En relación al punto anterior, es útil recordar que la asamblea Constituyente *no es el pueblo*. Es su representante, nada más ni nada menos. El poder constituyente originario pertenece a este y no a aquella, cuestión que es importante recalcar, particularmente durante el funcionamiento de la asamblea constituyente.

Un tercer problema es el elitismo propio del mecanismo de la asamblea constituyente, el cual puede exacerbarse al punto de dañar considerablemente la

[33] Cfr. MANSBRIDGE (1999) pp. 634-635 y nota 9.

Actualidad Juridica 29 final.indd 142 21-01-14 11:45

legitimidad del proceso. Este elitismo es consecuencia de una serie de factores. Es así como los miembros de las asambleas tienden a ser políticos profesionales, miembros de los partidos dominantes, los mismos que controlan los poderes democráticos constituidos. De igual modo, la temática propia de la creación constitucional exige conocimientos y perspectivas que restringen enormemente la capacidad de la población para participar, o incluso informarse adecuadamente, del proceso en cuestión. Esto se ve exacerbado por la especificidad y multiplicidad de los temas en discusión. Adicionalmente, aun cuando exista un referéndum confirmatorio del texto propuesto por la asamblea, el pueblo sólo puede decidir si acepta o rechaza el mismo como un todo (excepcionalmente pueden realizarse preguntas específicas y separadas sobre algunos temas fundamentales), cuestión que, más allá de las formalidades, en gran medida lo excluye del proceso constituyente. Todo lo anterior es, en cierta medida, inevitable. Sin embargo, es posible adoptar ciertas medidas que reduzcan el elitismo involucrado en este proceso. En efecto, la integración de la asamblea puede abrirse a miembros externos a los partidos políticos, o incluso se puede vedar a los parlamentarios en ejercicio y otros altos funcionarios del Estado participar en la elección para miembros de la asamblea constituyente. Del mismo modo, se puede desarrollar un procedimiento de consulta permanente de la asamblea y sus comisiones a la población, y/o presentar resultados parciales del trabajo constituyente sin esperar a contar con un texto completo del proyecto de nueva Constitución. Más aún, la discusión previa a la convocatoria a la asamblea puede identificar ciertos temas de interés para la opinión pública, así como sus posturas acerca de los mismos, cuestiones que pueden guiar el trabajo de la asamblea. En definitiva, existen una serie de mecanismos que permiten atenuar el carácter elitista de la asamblea, de forma de no exagerar más allá de lo razonable la ficción de que es el pueblo quien se está dando una nueva Constitución. Lo anterior, por tanto, requiere un esfuerzo consciente y permanente de acercar la discusión constitucional a la población, y de seguir sus directrices cuando ello sea posible. El problema es que tales esfuerzos, en la actualidad, parecen ser escasos y minimalistas[34].

IV. Conclusiones

1. La discusión actual acerca de la necesidad o conveniencia de dictar una nueva Constitución a través de una asamblea constituyente es esencialmente política. Desde el derecho, sin embargo, es posible profundizar el debate, superando una serie de caricaturas y generalizaciones, explicitando los su-

[34] GINSBURG et al. (2009) pp. 5.6-5.8. Véase también HOROWITZ (2006) p. 15, quien señala que ciertas fases de la creación de una nueva Constitución deben ser menos "transparentes" o abiertas a la participación popular, de modo que los expertos puedan efectivamente "diseñar" la nueva constitución. GHAI (--) pp. 4-5, valora la participación popular en los procesos constituyentes, pero también llama la atención sobre sus problemas.

Actualidad Juridica 29 final.indd 143 21-01-14 11:45

puestos que subyacen en diversas argumentaciones, identificando malentendidos, y atendiendo a las lecciones que nos da la experiencia comparada. En definitiva, las cosas no son tan simples como el debate político las presenta.

2. Afirmar que la asamblea constituyente es el paradigma de legitimidad de las Constituciones es inexacto y simplista. Dicho postulado asume ciertas nociones específicas de legitimidad, constitución y representación, en circunstancias que estos conceptos presentan múltiples significados. En efecto, se enfatiza sólo la legitimidad de origen y la sociológica; se considera a la Constitución únicamente como pacto político fundamental (en un sentido estático y no dinámico), y se acepta una representación entendida como un mecanismo exclusivamente formal (aunque con apertura a nociones más complejas y exigentes) que permite una mejor forma de democracia (representativa y deliberativa).

3. No toda asamblea constituyente es legítima, o lo es en el mismo grado. Su legitimidad, incluso en un sentido limitado, se vincula directamente a factores concretos tales como el procedimiento que se utilice para la negociación, convocatoria y funcionamiento de la asamblea; el contenido de las decisiones que aquella adopte, e incluso lo que suceda después que cese en su cometido.

4. Ni la mejor y más legítima asamblea constituyente garantiza la legitimidad de la Constitución que produce, porque la legitimidad de esta última no depende completamente de la asamblea, aunque exista un vínculo entre ellas.

5. Es necesario desfetichizar la asamblea constituyente. Más allá de su gran simbolismo, la identificación de la asamblea con el pueblo para los efectos de ejercer el poder constituyente originario es una ficción que no debe llevarse demasiado lejos.

6. Problemas que deben evitarse en procesos de este tipo son la exclusión de minorías relevantes, la exageración de los poderes "ilimitados" de la asamblea, y el refuerzo de sus caracteres marcadamente elitistas.

V. Bibliografía

1. Libros y capítulos de libro

ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución Tramposa* (Santiago, LOM Ediciones) 160 pp.

BACHOF, Otto (1985): *Jueces y Constitución* (Madrid, Civitas Ediciones) 72 pp.

BEITZ, Charles (1989): *Political Equality* (New Jersey, Princeton University Press) 253 pp.

Actualidad Juridica 29 final.indd 144 21-01-14 11:45

BIDART, German (1987): *La Interpretación y el Control Constitucional de la Jurisdicción Constitucional* (Madrid, Ediar) 353 pp.

BRITO, Mónica y RUNCIMAN, David (2008): *Representation* (Cambridge, Polity) 213 pp.

DÍAZ, Sergio (2004): *Teoría de la Reforma Constitucional* (Buenos Aires, Ediar) 800 pp.

DUGUIT, León (1005: *L'État, les gouvernants et les agents* (Paris, Dalloz) 774 pp.

FAVOREU, Louis (1994): *Los Tribunales Constitucionales* (Madrid, Ariel) 160 pp.

LINARES, Segundo (1981): *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (3ª edición, Buenos Aires, Plus Ultra) Tomo II

LOEWENSTEIN, Karl (1976): *Teoría de la Constitución* (2ª edición, Barcelona, Ariel) 539 pp.

MCCRUDDEN, Christopher, y O'LEARY, Brendan (2013): *Courts and Consociations,* (Oxford, Oxford University Press) 188 pp.

MUÑOZ, Fernando (2013): "'Chile es una República Democrática': La Asamblea Constituyente como Salida a la Cuestión Constitucional", en *Anuario de Derecho Público 2013* (Santiago, Universidad Diego Portales) pp. 60-94.

NORDINGLER, Eric (1968): "Representation, Governmental Stability, and Decisional Effectiveness", en PENNOCK, Ronald y Chapman, John (editors), *Representation* (Nueva York, Atherton Press) pp. 108 -127.

PEREIRA, Antonio (1998): *Teoría Constitucional* (Santiago, Editorial Conosur) 590 pp.

PITKIN, Hanna Fenichel (1967): *The Concept of Representation* (Berkeley, University of California press) 323 pp.

SCHMITT, Carl (1934): *Teoría de la Constitución* (Madrid, Revista de Derecho Privado) 451 pp.

SILVA, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

2. Artículos e Informes

BOCKENFORDE, Markus; HEDLING, Nora y WAHIU, Winluck (2011): "A Practical Guide to Constitution Building", International Institute for Democracy and Electoral Assistance. Disponible en: www.constitutionnet.org/files/cb-handbook-all-chapters-050112.pdf [Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2013].

CEA, José Luis (2001): "La Justicia Constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 12 N°1 pp. 107-118.

ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom y BLOUNT, Justin (2008): "The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval", *Temple Law Review,* Vol. 81 N°2: pp. 361-382.

FALLON Jr., Richard (2005): '"Legitimacy and the Constitution", *Harvard Law Review*, Vol. 118 N°6, pp. 1787-1853.

Actualidad Juridica 29 final.indd 145 21-01-14 11:45

GHAI, Yash (--): "The Role of Constituent Assemblies in Constitution Making", International Institute for Democracy and Electoral Assistance. Disponible en: www.constitutionnet.org/files/the_role_of_constituent_assemblies_-_final_yg_- 200606.pdf [Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2013].

GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary, y BLOUNT, Justin (2009): "Does The Process of Constitution-Making Matter?", *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 5: pp. 5.1 – 5.23.

HOROWITZ, Donald (2006): "Constitution-Making: A Process Filled With Constraint", *Review of Constitutional Studies,* Vol. 12 N°1: pp. 1-17.

LAPORTA, Francisco (1989): "Sobre la Teoría de la Democracia y el Concepto de Representación Política". Disponible en: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_06.pdf [Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2013].

MANSBRIDGE, Jane (1999): "Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent 'Yes'", *The Journal of Politics*, Vol, 61 N°3: pp. 628-657.

MANSBRIDGE, Jane (2003): "Rethinking Representation", *The American Political Science Review*, Vol. 97 N°4: pp. 515-528.

PARTLETT, William (2012): "The dangers of Popular Constitution-Making", Vol 38 N° 1: pp. 193-238.

SARTORI, Giovanni (1999): "En Defensa de la Representación Política", *Claves,* N° 91: pp. 2-6.

SZMULEWICZ, Esteban, y TORRES, Christopher (2013a): "Procesos Constituyentes Originarios. Algunas experiencias comparadas. Parte I", *Informe* (Centro de Estudios del Desarrollo), N°1042: pp. 1-6.

SZMULEWICZ, Esteban, y TORRES, Christopher (2013b): "Procesos Constituyentes Originarios. Algunas experiencias comparadas. Parte II", *Informe* (Centro de Estudios del Desarrollo), N°1043: pp. 1-6.

ZÚÑIGA, Francisco (2013a): "Poder Constituyente, Derecho Constitucional Transitorio y Controles", Ponencia XLIII Jornadas de Derecho Público, Concepción, 4 y 5 de octubre de 2013. Disponible en: www2.udec.cl/XLIIIjornadasderechopublico/ponencias/Constitucional/PODER%20CONSTITUYENTE%20D%C2%BA%20CONST%20TRANSITORIO%20Y%20CONTROL%20DE%20JURIDICIDAD%20(1).doc [Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2013].

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2013b): "Nueva Constitución y Operación Constituyente. Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente", *Estudios Constitucionales*, Año 11, Nº 1: pp. 511-540.

3. Jurisprudencia

Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina (2009), Corte Europea de Derechos Humanos

Actualidad Juridica 29 final.indd 146 21-01-14 11:45

¿Puede la dignidad humana ser un principio comúnmente compartido en materia de adjudicación constitucional?

Ignacio Covarrubias Cuevas[1]
Doctor en Derecho, Universidad de los Andes,
Magíster en Derecho Público, UC,
Licenciado en Derecho, Universidad Finis Terrae.
Profesor de Derecho constitucional
Director Centro de Justicia Constitucional
de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente artículo exhibe un panorama sintético acerca del reconocimiento y tratamiento jurídico de la dignidad humana. Advierte que la jurisprudencia comparada la ha tratado de modo tan disímil que en ocasiones la aludida noción cumple funciones contrapuestas entre sí, al punto que el reconocimiento de la dignidad de unos puede hacerse a expensas del respeto de la dignidad de otros. Incluso en algunos casos la dignidad ha sido redefinida al extremo de que ella ya no es en verdad predicable a todo ser humano.

*****

1. Objeto del artículo.

Lo que se pretende en este trabajo es muy sencillo: exhibir un panorama sintético acerca del reconocimiento de la dignidad humana por parte de las Cartas Fundamentales y su tratamiento jurisprudencial por las respectivas instancias jurisdiccionales. Al hacerlo constataremos que dicho concepto no sólo es abordado por los textos constitucionales de distinta manera, sino también que éstos le atribuyen funciones diversas. La idea es aproximarse tentativa y exploratoriamente a un tema que creemos puede estimular a quien escribe y a otros autores, a un tratamiento ulterior más acabado.

Interesante es también verificar que la jurisprudencia la ha tratado de modo tan diverso que en ocasiones la dignidad cumple funciones contrapuestas entre

[1] Mis agradecimientos a Fairus Docmac, ayudante de investigación, por su eficaz colaboración. Los yerros u omisiones del texto son de mi exclusiva responsabilidad. Se agradecen los comentarios a: icovarrubias@udd.cl

Actualidad Juridica 29 final.indd 147 21-01-14 11:45

sí, al punto que el reconocimiento de la dignidad de unos puede hacerse a expensas del respeto de la dignidad de otros.

Esto provee, como comentaremos al final, de algunos antecedentes como para abrigar algún grado de escepticismo acerca del rol que pueda cumplir la dignidad humana en la perspectiva de constituir un pivote unitario en el fundamento de los derechos de las personas, función explícita que, según veremos, varios textos constitucionales y convenciones internacionales sobre derechos humanos le atribuyen.

2. La dignidad a partir de su consagración en documentos internacionales sobre derechos humanos y en distintas cartas constitucionales.

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, la dignidad humana (asimismo "dignidad"[2] o "DH") fue reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos[3], en diversos tratados internacionales sobre la materia[4], como también en distintas cartas constitucionales[5], entre las cuales se encuentra nuestra Constitución Política[6].

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), de Naciones Unidas, comienza en su preámbulo proclamando "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"[7]. Su artículo 1º afirma que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"[8]. Los artículos 22 y 23 también se refieren a la DH en el contexto de los denominados derechos económicos sociales y culturales[9].

---

[2] Al tratar la dignidad, aun en términos amplios, nos referiremos a la dignidad humana, precisión esta que no está demás como quiera que algunas Cortes extranjeras han extendido esta cualidad a los animales, como sucedió en *Let the Animals Live v. Hamat Gader Spa Village* (1997), párr. 41, caso en que la Corte Suprema de Israel prohibió una serie de prácticas infligidas a los caimanes con el sólo objeto de contribuir al espectáculo público. Afirmó el juez Cheshin que: "*Tal conducta es derechamente inmoral y no debemos permitirla. El animal es una criatura indefensa, muy similar a un menor indefenso. Ninguno de ellos puede protegerse por sí mismo, reivindicar su daño, o reclamar su dignidad*".

[3] Declaración Universal de Derecho Humanos (1948)

[4] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969), también denominado Pacto San José de Costa Rica.

[5] Veremos algunos ejemplos más adelante.

[6] CPR, artículo 1º inciso 1º: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

[7] Declaración Universal de Derecho Humanos (1948), preámbulo, primer párrafo. (Cursiva del autor).

[8] Declaración Universal de Derecho Humanos (1948), preámbulo, primer párrafo. (Cursiva del autor).

[9] Declaración Universal de Derecho Humanos (1948), cuyo artículo 22 expresa que "*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*".

Actualidad Juridica 29 final.indd 148 21-01-14 11:45

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), luego de replicar en su preámbulo una proclamación similar a la de la Declaración Universal, afirma que los derechos inalienables "se derivan de la *dignidad* inherente a la persona humana"[10] y una de sus disposiciones señala que "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la *dignidad inherente* al ser humano"[11]. Por su parte, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1968), también denominada Pacto San José de Costa Rica, contempla análogo reconocimiento de la DH en lo referido a la privación de libertad, mientras que en sus artículos 6 y 11 afirma que "El trabajo forzoso *no debe afectar a la dignidad* ni a la capacidad física e intelectual del recluido" y que "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y *al reconocimiento de su dignidad*"[12].

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) incluyó la dignidad recién el año 2002 con ocasión del Protocolo Nº 13, cuyo preámbulo afirma que "la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho [a la vida] *y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano*"[13]. Un tratamiento análogo han previsto otros documentos internacionales de Derechos Humanos acerca de la DH[14].

Con algunas salvedades, como la Constitución irlandesa[15] de 1937, entre otras[16], el concepto comienza recién a incorporarse en las Constituciones de posguerra partiendo por la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 1 afirma que "*La dignidad de la persona humana es intangible*. Todos los poderes del Estado están obligados a respetarla y protegerla"[17]. La Constitución de Italia, de 1948, lo aborda en varias de sus disposiciones y bajo múltiples manifes-

[10] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). (Cursiva del autor).
[11] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 10 (1). (Cursiva del autor).
[12] Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969) o Pacto San José de Costa Rica, artículos 6 (2) y 11 (1). (Cursiva del autor).
[13] Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), Protocolo N° 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia.
[14] A modo ilustrativo, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (1984) afirma en su preámbulo el "reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres". En el mismo sentido lo señala la Convención sobre Derechos del Niño (1989), que explicita la "dignidad inherente a todos los miembros de la comunidad humana".
[15] Constitución de Irlanda (1937), cuyo preámbulo señalaba que: "We, the people of Eire (…) seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the *dignity and freedom of the individual may be assured*, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations, Do hereby adopt, enact, and give to ourselves this Constitution". (La cursiva es del autor).
[16] Constitución de Nicaragua (1939), cuyo artículo 100 (4) proclamaba: "Un salario mínimo en relación al costo de la vida y a las necesidades y condiciones locales, suficiente para asegurar al trabajador un *mínimo de bienestar compatible con la dignidad humana*".
[17] Ley Fundamental de Bonn (1947), artículo 1 (1) (la cursiva es del autor). El apartado 2 añade que "Conforme a ello, el pueblo alemán reconoce los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.".

Actualidad Juridica 29 final.indd 149 21-01-14 11:45

taciones: como igualdad ante la ley[18], como límite a la potestad punitiva del Estado[19] y como condición del ejercicio legítimo del derecho a la libre iniciativa en materia económica[20].

La Constitución española de 1978, por su parte, proclama que: "*La dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"[21]. Las Cartas de Latinoamérica siguieron esta tendencia constitucional iniciada por Europa continental. Buena parte de ellas adoptaron un criterio más o menos minimalista, aunque no menos sustantivo en el reconocimiento de la DH; mientras algunas otras le atribuyen a ésta un rol multifacético[22].

Como contrapartida, ninguna de las declaraciones de derechos que forman parte de las Constituciones de la tradición anglosajona –Reino Unido, EE.UU., Canadá, Australia, etc.– menciona la dignidad, con la excepción de las actuales Constituciones de Sudáfrica y de Irlanda. La primera funda el Estado democrático en numerosos valores, el primero de los cuales es "*La Dignidad Humana*, la prosecución de la igualdad y el progreso de los derechos humanos y libertades"[23]. La segunda proclama en su preámbulo que se pretende "promover el bien común, con la debida observancia de la Prudencia, Justicia y Caridad, *de modo que la dignidad y libertad de las personas pueda ser asegurada (…)*"[24].

Así, mientras la Constitución alemana declara la intangibilidad de la dignidad de la persona, en su homónima italiana es abordada como condición del ejercicio y límite de ciertos derechos. En el caso de España, la DH constituye el fundamento del orden político y de los derechos fundamentales, "que le son inherentes", sin reconocer "*un derecho a la dignidad*, un derecho general a la personalidad"[25].

[18] Constitución de la República Italiana (1948), artículo 3 (1): Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales.

[19] Constitución de la República Italiana (1948), artículo 27 (3): Las penas no podrán consistir en tratamientos contra la dignidad humana y debe estar encaminada a la rehabilitación de los condenados (condannato/condenado)

[20] Constitución de la República Italiana (1948), artículo 41 (2): No puede llevarse a cabo en conflicto con utilidad social o de una manera que pueda dañar la seguridad, la libertad y la dignidad humana.

[21] Constitución española (1978), artículo 10 (1).

[22] Constitución de la República de Bolivia (2009), reconoce en siete ocasiones la dignidad. En tres disposiciones como principios y valores del Estado, en otra como derecho fundamental –artículo 22 (2) artículo 6 (2) prescribe: "*La dignidad y la libertad de la persona son inviolables*. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado". (La cursiva es mía).

[23] Constitución de la República de Sudáfrica (2003), artículo 1 (a). (La cursiva es mía).

[24] Constitución de Irlanda (1937), Preámbulo.

[25] GONZÁLEZ (1985) p. 135. (La cursiva es mía).

Actualidad Juridica 29 final.indd 150 21-01-14 11:45

3. Concepto de dignidad humana en algunas decisiones judiciales en derecho comparado

La anotada diversidad en el tratamiento de la DH por parte de las fuentes internacionales y nacionales ha contribuido a la progresiva difuminación conceptual de la DH por parte de los tribunales de jurisdicción internacional como por las máximas instancias judiciales nacionales. Así, siguiendo las distintas funcionalidades con que ha sido reconocida, los tribunales han caracterizado a la dignidad humana ya sea como un derecho constitucional, como un valor superior del ordenamiento jurídico o bien como uno de los tantos principios o bienes constitucionales[26].

Con todo, la mayoría de los autores coinciden en sostener que si pudiera afirmarse una noción amplia de la dignidad humana, ésta se identificaría tanto con el fundamento como con la finalidad superior de la protección de los derechos humanos[27]. Veremos enseguida que esta afirmación no dice demasiado si es que no se clarifica la precisa función que la DH cumple en relación con cada uno de los derechos de que se trata. Por otra parte, y dado que los convenios internacionales y tampoco las Constituciones Políticas adoptan una definición de DH, este esfuerzo ha sido naturalmente llevado a cabo por los tribunales de las respectivas jurisdicciones.

Constataremos que la dignidad humana resultante de esta labor jurisprudencial ha sido tan diversa y compleja que ha llevado a varios autores a emprender la desafiante y, al mismo tiempo, acuciante tarea de procurar reconstruir un concepto unitario de la DH en sus elementos constitutivos básicos[28] dentro del mosaico conceptual con que la aludida DH ha sido abordada.

4. La amplia elasticidad que caracteriza a la DH: desde un bien intrínsecamente indisponible hasta su consideración como manifestación de la autonomía individual.

En una apretada síntesis observaremos que la DH ha sido abordada bajo un paraguas tan extenso como difuso que ha servido para dar cabida a las más diversas y, muchas veces, contrapuestas nociones acerca de lo que dicha cualidad humana implica. Comenzaremos por mencionar decrecientemente los casos de inviolabilidad absoluta, pasando por algunos de indisponibilidad

[26] DUPRÉ (2009) p. 191.
[27] DUPRÉ (2009) pp. 190, 201; FELDMAN (1999) p. 682. En el mismo sentido, en el caso *SW v UK*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en que sostuvo que "la misma esencia de la Convención es el respeto a la dignidad y libertad humanas", *SW v UK* (1996) 21 EHRR 363, párr. 44.
[28] MCCRUDDEN (2008) p. 656 y, asimismo, CAROZZA (2008) p. 932.

Actualidad Juridica 29 final.indd 151 21-01-14 11:45

relativa, hasta llegar a algunos en que la DH se presta para resguardarla a costa de otros derechos e, incluso, a expensas de la vida de otro individuo de la especie humana.

Se advierte que existen muchas otras manifestaciones de la dignidad que han sido detectadas por los autores, por lo que nos referiremos a aquellas que hemos considerado de mayor significación para la contribución del objeto de este trabajo.

4.1. La DH como bien absolutamente inviolable.

La dignidad humana ha sido tratada en algunas ocasiones como un bien intrínsecamente indisponible, exigible *erga omnes* y, por tanto, inviolable a todo evento, sea por el titular de la misma dignidad, sea por terceros.

Un caso muy ilustrativo de lo señalado es el del *Lanzamiento de los enanos* (1995), en el cual el *Conseil d'État* francés sostuvo la prohibición de la aludida diversión[29], como parte de un comercial exhibido en televisión. Fundó su decisión en que la referida atracción "*representa un atentado contra la dignidad de la persona humana, cuyo respeto es uno de los elementos del orden público, del que es garante la autoridad con facultades de policía municipal*" [30]. Interesante resulta constatar que esta decisión judicial se estima legítima, aun cuando las personas afectadas por la sentencia consientan en llevarla a cabo, esto es, en contra de la voluntad de los titulares de la DH –los enanos– cuyo resguardo se pretende.

Con posterioridad, el año 2002, el Comité de Derechos Humanos de Europa se pronunció en el mismo sentido, justificando la prohibición de dicha actividad en el estricto respeto a la DH de los enanos.[31] Así, bajo esta aproximación, la dignidad humana no puede quedar en entredicho en pos de algún derecho fundamental o bien público. Ni siquiera el titular de ella puede hacer excepción a su carácter absolutamente inviolable.

Otro caso de interés en la perspectiva de la indisponibilidad de la DH es el de la prohibición de la pena de muerte. En el caso *Kindler v. Canadá* (1991), por ejemplo, se falló que dicha sanción configuraba una grave afectación a la dignidad. En efecto, mientras tres magistrados afirmaron que la pena capital

[29] El lanzamiento de enano es un tipo de juego que tiene lugar en bares de varios países –Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Canadá, Irlanda, etc.– en el cual los enanos son vestidos con ropa especial acolchada o con disfraces recubiertos de velcro son lanzados hacia pisos o paredes cubiertas de velcro o de algún otro modo acolchonadas. Los participantes compiten para ver quién puede lanzar a su enano más lejos. Al respecto puede consultarse: http://es.wikipedia.org/wiki/Lanzamiento_de_enano.

[30] *Commune de Morsang-sur-Orge v. Société Fun Production et M. Wackenheim* (1995) p. 372, <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/french/case.php?id=1024> accessed 30 March 2012; *Commune de Morsang-sur-Orge v. Société Fun Production et M. Wackenheim* (1995) pp. 705-706.

[31] *Wackenheim v. France* (2002) párr. 7.4.

Actualidad Juridica 29 final.indd 152 21-01-14 11:45

equivalía a una "*profanación de la dignidad humana*"[32], los restantes tres jueces de la mayoría estimaron que al suponer una "*invasión a la dignidad humana*"[33], entre otras consideraciones, dicha sanción sólo podía ser justificada bajo excepcionalísimas circunstancias.

4.2. La DH como valor inviolable *in abstracto* pero no *ad casum*.

La dignidad humana ha sido considerada por el Tribunal Constitucional alemán como un valor inviolable, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn. De hecho, ha señalado que la DH, como fuente de todos los derechos fundamentales, *no es susceptible de ser ponderada con ningún derecho fundamental en particular*.

Pero, ha dicho que no sólo los derechos fundamentales en particular, sino también en su conjunto, son concreción del principio de la dignidad humana, por lo que ha admitido que se requiere "siempre una justificación cuidadosa cuando se crea que el ejercicio de un derecho fundamental puede transgredir la inalienabilidad de la dignidad humana"[34]. Esto exhibe que en ocasiones dicha intangibilidad lo ha sido *in abstracto*, decisiones en que dicha magistratura ha estimado que la DH es susceptible de ser desplazada por valores estimados como equivalentes en el fragor del caso concreto.

En el caso *Interrupción del embarazo II* (1993), el TC alemán dedica buena parte de los considerandos de la sentencia a subrayar y enfatizar la intangibilidad del derecho a la vida del no nacido y su protección a la luz de la DH. Así lo dice categóricamente al afirmar que: "*El no nacido goza ya de dignidad humana; la vida humana goza de dignidad desde antes del nacimiento y desde antes que se desarrolle la personalidad (cf. § 10 I 1 ALR: 'también los niños no nacidos gozan de los derechos generales de la humanidad, ya desde el momento de su concepción')*"[35].

Prosigue la sentencia: "Este derecho a la vida –el cual, para su fundamentación, no depende de su aceptación por parte de la madre, sino que le corresponde al *nasciturus* por el mero hecho de su existencia– constituye el derecho más elemental e imprescriptible emanado de la dignidad humana. Este derecho tiene validez independientemente de determinadas convicciones religiosas o filosóficas, respecto de las cuales el orden jurídico de un Estado –neutral desde el punto de vista religioso e ideológico– no tiene por qué juzgar"[36].

[32] *Kindler v. Canada (Minister of Justice)* (1991) p. 818 (disidencia juez Cory).
[33] *Kindler v. Canada (Minister of Justice)* (1991) p. 833 (juez La Forest).
[34] *Los soldados son asesinos* (1995) cit. por SCHWABE (2009), p. 223. (La cursiva es nuestra).
[35] *Interrupción del embarazo II* (1993) cit. por SCHWABE (2009) p. 126.
[36] *Interrupción del embarazo II* (1993) cit. por SCHWABE (2009) p. 126.

Actualidad Juridica 29 final.indd 153 21-01-14 11:45

Sin embargo, a renglón seguido el TC alemán morigera el valor absoluto de la DH del embrión al confrontar este [valor] con otros "*bienes jurídicos en colisión con aquel*", entre los que se encuentran "*el derecho de la mujer embarazada a la protección y respeto de su dignidad humana*". Así queda constatado cuando la sentencia señala lo siguiente:

"*La protección de la vida, ordenada por la Ley Fundamental, no es en tal grado absoluta que goce sin excepción alguna de prevalencia sobre todos los demás bienes jurídicos; esto lo señala ya el Art. 2, párrafo 2, frase 3, de la Ley Fundamental*"[37]. Por otro lado, afirma que el alcance del deber de protección al no nacido ha de determinarse considerando, por un lado, "la importancia del bien jurídico a proteger y la necesidad que este bien tiene de ser protegido" (la vida del que está por nacer) y, por otro lado, "los bienes jurídicos en colisión con aquel (…). Entre los bienes jurídicos en que incide el derecho a la vida del que está por nacer cabe considerar especialmente –tomando como punto de partida el derecho de la mujer embarazada a la protección y respeto de su dignidad humana (…)–, su derecho a la vida y a la integridad física (Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental), así como el derecho a la personalidad (Art. 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental)"[38].

Atendida la existencia de bienes jurídicos contrapuestos y a la imposibilidad de dar satisfacción absoluta a ambos, el TC alemán opta por "*suspender la obligación de gestar y dar a luz al niño (…) en casos de un peligro serio para la vida de la mujer o de un perjuicio grave para su salud*"[39] y deja abierta la puerta para que el legislador pueda concebir "*circunstancias de excepción en otros casos*"[40].

4.3. La DH como valor sujeto al balanceo optimizador del test de proporcionalidad.

Como tercera muestra, se ha admitido que la DH puede ser postergada en pos de la promoción de un fin publico de relevancia constitucional. *Ley de Seguridad Aérea* (2006), el TC alemán, fundado en la DH declaró inconstitucional la ley que contemplaba la posibilidad de que la autoridad aérea pudiera derribar aviones, incluso civiles, en casos que éstos pudieran ser utilizados como objetivos militares contra la comunidad o parte de ella. La sentencia sostuvo que

[37] El artículo 2, párrafo 2, de la Ley Fundamental de Bonn prescribe: "*Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley.*"

[38] *Interrupción del embarazo II* (1993) cit. por SCHWABE (2009) p. 128 (por todas las citas).

[39] *Interrupción del embarazo II* (1993) cit. por SCHWABE (2009) p. 130, en que complementa este punto afirmando que "*pueden presentarse casos de conflicto particularmente difíciles, en los cuales incluso se vea amenazada su vida*" en los que "*no [se] puede exigir a la mujer que en dicho caso deba dar prioridad al derecho a la vida del que está por nacer bajo cualquier circunstancia*".

[40] *Interrupción del embarazo II* (1993) cit. por SCHWABE (2009) p. 129.

Actualidad Juridica 29 final.indd 154 21-01-14 11:45

la Constitución no ampara, ni siquiera en una situación excepcional como la ocurrida el 11 de septiembre de 2001, la muerte de pasajeros inocentes de un avión con el fin de evitar otras eventuales víctimas de mayor número[41].

Si bien la dignidad humana se impuso en este caso frente a la satisfacción de un legítimo objetivo de seguridad nacional, el fallo en consonancia con aquel principio formulado en varios casos precedentes[42] sostuvo que "*las leyes pueden vulnerar el derecho a la vida en caso que estén legalmente justificadas bajo el principio de proporcionalidad*"[43].

Cabe preguntarse si con este nuevo matiz el TC alemán extiende la elasticidad de su noción transformando la DH en un valor absoluto, pero que paradójicamente no sólo no aplica para la vida del embrión en casos excepcionales sino que tampoco sirve para toda vida frente a la eventual prevalencia de un bien que se estime superior en virtud de la aplicación del test de proporcionalidad[44].

4.4. La función instrumental de la DH para favorecer algunos derechos en perjuicio de otros.

Una cuarta aproximación que se ha constatado consiste en atribuirle a la dignidad humana un valor meramente instrumental a fin de reforzar un derecho por sobre otro y así poder destrabar algunas colisiones generadas entre éstos.

Al respecto, McCrudden reconoce que si bien la DH no se presta para proveer un extendido fundamento en el orden sustantivo, sí sirve como una herramienta que cumple una función institucional, por cuanto contribuye a superar algunos escollos que se dan en el ámbito de la adjudicación de los derechos humanos[45], por ejemplo, para ayudar a definir un conflicto entre derechos por la vía de otorgarle más peso a uno de los que se encuentran en pugna. Tiene lugar, señala, particularmente en aquellos casos en que suele aplicarse el test de proporcionalidad.[46]

En efecto, por la vía de afirmar que en un determinado derecho está en juego la DH, los tribunales atribuyen más "peso" a un derecho que a otro, a fin de fortalecer su prevalencia sobre aquel derecho (o bien constitucionalmente

41 *Sentencia de inconstitucionalidad de la Ley antiterrorista alemana* (2006) cit. por LEPSIUS (2006) p. 761.
42 *Ley de Farmacias* (1958), *Asesinatos de soldados de Lebach* (1973), *Ley sobre Asesoría Jurídica* (1976), *Publicidad del tabaco* (1997) y *Grabación de conversaciones telefónicas* (2002) cit. por SCHWABE (2009) (por todas) y desarrollados en COVARRUBIAS (2013).
43 LEPSIUS (2006) p. 767.
44 Véase mi aproximación crítica a este método de adjudicación constitucional en COVARRUBIAS (2012).
45 MCCRUDDEN (2008) pp. 712-722.
46 MCCRUDDEN (2008) p. 714.

Actualidad Juridica 29 final.indd 155 21-01-14 11:45

legítimo) con el cual aparece confrontado[47]. El autor citado da como ejemplo a *Lawrence v. Texas* (2003), caso en el que la Corte Suprema norteamericana incorporó la "dignidad personal" como parte del derecho a la libertad, interpretado bajo la cláusula del "debido proceso legal"[48] (Enmienda 14) de la Constitución Federal. De este modo, se sostuvo que la legislación que prohibía la relación sexual entre hombres adultos ofendía la dignidad personal de los homosexuales frente al interés estatal de sancionar dicha conducta[49].

Identificado el derecho al debido proceso con aquella especie de presunción de inviolabilidad de que goza la dignidad humana no resultaba muy arduo concluir que ésta debía imponerse sobre el interés del gobierno de Texas de promover la moralidad pública por la vía de sancionar penalmente la vinculación carnal entre homosexuales.

A un resultado bastante similar se arribó por la vía de asociar la DH con el derecho a no ser discriminado. En el caso *National Coalition* (1998), la Corte Suprema Sudafricana manifestó que las leyes que sancionaban la sodomía discriminan injustamente a los hombres gay en su sexualidad, toda vez que la aludida discriminación producía el efecto devaluar y degradar a los homosexuales, por lo que constituía asimismo una violación de su derecho fundamental a la dignidad[50].

Otro ejemplo lo constituye el caso denominado *los soldados son asesinos* (1995), pronunciado por el Tribunal Constitucional alemán, en que la dignidad, identificada con la honra, sirvió para inclinar la balanza a favor de este derecho y así justificar restricciones a la libertad de opinión[51]. Un autor al comentar este fallo afirma que "la libertad de opinión debe retroceder cuando viola la dignidad humana de los demás. Este principio, que opera para la libertad artística (…) es válido también para la libertad de opinión, ya que la dignidad humana, como fuente de todos los derechos fundamentales, no es susceptible de ser ponderada con ningún derecho fundamental en particular" (aunque hemos constatado que la aludida ponderación sí ha sido admitida por el TC alemán)[52].

Da la impresión que esta modalidad constituye en ocasiones una especie análoga a la jerarquización[53] de derechos antes que una ponderación balan-

[47] MCCRUDDEN (2008) p. 716.
[48] Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda XIV, sección 1, que en lo pertinente dispone: "*Ningún Estado podrá (…) privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal*".
[49] *Lawrence v. Texas* (2003).
[50] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others* (1998), parr. 28.
[51] *Los soldados son asesinos* (1995) cit. por Schwabe (2009), pp. 223 y ss.
[52] SCHWABE (2009) p. 223
[53] La *jerarquización* o *definitional balancing* pretende resolver los conflictos entre derechos por la vía de establecer categorías previas y rígidas entre los bienes en juego de modo de establecer *ab initio* la

Actualidad Juridica 29 final.indd 156 21-01-14 11:45

ceadora[54]. Si bien la adjudicación puede enfrentarse formalmente por la vía del balanceo entre dos derechos, uno de los cuales no goza anticipadamente de una posición prevalente, en la práctica el efecto que produce incorporar la DH en uno de los platillos de la balanza conduce a un resultado tan previsible que haga inconducente "librar una batalla" que ya se encuentra ganada de antemano y este procedimiento, llámese como quiera que se llame, es bastante más análogo a la jerarquización de derechos fundamentales que a la ponderación entre ellos.

Sin embargo, no siempre la invocación de la DH ha surtido el efecto de inclinar el platillo de la balanza donde aquella aparece reforzando el peso específico de un derecho. Así ocurrió en *Pretty v. Reino Unido* (1997), en que el Tribunal Europeo de DD.HH. admitió que la legislación cuestionada podría afectar la dignidad del recurrente, identificada con su derecho a la vida privada reconocido por el Convenio Europeo[55]. Con todo, en este ejemplo, el conflicto librado no se produjo entre dos derechos, sino entre la vida privada y la seguridad y salud pública, lo que morigera el carácter de la observación hecha, toda vez que de conformidad al Convenio la autoridad puede legítimamente intervenir el derecho a la vida privada "*en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública*"[56] (entre otros bienes y derechos reconocidos expresamente), que es precisamente la conclusión a la que llegó la sentencia[57].

4.5. La DH como un derecho a la autonomía renunciable para su titular, pero intocable para terceros.

Se ha observado también la dignidad humana como un derecho que reconoce la autonomía como un valor inviolable *erga omnes,* pero en caso alguno para su titular, al punto que dicha autonomía permite a su titular excepcionarse de la indisponibilidad de la DH. Esto se explica desde el momento en que la dignidad humana precisamente se concibe como la facultad de disponer de la propia dignidad, aunque no de la ajena. De este modo, la garantía de la DH favorece únicamente a terceros, pues aquella pasa a confundirse con el poder de autodisposición.

En *Planned Parenthood* (1992), la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema norteamericana recurrieron a la dignidad humana para sustentar la

primacía del bien estimado jerárquicamente superior, lo que otorga a ciertos derechos o bienes un carácter "*preferido*" o "*institucional*" frente a otros que no les queda más que ceder ante aquéllos. Una completa síntesis del *balancing test* en SERNA y TOLLER (2000) pp. 3-19.

[54] El *balancing* o ponderación pretende determinar "cuál de los intereses, *abstractamente del mismo* rango, posee *mayor peso en el caso* concreto", ALEXY (2002) p. 90; (las cursivas son del original).

[55] *Pretty v. UK* (1997) 24 EHRR 423.

[56] Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), artículo 8.2.

[57] *Pretty v. UK* (1997) 24 EHRR 423, párr. 65-68.

Actualidad Juridica 29 final.indd 157 21-01-14 11:45

pretensión de la mujer para llevar a cabo un aborto. Se sostuvo entonces que el derecho constitucional protegía "*las decisiones personales relativas al matrimonio, la procreación, la contracepción, las relaciones familiares, la educación de los niños*"[58] frente a la intervención de la autoridad estatal.

Entre tales asuntos (privados e) inmunes a la injerencia de la autoridad también se encontraba "*la decisión de tener o no tener a un niño*". Se añade que en estas materias, tan íntimas y sensibles para la vida personal, resulta crucial la "*autonomía y dignidad personal*"[59], protegida de conformidad con la enmienda 14ª (que prescribe que no hay afectación a la vida, propiedad y libertad sin el debido proceso legal). Otros jueces, en cambio, identificaron la dignidad con el derecho a la privacidad[60], aunque con el mismo objeto.

El derecho de la mujer a poner término a la vida del embrión humano que lleva en su vientre se ha legitimado en el paradójico entendido que el individuo de la especie humana que ha sido concebido en el seno de su progenitora no es titular de derechos (por una serie de argumentos que no es del caso explicitar aquí) motivo por el cual tampoco puede considerarse como un tercero que pueda invocar en su defensa la dignidad humana.

4.6. La DH como soporte para la formulación de derechos o bienes públicos no expresamente reconocidos en los textos constitucionales.

Se trata de aquellas situaciones en que la dignidad humana ha sido empleada para crear nuevos derechos, ampliar los existentes[61] o incorporar bienes o fines públicos allí donde el ordenamiento jurídico no los ha reconocido de manera explícita[62].

La primera modalidad ha sido muy útil para la Corte Suprema de Israel, que ha interpretado la DH como fundamento para reconocer una serie de derechos que no han sido incorporados en la Carta Fundamental. Entre ellos, cabe señalar el derecho a la igualdad, a la libertad religiosa o el derecho a huelga[63] o bien para formular intereses como la protección a la identidad genética[64]. En el segundo grupo se exhibe que bajo la invocación de la dignidad ha sido posible el reconocimiento de algunos bienes públicos, tales como un medio ambiente sano[65],

[58] *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992) párr. 859.
[59] *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992) párr. 859.
[60] *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992) pp. 915-916 (Juez Stevens).
[61] MCCRUDDEN (2008) p. 721.
[62] FELDMAN (1999) p. 683.
[63] KRETZMER (2002) p. 162, cit. por MCCRUDDEN (2008) p. 721.
[64] FELDMAN (1999) p. 683.
[65] FELDMAN (1999) p. 683.

Actualidad Juridica 29 final.indd 158 21-01-14 11:45

entre otros, como "el derecho a la seguridad social, al cuidado médico y a la ayuda social, médica y legal" y "el derecho a tener un alojamiento decente"[66].

Más allá de los ejemplos, que en sí mismos no merecen mayor reparo, creemos que lo complejo está en lo que subyace a esta segunda modalidad. En ella parece situarse una noción más bien naturalista de los derechos, muy distante de la tradicional perspectiva de los derechos como exigencias morales o de justicia sustantiva incontestables, conforme a las cuales la acción humana debe ajustarse con mayor o menor flexibilidad según las distintas aproximaciones.

La impresión anotada es corroborada como quiera que el magistrado Sachs de la Corte Suprema Sudafricana, en el caso *National Coalition* (1998), sostuvo: "*Los derechos deben adecuarse a la gente, no la gente a los derechos. Esto presupone observar los derechos y su vulneración desde una posición centrada en la persona antes que en una basada en fórmulas y exige que los derechos sean analizados bajo una perspectiva de contexto antes que in abstracto*"[67].

Si bien es cierto que esta aproximación contribuye a poner en movimiento una tutela más elástica y extensiva de los derechos, ello se hace a riesgo de desvanecer su cualidad primigenia en cuanto a ser respuestas categóricas de justicia, disponibles para todos por igual. En tal caso, los derechos dejarían de formar parte, un patrimonio común, transformándose en instrumentos de batalla para satisfacer las convicciones de unos en contra de los otros y/o de saciar la sed de proyectos colectivistas que busquen promover una noción de bien común que no considere el bien particular o que termine por absorberlo completamente.

La constatación, aunque sea a modo tentativo, de la amplísima versatilidad con que la dignidad humana ha sido empleada, abre la interrogante acerca del efectivo aporte que pueda brindar como fundamento común de los derechos de las personas, aspecto sobre el que nos aproximaremos enseguida.

5. ¿Sirve la DH como sustento común de los derechos?

A pesar de que no existe una noción unívocamente extendida sobre la DH por parte de las instancias judiciales que la han abordado, algunos destacados autores han procurado identificar una tipología de consenso básico respecto de lo que la dignidad humana supone en sus elementos configurativos mínimos

[66] DUPRÉ (2009) p. 198, muestra una amplia combinación de derechos y bienes públicos que se fundan, según el art. 23 de la Constitución belga, en "*El derecho de todos a llevar una vida conforme a la dignidad humana*".

[67] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* (1998) párr. 112.

Actualidad Juridica 29 final.indd 159 21-01-14 11:45

(*minimum core*)[68]. Según McCrudden el contenido esencial internacionalmente acordado sobre el concepto de DH consistiría de tres exigencias: (a) un valor intrínseco poseído por todo ser humano, "simplemente por ser humano"[69]; (b) que dicho valor intrínseco ha de ser reconocido y respetado por todos, y (c) que la consagración de tal valor supone por parte del Estado el reconocimiento de que el mismo existe para el bien de la persona y no al revés[70].

No obstante lo señalado, el autor citado da cuenta que las distintas interpretaciones sobre estos tres elementos han dado pie para la adopción de diversas y contrapuestas concepciones sobre la dignidad humana, al punto que su invocación "*parece camuflar*" la manipulación e indeterminación de la DH, bajo una superficial pretensión de universalidad[71], observando asimismo que en la interpretación judicial de los derechos "*no hay una concepción sustantivamente común de la dignidad, aunque exista una aceptación del concepto*"[72]. Destaca de todos modos aquellas nociones que asocian la DH con aspectos sustantivos de ciertos derechos, como la prohibición de aplicar tratos inhumanos y degradantes, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar, el derecho a la vida privada personal y familiar, la libertad religiosa, e incluso el aseguramiento de derechos económicos y sociales[73].

Carozza admite en lo fundamental la problemática observada respecto de las aludidas exigencias[74], aunque subraya, en cambio, el desempeño que la DH puede cumplir para las personas en escenarios de "sistemáticas violaciones a la vida, libertad, integridad e igualdad"[75], tales como "detenciones arbitrarias, discriminación sistemática, desapariciones [forzosas], tortura, o inimaginablemente inhumanas condiciones carcelarias"[76], o incluso escenarios como los padecidos por las prisioneros en la base militar de Guantánamo.

Esto último evoca aquella sabia frase supuestamente pronunciada alguna vez por Hanna Arendt en cuanto a que es fácil hablar de dignidad humana tomándose una copa de whiskey al calor de una tertulia, pero habría que preguntarles a los que estaban en campos de concentración qué pensarían de dichas digresiones intelectuales sobre la DH.

---

68 MCCRUDDEN (2008) pp. 679-680. CAROZZA (2008) pp. 934 y ss.
69 MCCRUDDEN (2008) p. 679.
70 MCCRUDDEN (2008)p. 679, en que cita a NEUMAN (2000) pp. 249-250.
71 MCCRUDDEN (2008) p. 710. Asimismo, FELDMAN (1999) p. 685, quien se pronuncia en sentido análogo al señalar que "el riesgo de manipulación emana del alto nivel de abstracción de la dignidad, lo que permite que (casi siempre) sea usada en ambos extremos del argumento".
72 MCCRUDDEN (2008) p. 712.
73 MCCRUDDEN (2008) pp. 679-695. En el mismo sentido, FELDMAN (1999) p. 690.
74 CAROZZA (2008) pp. 934-935, quien reúne en una sola la segunda y tercera exigencia detectada por McCrudden.
75 CAROZZA (2008) p. 936.
76 CAROZZA (2008) p. 936.

Actualidad Juridica 29 final.indd 160 21-01-14 11:45

6. Comentarios descriptivos y valorativos a modo de conclusión.

1. La DH no es definida por los textos normativos que la consagran. Éstos le reconocen diversas funciones, ya sea como principio inviolable del orden jurídico-constitucional, como fundamento de los derechos, entre otras.

2. La anotada diversidad en el tratamiento de la DH por parte de las fuentes internacionales y nacionales ha contribuido a la progresiva difuminación conceptual de la DH por parte de las instancias jurisdiccionales que se han pronunciado sobre ella.

3. La falta de un fundamento común sobre la DH también ha dado pie para que sea empleada con fines muy diversos y, en ocasiones, tan absolutamente contrapuestos entre sí, en que tiene lugar el paradójico resultado de que la dignidad de unos es construida sobre la base de la degradación o desconocimiento de la dignidad de otros[77].

4. Esto hace que el intento por rescatar un contenido sustantivo mínimamente admitido sobre la DH se torne en una tarea ardua si no imposible de lograr. De hecho, al identificar *la* exigencia de la DH que se afirma como sustantiva –"*el valor intrínseco de la persona*"– es posible advertir que este mínimo no dice mucho sin dilucidar un aspecto previo y crucial a dicha exigencia mínima: ¿es persona todo individuo de la especie humana?

5. En efecto, dicho contenido nuclear tampoco brinda mucha orientación si no se dilucida previamente qué tan intrínseco dicho valor es, pues hemos asistido a ocasiones en que lo intrínseco es el valor que la persona se atribuye a sí misma, mientras que en otros casos lo intrínseco es la persona por el sólo hecho de ser un individuo de la especie humana, con prescindencia del "valor" que él o el resto de la comunidad política le haya conferido. Si lo que es inviolable para algunos no lo es para otros, no estamos frente a algo inviolable

6. Si un "valor intrínseco" atribuible al ser humano es intercambiable o puede ser sacrificado en pos de otros valores estimados semejantes o superiores, el referido bien ya no es intrínseco, sino que instrumental. Desde esta perspectiva, el contenido mínimo no es muy mínimo en cuanto a la fijeza, determinación o respuestas categóricas en materia de justicia sustantiva que puede brindar.

[77] DAN-COHEN (2012) p. 5.

Actualidad Juridica 29 final.indd 161 21-01-14 11:45

7. El problema no es que hayan distintas aproximaciones contestables sobre la DH o que éstas tenga un nivel alto de abstracción o generalidad, sino que algunas de éstas han sido redefinidas al punto de que la dignidad –humana– ya no es predicable a todo ser humano.

8. En efecto, de la constatación de que un concepto moral/jurídico sea *abstracto* no se sigue necesariamente su *vaguedad* ni mucho menos su inutilidad, a menos que su contenido sea manipulado de modo que termine significando muchas cosas tan distintas entre sí que ya no sirva de guía para asentar respuestas firmes y categóricas.

9. Todo lo señalado exhibe el imperativo de darle a la DH un contenido sustantivo real. El de Spaemann es inequívoco y claro en cuanto a que la DH es atribuible a cualquier individuo de la especie humana por su sola pertenencia a esta comunidad[78]. Basta con ello para ser miembro de la comunidad jurídica. Esto ultimo ha sido reafirmado por destacados autores en nuestro medio[79].

10. La adscripción del individuo a su comunidad no puede quedar a merced de algunos "iluminados" o depender del juicio de la mayoría, pues esto, además de suponer la escalofriante facultad de decidir quiénes deben ser expulsados de la comunidad política y quiénes quedan dentro de ella, haría trizas la idea misma de los derechos humanos[80].

Bibliografía:

ALEXY, Robert (2002): *Teoría de los derechos fundamentales* (1era Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

CAROZZA, Paolo (2008): "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply" , en *The European Journal of International Law,* Vol. 19 n°5: pp. 931-944.

CORRAL, Hernán (1989-90): "Comienzo de la persona y personalidad del que está por nacer", en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) Vol. XIII: pp. 33-50.

COVARRUBIAS, Ignacio (2012): "La desproporción del test de proporcionalidad: Aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", en *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 39 n°2: pp. 447-480.

COVARRUBIAS, Ignacio (2013): "¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia

[78] SPAEMANN (2003) pp. 105-118.
[79] CORRAL (1989-90) pp. 33-50; UGARTE (2000) p. 120. Mención especial merece HENRÍQUEZ (2011), quien aborda incisivamente esta problemática. Asimismo en su Tesis Doctoral (pro-manuscrito), de título similar, pp. 185-173.
[80] SPAEMANN (2003) p. 98.

Actualidad Juridica 29 final.indd 162 21-01-14 11:45

constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)", *pro-manuscrito*, enviado para su publicación a *Estudios Constitucionales*.

DAN-COHEN, Meir (2012): "Dignity and Its (Dis)content", en Jeremy WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights* (1era Edición, Oxford, Oxford University Press) pp. 3-10.

DUPRÉ, Catherine (2009): "Unlocking Human Dignity: Towards a Theory for the 21st Century", en *European Human Rights Law Review,* n° 2: pp. 190-205.

FELDMAN, David (1999): "Human Dignity As a Legal Value: Part 1", en *Public Law,* n° 35*:* pp. 682-702.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1985): "La dignidad de la persona en la Jurisprudencia constitucional", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* Nº 62: pp. 133-148

HENRÍQUEZ, Ian (2011): *La regla de la ventaja para el concebido en el Derecho Civil chileno* (1ra Edición, Santiago, Editorial Legis Publishing).

KRETZMER, David (2002): "Human Dignity in Israeli Jurisprudence", en KRETZMER, David, y KLEIN, Eckart (ed.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (1era Edición, La Haya, Kluwer Law International) pp. 161-178.

LEPSIUS, Oliver (2006): "Human dignity and the downing of aircraft: the German Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the New Air-Transport Security Act", en *German Law Journal,* Vol. 7 n° 9: pp. 761-776.

MCCRUDDEN, Christopher (2008): "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", en *The European Journal of International Law*, Vol. 19 n° 4: pp. 655-724.

NEUMAN, Gerald (2000): "Human Dignity in United States Constitutional Law", en Dieter SIMON & Manfred WEISS (ed.), *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiros Simitis* (edición no indicada, Mannheim, Nomos Verlagsgesellschaftb Baden-Baden) pp. 249-271.

RILEY, Stephen (2010): "Human Dignity: Comparative and Conceptual Debates", en *International Journal of Law in Context*, Vol. 6 Issue 2: pp. 117-138

SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (1era edición, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung).

SERNA, Pedro, y TOLLER, Fernando (2000) *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los conflictos de Derecho* (1era edición, Buenos Aires, La Ley).

SPAEMANN, Robert (2003): "Sobre el concepto de dignidad humana", *en Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar* (1ª edición, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias EIUNSA).

UGARTE, José Joaquín (2000): "Comienzo de la persona humana. Aspectos biológicos, filosóficos y jurídicos", en *Cuadernos Jurídicos* (U. Central) Nº 2: pp. 87 y ss.

Actualidad Juridica 29 final.indd 163 21-01-14 11:45

Normas:

Constitución de Irlanda (1937).

Constitución de la República de Bolivia (2009).

Constitución de la República de Sudáfrica (2003).

Constitución de la República Italiana (1948).

Constitución de los Estados Unidos de América (1787).

Constitución de Nicaragua (1939).

Constitución Española (1978).

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1984.

Convención Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, 22 de noviembre de 1969.

Convención sobre Derechos del Niño, Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (Ley de Bonn), 23 de mayo de 1949.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia:

Asesinatos de soldados de Lebach (1973): Tribunal Constitucional Federal Alemán, 5 de Junio de 1973, BVerfG 35, 202

Commune de Morsang-sur-Orge v. Société Fun Production et M. Wackenheim (1995): Consejo de Estado Francés, 27 de octubre de 1995, n° 136727.

Grabación de conversaciones telefónicas (2002): 9 de octubre de 2002, BVerfG 106, 28.

Haas v. Switzerland (2011): Corte Europea de Derechos Humanos, 20 de enero de 2011, Application n° 31322/07.

Interrupción del embarazo II (1993): Tribunal Constitucional Federal Alemán, 28 de mayo de 1993, BVerfGE 88, 203.

Kindler v. Canada (Minister of Justice) (1991): Corte Suprema de Canadá, 26 de septiembre de 1991, case n° 21321 report [1991] 2 SCR 779.

Actualidad Juridica 29 final.indd 164 21-01-14 11:45

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1999): Corte Suprema de Canadá, 25 de marzo de 1999, case n° 25374 report [1999] 1 SCR 497.

Lawrence v. Texas (2003): Corte Suprema de los Estados Unidos, 26 de junio de 2003, Rol 539 US 558.

Let the Animals Live v. Hamat Gader Spa Village (1997): Corte Suprema de Israel, Rol 1648/96

Ley de Farmacias (1958): Tribunal Constitucional Federal Alemán, 11 de junio de 1958, BVerfG 7, 377.

Ley sobre Asesoría Jurídica (1976): Tribunal Constitucional Federal Alemán, 25 de febrero de 1976 BVerfG 41, 378.

Los soldados son asesinos (1995): Tribunal Constitucional Federal Alemán, 10 de octubre de 1995, BVerfGE 93, 266.

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others (1998): Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 9 de Octubre de 1998, CCT11/98 ZACC 15; 1999 (1) SA 6; 1998 (12) BCLR 1517.

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al. (1992): Corte Suprema de los Estados Unidos, 29 de junio de 1992, Rol 505 US 833, 851.

Pretty v. UK (1997): Corte Europea de Derechos Humanos, 29 de julio de 2002, Application n° 2346/02.

Publicidad del tabaco (1997): Tribunal Constitucional Federal Alemán, 22 de enero de 1997, BVerfG 76, 196 [207]; 85, 248 [259].

Sentencia de inconstitucionalidad de la Ley antiterrorista alemana (2006), cit. por LEPSIUS (2006), p. 761.

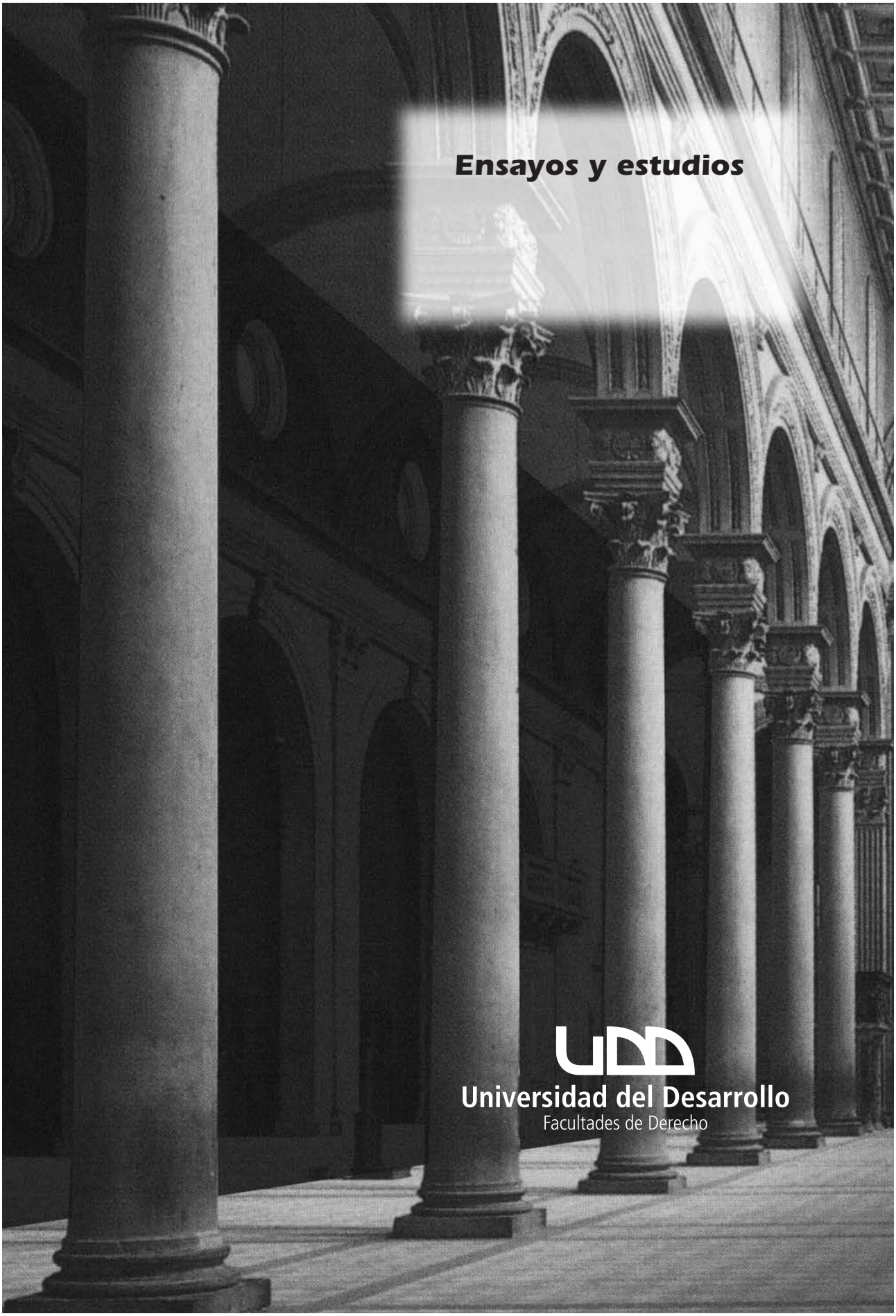
SW v The United Kingdom (1995): Corte Europea de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1995, Application n° 20166/92.

Tito street case (2011): Tribunal Constitucional de la República de Slovenia, 26 de septiembre de 2011, Case n° U-I-109/10.

Wackenheim v. France (2002): Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 26 de julio 2002, Comunicación n° 854/1999 Doc. CCPR/C/75/D/854/1999.

Actualidad Juridica 29 final.indd 165 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 166 21-01-14 11:45



Actualidad Juridica 29 final.indd 167 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 168 21-01-14 11:45

¿Puede hablarse de un derecho del consumidor?

(Primera parte)

Pablo Rodríguez Grez
Decano
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: La primera parte del presente trabajo, sobre existencia de un presunto "derecho del consumidor", comienza analizando el sentido y alcance de esta finalidad y su concreción normativa. Se pone énfasis en las particularidades que presenta la contratación en un mercado masificado en donde los principios civiles y mercantiles tradicionales se encuentran superados. Es aquí donde se inserta el llamado "contrato por adhesión", que despierta justificadas sospechas al consagrar la preeminencia de una de las partes –el proveedor– por sobre la otra –el consumidor. Hallar la forma de evitar abusos y estropicios parece ser uno de los horizontes de esta nueva normativa. Se analizan, enseguida, las normas que fijan el ámbito de aplicación de la Ley N°19.496, para luego entrar al estudio de las disposiciones generales de dicho estatuto legal, distinguiéndose los deberes y derechos del consumidor, el término unilateral del contrato de consumo, el retracto en los contratos sobre servicios educacionales de nivel superior, el carácter irrenunciable de los derechos establecidos en la Ley N°19.496 y las obligaciones impuestas al proveedor. Un capítulo especial se destina a los "contratos por adhesión", materia que resulta ser uno de los objetivos preferentes de esta regulación legal, proponiéndose diversos criterios para neutralizar sus efectos perniciosos. Nuestra legislación se inclina decididamente por la intervención del contrato de consumo, lo que se manifiesta en normas especiales sobre su nulidad y diversos otros correctivos. Se aborda, a continuación, la responsabilidad por incumplimiento del contrato por parte del proveedor y la forma de ejercer estos derechos. Concluye, esta primera parte del trabajo, con un juicio crítico sobre las normas de responsabilidad examinadas. Especial reparo merece el carácter reglamentario, a veces confuso y retorcido ,de muchas de las disposiciones de esta ley y, sobre todo, la circunstancia de caracterizar al proveedor como un delincuente económico, ávido de burlar los intereses del consumidor, lo cual exige una tutela radical de la legislación y los tribunales. En este marco, la relación jurídica intervenida provoca un desequilibrio inverso del que se procura superar.

Actualidad Juridica 29 final.indd 169 21-01-14 11:45

I.- Alcance y sentido de la protección al consumidor.

Se ha planteado en el último tiempo la existencia de un nuevo derecho protector del consumidor. Algo semejante a lo sucedido con el derecho laboral, el derecho del niño o el derecho de daños. La cuestión hunde sus raíces en dos vertientes: el desequilibrio contractual que acusa la relación proveedor-consumidor; y la necesidad de intervenir para evitar abusos y excesos en provecho de empresarios, comerciantes, agentes financieros, intermediarios, etcétera.

Comencemos por reconocer que un "derecho protector del consumidor" sería un instrumento jurídico propio de una economía liberal en la cual los recursos son asignados por el mercado sin participación del Estado como tal. En los modelos económicos centralizados, el mercado no es más que un instrumento administrativo para la distribución de los bienes y servicios que se generan bajo planificación y estricto control estatal. En consecuencia, carece de sentido hablar de protección del consumidor, puesto que no existe competencia, sino un mecanismo de reparto de bienes y servicios generados bajo tuición del Estado.

El contrato, como instrumento jurídico, ha sido concebido bajo la perspectiva de la libre discusión en lo tocante a las prestaciones que primero se proyectan y luego se convienen. La voluntad de las partes contratantes, en el proceso de formación del consentimiento (concurso real de voluntades), se articula de manera tal que, en definitiva, el contrato es una síntesis que envuelve todo aquello que expresa, positiva o negativamente, los intereses en juego. De aquí la solidez moral que acompaña al contrato en tanto ley particular *(pacta sunt servanda*). Como parece obvio, no todos tienen la misma capacidad negociadora. Inevitablemente, siempre habrá quienes, por las circunstancias en que contratan, estarán en situación de sobreponerse a su contraparte, imponiendo, en cierta medida, sus condiciones. La ley sale en defensa del más débil, pero sólo en ciertas y contadas situaciones (p. ej. lesión enorme), aquellas que, a los ojos del legislador, revisten mayor importancia relativa. En los demás casos, debemos conformarnos con exigencias y requisitos muy generales que sancionan situaciones extremas (vicios del consentimiento, responsabilidad precontractual, saneamiento, resolución, etcétera).

En la economía liberal de mercado, el desajuste citado en lo precedente se extrema, porque el consumidor (una de las partes contratantes) se masificó, haciendo imposible la libre discusión en la gestación del contrato. Surge así el "contrato de adhesión" o de "clausulas predispuestas", en el cual la libre discusión se reemplaza por la oferta seguida de la aceptación pura y simple. De esta manera, una de las partes fija los términos de la convención y la otra se limita a manifestarse de acuerdo o rechazarla. Esta modalidad contractual se transforma en un instrumento insustituible del mercado, sin que pueda reemplazarse por otra que dé acceso real y fácil al consumidor a condicionar la

Actualidad Juridica 29 final.indd 170 21-01-14 11:45

manifestación de su voluntad. Piénsese en los grandes supermercados, en las tiendas por departamentos en que se expende todo tipo de bienes de consumo y durables, en las ferias de productores, en las empresas de servicios públicos, etcétera. El problema de fondo en todos estos casos es uno: el desequilibrio de la capacidad negocial, la desigualdad de las partes a la hora de fijar los términos del contrato.

En consecuencia, lo que debe procurar una ley de protección del consumidor es la tarea nada fácil de restablecer el equilibrio del poder de negociación de los contratantes, no invirtiendo el orden de los factores para que predomine uno (el consumidor), por sobre el otro (el proveedor).

Lamentablemente, las cosas no se han entendido como debiera, al extremo de que se legisla y se litiga "contra" el proveedor, como si su conducta fuera la única causa de los daños que se denuncian y que se tratan de evitar. Reconocemos que no es sencillo ubicarse en un plano equidistante y que existe una multitud de factores que inciden en la calificación de cada situación cuestionada. Un ejemplo esclarecerá lo que señalo. Se ha buscado la manera de hacer compatible el carácter del contrato de adhesión con la intervención del contratante más débil, a través del llamado "consentimiento tácito", que se desprende del silencio (silencio circunstanciado), o de actos en que se supone constituyen una manifestación de voluntad. Si no se ha podido ejecutar un acto, sino en virtud de una manifestación contractual previa, no parece excesivo dar a esta última plena validez y obligatoriedad. Bastaría revisar nuestro Código Civil (derecho común), para comprobar que la manifestación tácita de voluntad está plenamente recogida en una infinidad de instituciones. Por consiguiente, en medida nada despreciable, la expresión de voluntad tácita está incorporada a nuestra cultura jurídica.

No obstante lo dicho, en el terreno de la protección del consumidor, esta forma de expresión jurídica despierta las peores sospechas y se presenta como un recurso para desmejorar todavía más la situación del contratante débil. La base de esta repulsa es tan simple como conceptualmente débil. Se afirma, a este respecto, que los actos de los cuales se desprende una manifestación de voluntad o el silencio, en su caso, carecen de relevancia, porque el consumidor ignora su proyección y alcance. Incluso, tratándose de documentos suscritos libremente, se sostiene que éstos o no son leídos o, atendida su terminología especializada, resultan incomprensibles para el consumidor. De la manera señalada, la relación jurídica cae en un vacío insuperable.

Pero, sin duda, es el contrato de adhesión el que provoca las peores aprensiones y motivos de repudio. Muchos intérpretes asignan a este tipo de contratación, per se, una malignidad que choca frontalmente con su utilidad en el mercado moderno masificado, como se manifestó en lo precedente. Suprimir este tipo

Actualidad Juridica 29 final.indd 171 21-01-14 11:45

de contrato resulta imposible en la hora actual, por novedosos que sean los sistemas computacionales de que disponemos. En otros términos, se trata de una figura indisolublemente ligada a la economía moderna, sin la cual ella estaría impedida de funcionar. La cuestión, entonces, no radica en eliminar el contrato de adhesión, sino en hallar los medios más idóneos para evitar que este sirva para consumar estropicios y abusos.

Por consiguiente, las leyes protectoras del consumidor no pueden tener por objeto sino **equilibrar la posición de cada contratante** de manera que el más débil no quede subordinado a los intereses y a la voluntad del más fuerte. Toda ley que se base en la defensa del consumidor debe concebirse como un recurso extremo, encaminado a alterar la situación de los contratantes para que ellos puedan contrapesar su poder negociador. Lo anterior nos conduce, indefectiblemente, al *contrato dirigido o contrato de cláusulas predispuestas* que se imponen forzosamente en la ley y que las partes deben acatar si deciden celebrar el contrato. En otras palabras, el iter contractual opera de modo diametralmente opuesto a lo que ocurre en el contrato de "libre discusión", puesto que sus términos no surgen de un entendimiento entre las partes (concurso de voluntades), sino de la aceptación y conformidad con las disposiciones preestablecidas en la norma. En cierta medida el contrato de adhesión tradicional, se convierte en contrato de "doble adhesión", puesto que se limita la voluntad de ambas partes, las cuales quedan circunscritas a la aceptación o rechazo de la convención. En la primera hipótesis (contrato de adhesión), es el más débil quien queda subordinado al más fuerte, en la segunda hipótesis (doble adhesión) el contenido del contrato se halla prefijado, pudiendo las partes perfeccionarlo con la mera aceptación, sea ella expresa o tácita. Lo anterior deja a salvo todos aquellos elementos que permiten que subsista la competencia, elemento esencial para el buen funcionamiento del mercado. Cabe preguntarse, ante este escenario, si lo que hemos llamado *contrato de doble adhesión* constituye efectivamente un contrato o sólo proyecta la apariencia de tal. Dígase lo que se quiera, pero a la luz de las nociones clásicas del contrato, cuando la voluntad de las partes está encauzada en forma tan rígida que sólo les asiste la facultad de aceptar las condiciones impuestas por un tercero (una autoridad o un mandato legal o reglamentario), no nos hallamos ante un contrato, sino ante un **instrumento administrativo de distribución** de bienes y servicios sometido a una legislación de la misma naturaleza.

Dicho de otra manera, para evitar los abusos y excesos en que incurre quien detenta un mayor poder negociador, interviene el Estado, equilibrando la posición de uno y otro contratante, lo que se consigue incorporando estipulaciones que conforman un verdadero "marco" al cual deben ajustarse los interesados que concurren al mercado masificado. Pero dicho "marco" deja un margen que permite mantener las diferencias que hacen posible el funcionamiento de un mercado competitivo (de otro modo el mercado se transformaría en un ente

Actualidad Juridica 29 final.indd 172 21-01-14 11:45

administrativo). Así, por ejemplo, el precio del artículo (bien o servicio que se expende), las condiciones de pago, los beneficios adicionales que se otorguen al consumidor, las garantías que se le exigen u otras semejantes, etcétera, no pueden quedar comprendidos en las cláusula predispuestas, porque con ello se pondría fin al funcionamiento del mercado al desaparecer la competencia entre los diversos oferentes que concurren a él. Sin duda, en este supuesto, es el consumidor quien resulta más perjudicado al eliminarse la competencia que constituye el instrumento más eficiente para mejorar las condiciones que se ofrecen a quien concurre al mercado.

Como necesaria conclusión, debemos señalar que las cláusulas predispuestas, tratándose de la protección del consumidor, deben hallarse expresamente consignadas en la ley, no pudiendo dárseles una aplicación extensiva que sobrepase los límites normativos ya indicados. Asimismo, si, como se dijo, las normas contenidas en las leyes sobre protección del consumidor tienen por objeto ampararlo en el ejercicio de sus derechos, sólo cabe sancionar aquellos actos que efectivamente redunden en perjuicio del mismo, lo cual debe consistir necesariamente en el desconocimiento, lesión o infracción de dichos derechos. Lo que señalo está plenamente confirmado en lo que dispone el artículo 1º de la Ley N°19.496: *"La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable a estas materias".* Como puede constatarse, la ley se encarga de buscar la forma de equilibrar la posición contractual de consumidores y proveedores (normar sus relaciones); sancionar el incumplimiento de la ley cuando se sigue perjuicio para el consumidor (establecer infracciones); y fijar la forma de hacer efectiva la responsabilidad del infractor (señalar el procedimiento aplicable a estas materias). Finalmente, digamos que es necesario aclarar que, por el solo hecho de celebrar un contrato de adhesión, no puede desprenderse una infracción a la ley ni mucho menos un perjuicio para el usuario. La misma Ley N°19.469 define el contrato de adhesión diciendo que es *"aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido".* Por ende, este tipo de contratación puede favorecer o perjudicar al adherente. La ley no atiende a lo primero, sino sólo a lo segundo. De aquí su sentido protector. En todo caso, el contrato es instrumental y debe ajustarse a las condiciones que lo hagan más equitativo, lo que se logra equilibrando los intereses en juego.

Sobre la base de las premisas enunciadas analizaremos las disposiciones contenidas en la Ley N°19.496, que establece normas sobre protección de los derechos del consumidor. Examinaremos separadamente el tratamiento que se da a la actividad comercial en general y aquel otro que se da a la actividad financiera, materia esta última que fue incorporada a la ley sobre protección del consumidor mediante una modificación legal contenida en la Ley N°20.555, publicada en el Diario Oficial de 5 de diciembre de 2011 (conocida como Ser-

Actualidad Juridica 29 final.indd 173 21-01-14 11:45

nac financiero). Creemos que el mercado financiero tiene rasgos especiales que no pueden considerarse sino en función de sus fines y características. En otros términos, nos hallamos ante dos escenarios diversos e inconfundibles.

II.- Normas generales respecto del ámbito de aplicación de la Ley N°19.496 sobre protección del consumidor.

Comencemos por señalar que el artículo 2º del mencionado estatuto legal, en seis letras sucesivas, fija los actos que se sujetan a estas disposiciones (actos jurídicos mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor; comercialización de sepulcros o sepulturas; actos relativos al goce de inmuebles por períodos determinados no superiores a tres meses, siempre que sean amoblados y para fines de descanso o turismo; contratos de educación; ventas de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por Servicios de Vivienda y Urbanización en lo tocante a las norma sobre calidad contenidas en la Ley N°19.472; actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios de salud, con exclusión de las prestaciones de salud y otras afines). La ley es reglamentaria, incorporando una serie de excepciones que sería largo e inútil detallar. En todo caso, se trata de un ámbito amplísimo que cubre la mayor parte de la contratación masiva.

El artículo 2º bis (incorporado por la Ley N°19.955 de 14 de julio de 2004) establece que, no obstante lo prescrito en el artículo anterior, quedan exceptuadas de las disposiciones de esta ley *"las actividades de producción, fabricación, comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales"*. En otros términos, respecto de estas materias prevalecen las normas especiales sobre esta legislación de carácter general. Empero, se consagra, a continuación, una contraexcepción, tratándose de *"materias que estas últimas* (las leyes especiales) *no provean"* y sólo respecto del *"procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento"*. Finalmente, la contraexcepción cubre el derecho del consumidor o usuario *"para recurrir en forma individual, conforme el procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente*" para obtener la indemnización a que da derecho todo perjuicio originado en el incumplimiento del proveedor *"siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales"*.

No es difícil concluir que la ley es oscura, como consecuencia de las excepciones y contraexcepciones contempladas en su texto. Como es natural, esta circunstancia se presta para extender indebidamente su aplicación a situaciones que no se hallan cubiertas por esta legislación.

Actualidad Juridica 29 final.indd 174 21-01-14 11:45

Sistematizando con rigor el texto que comentamos, deberíamos admitir que la contraexcepción contemplada en las letras a), b) y c) del artículo 2º bis se refiere a materias no previstas en las leyes especiales, al procedimiento establecido para las causas de interés colectivo o difuso (debidamente definido en el artículo 50 del mismo estatuto), al derecho a solicitar indemnización de acuerdo a estas disposiciones (cuestión procedimental), y al derecho a invocar este procedimiento tratándose del consumidor que recurre en forma individual tras de una indemnización de los perjuicios causados por el proveedor. Parece visualizarse con claridad que el espíritu del legislador fue mantener algunas actividades productivas fuera del ámbito de esta normativa, haciendo prevalecer las disposiciones especiales que las rigen.

Puede concluirse, entonces, que la contraexcepción contenida en el inciso 2° del artículo 2º bis es de carácter procedimental, salvo respecto de los vacíos (lagunas) contenidos en las leyes especiales que regulan las actividades enumeradas en el inciso 1°.

No puede omitirse el hecho de que al expresarse la excepción comentada, la ley alude a *"actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales"*. Por consiguiente, primará siempre la regulación excepcional prevista por el legislador.

En suma, se trata de una ley que consagra una regulación general, que deja al margen toda aquella normativa especial relativa a las materias antes referidas.

III.- Sobre disposiciones generales.

El Título II de la Ley N°19.496, dividido en 5 párrafos, se ocupa sucesivamente de los derechos y deberes del consumidor; de las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores; de las obligaciones del proveedor; de las normas de equidad en las estipulaciones y el cumplimiento de los contratos de adhesión; y de la responsabilidad por incumplimiento. Atendido lo reglamentario de esta normativa, analizaremos aquello que, a nuestro juicio, reviste mayor importancia, especialmente en la perspectiva de un derecho naciente.

A.- Derechos y deberes del consumidor.

El derecho esencial del consumidor, sin duda, corresponde a la *"libre elección del bien o servicio"* (artículo 3º letra a). De lo indicado se desprende que el consumidor es soberano para seleccionar aquello que desea adquirir y que no cabe entre nosotros un consumo controlado y dirigido (tarjeta de racionamiento). Este derecho va unido a la declaración de que *"El silencio no constituye acepta-*

Actualidad Juridica 29 final.indd 175 21-01-14 11:45

ción en los actos de consumo". Por lo tanto, la ley priva de efecto a todo tipo de "silencio" como manifestación de voluntad, pero solo respecto de *"aceptación en los actos de consumo",* vale decir, de la elección del bien y servicio escogido. El silencio, en este ámbito contractual, tiene plena aplicación, salvo en aquello expresamente excluido por mandato legal. Nada impide, por lo mismo, que pueda invocarse el "silencio" respecto de la extensión, modificación, extinción, etcétera, de una relación jurídica vigente. Volveremos sobre este punto.

El consumidor tiene derecho a ser informado veraz y oportunamente sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos (artículo 3º letra b). Agrega la disposición citada que corresponde al consumidor *"el deber de informarse responsablemente de ellos"*. Aparentemente esta última prescripción no pasa de ser una declamación lírica… Sin embargo, si la ley impone este "deber" al consumidor, ello puede traducirse en que aquellos defectos o insuficiencias del producto o servicio adquirido que podían quedar en evidencia con sólo informarse responsablemente sobre el mismo, pueden ser excusados. No hay duda que el derecho que asiste al consumidor apunta a las denominadas "tratativas preliminares", puesto que lo que se persigue es imponer al oferente la obligación de suministrar todos los antecedentes necesarios para contratar. Por consiguiente, si el proveedor oculta o distorsiona la información de que dispone sobre los productos que expende, incurrirá en responsabilidad. Nada nuevo respecto de las normas que rigen, en general, la contratación civil.

El consumidor tiene derecho a *"no ser discriminado arbitrariamente por parte de los proveedores de bienes y servicios"* (artículo 3º letra c). Para determinar el alcance de esta disposición debe recurrirse a lo que dispone la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. En consecuencia, atendiendo al artículo 1° de la normativa invocada, debe entenderse que el proveedor no puede distinguir, al ofrecer los bienes y servicios en el mercado, sobre *"la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicalización 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"* del consumidor. En otros términos, la ley invocada tiene plena aplicación en todo lo relativo a la relación entre consumidor y proveedor de bienes y servicios a la hora de establecer los factores que provocan la distinción constitutiva de discriminación. Lo anterior queda confirmado por lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 20.609, que define los *"propósitos de la ley"* (lo cual es poco frecuente en nuestro sistema y apunta, según parece, a la consagración de una interpretación finalista de sus disposiciones). Dicha norma señala: *"Esta ley tiene por objeto fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria."* Se trata, entonces, de una norma general,

Actualidad Juridica 29 final.indd 176 21-01-14 11:45

aplicable en cuanto dice relación con la definición de la misma ley sobre lo que debe entenderse por "discriminación arbitraria". [1]

El consumidor tiene derecho a *"La seguridad en el consumo de bienes y servicios, la protección de la salud y el medio ambiente".* Una vez más, junto a este derecho, se impone un deber al consumidor: *"evitar los riesgos que puedan afectarle"*. La *"seguridad en el consumo"* importa, a nuestro juicio, la certeza de que el bien o servicio puede ser utilizado para los fines especificados por el proveedor. La *"protección de la salud y el medio ambiente",* la facultad de exigir que el producto expedido no provoque daños, deterioros ni lesiones corporales a quienes accedan a él, ni cause un detrimento o menoscabo ecológico. En cuanto al deber que se impone al consumidor *("evitar los riesgos que puedan afectarle"),* sostenemos que ello puede dar lugar a un caso de compensación de culpas (que se conoce en nuestro derecho como la exposición imprudente al daño y se contempla en el artículo 2330 del Código Civil). Nos parece de toda evidencia que si la ley impone al consumidor una conducta precavida y cuidadosa en todo aquello que dice relación con los actos de consumo, ello tiene efecto en la relación contractual. De otra manera se trataría de una disposición a fondo perdido o, más bien, un postulado vacío de contenido práctico.

[1] El artículo 1° de la Ley N° 20.609 define la discriminación arbitraria como "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…" Acto seguido, se señalan los factores de discriminación (ya indicados), pero en una mención no taxativa, sino simplemente enunciativa. Cabe preguntarse si debemos considerar como discriminación arbitraria sólo aquellos actos que causen privación, perturbación o amenaza de los derechos garantizados en la Constitución Política y en los tratados internacionales que versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental). A nuestro parecer, esta limitación es aplicable sólo para los efectos de la Ley N°20.609, atendiendo a los efectos que se persiguen, los cuales, en todo caso, difieren de los que corresponden a la Ley N°19.496 sobre protección. No pueden coexistir diversos conceptos de "discriminación arbitraria", pero sí que una ley puede limitar sus efectos y regulación a la lesión o cautela de determinados derechos o intereses. En consecuencia, entendemos como "discriminación arbitraria" toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, quienquiera que sea el autor de la misma y cualquiera que sea el derecho afectado o que puede afectarse. Pero el problema se complica todavía más, ya que el artículo 2° de la Ley N°20.609 contiene dos incisos que delimitan el marco de la discriminación arbitraria. En efecto, el inciso 2° expresa que "Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a la las leyes o el orden público. A este respecto, estimamos que, como norma general, prevalecerá siempre el mandato legal expreso y la preservación del "orden público", incluso por sobre el contenido de los elementos que configuran la "discriminación arbitraria". Finalmente, el inciso 3° agrega que se considerarán razonables los "actos de discriminación" definidos en la Ley N°20.609, cuando se encuentren justificados "por el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima." Nuevamente conviene preguntarse si estas limitaciones afectan el derecho del consumidor de no ser discriminado arbitrariamente por parte del proveedor de bienes y servicios. Nos parece evidente que el propósito del legislador a la hora de gestar la ley y de esta al independizarse de su autor, fue dar preferencia al ejercicio de los derechos que asegura la Constitución a todas las personas, incluso en el evento de que su ejercicio genere un acto susceptible de calificarse como "discriminación arbitraria".

Actualidad Juridica 29 final.indd 177 21-01-14 11:45

El consumidor tiene derecho *"a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor".* Esta disposición carecería de significación (puesto que lo señalado corresponde a los derechos de cualquier contratante cuando se infringen las obligaciones asumidas), a no ser por la referencia a los "daños morales" que causa el incumplimiento. Por ende, en el ámbito contractual relativo al consumidor, procederá siempre la reparación del daño extrapatrimonial. Recuérdese que la jurisprudencia recién ha comenzado a reconocer la existencia de este tipo de perjuicios cuando se trata de obligaciones contractuales. Un comentario especial nos merece el deber que se impone al consumidor *("accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea"*). Esto significa que una de las partes de la relación contractual se obliga a "demandar", entendemos en conformidad a la ley de protección al consumidor, cuando ha habido incumplimiento culpable. ¿Puede la ley proceder de esta manera? Creemos que se trata de una norma absurda, que no genera una obligación específica susceptible de hacerse cumplir y que no pasa de ser otra manifestación de una especie de romanticismo jurídico, por darle un calificativo.

Finalmente, el consumidor tiene derecho a *"La educación para el consumo responsable",* materia que nos resulta incomprensible, ya que ello corresponde a otra área diversa del derecho que, por cierto, excede absolutamente los deslindes de la ley de protección al consumidor sin provocar efecto alguno. Lo mismo podría sostenerse al señalar como deber del consumidor *"celebrar operaciones de consumo con el comercio establecido"*. Si con ello se quiere corregir la mala práctica de participar en el comercio informal, o dirigir una advertencia sobre que en este tipo de transacciones el consumir queda desprotegido, lo indicado se justificaría. En todo caso, lo que indicamos pudo decirse directamente, dando satisfacción al afán del legislador de hacer pedagogía del consumo.

Como puede observarse, la ley extrema los recursos discursivos en desmedro de lo sustancial. Lo que comentamos se evidencia a propósito de algunos de los deberes que se declaran sin ningún efecto jurídico, salvo los casos mencionados ("informarse responsablemente" de los bienes y servicios contratados; "evitar los riesgos que puedan afectarles"; "celebrar operaciones de consumo con comercio establecido"). En los demás casos, los deberes proclamados no tienen relevancia ninguna en la relación.

B.- Sobre el término unilateral del contrato.

El artículo 3º bis. de la Ley N°19.496, en forma excepcional, dispone que *"El consumidor podrá poner término unilateral al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos".* Se trata, entonces, de

Actualidad Juridica 29 final.indd 178 21-01-14 11:45

situaciones que, conforme la ley, justifican la retractación del consumidor. Vale decir, el término unilateral deberá ser fundado no discrecional.

La retractación unilateral puede ejercerse cuando:

a.- Sobre los bienes contratación del servicio se ha convenido en *"reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor"* y siempre que el consumidor exprese su aceptación dentro del mismo día de la reunión. La norma precisa de qué modo debe ejercerse el derecho (carta certificada expedida dentro del plazo antes citado). Puede comprobarse, entonces, que la protección se dirige a salvaguardar al consumidor de una inducción a contratar que se realiza de manera muy especial e infrecuente.

b.- En los contratos celebrados por *"medios electrónicos"* y en aquellos en que la oferta que se acepta fue realizada *"a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a la distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario".* Para el ejercicio de este derecho, la disposición que comentamos se remite al artículo 12 A, conforme la cual *"Una vez perfeccionado el contrato* (celebrado por medios electrónicos o en que la oferta constaba en catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia) *el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo".* Agrega, la misma disposición, que *"Dicha confirmación deberá contener copia íntegra, clara y legible del contrato".* En el evento de que el proveedor no haya cumplido con esta exigencia, el plazo de 10 días para ejercer el retracto se extiende a 90 días, no pudiendo ejercerse si el bien materia del contrato se ha deteriorado por hecho imputable al consumidor. Regula además la ley, en esta parte, la suerte que corre el crédito con que se canceló el bien, sea que este se haya otorgado por el proveedor o por un tercero, el cual queda resuelto. Asimismo, se dispone que *"Si el consumidor ejerciera el derecho consagrado en este artículo, el proveedor estará obligado a devolverle las sumas abonadas, sin retención de gastos, a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, antes de cuarenta y cinco días siguientes a la comunicación del retracto. Tratándose de servicios, la devolución comprenderá aquellas sumas abonadas que no correspondan a servicios ya prestados al consumidor a la fecha del retracto".* Finalmente, la norma alude a la restitución en buen estado de los elementos originales del embalaje, aludiendo, incluso, a las etiquetas, certificados de garantía, manuales de uso, cajas, elementos de protección o su valor respectivo, previamente informado.

Sin perjuicio de considerar excesivo el plazo concedido para la "retractación" (diez días), puesto que se trata de una situación muy excepcional que rompe los principios de nuestro derecho contractual, debe advertirse que el inciso 3° de este artículo, de aplicación general (no sólo a los contratos celebrados

Actualidad Juridica 29 final.indd 179 21-01-14 11:45

por medios electrónicos o que se aceptan en razón de ofertas por catálogos y avisos u otros medios de comunicación a distancia), incurre en otro exceso al invadir una contratación ajena a la regulada en esta ley. En efecto, toda vez que la operación se haya cubierto mediante un crédito otorgado por un tercero al consumidor *"previo acuerdo entre éste y el proveedor, el retracto resolverá dicho crédito".* No es infrecuente que un tercero abra una línea de crédito, con acuerdo del proveedor, a objeto de financiar la adquisición de ciertos bienes o servicios. En tal supuesto, se celebran dos contratos diversos, que no pueden fundirse, como si se tratare de un solo acto jurídico, aun cuando uno de ellos sea accesorio al otro. Por lo tanto, la resolución del crédito contratado entre el consumidor y el tercero es abusiva e invade una relación jurídica no comprendida en la protección del consumidor. Partiendo de esta hipótesis, podría interpretarse esta norma en el sentido que el *"acuerdo entre éste* (el consumidor) y *el proveedor"* supone una utilidad o beneficio para el último, no pudiendo este factor confundirse con el provecho que surge directamente de la operación regulada en la ley. De otro modo, se afectarían indebidamente los derechos del que otorga el crédito, los cuales nacen en virtud de un contrato válidamente celebrado por el consumidor y el tercero. Por otra parte, no se descubre qué utilidad resulta de esta disposición para el consumidor, ya que si la operación principal se frustra (se resuelve en razón de la retractación), no cabe exigir responsabilidad alguna en virtud del crédito. La confusión entre dos contratos de diversa índole sólo se presta para desequilibrar la relación.

C.- Retracto en caso de servicios educacionales de nivel superior.

A esta materia está dedicado el artículo 3º de la Ley N°19.496, relativo a servicios contratados con centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades. Atendido su carácter excepcional, no puede esta norma extenderse a otro tipo de establecimientos.

Plazo del retracto. El plazo de retracto se mantiene en diez días a contar de la fecha *"en que se complete la primera publicación de los resultados de las postulaciones a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas".* En las actuales circunstancias, esta norma parece tener muy corta vida.

Titulares del derecho. El derecho de retracto, en este caso, tiene dos titulares: el alumno y quien efectúe el pago en su representación. Creemos que, dada la redacción de la disposición, uno u otro, indistintamente, puede ejercer esta facultad. En consecuencia, si cualquiera de ellos deja sin efecto el contrato, operará la retractación, aun cuando el otro manifieste su disconformidad.

Actualidad Juridica 29 final.indd 180 21-01-14 11:45

Efectos del retracto. El efecto de esta determinación consiste en la extinción del contrato, unida a la exención de todo pago por los servicios educaciones no prestados ni por ningún otro concepto, sin perjuicio de lo prevenido en el inciso final de la misma disposición (retención de limitados costos de administración). Como resulta obvio, ello ocurre por el solo ministerio de la ley, sin que pueda resistirse esta medida por parte del ente de enseñanza superior.

Requisitos para ejercer el derecho de retracto. Los requisitos exigidos en la ley para ejercer el derecho de retracto son dos: *"ser alumno de primer año de la carrera o programa de pregrado"*; y acreditar ante la institución respecto de la cual se ejerce esta facultad *"encontrarse matriculado en otra entidad de educación superior".* En otras palabras, lo que se persigue es dar al alumno que ingresa a la enseñanza superior la posibilidad de cambiar de establecimiento una vez que son conocidas las postulaciones que corresponden al sistema de admisión del llamado Consejo de Rectores.

Efectos de la extinción del contrato. El inciso 3° de esta disposición reglamenta la extinción del contrato celebrado, dando un plazo de 10 días a la entidad educacional para restituir *"los dineros pagados y los documentos de pago o crédito otorgados en respaldo del período educacional respectivo".* De la misma manera, en caso de haberse *"otorgado mandato general para hacer futuros cobros",* este quedará revocado por el solo ministerio de la ley, debiendo el prestador de los servicios abstenerse de negociar o endosar los documentos recibidos antes del plazo de retracto.

Costos de administración. Finalmente, agrega el inciso final del artículo 3° ter: *"No obstante lo dispuesto en el inciso anterior* (sobre los efectos del retracto), *la institución de educación superior estará facultada para (retener), por concepto de costos de administración, un monto de la matrícula, que no exceda al uno por ciento del arancel anual del programa o carrera".*

Lo regulado en esta disposición, sin la menor duda, tiene por objeto proteger a las universidades que integran el "Consejo de Rectores", a fin de que una vez conocido los resultados de sus postulaciones, los alumnos matriculados en carreras o programas de otras universidades, institutos profesionales o centros de formación técnica, puedan cambiar sus preferencias sin mayores costos. Se trata, entonces, de una norma discriminatoria que afecta a un sector de la educación superior y que apunta a privilegiar a un grupo de universidades preferentemente estatales.

Cabe, sobre esta institución, formular dos críticas esenciales. La inestabilidad de las matrículas afecta la programación y los proyectos de enseñanza superior de los establecimientos que no integran el "Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas", retrasándolos por todo el tiempo en que se mantiene

Actualidad Juridica 29 final.indd 181 21-01-14 11:45

la incertidumbre que genera el derecho de retractación. No cabe, por ende, anticipar cuotas de matrícula en función de proyectos específicos, porque todo ello queda subordinado a la posible extinción de los contratos celebrados. Lo más grave, a juicio nuestro, es el debilitamiento del vínculo contractual, el cual, una vez más, se sacrifica en aras de la protección del consumidor. ¿Requiere realmente este tipo de consumidores de medidas de esta naturaleza? ¿No habría sido preferible prohibir celebrar actos o contratos antes de conocerse el resultado de las postulaciones a los establecimientos del "Consejo de Rectores"? En general, comienza a ser habitual pasar por encima del contrato, a pretexto de cualquier beneficio que se considere preponderante. No se advierte el perjuicio que se causa a lo que bien podríamos llamar "certeza contractual", que se proyecta en todas las actividades sociales. El derecho de retracto debería eliminarse o, a lo más, ser sustituido por una prohibición de ingreso a las universidades, mientras esté pendiente el resultado de admisión en las universidades tradicionales. Sólo de este modo es posible facilitar la ejecución de los proyectos universitarios y reforzar el vínculo contractual, hoy día tan menoscabado. No deja de ser sorprendente, por otra parte, que una cuestión doméstica, que vaticinamos evolucionará a corto plazo, sea motivo suficiente para dictar leyes que rompen principios rectores en el campo del derecho civil y lesionan la seguridad jurídica.

D.- Sobre el carácter irrenunciable de los derechos establecidos en la Ley de Protección al Consumidor.

El artículo 4º de la Ley N°19.496, ubicado en el Título II Párrafo 1° sobre *"deberes y derechos del consumidor"*, señala que *"Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores."* La renuncia anticipada carece de todo valor y, en el evento de que ella se haya pactado, deberá solicitarse su nulidad por objeto ilícito al tratarse de un acto prohibido en la ley (artículo 1466 del Código Civil). Como se observará más adelante, la sanción no sólo consiste en la nulidad, sino que ella se extiende a otra materia relacionada con el contrato mismo de consumo. Tal ocurrirá, por vía de ejemplo, cuando la cláusula de renuncia se haya aplicado en perjuicio del consumidor.

Nada impide, sin embargo, renunciar a los derechos conferidos en la Ley N°19.496, cualquiera que estos sean, a condición de que ello no ocurra anticipadamente. La anticipación está referida al contrato que antecede al acto de consumo (disposición del bien o servicio), cualquiera que sea la fecha del contrato si mediara un lapso entre uno y otro. El interés del consumidor debe apreciarse en función del contrato, lo cual revela que la nulidad puede reclamarse aun antes de que se haga posible el consumo. Ningún inconveniente se observa en la renuncia anticipada de uno o más derechos del proveedor en el contrato, ya que la protección que dispensa la ley sólo corresponde a su contraparte.

Actualidad Juridica 29 final.indd 182 21-01-14 11:45

Problema especial presenta determinar el alcance de la nulidad cuando ella es reclamada anticipadamente por el consumidor y sólo afecta a una o más cláusulas del contrato. ¿Arrastra ella la nulidad del contrato en todas sus partes o debe entenderse que éste subsiste con exclusión de las cláusulas nulas? No cabe duda que la nulidad no impide que pueda aplicarse la convención en lo demás, siempre que ello sea razonablemente posible y no presente vacíos sustanciales. Cabe señalar, entonces, que la cláusula de renuncia anticipada no compromete la validez de las demás estipulaciones del contrato. Por consiguiente, él deberá aplicarse en su integridad, salvo lo que dice relación con la renuncia anticipada del consumidor a algunos de sus derechos. La disposición que se analiza no hace más que concretar la protección del consumidor de modo que no se vea forzado a abdicar de sus derechos como consecuencia del desequilibrio que experimenta su posición negociadora.

Por último, digamos que en el evento de que la cláusula haya operado y el consumidor hubiere quedado privado de alguno de sus derechos, procede demandar la nulidad y, por el efecto retroactivo de la misma, exigir las prestaciones que correspondan. Si lo anterior no fuere posible, en atención a la naturaleza de la prestación, podrá exigirse la respectiva reparación indemnizatoria.

E.- Sobre las obligaciones del proveedor.

El Párrafo 3° del Título II de la Ley N°19.496, sobre "Disposiciones Generales", reglamenta las obligaciones del proveedor.

1.- Obligación de acatamiento y cumplimiento del contrato.

Comienza la ley diciendo, en el artículo 12, que *"todo proveedor de bienes y servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio".* Ignoramos la razón de ser de esta obvia disposición que no hace más que repetir lo que se deduce de conceptos elementales del derecho contractual. Probablemente, se quiso poner acento en el "ofrecimiento" (modalidad de la oferta en la contratación masiva), distinguiéndola del "convenio" (lo estipulado formalmente). Si tal sucediera, la norma que comentamos es perfectamente inútil e innecesariamente reiterativa. Parece más proporcionado hacer referencia al artículo 1545 del Código Civil, aun cuando, a nuestro juicio, sigue éste teniendo plena aplicación como norma rectora del derecho de los contratos. Desde otro punto de vista, podría pensarse que la intención del legislador fue dar una especie de autonomía o carácter propio al derecho del consumidor, repitiendo conceptos muy arraigados en el derecho común que, en todo caso, parecen mucho mejor expresados.

Actualidad Juridica 29 final.indd 183 21-01-14 11:45

2.- Obligación de información clara, comprensible e inequívoca tratándose de contratos celebrados por medios electrónicos, por catálogos, avisos o a distancia.

El artículo 12 A., incorporado por la Ley N°19.955, se refiere a los contratos celebrados por *"medios electrónicos"* y *"catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia".* Ordena la ley que, en estos casos, el consentimiento no se entiende formado *"si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos".* Esta norma no hace más que ampliar las facultades de los jueces, ya que se trata de conceptos relativos, generales y difusos, que adornan más que prescriben ("claro", "comprensible", "inequívoco"). Cabe preguntarse cuál es el estándar que utilizará un juez para medir la claridad, la comprensión y la certeza que debe acompañar la decisión del consumidor. Se trata, acaso, de una obligación cuyo incumplimiento debe medirse según los niveles de culpa contractual definidos en el artículo 44 del Código Civil. Agrega este artículo, en un inciso 2°, que *"la sola visita del sitio de Internet... no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor".* Finalmente, la misma disposición señala que *"el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita"* del contrato al consumidor, exigiendo que el medio de comunicación escogido *"garantice* (su) *debido y oportuno conocimiento"*, debiendo esta confirmación *"contener copia íntegra, clara y legible del contrato".* Creemos que la vaguedad de esta normativa no hará más que estimular la judicialización de las relaciones que nacen de la actividad comercial en detrimento de una atmósfera más pacífica y menos conflictiva. La mayor parte de estos mandatos más bien parecen propios de precedentes jurisprudenciales y, en cierta medida, suplen decisiones que deberían emanar de la aplicación de preceptos generales, susceptibles de singularizarse con la dictación de las sentencias judiciales.

3.- Obligación de oferta universal.

El artículo 13 de la Ley N° 19.496 impone a los proveedores la obligación de no *"negar injustificadamente la venta de los bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas".* Esta norma corresponde, más precisamente, al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Decreto Ley N° 211), ya que está referida a toda actividad de carácter comercial y destinada, precisamente, a facilitar la libre competencia. Se trata de poner en práctica un principio fundado en la "racionalidad" ("negación injustificada") de la oferta dirigida a persona indeterminada, que altera lo dispuesto en el artículo 105 del Código de Comercio, según el cual *"Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquier otra especie de anuncios impresos, no son obligatorios para el que las hace".* Puede, entonces, concluirse que la oferta a persona indetermina-

Actualidad Juridica 29 final.indd 184 21-01-14 11:45

da, cuando es completa, obliga a quien la formula, no pudiendo retractarse el proponente sin una causa justificada, pero siempre que la oferta corresponda a un producto o servicio comprendido en el ámbito de su giro. Recuérdese, por otra parte, que el artículo 3º bis del estatuto que estudiamos alude al término unilateral del contrato, disponiendo, en la letra b) del inciso 2°, que procede poner término unilateralmente al contrato por parte del consumidor cuando la oferta se realiza a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a la distancia, salvo que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. Como puede comprobarse, el desequilibrio es ostensible.

Conviene preguntarse con respecto a esta disposición imperativa (artículo 13 de la Ley N°19.496), si constituye una negativa justificada la circunstancia de que sea el consumidor persona con malos antecedentes comerciales. Creemos que en este aspecto hay que distinguir entre las operaciones de contado y las operaciones a crédito. Si el consumidor cumple su obligación de pagar al momento de celebrarse el contrato de consumo, no cabe sostener un motivo justificado para negar la venta; a la inversa si para estos efectos recurre a cualquier forma de crédito, la insolvencia sí constituirá una causa justificada, puesto que nadie puede ser obligado a aceptar un deudor presuntivamente incumplidor. No creemos posible invocar otra especie de responsabilidad (como la que pudiera derivar del retracto regulado en el artículo 3º bis), ya que los malos antecedentes comerciales del consumidor, en este caso, son meramente proyectivos. No puede ignorarse que los registros y bancos de datos comerciales (como Dicom) cobran toda su importancia en el ámbito del mercado masificado y que son ellos absolutamente indispensables para su buen funcionamiento. Lamentablemente nuestros legisladores no son sensibles a esta realidad y, por intereses que no es del caso calificar, optan frecuentemente por atender a los intereses de los millones de consumidores, incluso, pasando por sobre el buen funcionamiento del mercado.

Finalmente, la disposición que comentamos pone en manos del tribunal, en definitiva, la determinación práctica de lo que debe entenderse por "negativa injustificada". En un plano teórico podríamos decir que debe entenderse como tal aquella "decisión sin fundamento atendible, sin considerar los antecedentes hechos valer por las partes, adoptada sin que medie un estudio objetivo y concienzudo de la situación, y causando daño material o moral al consumidor". El juez, por lo mismo, deberá analizar estos factores y calificar como "justificada" aquella determinación que, aun sin compartir, se funde en los elementos que dejamos consignados. Lo que la ley impone como obligación al proveedor es obrar con objetividad y seriedad, no con la adhesión de quienes lo rodean.

4.- Obligación de información sobre productos con deficiencias, usados o refaccionados o integrados con partes o piezas usadas.

El artículo 14 de la Ley de Protección al Consumidor trata de dos tipos diversos de productos expedidos por el proveedor con conocimiento del consumidor:

Actualidad Juridica 29 final.indd 185 21-01-14 11:45

a) aquellos con algunas deficiencias, usados o refaccionados y; b) aquellos en cuya fabricación o elaboración se han utilizando partes o piezas usadas. En ambos casos, la ley exige que se informe de manera expresa estas circunstancias al consumidor, antes de que este decida la operación de compra. En otras palabras, el consumidor tiene derecho a conocer la naturaleza del producto y, en especial, si se trata de un artículo integrado con materiales de desecho. La reglamentación desciende, indebidamente a nuestro juicio, al detalle, al precisar la forma en que deben trasmitirse estas características (envoltorio, avisos, carteles visibles en los locales de atención al público, etcétera). Mediando esta información no procede ni la reposición del producto, ni una bonificación de su valor en la compra de otro o la devolución del precio que haya pagado el consumidor en exceso (artículo 19), ni la indemnización por los daños ocasionados (artículo 20), todo ello sin perjuicio de aquellas obligaciones que hubiere contraído el proveedor (garantía convencional).

La norma que comentamos parece innecesaria a la luz de las disposiciones de nuestro Código Civil sobre el error sustancial o sobre la calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato (artículo 1454). Sin embargo, su utilidad deriva del alcance que debe darse a hechos tan concretos como los descritos en el texto citado. En otros términos, rige el Código Civil plenamente en todo lo que no atañe a los defectos o características aludidas en el artículo 14 de la Ley N°19.496, pero, tratándose de los hechos especificados en esta disposición especial, si no ha habido información expresa por parte del proveedor, debe considerarse un incumplimiento que compromete la responsabilidad del proveedor, siendo aplicables los artículo 19 y 20 de la misma ley.

5.- Obligación de respetar la dignidad y derechos de las personas en el uso de sistemas de seguridad y vigilancia de los establecimientos comerciales.

El artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor impone, a los establecimientos comerciales, el deber de respetar la dignidad y derechos de las personas, en toda circunstancia. En el evento de que algún consumidor sea sorprendido *"en la comisión flagrante de un delito los gerentes, funcionarios o empleados del establecimiento se limitarán, bajo su responsabilidad, a poner sin demora al presunto infractor a disposición de las autoridades competentes"*. Agrega el inciso 3° de este artículo que si la contravención a lo ordenado en los incisos anteriores *"no fuere constitutiva de delito, ella será sancionada en conformidad al artículo 24",* vale decir, con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales.

Con demasiada frecuencia los locales comerciales, especialmente los de mayor volumen, se ven sobrepasados por bandas de delincuentes que practican el llamado "robo hormiga", al amparo de la baja penalidad que asigna la ley a este

Actualidad Juridica 29 final.indd 186 21-01-14 11:45

tipo penal[2]. Se trata de un problema cultural y social que no puede encararse aisladamente. Hace bien la ley en evitar la tentación de la víctima de hacerse justicia por sí misma (autotutela).

En síntesis, es deber del proveedor mantener sus equipos de seguridad y vigilancia de acuerdo a las leyes que los regulan, sin afectar la dignidad y derechos de las personas, ni arrogarse facultades especiales cuando es sujeto pasivo de un delito. Por crítica que pueda parecer la situación, debe excluirse toda forma de autotutela, reservándola sólo para casos extremos (por ejemplo, la legítima defensa).

No creemos que las cinco obligaciones que se analizan en lo precedente sirvan para dar una individualidad especial a un supuesto derecho del consumidor. Lo original, si pudiera calificarse de tal, corresponde a la norma que trata del perfeccionamiento del contrato y sus efectos cuando se celebra por medios electrónicos y en aquellos en que la oferta aceptada se realiza a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia. Las demás obligaciones pueden deducirse fácilmente de la normativa dispuesta en el derecho común, en particular sobre el contrato de compraventa. No puede olvidarse, a este respecto, que en el contrato deben entenderse incorporadas todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella (artículo 1546 del Código). Aun más, la exigencia de ejecutar el contrato de buena fe, incorporada a la misma disposición, permite ampliar el campo de la obligación por sobre lo que reza la letra de la convención.

IV.- Sobre el contrato de adhesión.

Como lo hemos sostenido a través de estas páginas, el contrato por adhesión, la más imperfecta figura contractual atendiendo a su perfeccionamiento, es, sin embargo, como quedó dicho, un instrumento insustituible para el buen funcionamiento del mercado masivo. No se divisa de qué manera podría operar un negocio al cual concurren millones de consumidores, si el proveedor tuviera que convenir con cada uno de ellos los términos del contrato. Claro está que la circunstancia de que el proveedor fije unilateralmente los términos de la operación va en desmedro del consumidor, enfrentado a la sola disyuntiva de aceptar o rechazar la oferta. De aquí que el contrato de adhesión ceda

[2] Bastaría este solo antecedente para comprobar que siempre el delincuente, sea consciente o inconscientemente, realiza un cálculo costo-beneficio. De allí que hayamos insistido que en la lucha contra el delito debe ponerse acento en la función judicial, porque, al aliviarse la suerte del delincuente, se incita a la comisión de nuevos ilícitos. Si quien planifica la ejecución de un delito, especialmente contra la propiedad, advirtiera que difícilmente escapará de la sanción penal, ello operará como un disuasivo poderoso para hacerlo desistir de sus propósitos.

Actualidad Juridica 29 final.indd 187 21-01-14 11:45

paso al contrato dirigido, en el cual un tercero (la autoridad) fija los términos del mismo, equilibrando los intereses de uno y otro contratante, todo lo cual comentamos en lo precedente. Empero, no creemos posible encuadrar el "contrato de consumo" con "contrato dirigido", porque hay una serie de elementos que quedan a disposición del proveedor y del consumidor (precio, forma de pago, entrega de la mercadería, etcétera), rompiendo la estructura tradicional del contrato dirigido.

Reiteremos, entonces, dos aspectos esenciales: el hecho de que el consentimiento se forme de modo irregular, lo cual redunda en perjuicio del consumidor, al imponerse, sin contrapeso, la voluntad del proveedor; y la imposibilidad de encontrar otro instrumento contractual para hacer operante el mercado masificado. Estas son, a nuestro juicio, las cuestiones que plantea el contrato por adhesión.

Enfrentados a esta realidad, no se ha hallado otro medio para contrarrestar los inconvenientes mencionados que **intervenir el contrato de adhesión,** mediante la fijación de pautas destinadas a conseguir un equilibrio que constituye, a no dudarlo, la mejor garantía de justicia entre los contratantes. La solución planteada carece de toda originalidad, ya que por su intermedio se interviene, como se dijo, lo estipulado en la convención, se ajustan las prestaciones convenidas, y se apoya a la parte presuntivamente más débil a través de una organización pública (Servicio Nacional del Consumidor). Esta ha sido la fórmula que se incorporó en la Ley N°19.496. Basta, sobre este particular, poner acento en la denominación del Párrafo 4° del estatuto legal invocado: ***"Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión".*** En otros términos, el legislador se atribuye la facultad de decidir anticipadamente qué estipulaciones deben corregirse, cuáles son admisibles y cuáles inadmisibles.

Interesa resumir, muy brevemente, cuáles son los posibles remedios a las insuficiencias que ofrece el contrato por adhesión:

a.- En primer lugar, puede este contrato devenir, como se dijo, en un **"contrato dirigido",** vale decir, aquel en que autoridad fija las condiciones al margen de la voluntad de las partes. Esta figura tiene varios inconvenientes. Desde luego, imperaran en ella las preferencias e intereses políticos que sustenta el llamado a decidir en qué términos deberá celebrarse la convención. Por otra parte, lo que se resuelva gravitará poderosamente sobre los productores que condicionarán sus determinaciones a los términos en que se ofrezca contratar. No menos significativo será el hecho de que nos hallaremos ante una manifestación de estatismo extremo, al condicionarse una relación intersubjetiva a la decisión de la autoridad administrativa.

Actualidad Juridica 29 final.indd 188 21-01-14 11:45

b.- En segundo lugar, es posible **"intervenir el contrato",** fijando, en líneas gruesas, las cláusulas que se prohíben, la manera en que el contrato debe ser celebrado, ejecutado, interpretado y resuelto (esquema seguido por nuestra legislación protectora del consumidor). Esta política tiene como principal inconveniente "judicializar" en extremo la relación contractual y facilitar el desplazamiento de los conflictos que puedan promoverse hacia los órganos jurisdiccionales, concebidos como "última ratio", para quienes intervienen en este campo. Si bien se aproxima la fórmula que comentamos al "contrato dirigido," no puede confundirse con él, ya que la diferencia es de grado. La "intervención del contrato" deja un margen a la voluntad de las partes, aun cuando restringido y limitado, a la inversa de lo que ocurre en el contrato dirigido, en que toda disposición contractual ha sido establecida por la autoridad.

c.- En tercer lugar, puede considerarse la posibilidad de **"negociar un contrato tipo"** entre los representantes de los consumidores y los representantes de los proveedores. En otros términos, el contrato surge de una negociación formal, en que interviene una o más asociaciones de consumidores, dando origen a un contrato tipo en que se recogen los intereses de proveedores y consumidores. Más aún, frente a un desacuerdo irremontable, es posible considerar una instancia arbitral constituida por expertos calificados capaces de zanjar técnicamente el desencuentro Esta opción supone la existencia y buen funcionamiento de las organizaciones llamadas a representar y amparar los derechos de los consumidores, independientes de toda suerte de compromisos y ajenas a cualquier tipo de presión. Es factible, además, establecer un sistema de mediación para aproximar los intereses en juego y promover el acuerdo. Sin bien la fórmula que describimos exige consumidores conscientes de sus derechos y responsabilidades y un buen marco organizacional, creemos que es la mejor solución para el problema planteado, puesto que subsiste la negociación, siendo las partes (potencialmente consumidores y proveedores) quienes fijan las condiciones del contrato. La ley, por su parte, coopera aportando la estructura en que se resuelve el conflicto (negociación, mediación y arbitraje), con el beneficio de que cada una de las partes recoge y expresa los intereses en juego.

d.- En cuarto lugar, quienes creen en la infalibilidad del mercado y la fuerza preeminente de la ley de la oferta y la demanda, sostiene que este problema se resuelve incrementando la "competencia". Como es obvio, en la medida que cada proveedor se vea forzado a competir para conquistar consumidores (clientes), irá flexibilizando las condiciones ofrecidas en provecho de estos últimos, hasta hacer desaparecer todo atisbo de abuso o exceso en desmedro a la parte aparentemente más débil. En otras palabras, la debilidad de los consumidores es "aparente" (en la medida que ellos concurran aislados al mercado) y desaparece cuando el mercado funciona

Actualidad Juridica 29 final.indd 189 21-01-14 11:45

como corresponde sobre la base de una competencia real y efectiva. Lo anterior se halla confirmado por la experiencia de los países desarrollados, en donde el desequilibrio contractual, que justifica la intervención o abolición del contrato, ha sido superado por efecto de la competencia.

e.- Finalmente, en quinto lugar, hay quienes simplemente entregan a la determinación de un burócrata estatal la fijación de las condiciones en que debe el proveedor ofrecer sus artículos al consumidor. No se trata, entonces, más que un acto de autoridad que condiciona la tarea de cada productor. De más está decir que esta fórmula, propia de los países ultrasocialistas, pone fin al mercado que conocemos, transformándose éste en un mero organismo administrativo de distribución de bienes y servicios dirigido por el Estado.

Estas son, a nuestro juicio, de acuerdo a la experiencia existente, las cinco fórmulas para enfrentar el problema que nace del desequilibrio a que arrastra el contrato de adhesión o por adhesión. Pueden algunas de ellas combinarse de manera de atenuar sus efectos negativos. Tal ocurre, por vía de ejemplo, en la legislación nacional, puesto que se reconoce la importancia de las asociaciones de consumidores (Párrafo 2° del Título II de la Ley N°19.496), se describen ciertas cláusulas y estipulaciones sancionadas con la nulidad, se fijan normas sobre celebración, ejecución e interpretación de estos contratos, se fortalece un servicio público de defensa del consumir (Servicio Nacional del Consumidor), etcétera. En cierta medida se ha procurado no provocar distorsiones graves al funcionamiento del mercado y asistir a los consumidores en el ejercicio de sus derechos.

Sintetizaremos, enseguida, lo prescrito en nuestra ley para corregir los desequilibrios del contrato por adhesión.

1.- Sobre la nulidad.

La Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor desaprovechó la oportunidad de consagrar una nulidad expresa que operara *ipso jure*, *ab initio* y sin necesidad de declaración judicial previa [3]. El artículo 16 comienza diciendo

[3] Sobre este tipo de nulidad y su presencia en la legislación nacional, véase nuestro libro *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno* (Teoría bimembre de la nulidad). Editorial Jurídica de Chile. Año 1995. A mi juicio, a la inversa de que se ha enseñado tradicionalmente, la nulidad reglamentada en el Código Civil de Bello puede ser "originaria", la cual, a su vez, se divide en "radical" o "inexistencia impropia" (cuando la ley declara que el acto no existe o se tiene por no escrito o por no celebrado); y "textual, expresa o directa" (cuando la ley dispone derechamente que el acto es nulo). Puede la nulidad ser también "virtual, tácita o indirecta" (absoluta y relativa). Tratándose de nulidades "originarias" no cabe sostener la validez provisional del acto o contrato (presunción de validez mientras no se declara la nulidad por sentencia judicial), ni la necesidad de solicitar su declaración judicial para privar al acto o contrato de efectos jurídicos, debiendo el juez limitarse a constatar la nulidad. En otros términos, la nulidad "originaria" opera *ipso jure*, por el solo ministerio de la ley, *ab initio*, debiendo el tribunal entender que el acto ha sido privado de efectos por mandato legal desde el momento de su celebración.

Actualidad Juridica 29 final.indd 190 21-01-14 11:45

que *"No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones…"* Sin embargo, lo dispuesto en la ley queda circunscrito a la *"declaración de nulidad"* (la cual puede o no producirse), según se desprende de varias disposiciones (así, por ejemplo, lo que señala el artículo 16 A). Si, con mejor estudio, se hubiere reparado en el alcance y sentido de una nulidad textual, la ley habría ganado en eficiencia y utilidad. Por consiguiente, forzoso resulta concluir que la nulidad de las cláusulas y estipulaciones descritas en el artículo 16 requiere, para privarlas de efectos, de una sentencia judicial previa.

2.- Sobre cláusulas sancionadas:

a.- La ley declara nulas las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de: i) dejar sin efecto el contrato; ii) modificar el contrato a su solo arbitrio; y iii) suspender unilateralmente su ejecución. En otros términos, dichas cláusulas ponen a disposición de una de las partes (consumidor o proveedor) la relación contractual. La norma contempla una excepción: cuando estas facultades se conceden al comprador (consumidor) en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas y sin perjuicio de las demás excepciones que las leyes contemplen. Como puede constatarse, existe una especial desconfianza cuando el consentimiento se ha formado en ventas promovidas por medios tecnológicos o por visitas a domicilio o por correo o por muestrario. No cabe duda que lo dispuesto en la ley es consecuencia de la experiencia acumulada durante varios años. Nótese que las facultades que se sancionan pueden hallarse radicadas en cualquiera de las partes –consumidor o proveedor–, pero, como resulta obvio, tratándose de un contrato por adhesión, ellas estarán siempre radicadas en el proveedor. Lo dispuesto en la ley nos parece del todo justificado, porque lo esencial de los efectos de la relación contractual (vigencia, modificación o suspensión) no puede asignarse a uno de los contratantes.

b.- El precio en un contrato de consumo (generalmente compraventa) es uno de sus elementos esenciales. Por lo tanto, no puede convenirse que él sea incrementado, por *"servicios accesorios, financiamientos o recargos"*. Lo contrario implicaría poner en manos del proveedor un mecanismo para lucrarse irregularmente y a su arbitrio a costa del consumidor, alterando uno de los elementos esenciales del contrato. La norma contempla también una excepción, *"salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica"*. En verdad, es tan obvia la excepción que se incorporó el texto legal, que cuesta explicarse tanta acuciosidad reglamentaria por parte del legislador. A nuestro parecer, la excepción carece de toda utilidad y no es más que la reiteración de principios contractuales de aplicación general.

Actualidad Juridica 29 final.indd 191 21-01-14 11:45

c.- Son nulas todas las estipulaciones que *"pongan a cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables".* Nuevamente se observa una reiteración inútil de conceptos matrices de la responsabilidad contractual. Cabe preguntarse ¿cómo va a responder el comprador de deficiencias, omisiones o errores administrativos que le son imputables? ¿Era necesario incorporar a la ley este galimatías? Cuesta entender el sentido de estas disposiciones, salvo que se trate de enunciados destinados a promover una advertencia o que se busque incrementar la cultura jurídica de los consumidores.

d.- Es nula la estipulación mediante la cual se *"invierte la carga de la prueba en perjuicio del consumidor".* Entendemos que esta norma alude al principio consagrado en el artículo 1698 del Código Civil, según el cual *"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta."* En consecuencia, lo que la ley prohíbe es alterar este principio básico incorporado en el nuestra legislación común.

e.- Es igualmente nula la estipulación que contenga *"limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcirse frente a las deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio".* De acuerdo a lo indicado, se trataría de productos defectuosos, que impiden la obtención de la utilidad o finalidad prevista, dando lugar, por consiguiente, a un resarcimiento indemnizatorio. La estipulación objetada exoneraría al proveedor de responsabilidad, asumiendo el perjuicio el consumidor. Ninguna duda nos asiste de que en el caso indicado, aplicando las normas generales sobre responsabilidad contractual, la cláusula mencionada carecería de valor, entre otras razones, tratándose de un contrato de compraventa, por existir vicios ocultos que debieron advertirse al momento de perfeccionarse el contrato (artículos 1857 y siguientes del Código Civil), o bien, si el defecto constaba al proveedor, en virtud de un incumplimiento doloso (artículo 1558 del Código Civil). Nos remitimos al comentario anterior. La norma es inútil, reiterativa e innecesaria.

f.- Es nulo el contrato que incluya *"espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados"* antes de suscribirse. Lo indicado implica que el contrato de consumo, para ser válido, debe ser completo, vale decir, deben estar íntegramente establecidas todas sus estipulaciones. Si existieran espacios en blanco, siempre que ellos correspondieran a cláusulas no escritas, ello arrastraría la nulidad de todo el contrato. En el fondo, existe una presunción simplemente legal, conforme la cual estos espacios en blanco pueden ser utilizados para perjudicar a una de las partes, con el simple expediente de llenarlos a su arbitrio. No cabe, tampoco, la posibilidad de facultar a una de las partes para llenar el instrumento. Ello chocaría frontalmente con la

Actualidad Juridica 29 final.indd 192 21-01-14 11:45

disposición que se analiza. Por último, debe repararse en que el "espacio en blanco" esté destinado, sin la menor duda, como ya se dijo, a incorporar una estipulación contractual. No puede sostenerse que cualquier espacio no utilizado (por ejemplo, en virtud de una distribución de fantasía), sirva para promover la nulidad del contrato. Además, conviene destacar que esta disposición es preventiva de ilegalidad, puesto que el espacio en blanco, en sí mismo, no puede configurar un vicio de nulidad. La ley, al prescribir esta sanción, procura evitar que pueda consumarse un abuso.

g.- Finalmente, la ley contempla una causal más amplia y compleja. Comienza diciendo que no valen las cláusulas o estipulaciones *"en contra de las exigencias de la buena fe"*. Advirtiendo el legislador que lo indicado es demasiado vago, señala que debe atenderse para estos efectos *"a parámetros objetivos,* (que) *causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes deriven del contrato"*. Agrega la norma que para ello *"se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales y generales que lo rigen".* Por último, se contempla una presunción, en virtud de la cual se entiende que el contrato está ajustado a derecho cuando ha sido visado y autorizado por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales. Esta norma constituye una clara expresión de la llamada ***buena fe objetiva***, puesto que dice relación con el comportamiento del sujeto al contratar. No hace esta legislación más que reglamentar la buena fe que, en general, trata el artículo 1546 del Código Civil (todo contrato debe celebrarse, ejecutarse y cumplirse de buena fe, esto es, sin el ánimo de perjudicar a nadie). Lo original de la norma que comentamos radica en el hecho de que, para medir este esta exigencia, debe recurrirse a parámetros objetivos que determinen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes. Los márgenes que fija el legislador son también amplios, puesto que alude a la finalidad del contrato y las disposiciones que lo regulan. En consecuencia, el juez puede moverse con facilidad para mediar y calificar el desequilibrio que se sanciona.

Hasta aquí las estipulaciones y cláusulas que se excluyen, bajo sanción de nulidad, de los contratos de consumo, en aras de lograr un equilibrio contractual que, se presume, no se alcanza naturalmente en los contratos por adhesión. No es mucho lo original de este estatuto, más bien se trata de una ampliación de normas y principios de la relación contractual contenidas en la legislación común.

3.- Otros correctivos.

Entre las normas de equidad destinadas a atenuar los efectos de un contrato de adhesión, aparte de las nulidades comentadas, pueden mencionarse las siguientes:

Actualidad Juridica 29 final.indd 193 21-01-14 11:45

a.- Señala la ley (artículo 16 A) que una vez declarada la nulidad de una o más cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión por las causales establecidas en el artículo 16, el contrato *"subsistirá con las restantes cláusulas"*, salvo que por su naturaleza misma o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. *"En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre que recae la declaración."* Nuevamente, creemos que se trata de una disposición inútil y reiterativa. Si el tribunal declara la nulidad de una cláusula o estipulación del contrato, debe limitarse el efecto de esta sanción a la materia sobre la cual se pronunció el fallo. Aquella nulidad arrastrará íntegramente la del contrato cuando sea determinante para la subsistencia de la convención, cuestión que debe ponderar y decidir el juez al dictar fallo. ¿Cuál es, entonces, la utilidad de esta disposición? Analizando más detalladamente este artículo, se llega a la conclusión que la "novedad" radica en que, a pesar de no haberse demandado la nulidad de la totalidad del contrato, sino sólo determinadas estipulaciones o cláusulas, el juez está obligado a declarar la nulidad "en su integridad" cuando concluye que ha quedado afectado todo lo convenido. Como es sabido, la facultad del Tribunal para obrar de oficio (más allá de lo pedido por las partes) es excepcionalísima y todavía más cuando se impone al juez imperativamente la obligación de pronunciar dicha nulidad integral. Basta, a este respecto, con recordar las controversias que se han suscitado a propósito de la aplicación del artículo 1683 del Código Civil. En consecuencia, en su primera parte, el artículo 16 A. de la Ley N°19.496 es inútil y reiterativo, no así en su segunda parte a propósito de la declaración de la nulidad integral del acto o contrato, toda vez que la estipulación o cláusula dejada sin efecto compromete la validez en su totalidad, atendiendo a la "naturaleza misma del contrato" o la "intención original de los contratantes". Por ende, no cabe en este caso la posibilidad de impugnar el fallo que declara la nulidad del contrato en su integridad, mediante un recurso de casación en la forma por ultrapetita (otorgando más de lo pedido por las partes). La decisión del tribunal queda amparada por la facultad que confiere la ley para extenderse más allá de lo pedido por las partes.

b. Sobre la escrituración del contrato el artículo 17 señala que los contratos de adhesión referidos al consumo *"deberán estar escritos de modo claramente legible"*, especificándose el tamaño de la letra (no inferior a 2,5 milímetros) y el idioma (castellano, salvo aquella palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico). Agrega la norma que comentamos *"Que las cláusula que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor".* De las tres condiciones impuestas en esta disposición, dos de ellas son objetivas y una subjetiva. La claridad (legibilidad) es una cuestión muy relativa y depende de las características y nivel cultural de quien lee, su capacidad de comprensión, los antecedentes que rodean

Actualidad Juridica 29 final.indd 194 21-01-14 11:45

la celebración del acto o contrato, etcétera. Es difícil, por lo tanto, precisar cuándo un texto escrito es legible, aunque para calificar este carácter se haya agregado el adjetivo calificativo "claramente". La determinación de si el texto es "claramente legible" dependerá, por ende, de las características personales del contratante. Para entrar a decidir sobre la comprensión del texto deberá haber surgido, necesariamente, un conflicto, razón por la cual la cuestión queda circunscrita al sentido y alcance de dicha controversia, lo que, ciertamente, facilita la determinación. Para la recta interpretación de esta norma es conveniente citar lo que señala el artículo 1566 del Código Civil, que prescribe *"No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusula ambiguas a favor del deudor".* Se trata de una norma de clausura que cierra el Título XIII del Libro IV de dicho Código. La disposición es todavía más rica, ya que agrega en un inciso 2°: *"Pero las cláusula ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".* Como puede comprobarse, fundado en un principio de justicia material, nuestro Código Civil sale al encuentro de una "ambigüedad" que deriva de un texto literal insuficiente y oscuro. En definitiva, entonces, el consumidor podrá exonerarse de cumplir una obligación o renunciar a un beneficio, toda vez que ellos no aparezcan claramente establecidos en el acto o contrato celebrado.

c.- Sin perjuicio de lo comentado en la letra anterior, la misma disposición (artículo 17), en su inciso 2°, dispone que en los contratos *"impresos en formularios"* prevalecerán las cláusulas agregadas por las partes por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí. Esta cuestión ha sido resuelta en numerosas sentencias sobre interpretación de los contratos en las cuales se destaca la importancia de los textos agregados por las partes –expresión de su auténtica voluntad–, frente a formularios preparados ad hoc para implementar la celebración de contratos de adhesión. Se trata, entonces, de un recurso interpretativo que se funda en la circunstancia de que una manifestación expresa de voluntad debe sobreponerse a lo registrado en un ejemplar impreso del contrato.

d.- El deber de estar redactado el contrato en idioma castellano tiene una excepción importante en el inciso 3° del artículo 17. Se señala, a este respecto, que puede el contrato estar redactado en un idioma distinto del castellano cuando el consumidor *"lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento en castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará en caso de duda, para todos los efectos legales"*. La norma que comentamos es curiosa y, en cierta medida, absurda. Lo anterior porque subsiste la intención de que el texto del contrato se halle redactado en nuestro idioma, razón por la cual habría

Actualidad Juridica 29 final.indd 195 21-01-14 11:45

bastado con señalar que podía existir una versión en idioma extranjero, pero prevaleciendo aquella redactada en idioma castellano. Resulta, por lo tanto, inútil la exigencia de que la versión en idioma extranjero requiera de un documento anexo escrito en castellano y que quede en poder del consumidor un texto del contrato en castellano al que se deberá estar en caso de duda. Nótese que siempre deberá existir una versión en castellano de aplicación preferente.

e.- Nos parece excesivo destinar un inciso del artículo 17 (cuarto) al deber del proveedor de entregar al consumidor un ejemplar íntegro del contrato suscrito por todas las partes, estableciéndose un procedimiento para el evento de que ello no pueda hacerse en el acto por carecer de alguna firma. En tal caso el proveedor *"entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste".* Lo anotado implica dos cosas: el documento que se entrega *"de inmediato"* no lleva todas las firmas; y el proveedor, en cierta medida, certifica, como ministro de fe, la autenticidad del contrato suscrito, aun cuando no por todos los contratantes. La norma que analizamos culmina prescribiendo: *"La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales".* En esta materia debió seguirse el principio que inspira al artículo 2217 del Código Civil, según el cual *"Cuando según las reglas generales debe otorgarse este contrato* (depósito) *por escrito y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada, o al hecho de la restitución".* La solución escogida por el Código de Bello es práctica, menos formal y opera con facilidad.

f.- Por último, entre las normas de equidad destinadas a atenuar el desequilibrio que se observa en los contratos por adhesión, se incluye lo indicado en el artículo 17 A., según el cual en este tipo de contratación el proveedor debe informar en términos simples *"el cobro de bienes y servicios ya prestados"*, a fin de que el consumidor pueda *"verificar si el cobro efectuado se ajusta a las condiciones y a los precios, cargos, costos, tarifas y comisiones descritos en el contrato".* Llama la atención el hecho de que se aluda a una información que debe prestarse *"en términos simples",* lo que hace suponer que las materias técnicas sobre que se informa deben tratarse de manera que el consumidor pueda comprender con facilidad. Por cierto, ello será resuelto en caso de controversia por el tribunal competente. Para cerciorarse de que no se engañe al consumidor, la norma termina disponiendo que *"Además, toda promoción de dichos bienes y servicios indicará siempre el costo total de la misma."* Es indudable que la intención de la norma es evitar que el proveedor, valiéndose de su posición, engañe o induzca a engaño al consumidor, efectuando cobros injustificados que pueden provenir de falta de información, de antecedentes técnicos confusos difíciles de explicar o de promociones que, como en el llamado "dolo bueno del comerciante", magnifica las virtudes de lo que se

Actualidad Juridica 29 final.indd 196 21-01-14 11:45

intenta vender. Las llamadas "promociones" son el mecanismo más eficaz para divulgar un producto o un servicio, exaltando sus virtudes y ocultando sus defectos. Al menos así parece considerarlo el legislador.

Nos resulta oportuno y conveniente formular algunas observaciones, en general, sobre las normas examinadas en lo precedente. Se evidencia de lo trascrito que, a la luz de las normas reglamentarias comentadas (no obstante su carácter legal), resalta el hecho de que se coloca al proveedor como un contratante abusivo, capaz de prevalerse de la ignorancia, falta de experiencia e incapacidad del consumidor con miras a la satisfacción de sus intereses. Desde este punto de vista, la ley proyecta la imagen de un proveedor abyecto, al cual hay que sancionar por el uso de recursos vedados, destinados a engañar a su contraparte. De aquí que la norma se esfuerce en descubrir todo resquicio que sirva para alcanzar estos propósitos. No creemos nosotros que ello corresponda a lo que sucede en un mercado masificado y moderno, al cual concurren millones de consumidores, conformando, en el día de hoy, uno de los pilares de nuestro desarrollo económico. Bien podría hablarse de un nuevo principio "*indubio pro consumidor*". De las disposiciones legales analizadas se desprende que el consumidor está siendo considerado de la misma manera que un "trabajador" o un "niño", o un "imputado penal", sujetos todos expuestos a ser objeto de abusos e injusticias y, por ende, de un tratamiento legislativo especial y protector. Con esta perspectiva, un nuevo derecho del consumidor, se proyecta como excepcional y llamado a amparar a un sujeto víctima de una situación desmedrada que debe corregirse como se encarga la misma ley de precisarlo. Por cierto, no todos compartimos esta visión, sin perjuicio de reconocer que ha habido excesos que merecen ser sancionados, como ocurre en cualquiera otra actividad, pero que corresponden a episodios que no representan una generalidad. Inquieta, también, el hecho de que los consumidores, pero sólo una parte ínfima de ellos, sean quienes abusen del amparo que les brinda la ley y, valiéndose de diversas triquiñuelas, a veces delictivas, consigan ventajas indebidas. Como puede constatarse, la materia que abordamos tiene aristas muy especiales, que evidencian que la cuestión que subyace en la base de esta temática es más compleja de lo que aparece a primera vista.

Reiteremos, una vez más, que de las disposiciones comentadas en los párrafos precedentes, queda de manifiesto que la Ley de Defensa del Consumidor tiene un carácter reglamentario que no corresponde propiamente a una ley. ¿Implica ello una desconfianza en el ejercicio de la jurisdicción? ¿Ha querido el legislador restringir las facultades del juez y, por este medio, asegurarse de que, incluso en lo meramente reglamentario, prevalecerá su voluntad? No nos asiste duda alguna de que la Ley N°19.496 es, muy probablemente, una clara expresión de lo que hemos denunciado repetidamente, en orden a que la ley invade en forma indebida e irregular el ámbito de la ejecución reglamentaria y el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Actualidad Juridica 29 final.indd 197 21-01-14 11:45

VI.- Sobre la responsabilidad por incumplimiento.

De la sola lectura de la Ley N°19.496 queda de manifiesto el carácter reglamentario de este estatuto legal. Se establecen en él requisitos y exigencias prácticas que en un sistema jurídico coherente corresponden al ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución y a la jurisdicción. Por lo mismo, muchas de estas normas resultan innecesarias y nada originales.

a.- El artículo 18 comienza diciendo que constituye una infracción de las norma legales cobrar un *"precio superior al exhibido, informado o publicitado".* Si se considera que el precio es un elemento esencial del contrato de consumo, la ley no hace más que reiterar una cosa obvia. La norma se justifica con la reafirmación de que el precio queda establecido por el hecho de exhibirse, informarse o publicitarse, seguido de la aceptación pura y simple. Se admite, entonces, la expresión de voluntad tácita del oferente, lo que se desprende del hecho descrito en la ley. Recordemos que el artículo 103 del Código de Comercio señala precisamente que *"La aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa".* Lo que sí se observa es que esta norma altera lo previsto en el artículo 105 del mismo Código. En consecuencia, tratándose de un contrato de consumo, el precio queda establecido por la aceptación del exhibido, informado o publicitado por el proveedor. Es entendido que estos actos (de fijación del precio) han debido ser realizados por quien estaba autorizado al efecto. Puede el proveedor, por consiguiente, acreditar que no ha sido él quien ha dispuesto la exhibición, información o publicidad del precio, evitando, de esta manera, que le sea exigible aceptarlo. Se ha suscitado un conflicto a propósito de la publicidad de un precio erróneamente ofrecido por un proveedor a través de medios electrónicos. Insistimos en nuestro planteamiento: si ha habido error al trasmitir el precio y ello se acredita cumplidamente y en forma legal, puede el proveedor exonerarse de respetarlo. Tal sucederá, por vía de ejemplo, cuando un dependiente incurre en un error justificable o los sistemas escogidos para la exhibición, información o publicidad del precio sufren desperfectos o distorsiones imposibles de controlar o alteraciones provenientes de terceros. Creemos que esta interpretación se justifica a la luz de que no es lícito – ni para el proveedor ni para el consumidor – valerse de un error justificable para obtener un provecho económico. Esta parece ser la filosofía que inspiró a los autores de la ley, toda vez que, tratándose del consumidor, el artículo 12 A (ya analizado) sólo entiende formado el consentimiento cuando el consumidor ha tenido acceso claro, comprensible e inequívoco a las condiciones generales. Cualquier otra conclusión hace pensar que la ley toleraría un aprovechamiento indebido, como si la formación del consentimiento pudiera derivar de una trampa o un abuso. En todo caso, dejemos sentado que será el Juez el llamado a resolver si concurre un error justificado que no se pudo prever ni evitar con la diligen-

Actualidad Juridica 29 final.indd 198 21-01-14 11:45

cia y cuidado que era exigible. Por último, la protección del consumidor no pasa por sobre la buena fe ni sirve para legitimar un aprovechamiento escandaloso.

b.- El artículo 19 describe la hipótesis de que el contenido neto del bien adquirido *"sea inferior al indicado en el envase o empaque".* De esta disposición se infiere que la información dada en el envase o empaque, debe ser acatada como parte del contrato y que, si tal no ocurre, puede el consumidor hacer valer cualquiera de estas tres facultades: exigir la reposición del producto; optar por la bonificación de su valor en la compra de otro producto; o por la devolución del precio que haya pagado en exceso. En esta elección no corresponde al proveedor intervención alguna, ya que la ley da por configurada la infracción del proveedor por el solo hecho de que el contenido neto sea inferior al informado, abriendo un abanico de posibilidades cuya selección recae exclusivamente en el consumidor afectado. Por cierto, puede el proveedor repetir contra el productor, si se trata de personas distintas, lo que sucederá en la mayor parte de los casos. La *cadena productor-proveedor-consumidor* configura diversas relaciones jurídicas, sólo en la que liga *proveedor-consumidor* tiene aplicación la Ley N°19.496. Puede afirmarse, entonces, que en esta disposición se consagra un caso de **"responsabilidad objetiva",** ya que la obligación de reponer el producto, bonificar la diferencia en pago de otro artículo, o devolver el precio pagado en exceso, surge por el solo hecho de que el contenido neto sea inferior al informado, resultando indiferente la actitud subjetiva del proveedor o las razones que pudieran justificar esta deficiencia.

c.- El artículo 20 describe siete hipótesis en que, *"sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados"*, el consumidor puede optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada. O sea, se entrega al consumidor la decisión de perseverar en el contrato (cuando acepta la reparación o su reposición) o su resolución (devolución de la cantidad pagada). Esta norma reproduce las opciones que en los contratos bilaterales da al acreedor el artículo 1489 del Código Civil. La única novedad radica en la descripción de las opciones (reparación, reposición o restitución del precio). Incluso, tratándose de cualquiera de estas medidas procede la indemnización de perjuicios de acuerdo a las normas generales que regulan la materia. Las siete hipótesis –que resumimos– operan en la siguiente forma: i) cuando el producto está sujeto a normas de seguridad y calidad obligatorias y no cumple las especificaciones correspondientes; ii) cuando los materiales, partes, piezas, elementos, substancias o ingredientes no corresponden a las especificaciones que ostenten o se mencionen en el rotulado; iii) cuando cualquier diferencia de los factores mencionados en lo numeral precedente, incluyendo estructuras, calidad o condiciones sanitarias, no sean enteramente aptas para el uso o consumo

Actualidad Juridica 29 final.indd 199 21-01-14 11:45

a que están destinados los productos o que el proveedor hubiere señalado en su publicidad; iv) cuando el proveedor hubiera convenido que los productos deberán reunir determinadas especificaciones y ello no ocurra; v) cuando después de haberse hecho efectiva la garantía o prestado el servicio técnico correspondiente, subsistan las deficiencias del producto, haciendo inapto el producto para el uso o consumo a que está destinado; vi) cuando el producto tenga defectos o vicios ocultos que hagan imposible el uso a que habitualmente se destine; y vii) cuando la ley de los metales, en los artículos de orfebrería, joyería u otros, sea inferior a los que en ellos se indiquen. ¿Qué importancia asignamos a esta enumeración? Es dable sostener que en las siete hipótesis señaladas se configuran casos de *responsabilidad objetiva*, toda vez que acreditado el hecho descrito surgen las consecuencias jurídicas indicadas con independencia del factor de imputación (dolo o culpa) por parte del proveedor. Refuerza lo que decimos el texto del artículo 20 que, junto con reconocer al consumidor la facultad de optar entre la reparación gratuita del producto, o su reposición, o devolución de la cantidad pagada, agrega que ello es sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados. Nótese que la responsabilidad objetiva se limita a los efectos descritos en la disposición (reparación, reposición o devolución de lo pagado), pero no alcanza a la indemnización de perjuicios, que debe ceñirse a las normas generales.

d.- Para los efectos indicados en esta disposición, el último inciso del artículo 20 señala que deberá considerarse como un solo bien aquel que se ha vendido como un todo, aunque esté conformado por distintas unidades, partes, piezas o módulos, no obstante que las partes puedan emplearse separadamente. Asimismo, cuando se trata de una reposición, ella se puede efectuar respecto de una unidad, parte, pieza o módulo, siempre que sea igual a la que se restituye.

En consecuencia, el artículo 20 determina la existencia de siete incumplimientos calificados por la ley, respecto de los cuales se impone responsabilidad objetiva al deudor, puesto que basta que ocurra cualquiera de estos supuestos para que, automáticamente, el proveedor incurra en responsabilidad. Si bien no puede este último exonerarse de responsabilidad arguyendo un comportamiento diligente y cuidadoso de su parte, sí puede imputar responsabilidad al consumidor cuando causalmente el hecho sobre que se funda la responsabilidad ha sido provocado por él. De la misma manera, si el daño proviene de un caso fortuito del cual no responde, puede alegar exención de responsabilidad. Tal cosa ocurrirá, por ejemplo, en el evento que las deficiencias del producto provengan de su errada manipulación o los vicios ocultos y defectos que impiden su uso habitual sean consecuencia del hecho o culpa del consumidor. En otros términos, en las hipótesis previstas en el artículo 20 observamos casos de *responsabilidad objetiva,* en los cuales no cabe considerar la conducta subjetiva del proveedor,

Actualidad Juridica 29 final.indd 200 21-01-14 11:45

pero reconociendo a éste la facultad de alegar exoneración de responsabilidad si causalmente el consumidor ha tenido participación en la producción de la hipótesis descrita en la ley o ello ha sido consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Otro ejemplo aclarará nuestro punto de vista. Si el contrato de consumo comprende un artefacto electrónico y un desperfecto en las instalaciones eléctricas del lugar en ha sido instalado o un corte de energía y su posterior reposición dañan el producto, es indudable que el proveedor no responderá, aun cuando la ley imponga responsabilidad objetiva, porque esta última no excluye la culpa del acreedor ni el caso fortuito o fuerza mayor. Admitimos, en todo caso, que nuestra interpretación pueda resultar discutible, ya que es bien difícil ejemplarizar los supuestos contenidos en el artículo 20 para demostrar que puede operar en ellos la culpa o dolo del consumidor o la fuerza mayor.

VII.- Ejercicio de los derechos consignados en las disposiciones precedentes.

El artículo 21 se refiere a ciertas reglas relativas al cumplimiento de los artículos 19 y 20 de la Ley de Protección al Consumidor. Nuevamente, salta a la vista una exagerada reglamentación que, sin duda, no corresponde a una buena política legislativa.[4]

a.- Comienza este mandato disponiendo un plazo perentorio para hacer valer los derechos consagrados en los artículos 19 y 20: *"tres meses siguientes a la fecha en que se haya recibido el producto"*. Agrega, lo que es obvio, *"siempre que éste no se hubiere deteriorado por hecho imputable al consumidor"* (lo cual afianza lo sostenido en el párrafo precedente). Nos remitimos, por ende, a lo manifestado en las páginas anteriores. Para el caso que se hubiere vendido con determinada garantía y el plazo fuere mayor, prevalecerá éste sobre aquél.

b.- En esta parte la ley (artículo 21) establece una extensión de responsabilidad, pudiendo el consumidor dirigir su acción destinada a la reparación del producto, indistinta o conjuntamente, sea contra el vendedor, el fabricante o el importador. Los responsables de los perjuicios inferidos al consumidor son **solidariamente** obligados a su reparación, así se trate del proveedor que haya comercializado el producto o del importador que lo haya vendido o suministrado. Si el consumidor optare por requerir la reparación sólo al vendedor, este puede repetir contra el fabricante o importador, por costos

[4] En varias oportunidades hemos hecho referencia a la circunstancia de que un excesivo sentido reglamentario de la ley coarta la potestad de ejecución del Presidente de la República, elevando de categoría normas de naturaleza reglamentaria. Ello implica una deformación del mandato general y abstracto que caracteriza a la ley, distorsionando gravemente la estructura del sistema normativo.

Actualidad Juridica 29 final.indd 201 21-01-14 11:45

de restitución, devolución o indemnizaciones que haya debido cancelar en virtud de sentencia condenatoria, *"siempre que el defecto a una u otra les fuere imputable".* La ley, innecesariamente, agrega que el consumidor puede dirigirse contra el fabricante e importador en caso de ausencia del vendedor por quiebra, término de giro u otra circunstancia semejante, pero, tratándose de la devolución pagada por el consumidor, esta acción sólo puede intentarse contra el vendedor. En síntesis, la ley involucra en el contrato de consumo al proveedor directo (vendedor), al fabricante y al importador, haciéndolos solidariamente responsables de los daños causados cuando el consumir opte por la reparación del bien, no así cuando se pida la devolución de la cantidad pagada. Se pone la ley en el caso de *"productos perecibles o que por su naturaleza estén destinados a ser usados o consumidos en plazos breves".* En tal supuesto el término establecido en el inciso 1° del artículo 21 (tres meses) debe ser impreso en el producto o envoltorio o, en su defecto, el término máximo de siete días. O sea, el consumidor dispondrá de este plazo para hacer efectivo su derecho. Cuando se trata de un bien *"amparado por una garantía otorgada por el proveedor",* debe el consumidor, *"antes de ejercer alguno de los derechos que le confiere el artículo 20"* (reparación gratuita, reposición o devolución de la cantidad pagada), hacer efectiva (la garantía) *"ante quien corresponda y agotar las posibilidades que ofrece, conforme los términos de la póliza".* En otras palabras, se exige al consumidor estarse principalmente a la garantía convenida en el contrato de consumo.

c.- El artículo 22 se refiere a los productos que han debido reponerse por los proveedores –siendo distribuidores o comerciantes– a los consumidores y aquellos por los que se devolvieron la cantidad recibida en pago. Todos estos bienes deben serle restituidos, contra su entrega, por la persona de quien los adquirieron o por el fabricante o importador, siendo también de cargo de estos últimos el *"resarcimiento, en su caso, de los costos de restitución o de devolución y de las indemnizaciones que se hayan debido pagar en virtud de sentencia condenatoria, siempre que el defecto que dio lugar a una u otra les fuere imputable".* Como puede comprobarse, en el presente caso se impone al fabricante e importador la obligación de financiar los costos de la restitución (flete y seguros), y las indemnizaciones que se hayan establecido por sentencia judicial.

d.- La Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor alude a una serie de conductas infraccionales que resumiremos en los párrafos siguientes:

1.- Comete infracción a este estatuto legal el proveedor que actuando negligentemente causa menoscabo (perjuicio) al consumidor como consecuencia de que el producto adolece de fallas, insuficiencias y desperfectos (el artículo 23 alude a *fallas, deficiencias en la calidad, cantidad,*

Actualidad Juridica 29 final.indd 202 21-01-14 11:45

identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio). Parece claro que el legislador intentó ampliar el campo de la responsabilidad, aun cuando siempre que ello provenga de una conducta negligente. Tratándose del cumplimiento de un contrato, debe concluirse que la responsabilidad del proveedor se mide por la *culpa leve.*

2.- La ley se ocupa especialmente de los *"espectáculos* públicos*, incluidos los artísticos y deportivos, que pongan en venta una cantidad de localidades que supera la capacidad del respectivo recinto".* Lo referido no es infrecuente. A menudo los organizadores de dichos espectáculos exceden la capacidad de los recintos, originando toda suerte de conflictos e incumpliendo el contrato respecto de todos los adquirentes. Para sancionar estos casos la ley (artículo 23 inciso 2°) dispone que los infractores serán sancionados con multa de 100 a 300 unidades tributarias mensuales, lo cual deberá entenderse sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar. Agrega la norma que esta sanción se hace extensiva *"a la venta de sobrecupos en los servicios de los transporte de pasajeros, con excepción del transporte aéreo".*

3.- Infringe la ley el proveedor que utiliza *"publicidad falsa o engañosa difundida por medios de comunicación social".* Si ello incide en i) *"los componentes del producto y el porcentaje en que concurren";* ii) *"la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante"*; iii) *"las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial"*; iv) *"el precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a las normas vigentes"*; v) *"las condiciones en que opera la garantía"*; y vi) *"su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser recicable o reutilizable",* el infractor sufrirá una multa de hasta 750 unidades tributarias mensuales y en el evento de que reincida podrá elevarse esta multa al doble. En el evento de que la publicidad falsa y engañosa *"incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de la población o el medio ambiente",* la multa podrá aumentarse hasta 1.000 unidades tributarias mensuales.

4.- El artículo 25 tipifica otra infracción grave relativa al que *"suspendiere, paralizare o no prestara, sin justificación, un servicio previamente contratado y por el cual se hubiere pagado derecho de conexión, de instalación, de incorporación o de mantención".* En este caso puede aplicarse al infractor una multa de hasta 150 unidades tributarias mensuales. Esta multa puede aumentar al doble cuando el servicio corresponda a un

Actualidad Juridica 29 final.indd 203 21-01-14 11:45

servicio público *("agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica, teléfono o recolección de basura o elementos tóxicos").* La ley dispone, perentoriamente, que no puede formularse cobro alguno por el servicio mientras estaba interrumpido, debiendo descontarse o reembolsarse al consumidor el precio del servicio en la proporción que corresponda.

5.- El artículo 28, que forma parte del Título III, alude a otra infracción (habría sido preferible reunirlas todas en un solo título a fin de darles un tratamiento unitario), que consiste en emitir, sabiendo o debiendo saberlo, un mensaje publicitario que induce a error o engaño respecto de los componentes del producto y el porcentaje en que concurre; o la identidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante; o las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial; o al precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso; o las condiciones en que opera la garantía; o su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable. Como puede observarse, se trata de una inducción al engaño, pero en relación a varios factores taxativos que se consideran esenciales en la relación jurídica. Por lo tanto, estimamos que nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, toda vez que quien incurre en ella *"sabe o debe saber"* que induce a error o engaño a su contraparte en lo concerniente a estipulaciones precisas del contrato. La víctima, por ende, se limitará a probar el conocimiento o deber de conocimiento del proveedor y la materia en que incide la inducción. Dados estos elementos quedará configurada la infracción sin necesidad de acreditar el factor subjetivo de imputación. Para hacer valer la responsabilidad, deberá acreditarse el daño de acuerdo a las normas generales que gobiernan esta materia.

6.- Comete infracción a la Ley del Consumidor el que a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, *"produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores" (artículo 28 A).* Lo indicado debe entenderse sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes especialmente en materia de propiedad industrial, patentes comerciales y libre competencia. En esta hipótesis nos encontramos ante una infracción que pone en peligro el funcionamiento del mercado, de manera que si lo obrado genera daños, el autor, sin perjuicio de la multa, deberá reparar los daños, sin necesidad de acreditar el factor de imputación.

7.- Incurre en infracción a la ley el que *"estando obligado a rotular los bienes o servicios que produzca, expenda o preste, no lo hiciere, o faltare a*

Actualidad Juridica 29 final.indd 204 21-01-14 11:45

la verdad en la rotulación, la ocultare o alterare…" (artículo 29). En el presente caso, se impone al proveedor una multa que va desde 5 a 50 unidades tributarias mensuales. Estimamos que, en el evento de que se siga un perjuicio para el consumidor, el infractor deberá reparar los daños causados, debiendo ser considerado contratante doloso.

En la mayor parte de estos casos –cuando la ley dispone expresamente que se incurre en infracción a la Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor, por conductas debidamente tipificadas en el texto legal– nos encontramos ante supuestos de responsabilidad objetiva, salvo que la misma disposición lo excluya, como ocurre en el inciso 1° del artículo 23, ya comentado. De aquí que creamos útil sistematizar las situaciones en que la ley derechamente entiende configurada una infracción sin vincularla a un factor de imputación. Ello porque en dichos supuestos surge claramente una hipótesis de responsabilidad objetiva. No sucede lo mismo cuando la norma impone un deber de cuidado al proveedor, sin que este lo cumpla.

e.- El estatuto legal que examinamos contempla varias normas relativas a la aplicación de las sanciones. Desde luego, existen multas cuantificadas especialmente en la ley. El artículo 24 contiene una regla general: *"Las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales, si no tuviera señalada una sanción diferente".* Por su parte, el artículo 24 inciso 4° fija ciertas pautas al juez para la aplicación de las multas, debiendo *"tenerse especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor".* Como puede apreciarse, la ley procura encerrar al juez en un cuadro hermético que establece los padrones en que debe ajustarse su decisión. Mala técnica legislativa, que acusa nuevamente una cierta desconfianza en los jueces que son, en definitiva, los llamados a aplicar con mayor flexibilidad las disposiciones legales. Habría bastado, a nuestro juicio, con señalar que el juez debía ponderar la gravedad de la infracción y el daño causado, para entender incorporado los factores que se describen, sin facilitar la consumación de una injusticia. Así, por ejemplo, la *"asimetría de información existente entre el infractor y la víctima"* puede deberse a la negligencia del consumidor, que debiendo informarse no lo hizo, o de la natural complejidad que ofrecen algunos productos especialmente sofisticados.

f.- Por último la ley (artículo 26) establece un plazo especial de 6 meses para perseguir la responsabilidad contravencional, el cual debe computarse desde que haya ocurrido la infracción. Este plazo se suspende desde que el

Actualidad Juridica 29 final.indd 205 21-01-14 11:45

consumidor interpone el reclamo ante el servicio de atención al cliente, el mediador o el Sernac. El plazo sigue corriendo una vez concluida la tramitación del reclamo respectivo. A su vez, las sanciones impuestas prescriben en el plazo de 1 año, a contar del día en que quede a firme la sentencia condenatoria. Este Título concluye con el artículo 27, que ordena que las restituciones pecuniarias que las partes deban hacerse en conformidad a esta ley, serán reajustadas de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor *"entre el mes anterior a la fecha en que se produjo la infracción y el precedente a aquél en que la restitución se haga efectiva".*

VIII. Juicio crítico sobre las normas de responsabilidad.

Entendemos que la ley no se elabora en función de casos excepcionales, sino más bien respecto de conductas generales que deben enmendarse con cierto rigor. No creemos nosotros que nuestros comerciantes sean una banda de facinerosos que aprovechan la inmadurez e ignorancia de los consumidores para obtener beneficios indebidos. Cuando un mercado presenta anomalías generalizadas, como el engaño sistemático de los consumidores, no cabe la menor duda que ello es consecuencia de que todos quienes intervienen en él adolecen de deficiencias que hacen posible estas irregularidades. Por otra parte, tampoco parece discutible que los consumidores se encuentran en franca desventaja respecto de los proveedores (productores o importadores), ni que debe corregirse este desequilibrio interviniendo los contratos de adhesión. Pero no puede desconocerse que un consumidor sobreprotegido tiende a abusar de su posición, logrando beneficios injustos en desmedro de su contraparte. En síntesis, esta materia no se resuelve imputando todas las culpas al proveedor o generando una atmósfera de desconfianza que incita al conflicto y la judicialización de este tipo de relaciones.

Quienquiera que examine esta ley de protección de los derechos del consumidor, sin tener mayores antecedentes del mercado en que opera, llegará a la necesaria conclusión de que la tónica general está dada por empresarios inescrupulosos que aprovechan su posición para engañar, especular y abusar de los consumidores. La realidad, creemos nosotros, no corresponde a esta representación. De lo dicho se sigue que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N°19.496, el desequilibrio cambió, colocando a los consumidores como sujetos privilegiados y estimulándolos permanentemente para promover conflictos, incluso con la estrecha colaboración de un organismo público como el Sernac.

Por otra parte, el derecho del consumidor, que hunde sus raíces, como es obvio, en el derecho contractual, reitera muchos de los efectos convencionales previstos y regulados en el Código Civil, pero con un énfasis condenatorio

Actualidad Juridica 29 final.indd 206 21-01-14 11:45

que se vuelve contra el proveedor. Por ejemplo, el artículo 18 (ya comentado) señala que constituye infracción a las normas de la presente ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado. La disposición es inútil, por cuando la formación del consentimiento ha debido generarse por la sola expresión tácita de voluntad del consumidor al aceptar de cualquier manera la oferta *"exhibida, informada o publicitada".* Por lo tanto, desconocer el precio estipulado constituye un incumplimiento grave que debe sancionarse de acuerdo a las regla generales. Probablemente se dirá que la norma tiene por objeto incorporar este incumplimiento a la sanción genérica indicada en el artículo 24 inciso 1°. Sin embargo, ello no es procedente, ya que este incumplimiento está especialmente previsto en el artículo 28 letra d), según el cual comete infracción a esta ley el que sabiendo o debiendo saberlo, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, induce a error o engaño respecto de: *"El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a las normas vigentes".* La innecesaria reiteración en que se incurre es un claro testimonio de lo que venimos denunciando: un afán desmedido por afectar la imagen y conducta del proveedor. Otro tanto podría sostenerse en relación a las conductas descritas en el artículo 25 respecto de la suspensión, paralización o no prestación de un servicio previamente contratado y por el cual se hubiere pagado derecho de conexión, de instalación, incorporación o mantención. Se trata en la especie de un incumplimiento, que trae consigo la aplicación de una multa y el resarcimiento de los perjuicios irrogados. ¿No habría sido preferible aplicar la multa a cualquier incumplimiento doloso o culpable que afecte los intereses del consumidor? ¿Por qué se agrava, con la aplicación de una multa, la responsabilidad del proveedor que ha recibido un pago, en circunstancias de que el incumplimiento es igualmente condenable en el supuesto de no haberse pagado el servicio contratado? Desde otra perspectiva, el inciso 2° del artículo 25 alude al incumplimiento de las prestaciones derivadas de empresas de servicios públicos (gas, teléfono, agua potable, energía eléctrica, etcétera), aumentando la multa por incumplimiento culpable a 300 unidades tributarias mensuales. Ocurre, empero, que este incumplimiento, carente de justificación, puede afectar a cientos de miles de consumidores de servicios vitales, lo cual no tiene punto de comparación con el incumplimiento individual que se describe en el inciso 1° del artículo 25. Sin embargo, la sanción al proveedor individual puede llegar al 50% de la sanción de la empresa de servicios públicos. Nótese que la multa a que estará afecta una empresa de servicios públicos es única, cualquiera que sea el número de personas afectadas. Por lo demás, no podría ser de otra manera atendidas las consecuencias de la sanción.

Lo que queremos significar con lo expresado en las líneas precedentes es nuestra convicción de que esta ley está mal concebida, ya que si se pretendió consagrar un nuevo derecho del consumidor, diferente de las normas sobre responsabilidad contractual del derecho común, debió diseñarse otra estructura orgánica, más coherente y ordenada, sin caer, como ocurre, en una reglamentación

Actualidad Juridica 29 final.indd 207 21-01-14 11:45

exagerada, ajena al mandato normativo. La relación *consumidor-proveedor* es demasiado importante. De aquí el esfuerzo que debe desplegarse para configurar, en un futuro no remoto, una convivencia equilibrada en la cual ni uno ni otro pueda sobreponerse arbitrariamente.

No puede dejarse de lado un hecho que forma parte de lo que podría llamarse la esencia del comercio, que los romanos llamaron sabiamente el *"dolo bueno"* y que es propio del comerciante. Para la venta de un producto se ponderan naturalmente sus virtudes y se silencian sus defectos, así ha sido siempre y seguirá siéndolo. La tarea más difícil, si de proteger a una de las partes contratantes se trata, es distinguir hasta dónde llega una y otra cosa. La diferencia es muy sutil y debe quedar entregada al juez bajo el imperativo de pautas obligatorias, tales como las enunciadas en el inciso final del artículo 24. Tenemos la impresión que la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor ha procurado restringir las facultades jurisdiccionales de nuestros Tribunales de Justicia, limitando las atribuciones de los jueces mediante el expediente de transformar el mandato normativo (legal) en mandato reglamentario. De aquí el confuso estilo que comentamos. Como si lo indicado no fuere suficiente, se incorporó a este texto legal el llamado *"Sernac financiero",* que regula la responsabilidad por los servicios de esa naturaleza en un articulado entremezclado.

Atendiendo a lo señalado, creemos que no será fácil la aplicación de la Ley N°19.496. Podemos pensar en el futuro sobre la conveniencia de elaborar un Código del Consumidor que facilite su comprensión y aplicación, dando a esta rama emergente del derecho una difusión que genere, a la postre, una cultura de mercado cada día más necesaria.

Actualidad Juridica 29 final.indd 208 21-01-14 11:45

El poder de los Estados soberanos y el derecho de las inversiones internacionales

Carlos Hecker Padilla
LL.M. Derecho Económico Internacional
Profesor Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo,
Universidad de Talca,
Universidad Mayor

Resumen: Atraer la inversión extranjera no es algo fácil para ningún Estado. Los niveles de seguridad requeridos por los inversionistas implican, muchas veces, para dichos Estados la necesidad de recurrir a mecanismos que neutralizarán su poder normativo; ello presenta un doble inconveniente: Por una parte, los Estados soberanos se verán a menudo impedidos de poder proceder a modificaciones legítimas de su propio ordenamiento jurídico, y por otra, los habitantes de este Estado receptor de la inversión podrán verse indefensos ante eventuales violaciones de sus derechos por parte de los inversionistas.

Debe, en todo caso, precisarse que existen posibles vías de solución a dichos problemas. En primer lugar, debemos tener presente que los Estados, aun cuando limiten en cierta medida su soberanía, jamás dejan de tener su poder intrínseco de sanción para castigar a aquel inversionista que viole su legislación. En segundo lugar, y para el caso en que ni siquiera el propio Estado quisiese o se atreviese a intervenir, los habitantes podrán intentar recursos contra los inversionistas por eventuales violaciones a sus derechos, en forma directa ante otras jurisdicciones nacionales, ya sea a través del uso de la vía civil o criminal, en virtud de las llamadas "leyes de competencia universal".

*****

1. Introducción.

El derecho de las inversiones internacionales exige que dos partes bien diferentes, y por consiguiente con intereses a su vez bien diferentes, entren en contacto: Por una parte el Estado, sujeto de Derecho Público y por otra un particular, el inversionista, sujeto de Derecho Privado.

Esta diferencia irreconciliable entre ambos (sujeto de Derecho Público el primero y sujeto de Derecho Privado el segundo) se encuentra en el origen de

Actualidad Juridica 29 final.indd 209 21-01-14 11:45

las interferencias entre las ramas jurídicas de los derechos humanos y de la inversión internacional, las que se manifiestan especialmente al momento de ejercerse el poder inherente a todo Estado soberano, con miras a proteger el interés general.

2. El poder de los Estados soberanos.

Todo Estado independiente es soberano. Tiene, por lo tanto, un poder absoluto[1] para dictar las reglas que estime necesarias para su existencia, así como para proteger el interés general de sus habitantes; sin embargo, y derivado de ello, es importante recalcar que se encuentra además provisto de un poder sancionatorio destinado a castigar las infracciones que se comentan contra su propio orden jurídico.

El inversionista extranjero, al igual que toda persona, debe aceptar y adaptarse a las reglas antes mencionadas, sin que ello signifique descuidar la seguridad de su inversión. La posibilidad de que un conflicto se presente entre ambos intereses es, por tanto, evidente.

2.1. El poder normativo de los Estados.

Todo Estado tiene el poder para dotarse de un ordenamiento jurídico propio, así como para modificarlo según su conveniencia; sería inconcebible pensar en la existencia de un Estado soberano[2] que no se encontrase dotado de dicha prerrogativa. Con miras a fomentar la inversión extranjera, sin embargo, dicho poder puede ser neutralizado por el propio Estado, con el fin de dar garantías suplementarias a los inversionistas; dicha neutralización nunca será, en todo caso, total (algo impensable), sino que limitada, pues dicho poder es esencial a la noción misma de Estado.

2.1.1. La neutralización del poder normativo de los Estados.

Como ya lo señaláramos, con la finalidad de atraer la inversión extranjera, los Estados pueden recurrir a la neutralización de su poder normativo, obligándose, por ejemplo, a no modificar su legislación tributaria o laboral durante un cierto lapso. Se trata, en efecto, de una garantía que busca compensar el desequilibrio inherente a una operación de inversión extranjera.

[1] Esta afirmación debe entenderse sin perjuicio de la autolimitación a sus facultades que los Estados pueden aceptar, en virtud de los tratados internacionales suscritos en el ejercicio de su propio poder soberano.

[2] Pueden, a lo largo de la historia, citarse ejemplos de Estados carentes de poder normativo, como fue el caso de Austria durante el *Anschluss*, o el caso de las colonias y reinos dependientes de las potencias europeas, cuyo ordenamiento jurídico se imponía desde la Metrópolis. Sin embargo, ninguno de los casos mencionados corresponde a la noción de Estado soberano.

Actualidad Juridica 29 final.indd 210 21-01-14 11:45

En materia de inversión internacional, debemos recalcar, los Estados están provistos "de un privilegio de que su contraparte carece: él es juez y legislador, en otras palabras, posee un poder normativo. Resulta evidente que el deseo de los Estados receptores de inversión extranjera sea el de ver los contratos relativos a dichas operaciones sometidos a su propia jurisdicción"[3].

Los inversionistas, por su parte, buscan proteger su inversión del riesgo de parcialidad, propio en este tipo de situaciones, derivado de su condición de extranjeros. Por ello, se exigen ciertas garantías, y la mejor sin lugar a dudas, será aquella en que el Estado receptor de la inversión, en virtud de su propia soberanía, restrinja su poder normativo. La práctica en esta materia exige generalmente[4] recurrir a dos medios de protección: las cláusulas de estabilización en los contratos de inversión, y las cláusulas paraguas o *umbrella clauses* en los TBIs.

2.1.1.1. En los contratos de inversión. Las cláusulas de estabilización.

En los contratos de inversión[5], suscritos entre un Estado y un inversionista, el desequilibrio de poder entre las partes es cierto; el principal riesgo para el inversionista es de que modificaciones arbitrarias tengan lugar. Con el fin de alcanzar el objetivo de equilibrar a las partes en esta relación[6], varias son las cláusulas que pueden insertarse, a saber:

a. *La elección de la ley aplicable al contrato*[7]: Las partes pueden perfectamente determinar cuál será la legislación aplicable para resolver eventuales diferendos que pudieren surgir; entre las posibles elecciones destacan la legislación interna del Estado receptor de la inversión, la legislación de un tercer Estado, la *Lex Mercatoria*, el Derecho Internacional Público, entre otras posibilidades.

b. *Las cláusulas de estabilización y de intangibilidad*: La cláusula de estabilización pretende "impedir que el Estado modifique en su favor el ordenamiento jurídico, es decir, la ley aplicable al contrato. [Mientras que la cláusula de

[3] P. MAYER, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat", JDI, 1986, p. 5

[4] Decimos "generalmente", pues tal como veremos, si un contrato de inversión contiene una cláusula de estabilización en conjunto con una cláusula de arbitraje, la *umbrella clause* prácticamente no será necesaria; esta última, recordemos, tiene por finalidad elevar una infracción al contrato al nivel de una infracción a una cláusula del TBI.

[5] Ya sea que se trate o no de contratos celebrados en el marco de un TBI.

[6] Al respecto ver J.-F. LALIVE "Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents", RCADI, vol. 181, 1983, pp. 37 y ss.; P. MAYER, op. cit. nº 3, pp. 6-7.

[7] Según las palabras de P. MAYER, la elección de la legislación aplicable es un medio cuya aplicación resulta ser bastante delicada, puesto que los Estados aceptan muy rara vez someter un contrato en el cual son parte a una ley extranjera. P. MAYER, op. cit. nº 3, p. 6.

Actualidad Juridica 29 final.indd 211 21-01-14 11:45

intangibilidad] es aquella que impide toda modificación directa o indirecta al espíritu del contrato, a menos que exista acuerdo entre las partes"[8].

c. *El arbitraje*: El arbitraje tiene por finalidad "resolver el contencioso a través de un procedimiento expedito, y en especial objetivo y equitativo"[9]. La idea consiste en evitar que cualquier diferendo relativo a inversiones pueda recaer en la jurisdicción del Estado receptor de la inversión; ello con el fin de lograr una justicia lo más imparcial posible. Este riesgo de inequidad se concretiza especialmente cuando las inversiones se han efectuado en países con ordenamientos jurídicos o autoridades poco confiables, o bien, cuya separación de poderes sea poco clara.

d. *El contrato de seguro respecto de inversiones y exportaciones*: Se trata de un contrato de seguro que tiene la particularidad de cubrir el riesgo de no pago, excluido generalmente en los contratos comerciales ordinarios de seguro[10].

La cláusula de estabilización es evidentemente de enorme importancia para los inversionistas, en los contratos de inversión de larga duración; en su virtud, se encuentran protegidos de todo azar legislativo. El Estado, "potencia soberana, no podrá, invocando dicha calidad, modificar unilateralmente el equilibrio contractual, incluso en pos de consideraciones de interés general, como podría, en principio, hacerlo en el marco del Derecho Administrativo"[11].

A pesar de la innegable importancia de esta cláusula, no es menos cierto que en sí ella no elimina completamente el riesgo de parcialidad en las decisiones judiciales[12]; es por ello que una cláusula de arbitraje debe, a menudo, insertarse en conjunto[13].

---

[8] J.-F. LALIVE, op. cit. nº 6, p. 56.

[9] Ibíd. p. 61.

[10] Ibíd. p. 68.

[11] P. CHRESTIA, *Relations Internationales*, Studyrama, París, 2004, p. 68.

[12] Debemos recordar que los tribunales, aun cuando deben ser autónomos, "a menudo se les considera –con o sin razón– como dependientes del Estado al que sirven", S. MANCIAUX, "Changement de législation fiscale et arbitrage international", TDM, vol. 2 – issue 3, junio de 2005, p.2.

[13] Es, por ejemplo, el caso del modelo de contrato de producción compartida de Marruecos de 2006 que contiene una cláusula de estabilización cuyo inciso final dispone que: "[i]f the Parties fail to agree on such changes within a term of sixty (60) days from the date on which [Contractor] delivers a notice on this regard to [Ministry], the matter may be referred to Arbitration…"; Ver en este sentido C. DUVAL et al. *International petroleum exploration and exploitation agreements: Legal economic & policy aspects*, Barrows, 2ª ed., 2009, p. 344. Otro ejemplo que podemos citar es el del contrato de exploración y extracción de gas natural celebrado entre la República de Azerbaiyán y un consorcio compuesto por varias empresas del sector (BP, Total, Turkish Petroleum, etc.) en 2002; este contrato contiene, por una parte, una cláusula de estabilización en su artículo 5.2 (iii) y por otra, una cláusula que somete los diferendos al arbitraje del Ciadi (Art. 17). En efecto, el artículo 5.2 (iii) dispone que el Gobierno de la República de Azerbaiyán se compromete a no actuar "in any manner that could hinder or delay any SCP Activity or otherwise negatively affect the Project or impair any rights granted under any Project Agreement (including such action or inaction predicated on security, health, environmental or safety

Actualidad Juridica 29 final.indd 212 21-01-14 11:45

2.1.1.2. En los TBIs. Las umbrella clauses.

Hoy en día, a pesar de que aún continúan en vigor algunos Contratos de Estado relativos a inversiones, es en virtud de los TBIs que la mayor parte de la inversión extranjera directa se promueve y protege. Ya no es necesario para un inversionista tener que negociar caso a caso con cada Estado; hoy le basta con actuar dentro del marco normativo general, donde los límites a la soberanía de cada Estado fueron ya discutidos y aceptados por este último. Fundadas hoy por hoy, generalmente, en la noción de la no-discriminación, numerosas cláusulas[14] se integran en los TBIs, adoptando la forma jurídica de verdaderas obligaciones positivas del Estado suscriptor para con todos los inversionistas extranjeros que decidan invertir en él en virtud de aquél[15].

En lo tocante a nuestro estudio, la limitación al poder normativo del Estado continúa todavía contenida en las llamadas cláusulas de estabilización. Es evidente que ningún Estado querría limitar su soberanía de forma general en el marco de un tratado.

En este contexto, la pregunta que surge casi de inmediato es de saber cómo el inversionista puede hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado, si las obligaciones relativas a la estabilidad normativa se encuentran tan sólo en un contrato regido, en principio, por su derecho interno. En otras palabras, ¿cómo escapar a la jurisdicción interna del Estado receptor de la inversión? La respuesta se encuentra en las *umbrella clauses*, negociadas a nivel internacional por los Estados parte de los TBIs, con el fin de otorgar una protección suplementaria a sus nacionales.

Las *umbrella clauses* elevan "todo o parte de las infracciones a un contrato privado, al nivel de infracción del TBI, es decir, al nivel de infracción a un tratado regido por el Derecho Internacional Público"[16]. No se trata entonces de otra cosa que de una cláusula del TBI que impone a cada Estado parte del mismo, el

considerations that, directly or indirectly, interrupt, impede or limit the recipt, flow or delivery of Natural Gas in, from or through the Facilities…"; por su parte, el artículo 17.2 señala que "the Government and all other Parties hereby consent to arbitrate any […] dispute pursuant to the ICSID Convention and the ICSID Arbitration Rules. The Government shall take any actions or decisions as may be necessary to ensure the effectiveness of the State Authorities' consent to ICSID jurisdiction for all disputes arising under this Agreement or in any way connected with this Agreement".

[14] Dentro de estas cláusulas podemos citar la "Cláusula del trato nacional", "Cláusula del trato de la nación más favorecida", "Cláusula del trato justo y equitativo", "Cláusula de protección y seguridad plenas"; ver a este respecto, C. HECKER, "La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales", *Actualidad Jurídica*, nº 26, Año XIII, julio de 2012, pp. 125-135.

[15] Este inversionista extranjero debe, evidentemente, ser nacional del país con el cual el Estado receptor de la inversión celebró el TBI.

[16] A. SCHULZ, "La future convention sur les accords exclusifs d'élection de for et l'arbitrage. Procédures parallèles et conflits de traités éventuels, notamment avec le CIRDI et la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", HCCH, La Haya, junio de 2005, p. 15.

Actualidad Juridica 29 final.indd 213 21-01-14 11:45

deber de respetar las garantías a las cuales se obligó para con los nacionales del otro Estado parte. Ello tiene un enorme interés, pues el efecto práctico de una *umbrella clause* será el de volver internacional una responsabilidad susceptible de ser perseguida únicamente por vía interna. Tal como el profesor Emmanuel Gaillard sostuvo, dichas cláusulas podrían ser calificadas como "cláusulas de efecto espejo", puesto que "[e]l tratado tiene en efecto como consecuencia, reflejar en el plano del derecho internacional aquello que en el derecho privado se analiza como simples infracciones contractuales"[17].

Ya el primer TBI, celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959, recurría a esta dualidad *umbrella clause* – arbitraje. Así, según su artículo 7 "[e]ither Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party", a lo que el TBI agregó en su artículo 11 la obligación para los Estados parte de someter a arbitraje internacional sus diferencias relativas a inversiones, en caso de no ser posible alcanzar previamente una solución amistosa[18].

Aun cuando muchos otros TBIs pueden ser señalados[19] para continuar ejemplificando nuestras afirmaciones, estimamos que no es necesario recurrir a ello, dadas las similitudes que todos presentan en su redacción.

Recurrir entonces a cláusulas de estabilización acompañadas por cláusulas de arbitraje parece ser un medio bastante eficaz para borrar los riesgos inherentes de una operación donde el desequilibrio de poderes resulta tan evidente. Debemos en todo caso ser claros al respecto, el alcance de esta solución es bastante limitado.

3. Los límites a la renuncia.

Proteger sus inversiones de cambios legislativos arbitrarios es, para los inversionistas, un tema de vital importancia, en especial si se trata de operaciones económicas previstas para durar un largo período. Las cláusulas de estabilización son muy útiles para lograr dicho objetivo, puesto que en su virtud el

[17] E. GAILLARD, "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements", *Revue de l'arbitrage*, 2003-3, p. 868.

[18] Art. 11 (1) y (2) : "(1) In the event of disputes as to the interpretation or application of the present Treaty, the Parties shall enter into consultation for the purpose of finding a solution in a spirit of friendship.

(2) If no such solution is forthcoming, the dispute shall be submitted

(a) to the International Court of justice if both Parties so agree or

(b) if they do not so agree to an arbitration tribunal upon the request of either Party".

[19] Ya en 2004 más del 40% de los TBIs contenían una umbrella clause; ver OCDE "Interpretation of the umbrella clause in investment agreements", Working papers on international investment, nº 2006/3, octubre de 2003, p. 5.

Actualidad Juridica 29 final.indd 214 21-01-14 11:45

Estado receptor de la inversión se obligará a no modificar las reglas del juego en perjuicio de los intereses de los inversionistas.

Un Estado no podría limitar su capacidad de dictar normas jurídicas sin al mismo tiempo poner en juego su calidad de Estado soberano. De este modo, el desconocimiento por parte del Estado de las obligaciones impuestas en virtud de las cláusulas de estabilización es un riesgo real; ya que la posibilidad de modificar la legislación es indisociable de la noción de Estado[20].

A pesar de ello, el Estado puede, en efecto, renunciar a parte de su soberanía otorgando un régimen excepcional a los inversionistas; renuncia que será en todo caso limitada, tanto en lo que respecta a su contenido, como a sus efectos.

3.1. El contenido de la renuncia.

La renuncia por parte del Estado a su soberanía, como ya hemos avanzado, no puede ser total; siempre se encuentra enmarcada a sólo ciertos sectores específicos[21], donde el inversionista tema que en virtud de una modificación legal su inversión pueda ya no resultarle rentable. No es menos cierto, en todo caso, que muchas cláusulas de estabilización se encuentran redactadas de forma amplia[22], precisamente con el fin de proteger la inversión de toda modificación legislativa que pudiese afectarla.

3.1.1. Una renuncia restringida.

Por renuncia restringida queremos hacer referencia a las cláusulas de estabilización que se refieren exclusivamente a algunos aspectos de la economía del contrato, en especial al aspecto tributario, sin buscar una estabilización global del poder normativo del Estado.

Así por ejemplo, el modelo de contrato de producción compartida[23] de Bahréin de 1998, contiene una cláusula de estabilización que dispone que

> "[t]he Parties acknowledge that their fiscal position has been based on this Agreement and the laws which are in force in the State of Bahrain as

[20] No puede impedirse a un Estado modificar su legislación, cualquiera que sea el instrumento en virtud del cual asumió dicha obligación. En caso que ello ocurra, el tema a analizar es más bien si, en virtud de dicha actuación, se debe o no una compensación monetaria al inversionista. Al respecto ver C. HECKER, "El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho comparado", *Actualidad Jurídica*, nº 19, Año X, T. I, enero de 2009, pp. 139-207.

[21] Los sectores elegidos por excelencia son el derecho tributario, el derecho laboral y el derecho ambiental. Ver al respecto C. KABANGE NKONGOLO, "La révision par l'Etat des contrats conclus avec les personnes privées: cas des contrats miniers en RD Congo", disponible en el sitio http://www.leganet.cd [Consulta: 07 de octubre de 2013].

[22] C. DUVAL et al., op. cit. nº 13, pp. 340 y ss.

[23] Production Sharing Contract o PSC.

Actualidad Juridica 29 final.indd 215 21-01-14 11:45

> of the Effective Date. The Parties agree that in the event the Government of the State shall enact any new law or decree which demonstrably has a material adverse effect on…[Contractor's] fiscal position with respect to the Petroleum Operations…[NOC] shall take all steps as may be necessary to restore the fiscal benefit contemplated to be enjoyed by…[Contractor] under this Agreement"[24].

Otro ejemplo interesante a ser citado es el del modelo de PSC de Yemen de 2006, el cual en vez de exigir modificaciones legislativas destinadas a mantener la estabilidad de la economía del contrato, pone de cargo del gobierno el pago de eventuales nuevos impuestos, para el evento de una modificación de la normativa tributaria del país. La cláusula de estabilización del contrato señala, a este respecto, que "[t]he MINISTRY shall assume, pay and discharge on behalf of CONTRACTOR, contractor's [Republic of Yemen]…Income Taxes out of the ministry's share of Crude Oil under this Agreement"[25].

3.1.2. Una renuncia amplia.

El modelo sirio de PSC de 2002 contiene en efecto una cláusula de estabilización de este segundo tipo, vale decir, una renuncia amplia en materia de soberanía. Señala este contrato que

> "[i]f a material change occurs to the CONTRACTOR's economic benefits after the Effective Date of the Contract due to the promulgation of new laws, decrees, rules and regulations, any amendment to the applicable laws, decrees, rules and regulations or any reinterpretation of any of the foregoing made by the Government, the Parties shall consult promptly and make all necessary revisions or adjustment to the relevant provisions of the Contract in order to maintain the CONTRACTOR's normal economic benefit hereunder"[26].

En el mismo sentido podemos citar el artículo 43.3 del modelo de PSC de 2006 de la región de Kurdistán en Irak. Se trata de una disposición muy interesante, puesto que además de buscar la estabilización económica del contrato, se da el tiempo de explicar la razón subyacente: el inversionista decidió invertir en un país luego de haber tomado en consideración el marco normativo que rige la economía del contrato.

En efecto, la disposición es bastante clara al señalar que

> "[t]he GOVERNMENT guarantees to the CONTRACTOR, for the entire duration of this Contract, that it will maintain the stability of the fiscal and

[24] C. DUVAL et. al., op. cit. nº 13, p. 341.
[25] Ibíd., p. 344.
[26] Ibíd., p. 345.

Actualidad Juridica 29 final.indd 216 21-01-14 11:45

> economic conditions of this Contract, as they result from this Contract and as the result from the laws and regulations in force on the date of signature of this Contract. The CONTRACTOR has entered into this Contract on the basis of the legal, fiscal and economic framework prevailing at the Effective Date. If, at any time after the Effective Date, there is any change in the legal, fiscal and/or economic framework under the Kurdistan Region Law or other Law applicable in the Kurdistan Region which detrimentally affects the CONTRACTOR, the terms and conditions of the Contract shall be altered so as to restore the CONTRACTOR to the same overall economic position as that which CONTRACTOR would have been in, had no such change in the legal, fiscal and/or economic framework occurred"[27].

Finalmente, no podemos dejar de citar el modelo vietnamita de PSC de 2007, cuya cláusula de estabilización dispone que

> "[i]f after the Effective Date, existing law(s) and regulation(s) are amended or annulled or new law(s) and regulation(s) are introduced in Vietnam, or an official interpretation or application of changes of regulations of a law, or license is cancelled, not renewed, or the conditions therefore are revised adversely affecting the economic interest of the CONTRACTOR under this Contract, then upon notice from the CONTRACTOR the Parties shall consult promptly with each other and make such changes to this Contract as are necessary both to maintain the CONTRACTOR's rights, benefits and interests hereunder, including CONTRACTOR's share of Profit Oil or Profit Gas, as at the Effective Date and to ensure that any revenues or incomes or profits, including any one or more of the foregoing, derived or to be derived to the CONTRACTOR under this Contract, shall not in any way be diminished in comparison to that which was originally contemplated as a result of such changes of laws or annulment therefrom or their interpretation or application or as a result of such changes, cancellation or nonrenewal of approvals for licenses"[28].

3.2. Los efectos de la renuncia.

El principal efecto de esta renuncia es, como lo hemos venido diciendo, limitar el poder normativo de los Estados, los que ejerciendo libremente su poder soberano, decidieron actuar de este modo con el fin de promover o atraer las inversiones en su territorio.

Sin embargo, no debe caerse en el error de pensar que una cláusula de estabilización tiene el poder suficiente como para impedir toda ulterior modificación del ordenamiento jurídico que pudiese afectar la economía del contrato, por

[27] Disponible en el sitio http://web.krg.org/pdf/3_KRG_Model_PSC.pdf [Consulta: 07 de octubre de 2013].
[28] C. DUVAL et al., op. cit. nº 13, p. 346.

Actualidad Juridica 29 final.indd 217 21-01-14 11:45

parte del Estado. Todo Estado soberano tiene el poder inherente de modificar su propia legislación; el efecto de la cláusula se traduce entonces sólo en un reforzamiento de la posición del inversionista para solicitar una justa indemnización, para el caso en que el acuerdo se infrinja[29].

En este punto, una duda parece surgir de toda lógica; si todo Estado soberano tiene el poder de modificar sus leyes, y ello se trata de una manifestación de dicha soberanía, ¿por qué el Estado tendría la obligación de respetar una obligación asumida con un simple particular, si ella viene a limitar dicho poder, en principio, inalienable? La respuesta se encuentra en el principio del respeto de la buena fe respecto de los acuerdos celebrados[30]; principio invocado por los árbitros en numerosas sentencias dictadas en esta materia.

Así, en el caso *Power and Traction c. Grecia*[31], el tribunal señaló en su sentencia de 18 de marzo de 1930, que

> "[l]a convención de 17 de octubre de 1925 ¿se trata más bien de una concesión de servicio público que de un contrato civil? De acuerdo al criterio de los árbitros, esta distinción carece de importancia. Sea que la convención se trate de una concesión de servicio público o de un contrato de derecho civil, es indudable que tanto en uno como en otro caso, ella supone acuerdos *bona fide* que deben ser respetados".

Más tarde, y en el mismo sentido, en el caso *Petrola Hellas c. Grecia*[32], la sentencia dictada por el tribunal el 22 de abril de 1978 señaló que

> "[s]ubsidiariamente, el demandante alegó que debió incurrir en pagos por impuestos excepcionales; [es por ello que] el Estado griego deberá considerarse como responsable de los perjuicios sufridos por el demandante, fundado en que, ejerciendo su poder soberano, violó unilateralmente sus obligaciones contractuales. Tal perjuicio debe ser efectivamente compensado por el Estado griego, teniendo por fundamento el principio de buena fe".

Podemos concluir entonces que el Estado debe cumplir con sus obligaciones contractuales, contraídas respecto de los inversionistas; sin embargo, tenemos que dejar muy en claro que los efectos de la neutralización del poder normativo son, en todo caso, muy limitados. Tal como lo constató S. Manciaux, "si bien existe renuncia a parte de la soberanía, constatamos que ella es mínima, en la medida que la cláusula de estabilización sólo hace inoponible a la operación en

[29] Ibíd., p. 341.
[30] S. MANCIAUX, op. cit. nº 12, p. 18.
[31] *Power and Traction Finance Company Ltd. c. Grecia*, arbitraje *ad hoc*, sentencia de 18 de marzo de 1930.
[32] *Petrola Hellas S.A. c. Grecia*, arbitraje ad hoc, sentencia de 22 de abril de 1978.

Actualidad Juridica 29 final.indd 218 21-01-14 11:45

curso –y sólo a ella– toda modificación legislativa o reglamentaria dictada con posterioridad y sólo respecto de las materias abarcadas por dicha cláusula"[33].

De hecho, esa ha sido la postura adoptada por la justicia arbitral en diversos casos, entre los cuales podemos citar *Agip c. Congo*[34], donde los jueces decidieron que

> "[d]ichas cláusulas de estabilización que fueron libremente acordadas por el Gobierno no afectan, en principio, su soberanía legislativa ni reglamentaria, pues conserva tanto la una como la otra respecto de aquellos, nacionales o extranjeros, con quienes el Gobierno no suscribió dichos acuerdos, y además, puesto que ellas se limitan exclusivamente, en este caso, a hacer inoponibles respecto de su contraparte, las modificación a las disposiciones legislativas y reglamentarias señaladas en el acuerdo".

4. El poder de sanción de los Estados.

Otro aspecto de la soberanía susceptible de crear interferencias entre los derechos humanos y el derecho de las inversiones internacionales, es el poder de sanción de los Estados, ejercido ya sea en virtud de un acto de la Administración, ya sea a través de las jurisdicciones internas.

Si los inversionistas infringen los derechos humanos de la población, podríamos concluir que los Estados están facultados para adoptar medidas de sanción; una situación bastante más complicada podría presentarse en caso de que dichos Estados no se decidan a actuar. Analicemos ambas situaciones.

4.1. Las sanciones impuestas por el Estado receptor de la inversión.

Pocas han sido las veces que hemos podido apreciar casos llevados ante las jurisdicciones internas de los Estados relativas a la violación directa de los derechos humanos, por parte de los inversionistas[35]. Sin embargo, obrando por analogía, como para el caso de las infracciones a las obligaciones del derecho común, según nuestro entender, la violación de los derechos humanos por

[33] S. Manciaux, op. cit. nº 12, p. 15.

[34] *Agip S.p.A c. República Popular del Congo*, arbitraje Ciadi nº ARB/77/1, sentencia de 30 de noviembre de 1979, §85.

[35] Que un inversionista sea responsable de infracciones penales relativas a los derechos humanos es una situación relativamente difícil de imaginar. De existir dichos casos, sería muy probablemente con el beneplácito del Estado receptor de la inversión; no es por consiguiente difícil entender por qué dichas situaciones no se han planteado nunca ante las jurisdicciones internas. Para un análisis de esta situación, vid. infra. 3.2 "Las posibles vías a utilizar por los afectados cuando el Estado receptor de la inversión no interviene".

Actualidad Juridica 29 final.indd 219 21-01-14 11:45

parte de un inversionista, debe descartar de plano la aplicación del derecho de las inversiones internacionales.

En otras palabras, si el inversionista no respecta los acuerdos celebrados o actúa dolosamente, la protección de que goza, emanada del derecho de las inversiones internacionales, debe dar lugar a la aplicación de las reglas de derecho interno del Estado[36] en que dichas infracciones se cometieron.

Tomemos por ejemplo el célebre caso *Genin c. Estonia*[37], donde el Banco Central estonio revocó la autorización de inversión otorgada al Estonian Innovation Bank, por cuanto este último se rehusó a presentar una serie de informaciones solicitadas por la Administración, durante el primer semestre de 1997[38].

En efecto, el artículo 17(5) de la *Law of the Central Bank of the Republic of Estonia* dispone que

> "*Eesti Pank* has the right to request from all credit institutions data, documents, reports and agreements as well to require appropriate explanations of these data". La infracción a esta obligación justificó, a ojos del tribunal arbitral, la revocación de la autorización de invertir, puesto que "the decision taken by the Bank of Estonia must be considered in its proper context—a context comprised of serious and entirely reasonable misgivings regarding EIB's management, its operations, its investments and, ultimately, its soundness as a financial institution"[39]. Por consiguiente, ninguna violación a las disposiciones del TBI pudo constatarse[40].

En el mismo sentido, en el caso *Azinian c. México*[41], el tribunal estimó que la anulación del contrato de concesión por parte de las autoridades, no constituía de ninguna manera una infracción a las disposiciones del TLCAN, como consecuencia de actuaciones fraudulentas realizadas por el inversionista.

---

[36] O al menos, a las reglas del orden jurídico elegido por las partes en el contrato.

[37] *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. & A.S. Baltoil c. República de Estonia*, arbitraje Ciadi nº ARB/99/2, sentencia de 25 de junio de 2001. Señalemos que este caso no nació de un contrato –como ocurre la mayor parte del tiempo– sino de que una autorización para invertir y su posterior revocación por parte del Estado.

[38] S. MANCIAUX, *Investissements* étrangers *et arbitraje entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activité du Cirdi*, Litec, Dijon, 2004, p. 397.

[39] *Genin c. Estonia*, cit. supra., nº 37 §361

[40] Ibíd., §365.

[41] *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, arbitraje Ciadi, nº ARB(AF)/97/2, sentencia de 01 de noviembre de 1992, Parte VI.C, §124; en el mismo orden de ideas, *Biloune & Marine Drive Complex c. Ghana Investments Centre & Government of Ghana*, arbitraje Cnudmi, sentencia de 27 de octubre de 1989, §26, "In the view of the Tribunal, such prevention of MDCL from pursuing its approved project would constitute constructive expropriation of MDCL's contractual rights in the project and, accordingly, the expropriation of the value of Mr. Bioune's interest in MDLC, unless the respondent can establish by persuasive evidence sufficient for these events ". Para una explicación completa de este tema, así como para una mayor cantidad de ejemplos, v. S. MANCIAUX, "Les mesures équivalentes à une expropriation dans l'arbitrage international relatif aux investissements", en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement?*, Pedone, 2006, Túnez, p. 82.

Actualidad Juridica 29 final.indd 220 21-01-14 11:45

Podemos entonces constatar que los Estados tienen poder para sancionar las infracciones cometidas por los inversionistas, sin que ello implique una infracción al TBI que enmarca la operación de inversión; una interpretación analógica resulta necesaria, a nuestro entender, cuando la infracción implique una violación contra los derechos humanos de la población. ¿Pero qué ocurre si el inversionista es acusado por la población de haber violado diversos derechos humanos y el Estado receptor de la inversión no actúa? ¿*Quid* del caso en que ni siquiera existan las garantías suficientes para iniciar tal acción ante las jurisdicciones internas?

4.2. Las posibles vías a utilizar por los afectados cuando el Estado receptor de la inversión no interviene.

Cuando los derechos de la población han sido infringidos por un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión no adopta ninguna medida al respecto, diversas vías parecen existir para permitir a las víctimas el acceso a la justicia y a la obtención de una eventual indemnización. El poder de sanción no surge en este caso, evidentemente, del Estado en que se produjo la infracción, sino que de aquellos Estados cuyas jurisdicciones internas se han considerado competentes para resolver el litigio. Procederemos al análisis de esta situación a la luz de un célebre y muy mediático caso: Total-Unlocal en Birmania, el cual fue juzgado tanto en Europa como en Estados Unidos.

4.2.1. La vía penal contra Total en Europa.

Dos fueron las vías utilizadas por las víctimas, con el fin de hacer efectiva la responsabilidad penal de Total. Primero en Francia, en virtud de los artículos 224-1 y siguientes del Código Penal francés; luego en Bélgica, en virtud de la ley belga sobre competencia universal de 1993.

4.2.1.1. Querella interpuesta en virtud del derecho penal francés.

Una primera posibilidad a tener en consideración, es la de entablar una acción penal ante las jurisdicciones del Estado de la nacionalidad del inversionista. En los hechos, querellarse ante las jurisdicciones birmanas estaba fuera de toda discusión –debido al régimen represivo en el poder–; se decidió entonces recurrir a los tribunales franceses, en virtud de la nacionalidad que ligaba a Total con dicho país[42].

Entablar una acción penal presenta, en todo caso, un inconveniente mayor que debe ser sorteado por los querellantes: la interpretación estricta del derecho penal, lo que podría traducirse fácilmente en un no ha lugar, como consecuencia

[42] L. HENNEBEL, *L'affaire Total-Unlocal en Birmanie jugée en Europe et aux Etats-Unis*, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, Universidad Católica de Lovaina, CRIDHO, working paper, 2006/09, pp. 11-12.

Actualidad Juridica 29 final.indd 221 21-01-14 11:45

de no lograr cumplir con todos los exigentes requisitos exigidos por esta rama del Derecho. Fue, de hecho, lo que ocurrió en el caso en cuestión.

Los querellantes alegaban haber sido secuestrados, por el hecho de haber sido forzados a "trabajar bajo la permanente amenaza de violencia por parte de los militares [birmanos], quienes los maltrataban en caso de no cumplir con las tareas que les eran impuestas por la fuerza. [Asimismo], afirman haber sido testigos de malos tratos y violencia por parte de dichos militares en contra de otros trabajadores en el mismo campo de trabajo"[43]. El responsable de esta situación sería Total, puesto que el lugar de trabajo a que hacen referencia se encontraba bajo la responsabilidad directa de la petrolera francesa, por intermedio de su filial *Total Myanmar Exploration Production*[44].

El problema que se presentó es que el secuestro reprimido en el Código Penal francés no cubre la hipótesis del trabajo forzado[45-46], razón por la cual el fiscal solicitó que el tribunal declarase no ha lugar a las pretensiones de los querellantes. La Corte de Apelaciones señaló, sin embargo, que "los males sufridos por los civiles van más allá del trabajo forzado mismo, que conciernen en realidad, las condiciones en las que los querellantes alegan haber tenido que dejar sus pueblos, y haber visto limitada su libertad de movimiento, por períodos que podían incluso alcanzar un mes o más, al ser conducidos a los lugares donde tenían lugar los trabajos forzados, siendo obligados a permanecer en dicho lugar; que tales hechos, si lograsen ser acreditados, podrían recibir las calificaciones sucesivas de arresto y de secuestro de los artículos 224-1 y siguientes del Código Penal; que la existencia del trabajo forzado al que habrían sido sometido los querellantes constituye un elemento fáctico susceptible de corroborar la realidad de los arrestos y secuestros denunciados; que por consiguiente no debe el tribunal declarar no ha lugar, sino que continuar con las investigaciones tendientes a dilucidar la existencia de los crímenes denunciados por los querellantes y sus responsables"[47].

---

[43] Corte de Apelaciones de Versalles, Sala de Instrucción, 10ª sala-sección A, sentencia de 11 de enero de 2005, p. 8.

[44] L. HENNEBEL, op. cit., nº 42, p. 12.

[45] Los artículos 224-1 a 224-5-2 del Código Penal francés no parecen cubrir la hipótesis de un secuestro cometido con el fin de forzar a alguien a trabajar.

[46] Una discusión interesante a este respecto tuvo lugar durante el proceso. Los querellantes birmanos señalaron que el derecho francés reconoce el trabajo forzado como un tipo de secuestro, puesto que según el artículo 2 nº 5,6 y 7 de la ordenanza de 28 de agosto de 1944 relativa a la represión de crímenes de guerra, la noción de secuestro cubre respectivamente: *5) el trabajo forzado de civiles y la deportación, por cualquier motivo que se invoque, de un individuo detenido o internado sin que una condena regular, impuesta conforme a las leyes y costumbres de la guerra, haya sido definitivamente pronunciada en su contra; 6) emplear a prisioneros de guerra o civiles detenidos para fabricar armamento; 7) emplear prisioneros de guerra o civiles como escudos para la protección del enemigo.* La situación era, para los afectados birmanos, perfectamente equivalente. El fiscal por su parte, señaló que la ordenanza de 28 de agosto de 1944 era una ley excepcional e imperativa, sometida por consiguiente a reglas de interpretación restrictiva, no susceptible de extenderse a los casos expuestos en la querella. C. Apelaciones Versalles, Sala de Instrucción, 10ª Sala-sección A, sentencia de 11 de enero de 2005, p. 15.

[47] C. Apelaciones Versalles, Sala de Instrucción, 10ª Sala-sección A, sentencia de 11 de enero de 2005, p. 15.

Actualidad Juridica 29 final.indd 222 21-01-14 11:45

En vista de esta resolución, Total decidió celebrar una transacción con los querellantes en 2005, sujeta a la condición de desistirse ante los tribunales. Finalmente, en junio de 2006, la justicia francesa declara no ha lugar a las pretensiones de los afectados, señalando que "a pesar de que la existencia de los hechos denunciados no puede ser cuestionada, ellos no pueden asimilarse al secuestro"[48].

Desde el punto puramente académico, no podemos sino lamentar el curso que tomaron los hechos. Hemos de reconocer que hubiese sido muy interesante ver cuál habría sido la decisión de las jurisdicciones francesas en caso de continuar los querellantes con su acción contra Total. ¿La sentencia de 2006 habría tenido lugar en caso de no haberse efectuado una transacción un par de meses antes? En especial, si tomamos en cuenta los motivos que fundaron el rechazo a la solicitud presentada por el fiscal a la Corte de Apelaciones de Versalles en 2005.

4.2.1.2. Querella interpuesta en virtud de la ley belga sobre competencia universal.

Dictada en 1993, la "*ley relativa a la represión de las infracciones graves a los Convenios Internacionales de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y a los protocolos I y II de 8 de junio de 1977 adicionales a esta convención*"[49], hizo del Estado belga un verdadero "guardián del mundo". Sus jurisdicciones serían competentes para juzgar a toda persona que hubiese infringido los Convenios Internacionales de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al Derecho de la Guerra, sin necesidad de tomar en consideración la nacionalidad del infractor, ni el lugar de comisión del ilícito[50].

Fue fundándose en esta ley que en 2002 una querella se interpuso en contra de Total y de su Director Ejecutivo[51] por crímenes contra la humanidad, debido al apoyo moral, financiero, logístico y militar brindado a la dictadura militar birmana[52]. Una vez interpuesta la querella ante el tribunal competente en lo penal, en virtud del artículo 29 de la ley de 2003 relativa a las violaciones graves contra el Derecho Internacional Humanitario, corresponde a la Corte de Casación pronunciarse sobre un eventual desasimiento del juez belga. En efecto,

[48] M. BASTIAN, "Non-lieu pour Total, même si le travail forcé a existé en Birmanie", comunicado de prensa AFP, Nanterre, 22 de junio de 2006.

[49] Ley derogada en 2003, como consecuencia de presiones políticas sufridas por Bélgica, en especial por parte del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, luego de varias querellas interpuestas por individuos de las más diversas nacionalidades contra George W. Bush, Colin Powell, Dick Cheney y Norman Shwartzkopf; A. BAILLEUX, "L'histoire de la loi belge de compétence universelle. Une valse à trois temps: ouverture, étroitesse, modestie", Droit & Société, 59/2005, p. 125.

[50] Ibíd., pp. 107 y ss.

[51] El cargo oficial en lengua francesa es: *Président-Directeur G*énéral (PDG).

[52] A. BAILLEUX, op. cit., nº 49, p. 128; L. HENNEBEL, op. cit., nº 42, p. 17.

Actualidad Juridica 29 final.indd 223 21-01-14 11:45

la Corte[53] declaró dicho desasimiento, debido a que los hechos denunciados habían sido perpetrados fuera del Reino, que ninguna de las partes era belga[54] y finalmente, puesto que el presunto autor no tenía su residencia principal en Bélgica al momento de interponerse la acción[55].

En 2006, la Corte de Arbitraje[56] anuló indirectamente el fallo de la Corte de Casación; según su punto de vista, el artículo 29 §3 inc. 2º era inconstitucional, por cuanto violaba el artículo 16.2[57] de la Convención de 28 de julio de 1951 relativo al Estatuto de los Refugiados, ratificado por Bélgica en 1953. Así las cosas, ordenó la derogación, entre otros, del artículo 29 §3 inc. 2º y dictaminó que los efectos producidos por las disposiciones derogadas que se hubiesen traducido en el desasimiento de los jueces, se mantendrían firmes; pero sólo en aquellos casos "en que ninguno de los querellantes hubiese tenido la calidad de refugiado reconocido por Bélgica al momento de interponer la acción"[58].

Fue recién en 2008, que la Corte de Casación decidió el asunto en forma definitiva; habiendo sido requerida nuevamente sobre el mismo caso, decidió fundándose en la autoridad de cosa juzgada que la derogación de la norma "y su ulterior reemplazo por una ley que modifica sus condiciones de aplicación, no podrían tener como efecto, ni aun por medio de un mandato del Ejecutivo, poner nuevamente en movimiento, en perjuicio de los querellados, una acción pública a la cual se le puso término judicialmente en virtud de una ley entonces en vigor". Hemos de reconocer que esta decisión nos parece paradojal, puesto que no debe olvidarse que el primer litigio se falló conforme a

[53] Corte de Casación belga, nº P.04.0482.F/1, sentencia de 29 de junio de 2005, inédita, disponible en http://jure.juridat.just.fgobv.be [Consulta: 08 de octubre de 2013].

[54] Una cuestión prejudicial se presentó en relación a la calidad de refugiado reconocida por Bélgica a uno de los querellantes, situación que impediría a la Corte pronunciar el desasimiento del juez. Aun cuando la Corte de Arbitraje señaló que declarar el desasimiento constituiría una interpretación inconstitucional del artículo 26 §3 inc. 2º de la ley –ya que sería contrario al artículo 16.2 de la Convención de 28 de julio de 1951 relativo al Estatuto de los Refugiados–, la Corte de Casación se mantuvo en su postura, impidiendo al juez conocer del asunto, fundada en que por una parte dicha norma era una disposición sustantiva de Derecho Penal (y por consiguiente de interpretación restrictiva), y por otra parte en que dicho artículo 16.2 de la Convención no podía interpretarse como una obligación para el juez de considerar a un refugiado como nacional belga. Corte de Casación belga, nº P.04.0482.F/1, sentencia de 29 de junio de 2005, cit. supra, nº 53.

[55] Art. 29 §3 inc. 2º: "Les affaires pendantes à l'instruction à la date d'entrée en vigueur de la présente loi et portant sur des faits visés au titre Ibis, du livre II, du Code pénal, sont transférées par le procureur fédéral au procureur général près la Cour de cassation endéans les trente jours après la date d'entrée en vigueur de la présente loi, à l'exception des affaires ayant fait l'objet d'un acte d'instruction à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, dès lors que, soit au moins un plaignant était de nationalité belge au moment de l'engagement initial de l'action publique, soit au moins un auteur présumé a sa résidence principale en Belgique, à la date d'entrée en vigueur de la présente loi".

[56] La Corte de Arbitraje belga es el equivalente a nuestro Tribunal Constitucional.

[57] "En el Estado Contratante donde tenga su residencia habitual, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional en cuanto al acceso a los tribunales, incluso la asistencia judicial y la exención de la *cautio judicatum solvi*"

[58] Corte de Arbitraje belga, nº 104/2006, sentencia de 21 de junio de 2006, inédita, disponible en http://jure.juridat.fgobv.be [Consulta: 08 de octubre de 2013].

Actualidad Juridica 29 final.indd 224 21-01-14 11:45

una ley declarada inconstitucional, posteriormente derogada, la cual debería entonces, en palabras de la propia Corte de Arbitraje, ser considerada como jamás dictada si el juicio hubiese sido iniciado por una persona que tuviese la calidad de refugiado reconocida por Bélgica. La autoridad de cosa juzgada no nos parece entonces pertinente como fundamento de la decisión.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, podemos constatar entonces que tanto ante la justicia francesa como la belga, el fondo del asunto jamás tuvo oportunidad de analizarse. Es precisamente el riesgo que se corre al intentar una acción penal: Los principios de interpretación restrictiva de las normas penales, así como el de *nullum crimen nulla pœna sine legem*, aparecen como importantes disuasivos al respecto. Proponemos entonces contrastar esta situación con la de la utilización de la vía civil.

4.2.2. La vía civil contra Unlocal en Estados Unidos[59].

La acción judicial contra Unlocal se fundó en la Alien Tort Claims Act (ATCA) de 1789, sección del Código de los Estados Unidos[60] (28 U.S.C. §1350) que señala que "[t]he district courts shall have original jurisdiction of any action by alien for tort only, commited in violation of the law of nations or a treaty of the United States".

A primera vista, esta disposición parece otorgar al juez estadounidense una competencia universal, para juzgar toda violación al derecho de gentes y a los tratados ratificados por los Estados Unidos, que cause un daño a un extranjero. Veremos, sin embargo, que una correcta interpretación debe ser más restringida, al matizar el contenido del ATCA con las reglas que rigen la competencia *ratione personœ* del tribunal.

En el caso en cuestión, la demanda perseguía la responsabilidad no sólo de Unlocal, sino que también la de Total; en efecto, ambas gigantes petroleras habían celebrado contratos para la explotación del gas con el Gobierno birmano. A este respecto, la Corte de Distrito de California –donde la demanda había sido interpuesta– debía analizar si las jurisdicciones estadounidenses eran competentes para resolver el asunto, a pesar de la distinta nacionalidad de ambas sociedades.

[59] Han sido numerosas las acciones civiles que se han intentado en Estados Unidos contra empresas multinacionales en virtud del ATCA, como por ejemplo, contra Shell por la comunidad Ogoni de Nigeria, contra British Petroleum (BP), Chevron, Talisman, entre otras; a este respecto, y para una ilustración más completa, v. L. LIBERTI, "Investissements et droits de l'homme", en Ph. KAHN & T. WÄLDE, *Aspects of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 799 y ss.

[60] El Código de los Estados Unidos es una codificación del derecho federal norteamericano, con carácter general y permanente, efectuada por la *Office of the Law Revision Counsel* de la Cámara de Representantes.

Actualidad Juridica 29 final.indd 225 21-01-14 11:45

Ningún problema se presentaba respecto de Unlocal[61], sociedad norteamericana, cuyo domicilio se encontraba en California; pero ¿y respecto de Total? ¿Resulta necesario un vínculo con Estados Unidos, para que el juez estadounidense pueda conocer de un asunto en virtud del ATCA?, y en caso de ser necesario, ¿había alguno en el caso en cuestión?

De un modo general, "la jurisprudencia del ATCA revela que el juez americano puede conocer las demandas fundadas en el ATCA, persiguiendo ciudadanos o residentes estadounidenses, empresas norteamericanas, así como sociedades extranjeras siempre que éstas *do business in the forum*, lo que significa, en principio, que ellas deben desarrollar actividades comerciales substanciales en el territorio del foro"[62].

Deben entonces, reunirse dos condiciones para que el juez americano resulte competente *ratione personæ* en virtud del ATCA. En primer lugar, que el demandado resida en Estados Unidos, o que al menos tenga un nexo con el foro; por otra parte, es necesario también que desarrolle actividades comerciales substanciales. En el caso en cuestión, y a pesar de los argumentos de los demandantes, la Corte estimó que ninguna de las dos condiciones se encontraban presentes respecto de Total, permitiéndole escapar al procedimiento civil iniciado en su contra[63].

Respecto del fondo en el caso Unlocal, las jurisdicciones norteamericanas interpretaron el derecho internacional señalando que impone a las empresas "la obligación de abstenerse de toda complicidad en la violación de los derechos humanos, [y que la] responsabilidad de las empresas tendría que hacerse efectiva en aquellos casos en que inciten o ayuden a planificar, preparar o cometer la violación, comprendiéndose los casos en que se provean medios materiales o financieros o toda otra forma de asistencia, que tenga como efecto substancial facilitar la perpetración de un ilícito internacional"[64].

Esta interpretación que han efectuado las jurisdicciones norteamericanas es bastante interesante; sobre todo, puesto que luego del fallo dictado por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en 2002, podemos constatar que Unlocal incurrió efectivamente en una violación contra los derechos humanos en Birmania. En efecto, el fallo señala que

[61] Hoy, propiedad de Chevron Texaco.
[62] La mayor parte de las empresas "poseen al menos una oficina de representación o un agente representante en los Estados Unidos. La sola existencia de una oficina o de un agente de representación permite salvar el problema de la excepción *ratione personæ*, con la condición de demostrar que dicho agente u oficina de representación se encontraba bajo el control efectivo y cotidiano de la sociedad madre", L. HENNEBEL, op. cit., nº 42, p. 23.
[63] Doe 1 v. Unlocal Corp., 27 F.Supp.2d 1174, 1184 (C.D. Cal. 1998).
[64] L. LIBERTI, op. cit., nº 59, pp. 802 y ss.

Actualidad Juridica 29 final.indd 226 21-01-14 11:45

> "[t]he evidence also supports the conclusion that Unlocal gave practical assistance to the Myanmar Military in subjecting Plaintiffs to forced labor. The practical assistance took the form of hiring the Myanmar Military to provide security and build infrastructure along the pipeline route in exchange for money or food. The practical assistance also took the form of using photos, surveys, and maps in daily meetings to show the Myanmar Military where to provide security and build infrastructure. The evidence further supports the conclusion that Unlocal gave "encouragement" to the Myanmar Military in subjecting Plaintiffs to forced labor. The daily meetings with the Myanmar Military to show it where to provide security and build infrastructure, despite Unlocal's knowledge that the Myanmar Military would probably use forced labor to provide these services, may have encouraged the Myanmar Military to actually use forced labor for the benefit of the Project. Similarly, the payments to the Myanmar Military for providing these services, despite Unlocal's knowledge that the Myanmar Military had actually used forced labor to provide them, may have encouraged the Myanmar Military to continue to use forced labor in connection with the Project. This assistance, moreover, had a "substantial effect" on the perpetration of forced labor, which "most probably would not have occurred in the same way" without someone hiring the Myanmar Military to provide security, and without someone showing them where to do it. This conclusion is supported by the admission of Unlocal Representative Robinson thar "[o]ur assertion that [the Myanmar Military] has not expanded and amplified its usual methods around the pipeline on our behalf may not withstand much scrutiny", and by the admission of Unlocal President Imle "[i]f forced labor goes hand and glove with the military yes ther will be more forced labor"[65].

No resulta extraño entonces, que el 13 de diciembre de 2004 las partes hayan anunciado un acuerdo amigable, condicionado al desistimiento de las demandas por parte de las víctimas. A pesar de esta forma alternativa de resolución del litigio –la misma utilizada en Europa–, recurrir a la vía civil parece otorgar más posibilidades de éxito a quienes interponen la acción; los tribunales, en este caso, tuvieron al menos la posibilidad de pronunciarse respecto del fondo del asunto y de reconocer la existencia de violaciones contra los derechos humanos. Podemos luego imaginar, sin riesgo de equivocarnos, que una indemnización podría eventualmente haber sido otorgada a las víctimas, en caso de haber llegado a la sentencia definitiva, solución que no necesariamente tendría lugar en un caso ventilado ante las jurisdicciones criminales.

[65] Doe. 1 v. Unlocal Corp., 395 F.3d 932 (Court of Appeals ninth circuit), 2002, p. 6.

Actualidad Juridica 29 final.indd 227 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 228 21-01-14 11:45

Acerca de las sanciones administrativas en Chile

Nicolás Enteiche Rosales
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente estudio se refiere a cómo la doctrina y la jurisprudencia constitucional han delimitado el término "sanciones administrativas", además esboza los elementos que las connotan. Lo anterior tiene como objeto propender a un estudio acabado en la materia, de cara a nuestro ordenamiento jurídico.

*****

1. El presente comentario se suscita con motivo del estado de la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en los últimos años, en materia de sanciones o castigos administrativos. Lo anterior ocasionará que se esboce el primer elemento que ha de precisarse antes de abordar cualquier institución, su definición.

En nuestro país existen, por obra de leyes especiales, numerosas competencias de la Administración cuyo objeto es aplicar castigos tanto a los particulares, como a ciertas autoridades y funcionarios de un servicio público. No obstante la creciente cantidad de normas[1] y la relevancia de éstas en la vida social y económica[2], la doctrina y jurisprudencia constitucional chilenas escasamente se han pronunciado a su respecto.

2. La doctrina chilena ha relegado a un plano secundario los castigos de la Administración, esto se refleja en la inexistencia de obras generales nacionales que versen al respecto. Lo anterior se puede explicar, por la escisión doctrinaria

[1] Los autores nacionales cuando estudian la potestad sancionadora administrativa, usualmente constatan que es un fenómeno creciente a la época de redacción de sus artículos, así por ejemplo véase AGUERREA (2005) p. 51.

[2] En los últimos tres años aparecieron tres normas trascendentales que le otorgan poderes punitivos a la Administración del Estado. Así, por ejemplo, en los años 2010 y 2012, respectivamente, las Leyes Nºs 20.417 y 20.600, accesorias a la Ley Nº 19.300, que facultan a la Superintendencia del Medioambiente para aplicar sanciones administrativas –artículo segundo, Título III, de la Ley Nº 20.417–, a fin de resguardar el "*derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental*" –artículo 1º, Ley Nº 19.300–. Otro caso relevante ocurrió el año 2011, con la Ley Nº 20.529, que atribuyó la competencia castigadora a la Superintendencia de Educación para emitir sanciones administrativas –Título III, Párrafo 5º de la Ley Nº 20.529–, con el objeto de fiscalizar a los sostenedores educacionales en diversos aspectos y así "*asegurar una educación de calidad en sus distintos niveles*" –artículo 1º, inciso primero, en relación con el artículo 48 de la Ley Nº 20.529–.

Actualidad Juridica 29 final.indd 229 21-01-14 11:45

provocada en razón de la afirmación de que éstas son inconstitucionales, o bien por la inexistencia de una aplicación sistemática destemplada de las normas sancionadoras por la autoridad.

Más allá de las causas de la exigua labor dogmática, la falta de definiciones desde nuestro ordenamiento jurídico provoca algún efecto sobre la actividad jurisdiccional. El resultado de la omisión en la elaboración de guías, parámetros o dictados jurídicos, ocasiona que los tribunales deban aventurarse con tesituras propias, o bien que se sometan a lo prescrito en el extranjero.

3. En nuestro país, en materia de sanciones administrativas, la regla general ha sido la adhesión a lo prescrito por la doctrina española. Ejemplo de lo anterior es la alusión en la mayoría de las sentencias del Tribunal Constitucional chileno, a la doctrina de ese país o bien a las soluciones del Tribunal Constitucional español.

El Tribunal Constitucional chileno, siguiendo la receta española desde la sentencia (en adelante, "STC") Nº 38 de 1986[3], ha venido declarando que las sanciones administrativas son constitucionales, y a partir de la STC N° 244 de 1996, ha señalado que su formulación está amparada en los principios constitucionales del derecho penal "por regla general" y/o "con matices"[4].

4. Vale constatar –a fin de dejar sentado un reparo a las referencias a la doctrina española– que cuando se cita a ésta, no se hace notar que existen esenciales diferencias entre el ordenamiento jurídico chileno con el español. Estas distinciones recaen en la consagración constitucional de la potestad sancionadora, y la existencia de leyes que regulen el asunto.

Así, mientras allá el artículo 25 de la Constitución española de 1978, delinea la competencia sancionadora de la Administración, acá la Constitución de 1980 nada dice al respecto[5]; de igual modo allá existe una norma, el Título IX de la Ley N° 30 de 1992, referida al procedimiento y principios de las sanciones administrativas, en Chile no encontramos una ley en esta materia.

5. Ahora bien, a pesar de la omisión doctrinaria, el Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios propios en el tema[6], especialmente en los últimos

[3] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1986) STC N° 38.
[4] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996) STC N° 244.
[5] Aunque las Actas Constitucionales sí se refieren a éstas, véase ROMÁN (2008).
[6] Reduciremos el comentario a las STC que refieren a la aplicación de sanciones administrativas a particulares. Por lo anterior excluimos aquellas que aplican los jueces, no obstante sean propuestas por un órgano administrativo –tal como la STC N° 2.381 de 20.8.13, en la que se abordó las sanciones aplicadas por el Tribunal de la Libre Competencia–, y de aquellas aplicadas por la Administración u otro Poder del Estado, fruto de sus atribuciones disciplinarias –así como la STC N° 2.143 de 10.10.13, donde se trataron los castigos aplicados por los tribunales superiores de justica a una jueza–.

Actualidad Juridica 29 final.indd 230 21-01-14 11:45

tres años, este es el caso de las STC N°s 1.518 de 21.10.10, 2.009 de 4.8.11, y 2.264 de 10.10.13[7-8].

Tal vez el pronunciamiento que más contenido ha aportado en este periodo es aquel de la STC N° 1.518[9]. Esta sentencia se refirió a la inaplicabilidad de la conversión de una de multa en días de prisión. El fallo asentó que la Administración del Estado no puede aplicar penas privativas de libertad[10], que éstas solo se pueden cumplir cuando estén ejecutoriadas[11], y delimitó los principios de proporcionalidad[12] e inocencia[13].

6. Por su parte, la STC N° 2.009, atinente a un control preventivo de constitucionalidad, declaró que la contracara de una sanción administrativa es una vía para impugnarla. De tal suerte que, "en este caso no existe fundamento alguno que justifique cometer una derogación singular, esto es, abolir para este caso particular el principio general de que todo acto administrativo es siempre reclamable"[14].

---

[7] Ya nos referimos a algunos de estos pronunciamientos, cuando señalamos que el Tribunal Constitucional había incorporado al debido proceso administrativo sancionador, el principio de "autorización judicial previa", en virtud del cual "siempre que un órgano administrativo quiera ejercer una competencia nociva para los derechos fundamentales, sin el conocimiento del afectado, la autorización judicial previa será un resguardo para éste" ENTEICHE (2012).

[8] Existen otras recientes relevantes STC, tales como los roles N° 2.069 y 1.413, del año 2012 y 2010, respectivamente. En estos pronunciamientos el Tribunal Constitucional chileno se encargó de acotar cuándo se está en presencia de una sanción administrativa: en el primer caso al descartar su calidad de tal –considerandos cuadragésimo primero a cuadragésimo cuarto–, y en el segundo al incluirla en la categoría de castigo administrativo –considerando decimonoveno–.

[9] Evidencia de esto son los múltiples comentarios que se emitieron a su respecto, véase ALVEAR (2011); MORAGA (2011); VERDUGO y GARCIA (2011); y SOTO KLOSS (2011).

[10] La sentencia señaló que "(…) se está en presencia de una pena que, aunque dispuesta como apremio, supone la privación de libertad, sin que exista un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto de una limitación a su libertad. Y, por otra parte, esta clase de coactividad estatal exige que la respuesta del Estado emane de una sentencia judicial que cause ejecutoria, dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento, debidamente tramitado, tal como exige perentoriamente el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República (…)" TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) STC N° 1.518, considerando vigesimoquinto.

[11] El fallo mencionó que " (…) es criterio generalmente asentado que las penas dispuestas por la Administración no pueden cumplirse mientras no se encuentren ejecutoriadas (…)", y agregó "(…) no aminora la observación precedente el que la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos, disponga que los actos administrativos gozan de exigibilidad "desde su entrada en vigencia" (artículo 3°, inciso octavo) y que los actos de la Administración "sujetos al Derecho Administrativo" causan inmediata ejecutoriedad (artículo 51, inciso primero) (…)" TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) STC N° 1.518, considerandos séptimo y octavo, respectivamente.

[12] Se estimó que la proporcionalidad también tiene vigencia en las sanciones administrativas, esto es que "que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada" TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) STC N° 1518, considerando vigesimoctavo.

[13] A su vez se definió en este ámbito el principio de inocencia como aquella por la que "toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (*nulla poena sine iudicio*)" TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) STC N° 1.518, considerando trigésimo cuarto.

[14] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011) STC N° 2.009, considerando trigésimo tercero.

Actualidad Juridica 29 final.indd 231 21-01-14 11:45

Por último, la STC N° 2.264 señaló que en el caso de una norma cuyo tenor remite la aplicación de sanciones administrativas "a las empresas, entidades o personas naturales sujetas a la fiscalización de la Superintendencia (…) al incumplimiento de instrucciones y órdenes que les imparta", no se afecta la garantía de la reserva legal, ni la de tipicidad, por cuanto tanto el sujeto obligado a acatarla, la autoridad que concreta, como la conducta que se reprocha aparecen claras[15].

7. No obstante los recientes avances jurisprudenciales, que se motivan a partir del examen de un específico precepto legal o de un pequeño conjunto de ellos, cabe a la doctrina –como coadyuvante intelectual de la tarea jurisdiccional– adelantarse a supuestos escenarios que corresponda resolver a estos últimos.

Es por lo anterior que la doctrina nacional ha comenzado a dedicarse al tema, especialmente comentando los antedichos fallos del Tribunal Constitucional chileno, al examinar ciertos fallos de los tribunales ordinarios, o bien al revisar algunos dictámenes de la Contraloría General de la República[16].

8. Más allá de hacer notar las carencias, en estas notas pretendemos adelantar un punto de vista novedoso, cual es la definición de una sanción administrativa[17]. Estimamos que a fin de comprender una institución jurídica es necesario aclarar qué es ella, para que los conceptos definidos puedan ser asidos por el intérprete, y con el objeto de evitar su confusión con otros que poco tienen que ver con el definido, pero que gozan de ciertos elementos comunes[18].

Alguna luz entregan los diccionarios jurídicos, que definen por sanción a aquella "pena o recompensa, o sea el bien o el mal que impone o establece la ley por la observancia o violación de sus preceptos y prohibiciones"[19], y más específicamente a la sanción administrativa como "la medida penal que impone el Poder Ejecutivo o alguna de las autoridades de este orden, por infracción a alguna de sus disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos"[20].

---

[15] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013) STC N° 2.264, considerando vigésimo quinto y trigésimo cuarto.

[16] CORDERO QUINCAZARA (2013) pp. 79-103, ROMÁN (2010), y CÁRCAMO (2010) pp. 7-18, se han adentrado en el estudio de este asunto. Comentan el tema de la potestad sancionadora administrativa mediante breves opiniones CORDERO VEGA (2011a); CORDERO (2011b); CORDERO (2013); CORDERO QUINCAZARA (2013a), CORDERO QUINCAZARA (2013b), CORDERO QUINCAZARA (2013c).

[17] Punto que será desarrollado con mayor detención en las Jornadas de Derecho Administrativo del año 2013, cuyo tema de convocatoria es –precisamente– la sanción administrativa.

[18] Tal como sostenemos que se ha transformado el concepto de "falta de servicio" en materia de responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile, al no existir una definición normativa ni jurisprudencial precisa. Véase ENTEICHE (2011) pp. 126 a 129.

[19] ESCRICHE (1989) p. 1518.

[20] CABANELLAS (1982) p. 294.

Actualidad Juridica 29 final.indd 232 21-01-14 11:45

9. La tarea conceptualizadora está lejos de ser una emprendida por la doctrina nacional[21], sea porque se ha dicho que corresponde definirla casuísticamente al juez, o bien que es un concepto jurídico indeterminado[22]. No obstante lo antedicho, existen autores que se han abocado a entregar elementos o bien a definirlas, eso sí a partir de las prescripciones efectuadas en el extranjero.

Un autor la define como "aquella retribución negativa prevista por el Ordenamiento Jurídico e impuesta por una Administración Pública por la comisión de una infracción administrativa"[23], otro estima que sus elementos esenciales son (i) que sea impuesta por un órgano administrativo, (ii) debe importar una lesión, menoscabo, o imposición de un deber para un particular, (iii) que la establezca el ordenamiento jurídico como una reacción a su contravención y (iv) que tenga como fin la represión o el castigo de un ilícito administrativo[24].

10. En lo que resta de este comentario, especificaremos qué no constituye una sanción administrativa. En otras palabras, acotaremos residualmente a los castigos administrativos, al definirlos con el objeto de descartar otras figuras afines. Realizaremos lo anterior de cara a la normativa nacional.

Para nosotros la sanción administrativa es un acto administrativo desfavorable, emitido por un órgano que ejerce potestades públicas administrativas, y aplicado a un particular, autoridad o funcionario, mediante un debido procedimiento, con la finalidad de reprimir o castigar una contravención normativa.

11. En primer lugar, la sanción administrativa –ya por su solo tenor literal– denota que se trata de un acto desfavorable. Atendida la clasificación de acto administrativo según su objeto[25], el castigo constituye una decisión consistente en reducir el patrimonio de una persona, al imponerle una obligación de dar, hacer o no hacer.

Entonces, por constituirse en una decisión, descartamos que una sanción sea un acto certificatorio[26], o bien un acto de opinión o dictamen[27]. De igual modo

[21] Eduardo Cordero menciona a este efecto que "en general, nuestra doctrina no entrega un concepto preciso de sanción administrativa" CORDERO QUINCAZARA (2013) p. 84.
[22] Cristián Román señala que no es posible elaborar un concepto de sanción administrativa, "es vano todo intento por definirla", tarea que le corresponderá según el autor a la jurisprudencia ROMAN (2010) pp. 167-168.
[23] BERMÚDEZ (1998) p. 326.
[24] ROMÁN (2010) p.168.
[25] Efectúan esta clasificación, entre otros, PANTOJA (1960) p. 87, SILVA (2001) pp. 82-97, y más recientemente ARÓSTICA (1995) pp. 16-18, y MORAGA (2010) p. 108, por solo nombrar algunos.
[26] Este acto de acreditación de la realidad lo efectúa un carabinero que da cuenta, a través de un parte policial, de la velocidad de un vehículo.
[27] Tal como lo es la interpretación del Superintendente de Educación, éste posee la facultad de "aplicar e interpretar administrativamente la normativa educacional cuyo cumplimiento le corresponde (…)".– artículo 49 m) de la Ley N° 20.529–.

Actualidad Juridica 29 final.indd 233 21-01-14 11:45

excluimos que constituya una sanción administrativa una decisión favorable, como lo es aquella de beneficiar a un particular[28]. Por último también negamos que una sanción administrativa se traduzca en la competencia de emitir un acto administrativo general, pues estos requieren de un acto singular que los aplique.

12. En segundo lugar, el castigo administrativo es un acto aplicado por un órgano de la Administración, y ocasionalmente por otro poder del Estado competente[29], a un particular, funcionario o autoridad. Esto implica distinguir entre: quién aplica el castigo, y quién es el destinatario de éste, fruto de la anterior disparidad, las sanciones se diferenciarán en razón de la finalidad que persigue la represión –pero conservarán los elementos que por nosotros la definen–.

Quien aplique un castigo administrativo puede ser tanto la Administración del Estado, o bien otro poder público, tal como el Poder Judicial –Título XVI, Párrafo 1° del Código Orgánico de Tribunales– o el Legislativo –artículo 5A, inciso decimoprimero, de la Ley N°18.918–. El destinatario será un particular, o un sujeto que se encuentre en una alguna situación de dependencia jerárquica, o de sujeción especial[30].

13. En tercer lugar, la sanción administrativa ha de someterse a un debido procedimiento, elemento sin el cual degenerará en una competencia de autotutela ejecutiva. Sabemos que el Tribunal Constitucional chileno ha establecido que un castigo administrativo debe someterse al debido proceso, ínsito en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, en cuanto a la formulación legal de una atribución castigadora.

El elemento del debido proceso que radica como esencial respecto de las sanciones administrativas, es aquel que obliga a que el castigo esté precedido de un procedimiento administrativo y judicial, previo a su aplicación práctica[31].

---

[28] No es una sanción administrativa el acto mediante el cual se reconoce el cumplimiento de algunos requisitos a un particular, con el fin de pagarle una cantidad de dinero, esto lo refleja la reciente Ley Nº 20.506, que "otorga un bono a los cónyuges que cumplan cincuenta años de matrimonio"–, por el Instituto de Previsión Social –artículos 1° y 4º de la Ley Nº 20.506–.

[29] Ahora bien, aun cuando sea legalmente competente, la Administración no puede aplicar el castigo de la privación de libertad, pues esto es propio de un procedimiento judicial. Así lo señaló el Tribunal Constitucional chileno, tal como lo mencionamos en el punto 7° de este comentario.

[30] En razón de la anterior distinción es que Eduardo Soto Kloss recuerda que existen tanto sanciones correctivas como correccionales, las primeras "son aplicadas por la administración a los particulares", y las segundas a "las llamadas sanciones disciplinarias (…) que le corresponde a la Administración por ser una organización que se lleva a cabo por medio de sus miembros, los funcionarios" SOTO KLOSS (2005) p. 30.

[31] El Tribunal Constitucional chileno señaló que la existencia de un recurso jurisdiccional no sanea o convalida la inexistencia de un procedimiento administrativo. El Tribunal mencionó que "el derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles. No es, en consecuencia, suficiente permitir accionar ante el Tribunal Calificador de Elecciones para entender que, por esa sola circunstancia, se ha convalidado una actuación administra-

Actualidad Juridica 29 final.indd 234 21-01-14 11:45

De omitirse un debido procedimiento, la norma que establezca la sanción será únicamente una manifestación de la excepcional autotutela ejecutiva de la Administración[32].

14. En cuarto lugar, el castigo administrativo persigue siempre la finalidad de reprimir una infracción normativa, por lo cual todo acto desfavorable que tenga por objeto otro cometido no será manifestación de una sanción, sino de algo diverso. Así, por ejemplo, la revocación, caducidad o invalidación de un acto administrativo favorable no pueden catalogarse como castigo administrativo.

Así, tampoco serán sanciones administrativas otras manifestaciones jurídicas cuyo fin sea diverso a la represión. Este es el caso de la figura del "*solve et repete*", o la obligación legal de consignar una multa administrativa previo a impugnarla judicialmente; y del "agotamiento previo de la vía administrativa" o la condición de resolver el reclamo en sede administrativa, antes que en sede judicial[33].

15. A modo de conclusión, si bien existen recientes avances tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, estimamos necesario que la primera desarrolle y la segunda aplique conceptos que sean creados a partir de la realidad jurídica nacional.

A través de los cuatro puntos reseñados, que consideramos esenciales y comunes a toda sanción administrativa, intentamos esbozar una definición de ésta. Estimamos que aun cuando se sostenga que los castigos administrativos no son susceptibles de ser definidos, estas pautas podrían resultar útiles a quienes se adentran al estudio de la potestad administrativa sancionadora.

tiva constitucionalmente objetable" TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2003) STC Nº 376, considerando trigésimo s´ptimo. De igual modo, en un pronunciamiento posterior, asentó que la existencia de un procedimiento judicial ocasiona que las sanciones administrativas puedan "considerarse ajustadas a la Constitución" TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) STC Nº 1518, considerando decimoctavo.

[32] Son facultades de autotutela ejecutiva aquellas "competencias legales que, en vista del desobedecimiento de un acto desfavorable, o en virtud a una constatación de la autoridad administrativa, permiten aplicar la fuerza pública u otra medida de coacción, sin procedimiento alguno, con el fin de lograr satisfacer específicos bienes jurídicos, a determinados órganos administrativos" ENTEICHE (inédito) p. 16. Ejemplo de estas atribuciones son más de veinte casos en que el Legislador ha creado la potestad de ejecución de oficio de los actos administrativos, siendo uno de ellos: la norma que otorga a los funcionarios de la SEREMI de Salud –con el carácter de ministros de fe– la facultad de aplicar, sin procedimiento administrativo ni judicial mediante, la "*clausura, prohibición de funcionamiento de casas locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos*" –artículo 178 del Código Sanitario–.

[33] El "*solve et repete*" y el "agotamiento previo de la vía administrativa" también divergen de las sanciones administrativas, puesto que se constituyen en mecanismos legales y no en actos administrativos, razón por la cual se excluyen –de plano– del carácter de sanciones administrativas.

Actualidad Juridica 29 final.indd 235 21-01-14 11:45

Bibliografía

AGUERREA MELLA, Pedro (2005): "El estatuto Constitucional de las penas. Su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los antecedentes de la comisión de estudio de la nueva Constitución", en *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo* (Conferencias Santo Tomás de Aquino, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás) pp. 51-62.

ALVEAR TELLEZ, Julio (2011): "El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso Notas a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable el art. 169 del Código Sanitario", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 23: pp. 531-540.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1995): *Lecciones Sobre Acto Administrativo* (Santiago, Inédito/Facultad de Derecho de Universidad de Chile, Departamento de Derecho Público).

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998): "Elementos para definir las sanciones administrativas", en *Revista Chilena de Derecho*, Número especial: pp. 324-334.

CABANELLAS, Guillermo (1982): *Diccionario enciclopédico del Derecho usual* (Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L) Tomo VII.

CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro (2010): "La constitucionalidad y la necesidad del derecho administrativo sancionador correctivo en el complejo escenario económico moderno", en *Gaceta Jurídica,* N° 363: pp. 7-18.

CORDERO QUINCAZARA, Eduardo (2013): "Concepto y Naturaleza de las Sanciones Administrativas en la Doctrina y Jurisprudencia chilenas", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 20, N° 1: pp. 79-103.

CORDERO QUINCAZARA, Eduardo (2013a): "La garantía de no autoincriminación y el poder punitivo del Estado", en *El Mercurio Legal* (*online*) [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/09/06/La-garantia-de-no-autoincriminacion-y-el-poder-punitivo-del-Estado.aspx#

CORDERO QUINCAZARA, Eduardo (2013b) "Sanciones administrativas y culpabilidad", en *El Mercurio Legal* (*online*) [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2013/03/06/Sanciones-administrativas-y-culpabilidad.aspx

CORDERO QUINCAZARA, Eduardo (2013b): "Constitución, medio ambiente y poder punitivo del Estado: a propósito del caso "Pascua Lama", en *El Mercurio Legal* (*online*) [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/05/31/Constitucion-medio-ambiente-y-poder-punitivo-del-Estado-a-proposito-del-caso-Pascua-Lama.aspx

CORDERO VEGA, Luis (2011a): "Decaimiento del procedimiento sancionador", en *El Mercurio Legal* (*online*) [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/05/12/Decaimiento-del-procedimiento-sancionador.aspx#

CORDERO VEGA, Luis (2011a): "En qué estamos con el Derecho Administrativo Sancionador", en *El Mercurio Legal* (*online*) [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en:

Actualidad Juridica 29 final.indd 236 21-01-14 11:45

http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-juridico/2011/08/16/En-que-estamos-con-el-Derecho-Administrativo-Sancionador.aspx#

CORDERO VEGA, Luis (2011b): "Los caminos de Pascua Lama", en *El Mercurio Legal* (*online*) [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/07/24/Los-caminos-de-Pascua-Lama.aspx#

ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2012): "Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, Nº 1: pp. 427-438

ENTEICHE ROSALES, Nicolás (inédito): "Acerca de la autotutela ejecutiva o ejecución de oficio de los actos administrativos en Chile"

ESCRICHE, Joaquín (1989): *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (París, Librería Garnier Hermanos) 1787 p.

MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo: La actividad formal de la administración del Estado* (Santiago, Editorial Legal Publishing) 574 pp.

MORAGA KLENNER, Claudio (2011): "Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Artículo 169 Código Sanitario (acogida) Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de 21 de octubre de 2010, Rol 1518-09-INA", en *Revista de Derecho Público*, N° 74: pp. 305-324.

PANTOJA BAUZA, Rolando (1960): *Concepto de Acto Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 9-93.

ROMÁN CORDERO, Cristian (2008): "Derecho Administrativo Sancionador: "Ser o no ser: he ahí el dilema" en *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra*, Coordinador Rolando Pantoja Bauzá, (Santiago, Editorial Jurídica) pp. 107-141.

ROMÁN CORDERO, Cristian (2010): "El castigo en el derecho administrativo", en *Derecho y humanidades*, Vol. I N° 16: pp. 155-171.

SILVA CIMMA, Enrique (2001): *Derecho Administrativo chileno y comparado: actos, contratos y bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Vol. 5: pp. 82-97.

SOTO KLOSS, Eduardo (2005): "La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecúa a la Constitución?", en *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo* (Conferencias Santo Tomás de Aquino, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás) pp. 29-62.

SOTO KLOSS, Eduardo (2011): "El "*solve et repete*" en el artículo 169 del Código Sanitario (comentario a sentencia del Tribunal Constitucional rol 1518-09, de 21.10.2010", en *Ius Publicum*, N° 26: pp. 224-233.

VERDUGO RAMIREZ, Sergio, y GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2011): "¿Es la separación de funciones un estándar justiciable para el régimen de sanciones administrativas?", en *Sentencias Destacada 2010* (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo): pp. 101-131.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1986) ROL N° 38, 8 de septiembre de 1986, [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=571

Actualidad Juridica 29 final.indd 237 21-01-14 11:45

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996): ROL N° 244, 26 de agosto de 1996, [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=926

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2003): ROL Nº 376, 17 de junio de 2003, [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=244

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010): ROL N° 1.518, 21 de octubre de 2010, [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1587

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011): ROL N° 2.009, 4 de agosto de 2011, [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2093

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013): ROL N° 2.264, 10 de octubre de 2013, [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2855

Actualidad Juridica 29 final.indd 238 21-01-14 11:45

Cambio climático y migraciones: Desafíos para el derecho y las políticas públicas

Raúl F. Campusano Droguett
Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos
Master of Arts, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos
Profesor de Derecho Internacional
Director de Postgrado
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: Es razonable pensar que el cambio climático generará importantes procesos migratorios. Estos procesos tensionarán las relaciones internacionales, las políticas públicas nacionales y las legislaciones sobre migraciones en formas que no pueden preverse hoy y que no están siendo abordadas de manera adecuada ni en el plano internacional, ni por parte de los diversos países que experimentarán estas migraciones. Ante la magnitud y celeridad del fenómeno descrito, es posible imaginar que algunos o muchos Estados enfrentarán el desafío desde la incomprensión y el temor, endureciendo sus políticas migratorias, promulgando legislaciones especiales y levantando muros reales y virtuales a lo largo de sus fronteras y límites, profundizando y agravando la situación. Sin embargo, es posible reinterpretar el fenómeno de la migración reconectándola con aquella que, antaño, era asociada con la vitalización de una sociedad con ideas nuevas y entusiasmo social. Estas migraciones pueden entenderse como parte de las estrategias propias de la adaptación al cambio climático y, así, interpretarse como parte de la solución y no un problema.

*****

1. Introducción.

El jueves 17 de octubre de 2013, un ciudadano del Estado y República Parlamentaria de Kiribati,[1] en el Océano Pacífico, solicitó a un tribunal de Nueva Zelanda

[1] Kiribati obtuvo su independencia el año 1979. Con anterioridad, las islas eran un protectorado británico y eran conocidas como las "Gilbert Islands". Estados Unidos reclamaba derechos sobre las islas, pero renunció a su reclamo el mismo año 1979. El país tiene un ingreso per cápita de seis mil dólares americanos. Kiribati no es el único Estado isleño que puede sufrir severas consecuencias derivadas del aumento del nivel de los océanos debido a la acción del cambio climático, como por ejemplo Tuvalu, Las Maldivas, Vanuatu, Salomon Islands y Samoa. También hay Estados continentales particularmente vulnerables, como es el caso de Bangladesh. Solo un aumento moderado del nivel de mar podría causar efectos devastadores en

Actualidad Juridica 29 final.indd 239 21-01-14 11:45

que le permita permanecer como refugiado y culpó al cambio climático. Ioane Teitiota dijo al tribunal superior de Nueva Zelanda que no hay futuro para él y su familia en Kiribati, porque el aumento del nivel del mar implica que no hay tierra a la que pueda regresar con seguridad.[2] El Estado de Kiribati es un archipiélago, compuesto de 32 islas, con una superficie total de 811 kilómetros cuadrados, en una extensión y perímetro en el océano que se extiende por 3,5 millones de kilómetros cuadrados. Kiribati tiene una población de cien mil personas. A dos metros sobre el nivel del mar, Kiribati es uno de los países más vulnerables a los efectos del cambio climático. Un informe de Naciones Unidas, de 1989, indica que Kiribati sería uno de los primeros países en desaparecer a causa del cambio climático.[3]

El ejemplo anterior es solo la punta del *iceberg*, una ilustración anecdótica de un fenómeno que ya está teniendo lugar entre nosotros y que podría crecer exponencialmente en los años que vienen. Este escenario hace relevante reflexionar sobre el rol de las políticas públicas y del derecho en el logro de regulaciones adecuadas que se hagan cargo de desafíos sobrevinientes y respecto de los cuales no se cuenta con experiencia.[4]

Las migraciones son normalmente asociadas a procesos de inestabilidad política, situaciones de conflicto bélico o guerras civiles y también a procesos de agudas necesidades económicas. Existe también una reflexión profunda respecto a los derechos de los migrantes y es mucho lo que se ha escrito tanto desde la mirada a la realidad y sus conflictos y tensiones, como desde la mirada teórica y académica.[5] Sin embargo, normalmente, las migraciones no son asociadas al medio ambiente, y dentro de esta categoría, al cambio climático o calentamiento global. Y, sin embargo, en términos de cifras absolutas y de proyecciones en

estos Estados, ninguno de los cuales tiene capacidad adecuada para una adaptación a la nueva realidad. De esta forma, es posible imaginar procesos masivos de emigración hacia otros territorios.

[2] El señor Teitiota ha vivido en Nueva Zelanda durante seis años, período en que ha permanecido buscando asilo en ese país.

[3] BBC Noticias. Sitio web www.bbc.com

[4] Algunos ya han comenzado a imaginar escenarios de evacuaciones de poblaciones completas de pequeños Estados insulares, con todas las complicaciones y dificultades prácticas y teóricas que tales desplazamientos podrían aparejar. Por ejemplo, Ilan Kelman, deL Centro de Investigación Internacional sobre el Clima y el Medioambiente, Oslo (CICERO), hace la siguiente reflexión en el escenario hipotético planteado: "Si una comunidad insular decide que el desplazamiento o la evacuación de toda la isla se considera una opción adecuada, la primera decisión que habría que tomar sería cuándo realizar dicha migración. ¿Ha de producirse la evacuación lo antes posible, antes de que se perciban las graves consecuencias del cambio medioambiental? En tal caso, podría planificarse la migración de forma apropiada. ¿O quizá sería más fácil convencer a la población para que se marchara tras un gran desastre natural? En ese caso, correrían el riesgo de perder vidas y pertenencias (inclusive objetos culturales o comunitarios). La principal desventaja de una planificación a largo plazo consiste en que un suceso natural extremo puede producirse en cualquier momento. Podría intentarse combinar ambas soluciones, de modo que se planificara la evacuación lo antes posible tras una amenaza o catástrofe". KELMAN 2008.

[5] Sobre el tema general de las migraciones y el derecho, desde la perspectiva de la reflexión teórica y política, ver: BENHABIB, Seyla. *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*. Cambridge University Press, 2004.

Actualidad Juridica 29 final.indd 240 21-01-14 11:45

el futuro próximo, migraciones y cambio climático son conceptos que debieran entenderse como estrechamente relacionados.[6]

En estos apuntes se trabajará sobre la base de tres ideas:

1. Es razonable pensar que el cambio climático generará importantes procesos migratorios. Estos procesos tensionarán las relaciones internacionales, las políticas públicas nacionales y las legislaciones sobre migraciones en formas que no pueden preverse hoy y que no están siendo abordadas de manera adecuada ni en el plano internacional, ni por parte de los diversos países que experimentarán estas migraciones.

2. Ante la magnitud y celeridad del fenómeno descrito, es posible imaginar que algunos o muchos Estados enfrentarán el desafío desde la incomprensión y el temor, endureciendo sus políticas migratorias, promulgando legislaciones especiales y levantando muros reales y virtuales a lo largo de sus fronteras y límites, profundizando y agravando la situación.

3. Considerando la perspectiva anterior, es posible reinterpretar el fenómeno de la migración reconectándola con aquella que, antaño, era asociada con la vitalización de una sociedad con ideas nuevas y entusiasmo social. Estas migraciones pueden entenderse como parte de las estrategias propias de la adaptación al cambio climático y, así, interpretarse como parte de la solución y no un problema.

2. Efectos del cambio climático en los procesos migratorios

La Organización Internacional para las Migraciones, IOM, ha elaborado una definición de migrante por causas ambientales, señalando que por ella "se entienden las personas o grupos de personas que por motivo de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente, que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida, se ven obligadas a abandonar sus lugares de residencia habituales o deciden hacerlo, bien sea con carácter temporal o permanente, y que se desplazan dentro de sus propios países o al extranjero".

[6] Matthew Scott hace una interesante reflexión relacionada con la discusión sobre si es possible decir que el cambio climático es la razón de una migración determinada: Environmental pressures, let alone climate change, cannot be considered to be the cause of displacement, whether internal or international, owing to the range of factors that are at play in individual displacement scenarios. This recognition is significant for the wider discussion about climate change-related displacement. However, from the perspective of an individual resisting expulsion to a home country that has been adversely affected by climate change, the question of causation of movement is immaterial. The relevant perspective is forward-looking, to the conditions the individual can expect to find on return." SCOTT 2013. Agradezco al profesor de la Universidad Alberto Hurtado, Pablo Contreras, haberme dado a conocer este texto.

Actualidad Juridica 29 final.indd 241 21-01-14 11:45

De acuerdo con el Director General de la Organización Internacional para las Migraciones, IOM, William Lacy Swing, las consecuencias del cambio climático en las migraciones representa para la humanidad un desafío sin precedentes. Agrega el director Swing que "el número de tormentas, sequías e inundaciones se ha incrementado tres veces en los últimos treinta años, con efectos devastadores para las comunidades vulnerables, particularmente en el mundo subdesarrollado. En efecto, el año 2008 veinte millones de personas se han visto desplazadas debido a eventos climáticos extremos, en comparación con los 4.6 millones desplazadas por conflictos y violencia en ese mismo período. En el año 2012, 32 millones de personas fueron desplazadas debido a desastres naturales súbitos. Adicionalmente a lo anterior, 42 millones de personas fueron desplazadas por sequías".[7] ¿Cuánta gente se verá afectada por el cambio climático al año 2050?[8]

Las estimaciones varían desde 25 millones a mil millones de personas, siendo 200 millones la cifra estimativa más citada.[9] Esta es precisamente la cifra estimada por el profesor Norman Myers de la Universidad de Oxford, quien ha declarado que "cuando el calentamiento de la Tierra cobre fuerza puede que haya hasta 200 millones de personas afectadas por las alteraciones de los sistemas monzónicos y otros tipos de precipitaciones, por sequías de una virulencia y duración sin precedentes, y por la elevación del nivel del mar e inundaciones de las zonas litorales."[10] El Secretario General de la Organización de Naciones Unidas ha llamado a esta situación la nueva normalidad.[11]

Frente a la realidad descrita se hace relevante buscar la respuesta a un número de preguntas que pueden ser la base para la elaboración de políticas y acuerdos jurídicos que permitan abordar adecuadamente este desafío.

Primero, es necesario mejorar la información y estadística relacionada con la migración provocada por el cambio climático y razones ambientales relacionadas: ¿cuántas personas es probable que migren debido al cambio climático? ¿Quiénes migrarán? ¿Cuándo migrarán y a qué lugares? ¿Será una migración

---

7 SCOTT 2013.

8 Por cierto, también debe considerarse en la ecuación cambio climático y migraciones el factor seguridad, ya que algunos autores han puesto énfasis en los desafíos para la seguridad de los Estados y de sus habitantes que el cambio climático puede traer. Por ejemplo, el académico Kees Homan del Instituto Clingendael en Holanda, señala que el incremento de las sequías en conjunto con el aumento de la población producto del cambio climático hará más probable el conflicto con multitudes de personas buscando asegurar agua y alimento. ("De studie voorspelt dat met meer droogte en een snel groeiende bevolking, het steeds moeilijker wordt iedereen van voedsel te voorzien, en er waarschijnlijk meer gevallen zullen voorkomen van hongerlijdende mensen die elkaar schaars voedsel en water betwisten.") HOMAN 2008.

9 SWING, William Lacy. In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009. De acuerdo al informe PNUD (2008), entre los años 2000 y 2008 unas 262 millones de personas resultaron afectadas por desastres climáticos. Más del 98% de ellas vivía en países en desarrollo.

10 MYERS, Norman, Oxford University 2005; *Stern Review Report on the Economics of Climate Change 2006.*

11 SCOTT 2013.

Actualidad Juridica 29 final.indd 242 21-01-14 11:45

temporal o permanente? ¿Serán migraciones internas o transnacionales? ¿Cuáles serán las consecuencias de la migración para aquellos que migren y para aquellos que se queden atrás? ¿Y para aquellos que deban recibir a los migrantes? ¿Es posible identificar hoy poblaciones y regiones especialmente vulnerables?[12]

Un segundo grupo de preguntas dice relación con políticas públicas y específicamente en las formas en que las autoridades de los países de destino y origen abordarán estos desafíos. Laczko observa que la respuesta se verá influenciada por la forma en que se decida entender y encauzar el tema. En efecto, existe una tendencia a presentar el tema migratorio como algo significativamente negativo. Los medios de comunicación ponen énfasis en la posibilidad que millones de personas del tercer mundo buscarán desplazarse a Europa y Estados Unidos. También se pone el acento en lo inadecuado de la legislación y política pública existente en esos países para enfrentar adecuadamente estos desplazamientos derivados del cambio climático, sin levantar consideraciones y discusiones sobre cómo las migraciones podrían ayudar a algunos países a enfrentar de mejor forma la adaptación al cambio climático.[13]

Swing subraya la importancia de no ver el proceso migratorio simplemente como el fracaso de las comunidades a adaptarse al cambio climático. Las migraciones han sido siempre una de las formas en que las personas han elegido para adaptarse a entornos cambiantes. Así, las migraciones pueden ayudar a aquellos que eligen quedarse atrás y no emigrar a pesar de que el territorio se volvió ambientalmente degradado.[14]

Las personas han migrado debido a razones ambientales desde los inicios de nuestra especie. Se podría argumentar que han sido los cambios ambientales y climáticos, con sus consecuencias económicas y sociales, los que han tenido una mayor incidencia en los procesos migratorios a lo largo de la historia. Sin embargo, es solo en las últimas décadas que se desarrolla conciencia sobre la incidencia de este factor en el fenómeno migratorio y sobre las sutiles y complejas variables que ligan el cambio climático con situaciones que gatillan y promueven la migración.[15]

---

[12] LACZKO, Frank, Christine Aghazarm. "Introduction and Overview: Enhancing the knowledge base". In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

[13] LACZKO 2009. Por ejemplo, cabe recordar: "The literature on climate change and migration is generally very pessimistic about mobility arising from climate change. This creates a starting point bias in thinking about policy responses, eschewing the development of policies that seek to harness migration as a strategy to promote adaptation to climate change…" (Barnett and Webber, 2009, p. 19). "The negative portrayal of migration can foster policies that seek to reduce and control its incidence and do little to address the needs of those who migrate, when migration may be the only option for those affected by climate hazards. Indeed, policies designed to restrict migration rarely succeed, are often self-defeating, and increase the costs to migrants and to communities of origin and destination." (World Bank, 2010, p. 25).

[14] SWING 2009.

[15] LACZKO 2009.

Actualidad Juridica 29 final.indd 243 21-01-14 11:45

En 1990 el Panel Internacional sobre Cambio Climático indicó que el mayor impacto singular del cambio climático podría ser en migraciones humanas. En 1992 la Organización Internacional sobre Migraciones, IOM, declaró que grupos significativos de personas se desplazan debido a la degradación ambiental, la que ha aumentado severamente en los años recientes. Este número de migrantes podría crecer sustantivamente en la medida que grandes porciones de territorio se vuelven inhabitables debido al cambio climático.[16]

Sin embargo, a pesar de estas observaciones, el tema ha sido mayoritariamente ignorado o minimizado por los gobiernos y organizaciones internacionales, las que han valorado más otras causas de migraciones por sobre aquellas derivadas del medio ambiente y cambio climático. Así, el informe de la Comisión Global de Migraciones Internacionales, del año 2005, menciona el tema en forma marginal. Una de las razones que podrían explicar esta situación es el debate existente hasta el día de hoy sobre la relevancia del medio ambiente y el cambio climático en las migraciones reales que se han producido en los últimos años.

Así, es posible identificar un sector de minimalistas que le asignar un valor muy menor y los maximalistas que aseguran el efecto directo del cambio ambiental y climático en las migraciones. El tema ha tomado nuevas fuerzas en los últimos años y es posible afirmar que hoy es escasa la oposición a la percepción del efecto directo del cambio climático en los desplazamientos recientes y proyecciones futuras.[17]

Sobre el particular, tal vez procede aclarar que el cambio climático no genera directamente las migraciones, sino que sus efectos de transformaciones (sequías, tornados, huracanes, inundaciones y desertificaciones) hacen difícil o imposible continuar habitando territorios que tradicionalmente eran aptos e incluso óptimos para la vida humana.

Susan Martin explica que el cambio climático puede afectar el movimiento de personas en cuatro formas diferentes:

1. Intensificación de desastres naturales.

2. Aumento de la temperatura y sequía que afecte la producción agrícola y el acceso a agua limpia.

3. Aumento del nivel del mar que provoque que sean inhabitables los territorios costeros y que deje bajo el nivel del mar a varios estados isleños.[18]

[16] LACZKO 2009.
[17] LACZKO 2009.
[18] Debe recordarse que el 44% de la población mundial habita a menos de 150 kilómetros de la costa.

Actualidad Juridica 29 final.indd 244 21-01-14 11:45

4. La competencia sobre los recursos naturales puede llevar a conflictos que, a su vez, provoquen desplazamientos.[19]

Es probable que todas las regiones del planeta experimentarán algunos efectos adversos del cambio climático, pero las regiones menos desarrolladas son especialmente vulnerables, ya que parte importante de sus economías depende de actividades que son muy sensibles al clima y su capacidad de adaptación es baja debido a sus menores niveles de recursos financieros y humanos.[20]

Los beneficios potenciales de las migraciones para los procesos de desarrollo económico son hoy ampliamente reconocidos a los más altos niveles. Sin embargo, las migraciones producidas por cambio climático y otras razones ambientales son percibidas como un fracaso de adaptación. Pero la migración puede ser la mejor forma de adaptarse a las nuevas realidades climáticas de la región y ser así parte de la solución y no del problema. De acuerdo con esto, se vuelve necesario hacer una adecuada conceptualización de la relación entere cambio climático, el medio ambiente y las migraciones. También deben analizarse los desafíos metodológicos y aproximaciones posibles. También deben estudiarse las tendencias de respuesta a desastres de diversos tipos y finalmente analizar las respuestas de políticas públicas y dictación de legislación.[21]

El desafío hoy es lograr incorporar el tema del migrante climático al sistema internacional de protección de derechos humanos. Algunos han buscado levantar el concepto de refugiado ambiental. Sin embargo, la Convención de Refugiados de 1951 no contempla esta categoría de refugiados y la doctrina mayoritaria estima que no tendría soporte jurídico en el derecho internacional de los refugiados.[22]

[19] MARTIN Susan F. "Managing environmentally induced migration". In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009. Por su parte, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, IPCC, señala tres causas que pueden llevar a generar un mayor desplazamiento de personas provocado por el cambio climático: A. el aumento de las sequías, con la evaporación del agua contribuyendo a una disminución de la humedad del suelo, a menudo asociada con la escasez de alimentos. B. aumento de la fuerza de los huracanes tropicales y la frecuencia de las lluvias torrenciales y las inundaciones. C. aumento del nivel del mar resultante a partir de la expansión del agua, así como de la fusión de los hielos polares.

[20] LACZKO 2009.

[21] KNIVETON, Dominic, Christopher Smith, Richard Black, Kerstin Schmidt. "Challenges and approaches to measuring the migration– environment nexus". In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

[22] Matthew Scott, de la Universidad de Lund, comparte esta opinión, considerando que la Convención no se hace cargo de la protección de refugiados por causa del cambio climático. En efecto, dice Scott que "The existing international protection framework does not explicitly address the circumstances of individuals internationally displaced in the context of a natural disaster. It is widely considered that the 1951 Convention on the Status of Refugees is an inappropriate instrument for these individuals to rely on, as it requires evidence of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. International and regional human rights instruments provide no explicit protection either."

Actualidad Juridica 29 final.indd 245 21-01-14 11:45

Más aún, algunos piensan que el uso de la categoría jurídica de refugiado ambiental podría desmejorar el sistema jurídico internacional para la protección de los refugiados de acuerdo con la Convención Internacional de Refugiados de 1951.

Uno de los temas complejos de los escenarios de migraciones masivas debidas al cambio climático en el caso de Estados insulares pequeños es el caso de la apatridia. En efecto, Susin Park, Jefe de la Oficina del ACNUR para Suiza y Liechtenstein asume la probabilidad de situaciones de desplazamientos masivos y/o totales de la población de pequeños Estados insulares y reflexiona sobre el peligro de la apatridia. En ese contexto, indica que "la situación de los Estados insulares bajos plantea un riesgo grave de desplazamiento forzado permanente de poblaciones enteras y sus respectivos gobiernos en el extranjero, con un considerable riesgo de apatridia de facto a gran escala, que podría convertirse en apatridia de jure si el Estado afectado considerara que ha cesado su existencia".[23] Park indica que aunque es probable que tal apatridia no se produzca en el corto plazo, ya que sí es posible, parece ser aplicable el principio de que debe evitarse la apatridia. Como explica Park, "de acuerdo con este principio, deben concretarse adecuados mecanismos multilaterales de manera oportuna para los Estados que están en riesgo de quedar sumergidos y resultar inhabitables. Esas disposiciones son necesarias para garantizar que las poblaciones afectadas encuentren asilo seguro y que sus derechos, incluido el derecho a la nacionalidad, sean protegidos y respetados. Este enfoque no requiere necesariamente la concesión de protección temporal o arreglos para primeras opciones de migración per se. No obstante, podrían ser ventajosas la planificación temprana y la adopción de medidas preparatorias, incluyendo protección temporal y algunas opciones de migración limitada descritas anteriormente, ya que podrían aumentar la resistencia de las poblaciones afectadas y asegurar que el desplazamiento, si es inevitable, sea una respuesta de adaptación positiva."[24]

Frente a esta realidad, Matthew Scott propone explorar los siguientes caminos para lograr un adecuado marco jurídico de protección a los refugiados por razones de cambio climático:

– Una nueva convención internacional específicamente dirigida a la protección de refugiados debido a la acción del cambio climático.

– Una enmienda o protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos.[25]

[23] PARK 2011.
[24] PARK 2011.
[25] Y nosotros agregamos que lo mismo puede hacerse respecto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a todo otro cuerpo regional similar.

Actualidad Juridica 29 final.indd 246 21-01-14 11:45

– Un protocolo adicional a la Convención marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

– Una mejor implementación de la Guía de Principios sobre desplazamiento interno.

– Soluciones ad hoc por parte de los Estados individuales en respuesta a eventos específicos.

– Migración gestionada.

– Fortalecimiento de la capacidad local de adaptación.

– Construcción gradual de consenso alrededor de políticas de protección a víctimas de desastres naturales.[26]

En el caso de Europa, Scott propone explorar si es posible aplicar el artículo octavo de la Convención Europea de Derechos Humanos para refugiados debido a la acción del cambio climático y resistir así la expulsión por parte de los Estados receptores.[27] De acuerdo con Scott, los argumentos para afrontar una acción judicial de defensa de un refugiado climático son los siguientes:

– Que el Estado receptor ha ganado sustantivos beneficios sociales y económicos por la emisión desproporcionada de gases de efecto invernadero desde su territorio.[28]

– Que estas emisiones representan una proporción medible de la contribución global a la concentración actual de gases de efecto invernadero presentes en la atmósfera.

– Que la emisión de gases de efecto invernadero por sociedades humanas es la responsable que el clima esté cambiando.

– Que el cambio climático está aumentando la frecuencia e intensidad de algunos eventos climáticos adversos.

[26] Iniciativa Nansen.

[27] El artículo octavo de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone lo siguiente: Right to respect for private and family life. 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

[28] Y también si se considera la acción de sus empresas y agentes en el exterior y de actores extranjeros que producen bienes para consumo interno del Estado.

Actualidad Juridica 29 final.indd 247 21-01-14 11:45

– Que en aquellos casos en que el cambio climático se relaciona con un desastre natural, el Estado receptor se encuentra entre los Estados que tienen la mayor responsabilidad por haber contribuido a la ocurrencia de ese desastre y sus efectos dañinos asociados.[29]

– Que a la luz de los beneficios ganados por el Estado receptor y a los daños producidos por el cambio climático asociado a la obtención de tales beneficios, debiera darse más peso y relevancia al interés del individuo y del impacto de su eventual expulsión, que al interés económico del estado receptor y su comunidad nacional.[30]

3. Cambio climático y migraciones en Latinoamérica

Las migraciones ambientales y climáticas se están produciendo en la región latinoamericana tanto en su variante internacional como interna, dentro de las fronteras nacionales. En este caso, el proceso se produce a través de una migración de las zonas rurales, que van perdiendo su capacidad de mantener a la población, a las ciudades, en las que estadísticamente se ingresa a un círculo de pobreza agudizado por la falta de pertenencia y anomia social. Esta situación se puede observar especialmente en Bolivia, Ecuador y Perú. En el caso de Ecuador, también es significativa la migración internacional (España). También es posible observar que, dentro de las poblaciones rurales más afectadas, es posible observar diferentes segmentos, siendo el más pobre aquél al que se le hace más difícil sobrevivir en la nueva situación climática, es también el sector al que se le hace más compleja la posibilidad de emigrar y de reinsertarse adecuadamente en un nuevo entorno. Así, se produce la paradoja que aquellos que más necesitan emigrar son los que más dificultades tienen para ello, no pudiendo hacerlo en definitiva y agravando así aun más su situación de pobreza y desesperanza.[31]

[29] Por ejemplo, daños a la propiedad, salud física y mental, vida familiar, ganado, etc. Cabe recordar que Scott escribe pensando y en el contexto europeo.

[30] SCOTT 2013. Por su parte, Scott previene que aquellos que deseen levantar este tipo de línea argumental también tiene el deber de hacerse cargo de los siguientes aspectos: lo probable es que el cambio climático nunca sea el único responsable y causa de un evento climático adverso particular. El cambio climático es responsabilidad de numerosos Estados y no de uno solo, por lo que sería injusto exigirle a un estado en particular toda la responsabilidad por el evento climático que motivó la migración. El Estado de origen comparte algún grado de responsabilidad por no ser capaz de impedir que un evento climático adverso se transforme en un desastre natural. Por cierto, también hay respuesta para cada uno de estos tres argumentos.

[31] Respecto del caso mexicano, cabe tener presente lo señalado por Teresa Chan: "En México, el cambio climático ya ha dado muestras de efectos adversos, respecto a la migración, aunque el tema se ha estudiado relativamente poco, parece existir cierta evidencia que muestra que el cambio climático sí influye en los movimientos de las personas. Los resultados encontrados sugieren que sí existe un vínculo entre migración y la degradación ambiental. La mayoría de los hogares en comunidades migrantes no poseen tierra, o ésta es poco adecuada para la agricultura, por lo que es factible señalar que el clima ha sido un factor que ha incentivado a algunas personas a dejar sus comunidades y desplazarse a otras

Actualidad Juridica 29 final.indd 248 21-01-14 11:45

El año 2010, en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, tuvo lugar la Décima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones,[32] de la Organización Internacional para las Migraciones y su tema central fue migración, medio ambiente y cambio climático. La reunión generó un documento final con recomendaciones de políticas para abordar el desafío analizado. En el documento se indica que "el abordaje de los nexos que vinculan la migración con el cambio climático y la degradación del medio ambiente, involucra trabajar dentro de un enfoque integral, tanto a nivel global, como nacional y local, en el marco de un modelo de desarrollo sustentable que considere tanto las políticas de mitigación en la reducción de los gases de efecto invernadero como la adaptación de las comunidades."[33]

El documento es consistente con las políticas generales desarrolladas en varios países de la región como Bolivia y Ecuador. Por ejemplo, se señala que "en los países de la región este enfoque integral supone la puesta en marcha de políticas globales y locales con una participación inclusiva de todos los países y comunidades afectadas, garantizado los derechos humanos, reconociendo particularmente las prácticas ancestrales de los pueblos originarios y el derecho a la autodeterminación y el respeto a la soberanía alimentaria en la puesta en marcha de modelos de desarrollo."[34]

Y qué podemos decir respecto de Chile? Todas las simulaciones modélicas muestran que Chile es un país vulnerable al cambio climático. Nuestro país tiene significativos desafíos de adaptación a las nuevas realidades. Amplios territorios experimentarán la disminución severa de lluvias lo que provocará migraciones internas importantes. Santiago y las ciudades más importantes serán los destinos

regiones, ya sean dentro del mismo país, hacia mayores zonas urbanas, o bien incluso emigrar hacia el exterior." CHAN 2012. También procede ver lo escrito por Juan Carlos Calleros. Por ejemplo: "Hasta el momento, la evidencia no es concluyente sobre la magnitud de los posibles efectos que pudiera tener el cambio climático sobre la migración internacional. Las posiciones al respecto varían entre maximalistas y minimalistas, al tiempo que se aprecian diferencias en los patrones de desplazamiento humano provocados por un desastre natural o por el deterioro paulatino del medio ambiente. En el caso de los desplazados guatemaltecos por la devastación del Huracán Stan a fines del 2005, mediante la aplicación del módulo especial de la EMIF Sur en México se aprecia que fue una proporción marginal (5.5%) quienes manifestaron que cambiarían o ya habían cambiado su lugar de residencia a México o a los Estados Unidos debido a ese desastre natural en particular." CALLEROS 2012.

[32] IOM. Organización Internacional para las Migraciones. *Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático.* Décima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Secretaría Técnica, Cochabamba, 2010.

[33] IOM 2010.

[34] IOM 2010. Más aún, en el texto se agrega lo siguiente: "A nivel global, debe impulsarse una agenda de investigación que vincule e interrelacione los sistemas naturales y los sistemas sociales. Uno de los ejes debe orientarse a las causas y consecuencias de la migración por razones climáticas y realizar un seguimiento cuantitativo. Pocos científicos sociales que se centran en la migración, y se basan en datos de censos y encuestas de hogares, se han dedicado a la recopilación de datos o la investigación sobre el medio ambiente. Para comprender mejor el posible impacto del cambio climático sobre los movimientos migratorios se debe colocar mayor énfasis en la migración interna y en la migración Sur-Sur. Esta información es indispensable para fortalecer el conocimiento de base e informar a los decisores y ejecutores de políticas."

Actualidad Juridica 29 final.indd 249 21-01-14 11:45

de estos cientos de miles de migrantes internos. También debe recordarse que nuestro país tiene un extenso territorio escasamente poblado. Por ejemplo, todo el territorio entre Chiloé y el Cabo de Hornos comenzará a cobrar una significación inédita hasta la fecha en ese escenario. Para los chilenos y para muchos otros también. En ese momento cobrarán importancia las reflexiones y decisiones de políticas públicas que nuestro país haya tomado en los años antes del escenario descrito. Cabe recordar que las políticas construidas sobre la base de endurecer fronteras y levantar murallas virtuales y reales no solo adolecen del mal de no comprender la situación y desaprovechar sus posibilidades, sino que han demostrado una y otra vez ser inútiles.

4. Algunas observaciones finales

La evidencia científica y la estadística parecen demostrar el aumento creciente de fenómenos climáticos inusuales provocados por el calentamiento global de la atmósfera.

También pareciera ser que estos fenómenos climáticos y ambientales tienen incidencia importante en determinados procesos migratorios presentes y se podía proyectar a procesos futuros. Sin embargo, se hace necesario afinar y mejorar la evidencia científica, ya que también es posible observar que el aumento significativo de fenómenos climáticos inusuales no ha provocado en forma directa aumentos significativos de migraciones por esas razones.

Parece adecuado reconceptualizar el fenómeno de la migración provocada por cambio climático, desde una mirada negativa y de fracaso adaptativo, a una visión en que se entiende la migración como una forma adecuada de abordar la adaptación al nuevo entorno, para todos, los que emigran, los que se quedan y los que reciben. Así, conceptualizaciones como refugiado ambiental debieran ir dando lugar a nuevas ideas como las de adaptaciones a las nuevas condiciones de habitabilidad.

Paul Collier, en un libro publicado recientemente[35], observa que la discusión tradicional sobre migraciones se ha centrado en si ésta es buena o mala y concluye que esta es una forma errada de abordar el tema y que la pregunta adecuada es ¿cuánta más migración será beneficiosa y para quién? Collier analiza los efectos de la migración respecto de los migrantes, los países que reciben y los países de origen de los migrantes. Ahora bien, si partimos de la distinción de Collier, y la aplicamos al tema del cambio climático, poniendo atención a los efectos de la migración en los países de origen, se podría levantar la hipótesis de promover la migración como expresión de adaptación al cambio climático.

[35] COLLIER, Paul. *Exodus: How migration is changing our world*. Oxford University Press, 2013.

Actualidad Juridica 29 final.indd 250 21-01-14 11:45

El Marco de Adaptación de Cancún, documento adoptado en la XVI Conferencia de las Partes, celebrado el año 2010, establece en su artículo 14, párrafo f) "la adopción de medidas para mejorar el entendimiento, la coordinación y la cooperación en lo que respecta al desplazamiento, la migración y el traslado planificado como consecuencia del cambio climático, cuando corresponda, a nivel nacional, regional e internacional."

De esta forma, el proceso intergubernamental de Naciones Unidas se hace parte de esta aproximación y comprensión del fenómeno migratorio derivado del cambio climático. Cabe esperar una mayor profundización del tema y de la adopción por parte de los países miembros de políticas nacionales dirigidas en la dirección señalada por el Marco de Adaptación.

El cambio climático es un desafío que ha tensado aproximaciones y comprensiones tradicionales de la realidad y de las políticas públicas. Mientras se mantiene en la reflexión dentro del ámbito del medio ambiente no genera mayores inquietudes y aprensiones que las que se podría esperar de su propia naturaleza. Sin embargo, el cambio climático tiende a relacionarse con virtualmente todos los ámbitos de las políticas públicas: economía, recursos naturales, energía, transporte, sociedad, educación, salud, vivienda, seguridad, defensa, etc., y es por ello que presenta desafíos mayores que ponen en tabla de juicio la sabiduría de las decisiones tomadas tradicionalmente en todos los ámbitos indicados. El derecho, tanto nacional como internacional, tiene un rol central en esta materia como regulador social que permita encontrar los equilibrios adecuados entre los distintos requerimientos de la sociedad contemporánea. La ecuación cambio climático y migraciones es un ejemplo en que se requerirá de mucha y nueva sabiduría para lograr los equilibrios necesarios para lograr una mejor sociedad para vivir en este siglo XXI.

5. Referencias

BARNETT, J. & Webber, M. "Accommodating Migration to Promote Adaptation to Climate Change", Swedish Commission on Climate Change and Development, Stockholm, www.ccdcommission.org. 2009.

BENHABIB, Seyla. *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*. Cambridge University Press, 2004.

BILSBORROW, Richard E. "Collecting data on the migration–environment nexus". In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

CALLEROS Alarcón, Juan Carlos. "Los efectos del cambio climático sobre la migración internacional: análisis de la evidencia en el caso mexicano". Diálogos Migrantes. Movilidad Humana y Medio Ambiente, México, 2012.

Actualidad Juridica 29 final.indd 251 21-01-14 11:45

CHAN, Teresa. Cambio climático y migración. Una perspectiva desde la Ecología Humana. Observatorio de Cambio Climático de Yucatán. México, 2012.

COLLIER, Paul. *Exodus: How migration is changing our world*. Oxford University Press, 2013.

HOMAN, Kees. Klimaatverandering als veiligheidsprobleem. Instituut Clingendael. 2008.

IOM. "Organización Internacional para las Migraciones. Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático". Décima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Secretaría Técnica, Cochabamba, 2010.

LEIGHTON, Michelle. "Migration and slow-onset disasters: desertification and drought". In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

KNIVETON, Dominic, Christopher Smith, Richard Black, Kerstin Schmidt. "Challenges and approaches to measuring the migration– environment nexus". In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

LACZKO, Frank, Christine Aghazarm. "Introduction and Overview: Enhancing the knowledge base". In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

MARTIN Susan F. "Managing environmentally induced migration". In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

MOREL, Michele. *Klimaatvluchtelingen: simpele term voor complex fenomeen. Internationale Spectator*. 65(11), pp. 569-572. Universiteit Gent. 2011.

MOREL, Michele. *Milieumigranten in het internationaal recht: een zoektocht naar bescherming. Tijdschrift voor Mensenrechten*. 2. pp. 7-10. Universiteit Gent, 2010.

NAIK, Asmita. "Migration and Natural Disasters" In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

PARK, Susin. *El cambio climático y el riesgo de apatridia: La situación de los Estados insulares bajos*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. 2011.

SCOTT, Matthew. Taking Responsibility for Climate Change-Related Displacement: Article 8 of the European Convention on Human Rights and the Proportionality of Expelling 'Climate Refugees'. Lund University, Lund, 2013.

SWING, William Lacy. *Foreword*. In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

WARNER, Koko, Tamer Afifi, Marc Stal, Olivia Dun. "Researching environmental change and migration: evaluation of EACH-FOR methodology and application in 23 case studies worldwide". In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

Actualidad Juridica 29 final.indd 252 21-01-14 11:45

WORLD BANK. "World Development Report 2010, Development and Climate Change, The International Bank for Reconstruction and Development" / The World Bank, Washington DC. 2010.

ZETTER, Roger. "The role of legal and normative frameworks for the protection of environmentally displaced people". In: Frank Laczko and Christine Aghazarm Editors. *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. International Organization for Migration, IOM. Geneva, 2009.

Actualidad Juridica 29 final.indd 253 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 254 21-01-14 11:45

La inadmisiblidad probatoria en el procedimiento general de reclamaciones. Algunos alcances de la jurisprudencia emanada de los Tribunales Tributarios y Aduaneros

Jaime Andrés González Orrico
Abogado
Magíster en Gestión Tributaria
Universidad del Bío-Bío
Profesor de Derecho, Economía y Mercado
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: La publicación de la Ley N° 20.322, de 27 de enero de 2009, que "Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera", ha establecido un nuevo marco jurídico normativo en cuyo contexto se va a desarrollar la prueba en los procedimientos declarativos tributarios. De este modo, nuestro actual procedimiento general de las reclamaciones tributarias, contenido en el Título II, Libro Tercero, del Código Tributario, consagra como uno de sus principios rectores la libertad de aportación de pruebas por las partes. Sin embargo, como excepción a dicho principio, el artículo 132, inciso 11º, del mismo texto legal, contempla una norma en cuya virtud, concurriendo ciertos supuestos de hecho en ella establecidos, no serán admisibles en juicio los antecedentes que el contribuyente no haya acompañado en forma íntegra y oportuna en sede administrativa, luego de haberle sido solicitados por el Servicio de Impuestos Internos a través de una citación. En este contexto, el objetivo del presente trabajo es entregar una visión general de los requisitos establecidos por el legislador para que opere dicha inadmisibilidad, plantear las dudas o inquietudes que la redacción de la norma nos merece, recurriendo, allí donde existe, a la jurisprudencia emanada de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, órganos jurisdiccionales que han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en más de una oportunidad.

*****

Introducción.

La publicación de la Ley N° 20.322, de 27 de enero de 2009, que "Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera", ha establecido un nuevo

Actualidad Juridica 29 final.indd 255 21-01-14 11:45

marco jurídico normativo en cuyo contexto se va a desarrollar la prueba en los procedimientos declarativos tributarios.

Dicho nuevo escenario viene determinado, en nuestra opinión, por cuatro aspectos fundamentales que la ley reformatoria abordó, a saber: 1) la creación de los Tribunales Tributarios y Aduaneros (en adelante TTA), órganos jurisdiccionales letrados, especiales e independientes en el ejercicio de su ministerio, a cargo de resolver los conflictos jurídicos que se susciten entre la Hacienda Pública y los contribuyentes;[1] 2) el reconocimiento de la calidad de parte al Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII) en los procesos seguidos en conformidad a los Títulos II (procedimiento general de las reclamaciones), III y IV del Libro Tercero del Código Tributario (en adelante CT), según lo indica el art. 117.1 del mismo texto legal; 3) la admisión, en el art. 132.10 del CT, de todo otro medio apto para producir fe, dentro del abanico de elementos de convicción a que puede recurrir el contribuyente; y 4) el establecimiento de un sistema de ponderación de la prueba rendida en juicio, conforme a las reglas de la sana crítica, en el art. 132.14 del Código de la especialidad.

A partir de lo señalado, podemos advertir que la regla general en nuestro actual procedimiento general de las reclamaciones tributarias es la libertad de aportación de pruebas, lo que otorga verdadera coherencia a un sistema en el que desde antiguo se impone al contribuyente la carga de desvirtuar con *pruebas suficientes* las impugnaciones que el Servicio de Impuestos Internos le hubiere formulado.

Sin embargo, no debe pensarse que esa regla general esté concebida en términos absolutos, pues ciertamente existen excepciones, las que están constituidas por diversas injerencias normativas que pueden manifestarse en relación con la admisibilidad y valoración del material probatorio producido en juicio.

A propósito de este punto, y en el contexto del derecho español, Rodríguez-Bereijo León explica que, por un lado, están todas aquellas injerencias que de una u otra manera pueden calificarse como limitaciones probatorias porque actúan restringiendo las fuentes o medios de prueba admisibles, bien de forma positiva al afirmar la eficacia probatoria de un único medio de prueba con exclusión de los demás, o bien de forma negativa al suponer la admisión de todos los medios de prueba, pero excluyendo la eficacia de un único y particular medio de prueba o de varios de ellos. Junto a estas, explica también la autora, están las injerencias normativas directas sobre la valoración de la prueba, que se manifiestan en forma de reglas sobre el valor probatorio y que constituyen propiamente la llamada prueba legal *stricto sensu*, consistente

[1] Así lo establece el art. 1° de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros, contenida en el Artículo primero de la citada ley N° 20.322, de 27 de enero de 2009.

Actualidad Juridica 29 final.indd 256 21-01-14 11:45

en atribuir un valor probatorio específico (tasado) a determinados medios de prueba.[2]

Tratándose de las denominadas *limitaciones probatorias*, nuestro Código Tributario las establece tanto de forma positiva cuanto de forma negativa.

Dentro de limitaciones probatorias establecidas de manera positiva encontramos el caso de los actos o contratos solemnes, en que el art. 132.15 del CT dispone que solo podrán ser acreditados por medio de la solemnidad[3] prevista por la ley (*v. gr.*, la venta de bienes raíces que no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado por escritura pública, según el art. 1801.2 del Código Civil).[4]

Tratándose de las limitaciones probatorias formuladas en forma negativa, hay una que destaca por lo grave que pueden llegar a ser sus consecuencias jurídicas para el contribuyente. Nos referimos a la limitación que consagra el artículo 132.11 del CT, en los siguientes términos: "No serán admisibles aquellos antecedentes que, teniendo relación directa con las operaciones fiscalizadas, hayan sido solicitados determinada y específicamente por el Servicio al reclamante en la citación a que se refiere el artículo 63 y que este último, no obstante disponer de ellos, no haya acompañado en forma íntegra dentro del plazo del inciso segundo de dicho artículo. El reclamante siempre podrá probar que no acompañó la documentación en el plazo señalado por causas que no le hayan sido imputables". Agrega el inciso 12° del mismo artículo, que "el Juez Tributario y Aduanero se pronunciará en la sentencia sobre esta inadmisibilidad".[5]

---

[2] Rodríguez-Bereijo León, María, *La prueba en Derecho Tributario*, Edit. Aranzadi S.A., Pamplona, 2007, p. 217.

[3] El que un negocio sea solemne, explica Domínguez Águila, trae para el derecho importantes consecuencias. Desde luego, si la forma es exigida por vía de solemnidad *–ad solemnitatem–*, la voluntad es inseparable de la forma y esta se justifica para dar consistencia voluntaria.- De ahí que mientras en otros negocios la ausencia de la forma no acarrea la nulidad del negocio, si se trata de una solemnidad, su ausencia tiene como resultado la nulidad absoluta del negocio. Se trata de la ausencia de voluntad jurídicamente relevante, de la falta de un requisito exigido en consideración a las personas que en él intervienen (art. 1682, inciso 2°, del Código Civil). La forma del testamento, o del matrimonio, es exigida cualquiera que sea el estado o calidad de las personas que en esos negocios intervienen. Si la forma no es una solemnidad, el negocio tiene vida independiente al de aquella: contenido y continente se separan. Si la forma es solemnidad, la falta de forma o la nulidad de esta acarrea una nulidad refleja del negocio (Domínguez Águila, Ramón, *Teoría general del negocio jurídico,* Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2012, pp. 123-124).

[4] Dentro de la misma clase de limitaciones, puede considerarse como otro ejemplo el art. 132.15 del CT, cuando a propósito de los casos en que la ley requiera probar mediante contabilidad fidedigna (v. gr. el artículo 71.1 de la Ley de Impuesto a la Renta, en materia de justificación de inversiones), establece que el juez deberá ponderar preferentemente –que no exclusivamente– dicha contabilidad. Se trata, en todo caso, de una excepción relativa, porque a pesar de que el juzgador debe ponderar preferentemente la prueba contable, no se excluye la admisión de otros medios aptos para producir fe, los que en su valor de convicción pueden, eso sí, verse mermados frente a un análisis comparativo.

[5] Otro ejemplo de esta segunda clase de limitaciones probatorias se encuentra en el caso de la prueba confesional, que no puede ser utilizada por el contribuyente, toda vez que el art. 132.9 del CT dispone que el Director, los Subdirectores y los Directores Regionales no tendrán la facultad de absolver posiciones en representación del Servicio. Estimamos que, incluso, cabe descartar la posibilidad de que las autoridades en cuestión puedan ser citadas a prestar confesión sobre hechos propios, aserto

Actualidad Juridica 29 final.indd 257 21-01-14 11:45

Por último, en cuanto a las injerencias normativas directas sobre la valoración de la prueba, dado el sistema de ponderación conforme a las reglas de la sana crítica[6] que establece el artículo 132.14 del CT, pensamos que se encuentran excluidas. Sin embargo, si analizamos con detención el caso ya apuntado de los actos o contratos solemnes (art. 132.15 CT), que solo pueden ser acreditados por medio de la solemnidad prevista por la ley, dado que es ella misma la que, a priori, fija el valor probatorio individual de cada solemnidad, podemos considerarlo también como un ejemplo de injerencia normativa directa. Así, por ejemplo, para determinar el valor probatorio de una escritura pública de compraventa de un bien raíz, el juez deberá recurrir a las reglas que entregan los artículos 1699, 1700, 1706 y 1801.2 del Código Civil.

En suma, el caso del art. 132.15 del CT constituye un ejemplo de injerencia normativa indirecta, concebida como una limitación probatoria que se formula de manera positiva, en cuanto los actos o contratos solemnes solo pueden ser acreditados a través de la solemnidad prevista en la ley; pero, al mismo tiempo, representa un ejemplo de injerencia normativa directa, por cuanto es la propia ley la que le asigna a la solemnidad respectiva un valor probatorio específico (tasado) y que el juez debe respetar.

Ahora bien, dentro de las limitaciones probatorias enunciadas, nos interesa particularmente detenernos en la inadmisibilidad por falta de entrega oportuna de antecedentes en la fase administrativa de fiscalización que, como se dijo, establece el art. 132.11 del CT.

El punto es de suyo relevante, puesto que el debido proceso, entendido como un "procedimiento y una investigación racionales y justos" que se encarga de establecer al legislador en el inciso 5° del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental,[7] exige como una de las garantías mínimas para cumplir con esos estándares de racionalidad y justicia, el derecho de las partes a la rendición de pruebas.[8]

corroborado por la propia historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.322, de 27 de enero de 2009. En efecto, en el primer informe de la Comisión de Hacienda del Senado, recaído en la indicación sustitutiva al proyecto original formulada por el Poder Ejecutivo, se consigna una indicación de los Honorables Senadores señores Novoa y Prokurica, para agregar al inciso noveno del artículo 132 del Código Tributario, la oración: "Sin embargo, los Directores Regionales podrán ser citados a confesar sobre hechos propios que puedan ser relevantes para la resolución de la causa". Esta propuesta no fue acogida, siendo aprobada la norma con la misma redacción que hoy tiene. La historia de la Ley Nº 20.322 puede encontrarse en la página www.leychile.cl (30 de octubre de 2013).

6 Al decir de Peñailillo Arévalo, en este sistema se entregan al juez amplias facultades para apreciar la prueba, pero imponiéndole los deberes de establecer los hechos mediante un razonamiento lógico en base a las pruebas rendidas, y exponer en la sentencia ese proceso de razón con el cual llegó a la convicción de que tales son los hechos que establece (Peñailillo Arévalo, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 19).

7 Nogueira Alcalá, Humberto, *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Edit. Librotecnia, 2ª edic., Santiago, 2012, p. 25.

8 Navarro Beltrán, Enrique, "El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Jaime Arancibia *et al.* (coord.), *Litigación Pública,* Edit. AbeledoPerrot, Santiago, 2011, p. 20.

Actualidad Juridica 29 final.indd 258 21-01-14 11:45

El objetivo del presente trabajo, entonces, es entregar una visión general de los requisitos establecidos por el legislador para que opere esta inadmisibilidad, plantear las dudas o inquietudes que la redacción de la norma nos merece, recurriendo, allí donde existe, a la jurisprudencia emanada de los Tribunales Tributarios y Aduaneros,[9-10] órganos jurisdiccionales que han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en más de una oportunidad.

1. Fundamentos de la inadmisibilidad probatoria.

Como bien lo apunta Abache Carvajal, "no es posible hablar del ejercicio de las potestades administrativas sin –forzosamente– hacer lo propio sobre el medio formal a través del cual éstas deben transitar, esto es, la institución del procedimiento administrativo". Después de todo, agrega, "la Administración debe conducir su función y sujetar su actuación a ciertos requisitos y formalidades antes de la exteriorización de su voluntad, siendo que ésta solo puede constituirse a través de la sustanciación del procedimiento administrativo".[11]

En nuestro Derecho, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N° 20.431, de 30 de abril de 2010, no existía una norma en el Código Tributario que reconociere expresamente el carácter de procedimientos administrativos a los contemplados en él y que, aun cuando no se diga de un modo expreso, corresponden ciertamente a los que lleva adelante el SII en ejercicio de sus potestades fiscalizadoras, conclusión que es de toda lógica, puesto que los tramitados ante los TTA y, en casos excepcionales, ante los Tribunales Civiles, son procedimientos judiciales. Tal reconocimiento lo hace el artículo 10.2 del CT, al expresar que "los plazos de días insertos en los *procedimientos administrativos* establecidos en este Código son de días hábiles...".[12]

El aserto anterior se ve ratificado por la historia fidedigna del establecimiento de la citada ley. En efecto, el Mensaje Presidencial con el cual se dirigió el proyecto al Congreso Nacional, refiriéndose a la modificación propuesta al artículo 10 del Código Tributario, señaló: "Así, se pretende dar certeza a los

[9] Los fallos citados en este trabajo han sido mayoritariamente obtenidos desde la página www.tta.cl (30 de octubre de 2013), a través del links "jurisprudencia". Asimismo, hemos utilizado la página electrónica del Servicio de Impuestos Internos, www.sii.cl, links "Más información" (30 de octubre de 2013), indicándose en la respectiva cita cuando así ha ocurrido.

[10] Cada sentencia se singulariza con la abreviatura STTA, seguida de la indicación de la ciudad asiento del Tribunal que la dictó, su fecha y el RIT (rol interno del tribunal) de la causa, esto último cuando se tiene. De este modo, STTA de Concepción significa "sentencia del Tribunal Tributario y Aduanero de Concepción".

[11] Abache Carvajal, Serviliano, "La (des) formalización del ejercicio de la potestad de investigación fiscal: un problema actual del derecho tributario venezolano", en Patricio Masbernat (coord.), *Problemas actuales de Derecho Tributario Comparado*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 380-381.

[12] El destacado es nuestro.

Actualidad Juridica 29 final.indd 259 21-01-14 11:45

contribuyentes en materia de plazos, particularmente en su contabilización. La coexistencia de la actual norma del artículo 10 del Código Tributario y la del artículo 25 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, podría generar confusión entre los contribuyentes. Por ello, se busca igualar la pertinente disposición del código impositivo con lo que establece la citada ley N° 19.880. Asimismo, con esta modificación se evita que plazos para actuaciones de los contribuyentes venzan en día sábado".[13]

Resulta evidente que la igualación de las dos disposiciones a que alude el Mensaje supone de manera inequívoca el carácter administrativo de los procedimientos de fiscalización que despliega el SII.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 6.1 del CT y 1 del D.F.L. Nº 7/1980, corresponde al SII la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias, comprendiendo todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente.

En relación con las normas anteriores, los artículos 60.1 y 63.1 del CT dejan en claro que el uso de los medios legales concedidos a esa entidad pública para el cumplimiento de su cometido, tiene dos objetivos fundamentales, a saber: 1) comprobar la exactitud de las declaraciones presentadas por los contribuyentes; y 2) obtener las informaciones y antecedentes relativos a los impuestos que se adeuden o pudieren adeudarse.

Podemos afirmar, entonces, con Rodríguez-Bereijo León, que se le impone al SII un deber de investigar todos aquellos hechos que aparentemente revistan trascendencia a efectos tributarios y de reconstruir la verdad del relato fáctico del que haya tenido conocimiento,[14] sin olvidar que es en la ley en donde se deben encontrar los criterios para la determinación de los hechos que hacen nacer las obligaciones (hipótesis de incidencia), su realización genérica y específica, momento, identificación del sujeto pasivo y cuantía debida.[15]

La relación jurídica obligatoria singular de impuesto, ha dicho Hensel, es una relación jurídica transitoria; las obligaciones autónomas del derecho tributario administrativo en cambio crean una relación duradera entre la Autoridad tributaria y aquel en la persona del cual surgen contemporánea o sucesivamente una serie de

[13] La historia de la Ley N° 20.431, puede encontrarse en www.leychile.cl (30 de octubre de 2013).
[14] Rodríguez-Bereijo León, María, ob. cit., p. 95.
[15] Ataliba, Gerardo, *Hipótesis de incidencia tributaria*, trad. Leandro Stok y Mario A. Salvo, Edit. Legis, 6ª edic., Buenos Aires, 2011, p. 157.

Actualidad Juridica 29 final.indd 260 21-01-14 11:45

relaciones obligatorias de impuesto.[16] En este contexto, destaca Altamirano, el contribuyente tiene la doble obligación de ingresar el tributo y de dar cumplimiento a una serie de deberes formales vinculados con la relación jurídico-tributaria, que consiste en aquellos actos positivos que el contribuyente debe realizar para que se cumpla la obligación tributaria. En este sector de la relación jurídico-tributaria se ubica el deber de colaboración, que es paralelo con la obligación de pagar el tributo y además un compromiso civil que se vincula con el adecuado ejercicio de las facultades de fiscalización que tiene la Administración.[17]

De otro lado, cabe apuntar que la noción de procedimiento, entendida como el cauce formal por el que discurre la actividad administrativa que configura la faz dinámica de la relación tributaria, llevada a cabo exclusivamente ante órganos de la Administración, suele ser empleada en contraposición al concepto de proceso, que se considera el cauce formal de la función judicial.[18] A este respecto, Pérez Arraiz explica: "En el proceso aparece la idea de litigio, se reclama la tutela de un interés … El carácter jurisdiccional, como nota opuesta al carácter legislativo y al administrativo, es una de las diferencias que individualiza el proceso. En este sentido la jurisdiccionalidad se ha considerado como la característica que determina el concepto de proceso objeto del Derecho Procesal, eliminando del ámbito de esta disciplina aquellos procesos en los que no aparezca la misma".[19]

Sin embargo, no debe pensarse que la distinción descansa en la ausencia de intereses opuestos en el procedimiento administrativo, porque en realidad el procedimiento de inspección es de naturaleza fundamentalmente contradictoria, dado que se enfrentan intereses económicos contrapuestos:[20] los de la Hacienda Pública por un lado, y los del contribuyente por otro.[21]

La distinción cobra relevancia, entonces, en función de que quien dirige y coordina el procedimiento administrativo (tributario) es la propia Administra-

[16] Hensel, Albert, *Derecho Tributario,* trad. Leandro Stok y Francisco M. B. Cejas, Edit. Nova Tesis, Rosario, Argentina, 2004, p. 244.
[17] Altamirano, Alejandro C., *Derecho Tributario. Teoría general,* Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 466.
[18] Rodríguez, María José, *El acto administrativo tributario. Con la aplicación de los principios y garantías del procedimiento administrativo,* Edit. Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 40.
[19] Pérez Arraiz, Javier, *La prueba en los procedimientos tributarios tras la aprobación de la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre),* Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2006, p. 31.
[20] Cfr. Altamirano, Alejandro C., ob. cit., p. 466.
[21] Pero la contradictoriedad no es algo negativo, e incluso se encuentra recogida como un principio en el art. 10 de la ley N° 19.880, de 2003, sobre Procedimiento Administrativo. Este principio, ha dicho Moraga Klenner, que reconoce el derecho de cualquier persona de ser escuchada, resguarda la igualdad de todos los interesados en el procedimiento (Moraga Klenner, Claudio, en Rolando Pantoja Bauzá (dir.), *Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo: Anotaciones sobre el Procedimiento Administrativo según la Jurisprudencia de los Tribunales Chilenos,* Edit. Legal Publishing, Santiago, 2013, t. XIV, vol. I., p. 26.

Actualidad Juridica 29 final.indd 261 21-01-14 11:45

ción tributaria –sujeto activo de la obligación homónima–,[22] mientras que en el proceso jurisdiccional el juez interviene como un órgano ajeno, encaminando su actuar a lograr la resolución de los conflictos –ahora entre partes, en el sentido procesal del término– derivados de aquella contraposición de intereses.

Frente a la existencia de intereses contrapuestos en el procedimiento de inspección de los tributos, cabe señalar que esta sola circunstancia no extingue el deber de colaboración para con la Administración tributaria que pesa sobre el contribuyente, vale decir, existe incluso en el marco de las diferentes aspiraciones y exigencias del Estado y de los contribuyentes.[23] Sin embargo, dado el distinto ámbito de acción de lo administrativo y lo jurisdiccional, parece lógico entender, en principio, que la vulneración de ciertos deberes de colaboración de carácter probatorio prejurisdiccionales, esto es, la falta de entrega oportuna de antecedentes, no tenga asociada una consecuencia jurídica para el contribuyente distinta a la de sufrir la determinación o asertamiento de la obligación tributaria por parte del SII, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que corresponda si, por ejemplo, esa desidia configura un entrabamiento de la fiscalización (art. 97.6° del CT).

En otros términos, la infracción del deber de colaboración en el marco del procedimiento administrativo de fiscalización, no trae naturalmente aparejada una sanción cuyos efectos jurídicos incidan o se radiquen en el desarrollo de un eventual contencioso tributario posterior.

Esta es, a nuestro juicio, la razón por la cual el legislador hubo de establecer expresamente una norma de inadmisibilidad probatoria, como la contenida en el art. 132.11 del CT.

Ahora bien, en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se dejó constancia de lo siguiente: "La necesidad de tal norma fue fundada por los representantes de los Servicios del Ejecutivo en el hecho de que no es de rara ocurrencia que litigantes de mala fe oculten antecedentes que están en su poder pero que el Servicio desconoce, porque no ha sido parte en el hecho o acto jurídico que consta en ellos. El contribuyente, entonces, hace aparecer los antecedentes más tarde, echando por tierra el proceso cuando ya no es posible rectificar e intentar la acción adecuada, porque ha vencido el plazo de prescripción que la extingue.- Quedó en claro que esta disposición incentivará la puesta oportuna a disposición del fiscalizador de los antecedentes necesarios, y evitará procesos erróneos".[24]

[22] Rodríguez-Bereijo León precisa que el principio de oficialidad domina el procedimiento tributario de aplicación de los tributos, que reviste así un carácter marcadamente inquisitivo; y citando a Pugliese, explica que "en él prevalecen siempre elementos de interés objetivo referentes sea a las necesidades financieras del Estado, sea a la justicia distributiva de las cargas públicas y a la igualdad de los ciudadanos en materia de impuestos" (Rodríguez-Bereijo León, María, ob. cit., pp. 93-94).

[23] Cfr. Altamirano, Alejandro C., ob. cit., p. 466.

[24] La historia de la Ley N° 20.322 puede encontrarse en www.leychile.cl (30 de octubre de 2013).

Actualidad Juridica 29 final.indd 262 21-01-14 11:45

A partir de lo anterior, Montecinos Araya sostiene que la inadmisibilidad "deberá constituir una verdadera sanción a la mala fe del contribuyente, la que no podrá presumirse y deberá ser objeto de prueba o, al menos, desprenderse de elementos de convicción poderosos". Y agrega el mismo autor: "De allí que cuando no concurra clara y concretamente el telos legislativo, a saber, el ocultamiento doloso de antecedentes con miras a la prescripción, deberá desestimarse la inadmisibilidad. El precepto no ha sido establecido, con cernamiento de una garantía de rango constitucional, para la comodidad de la administración, sino para sancionar una actuación de mala fe con miras a obtener la impunidad impositiva mediante la prescripción extintiva".[25]

Coincidimos con el autor citado en cuanto a que el fundamento de la inadmisibilidad probatoria persigue sancionar una conducta omisiva del contribuyente, empero discrepamos respecto a que la mala fe sea una condición sine quanon para que opere. En efecto, si, como veremos, puede el administrado eximirse de la exclusión probando que a causa de un hecho no imputable a él dejó de acompañar los antecedentes solicitados, es porque la mera negligencia o descuido –tan imputable al contribuyente como la predisposición psicológica de querer impedir el ejercicio de las facultades fiscalizadoras del SII con miras a beneficiarse de la prescripción extintiva– será bastante para que se vea afectado por ella; y solo la concurrencia de elementos externos, que no pendieron de su voluntad, podrá excusarle.

Cierto es que, para el establecimiento de la norma en cuestión, las razones esgrimidas por las autoridades tributarias del gobierno de la época apuntaron a reprimir la conducta de litigantes de mala fe, sin embargo, los términos en que finalmente quedó redactada la disposición no dejan margen para considerarla un requisito de procedencia de la inadmisibilidad probatoria.[26-27]

[25] Montecinos Araya, Jorge, *La prueba en el nuevo proceso tributario* (Facultad de Derecho, Universidad de Concepción), inédito, s. l., s. d., p. 8. Agradecemos al profesor Montecinos el habernos permitido utilizar el manuscrito.

[26] En su redacción original, la norma era del siguiente tenor: "No serán admisibles aquellos antecedentes que hubiesen sido solicitados determinadamente por el Servicio al contribuyente en la citación a que se refiere el artículo 63 y que este último, no obstante disponer de ellos, no haya acompañado en forma íntegra dentro del plazo del inciso segundo de dicho artículo". Fue recién con la Indicación N° 70, de los Honorables Senadores señores Novoa y Prokurica, que se incluyó la posibilidad de que el contribuyente pudiere probar su inimputabilidad en la falta de entrega de los antecedentes. Al efecto, puede consultarse la historia de la Ley N° 20.322, en www.leychile.cl (30 de octubre de 2013).

[27] Debe tenerse presente, con todo, tal como lo expresa la doctrina, que la norma general tiene una voluntad o sentido propio, ajeno al de su autor. Tan pronto las normas aparecen insertas en el sistema normativo pierden su paternidad, se independizan o cobran vida propia. El elemento histórico, por consiguiente, que se usa en la fase de interpretación formal, está destinado, única y exclusivamente, a desentrañar el sentido literal de la ley. No puede sostenerse, entonces, que la voluntad de la ley sea la voluntad del legislador; que la voluntad de la Constitución sea la del constituyente, o que la del decreto reglamentario sea la voluntad de la autoridad con potestad reglamentaria que lo dicta. Desde luego, la intención, voluntad o pensamiento de la autoridad se expresa en un momento histórico determinado y la norma está destinada a regir indefinidamente a lo largo del tiempo (Vid. Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la interpretación jurídica*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1995, p. 36).

Actualidad Juridica 29 final.indd 263 21-01-14 11:45

Estimamos, así, que el fundamento de la norma que contiene la inadmisibilidad probatoria se halla en la intención de sancionar a aquel contribuyente que, por cualquier causa vinculada a su voluntad, ha dado origen, a lo menos en parte, al contencioso tributario; precisamente porque fue la falta de entrega oportuna de esos antecedentes la que gatilló la decisión administrativa luego impugnada en sede judicial.

En este sentido, el TTA de La Serena ha sostenido que la inadmisibilidad probatoria "busca castigar al litigante que, habiendo tenido la posibilidad de esclarecer su situación tributaria en la instancia administrativa de la determinación de la deuda tributaria, específicamente en el trámite de la citación del artículo 63 del Código del ramo, aportando los antecedentes que le fueren requeridos al efecto, no los descubre, no coopera, no entrega el antecedente y luego pretende hacerlos valer en el juicio".[28]

Desde otro ángulo, justificando la existencia de la regla de exclusión que se analiza, el TTA de Valdivia resolvió que: "… si bien la averiguación de la verdad es el fin prioritario del proceso en materia de prueba, no es el único. Puede que en aras de otras finalidades –protección de garantías constitucionales, eficiencia, rapidez, buena fe procesal, etc.– se estime conveniente excluir determinadas pruebas. Esta exclusión supone, desde luego, un posible perjuicio epistemológico, pero se justifica por los valores alternativos a la verdad que el legislador ha decido proteger".[29] El mismo tribunal concluye que "La norma busca, simplemente, proteger la racionalidad, eficiencia y buena fe del sistema de fiscalización impositivo, propendiendo … a la necesaria consistencia entre la etapa de fiscalización y la jurisdiccional, además de impedir que, mediante la demora deliberada en el acompañamiento de documentos, se logre la prescripción de las obligaciones impositivas".[30]

Pero de aquí no se sigue que la competencia del tribunal se circunscriba a un mero análisis de legalidad formal de las actuaciones del Servicio de Impuestos Internos –ha dicho el TTA de Puerto Montt–, porque "si la nueva norma ha establecido una sanción específica para el caso de falta de aportación de pruebas por el contribuyente en sede administrativa, a contrario sensu está aceptando que en sede judicial el tribunal pueda pronunciarse sobre el fondo de la cuestión controvertida y no solo sobre la forma".[31] A mayor abundamiento, "si el legislador concede al contribuyente la posibilidad de probar 'siempre' que la falta en la entrega oportuna de estos antecedentes en sede administrativa se

[28] STTA de La Serena, 11 de diciembre de 2012, disponible en www.sii.cl.
[29] STTA de Valdivia, 6 de marzo de 2013, RIT Nº GR-11-00022-2012.
[30] Ídem nota anterior. En esta parte, el fallo recoge la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sentencia de 31 de enero de 2013, recaída en un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 132.11 del CT, el cual fue rechazado, Rol 2279-12-INA.
[31] STTA. de Puerto Montt, 19 de noviembre de 2012, RIT Nº GR-12-00010-2012.

Actualidad Juridica 29 final.indd 264 21-01-14 11:45

ha debido a causas que no le son imputables, se abre indirectamente a la posibilidad de que el tribunal pueda considerar en ciertos casos estos antecedentes y fallar conforme a ello, obviamente y como ya se ha señalado, sobre el fondo de la cuestión controvertida".[32]

En todo caso, el análisis de los requisitos legales para su procedencia debe ser exhaustivo, porque en medio de la tensión existente entre celeridad del cobro de la renta pública, como objetivo de política financiera del Estado, por un lado, y la necesidad de acertar previamente el crédito tributario y las consecuencias jurídicas que se originen en él, como garantía constitucional de la vigencia del Estado de Derecho,[33] por otro, la inadmisibilidad probatoria aparece como un factor que puede inclinar la balanza hacia uno u otro extremo, rompiendo esa tensión que, al mismo tiempo, importa equilibrio en la relación Fisco-contribuyente.

En este predicamento, se ha resuelto que "esta limitación a la admisibilidad de la prueba aportada por el reclamante constituye una excepción a la libertad probatoria consagrada en el procedimiento general de reclamaciones contenido en el Código Tributario, por lo cual su aplicación es de derecho estricto y ha de verificarse solo cuando se compruebe el cumplimiento de los requisitos que la ley ha establecido al efecto, ya que pese a ser una norma que tiene un fin legítimo, que consiste en evitar el ocultamiento de pruebas relevantes para el juicio, la sanción procesal de exclusión de pruebas que impone obliga al tribunal a ser riguroso en su aplicación".[34]

Lo anterior es de tener en cuenta, puesto que si bien, tal como lo apunta García Novoa, los tributos no son sancionadores ni consisten en la sanción de un ilícito en la medida que sean verdaderos tributos, esto es, responden a su función constitucional y lo hagan respetando los principios y valores que la Constitución impone,[35] en los hechos, como consecuencia de la no entrega oportuna de los antecedentes requeridos por el Servicio de Impuestos Internos, pueden terminar cumpliendo de todos modos esa función respecto al contribuyente afectado.

2. Requisitos de la inadmisibilidad probatoria. Enumeración.

De la relación de los artículos 63 y 132, incisos 11º y 12º, ambos del CT, se desprende que los requisitos para que opere la inadmisibilidad probatoria son los siguientes:

---

[32] Ídem.

[33] Cfr. Carranza Torres, Luis, *Ejecución fiscal*, Edit. Legis, Buenos Aires, 2011, p. 23.

[34] STTA de Temuco, 4 de mayo de 2012, RIT N° GR-08-00027-2011. En igual sentido, STTA de Antofagasta, 1 de junio de 2012, RIT N° GR-03-00019-2011; STTA de Antofagasta, 13 de marzo de 2012, RIT Nº GR-03-00020-2011; y STTA de La Serena, 11 de diciembre de 2012, disponible en www.sii.cl.

[35] García Novoa, César, *El concepto de tributo*, Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 219.

Actualidad Juridica 29 final.indd 265 21-01-14 11:45

1) Que el SII haya formulado una solicitud de antecedentes al reclamante, a través de una citación.

2) Que los antecedentes pedidos tengan relación directa con las operaciones fiscalizadas.

3) Que los antecedentes hayan sido solicitados determinada y específicamente.

4) Que el reclamante, no obstante disponer de los antecedentes solicitados, no los haya acompañado en forma íntegra dentro del plazo legal establecido para contestar la citación.

5) Que el contribuyente no logre probar que por causas que no le hayan sido imputables, no acompañó los antecedentes dentro de plazo.

6) Que el Juez Tributario y Aduanero la declare en su sentencia definitiva.

3. Análisis de los requisitos.

3.1 Que el SII haya formulado una solicitud de antecedentes al reclamante, a través de una citación.

En relación con este primer requisito, como punto de partida debemos precisar la noción de "antecedentes" que utiliza la norma, puesto que constituye el objeto de la solicitud que debe contenerse en la citación.

El CT no contiene una definición, por ello, y de acuerdo a lo estabecido en el art. 20 del Código Civil, hemos de entender la palabra en su sentido natural y obvio, según su uso general, recurriendo al Diccionario de la Real Academia Española (DRAE). Así, en su segunda acepción, antecedente significa "acción, dicho o circunstancia que sirve para comprender o valorar hechos posteriores".[36]

Desconocemos las razones por las cuales el legislador optó por utilizar la voz "antecedentes", y en cambio no empleó la expresión documentos –a pesar de que, como lo apunta Del Padre Tomé, la prueba documental ocupa lugar de relevancia en los procesos administrativos tributarios–[37] o no refirió los libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, siguiendo al efecto la nomenclatura de que se vale el art. 21 del CT.

[36] Vid. http://lema.rae.es/drae/?val=antecedente.
[37] Del Padre Tomé, Fabiana, *La prueba en el Derecho Tributario*, trad. Juan Carlos Pánez Solórzano, Edit. ARA, Perú, 2011, p. 145.

Actualidad Juridica 29 final.indd 266 21-01-14 11:45

Tal vez, la razón se encuentre precisamente en esa misma disposición legal. En efecto, su inciso 1° señala a los documentos, los libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, como elementos a través de los cuales el contribuyente, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él, debe probar la verdad de sus declaraciones o la naturaleza de los antecedentes y monto de las operaciones que deban servir para el cálculo del impuesto; vale decir, en la óptica de esta disposición, los "antecedentes", en cuanto a su naturaleza, aparecen como el objeto de la prueba que debe rendir el contribuyente. En cambio, en el inciso 2° del mismo artículo, el legislador considera los antecedentes ya no como objeto de la prueba, sino que como uno de los medios justificativos de los impuestos autodeterminados por el contribuyente, al disponer que: "El Servicio no podrá prescindir de las declaraciones y *antecedentes presentados* o *producidos* por el contribuyente y liquidar otro impuesto que el que de ellos resulte, a menos que esas declaraciones, documentos, libros o *antecedentes* no sean fidedignos".[38] Y agrega: "En tal caso, el Servicio, previos los trámites establecidos en los artículos 63 y 64, practicará las liquidaciones o reliquidaciones que procedan, tasando la base imponible con los *antecedentes* que obren en su poder".[39]

De esta manera, la expresión de que hablamos aparece comprensiva de toda clase de documentos,[40] instrumentos, libros de contabilidad y, en general, de todo elemento apto para acreditar, comprender o valorar los hechos jurídicos de carácter tributario declarados o manifestados por el contribuyente en el desarrollo de sus actividades económicas, lo que es plenamente concordante con el objeto que persigue el ejercicio de las facultades fiscalizadoras del SII, esto es, comprobar la exactitud de las declaraciones presentadas por los contribuyentes y obtener las informaciones y antecedentes relativos a los impuestos que se adeuden o pudieren adeudarse (arts. 60.1 y 63.1 del CT).

El legislador espera que la información recabada permita cersiorarse de que lo manifestado por el contribuyente a la Administración tributaria es fidedigno y, al mismo tiempo, descubrir otros hechos hasta entonces ignorados y que pudieran ser demostrativos de capacidad contributiva.[41] Y es que, como bien lo señala

[38] El destacado es nuestro.
[39] Ídem.
[40] En España, Rodríguez-Bereijo León, citando a Ormazábal, explica que a partir de las regulaciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que ofrece un cauce probatorio específico para los soportes o instrumentos informáticos y los medios de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen, la noción de documento se puede condensar en la de "soporte u objeto mueble, fácilmente trasladable a presencia judicial, susceptible de ser copiado o reproducido también con facilidad, y capaz o idóneo para incorporar signos gráficos –de escritura u otro tipo– inmediatamente legibles o visualizables" (Rodríguez-Bereijo León, María, ob. cit., p. 230).
[41] La Ley General Tributaria española (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), en su art. 141, letra a), expresa que la inspección tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a: "La investigación de los supuestos de hecho de las obligaciones tributarias para el descubrimiento de los que sean ignorados por la Administración". A diferencia de nuestro sistema, esta legislación efectúa

Actualidad Juridica 29 final.indd 267 21-01-14 11:45

Laporta, "una pretensión directiva por parte del Estado tiene necesariamente esta doble faz: por un lado, libra a la decisión del destinatario la activación del presupuesto de hecho, pero, por el otro, le impide nominar a su conducta de forma diferente a la definida en el enunciado legal que conforma el caso."[42]

De otro lado, la norma exige que la solicitud de antecedentes se formule a través de una citación, medio de fiscalización que, con base en el art. 63.2 del CT, Pérez Rodrigo ha definido como "una comunicación escrita dirigida al contribuyente, por el jefe de la oficina respectiva o por el funcionario en quien haya delegado esa función, para que, dentro del plazo de un mes, presente una declaración, o rectifique, aclare, amplíe o confirme una declaración anterior".[43]

Llama la atención que el legislador haya considerado a la citación como el instrumento idóneo a través del cual el SII debe materializar la solicitud de antecedentes al contribuyente, dado el acotado objeto que el art. 63.2 del CT le asigna.

Pensamos, sin embargo, que existen dos razones por las cuales la citación resulta ser el medio más apto a tales efectos.

La primera razón es que, tal como lo apunta la doctrina, si bien se ha entendido que la citación es un importante medio de fiscalización e incluso se la concibe como el procedimiento fiscalizatorio por excelencia, en realidad es más bien el resultado de una fiscalización previa. En efecto, el contribuyente solo podrá ser citado para, por ejemplo, presentar una declaración omitida, cuando se ha detectado que no fue presentada oportunamente, y eso solo podrá ser posible a través de una inspección previa realizada mediante la utilización de otros medios,[44] *v. gr.*, un requerimiento de antecedentes.

La segunda razón descansa en la relevancia que ostenta la citación, en cuanto su notificación oportuna produce el efecto de aumentar los plazos de prescripción del art. 200 del CT[45] por el término de tres meses a contar desde que se cite al contribuyente, y si se prorroga el plazo para contestar, se entenderán

una descripción pormenorizada de las acciones en que consiste el ejercicio de las funciones administrativas de inspección tributaria (Vid. *Ley General Tributaria y normas complementarias (Delito fiscal y contrabando),* Edit. Tecnos, 13ª edic., preparada por Juan Martín Queralt, Madrid, 2009, p. 206).

[42] Laporta, Mario H., *Delito fiscal. El hecho punible, determinación del comportamiento típico,* Edit. B de F, Buenos Aires, 2013, p. 25.

[43] Pérez Rodrigo, Abundio, *Manual de Código Tributario*, Edit. Legal Publishing, 9ª edic., Santiago, 2013, p. 219.

[44] Cfr. Pérez Rodrigo, Abundio, ob. cit., pp. 219-220.

[45] La doctrina entiende que el aumento también afecta a los plazos del art. 201 del CT, porque de lo contrario se produciría un verdadero contrasentido: la Administración estaría facultada para fiscalizar, pero la acción de cobro resultante de tal fiscalización estaría prescrita (Vid. Peirano Zuñiga, Paola, *La prescripción de las acciones fiscalizadoras y de cobro en el Código Tributario,* Edit. ConoSur Ltda., Santiago, 2000, pp. 79-80).

Actualidad Juridica 29 final.indd 268 21-01-14 11:45

igualmente aumentados, en los mismos términos, los plazos de prescripción (arts. 63.3 y 200.4 del CT). De nada serviría, como se comprende, que para la solicitud de antecedentes se hubiere establecido como medio apto, por ejemplo, un simple requerimiento que ningún efecto produce en el lapso prescriptivo. Pero independientemente de las razones que motivaron al legislador a considerar la citación como el mecanismo apto para la solicitud de antecedentes, es lo cierto que sin ella simplemente no habrá lugar a la inadmisibilidad probatoria. Así lo ha entendido la jurisprudencia, resolviéndose por el TTA de Puerto Montt que la circunstancia de que el contribuyente no haya sido citado conforme al artículo 63, sino solo notificado para comparecer al Servicio en fecha determinada, "obsta a la aplicación de cualquier sanción de inadmisibilidad".[46]

En igual sentido, el TTA de Temuco sostuvo "Que, del análisis de la alegación efectuada surge que la actuación administrativa reclamada no ha sido precedida por el trámite de la citación contemplada en el artículo 63 del Código Tributario, antecedente previo y requisito legal para determinar la procedencia de la exclusión de antecedentes probatorios por haber sido solicitados en forma detallada y específica por la administración tributaria en dicha actuación".[47] En otro fallo, el TTA de Iquique sostuvo que "El primer requisito que el SII debió cumplir para aspirar a la inadmisibilidad probatoria judicial que ahora pretende es haber efectuado una 'citación' de conformidad al artículo 63, en donde hubiere señalado, determinada y específicamente, los antecedentes solicitados y que tienen relación directa con las operaciones fiscalizadas; citación que el SII no practicó…".[48]

La jurisprudencia ha exigido también que la citación conste materialmente en el proceso, independientemente de que las partes se encuentren contestes en su existencia. En este sentido, el TTA de Concepción resolvió "Que, cabe tener presente que el artículo 132 inciso 11° del Código del ramo exige para operar, entre otros requisitos, que los antecedentes que se reprochen hayan sido solicitados determinada y específicamente por el Servicio al reclamante en la citación a que se refiere el artículo 63. Empero, si bien es cierto no existe controversia entre los litigantes acerca del hecho de haberse practicado efectivamente una citación a la reclamante, no lo es menos que la entidad fiscal no acompañó semejante documento al proceso, lo que evidentemente impide a este sentenciador arribar al convencimiento de que la escritura pública de compraventa de marras fue determinada y específicamente solicitada en dicha actuación administrativa…".[49]

[46] STTA de Puerto Montt, 19 de noviembre de 2012, RIT N° GR-12-00010-2012.
[47] STTA de Temuco, 4 de mayo de 2012, RIT N° GR-08-00027-2011.
[48] STTA de Iquique, 18 de marzo de 2013, RIT N° GR GR-02-00057-2012.
[49] STTA de Concepción, 20 de noviembre de 2012, RIT N° GR-10-00026-2012.

Actualidad Juridica 29 final.indd 269 21-01-14 11:45

Ahora bien, no obstante que, como hemos visto, la jurisprudencia considera la citación como un supuesto ineludible para la exclusión de prueba, existen casos en los que se ha admitido una especie de inadmisibilidad probatoria, sin citación previa y, por ende, no fundada en el art. 132.11 del CT. Se ha recurrido en ellos a la idea de que el proceso jurisdiccional no constituye una nueva instancia de auditoría, de manera que no resulta procedente que el contribuyente acompañe documentos en sede judicial, cuando éstos no fueron aportados en sede administrativa. De esta manera, la intervención del órgano jurisdiccional en el contencioso tributario se encontraría limitada a un análisis acotado, en principio, a la verificación de la legalidad formal del acto reclamado, considerando en ello los antecedentes que el SII tuvo a la vista al momento de adoptar su decisión.

Así, en un fallo se lee: "Que ... no es plausible pretender que la etapa jurisdiccional se constituya en una nueva instancia de revisión o fiscalización, sin que previamente se acredite por el reclamante, en forma completa y fundada, cuáles son los incumplimientos o infracciones en que ha incurrido el órgano fiscalizador que sirven de fundamento para revisar su actuación, considerando que ya se ha desarrollado una adecuada auditoría que se ve reflejada en actuaciones fundadas del órgano fiscal. Esto, porque tal como se señaló, la normativa vigente encarga la fiscalización de los tributos al Servicio de Impuestos Internos y corresponde a esta judicatura revisar la procedencia de una determinada actuación administrativa y establecer a su respecto la adecuada interpretación y valoración que ha de darse a los antecedentes aportados por el contribuyente en la etapa de auditoría o revisión desarrollada por el ente fiscalizador, en caso de existir discrepancia respecto del alcance y sentido que ha de darse a un determinado precepto legal, así como verificar que el proceso de fiscalización desarrollado ofrezca garantías de cumplimiento de los derechos del contribuyente y que las actuaciones emanadas del órgano fiscal en la instancia administrativa se encuentren debidamente motivadas y fundadas"[50]. Asimismo, en otra sentencia se consigna: "Que, por lo tanto, los documentos acompañados por la reclamante en el transcurso del proceso se consideran desvinculados de la cuestión discutida en estos autos, ya que para su debido análisis el contribuyente debió acompañarlos en forma íntegra y completa ante la instancia de fiscalización, lo que en el presente caso no ha ocurrido por cuanto dichos antecedentes no fueron puestos oportunamente a disposición del Servicio de Impuestos Internos, situación que evidentemente atenta contra la buena fe procesal y el equilibrio que debe presidir el debate, ya que sin duda el órgano administrativo ha de tener ocasión de conocer oportunamente dicha documentación y pronunciarse sobre ella en los plazos legales de que dispone, cuestión que en el presente caso no ha ocurrido. En este sentido, teniendo en consideración las especiales

[50] STTA de Concepción, 4 de octubre de 2012, RIT N° GR-10-00009-2012.

Actualidad Juridica 29 final.indd 270 21-01-14 11:45

características que presenta el litigio tributario, se estima necesario que las partes dispongan de posibilidades equivalentes para sostener y fundamentar lo que consideren conveniente a sus derechos, lo cual evidentemente incluye que el ente fiscalizador haya podido llevar a cabo correctamente su labor revisora, disponiendo oportunamente de la documentación o antecedentes que el contribuyente debe poner a su alcance conforme a la ley".[51]

Finalmente, pensamos que la inadmisibilidad probatoria, supuesto el cumplimiento de los demás requisitos legales, solo afectará al contribuyente a quien se dirigió la citación, de modo que, si, por ejemplo, la falta de entrega oportuna de antecedentes determinó la aplicación de impuestos a una sociedad de personas, lo que al mismo tiempo produjo efectos en la tributación de sus socios, estos últimos no se verán alcanzados por la exclusión de pruebas en el juicio que ellos incoen en tanto personas naturales.

En el mismo ejemplo anterior, el problema puede ser un tanto más complejo tratándose del socio que es a la vez representante legal y administrador de la sociedad, a quien en tal calidad se le dirigió la citación, omitiendo la entrega de los antecedentes requeridos, y que luego, al reclamar de los impuestos liquidados a él, en tanto persona natural, pretende hacerlos valer. Estimamos que la solución no es distinta a la ya propuesta, porque la norma no deja lugar a dudas de que es al reclamante a quien afecta la exclusión probatoria, sin perjuicio, evidentemente, del valor probatorio que el Juez Tributario y Aduanero asignará en definitiva a los antecedentes respectivos.

3.2 Que los antecedentes pedidos tengan relación directa con las operaciones fiscalizadas.

Lo primero que debemos señalar respecto a este requisito es que para poder determinar la existencia de una relación directa entre los antecedentes requeridos y las operaciones fiscalizadas, es menester que la citación sea clara y precisa respecto a estas últimas. De otro modo, no resultará posible constatar semejante vínculo.

La norma en análisis no ha definido qué ha de entenderse por "operaciones fiscalizadas", ni lo ha hecho tampoco otra disposición del CT.

Comenzando por la expresión "operaciones", en lo que nos interesa a efectos de este estudio el DRAE define el singular "operación", en su tercera acepción, como "negociación o contrato sobre valores o mercaderías".[52]

[51] STTA de Temuco, 27 de diciembre de 2012, RIT N° GR-08-00039-2012.
[52] Disponible en http://lema.rae.es/drae/?val=operación.

Actualidad Juridica 29 final.indd 271 21-01-14 11:45

Por otra parte, nuestra legislación tributaria utiliza la expresión "operaciones" en diversas normas, atribuyéndole en todas ellas una connotación económica tal cual lo entiende la definición recién apuntada.

Así, por ejemplo, el inciso final del art. 16 del CT, inserto en el párrafo 2º, "De algunas normas contables", Título I del Libro Primero, expresa: "Las anotaciones en los libros a que se refieren los incisos anteriores deberán hacerse normalmente *a medida que se desarrollan las operaciones*".[53]

A su turno, el art. 21.1 del mismo cuerpo legal expresa: "Corresponde al contribuyente probar con los documentos, libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él, la verdad de sus declaraciones o la naturaleza de los antecedentes y *monto de las operaciones* que deban servir para el cálculo del impuesto".[54]

También dentro del CT, el artículo 23.2, a propósito de la liberación de la obligación de llevar libros de contabilidad completa respecto a las personas naturales sujetas al impuesto a que se refieren los números 3º, 4º y 5º del artículo 20 de la Ley de la Renta, cuyos capitales destinados a su negocio o actividades no excedan de dos unidades tributarias anuales, y cuyas rentas anuales no sobrepasen a juicio exclusivo de la Dirección Regional del SII de una unidad tributaria anual, utiliza la voz operaciones expresando: "En estos casos, la Dirección Regional fijará el impuesto anual sobre la base de declaraciones de los contribuyentes que comprendan un simple estado de situación de activo y pasivo y en que se indiquen *el monto de las operaciones* o ingresos anuales y los detalles sobre gastos personales …".[55]

Lo propio ocurre con el art. 27.1 del Código de la especialidad, el cual dispone: "Cuando deban considerarse separadamente el valor, los gastos o los ingresos producidos o *derivados de operaciones* que versen conjuntamente sobre bienes muebles e inmuebles, la distribución se hará en proporción al precio asignado en el respectivo acto o al valor contabilizado de unos y otros bienes".[56]

Fuera del CT, el art.10 el D.L. Nº 825/1975, Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios, luego de indicar en su inciso 1º que el impuesto afectará al vendedor, sea que celebre una convención que esa ley defina como venta o equipare a venta, precisa en su inciso 2º que igualmente el impuesto afectará a quien realice la prestación en aquellas "operaciones" definidas como servicios o que la ley equipare a tales.

[53] El destacado es nuestro.
[54] El destacado es nuestro.
[55] Ídem.
[56] Ídem.

Actualidad Juridica 29 final.indd 272 21-01-14 11:45

Otro tanto ocurre con el art. 15.1 del mismo texto legal, cuando indica que la base imponible de las ventas o servicios estará constituida por el valor de las "operaciones" respectivas, las que claramente no pueden ser otras que las ventas realizadas o los servicios prestados por el contribuyente en el período respectivo. El inciso segundo de la misma norma expresa que los rubros señalados en los números allí contenidos (*v. gr.*, "El monto de los reajustes, intereses y gastos de financiamiento de la operación a plazo …"), se entenderán comprendidos en el valor de la venta o del servicio prestado aun cuando se facturen o contabilicen en forma separada, y se presumirá que están afectos a impuesto, salvo que se demuestre fehacientemente, a juicio exclusivo del Servicio de Impuestos Internos, que dichos rubros corresponden o acceden a "operaciones" exentas o no gravadas con este tributo.

En el D.L. Nº 824/1974, Ley de Impuesto a la Renta, el art. 14, letra A), n.º 1, letra c), inciso 4º, en lo que importa, expresa: "Cuando los contribuyentes que inviertan en acciones de pago de sociedades anónimas, sujetándose a las disposiciones de esta letra, *las enajenen por acto entre vivos*, se considerará que el enajenante ha efectuado un retiro tributable equivalente a la cantidad invertida en la adquisición de las acciones, quedando sujeto en el exceso a las normas generales de esta ley. El contribuyente podrá dar de crédito el Impuesto de Primera Categoría pagado en la sociedad desde la cual se hizo la inversión, en contra del Impuesto Global Complementario o Adicional que resulte aplicable sobre el retiro aludido, de conformidad a las normas de los artículos 56, número 3), y 63 de esta ley. Por lo tanto, en este tipo de *operaciones* la inversión y el crédito no pasarán a formar parte del fondo de utilidades tributables de la sociedad que recibe la inversión".[57]

Dentro del mismo cuerpo legal, a propósito de los requisitos para ingresar al régimen simplificado de tributación que consulta el art. 14 ter, la letra e) del Nº 1 de dicho artículo exige: "Tener un promedio anual de ingresos de su giro no superior a 5.000 unidades tributarias mensuales en los tres últimos ejercicios. Para estos efectos, los ingresos de cada mes se expresarán en unidades tributarias mensuales según el valor de ésta en el mes respectivo. En el caso de tratarse del primer ejercicio de *operaciones*, deberán tener un capital efectivo no superior a 6.000 unidades tributarias mensuales, al valor que éstas tengan en el mes del inicio de las actividades" (cursiva nuestra). Y al regular la base imponible y su tributación, el punto i), de la letra a) del Nº 3 del mismo artículo expresa: "Para estos efectos, se considerarán ingresos las cantidades provenientes de las *operaciones de ventas*, *exportaciones* y *prestaciones de servicios*, *afectas o exentas* del Impuesto al Valor Agregado, que deban registrarse en el Libro de Compras y Ventas, como también todo otro ingreso relacionado con el giro o actividad que se perciba durante el ejercicio correspondiente…".[58]

[57] Ídem.
[58] Ídem.

Actualidad Juridica 29 final.indd 273 21-01-14 11:45

Siempre dentro de la Ley de Impuesto a la Renta, el art. 17, Nº 8, señala que: "No constituye renta el mayor valor, incluido el reajuste del saldo de precio, obtenido en las siguientes *operaciones*, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18". Luego dentro de éstas, por ejemplo, en la letra a), "la enajenación o cesión de acciones" de sociedades anónimas, encomandita por acciones o de derechos sociales en sociedades de personas, siempre que entre la fecha de adquisición y enajenación haya transcurrido a lo menos un año", así como en la letra b), la "enajenación de bienes raíces" situados en Chile, efectuada por personas naturales o sociedades de personas formadas exclusivamente por personas naturales …".

En lo que hace a la expresión "fiscalizadas" que utiliza el art. 132.11 del CT, no hay tampoco una definición legal. Al efecto, y recurriendo nuevamente al DRAE, fiscalizar significa, en su segunda acepción, "criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien".[59]

Esa actividad de análisis crítico la lleva adelante el SII a través de los distintos medios de fiscalización, ora directos, como la citación (art. 63 del CT), ora indirectos, como ocurre con la facultad para requerir a los técnicos y asesores que hayan intervenido en la confección o preparación de una declaración o de sus antecedentes, que atestigüen, bajo juramento, sobre puntos contenidos en una declaración (art. 34 del CT).

Ahora bien, a partir de las definiciones que nos entrega el DRAE, teniendo presente los ejemplos vistos y los objetivos declarados por el legislador respecto al ejercicio de las facultades inspectoras del SII –comprobar la exactitud de las declaraciones presentadas por los contribuyentes y obtener las informaciones y antecedentes relativos a los impuestos que se adeuden o pudieren adeudarse–, entendemos por operaciones fiscalizadas "los negocios, actos o hechos, respectivamente celebrados o ejecutados por el contribuyente que, de acuerdo a la ley: a) gatillan la aplicación de uno o más impuestos; b) ponen de manifiesto su capacidad contributiva; c) integran la base imponible de un determinado impuesto o permiten rebajarla, sea como gasto, crédito u otro concepto; d) configuran un crédito en contra del Fisco; e) fundamentan una exención; y/o f) permiten acceder o mantener un determinado régimen especial de tributación.[60]

[59] Disponible en http://lema.rae.es/drae/?val=operación.

[60] El DRAE define también operación, en su cuarta acepción, como "conjunto de reglas que permiten, partiendo de una o varias cantidades o expresiones, llamadas datos, obtener cantidades o expresiones llamadas resultados" (ídem, nota 33). Este sentido matemático de la expresión "operación" no aparece utilizado en nuestra legislación, aun cuando está fuera de discusión que la determinación de los resultados tributarios del contribuyente siempre estará precedida de "cálculos aritméticos", como ocurre con la determinación de la renta líquida imponible de primera categoría, que debe efectuarse de acuerdo con las normas de los artículos 29 y siguientes de la Ley de Impuesto a la Renta. Ciertamente nada impide a la Administración tributaria circunscribir la aplicación de sus facultades inspectoras a la verificación del correcto cálculo matemático de los resultados de un determinado período o ejercicio del contribuyente, y en tal sentido podrán considerarse "operaciones fiscalizadas".

Actualidad Juridica 29 final.indd 274 21-01-14 11:45

Precisado nuestro concepto de operaciones fiscalizadas, debemos abordar otra de las exigencias que impone el requisito en análisis, esto es, que los antecedentes solicitados guarden relación directa con aquéllas.

En su segunda acepción, nos dice el DRAE, la palabra relación significa "conexión, correspondencia de algo con otra cosa".[61]

Por otro lado, el mismo diccionario nos entrega dos significados de la voz directo(a), a saber: a) "que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios" (2ª acepción); y b) "que se encamina derechamente a una mira u objeto" (3ª acepción).

De este modo, la exigencia de relación directa de los antecedentes solicitados con las operaciones fiscalizadas significa que ellos son, a lo menos, los más idóneos o aptos para explicar, aclarar, desvirtuar o incluso mantener las impugnaciones formuladas por el SII al contribuyente en la citación, excluyéndose, por tanto, la utilización de formatos tipo o plantillas estandarizadas genéricas, pues en último término la solicitud obedece a una decisión clara y consciente del órgano fiscalizador, dirigida a un contribuyente con la finalidad de que cumpla el requerimiento, y no para generarle confusión o dificultades de comprensión que lo impidan.

En este contexto, el TTA de La Serena resolvió "Que … tampoco se cumple con otra exigencia de la norma, esto es, que los antecedentes que se requiere tengan relación directa con las operaciones fiscalizadas. Como se puede observar del listado que se escribió en la citación, en su mayoría no cumplen con esta exigencia, en cuanto no precisan el período, el contribuyente, el proceso de fiscalización en que inciden, etc. En cambio, parece un listado general y teórico de posibles antecedentes que pudieran existir o ser necesarios en una fiscalización, en que con igual liviandad se podría pretender todo antecedente probatorio que exista o pudiera existir en poder del reclamante y de esta forma, si no los acompaña, dejarlo sin la posibilidad de demostrar su pretensión".[62]

En suma, la relación directa con las operaciones fiscalizadas determina que la falta o ausencia de los antecedentes esté en la base del conflicto jurídico tributario sometido al conocimiento del TTA, conduciendo a la Hacienda Pública, por ejemplo, a la aplicación de un impuesto que no era legalmente procedente, o que siéndolo, su cuantía era superior o inferior.

[61] Disponible en http://lema.rae.es/drae/?val=relación.
[62] STTA de La Serena, 11 de diciembre de 2012 (consid. 10º), disponible en www.sii.cl. En igual sentido, vid. STTA de La Serena, 15 de mayo de 2012, RIT N° GR-06-00022-2011.

Actualidad Juridica 29 final.indd 275 21-01-14 11:45

3.3. Que los antecedentes hayan sido solicitados determinada y específicamente.

Este tercer requisito de la inadmisiblidad probatoria que analizamos exige que los antecedentes hayan sido solicitados de manera determinada y específica por parte del SII.

Para el DRAE, "determinar", en su segunda acepción, significa "distinguir, discernir"; y en su tercera acepción significa "señalar, fijar algo para algún efecto".[63]

Por su parte, respecto a la voz "específico", el mismo diccionario expresa que, en su primera acepción, significa "que es propio de algo y lo caracteriza y distingue de otras cosas".[64]

Ahora bien, a pesar de que tanto la segunda acepción del verbo "determinar", cuanto la primera de la voz "específico", son casi idénticas, lo que en principio puede llevarnos a concluir que la norma es redundante, estimamos que al exigir el legislador que los antecedentes hayan sido solicitados determinada y específicamente no está solo recalcando la especial singularización que debe revestir a estos últimos, sino que además está enfatizando el deber de la Administración tributaria de manifestar o señalar en la citación correspondiente para qué efectos requiere esos específicos antecedentes.

En este sentido, el TTA de Copiapó resolvió que "De esta forma la exigencia que impone la ley al Servicio de Impuestos Internos al momento de requerir los antecedentes en una citación, es que lo haga singularizando cada uno de los elementos de convicción que requiere, en términos tales que esta singularización permita distinguirlos de otros sin lugar a dudas, sean o no similares; es decir, el requerimiento debe ser en términos singulares, concretos y precisos de cada uno de los antecedentes que se requieren, de modo tal, que permitan su diferenciación, no siendo admisible en caso alguno expresiones genéricas o ambiguas".[65]

Por otro lado, no ha expresado la norma cuál es el estándar de especificación mínimo exigible respecto a los antecedentes solicitados, pero entendemos que el SII debe precisar, dentro de cierto universo de posibilidades, aquellos que conforme a la naturaleza de las operaciones fiscalizadas le permiten clarificar la situación tributaria del contribuyente. En esta línea argumental, se ha resuelto por el mismo TTA de Copiapó que "La simple lectura del documento permite concluir que el servicio fiscalizador no solicitó determinada y específicamente las facturas cuya inadmisibilidad solicita …; ya que se requirió de manera genérica y sin ninguna singularización 'documentos que acrediten las adquisiciones

[63] Disponible en http://lema.rae.es/drae/?val=determinar.
[64] Disponible en http://lema.rae.es/drae/?val=específico.
[65] STTA de Copiapó, 12 de junio de 2013. Disponible en www.sii.cl.

Actualidad Juridica 29 final.indd 276 21-01-14 11:45

de bienes de activo inmovilizado durante el año comercial 2008', pudiendo satisfacerse dicho requerimiento a través de múltiples instrumentos como contratos, facturas proforma, guías de despacho, carta de porte, conocimiento de embarque, entre otras, por lo que las facturas acompañadas en autos por la actora no serán excluidas como medio de prueba."[66]

En igual sentido, el TTA de Antofagasta resolvió "Que, el análisis del documento signado Citación N° 182301146, permite concluir que el servicio fiscalizador no solicitó determinada y específicamente los documentos acompañados por la reclamante …, toda vez [que] solicitó en términos generales y amplios los Libros de Contabilidad, sin precisar, singularizar o distinguir qué libros de contabilidad eran los requeridos, debiendo recordar que en la técnica contable existen diversos libros de contabilidad, admitiendo distintas clasificaciones, como por ejemplo aquella que distingue entre principales y auxiliares. En efecto, contablemente podemos encontrar diferentes tipos de libros de contabilidad, como son, por ejemplo, los libros Diario, Mayor, Inventarios y Balances, Diario Mayor, Mayor Americano, Caja Americana, Caja Tabular, etc., que, según sea el sistema de contabilidad aplicado, pueden ser usados por los contribuyentes para los efectos contables."[67]

Respecto a los datos concretos que deben singularizar los antecedentes solicitados, un fallo resuelve: "Que, según se observa en la citación …, efectivamente se solicitó los antecedentes …, pero en ningún caso se efectuó la solicitud en la forma determinada y específica que exige la Ley, lo que implica identificar con toda claridad el antecedente, por su título, persona a quien pertenece o a quien se refiere, fecha, folio –si es el caso– y los años o períodos que comprende el documento, especialmente tratándose de declaraciones y libros de contabilidad."[68]

Por las mismas razones, se ha entendido que una solicitud que entrega a la propia reclamante la identificación de los antecedentes que aportará, no cumple con la condición legal de ser determinada y específica: En tal sentido, el TTA de Temuco resolvió "Que, en efecto, analizada la citación …, se advierte que dicha actuación requiere que la contribuyente aporte los antecedentes relacionados con el respaldo de los agregados y deducciones efectuados en la Renta Líquida Imponible de los años tributarios 2008, 2009 y 2010 y los documentos y antecedentes de respaldo de gastos y/o menor ingreso de los mismos períodos tributarios. De la sola lectura de dicha solicitud, se observa que la mención es genérica y no hace referencia a qué documentos específicos se remite, lo cual resulta plenamente demostrado cuando indica que los antecedentes que acompañe la reclamante deben adjuntarse con una nómina e individualización de cada uno de estos. De este modo, no es posible entender que el requerimiento

[66] Ídem nota anterior.
[67] STTA de Antofagasta, 13 de marzo de 2012, RIT Nº GR-03-00020-2011.
[68] STTA de La Serena, 15 de mayo de 2013, RIT Nº GR-06-00022-2011.

Actualidad Juridica 29 final.indd 277 21-01-14 11:45

de documentación que ha efectuado el Servicio de Impuestos Internos cumpla con la condición legal de ser determinado y especifico, más aún si entrega a la propia reclamante la identificación de los antecedentes que aportará, motivo por el cual procede el rechazo de la inadmisibilidad probatoria de documentos alegada por el ente fiscalizador …".[69] Por último, en una sentencia del TTA de Talca, se resolvió: "Que, … de la sola lectura de la citación … emitida por el S.I.I. a la contribuyente de autos, … se verifica que dicho órgano fiscalizador no solicitó las cartolas de fondos mutuos acompañadas en esta instancia por la reclamante, las que ni siquiera se encuentran mencionadas en el referido acto administrativo, no pudiendo obviarse los requisitos de determinación y especificidad, establecidos en el inciso 11° del artículo 132 del Código Tributario para la procedencia de la limitación probatoria alegada por la reclamante. Es más, en el numeral 4 de la citación en comento se observa la utilización de las expresiones 'tales como' y 'cualquier otro que conduzca al mismo fin', las que son manifestación clara del carácter genérico y no taxativo de los antecedentes solicitados a la contribuyente reclamante".[70]

Cumpliendo entonces la citación el requisito de solicitar determinada y específicamente los antecedentes, supuesto el cumplimiento de las demás exigencias legales, procede la inadmisibilidad. Así lo consigna una sentencia: "Que, examinados los antecedentes … que obran en el proceso, es posible concluir que los documentos que acompaña el reclamante a su reclamo, consistente en Libro de Compras de los períodos de octubre, noviembre y diciembre de 2008 y marzo a agosto de 2009, … respectivamente, fueron requeridos en la mencionada Citación … en forma expresa y determinada por el ente fiscalizador, ya que forma parte de los antecedentes documentales que deben respaldar los créditos fiscales del IVA y los costos y gastos hechos valer en sus declaraciones de Renta de los años tributarios 2009 y 2010, motivo por el cual este Tribunal Tributario y Aduanero acogerá la inadmisibilidad probatoria solicitada por la parte reclamada".[71]

Por último, cabe tener presente que en el grado de especificación exigible respecto a los antecedentes solicitados en la citación, incide el nivel de información que en torno a estos últimos posea, a su vez, el ente fiscalizador. En este sentido, se ha resuelto por el TTA de Antofagasta "Que … se debe tener presente que el Servicio de Impuestos Internos posee la información referente a los Libros de Contabilidad utilizados por la reclamante, debido a que estos registros, en forma previa a su uso, son timbrados por el órgano fiscalizador, por lo tanto, la institución fiscalizadora disponía de los medios idóneos para singularizar la documentación que requería".[72]

[69] STTA de Temuco, 24 de septiembre de 2012, RIT N° GR-08-00048-2011.
[70] STTA de Talca, 26 de abril de 2013, disponible en www.sii.cl.
[71] STTA de Temuco, 21 de marzo de 2013, RIT N° GR-08-00061-2012. En igual sentido, STTA de Temuco, 21 de junio de 2012, RIT N° GR-08-00052-2011.
[72] STTA de Antofagasta, 13 de marzo de 2012, RIT N° GR-03-00020-2011.

Actualidad Juridica 29 final.indd 278 21-01-14 11:45

3.4 Que el reclamante, no obstante disponer de los antecedentes solicitados, no los haya acompañado en forma íntegra dentro del plazo legal establecido para contestar la citación.

En relación con este cuarto requisito, el primer aspecto que debemos abordar es aquel referido al sentido de la expresión "disponer" que utiliza la norma, y que ciertamente el CT no define.

Según el DRAE, disponer, en su quinta acepción, significa: "Valerse de alguien o de algo, tenerlo o utilizarlo por suyo".[73]

De acuerdo a la definición que nos da el diccionario, disponer no solo implica utilizar algo como propio, sino que también comprende el mero hecho de tenerlo como propio, por ende, sin darle un uso específico o determinado.

Se abren, así, dos alternativas frente al alcance que debe dársele a la norma en cuestión.

Una primera alternativa es darle un alcance restringido, vale decir, que los antecedentes, al momento de la citación, deben encontrarse físicamente en poder del contribuyente; tesis que se sustenta en el carácter excepcional que posee la tan severa sanción procesal de exclusión de prueba, y que obliga a su aplicación restrictiva.

Pero esta tesis exige ciertas precisiones. Desde luego, la disponibilidad física no puede considerarse aisladamente de las normas legales que obligan a los contribuyentes a llevar ciertos documentos para la correcta determinación del importe de sus tributos, o de mantenerlos en su poder durante cierto lapso. Así, por ejemplo, el art. 74.1 del D.S. 55/1977, Reglamento de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, obliga a los contribuyentes afectos al IVA a llevar un solo Libro de Compras y Ventas, en el cual registrarán día a día todas sus operaciones de compra, de ventas, de importaciones, de exportaciones y de prestaciones de servicios, incluyendo separadamente aquellas que recaigan sobre bienes y servicios exentos; libro que, conforme al inciso 4º de la misma disposición, deberá ser mantenido permanentemente en el negocio o establecimiento. Otro tanto ocurre con el art. 58 del D.L. 825/1974, conforme al cual "los duplicados de las facturas y los originales de las boletas a que se refiere este párrafo deberán ser conservados por los respectivos contribuyentes durante seis años. Sin embargo, cuando el cumplimiento de esta obligación ocasionare dificultades de orden material a los contribuyentes, el Servicio de Impuestos Internos podrá autorizar la destrucción de dichos duplicados u originales, conforme al procedimiento que establezca el Reglamento".

[73] Disponible en http://lema.rae.es/drae/?val=disponer.

Actualidad Juridica 29 final.indd 279 21-01-14 11:45

Vale decir, respecto a documentos o antecedentes que la ley obliga a llevar y mantener durante cierto lapso, cabe presumir que se encuentran físicamente en poder del contribuyente. Lo anormal será, entonces, que tales documentos o antecedentes no se encuentren a su disposición, lo que traslada el foco del problema a si esta falta de disposición obedece a un hecho que no le es imputable, lo que entra en el ámbito de otro de los requisitos de la inadmisibilidad que analizaremos más adelante. Por ello es que el art. 60.1 del CT, establece que con el objeto de verificar la exactitud de las declaraciones o de obtener información, "el Servicio podrá examinar los inventarios, balances, libros de contabilidad y *documentos del contribuyente*, en todo lo que se relacione con los elementos que deban servir de base para la determinación del impuesto o con otros puntos que figuren o debieran figurar en la declaración".[74]

Una segunda alternativa, por el contrario, más amplia, implica entender que dentro de la voz "disponer" se comprenden todos aquellos casos en que el contribuyente, si bien no tiene físicamente en su poder los antecedentes requeridos al momento de la citación, puede sin dificultad acceder a éstos.

Se tratará, por consiguiente, no solo de antecedentes que físicamente estén en poder del contribuyente, o de aquellos que cabe presumir en tal condición por estar obligado legalmente a llevarlos y mantenerlos durante cierto lapso, sino que también de otros a los cuales razonablemente puede acceder, como puede suceder, por ejemplo, con un certificado bancario.

En abono de esta postura, puede indicarse el hecho de que la norma no restringe su aplicación a una tenencia física de los antecedentes al momento de la citación.

Adicionalmente, la historia del establecimiento de la Ley N° 20.322 permite también fundar una interpretación más amplia de la norma. En efecto, en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, aludiendo a los antecedentes no presentados, se dejó constancia de lo siguiente: "… se consigna una disposición final en este inciso, que deja abierta al contribuyente la posibilidad de acreditar que no los presentó porque *no estaban en su poder* o *no tuvo acceso a ellos* o no los conocía o por cualquiera otra circunstancia que no le sea imputable".[75]

Como puede advertirse, en los impulsores de la ley primó la idea de que si el contribuyente no tuvo acceso a los documentos puede eventualmente aducir ese hecho como causa no imputable para no haberlos entregado a la Administración tributaria, de donde se sigue que la voz "disponer" posee un alcance mayor al de la sola tenencia física o material de los antecedentes requeridos.

[74] El destacado es nuestro.
[75] Disponible en www.leychile.cl (30 de octubre de 2013). El destacado es nuestro.

Actualidad Juridica 29 final.indd 280 21-01-14 11:45

La jurisprudencia se ha inclinado por darle un alcance más bien restringido a este requisito. Así, el TTA de Valdivia ha entendido que la sola circunstancia de que el Servicio solicite específica y determinadamente un documento al contribuyente no es suficiente para que opere la exclusión, sino que "se requiere, además, que lo haya tenido efectivamente en su poder, que haya dispuesto de él"; y si bien es efectivo que al término disponer puede dársele un sentido más amplio, "su interpretación más estricta … exige tener físicamente y efectivamente en su poder el documento", porque "la exclusión de prueba … es excepcional [y su] aplicación no solo limita el objetivo central de la prueba, esto es, el establecimiento de la verdad de los hechos; sino que impacta en el ejercicio del derecho de defensa de los contribuyentes frente a la Administración Tributaria".[76] En igual sentido, se ha resuelto que no opera la inadmisibilidad probatoria si los antecedentes se encuentraban en poder del SII al momento de la citación, no obstante que la solicitud de documentos se haya efectuado de manera determinada y específica. En tal sentido, el TTA de Temuco estableció "Que … se puede concluir que el reclamante a la fecha de vencimiento para evacuar la respuesta a la citación … no tuvo acceso a [la] documentación en poder del Servicio de Impuestos Internos y que se relacionaba directamente con las partidas impugnadas que se detallan en la referida citación …, especialmente aquella relativa a los proveedores que se individualizan …".[77]

Otro de los aspectos que involucra este requisito, es la exigencia de no haber acompañado los antecedentes en forma íntegra.

Íntegro (a), nos dice el DRAE, significa, en su segunda acepción, "que no carece de ninguna de sus partes".[78]

El problema consiste en determinar si el carácter íntegro se refiere a que cada uno de los antecedentes solicitados se acompañe de manera completa, es decir, conteniendo todas y cada una de sus partes, o si además de esta característica, la integridad apunta a la entrega total, numéricamente hablando, de los antecedentes solicitados.

Lo que al respecto se decida no es baladí, pues si la integridad comprende también la entrega numérica total de los antecedentes requeridos, eso significa que la falta de uno solo de ellos será suficiente para gatillar la aplicación de la inadmisibilidad probatoria incluso respecto a los que sí se acompañaron. Por el contrario, si la integridad apunta solo al carácter completo de los que efectivamente fueron acompañados, aunque en número sean menos que los que efectivamente se solicitaron, la inadmisibilidad probatoria no los podrá afectar.

[76] STTA de Valdivia, 6 de marzo de 2013 (consid. 23°), RIT N° GR-11-00022-2012.
[77] STTA de Temuco, 27 de abril de 2012, RIT N° GR-08-00038-2011.
[78] http://lema.rae.es/drae/?val=íntegro.

Actualidad Juridica 29 final.indd 281 21-01-14 11:45

Pensamos que la segunda es la alternativa correcta, pues se concilia de mejor forma con el carácter excepcional de la sanción procesal que analizamos. Sin embargo, no se nos oculta el hecho de que existen casos en que la integridad debe ser considerada tanto en su aspecto material cuanto en su aspecto numérico, resultando indispensable para clarificar la situación tributaria del contribuyente, tal cual ocurre, por ejemplo, con los libros contables y la documentación que le sirve de sustento, puesto que sin esta última aquéllos nada demuestran. Por consiguiente, en tales circunstancias el TTA se encontrará autorizado para declarar la inadmisibilidad, supuesta la concurrencia de los demás requisitos que la hacen procedente.

Debemos consigar también, que la falta de integridad de los antecedentes entregados debe poseer la envergadura suficiente para impedir al ente fiscal verificar la exactitud de las declaraciones del contribuyente u obtener la información necesaria a fin de clarificar su situación tributaria. De este modo, si, por ejemplo, se solicitó al contribuyente la copia de un determinado contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a albergar las oficinas de la casa matriz de su empresa, con el objeto de verificar el título en cuya virtud se efectuó el pago de las rentas mensuales rebajadas como gasto necesario para producir la renta, y en él se menciona la existencia de un inventario anexo –que se entiende formar parte del acuerdo de voluntades– en el cual se detalla el estado de conservación de las ampolletas, enchufes, puertas, ventanas y demás artefactos del bien raíz, acompañándose únicamente el contrato, pensamos que en tal caso, a pesar de no ser íntegro el documento, este solo hecho no impide al ente fiscal verificar la información para cuyo efecto solicitó este último y, por ende, no resultará procedente la inadmisibilidad probatoria.

Finalmente, en lo que hace al plazo dentro del cual debe efectuarse la entrega de los antecedentes solicitados, la norma se remite al señalado en el art. 63.2 del CT, esto es, un mes contado desde la notificación de la citación. Entendemos que si se solicita plazo para responder esta última, debe igualmente entenderse prorrogado el lapso para la entrega de los antecedentes, porque en último término estos forman parte de la respuesta.

3.5 Que el contribuyente no logre probar que por causas que no le hayan sido imputables no acompañó los antecedentes dentro de plazo.

Imputar, nos dice el DRAE, significa, en su primera acepción, "atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable".[79]

[79] Disponible en http://lema.rae.es/drae/?val=imputar.

Actualidad Juridica 29 final.indd 282 21-01-14 11:45

La norma, pues, permite al contribuyente demostrar que no le cupo responsabilidad en el hecho de no haber acompañado oportunamente los antecedentes requeridos. Vale decir, la carga de la prueba de la inimputabilidad le corresponde al contribuyente. Así lo ha entendido la jurisprudencia.[80]

Tal como lo señaláramos, en la historia del establecimiento de la Ley N° 20.322, se consignaron como casos de no imputabilidad al contribuyente, el hecho de que los documentos no estuvieron en su poder, que no tuvo acceso a ellos o que nos los conocía.[81]

No se trata de que el contribuyente demuestre que actuó de buena fe, porque esta se presume. Se trata de que demuestre que, por un hecho ajeno a su voluntad, no estuvo en condiciones de entregar los documentos a la Administración tributaria.

Ya hemos visto que la jurisprudencia ha entendido que los antecedentes deben estar, al momento de la citación, físicamente en poder del contribuyente, alternativa ciertamente excluida cuando es el propio SII quien los tiene. En este último sentido, cabe recordar que conforme al art. 8º bis, Nº 6, del CT, constituye un derecho de los contribuyentes el "eximirse de aportar documentos que no correspondan al procedimiento o *que ya se encuentren acompañados al Servicio* y a obtener, una vez finalizado el caso, la devolución de los documentos originales aportados".[82]

En este contexto, pensamos que también constituye causa no imputable al contribuyente, o acaso una especie de verdadera excusa legal absolutoria, la existencia de una norma legal que ordene al SII, a efectos de procurarse determinada clase de antecedentes, recurrir a un procedimiento de carácter especial. Así ocurre con la información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas comprendiéndose todas aquellas sometidas a secreto o a reserva, que resulten indispensables para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos, o falta de ellas, en su caso, en que para obtenerla el SII debe ceñirse a las normas y procedimientos contenidos en los artículos 62 y 62 bis del CT. En estos casos, aun cuando la solicitud sea formulada en la citación de manera determinada y específica, el contribuyente no estará constreñido a entregar los antecedentes, sin perjuicio de que pueda voluntariamente hacerlo, y/o acompañarlos al juicio declarativo tributario posterior.

Por otra parte, puede presentarse un problema en relación con la obligación que el art. 58 del D.L. Nº 825/1974 impone a los contribuyentes de IVA, en

[80] STTA de Temuco, 12 de julio de 2012, RIT N° GR-08-00055-2011.
[81] Disponible en en www.leychile.cl (30 de octubre de 2013).
[82] El destacado es nuestro.

Actualidad Juridica 29 final.indd 283 21-01-14 11:45

cuanto los duplicados de las facturas y los originales de las boletas deberán ser conservados durante seis años, precisando la norma que cuando el cumplimiento de esta obligación ocasionare dificultades de orden material a los contribuyentes, el SII podrá autorizar la destrucción de dichos duplicados u originales, conforme al procedimiento establecido en el Reglamento. En efecto, ¿qué ocurre si pasados los seis años que exige la norma, el Servicio solicita los duplicados de las facturas y los originales de las boletas? ¿Puede el contribuyente alegar causa no imputable en razón de haber transcurrido el plazo legal para conservar tales antecedentes?

Una posibilidad es sostener que durante el plazo señalado el contribuyente debe mantener los documentos en su poder para ser puestos a disposición de la Administración tributaria cuando esta lo requiera en uso de facultades inspectoras; pero que una vez vencido aquél se extingue la obligación y, por tanto, a pesar de serle solicitados no está compelido a entregarlos, sin perjuicio de poder acompañarlos al juicio tributario posterior. En esta hipótesis, el transcurso del plazo es una causal de inimputabilidad que impide la exclusión de prueba.

De contrario, una segunda posibilidad es asumir que la regla de exclusión solo atiende al hecho objetivo de que los antecedentes se encuentren a disposición del contribuyente al momento de la citación, independientemente de que el plazo durante el cual la ley le obliga a conservarlos haya transcurrido en exceso. En esta segunda hipótesis, el solo transcurso del plazo no constituye una causa no imputable al contribuyente para justificar la no entrega oportuna de los antecedentes.

Dentro de la segunda alternativa que hemos planteado, la conclusión pudiere variar si, por ejemplo, atendido el tiempo transcurrido, la búsqueda de los antecedentes exigía un tiempo mayor que el establecido para contestar la citación, considerando incluso su prórroga. En tal caso, el contribuyente podrá demostrar las circunstancias que, junto al transcurso del plazo, dificultaron su búsqueda –v. gr., el gran volumen de las operaciones que comprende el desarrollo de su actividad económica–, e impidieron la oportuna entrega de los antecedentes solicitados, para evitar así la exclusión probatoria.

Otro punto que puede generar problema dice relación con el caso de un contribuyente a quien, por el hecho de no haber dado respuesta a la citación y, por ende, no haber acompañado los antecedentes solicitados, se le cursa la infracción del art. 97.6º del CT, por entender el SII que existió entrabamiento de la fiscalización. El infraccionado no reclama y el Director Regional respectivo procede a aplicar la multa correspondiente, de conformidad con lo establecido en el art. 165.2º del mismo texto legal. ¿Puede el contribuyente en este caso alegar y probar la existencia de un hecho que no le ha sido imputable y por el cual no acompañó los antecedentes?

Actualidad Juridica 29 final.indd 284 21-01-14 11:45

Pensamos que determinar la existencia de una causal de inimputabilidad en la omisión de la entrega de los antecedentes solicitados es una cuestión de hecho que debe resolverse en la instancia judicial, siendo un antecedente más a considerar la multa aplicada por la Administración tributaria, pero no el único.

Distinta será la situación si se reclamó de la infracción y existe sentencia firme o ejecutoriada. En tal caso, corresponderá al TTA determinar si resulta aplicable en la especie el art. 179 del Código de Procedimiento Civil, y discernir si puede considerarse que la sentencia definitiva firme pronunciada en un procedimiento especial para la aplicación de ciertas multas produce o no cosa juzgada en el procedimiento general de reclamaciones.

Si se entiende que sí produce ese efecto, bastará entonces con que se alegue por aquel a cuyo favor se dictó el fallo en el procedimiento infraccional: si venció el contribuyente, estará probada su inimputabilidad, de lo contrario, su responsabilidad en la no entrega oportuna de los antecedentes.

Si se estima, en cambio, que el efecto de cosa juzgada no opera, no existirá problema y el contribuyente, no obstante haber sido sancionado por sentencia judicial firme o ejecutoriada, podrá igualmente demostrar que por un hecho que no le ha sido imputable, no acompañó los antecedentes solicitados.

3.6 Que el Juez Tributario y Aduanero la declare en su sentencia definitiva.

Este requisito lo establece el inciso 12° del art. 132 del CT, disponiendo que el Juez Tributario y Aduanero se pronunciará en la sentencia sobre esta inadmisibilidad.

La redacción de la norma obliga primero a determinar si el juez debe resolver de oficio o si, por el contrario, solo corresponde que lo haga a petición de parte.

Resulta inconcuso que la norma llama al juez a "pronunciarse" sobre esta inadmisibilidad en la sentencia definitiva, lo que hace suponer la existencia de una pretensión orientada a que dicha exclusión se aplique al caso concreto. Además, cada vez que el legislador ha querido romper el principio de la pasividad, lo ha dicho expresamente; así ocurre, por ejemplo, con el art. 132.2 del CT, que, en lo que interesa, dispone: "Vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, haya o no contestado el Servicio, el Tribunal Tributario y Aduanero, de oficio o a petición de parte, deberá recibir la causa a prueba si hubiere controversia sobre algún hecho substancial y pertinente"; mientras lo propio acontece con el procedimiento especial para la aplicación de ciertas multas, en que el art. 165.4° del mismo texto legal establece que: "En todo caso, el tribunal podrá citar a declarar a personas que no figuren en las listas de testigos o decretar otras diligencias probatorias que estime pertinentes".

Actualidad Juridica 29 final.indd 285 21-01-14 11:45

Por otra parte, para que el reclamante pueda probar que no acompañó los antecedentes dentro de plazo por causas que no le hayan sido imputables, tal como lo autoriza siempre el art. 132.11 del CT, será necesario que aquél alegue semejante circunstancia, lo que resulta absolutamente lógico si se considera que la causa se recibirá a prueba solo en caso de existir previamente una controversia que verse sobre ese punto en particular.

La jurisprudencia ha entendido que la inadmisibilidad probatoria debe ser alegada por el SII.

En efecto, el TTA de Puerto Montt consideró "como requisito adicional que los elementos que suponen esta sanción de inadmisibilidad sean alegados por la parte que tiene interés en ello y que se rinda prueba sobre ellos en el proceso, pues tanto la omisión en sí misma como el hecho de que los antecedentes estaban a disposición del contribuyente durante la época que fija el artículo 63 y que se cuenta a partir de la notificación de la citación efectuada en base a esa norma, son hechos que no pueden constar al Tribunal, por lo que no puede declararlo de oficio".[83]

En la misma línea argumental, una sentencia del TTA de Punta Arenas exige que el ente fiscal objete los documentos acompañados por el reclamante. Sostuvo dicho Tribunal "Que respecto de la alegación formulada por el Servicio de Impuestos Internos en cuanto que el reclamante no acompañó en la etapa administrativa todos los antecedentes requeridos en la notificación …, cabe mencionar que nada obsta ni impide que la parte reclamante pueda presentar dichos antecedentes en la etapa jurisdiccional ante este Tribunal, a pesar de que no los acompañó cuando fue requerido por la reclamada en la etapa administrativa, considerando además que dichos documentos no fueron objetados durante el proceso por la contraria …"[84].

Pero la jurisprudencia no se ha limitado solo a considerar la alegación como un requisito más de la inadmisibilidad, sino que plantea también la necesidad de que semejante pretensión se deduzca en forma precisa, determinada y sin vaguedad. Así, el TTA de Temuco resolvió "Que, la referida norma del inciso 11° del artículo 132 del Código Tributario constituye una excepción a la libertad probatoria consagrada en el procedimiento general de reclamaciones contenido en dicho cuerpo legal, por lo cual su aplicación es de derecho estricto y ha de verificarse solo cuando se compruebe el cumplimiento de los requisitos que la ley ha establecido al efecto, esto es, haberse solicitado por el Servicio de Impuestos Internos los antecedentes en forma determinada y específica a la reclamante en la citación a que se refiere el artículo 63 del Código Tributario. Lo anterior,

[83] STTA de Puerto Montt, 20 de marzo de 2013, RIT N° GR-12-00017-2012. En igual sentido, STTA de Puerto Montt, 19 de noviembre de 2012, RIT N° GR-12-00010-2012.
[84] STTA de Puntas Arenas, 19 de enero 2013, RIT N° GR-09-00008-2012.

Actualidad Juridica 29 final.indd 286 21-01-14 11:45

ya que pese a ser una norma que tiene un fin legítimo, que consiste en evitar el ocultamiento de pruebas relevantes para el juicio, la sanción que impone obliga al Tribunal a ser riguroso en su aplicación, considerando especialmente que lo que la ley exige, de acuerdo al tenor literal de la norma, es una solicitud del ente fiscalizador planteada en forma precisa, determinada y sin vaguedad, condiciones que a juicio de este sentenciador no se cumplen en la especie".[85]

Otra sentencia, además de compartir la doctrina anterior, deja establecido que si el Servicio sustenta sus pretensiones de fondo en parte de los documentos acompañados por el reclamante, que luego pide no se admitan, se configura una suerte de renuncia tácita. Así lo resolvió el TTA de La Serena, consignando que "Para que el tribunal aplique lo dispuesto en el inciso 11° del artículo 132, es necesario que se alegue por quien invoca la sanción, señalando respecto de cuáles antecedentes se debe hacer efectiva la norma, lo que no ha ocurrido en la especie. En efecto, el Servicio no determina respecto de qué antecedentes del proceso se solicita la inadmisibilidad y es de toda lógica que no puede solicitarse la exclusión respecto de antecedentes que no han sido acompañados al proceso. Quede dicho a mayor abundamiento que en la especie se ha configurado una suerte de renuncia tácita por parte del Servicio, en cuanto sus pretensiones se han sustentado en parte de los documentos que luego se pide no se admitan".[86]

En cuanto a la oportunidad en que debe alegarse la exclusión de prueba, no existe regla en el CT.

Desde luego, nada impide que el reclamo contenga dentro de sus alegaciones el reconocimiento de no haber acompañado ciertos antecedentes en la etapa de fiscalización, previa solicitud del SII en una citación, pero invocando al mismo tiempo una o más causas de inimputabilidad que expliquen la omisión. En tal caso, dado que el TTA respectivo conferirá traslado al ente fiscal, lo normal y corriente será que este conteste y se haga cargo de aquéllas alegaciones del contribuyente, debiendo la sentencia interlocutoria en que se reciba la causa a prueba, fijar uno o más puntos controvertidos, según corresponda, en relación con la inadmisibilidad.

El problema se presentará en aquellos casos en que el contribuyente nada dice en su reclamo y el SII, al evacuar el traslado, invoca en su favor la inadmisibilidad probatoria. La jurisprudencia ha solucionado esta dificultad, confiriendo traslado al reclamante, solo en cuanto a la inadmisibilidad probatoria se refiere. En tal sentido, una sentencia luego de consignar que la parte reclamada en su escrito de traslado alegó la inadmisibilidad, señala: "Que, debe dejarse establecido

[85] STTA de Temuco, 24 de septiembre de 2012, RIT N° GR-08-00048-2011. En igual sentido, STTA de La Serena, 11 de diciembre de 2012 (disponible en www.sii.cl).
[86] STTA de La Serena, 15 de mayo de 2012, RIT Nº GR-06-00022-2011.

Actualidad Juridica 29 final.indd 287 21-01-14 11:45

que este Tribunal, cautelando el principio de la bilateralidad de la audiencia y el adecuado ejercicio del derecho de defensa que le asiste a la parte reclamante frente a las imputaciones efectuadas por el ente fiscalizador, otorgó oportuno traslado de la solicitud de inadmisibilidad probatoria planteada por el Servicio de Impuestos Internos …".[87]

Lo normal y corriente, no obstante, será que la inadmisibilidad se alegue una vez que los antecedentes se acompañen al proceso por el reclamante, objetándolos dentro del plazo legal correspondiente;[88] puesto que la inadmisibilidad probatoria no impide la agregación material de los antecedentes impugnados al proceso, ni obsta a que el tribunal los tenga por acompañados en forma legal.

La exclusión solo se resolverá en la sentencia definitiva y, de acogerse, afectará directamente el valor probatorio de los antecedentes respectivos, al no poder considerarlos el Juez Tributario y Aduanero para decidir el derecho de los litigantes.

Bibliografía

Abache Carvajal, Serviliano, "La (des) formalización del ejercicio de la potestad de investigación fiscal: un problema actual del derecho tributario venezolano", en Patricio Masbernat (coord.), *Problemas actuales de Derecho Tributario Comparado*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2012.

Altamirano, Alejandro C., *Derecho Tributario. Teoría general*, Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.

Ataliba, Gerardo, *Hipótesis de incidencia tributaria*¸ trad. Leandro Stok y Mario A. Salvo, Edit. Legis, 6ª edic., Buenos Aires, 2011.

Del Padre Tomé, Fabiana, *La prueba en el Derecho Tributario*, trad. Juan Carlos Pánez Solórzano, Edit. ARA, Perú, 2011.

Carranza Torres, Luis, *Ejecución fiscal*, Edit. Legis, Buenos Aires, 2011.

[87] STTA de Temuco, 21 de marzo de 2013, RIT N° GR-08-00061-2012.

[88] Es importante no perder de vista que la existencia de un sistema de ponderación de la prueba conforme a la sana crítica no altera las normas que regulan la forma en que los documentos deben acompañarse al proceso, de modo que si se trata, por ejemplo, de un documento público, habrá de acompañarse con citación. Al respecto, González Castillo señala que: "…el sistema de la sana crítica solo se refiere a la valoración de la prueba, luego es claro que esa fórmula legal mantiene subsistentes, vigentes, en la respectiva materia, las demás normas sustantivas probatorias, denominadas reglas reguladoras de la prueba, como las que señalan cuáles son los medios de prueba, las que establecen su admisibilidad, la forma de rendir la prueba o las que distribuyen el peso de ella. Disponiendo la ley que el juez apreciará la prueba en conciencia, debe este, sin embargo, respetar estas otras normas que nada tienen que ver con su apreciación" (González Castillo, Joel, "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", en *Revista Chilena de Derecho,* 33 (2006), 1, p. 99). En igual sentido, vid. Cerda San Martín, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana Crítica*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2009, p. 37.

Actualidad Juridica 29 final.indd 288 21-01-14 11:45

Cerda San Martín, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana Crítica*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2009.

García Novoa, César, *El concepto de tributo*, Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, Argentina, 2012.

González Castillo, Joel, "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", en *Revista Chilena de Derecho,* 33 (2006), 1, pp. 99-107.

Hensel, Albert, *Derecho Tributario*, trad. Leandro Stok y Francisco M. B. Cejas, Edit. Nova Tesis, Rosario, Argentina, 2004.

Laporta, Mario H., *Delito fiscal. El hecho punible, determinación del comportamiento típico*, Edit. B de F, Buenos Aires, 2013.

Moraga Klenner, Claudio, en Rolando Pantoja Bauzá (dir.), *Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo: Anotaciones sobre el Procedimiento Administrativo según la Jurisprudencia de los Tribunales Chilenos*, Edit. Legal Publishing, Santiago, 2013, t. XIV, vol. I.

Navarro Beltrán, Enrique, "El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Jaime Arancibia *et al.* (coord.), *Litigación Pública*, Edit. AbeledoPerrot, Santiago, 2011.

Nogueira Alcalá, Humberto, *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Edit. Librotecnia, 2ª edic., Santiago, 2012.

Peñailillo Arévalo, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

Pérez Arraiz, Javier, *La prueba en los procedimientos tributarios tras la aprobación de la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2006.

Pérez Rodrigo, Abundio, *Manual de Código Tributario*, Edit. Legal Publishing, 9ª edic., Santiago, 2013.

Rodríguez-Bereijo León, María, *La prueba en Derecho Tributario*, Edit. Aranzadi S.A., Pamplona, 2007.

Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la interpretación jurídica*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1995.

Montecinos Araya, Jorge, *La prueba en el nuevo proceso tributario*, (Facultad de Derecho, Universidad de Concepción), inédito, s. l., s. d.

Páginas electrónicas

Congreso Nacional: http:/ / www.leychile.cl (30 de octubre de 2013).

Servicio de Impuestos Internos: http:/ / www.sii.cl (30 de octubre de 2013).

Tribunales Tributarios y Aduaneros: http:/ / www.tta.cl (30 de octubre de 2013).

Actualidad Juridica 29 final.indd 289 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 290 21-01-14 11:45

La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria[1]

Camila Boettiger Philipps
Abogada y Magíster en Ciencias Jurídicas
de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
Profesora investigadora y de Derecho Ambiental
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo.

Resumen: El artículo se refiere a la relación entre los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema, desde la tramitación de su ley hasta su regulación legal actual. Seguidamente, analiza las competencias de estos tribunales especiales en las reclamaciones judiciales contra actos administrativos en materia ambiental, y termina revisando los pronunciamientos recientes sobre recursos de protección ambiental, en su interacción con las competencias de los Tribunales Ambientales.

*****

Introducción

Este año comenzó a operar el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, dando lugar a la implementación final de la reforma a la institucionalidad ambiental realizada el año 2010 por la Ley N° 20.417, que, como se sabe, tenía a la Superintendencia del Medio Ambiente con sus facultades de fiscalización y sanción suspendidas hasta que no entrara en funcionamiento dicho Tribunal[2].

La tramitación del proyecto de ley que creó los Tribunales Ambientales ("TA"), hoy la Ley N° 20.600 (en adelante, "LTA"), no estuvo exenta de críticas y problemas, especialmente desde el Poder Judicial a través de las opiniones de la Corte Suprema ("CS") al proyecto. Hoy, con dos de los tres Tribunales Ambientales funcionando[3], y algunas sentencias ya dictadas, creemos que vale

[1] Este artículo tiene su origen en la ponencia presentada en el II Seminario Internacional del Medio Ambiente, organizado por la Fiscalía del Medio Ambiente y la Universidad Alberto Hurtado, realizado los días 25 y 26 de agosto de 2013.

[2] Artículo noveno transitorio de la Ley N° 20.417, crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, y artículo sexto transitorio de la Ley N° 20.600, crea los Tribunales Ambientales.

[3] El Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia comenzó su funcionamiento el 7 de octubre de 2013. El Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta todavía no ha podido completar su proceso de selección de quinas que debe realizar la Corte Suprema para la designación de sus miembros.

Actualidad Juridica 29 final.indd 291 21-01-14 11:45

la pena analizar la relación entre los TA y la justicia ordinaria, especialmente con la Corte Suprema.

Para abordar este tema me he centrado en tres puntos. Primero, el origen de los TA, la intervención de la Corte Suprema en su creación y como quedó estructurada la relación entre el máximo tribunal y estos tribunales especiales en la LTA.

Segundo, revisar las competencias de los TA para la reclamación judicial de actos administrativos relacionados con instrumentos de gestión ambiental, cuáles deberían ser los criterios de revisión de las decisiones administrativas, y la competencia que tendrá la Corte Suprema sobre estas resoluciones a través del recurso de casación en el fondo. He dejado fuera la acción de reparación de daño ambiental por ser un tema distinto tanto en el procedimiento como en el fondo de la materia que los TA deberán conocer.

Finalmente, me referiré a uno de los puntos más debatidos desde que empezó la discusión sobre esta jurisdicción especial: la compatibilización del recurso de protección en materia ambiental con las facultades de los TA sobre los actos autorizatorios que otorga la Administración.

I. Origen y regulación de los Tribunales Ambientales

Es sabido que los TA tuvieron su génesis en un acuerdo político[4] que permitió aprobar la Ley 20.417, la que reformó íntegramente la institucionalidad ambiental. Tan relevante fue para los participantes del proceso legislativo el control de las atribuciones del nuevo órgano de fiscalización ambiental, que las facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), encargada de la fiscalización y sanción para el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, quedaron suspendidas hasta la entrada en funcionamiento de los TA. De hecho, en el Protocolo de Acuerdo de 26 de octubre de 2009 se deja entrever que la principal función que tendría el –en esa época– Tribunal Ambiental era efectuar un control judicial de las potestades de fiscalización y sanción de la SMA, que la convertían en un órgano administrativo de gran poder.

El primer modelo propuesto por el Ejecutivo de la época[5] era un solo Tribunal Ambiental, una jurisdicción especializada, de integración mixta para dar más control al factor técnico, con competencia contenciosa administrativa en materia ambiental y un estándar de revisión intenso en su control, además de la competencia sobre las demandas de reparación de daño ambiental. El proyecto original contemplaba un solo procedimiento, a pesar de las diferencias obvias

4 PROTOCOLO DE ACUERDO (2009).
5 MENSAJE N° 1419-357 (2009).

Actualidad Juridica 29 final.indd 292 21-01-14 11:45

entre una reclamación sobre un acto administrativo y una demanda judicial de reparación de daño ambiental; y el único recurso contra las sentencias definitivas del Tribunal era un recurso de reclamación ante la Corte Suprema.

Aunque inicialmente informó favorablemente el Proyecto[6], en su segundo Oficio de septiembre de 2010[7] la Corte Suprema criticó duramente la creación de los Tribunales Ambientales, desde el trato de ministro que recibirían sus integrantes, sus remuneraciones y autonomía financiera, hasta decir que su creación debilitaba la judicatura, por su excesiva autonomía y el escaso control real que tendría el Máximo Tribunal sobre ellos. También criticó la falta de incidencia de la Corte Suprema en la designación de los miembros de los TA, la recarga que sufriría el Poder Judicial revisando recursos especiales y con preferencia; y terminó informando desfavorablemente el proyecto calificando a estos órganos como administrativos, ya que no tendrían las características propias de un tribunal. Dicha opinión fue reiterada en agosto de 2011[8], cuando el proyecto, con cambios sustantivos, había sido aprobado por la Cámara de Diputados sin esperar la opinión de la CS.

Luego de modificarse en el proyecto el sistema de designación de los miembros de los Tribunales, dándole mayores atribuciones a la Corte, ésta en enero de 2012 volvió a criticar el proyecto[9], considerando la actuación de la Alta Dirección Pública como una intromisión del Poder Ejecutivo en sus facultades constitucionales de designación de los jueces, y reiteró su posición respecto a la creación de tribunales especiales, que restaban competencias a los tribunales ordinarios, quienes perfectamente podían conocer de materias especiales con la asesoría de expertos. Citando un discurso de su presidente, la CS se refirió a la necesidad de "racionalizar y sistematizar" los múltiples procedimientos contencioso-administrativos existentes en el país, y terminó, nuevamente, informando desfavorablemente el proyecto de ley.

En resumen, a la CS no le gustó y criticó duramente la creación y regulación de estos tribunales, considerándolos como órganos administrativos hasta su último informe; sin embargo, el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales fue aprobado en el Congreso, transformándose en la Ley 20.600 de 2012.

A pesar de su expresa desaprobación a la creación de los TA, la CS ha cumplido con su rol de confeccionar el perfil de sus ministros, a los que estableció altas exigencias de experiencia y especialización[10], en la conformación de quinas para la designación de los miembros del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago

6 Corte Suprema, Oficio N° 133 de 10 de septiembre de 2010.
7 Corte Suprema, Oficio N° 130 de 5 de agosto de 2011.
8 Corte Suprema, Oficio N° 130 de 5 de agosto de 2011
9 Corte Suprema, Oficio de 18 de enero de 2012.
10 *Mercurio Legal* (2012).

Actualidad Juridica 29 final.indd 293 21-01-14 11:45

y del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia (que se encuentran funcionando, mientras que la designación de los ministros del Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta se encuentra aún en proceso).

Veamos las **características de los Tribunales Ambientales como órganos jurisdiccionales, según lo establecido en su ley**:

1. Son órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema[11];

2. Son tres tribunales: el Primer Tribunal Ambiental con asiento en la ciudad de Antofagasta, el Segundo con asiento en Santiago y el Tercero con asiento en la ciudad de Valdivia; su competencia territorial es por grupos de regiones[12];

3. Son de integración mixta, con dos ministros abogados y un licenciado en ciencias, debiendo todos contar con experiencia y especialización en Derecho Ambiental, Derecho Administrativo o ciencias medioambientales, respectivamente[13];

4. Su función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y demás asuntos que le someta la ley a su conocimiento[14];

5. Los ministros titulares tienen dedicación exclusiva, y los suplentes media jornada. Todos tienen incompatibilidades con otros cargos salvo actividades docentes, inhabilidades para conocer de ciertas causas y prohibiciones de ejercer la abogacía durante su período e incluso de gestionar causas ante los TA que duran hasta después del ejercicio de su cargo. Todo esto tiene por objeto evitar conflictos de interés y asegurar la mayor imparcialidad posible en sus decisiones[15].

¿Qué atribuciones tiene la justicia ordinaria sobre ellos? Además de la mención expresa a la superintendencia de la CS sobre ellos, específicamente:

1. La CS interviene en el **nombramiento de sus miembros** confeccionando la quina de la que el Presidente de la República debe elegir al postulante que someterá a la aprobación del Senado; puede rechazar nombres y recibe en audiencia pública a los postulantes[16];

[11] Artículo 1 LTA.
[12] Artículo 5 LTA.
[13] Artículo 2 inciso 1° LTA.
[14] Artículo 1 LTA.
[15] Artículo 3 LTA.
[16] Artículo 2 inciso 3° LTA.

Actualidad Juridica 29 final.indd 294 21-01-14 11:45

2. Los **ministros titulares y suplentes prestan juramento o promesa ante la CS[17];**

3. Las **sanciones por infringir las prohibiciones** del artículo 11 de la LTA, que son aplicables durante y después del ejercicio de su cargo, **son aplicadas por la CS;**

4. Las **causales de cesación en el cargo de ministro del TA por remoción e incapacidad sobreviniente** se harán efectivas por la CS[18];

5. Las **contiendas de competencia** entre los TA o con otros tribunales son resueltas por la CS[19];

6. Procede el **recurso de apelación**, ante la Corte de Apelaciones del territorio de asiento del TA respectivo, contra las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación[20];

7. **Contra las sentencias definitivas de los TA procede el recurso de casación en el fondo, y el de forma** por algunas de las causales del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil (incompetencia del tribunal, ultrapetita, decisiones contradictorias y cosa juzgada), más la falta de fundamentación técnico-ambiental de la sentencia, o la infracción manifiesta a las normas de la sana crítica para la apreciación de la prueba[21].

En resumen, a nivel legal la relación de los TA con la justicia ordinaria se da en el poder en el nombramiento, sanción y remoción de sus miembros por parte de la CS, la resolución de contiendas de competencia por el máximo tribunal y la revisión de sus decisiones a través de los recursos de apelación y casación.

II. Reclamación judicial de actos administrativos ante los TA y su posible casación ante la CS.

El artículo 17 de la LTA detalla la **competencia de estos tribunales**, que, en su mayoría, es para conocer de **recursos de reclamación judicial[22] contra**

17 Artículo 4 LTA.
18 Artículo 12 LTA.
19 Artículo 28 LTA.
20 Artículo 26 inciso 1° LTA.
21 Artículo 26 incisos 3° y 4° LTA.
22 El único caso en que actúa con competencia judicial directa, no de revisión, sino de conocimiento directo de la causa, es en la acción de reparación de daño ambiental, prevista en el artículo 17 N°2 de la LTA. Todos los demás numerales dan competencia para conocer en reclamación de un acto administrativo.

Actualidad Juridica 29 final.indd 295 21-01-14 11:45

diversos actos de órganos del Estado que ejercen la función ambiental estatal, **relacionados con instrumentos de gestión ambiental**:

1. Pueden revisar **actos administrativos que contienen instrumentos de aplicación general,** como decretos que establezcan normas de calidad y emisión, declaración de zonas latentes y saturadas, planes de prevención o descontaminación; o actos que se dicten para su ejecución por los Ministerios o servicios públicos y que infrinjan la ley, normas o los objetivos de dichos instrumentos[23];

2. En cuanto a la fiscalización ambiental, pueden revisar las **resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente** que apliquen sanciones o resolver en consulta de ciertas medidas provisionales[24];

3. Específicamente en el instrumento de **evaluación ambiental** pueden conocer de reclamaciones contra las **resoluciones** del Comité de Ministros del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) que se pronuncien sobre dicho procedimiento, **sea de calificación favorable o negativa[25]**;

4. Y finalmente tenemos la competencia más abierta de los TA: la de conocer de **reclamaciones contra resoluciones que resuelvan invalidaciones de un acto administrativo de carácter ambiental**, que se definen en asociación a los instrumentos de gestión ambiental[26].

Como **rasgos generales de estas competencias**, podríamos decir que:

- El criterio para determinar cómo opera el **factor territorio** para radicar la competencia en uno de los tres TA, es que conozca el TA más cercano al lugar donde se ejecuta el proyecto, o donde se aplica la sanción, o donde tiene competencia el órgano que invalidó el acto. Así, se evita concentrar en el Segundo TA de Santiago la revisión de las decisiones de órganos como el SEA o la SMA, cuyos altos directivos se encuentran domiciliados en esta ciudad.

- Se exige el **agotamiento de la vía administrativa** en forma previa a la reclamación judicial ante los TA. Esto se advierte en que la competencia de

[23] Artículo 17 N°s 1 y 7 LTA.
[24] Artículo 17 N°s 3 y 4 LTA.
[25] Artículo 17 N°s 5 y 6 LTA.
[26] Artículo 17 N° 8 inciso 2º: "Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos".

Actualidad Juridica 29 final.indd 296 21-01-14 11:45

los TA es para revisar judicialmente resoluciones del Comité de Ministros o el Director Ejecutivo del SEA que se pronuncien sobre los respectivos recursos de reclamación administrativa contra la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) concedida en los artículos 20 y 29 de la Ley 19.300 de Bases General del Medio Ambiente (LBMA). Es decir, el TA competente no podría conocer directamente de una RCA sino de la resolución que se pronuncia sobre aspectos de ella reclamados administrativamente. Asimismo, los TA son competentes para conocer de la resolución que se pronuncie sobre un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, pero no se puede solicitar directamente a éstos su invalidación. En el caso de la revisión de las resoluciones de la SMA esto no se exige, ya que el único recurso administrativo contra ellas es la reposición ante la misma SMA en caso de aplicación de sanciones y se puede reclamar directamente al TA de cualquier resolución de la SMA por ilegalidad[27].

- El **procedimiento de las reclamaciones** es bastante simple. Se basa en la reclamación (que debe contener sus fundamentos de hecho y de derecho, y peticiones concretas) y el conocimiento que pueda tener el Tribunal de los antecedentes del acto a través del procedimiento administrativo correspondiente, más un informe del órgano que emitió el acto; sólo excepcionalmente podrían agregarse nuevos antecedentes si éste dicta medidas para mejor resolver, pero después de la vista de la causa.

¿Qué **criterios de revisión** de estos actos podríamos esperar que apliquen los TA?, ¿qué es lo que tienen en común estas competencias que ocupan casi todos los numerales del artículo 17 de la LTA?

En todos estos casos, los TA revisan **actos administrativos**, relacionados con instrumentos de gestión ambiental. El núcleo de la competencia de los TA es resolver conflictos contencioso-administrativos de materia ambiental, como mecanismo de control judicial de actos de la Administración en esta área.

La **revisión judicial** de la legalidad de estos actos administrativos es amplia, completa, tanto de aspectos formales como sustantivos; es decir, el Tribunal puede revisar tanto el procedimiento administrativo en que el acto se funda, sus motivos jurídicos y fácticos, la aplicación de la normativa vigente, y sus efectos. En este control cabe la revisión del procedimiento, los antecedentes del acto, su contenido técnico y también, donde el Tribunal especializado tiene más que decir, es en el proceso analítico del órgano administrativo que lleva a la decisión final[28].

[27] Artículos 56 y 57 Ley de la Superintendencia del Medio Ambiente.

[28] GONZÁLEZ-VARAS (2002) p. 418 se refiere al análisis del *"hard look"* de las Cortes de Apelaciones de Estados Unidos, como un criterio que verifica si el órgano administrativo ha actuado con el rigor y fundamento necesarios para llegar a la decisión, sin valorarla en sí misma sino en su proceso, en el "trabajo riguroso" exigible al proceso de toma de decisiones. En nuestro país, esto correspondería a la

Actualidad Juridica 29 final.indd 297 21-01-14 11:45

A la larga, mediante la interpretación de las normas aplicables se pueden mejorar los estándares de actuación de los entes administrativos.

Aquí criterios o principios como los de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y finalidad deberían ser muy relevantes. También deberían aplicarse principios propios del Derecho Ambiental, como el preventivo y el precautorio, por la especialidad de los Tribunales, más que un contencioso-administrativo general. En todo caso, la competencia de la revisión judicial plena por parte de los TA estará referida al acto que revisa, las ilegalidades que se aleguen en la reclamación, pudiendo hacer un escrutinio completo del contencioso-administrativo, resolviendo el derecho aplicable por la Administración, pero respetando los hechos fijados en el procedimiento administrativo previo. Como tribunales de derecho, los TA deben tener plenas facultades para controlar jurídicamente el acto; el ejercicio de potestades discrecionales, muy frecuentes en las decisiones de actos administrativos de carácter ambiental, siempre tienen como límite la arbitrariedad, tradicionalmente controlada judicialmente[29]. Además, la integración mixta de estos tribunales se estableció justamente para controlar la discrecionalidad técnica de la Administración, por lo tanto tienen competencia para realizar una revisión legal y técnica del acto administrativo.

Ahora bien, esta competencia de revisión judicial plena tiene ciertos límites en la **regulación de las sentencias de los TA**. En primer lugar, las posibilidades de decisión de los TA están expresamente reguladas: el artículo 30 de la LTA establece que *"La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada".* No pueden determinar el contenido discrecional de los actos impugnados, así como en el caso de actos o preceptos de alcance general, los TA no pueden determinar el contenido específico del mismo en sustitución[30].

En segundo lugar, la LTA da especial importancia a la fundamentación de las sentencias de los TA, al establecer una exigencia adicional a las del artículo 170 del CPC: la de enunciar los fundamentos técnico-ambientales de acuerdo a los que se pronuncia, cuya falta es causal de casación en la forma de la sentencia.

Finalmente, interesante será ver (hasta el momento no se han dado) las posibles **casaciones en el fondo** que deba ver la Corte Suprema respecto de sentencias de los TA. Siendo el Derecho Ambiental un ámbito con muchas normas reglamentarias, la infracción de ley que influya en lo dispositivo del fallo deberá

revisión del procedimiento administrativo como base de la formación de voluntad del órgano que toma la decisión, que actúa asimismo como garantía para los administrados. Véase MONTT (2003) p. 119.

[29] GONZÁLEZ-VARAS (2002) p. 417.

[30] Artículo 30 inciso 2° LTA.

Actualidad Juridica 29 final.indd 298 21-01-14 11:45

fundarse muy bien. Los hechos estarán fijados en el procedimiento administrativo y la única causal de revisión será la errada aplicación del derecho, que deberá ser determinante en la decisión que tomó el tribunal en la reclamación judicial. Y como tribunal de casación, la Corte Suprema será quien tendrá la última palabra en la interpretación y aplicación de las normas ambientales.

III. El recurso de protección en materia ambiental

Durante la tramitación del proyecto de ley que creó los TA, nos preguntamos en foros académicos y prácticos una y otra vez qué pasaría con el recurso de protección en materia ambiental cuando éstos estuvieren funcionando. Lo que subyace a esto es el uso que se le ha dado al recurso de protección en materia ambiental en los últimos años, instalándose, sin mucha resistencia, la idea que la vía para impugnar una RCA es la acción cautelar de protección por afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación del artículo 19 N°8 de la Constitución, y no los recursos que da la LBMA, que como se mencionó anteriormente, contiene una vía de impugnación administrativa y judicial propia del procedimiento de evaluación ambiental, primero ante el Consejo de Ministros o el Director Ejecutivo del SEA y luego ante los TA. Problemas como tener en instancias paralelas impugnaciones respecto de un mismo acto, o alargar los procedimientos de evaluación ambiental mediante la impugnación de actos, trámite del proceso vía recurso de protección, e invalidación ante los TA, eran los casos que imaginábamos. Y se están dando.

Durante este año se han declarado inadmisibles varios recursos de protección de carácter ambiental, dando como razones que los hechos descritos exceden el objeto del recurso de protección, agregando expresamente que *"…las materias planteadas deben ser ventiladas en el procedimiento contenido en la Ley 20.600, ante el Tribunal Ambiental creado especialmente al efecto, lo que se contrapone con la naturaleza cautelar de la acción de protección, condiciones en las que tiene aplicación la norma de inadmisibilidad establecida en el N°2 del auto acordado respectivo, por lo que no será admitido a tramitación."*[31] Incluso, un recurso de protección interpuesto contra la RCA de un proyecto de procesamiento de minerales se rechazó por considerar que la materia del recurso (si el proyecto debía ser calificado mediante una Declaración o una Evaluación de Impacto Ambiental) *"importa un análisis de lato conocimiento de cuestiones de una complejidad que excede el contexto de un recurso de protección, el cual es estrictamente cautelar de derechos indubitados…"*[32] Y luego la sentencia hace referencia al procedimiento especial establecido en la LTA para resolver estas

[31] Corte de Apelaciones de Santiago (2013a), rol 26.944-2013. Misma decisión y fundamento en Corte de Apelaciones de Santiago (2013b), rol 31.123-2013.
[32] Corte de Apelaciones de Valparaíso (2013) rol 1.339-2013, Considerando 1°.

Actualidad Juridica 29 final.indd 299 21-01-14 11:45

materias, por lo que el recurso de protección sería improcedente[33]. Debe advertirse, eso sí, que en otro caso la CS determinó que dichas razones no eran suficientes para declarar la inadmisibilidad del recurso de protección, ya que de acuerdo al N°2 del Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección si se mencionaban hechos que puedan constituir vulneración de las garantías invocadas era suficiente, por lo que de oficio declaró admisible el recurso y ordenó dar curso progresivo a los autos[34]. Pero por otro lado la misma CS resolviendo la apelación de otro recurso de protección en materia ambiental, hizo una advertencia respecto del objeto del recurso: al solicitar los apelantes más medidas que en el recurso original (específicamente la revocación de la RCA del proyecto Pascua Lama, cuando inicialmente habían pedido la paralización de las faenas hasta construir determinadas obras destinadas a proteger las aguas), la Corte declaró que las medidas ya adoptadas eran suficientes para asegurar los derechos de los recurrentes, sin perjuicio que ellos pudieran entablar *"las acciones que estimen pertinentes ante la autoridad o el Tribunal Ambiental correspondiente, tanto para obtener la revocación de la RCA del proyecto Pascua Lama, o para constatar si se mantienen o no las variantes ambientales vigentes al momento de aprobar el proyecto"*[35].

Nos parece que la jurisprudencia citada parece intentar ordenar lo que podría ser una doble vía de impugnación judicial de las RCA. Por un lado, tenemos la competencia de los TA de revisar judicialmente las resoluciones del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo del SEA que se pronuncien sobre RCA, y por otro, el uso del recurso de protección mediante la alegación de amenaza de afectación de una garantía fundamental por la sola autorización de un proyecto, por decisión ilegal de un órgano administrativo. El criterio que podríamos extraer de las sentencias citadas es que el recurso de protección se mantiene como un mecanismo jurisdiccional paralelo para impugnar autorizaciones ambientales por causales distintas a las que entrega competencia la ley a los TA; pero la competencia de la justicia ordinaria para revisar actos de carácter ambiental por esta vía debe basarse en la tutela efectiva de derechos fundamentales, por lo que el objeto de la acción debe contener la forma en que el acto u omisión afecta al derecho. O sea, y eso queda claro en la sentencia de la CS en el caso Pascua Lama, ya no basta la mera ilegalidad como fundamento para deducir el recurso de protección, sino que se requiere la vulneración de los derechos constitucionales que protege esta acción[36].

Nuestra observación a esto es justamente si la naturaleza del recurso de protección, como acción cautelar de urgencia, es la vía más idónea para revisar un

[33] Corte de Apelaciones de Valparaíso (2013) rol 1.339-2013, Considerando 3°.
[34] Corte Suprema (2013a) rol 4.200-2013.
[35] Corte Suprema (2013b) rol 5.339-2013, Considerandos 7° y 8°.
[36] PINILLA (2013).

Actualidad Juridica 29 final.indd 300 21-01-14 11:45

procedimiento administrativo complejo como es el de evaluación ambiental. La esencia de la acción de protección es ser un recurso en que los tribunales puedan tomar medidas inmediatas por afectación de derechos fundamentales, en que conocen del caso por los argumentos de los intervinientes y otras diligencias o informes. Pero la revisión judicial de la legalidad de un acto administrativo, si no produce vulneración efectiva de derechos fundamentales, requiere un proceso de lato conocimiento. La LTA expresamente da a los TA la competencia para conocer de las reclamaciones administrativas en contra de las resoluciones que se interpongan contra una RCA. Esto es, si la causal de impugnación es la ilegalidad, vicios en el procedimiento que provoquen indefensión a los administrados, o conflictos en la interpretación o aplicación de normas de carácter ambiental (cómo puede ser decidir si un proyecto requiere una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental), son los TA quienes deben revisar la legalidad de estas autorizaciones, en un procedimiento especial y cuya decisión es susceptible de casación ante la Corte Suprema. Además, la LTA contempla la posibilidad que los Tribunales pueden tomar medidas cautelares necesarias para impedir los efectos negativos de los actos sometidos a su conocimiento[37].

Los actos administrativos deben ser siempre susceptibles de revisión judicial, tanto en materia ambiental como en otras donde la Administración ejerza potestades que afecten a los particulares. La anulación de un acto administrativo es finalmente de competencia judicial; como lo hemos dicho anteriormente, para lograr este control jurídico, para que el sistema funcione adecuadamente, los recursos y acciones, sean judiciales o administrativos, deben ser utilizados tanto por recurrentes como por los tribunales en su justa medida, de acuerdo a su objeto y el procedimiento que los antecede. La legalidad de las RCA debería revisarse en el control judicial de los TA, y el recurso de protección ambiental mantenerse como acción cautelar, de medidas urgentes ante la afectación de garantías fundamentales, como parte de la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Reflexiones finales

Tenemos hoy entonces, en materia de jurisdicción ambiental, **tribunales especiales** con competencias acotadas a **revisión judicial de actos administrativos relacionados con los instrumentos de gestión ambiental, y la reparación del daño ambiental**; sus decisiones sujetas a revisión vía **casación** por la **Corte Suprema**, quien además tiene diversas **facultades respecto de sus integrantes y competencias**.

[37] Artículo 24 de la LTA contempla que los TA puedan adoptar medidas cautelares, conservativas o innovativas en asuntos sometidos a su conocimiento.

Actualidad Juridica 29 final.indd 301 21-01-14 11:45

También hemos visto que se encuentra en un natural proceso de **ajuste** el recurso que ha sido el contencioso-administrativo por excelencia en materia ambiental: la **acción cautelar de protección**, con las competencias de los nuevos TA**.**

Quisiera terminar con una digresión, una reflexión más general respecto a estos nuevos tribunales especiales. La creación de estos tribunales es otro síntoma de la subespecialización de la justicia, que ha sido la tónica en nuestro país en los últimos años. En mi opinión, lo ideal sería tener **tribunales contencioso-administrativos** que tuvieran competencia natural sobre todos aquellos conflictos que se susciten por actos de la Administración, sean de tipo normativo, autorizatorio, sancionatorio, etc., que abarcaran todas las áreas en que los órganos del Estado actúan creando o modificando situaciones jurídicas de los particulares. A falta de ellos, se han ido creando tribunales especialísimos que sustraen competencias de los tribunales ordinarios y restringen la discusión de los conflictos a la óptica de la materia o área para la cual fueron creados, cuando en realidad la aplicación del derecho conjuga diversas ramas, principios e instituciones. La temática ambiental, por lo demás, es multisectorial, transversal a diferentes actividades, bienes, intereses y regulaciones. Los TA creados tienen competencias acotadas a los instrumentos de gestión ambiental, y a la reparación del daño ambiental. Una misma autorización administrativa podría ser de su competencia en un caso y en otro no: una autorización de obras de la Dirección General de Aguas es permiso sectorial de obras de cierta envergadura, pero en pequeñas obras no. La reclamación respecto de la primera la vería el Tribunal Ambiental, la otra la Corte de Apelaciones. ¿No sería mejor que tribunales contencioso-administrativos pudieran ver uno y otro caso? ¿No resultaría una mayor certeza jurídica y jurisprudencia más uniforme si todos los casos de reclamación de actos administrativos se vieran en la misma sede?

Además, hemos visto que la carga de trabajo de estos tribunales contencioso-administrativos especiales no es tan alta. De hecho, el Segundo TA de Santiago, durante este año, que ha sido el único operativo, tiene alrededor de 30 causas. ¿Se justifica entonces tener tres tribunales, con toda la planta respectiva, si la carga de trabajo podría asumirla un solo tribunal? Un solo Tribunal Ambiental (si ya no fuera posible hacer una reforma y crear los tan comentados tribunales contencioso-administrativos), con facultades para visitar directamente los lugares donde se dan los conflictos sometidos a su competencia, quizás sería suficiente y aportaría mayor certeza jurídica al sistema, ya que sería una sola fuente de jurisprudencia ambiental especial, y no tres con aplicación regional diferente. Son ideas que surgen de la observación de un sistema nuevo que nos parece está todavía en proceso de ajuste y marcha blanca y que podría ser mejorado no sólo a través de la jurisprudencia y de la propia acción de los tribunales, sino también tal vez a través de reformas legales.

Actualidad Juridica 29 final.indd 302 21-01-14 11:45

Bibliografía

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago (2002): "El criterio jurisprudencial norteamericano del *Hard Look* y el control de la discrecionalidad administrativa (en el medio ambiente)", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 9 N° 2: pp. 417-422.

MONTT OYARZÚN, Santiago (2003): "El procedimiento administrativo: Una tarea esencial aún pendiente para el Congreso", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 65: pp. 118-133.

PINILLA, Francisco (2013): "Recurso de protección ambiental y su buena salud frente a la competencia del Tribunal Ambiental" en *Diario Constitucional.cl* de 30 de octubre de 2013. Disponible en: http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?=3298idautor=240 [Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2013]

Normas

Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial de 9 de marzo de 1994.

Ley 20.417 crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, Diario Oficial de 26 de enero de 2010.

Ley de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en al artículo 2° de la Ley 20.417 de 2010.

Ley 20.600 crea los Tribunales Ambientales, Diario Oficial de 28 de junio de 2012.

Jurisprudencia

Todas las sentencias citadas se encuentran disponibles en: www.poderjudicial.cl

Corte de Apelaciones de Santiago (2013a): Rol 26.994-2013, 28 de mayo de 2013.

Corte de Apelaciones de Santiago (2013b): Rol 31.123-2013, 10 de junio de 2013.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2013): Rol 1.339-2013, 19 de julio de 2013.

Corte Suprema (2013a): Rol 4.200-2013, 14 de agosto de 2013.

Corte Suprema (2013b): Rol 5.339-2013, 25 de septiembre de 2013.

Corte Suprema (2013c): Rol 9.597-2013, 23 de octubre de 2013.

Otros documentos

Corte Suprema, Oficio N° 130 de 10 de septiembre de 2010. Disponible en: www.bcn.cl, en tramitación de Ley 20.600.

Corte Suprema, Oficio N° 133 de 5 de agosto de 2011. Disponible en: www.bcn.cl, en tramitación de Ley 20.600.

Actualidad Juridica 29 final.indd 303 21-01-14 11:45

Corte Suprema, Oficio de 18 de enero de 2012. Disponible en: www.bcn.cl, en tramitación de Ley 20.600.

Mensaje Presidencial N° 352-356 (2008). Disponible en www.bcn.cl, en tramitación de Ley 20.417.

Protocolo de acuerdo (2009): Protocolo de acuerdo en Proyecto de ley que crea el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente (Boletín N° 5.947-12) (2009): Disponible en: http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda/seminario_actualización/documentos.html [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2010]

Mercurio Legal (2012): "Corte Suprema define perfil de ministros que integrarán nuevos tribunales ambientales", (26 de junio de 2012). Disponible en: http://www.elmercurio.com/legal/ [Fecha de consulta: 24 de junio de 2012]

Actualidad Juridica 29 final.indd 304 21-01-14 11:45

Algunas consideraciones sobre la autonomía del Derecho Aeronáutico

Sergio Cea Cienfuegos
Abogado U. de Chile.
Magister en Derecho U. de Chile
Miembro de la Comisión de Académicos
de la Colección de Códigos Editorial Thomson Reutters
Profesor Universidad del Desarrollo

Patricio Morales Contardo
Abogado U .de Chile
Ex Fiscal de Aviación de Santiago
Miembro de la Comisión de Académicos
de la Colección de Códigos Editorial Thomson Reutters.

Resumen: Los autores abordan el proceso que significó la consolidación del Derecho Aeronáutico al regular la actividad aérea. Realizan la correspondiente narración de los orígenes del Derecho Aeronáutico, intentan conceptualizarlo y explicar sus características y contenidos. Posteriormente enuncian las diferentes posturas doctrinarias acerca de la autonomía de esta rama del derecho, haciendo énfasis en las vinculaciones evidentes con otras disciplinas jurídicas

1. Una descripción sintetizada de la historia de la aviación.

Son muchas las historias, algunas de ellas sólo leyendas o mitos, que narran la obsesión del hombre por volar. Vencer la gravedad, elevarse en el cielo, poder dirigirse de un lado a otro por los aires fue desde siempre un caro anhelo del ser humano.

Existen innumerables registros en que el hombre manifiesta su voluntad de volar como los pájaros. Cuenta la leyenda cretense que Dédalo y su hijo Ícaro, fueron encarcelados por el rey Minos, quien ordenó una estrecha vigilancia de la prisión en la torre de Creta y en el mar que circundaba la isla. Dédalo e Ícaro lograron escapar de la prisión, pero no podían huir de la ínsula, por la férrea vigilancia que impuso el rey en todo el mar alrededor de ella. Entonces Dédalo diseñó y construyó alas con plumas, cera e hilos, para él y su hijo. La leyenda narra que ambos pudieron volar. Sin embargo, mientras huían, Ícaro experimentó el placer de dominar el vuelo, y adquirió más y más confianza. Tanto, que empezó a ascender peligrosamente, desoyendo las advertencias de

Actualidad Juridica 29 final.indd 305 21-01-14 11:45

su padre. La cera que unía las plumas de sus alas se derritió con el calor del sol y murió al caer al mar desde gran altura.

Más allá de lo mitológico, el hombre trató de dominar la técnica del vuelo. Y así la cometa, el primer ingenio o creación humana que levantó el vuelo de manera controlada, fue creada en el siglo V.

Durante el renacimiento, Leonardo Da Vinci –entre otras de sus múltiples facetas, un gran inventor– enfrentó científicamente el desafío. Observó cuidadosamente el vuelo de los pájaros, y diseñó inventos para imitarlos. Como fruto de sus esfuerzos, se cuenta el diseño de un planeador, el proyecto del primer helicóptero de que se tenga noticia y el primer bosquejo de un paracaídas.

Pero los intentos verdaderamente exitosos en la práctica se remontan sólo a finales del siglo XVIII con los primeros vuelos en globos rellenos de aire caliente, los denominados "aerostatos" o "globos aerostáticos".

Los hermanos Montgolfier[1], hijos de un comerciante de papel de París, han sido honrados por la Historia como los inventores de los primeros ingenios aeronáuticos. El 4 de junio de 1783 elevaron una bolsa de lino forrada en papel con aire caliente que se obtenía quemando madera y paja bajo la abertura del globo. Ese primer vuelo voló aproximadamente 10 minutos, en los cuales recorrió alrededor de 2 kilómetros, alcanzando una altura estimada entre los 1600 y 2000 metros. Posteriormente repitieron la prueba con un globo de mayores proporciones, con animales a bordo.

Fue en un globo de los Montgolfier que los primeros aeronautas, Pilatre de Rozier y el Marqués de Arlandés, se elevaron sobre París. Ellos protagonizaron el primer vuelo tripulado de la historia el 21 de diciembre de 1783, habiéndose elevado por la capital de Francia a una altura aproximada de novecientos metros y aterrizando sin contratiempos a unos 9 kilómetros de distancia desde el punto de partida.

Cierto es que cuando se redactaron las primeras normas sobre la materia no existió la voluntad por parte de las autoridades políticas y administrativas de crear una nueva rama del derecho. Más bien eran reglas de policía, que no hicieron otra cosa que tratar de desalentar el uso de aerostatos, cuyos aterrizajes ocasionaron con frecuencia daños a los predios en que descendían estos aparatos.

Corría el año 1784 cuando el Prefecto de Policía de París, Jean Pierre Lenoir, prohibió el ascenso en globos aerostáticos sin previa autorización. Estas normas,

[1] Joseph-Michel (1740-1810) y Jacques-Étienne (1745-1799) Montgfolfier, hijos del fabricante de papel Pierre Montgolfier.

Actualidad Juridica 29 final.indd 306 21-01-14 11:45

conocidas como "la Ordenanza de Lenoir"[2] constituyen la primera manifestación de un derecho especial que regule la actividad del vuelo.

Estos vuelos en globo, sorprendentes para la sociedad de la época, adolecían de un defecto que no permitía establecer claramente límites a sus cultores: no eran vuelos dirigidos, siendo el viento el que dominaba el rumbo y la velocidad de los desplazamientos.

Fue recién un siglo después que Gastón y Albert Tisandier lograron volar contra el viento en un globo propulsado por un pequeño motor eléctrico.

Múltiples experimentos en dirigibles –nombre con el que se conoció a los globos que podían ser gobernados– dieron paso incluso al transporte pagado de pasajeros.

Pero la aeronáutica que hoy conocemos tuvo su punto de partida el año 1903, con el primer vuelo tripulado de una máquina más pesada que el aire, logro de los hermanos estadounidenses Wilbur y Orville Wright en la localidad de Kitty Hawk, Carolina del Norte.

El 17 de diciembre del año 1903 los hermanos Wright, a la sazón fabricantes de bicicletas, efectuaron el primer vuelo sin impulsos externos, usando sólo un pequeño motor de 19 caballos de fuerza, en una rudimentaria aeronave bautizada como "Flyer I". Este es considerado el primer vuelo de la historia: "Primer vuelo involucrando un vehículo más pesado que el aire, controlado, autopropulsado, continuo y sostenido (de despegue al aterrizaje), con despegue sin asistencia mecánica (empuje/sustentación creada principalmente por la propulsión a bordo)".[3]

Cierto es que el reconocimiento de este hecho no es universal. Para otros, el honor de ser el primero en efectuar un vuelo en una aeronave más pesada que el aire corresponde a Alberto Santos Dumont[4], quien el 23 de octubre de 1906 levantó el vuelo en su aeronave denominada "14-bis" en un campo cercano a París. En esa oportunidad voló cerca de 60 metros, logro que repitió en noviembre del mismo año, logrando para entonces el récord de distancia, con 220 metros recorridos.

La cuestión que suscita esta polémica se basa en que hay quienes alegan que el vuelo de los hermanos estadunidenses, a diferencia de la hazaña de Santos

[2] De acuerdo a las Ordenanzas de Lenoir, los aeronautas debían solicitar autorización para efectuar sus vuelos, y debían portar rudimentarios paracaídas.

[3] Reconocimiento efectuado por la Federación Internacional de Aeronáutica (Fédération Aéronautique Internationale FAI).

[4] Alberto Santos Dumont, nacido el 20 de julio de 1873 en la localidad de Palmira, en Minas Gerais, Brasil, y fallecido el 23 de julio de 1932 en la ciudad de Sao Paulo, Brasil.

Actualidad Juridica 29 final.indd 307 21-01-14 11:45

Dumont, no se realizó de manera completamente autónoma, ya que utilizaron rampas y catapultas para lanzar la aeronave. Esta circunstancia, además del hecho de no haber contado con el gran número de testigos que presenciaran el vuelo, como aconteció con el piloto brasileño, ha avivado la disputa hasta nuestros días.

Pero fue a partir de este invento magnífico que se desarrolló aceleradamente la industria de la aviación, con más rapidez que ninguna otra actividad humana conocida hasta entonces.

El derecho, como lo ha hecho históricamente frente a nuevas realidades que se originan con el desarrollo y avance de la inteligencia del hombre, pronto comenzó la regulación de esta nueva actividad.

2. Derecho Aeronáutico. Denominación.

Los primeros intentos exitosos de emprender el vuelo en una aeronave constituyen el punto de partida de la aviación como hoy la conocemos. Esta dinámica entre el hombre, la aeronave y el espacio aéreo es conocida como el "hecho técnico de la aviación", y es la base de regulación de una nueva área de desarrollo del derecho.

Fue tan rápida la evolución del hecho técnico de la aviación que el derecho debió expandirse con la misma velocidad.

En palabras de Federico Videla Escalada[5-6] "…muy pocas ramas de las ciencias jurídicas alcanzaron en tan corto espacio de tiempo un desarrollo tan amplio como ésta…".

Quizás si la primera referencia a una rama del derecho propia de las cuestiones del aire pertenece a Samuel Stryk (1640-1710), cuya tesis "Exercitatio de iure principis aéreo" fue defendida en la Universidad de Fráncfort del Oder en 1666. [7]

También de esa misma época, Jean Etienne Dank le denomina "De iure principis aéreo". [8]

---

[5] Federico Videla Escalada (1918-2007). Abogado y juez argentino. Destacado civilista y pionero del estudio del Derecho Aeronáutico en Sudamérica.

[6] Videla Escalada, Federico. *Manual de Derecho Aeronáutico*. Víctor P. de Zavalia Editor. Buenos Aires, Argentina. 1979.

[7] Zambrana Moral, Patricia, y Peláez Manuel**.** *Revista de estudios histórico-jurídicos*. Universidad de Málaga, España, 2008. En http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100056&lng=e&nrm=iso&tlng=e

[8] Dank, Jean Etienne, *Los principios del derecho aéreo.* Tesis de doctorado en la Universidad de Fráncfort-sur-Oder . Citado por Alvaro Bauzá Araujo en *El Derecho de propiedad y la aeronavegación*, Montevideo 1962. Pág. 62.

Actualidad Juridica 29 final.indd 308 21-01-14 11:45

En Francia, tan ligada en su esencia al hecho técnico del vuelo, se originó el término "Derecho Aéreo" (*Droit Aerien*).[9] Este concepto se revela demasiado amplio y puede considerar circunstancias que no son propias del vuelo, pero sí del aire, como las transmisiones por ondas radiales que, por cierto, viajan en el espacio. Algo similar sucedió en Alemania, donde se le dio el nombre de Luftrecht, una expresión que abarca más aspectos que los propios de la navegación aérea, y comprende todas las cuestiones relacionadas con el uso del espacio atmosférico.[10]

Fue también en Francia en el año 1901 que se edita la primera obra doctrinaria sobre esta materia. Su título es *El dominio aéreo y el régimen jurídico de los aeróstatos,* y su autor, Paul Fauchille, un verdadero precursor del Derecho Aeronáutico.

En todos estos esfuerzos se advierte la intención de identificar esta nueva y muy necesaria área del conocimiento, definir sus contornos y proporcionar la más adecuada terminología.

Antonio Ambrosini lo llamó originalmente "Derecho Aeronáutico"[11-12], como una forma de circunscribir el concepto exclusivamente a la navegación aérea o desplazamiento del hombre por el aire.[13] Luego lo denominó, en referencia más concreta al hecho del vuelo, "Derecho de la aviación".

Ambrosini es el verdadero precursor del estudio del derecho aeronáutico como una rama autónoma del derecho. Su militancia activa en el fascismo italiano no basta para ocultar su enorme contribución al desarrollo de esta rama del derecho, no sólo en Europa, sino también en América, con sus visitas a las Repúblicas de México, Brasil y Argentina, esta última donde permaneció desde 1950 a 1953. Participó activamente en los Convenios de Varsovia en 1929, Roma en 1933 y 1952, Bruselas en 1938 y La Haya en 1955.

En palabras de Luis Tapia Salinas[14] que prefiere la expresión "Derecho Aeronáutico", las discusiones acerca de la denominación de esta rama del derecho

[9] Este concepto fue expuesto por André Henry Couannier en la Escuela Superior de Aeronáutica de París.

[10] Foglia, Ricardo, y Mercado, Angel. *Derecho Aeronáutico*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1976. p. 9.

[11] Ambrosini, Antonio. Citado por Tapia Salinas, Luis en *Curso de Derecho Aeronáutico*. Editorial Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España. Página 9.

[12] Ambrosini, Antonio. (1888-1983) jurista italiano, profesor de derecho civil y mercantil de las universidades de Macerata, Camerino y Perugia.

[13] [7]El Diccionario de la Lengua Española define la navegación aérea diciendo que es la "Acción de navegar por el aire en globo, avión u otro vehículo".

[14] Luis Tapia Salinas (1913-2003). Profesor de Derecho Aéreo y del Espacio de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Actualidad Juridica 29 final.indd 309 21-01-14 11:45

se encuentran superadas, siendo lo verdaderamente relevante establecer el contenido y alcance de sus disposiciones.[15]

Suscribimos a esta opinión y adherimos al concepto de "Derecho Aeronáutico", porque delimita adecuadamente esta área del saber jurídico mediante el concepto de la aeronave. Es la aeronave la que nos pone en presencia del Derecho Aeronáutico, y no sólo el espacio aéreo, que puede cobijar otros fenómenos que se regulan por otras normas, como el derecho de las telecomunicaciones.[16]

Ambrosini define el Derecho Aeronáutico como "aquella rama del Derecho que estudia todos los factores esenciales a la navegación aérea, es decir: el ambiente (atmósfera y superficie) en el que se organiza y desenvuelve; el medio (aeronave) con el que se actúa, y todas las relaciones jurídicas públicas y privadas, nacionales e internacionales a las cuales da lugar".[17]

Luis Tapia Salinas, por su parte, lo define como "aquel conjunto de normas que se refieren a la navegación aérea y problemas con ella relacionados".[18]

Agustín Rodríguez Jurado[19] expone que "el objeto del derecho aeronáutico, en sentido amplio, no es otro que el estudio y la regulación jurídica de la actividad aeronáutica en todas sus formas y manifestaciones".[20]

Federico Videla Escalada define el Derecho Aeronáutico como "el conjunto de principios y normas, de derecho público y privado, de orden interno e internacional, que rigen las instituciones y relaciones jurídicas nacidas de la actividad aeronáutica o modificadas por ella".[21]

Foglia y Mercado [22] conceptualizan esta rama del derecho como "la regulación jurídica del hecho técnico del transporte que se produce en el espacio aéreo".

---

[15] Tapia Salinas, Luis. *Curso de Derecho Aeronáutico*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. 1980. Pág. 10.

[16] Esta rama del derecho regula la utilización del espectro radio eléctrico, pues tanto el telégrafo como el teléfono, la televisión, la radio y el satélite propagan sus señales en él, a través del aire.

[17] Ambrosini, Antonio. *Istituzioni di diritto aeronautico*. Editorial Aeronáutica, Roma. 1939. p. 16. Citado por Tapia Salinas, Luis. Ob. Cit. p. 11.

[18] Tapia Salinas, Luis. Ob. Cit. p. 11.

[19] Agustín Rodríguez Jurado. Abogado argentino, nacido en Buenos Aires, donde todavía reside. Ex Profesor Adjunto en las cátedras de Legislación Aérea y de Navegación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata. Ex Profesor Adjunto, Asociado y Titular de Derecho de la Navegación y Profesor de Doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Aeronáutico Comparado en el Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial. Miembro del Instituto de Derecho de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la Ciudad de Buenos Aires. (Fuente: Fundación Konex).

[20] Rodríguez Jurado, Agustín. *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico*. Ediciones de Palma, Buenos Aires. 1986. p. 2.

[21] Videla Escalada, Federico. Ob. Cit. Citado por Alfredo Gildemeister Martínez en *Elementos de Derecho Aeronáutico*. Universidad del Pacífico. Tercera edición. 1984. p. 19.

[22] Foglia, Ricardo, y Mercado, Angel. Ob. Cit. p. 11.

Actualidad Juridica 29 final.indd 310 21-01-14 11:45

En Chile, Hamilton prefiere denominarlo "Derecho Aéreo", y lo define señalando que éste comprende: "todas las relaciones jurídicas originadas por la navegación aérea y, en particular, por el transporte aéreo".[23]

Para nosotros, el Derecho Aeronáutico es un complejo normativo destinado a regular todas las relaciones jurídicas que se originan a propósito de la actividad aérea.

Es un complejo normativo porque comprende normas y estatutos de naturaleza nacional y también internacional. Pero además lo es porque para realizar una adecuada regulación de toda la actividad aeronáutica se requieren normas y principios de distintas ramas del derecho, tanto del ámbito público como el privado. Algunas de sus normas, en tanto, son completamente originales, y se crean especialmente para reglar hechos, bienes y funciones también originales y nuevos, que no existirían si no se hubiese creado una aeronave capaz de remontar el vuelo trasladando a un ser humano.

Por otra parte, el objeto esencial de regulación del derecho es la actividad aérea, aquellas acciones del hombre que se originan y se fundamentan en el invento de la aviación, la capacidad de volar usando aparatos o ingenios creados para tal efecto.

3. Contenidos del Derecho Aeronáutico.

De manera muy preliminar, podemos afirmar que el Derecho Aeronáutico regula las diferentes relaciones jurídicas que se originan a partir del hecho técnico del vuelo, y la utilización del espacio aéreo por medio de aeronaves y otros ingenios similares.

Es evidente que el Derecho Aeronáutico es, como señala Mario del Río Cruz, "una disciplina jurídica que obedece a fundamentos nuevos". Debía regularse una actividad que hasta hace no mucho era impensada, y que vivía sólo en la imaginación de algunos soñadores.

Para Eduardo Hamilton, el Derecho que él denomina "aéreo" comprende "todas las relaciones jurídicas originadas por la navegación aérea, y en particular, por el transporte aéreo".[24]

Es central, entonces, la aeronave. Este es el elemento a partir del cual se construye la regulación jurídica propia de esta disciplina. Por otra parte, debemos

[23] Hamilton, Eduardo. *Manual de Derecho Aéreo*. Editorial Jurídica de Chile. II edición. 1960. p. 505. Ibid. p. 513.
[24] Hamilton, Eduardo. Ob. Cit., p. 12.

Actualidad Juridica 29 final.indd 311 21-01-14 11:45

considerar el espacio aéreo y su regulación. Acto seguido, es preciso estudiar el uso y empleo del espacio aéreo, y, más específicamente, la aeronavegación.

Luego, el Derecho Aeronáutico, que comprende principalmente la regulación del fenómeno de la aviación, con sus elementos principales, aeronave, espacio aéreo y aeronavegación, genera una serie de otras necesidades normativas. Y entonces nos encontramos con materias de muy distinta índole, como la normativa relativa al personal que efectúa labores aeronáuticas, o los contratos de transporte aéreo, entre otras.

Entonces, dada su integralidad, las diferentes materias deben ser objeto de visiones o enfoques tanto del Derecho Público como del Derecho Privado y de igual forma, del Derecho Internacional como del derecho nacional del país de que se trate. [25]

En concreto, entre los contenidos del Derecho Aeronáutico podemos identificar principalmente los siguientes:

a) La regulación jurídica de las aeronaves:

En esta materia se comprende el concepto y definición de aeronave y su clasificación.

Resulta evidente la importancia que reviste la aeronave para esta disciplina jurídica. El Derecho Aeronáutico, lo hemos señalado previamente, surge como la protección del ordenamiento jurídico a una actividad nueva, que se desarrolla a partir del hecho técnico de la aviación. Y ello tiene lugar con la invención de la aeronave.

Para el Diccionario de la Lengua Española, una aeronave es un "vehículo capaz de navegar por el aire".[26]

Una aeronave, en palabras de Videla Escalada, es el "elemento más típico de esta rama de la ciencia jurídica". [27]

El Convenio de París establecía que la aeronave es "cualquier aparato capaz de sostenerse en la atmósfera gracias a la reacción del aire".[28] Esta es una definición que puede ser considerada como "amplia", en términos que sólo se refiere a "la sustentación de una máquina en el aire". [29] Ello implica incluir en el concepto de aeronave a ingenios tales como cometas, globos sonda, u otros similares.

[25] Videla Escalada, Federico N. Ob. Cit. p. 14.
[26] *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. En www.rae.es
[27] Videla Escalada, Federico N. Ob. Cit. p. 109.
[28] Videla Escalada, Federico N. Ob. Cit. p. 110.
[29] Foglia, Ricardo, y Mercado, Ángel. Ob. Cit. p. 76.

Actualidad Juridica 29 final.indd 312 21-01-14 11:45

En este mismo sentido, la Convención de Chicago de 1944 define aeronave como "todo aparato o dispositivo que pueda sostenerse en la atmósfera merced a la reacción del aire".

Sin embargo, el concepto fue restringiéndose, orientando la noción de aeronave no sólo referida a la aptitud del aparato para volar, sino también a que su finalidad sea el desplazarse de un lado a otro en el espacio aéreo, es decir, su condición de aeronavegable. Estas son las definiciones denominadas "intermedias". [30]

Finalmente, están las definiciones llamadas "restringidas", que no sólo apuntan a la sustentación del aparato en el aire y a su capacidad para desplazarse de un lado a otro, sino a su aptitud para el transporte de cosas o personas.

Para Hamilton, la aeronave es "todo aparato capaz de volar y de conducir a su bordo personas o cosas".

Ford, Ortega y Cuadra apuntan que una aeronave, técnicamente hablando, es "un artefacto tripulado que aprovecha las reacciones naturales del aire como medio de sustentación y/o propulsión, a los efectos de desplazarse por el espacio aéreo con independencia de la superficie terrestre o acuática y con un destino navegatorio".[31]

Esta definición incorpora una interesante distinción, que luego veremos se recoge a nivel legal en Chile: que una aeronave debe desplazarse por el espacio aéreo "por reacción del aire", pero esta reacción debe ser con independencia del suelo o el agua. Esta es una referencia a vehículos como los llamados aerodeslizadores o en inglés "hovercraft", que son aparatos que lanzan un chorro de aire sobre una superficie y viajan sobre el colchón de aire que así se produce, logrando grandes velocidades.

Así, el Código Aeronáutico chileno para definir una aeronave señala que "es todo vehículo apto para el traslado de personas o cosas, y destinado a desplazarse en el espacio aéreo, en el que se sustenta por reacción del aire con independencia del suelo".

Por su parte, el Código Aeronáutico argentino, en su artículo 36, considera aeronaves: "…los aparatos o mecanismos que puedan circular en el espacio aéreo y que sean aptos para transportar personas o cosas."

[30] Gildemeister Martínez, Alfredo. Ob. Cit. p. 27.
[31] Ford, Guillermo; Ortega, José, y Cuadra, Eladio. *Introducción al Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones*. Ediciones Mateo José García. Buenos Aires, 1996, p. 107.

Actualidad Juridica 29 final.indd 313 21-01-14 11:45

En cuanto a su naturaleza jurídica, es necesario señalar que, de manera lógica, la aeronave, en cuanto puede ser desplazada de un lugar a otro, incluso mediante su propia fuerza motora, es un bien mueble. Sin embargo, puede decirse también que posee características propias de los bienes raíces o inmuebles, tales como la nacionalidad de la misma, que se refleja en su matrícula.[32]

Para Luis Tapia Salinas, la aeronave es un "bien mueble de carácter sui géneris". Su esencia es ser un bien mueble, pero el derecho le confiere características propias de un inmueble. [33]

Videla Escalada reafirma esta postura señalando que la aeronave es en verdad una cosa mueble, y sólo mediante una ficción jurídica puede asimilársele a un estatuto particular, tal como es el caso de las naves en el derecho marítimo.[34]

El sistema de registro a que debe someterse la aeronave le confiere una particular calidad y la convierte, en palabras de Videla Escalada, en "cosas muebles registrables". Este concepto es recogido en el Código Aeronáutico argentino en el artículo 49. [35]

Aunque el Código Aeronáutico chileno no efectúa una afirmación como la indicada respecto de la naturaleza jurídica de las aeronaves, el sistema registral que consagra, y específicamente la posibilidad de gravar una aeronave con hipotecas, viene en confirmar en nuestra legislación la condición de bienes muebles con un estatuto propio y distinto que las aeronaves ostentan.

b) El espacio aéreo:

Lo que distingue a la aeronave es el vuelo que es capaz de emprender. Y ello se verifica en el aire, surcando el espacio que éste ocupa sobre la superficie de la tierra o el agua.

Es preciso distinguir, a priori, entre las nociones de "aire" y "espacio aéreo". El primero es un concepto etéreo, indefinible y por tanto inapropiable e indelimitable. El segundo, en cambio, sí puede ser delimitado, aunque, como lo hemos señalado, con dificultad.

Luis Tapia Salinas señala que este es un problema que mezcla las cuestiones jurídicas con las netamente políticas, pues se refiere a la soberanía de los Estados. [36]

[32] Tapia Salinas, Luis. Ob. Cit. pp. 147 y 148.
[33] Tapia Salinas, Luis. Ob. Cit. p. 148.
[34] Videla Escalada, Federico. Ob. Cit. pp. 122 y 123.
[35] El artículo 49 del Código Aeronáutico argentino señala: "Las aeronaves son cosas muebles registrables. Sólo podrán inscribirse en el Registro Nacional de aeronaves los actos jurídicos realizados por medio de instrumento público o privado debidamente autenticado".
[36] Tapia Salinas Luis. Ob. Cit. p. 105.

Actualidad Juridica 29 final.indd 314 21-01-14 11:45

Paulatinamente fueron desarrollándose una serie de posturas respecto de la regulación jurídica del espacio aéreo. En un apretado resumen, podemos señalar que existen básicamente tres grupos de teorías respecto de esta cuestión.

El primer grupo postula la libertad completa y absoluta del espacio aéreo. Así, Fauchille expresó, en los albores del Derecho Aeronáutico, que el aire no podía estar bajo el dominio de ningún Estado, pues es un patrimonio de la humanidad. La doctrina conocida como la "la libertad del aire" fue vertida en su obra *El dominio aéreo y el régimen jurídico de los aerostatos*, y produjo una gran polémica. [37]

Un segundo grupo de teorías pregonaba la soberanía absoluta de los Estados sobre el espacio aéreo sobre sus territorios. Ello implica la total restricción para aeronaves de otros Estados para sobrevolar dicho territorio, sin excepciones.

La condición eminentemente internacional de la aviación obligó al Derecho Aeronáutico a encontrar una solución que, reconociendo la soberanía de los Estados respecto del espacio aéreo que se encuentra por sobre sus territorios terrestres y marítimos, permitiera el desarrollo y expansión de la actividad aérea.

En este contexto situamos el tercer grupo de teorías acerca de la regulación jurídica del espacio aéreo, aquellas que reconocen la soberanía de los Estados en sus espacios aéreos, pero que propugnan la existencia de un derecho de tránsito libre a las aeronaves, a condición de que ese paso sea inocente o inofensivo.

Esta cuestión fue resolviéndose a través de los tratados internacionales que dieron forma al Derecho Aeronáutico.

El Convenio de París de 1919, en su artículo 2° establecía:

> "Cada Estado contratante se compromete a conceder en tiempo de paz a las aeronaves de los otros Estados contratantes la libertad de paso inofensivo por encima de su territorio, siempre que las condiciones establecidas en el presente convenio sean observadas".
>
> "Las reglas establecidas por un Estado contratante para la admisión sobre su territorio de las aeronaves procedentes de los otros Estados contratantes, deben ser aplicadas sin distinción de nacionalidad".

Luego, el Convenio de Chicago de 1944 ratificó la soberanía de los Estados sobre sus respectivos espacios aéreos. El artículo Primero de este último señala expresamente: "Los Estados contratantes reconocen que cada Estado tiene

[37] Fauchille, Paul. *El dominio aéreo y el régimen jurídico de los aerostatos.* Citado por Gildemeister, Alfredo. Ob. Cit. pp. 50 y 51.

Actualidad Juridica 29 final.indd 315 21-01-14 11:45

soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo correspondiente a su territorio".

Ello implica una definición en cuanto a que, trazando planos verticales imaginarios desde los límites territoriales de cada Estado hacia el cielo, es posible determinar una porción de ese espacio aéreo sobre el cual dicho Estado tiene soberanía. Esta es la denominada "delimitación lateral".[38]

Ahora bien, ese espacio aéreo situado sobre los territorios de cada Estado debe ser delimitado en cuanto a la altura que comprende. Cabe hacer presente que los convenios internacionales citados no realizaron esta delimitación vertical.

Lo primero es establecer que existe cierto acuerdo entre los diversos autores en cuanto a que debe distinguirse entre lo que es espacio aéreo propiamente tal, y lo que debe ser considerado "espacio exterior o extraatmosférico".

Al tiempo de iniciarse las exploraciones espaciales, se logró un relativo consenso en torno a la idea de la completa libertad para circular en el espacio exterior, con total independencia de los territorios soberanos de los Estados en la superficie. Así lo establece el artículo II del "Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes", de 1967, celebrado entre los Estados Unidos de América, Rusia y el Reino Unido.

Señala este artículo: "El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera".

No obstante, el tratado individualizado precedentemente no define a qué altura el espacio aéreo se transforma en espacio exterior. Además, no constatamos la existencia de otro convenio internacional de aquellos que trataron la cuestión de la soberanía y que definieron los límites verticales del espacio aéreo.

Hay diversas teorías. Algunas de ellas se basan exclusivamente en cuestiones técnicas, relacionadas directamente con las aeronaves y sus capacidades para llegar a ciertas alturas. Otras abandonan el criterio técnico para realizar esta distinción, y se fundamentan exclusivamente en argumentos jurídicos, relacionados con el derecho de los Estados de ejercer su soberanía.

Dentro de las primeras, es decir, las posturas técnicas, se cuenta la que señala que la cuestión debe ser resuelta a través de la sustentación de la aeronave, siendo espacio aéreo hasta donde la densidad del aire permita dicho fenómeno.

[38] Gildemeister Martínez, Alfredo. Ob. Cit. p. 50.

Actualidad Juridica 29 final.indd 316 21-01-14 11:45

Ese límite es fijado por algunos en 90 kilómetros, altura a la cual prácticamente no existe densidad de aire, lo que impide la sustentación de aeronaves comunes.

En esta línea de razonamientos se ubica la delimitación conocida como "la línea Karman", fijada por el científico húngaro Theodore Karman en 100 kilómetros desde el nivel del mar. Esta delimitación obedece a que más allá de esa altura, que fue obtenida por una aeronave mediante la reacción normal con el aire, ya no es necesaria la sustentación obtenida por efecto sobre las alas, sino que la aeronave se sustenta por efecto de la fuerza centrífuga de la órbita terrestre. Esta postura de naturaleza técnica es aceptada oficialmente por la Federación Aeronáutica Internacional para fijar el límite entre vuelos aerodinámicos y espaciales, y fue probada, más allá de la teoría, a través de hechos concretos, con el vuelo de la aeronave estadounidense designada como X-15, a aproximadamente 108 kilómetros de altitud, el año 1960.

En Chile, el artículo 1° del Código Aeronáutico señala: "El Estado de Chile tiene la soberanía exclusiva del espacio aéreo sobre su territorio".

Como puede apreciarse, tampoco se dio una solución a la cuestión del límite vertical superior de ese espacio aéreo.

La historia fidedigna del establecimiento del Código Aeronáutico chileno da cuenta de las reflexiones acerca del concepto de espacio aéreo.

En el Informe de la Comisión Conjunta encargada del Estudio del Proyecto de Ley que aprueba el Código Aeronáutico para la República de Chile se eliminó del artículo 1° la remisión al concepto de aguas territoriales interiores y al mar territorial como integrantes del territorio nacional, sobre el cual el Estado de Chile tiene soberanía, "por cuanto el concepto de territorio nacional incluye, de suyo, el de aguas territoriales y mar territorial, por lo cual la mención expresa de dichas superficies no resultaba adecuada a la claridad requerida por esta norma. Además, así está establecido en el artículo 2° del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, suscrito en Chicago, el 7 de diciembre de 1944.

"Se sustituyó la expresión "soberanía plena y exclusiva" por el de "soberanía exclusiva" por entender que esta última forma de soberanía no puede tener otra aplicación ni otra extensión que la de ser, simultáneamente, soberanía plena, evitándose así una redundancia innecesaria".

> "Desde otro punto de vista, se consideró inconveniente definir "espacio aéreo" atendido que la doctrina no se ha uniformado en relación con una definición, ya que los tratadistas se han orientado básicamente en dos tendencias: una que entiende que el espacio aéreo llega hasta donde alcance la capacidad técnica del respectivo Estado; y la otra, que pretende buscar

Actualidad Juridica 29 final.indd 317 21-01-14 11:45

convencionalmente una medida común entre todos los Estados que participen en un convenio para esos efectos, medida que sería independiente de la capacidad técnica del Estado. Además, el concepto de espacio aéreo pudiera evolucionar de acuerdo con los avances tecnológicos, lo que constituye una razón adicional para excluir su definición del proyecto en informe". [39]

b) La navegación aérea:

Hemos afirmado que el Derecho Aeronáutico regula el hecho de la aviación, en cuanto existe una aeronave que es capaz de emprender el vuelo en el espacio aéreo situado sobre la superficie en que ella primeramente se encuentra.

Ese vuelo es la navegación o circulación aérea, y es fácilmente comprensible que haya debido regularse extensamente, por razones de seguridad.

En sus inicios, la aviación contaba con pocos obstáculos y ciertamente ninguno representado por la circulación o tráfico de otras aeronaves.

El mundo moderno, que ha adoptado la aviación como uno de sus medios principales de transporte, comunicaciones, e incluso, de guerra, genera la necesidad de normar con detalle la circulación de las aeronaves, evitando poner en peligro las tripulaciones y pasajeros a bordo, e incluso a las personas y bienes situados en tierra.

Esta regulación debe ser "reglamentada por los países en forma individual o en conjunto, según se trate de aspectos internos o internacionales de la actividad aeronáutica".[40]

El Convenio de Chicago o Convenio de la Aviación Civil Internacional establece un principio general, que podríamos enunciar como el de la libre circulación aérea. En efecto, el artículo 5° de dicho Convenio establece que una aeronave de cualquier Estado tiene derecho a penetrar el espacio aéreo de otro Estado, a cruzarlo sin hacer escalas y a hacer escalas para fines no comerciales sin necesidad de obtener permiso previo. Todo ello deja a salvo el derecho de los Estados soberanos a imponer ciertas restricciones a las aeronaves de los otros Estados basados en la seguridad aérea, reglas de policía, aduanas u otras.

Lo mismo acontece con vuelos internacionales que, de manera no regular, transportan pasajeros, carga o correo. Ello aunque lo hagan por una remuneración o alquiler, debiendo en esos casos aceptar las restricciones que imponga el Estado cuyo espacio aéreo se penetre o cruce.

[39] Informe de la Comisión Conjunta encargada del Estudio del Proyecto de Ley que aprueba el Código Aeronáutico para la República de Chile. Boletín N° 677-07 de 8 de abril de 1988. Junta de Gobierno de Chile. p. 8.
[40] Foglia, Ricardo y Mercado, Ángel. Ob. Cit. p. 39.

Actualidad Juridica 29 final.indd 318 21-01-14 11:45

La excepción la constituyen los servicios aéreos internacionales de carácter regular, que requieren, para operar en espacio aéreo de otro Estado, su expresa autorización, y lo deberán hacer de acuerdo a las condiciones que la misma autorización fije.

Asimismo, otra excepción es el caso de las aeronaves denominadas "de Estado", por contraposición a las civiles. A las primeras no se les aplica el Convenio de Chicago, y el principio, respecto de ellas, es exactamente el opuesto. Así lo dispone el artículo 3° del mencionado Convenio, en su letra c): "Ninguna aeronave de Estado perteneciente a un Estado contratante podrá volar sobre el territorio de otro Estado o aterrizar en el mismo, sin haber obtenido autorización para ello, por acuerdo especial o de otro modo, y de conformidad con las condiciones estipuladas".

El principio de la libertad de circulación aérea se fundamenta en el carácter eminentemente internacional que la aviación presenta. Desde sus orígenes, la actividad aeronáutica se presentó como un hecho dinámico, que permitiría a las naciones acortar las distancias naturales a través del vuelo. Por ello siempre se tendió a la unificación internacional del tratamiento jurídico de los vuelos, facilitando a los usuarios la utilización del espacio aéreo internacional.

Por todo lo anterior, podemos distinguir, respecto del tratamiento jurídico de la navegación aérea, otro principio: el de uniformidad, que incide en las normas y procedimientos internacionales para el vuelo.

El artículo 37 de la Convención de Chicago establece un principio programático: que cada Estado contratante se compromete a colaborar para lograr "la mayor uniformidad posible en los reglamentos, normas, procedimientos y organización relativos a las aeronaves, personal, rutas aéreas y servicios auxiliares en todas las cuestiones en que tal uniformidad facilite y mejore la navegación aérea".

También podemos encontrar referencias a la uniformidad aérea en otros artículos de la Convención de Chicago. Es el caso del artículo 22, destinado a simplificar las formalidades: "Todo Estado contratante conviene en adoptar, mediante la promulgación de reglamentos especiales o de otro modo, todas las medidas posibles que faciliten y aceleren la navegación de las aeronaves entre los territorios de los Estados contratantes y en evitar todo retardo innecesario a las aeronaves, tripulaciones, pasajeros y carga, especialmente en lo que se refiere a la aplicación de las leyes sobre inmigración, cuarentena, aduanas y despachos".

Así también el artículo 28, denominado "Facilidades para la navegación aérea y sistemas uniformes", que se refiere a la obligación que contraen los Estados suscriptores de lograr, hasta donde sea posible, cierto grado de uniformidad en cuanto a instalaciones aeroportuarias, sistemas y procedimientos de comu-

Actualidad Juridica 29 final.indd 319 21-01-14 11:45

nicaciones, servicios aeronáuticos y servicios de navegación aérea, códigos y señales, mapas y cartas aeronáuticas, con el fin de facilitar la navegación aérea internacional.

La reglamentación relativa a la navegación aérea también incluye aspectos como las aeronaves sin piloto, que por regla general tienen prohibido realizar vuelos en el espacio aéreo de otros Estados [41]; la determinación de zonas prohibidas o restringidas, que cada Estado puede establecer por razones de seguridad;[42] la obligación de las aeronaves, sus tripulantes y pasajeros, de respetar la reglamentación interna de cada Estado que regulen la entrada y salida hacia y desde su territorio,[43] entre otros.

c) Otras materias del Derecho Aeronáutico.

Hemos señalado que el Derecho Aeronáutico regula una serie de materias relacionadas con la actividad aérea. Ello implica que, además de los aspectos relacionados con la aeronave, el espacio aéreo y la aeronavegación, esta disciplina jurídica también se refiere a la infraestructura aeronáutica, el personal que desempeña funciones aeronáuticas, los actos jurídicos que tienen lugar a propósito de la aviación, así como también la responsabilidad civil que se origina en el marco de esta actividad.

Mención aparte merecen las infracciones de origen aeronáutico. Tanto aquellas que deben ser consideradas como meras faltas o contravenciones aeronáuticas, sancionadas de acuerdo a la potestad reglamentaria por la autoridad administrativa competente, como aquellas que, por su gravedad, han merecido el tratamiento de delitos.

Entre nosotros el Código Aeronáutico chileno refleja en su articulado la diversidad de materias que el Derecho Aeronáutico trata. En efecto, contempla la regulación jurídica de las aeronaves (Título II), el espacio aéreo (Título Preliminar) y la aeronavegación (Título IV). Pero además regula la infraestructura aeronáutica (Título I), el personal aeronáutico (Título III), los contratos aeronáuticos (Título VIII), la responsabilidad aeronáutica (Título IX), la búsqueda asistencia y salvamento de aeronaves (Título X) y la investigación de accidentes e incidentes de aviación (Título XI).

Tal como mencionamos previamente, también se regulan en detalle las contravenciones o infracciones aeronáuticas, tanto de naturaleza administrativa (Título XII) como de naturaleza penal (Título XIII).

[41] Artículo 8° Convenio de Chicago.
[42] Artículo 9° Convenio de Chicago.
[43] Artículo 11 de la Convención de Chicago.

Actualidad Juridica 29 final.indd 320 21-01-14 11:45

Finalmente, el Código Aeronáutico designa como Autoridad Aeronáutica a la Dirección General de Aeronáutica Civil (artículos 183 y 184).

4. Características del Derecho Aeronáutico.

El Derecho Aeronáutico es una disciplina que se originó y desarrolló a partir de un hecho nuevo, el nacimiento de la aviación. Por lo tanto, podemos afirmar que la primera característica del Derecho Aeronáutico es su condición de disciplina jurídica de reciente nacimiento.

Hemos repasado en este trabajo los orígenes del Derecho Aeronáutico, fijando como las primeras normas propiamente aeronáuticas las denominadas "Ordenanzas de Lenoir" de 1784. También se menciona el Congreso Internacional de Aeronáutica de 1889 en París.

Sin embargo, es sólo a partir del nacimiento de la aviación propiamente tal, luego de haberse verificado el hecho técnico de la aviación con el primer vuelo de una aeronave más pesada que el aire y utilizando la reacción del aire en 1903 (y en todo caso en 1906), cuando podemos fijar el punto de partida para la regulación jurídica de la aviación, lo que constituye el verdadero nacimiento del Derecho Aeronáutico.

Todo ello da cuenta de la juventud de esta disciplina y de su extraordinaria evolución en tan corto período que, dado todo lo dicho, cuenta con un poco más de un siglo de vida. En atención a la expansión de la aeronáutica producida a partir de las dos guerras mundiales del siglo XX, podemos afirmar que el Derecho Aeronáutico se consolidó en los primeros 50 años de ese siglo.

Muy relacionada con la anterior, podemos distinguir la segunda característica del Derecho Aeronáutico: su dinamismo.

En la década de los 70, Mario Folchi señalaba: "La vertiginosa evolución del Derecho Aeronáutico en pocas decenas de años lo ha convertido, incuestionablemente, en la más nueva de las disciplinas jurídicas".[44]

En palabras de Videla Escalada, no debe confundirse el dinamismo de esta disciplina jurídica con el hecho que sea inestable y cambiante.[45]

Al hablar de dinamismo nos referimos a su capacidad para adaptarse a una actividad –la aviación– que por razones tecnológicas fue mutando muy acelera-

[44] Folchi, Mario Orestes. *Los delitos aeronáuticos*. Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos. S.C.A. Buenos Aires. 1970. Nota Preliminar.
[45] Videla Escalada, Federico. Ob.Cit. p. 17.

Actualidad Juridica 29 final.indd 321 21-01-14 11:45

damente, planteando nuevos desafíos de regulación a medida que aumentaba la potencia y velocidad de las aeronaves.

Rodríguez Jurado afirma que "el derecho ha seguido paso a paso el ritmo y las evoluciones impuestas por el progreso del "hecho técnico"."[46]

Agrega Folchi: "El progreso de la técnica de la aviación –a la que desde hace dos lustros se suma la actividad espacial– ha posibilitado, sobre todo a partir de la segunda guerra mundial, una mayor intercomunicación entre los pueblos y, consecuentemente, la certeza en el hombre actual de que las fronteras de su territorio resultan cada vez más fáciles de atravesar para conocer otras gentes, otras costumbres, otros paisajes y otras culturas".

Este progreso acelerado obligó al Derecho Aeronáutico a modificarse en forma continua para regular adecuadamente la aviación, con un marcado acento por su seguridad. A mayor tecnología, mayores capacidades de las aeronaves y, consecuentemente, mayores riesgos para la seguridad de sus ocupantes y de los terceros en tierra, lo que obliga a elevar normativamente los estándares de control.

Luis Tapia Salinas destaca que el Derecho Aeronáutico constituye un modelo de adaptación, y que su carácter dinámico no va en contra de los principios que lo informan.[47-48]

Una muestra del dinamismo del Derecho Aeronáutico son las disposiciones que regulan la aeronavegabilidad de los aparatos aéreos. Estas normas constituyen un ejemplo de la intervención de los Estados en la actividad aérea, tomando el rol de garante de su seguridad.

En sus inicios, el Derecho Aeronáutico prescribió a los cultores de la naciente actividad ciertas normas de conducta, restringiendo por ejemplo las áreas donde ellas podían practicarse.[49] Sin embargo, más adelante se amplió el ámbito de protección, y los Estados comenzaron a regular derechamente las condiciones técnicas de las aeronaves para efectuar vuelos seguros.

La Convención de Chicago de 1944 en su artículo 31 establece que todas las aeronaves que se dediquen a la navegación internacional deberán contar con un certificado de aeronavegabilidad "expedido o convalidado por el Estado donde esté matriculada la aeronave".

[46] Rodríguez Jurado. Ob. Cit. p. 5.
[47] Tapia Salinas, Luis. Ob. Cit. pp. 20-21.
[48] En el mismo sentido, Gildemeister, Alfredo. Ob. Cit. pp. 20-21.
[49] Un ejemplo de estas restricciones es la Ordenanza de Policía de París de 1891, que prohibía los vuelos de globos aerostáticos hasta que no transcurriera la época de las cosechas.

Actualidad Juridica 29 final.indd 322 21-01-14 11:45

En nuestro derecho interno, el artículo 52 del Código Aeronáutico impone la misma obligación para todas las aeronaves, la de contar con un certificado de aeronavegabilidad. Y señala que la aeronave que cuente con dicho certificado vigente se presume que reúne las condiciones técnicas para volar.

Para dar cuenta de la importancia que esta exigencia reúne para el legislador, el sistema se completa con el tipo penal del artículo 190, que sanciona a quien pilotare o hiciere volar una aeronave que carezca de certificado de aeronavegabilidad vigente.

La tercera característica del Derecho Aeronáutico es su evidente naturaleza internacional.

Videla Escalada señala que este es "el carácter distintivo más notable" de esta disciplina.[50] Sin duda no es la única rama jurídica que presenta esta particularidad (v.gr. Derecho Marítimo, Derecho Ambiental, entre otros) pero por varias razones es aquí donde se demuestra con más fuerza.

La propia naturaleza del espacio aéreo, cuyas fronteras son muy difíciles de demarcar, proporciona a la actividad aérea un tinte de internacionalidad.[51]

A ello contribuye la velocidad de las aeronaves, superior a todo otro medio de transporte hasta entonces utilizado, lo que facilita la comunicación rápida y expedita de ciudades en todo el mundo. [52]

Para Alvaro Bauzá Araujo [53] el Derecho Aeronáutico "implica el estudio de numerosos aspectos de carácter internacional, tanto en materia de circulación y transporte aéreo, como de utilización de aeronaves, contratos sobre las mismas, sistemas de infraestructura, búsqueda, asistencia y salvamento de aeronaves, accidentes de aviación, responsabilidad contractual y por daños a los terceros de la superficie, etc."[54]

Frente a este rasgo distintivo de la aviación, el derecho que la regula respondió a través de la uniformidad y la unificación legislativa.

La unificación legislativa consiste en los esfuerzos que han realizado los Estados y los eruditos y juristas del Derecho Aeronáutico para lograr la creación de normas

[50] Videla Escalada, Federico. Ob. Cit. pp. 18 y 19.
[51] Videla Escalada, Federico. Ob. Cit. pp. 18 y 19.
[52] Rodríguez Jurado, Agustín. Ob. Cit. p. 5.
[53] Alvaro Bauzá Araujo (1917-1999). Abogado uruguayo. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay y uno de los más destacados expertos de derecho aeronáutico de ese país. Fue también el delegado del Ministerio de Transportes en la Comisión Nacional de Política Aeronáutica.
[54] Bauzá Araujo, Álvaro, *Tratado de derecho aeronáutico*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1976, t. I, p. 32.

Actualidad Juridica 29 final.indd 323 21-01-14 11:45

internacionales sobre esta materia. Fruto de estos empeños es la suscripción de los Convenios de París de 1910 y de Chicago de 1944, entre otros.

La uniformidad tiene que ver con la generación de un derecho interno que responda a los mismos principios rectores, de tal modo de resultar prácticamente idéntica en todos los países. El propósito no es otro que estandarizar el tratamiento de un mismo vuelo en los diferentes países que aquél puede abarcar, otorgando seguridad jurídica a los usuarios. [55]

Luis Tapia Salinas apunta: "Ningún medio de transporte posee un carácter tan francamente internacional como la aeronave. Son pocos los Estados en los que pueden cubrirse grandes distancias sin franquear sus fronteras. En estas condiciones es absolutamente preciso la existencia de una legislación internacional uniforme so pena de hacerle perder su principal característica: la rapidez".[56]

Esas normas internas de los diferentes Estados en su mayor parte se basan en los Convenios Internacionales que les sirven de fuente y sustento. Es el caso del Código Aeronáutico chileno, que se cimenta principalmente en el Convenio de Chicago de 1944. [57]

Por ello se señala que el Derecho Aeronáutico no sólo es internacional en cuanto a su naturaleza y origen, sino también internacionalista, de acuerdo a sus pretensiones de uniformidad y unificación.

Finalmente, debemos revisar otra característica del Derecho Aeronáutico, que es discutible académicamente: su autonomía. Lo haremos en un acápite separado, atendida la importancia que esta cuestión ha significado para la doctrina internacional.

5. Autonomía del Derecho Aeronáutico.

Largas discusiones tuvieron también lugar acerca de la autonomía del derecho aeronáutico.

No pocos autores lo situaron como un apéndice de un más amplio concepto: el Derecho de la Navegación, que basaba sus disposiciones en el derecho marítimo.

[55] Ibid. p. 6.
[56] Tapia Salinas, Luis. Ob. Cit. p. 14.
[57] Hamilton, Eduardo. Ob. Cit. p. 15.

Actualidad Juridica 29 final.indd 324 21-01-14 11:45

Así lo propugnaba Antonio Scialoja[58] en su *Sistema del Diritto della navigazione* publicado en Roma en el año 1933, encuadrando al Derecho Aéreo junto al Marítimo, y al Derecho de la Navegación fluvial, lacustre y de otras aguas interiores.

Antonio Ambrosini, contemporáneo de Scialoja, se opuso tenazmente, defendiendo la autonomía científica del Derecho Aeronáutico, lo que dio origen a una polémica que duró varios años. Citando a Ambrosini "…el Derecho Aeronáutico comprende la exposición ordenada y orgánica de todos aquellos principios y de todas aquellas normas que regulan la navegación aérea bajo cualquier aspecto, privatístico y publicístico, nacional e internacional" [59] Para él, las normas del Derecho Marítimo sólo se podían aplicar al Derecho Aeronáutico analógicamente, de manera subsidiaria, como se hacía con el Derecho Civil y el Derecho Comercial.

En esta pugna, al menos en la época y en el país en que tuvo su apogeo, resultaron triunfantes Scialoja y su escuela, al publicarse en 1942 el Código de la Navegación italiano y al unificarse, en diversas universidades de la península las cátedras de Derecho Marítimo y Derecho Aeronáutico en torno a la cátedra de Derecho de la Navegación.

El profesor argentino Agustín Rodríguez Jurado, en su obra *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico*[60], realiza un análisis exhaustivo de la cuestión de la autonomía de esta rama del derecho, incorporándose a la postura de la corriente autonomista y explicando las diferencias esenciales que existen entre el Derecho Aeronáutico y el Derecho Marítimo.

En efecto, el profesor Rodríguez Jurado expresa: "Dos son a mi juicio las diferencias entre ambos que atañen a la esencia misma de la materia y que niegan validez a la doctrina de Scialoja: por una parte, los instrumentos de que se sirven y el medio en que se desenvuelven; por la otra, su elaboración formativa y la posterior estructuración.

En el primer aspecto, tanto los instrumentos como el medio de desenvolvimiento de la actividad que trata de regular, tienen un alcance de generalidad que no se encuentra en la actividad marítima, pues no existen Estados, propiedades ni personas que no estén, por lo menos potencialmente, vinculados a la actividad aeronáutica, puesto que todos estamos en contacto con el espacio aéreo y todo el espacio aéreo puede ser surcado por aeronaves. Para la actividad marítima, en cambio, existen personas, propiedades y hasta Estados que no tienen vinculación directa con ella, y en algunos casos ni siquiera potencialmente.

[58] Antonio Scialoja (1879-1962), jurista italiano considerado el fundador del derecho de la navegación en Italia.
[59] Ambrosini, Antonio. Ob. Cit. p. 16.
[60] Rodríguez Jurado, Agustín. Ob. Cit. pp. 12 y 13.

Actualidad Juridica 29 final.indd 325 21-01-14 11:45

En el segundo aspecto, el Derecho Marítimo nació como derecho comercial privado, y aunque luego se le hayan agregado elementos de derecho público subsisten en él el predominio del factor privado, que salvo en algunos casos puede ser diferenciado del público. En cambio, en el Derecho Aeronáutico los primeros problemas trascendentes que se plantearon fueron de derecho público, y si bien luego se tomaron en consideración otros de derecho privado, en su solución estuvo siempre en consideración, como elemento esencial, el factor de derecho público, que impregna de tal manera todas las soluciones institucionales y normativas que es difícil prescindir de él y aun diferenciarlo del privado".

Para Luis Tapia Salinas, en tanto, "el Derecho constituye una unidad en su conjunto, pero esta consideración no impide que admitamos su variedad en cuanto a la materia y con ella las nuevas denominaciones, entre las cuales puede alinearse el Derecho Aeronáutico".[61]

El abogado y catedrático uruguayo Alvaro Bauzá Araujo, en su obra *Tratado de Derecho Aeronáutico*, editada en Montevideo el año 1976, estimaba que las corrientes autonomistas predominaban ampliamente en esa época. A su juicio, "…no puede desconocerse que el Derecho Aeronáutico está integrado por principios muy especiales, inexistentes en otras disciplinas, los cuales integran un conjunto orgánico y homogéneo, caracterizado por la especialidad del objeto, que comprende todos los factores propios de la actividad aviatoria (aeronave, atmósfera y personal navegante), así como las relaciones jurídicas correspondientes".[62]

Guillermo Ford, José Ortega y Eladio Cuadra en su trabajo *Introducción al Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones*[63], afirman que el Derecho Aeronáutico es científicamente autónomo, porque es posible identificar en él los tres elementos que Donatti[64] señala como indispensables para reconocer autonomía.

Estos elementos, que comparte Ambrosini, son: 1) la novedad orgánica de la materia (entendiendo por tal la originalidad y especialidad del hecho de la aviación, un fenómeno muy reciente en la historia de la humanidad, para el cual no existían estructuras, instituciones, costumbres ni normas que pudieran serle aplicables con precisión), 2) la especialidad de los principios que regulan esta actividad (Tales como el principio del respeto por la seguridad de vuelo, el principio de la autoridad exclusiva del comandante de la aeronave y el principio de responsabilidad objetiva del explotador por daños a superficie, entre otros,

[61] Tapia Salinas, Luis. Ob Cit. pp. 24 y 25.
[62] Bauzá Araujo, Álvaro, Ob. Cit. p. 121.
[63] Ford, Guillermo; Ortega, José, y Cuadra, Eladio. Ob. Cit. pp. 16 y 17.
[64] Antígono Donatti. Profesor italiano de Derecho de los seguros.

Actualidad Juridica 29 final.indd 326 21-01-14 11:45

que sólo tienen cabida y aplicación en materia aeronáutica), y 3) la tendencia de esta aérea del derecho a la completividad.

Ambrosini estima que la autonomía del Derecho Aeronáutico se fortalece con la existencia de las Convenciones de París de 1919 y esencialmente por la de Chicago en 1944.

Luis Tapia Salinas elabora un criterio de autonomía basado en cuatro conceptos: a) la especialidad del medio en que se desenvuelve: el espacio aéreo; b) respecto al objeto primordial de sus normas: la aeronave; c) la relación entre el medio y el objeto; y d) la gran cantidad de normas, especialmente de carácter internacional, que lo manifiestan.[65]

Por nuestra parte, creemos que el Derecho es una unidad, y que las normas que lo componen se ordenan o estructuran de acuerdo a su naturaleza y contenido.

De allí que surjan las clasificaciones en ramas del Derecho. Hablar de autonomía total de una rama del Derecho es una falacia, pues lo que existe realmente es una autonomía de naturaleza relativa, propia del orden que debe regir las disposiciones jurídicas y la especialidad del conocimiento exigido a los operadores jurídicos.

José Ferrater Mora[66], en su *Diccionario de Filosofía*, define autonomía: "Se llama autonomía el hecho de que una realidad esté regida por una ley propia, distinta de otras leyes, pero no forzosamente incompatible con ellas" [67].

Hemos señalado, para definir el Derecho Aeronáutico, que éste es un "complejo normativo", que utiliza normas y principios de distintas ramas del derecho, del ámbito público y del privado, pero que también cuenta con disposiciones originales, propias de la aviación.

De este punto de vista, los principios propios de la aviación constituyen aquella "ley propia" a que alude Ferrater Mora, y constituyen su esencia y sentido propio. Sobre esa base se construye su pretensión de autonomía.

Y los principios y disposiciones que extrae de otras ramas del Derecho son las leyes que le son complementarias, y que determinan que esa autonomía sea relativa, como lo es la de la mayor parte de las disciplinas jurídicas, cuyas normas se entrelazan, formando un todo que tiende a la armonía.

---

[65] Tapia Salinas, Luis. Ob. Cit. p. 26.

[66] José Ferrater Mora. (1912-1991) Filósofo y académico español. Impartió la docencia en Chile entre 1941 y 1947 en la Universidad de Chile, y en las Universidades Católica, Federico Santa María, y de Concepción.

[67] Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía*. Tomo I. p. 161. En: http://es.scribd.com/doc/6600119/Jose-Ferrater-Mora-Diccionario-de-Filosofia-Tomo-I.

Actualidad Juridica 29 final.indd 327 21-01-14 11:45

La importancia que una actividad cobra en el tráfico jurídico determina la necesidad de desarrollar un tramado normativo propio, cuya identidad sea fácilmente distinguible. Es incuestionable que la aeronáutica es una de las empresas humanas de más rápida evolución en el último siglo. Y por ello se desarrollaron a su respecto normas que, teniendo por base el derecho existente, fueron cobrando una naturaleza singular.

La Codificación, fenómeno propio del derecho continental, asumió el papel de unificador de las normas aeronáuticas dispersas, creando cuerpos normativos completos, que incluyen todos los aspectos jurídicos que el fenómeno de la aviación presenta.

Es así como los Códigos Aeronáuticos de distintos países reflejan esta tendencia unificadora, reuniendo en sus articulados diferentes materias. Señalamos, a propósito de los contenidos del Derecho Aeronáutico, que éste abarca al menos tres aspectos centrales: la aeronave, el espacio aéreo y la navegación aérea. Además, otros ámbitos tales como la regulación del personal aeronáutico, la infraestructura aeronáutica, la responsabilidad emanada de los actos de aviación y las contravenciones, tanto administrativas como penales, que tienen lugar en la actividad aérea, entre otros.

Estas materias se repiten, *mutatis mutandis*, en la mayoría de los Códigos Aeronáuticos, que tienen su fuente primaria en el Convenio de Chicago de 1944.

A modo meramente ejemplar, señalamos que ese es el caso del Código Aeronáutico de Argentina y también del Código Aeronáutico chileno, que comparten el mismo esquema normativo, pues emanan del Convenio de Aviación Civil Internacional, ya mencionado. Muy similares son las normas de la Ley de Aeronáutica Civil del Perú, Ley N° 27.261, que data del año 2000.

No obstante, donde podemos apreciar sensibles diferencias es en el tratamiento de los llamados delitos aeronáuticos, pues no emanan del Convenio de Chicago, sino de otros instrumentos.

Los delitos así denominados "aeronáuticos" no son aquellos delitos comunes cometidos a bordo de una aeronave (cuya regulación internacional emana del Convenio de Tokyo de 1963), sino otros, que tienen una naturaleza o identidad relacionada específicamente con el hecho técnico de la aviación.

En el caso del Código Aeronáutico argentino y del Código Aeronáutico chileno, ambos cuerpos normativos contienen reglamentación de los delitos aeronáuticos, figuras típicas propias de la actividad aérea. Lo mismo acontece con el Código Aeronáutico de Uruguay (artículos 197 a 207), el Código Aeronáutico Colombiano (artículos 203 a 222) y el Código boliviano (artículos 250 a 266). Sin embargo, la Ley de Aeronáutica Civil del Perú no contiene tipos penales.

Actualidad Juridica 29 final.indd 328 21-01-14 11:45

Hechas esas prevenciones, suscribimos a las tesis autonomistas de naturaleza relativa del Derecho Aeronáutico, como una rama del Derecho que tiene una identidad propia, con principios de cuya exclusividad no puede dudarse.

6. Vinculaciones del Derecho Aeronáutico con otras ramas del Derecho.

Se ha afirmado que el Derecho Aeronáutico es una integralidad que concentra en su seno diversos principios y normativas extraídos de otras ramas del Derecho. Por ello, tiene necesariamente por sus contenidos o materias vinculaciones con el Derecho Público y también con el Derecho Privado.

Guillermo Ford señala que ya no hay una división demasiado estricta entre Derecho Público y Derecho Privado y que el Derecho Aeronáutico es una muestra de ello. "En suma, el orden público, la seguridad de vuelo, el valor de la vida humana como bien supremo, se anteponen al interés privado en todos los casos, sin descuidar la necesaria armonía que debe mediar en las relaciones jurídicas de Derecho Privado como manera de prevenir los inevitables conflictos que el devenir propio de la actividad presenta a diario."[68]

El autor español Luis Tapia Salinas discurre con notable lucidez acerca de esta condición integradora del Derecho Aeronáutico, como consecuencia de la pluralidad de asuntos jurídicos que debe resolver y que son propios de la aviación:

> "El Estado tiene que definir su actitud frente a la soberanía o libertad del espacio aéreo donde se desenvuelve la aeronáutica. A él le corresponde la aceptación o no de los Convenios Internacionales que regulan no solamente materias de Derecho Público Aeronáutico, sino también las que afectan a las relaciones privadas en la navegación y el transporte aéreo; el reconocimiento de los derechos que corresponde aplicar a las aeronaves, respecto a su nacionalidad, registro, aeronavegabilidad, propiedad, derechos reales, arrendamientos y demás contratos de utilización, son problemas que no tienen de por sí una entidad propia y que han de ser regulados según los distintos puntos de vista; la constitución del personal aeronáutico, el marco de sus derechos y obligaciones, el reconocimiento de títulos y licencias, la aceptación de la naturaleza del comandante de la aeronave, pueden perfectamente tener enfoques distintos, como consecuencia de diferentes posturas políticas".[69]

Un vistazo a los contenidos o materias del Derecho Aeronáutico permite fundamentar la coexistencia de ambas vertientes en su seno.

[68] Ford, Guillermo; Ortega, José y Cuadra, Eladio. Ob. Cit. pp. 10 y 11.
[69] Tapia Salinas, Luis. Ob. Cit. p. 19.

Actualidad Juridica 29 final.indd 329 21-01-14 11:45

La regulación jurídica de las aeronaves se rige principalmente por normas y principios del Derecho Civil y también del Comercial, ambas ramas del Derecho Privado.

Los contratos aeronáuticos y la responsabilidad emanada por la actividad aérea también se rigen por disposiciones de marcado origen privatístico.

En la historia del Derecho Aeronáutico en su vertiente privada fue determinante la Convención de Varsovia de 1929, que es el fruto de los esfuerzos del Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos (CITEJA)[70]. Esta Convención es la primera que establece leyes internacionales que regulan el transporte aéreo.[71]

Siguiendo a Maximiliano Prado Donoso: "La Convención de Varsovia tuvo el mérito innegable, aun antes de que la aeronavegación comercial se consolidara como medio masivo de transporte, de ofrecer una cierta uniformidad en las reglas aplicables a las relaciones contractuales entre las empresas aéreas y los usuarios de sus servicios".[72]

El Convenio de Varsovia fue desarrollado y modificado con posterioridad, y el conjunto de su normativa es conocido como el "Sistema de Varsovia". Agrega Prado Donoso: "Sin embargo, el dinamismo propio del objeto de su regulación significó que el Convenio de Varsovia requiriera de ajustes y luego de modificaciones sustantivas".[73]

La evolución del Sistema de Varsovia incluye el Protocolo de la Haya de 1955, que en sus partes más relevantes aumenta los límites de responsabilidad por muerte, heridas o daños personales de los pasajeros y además redefine el caso en que el transportista pierde el derecho a ampararse en el límite de responsabilidad. Luego, el Convenio de Guadalajara de 1961, "que surge como una reacción frente a la importancia creciente de los vuelos charter y permitió que el régimen de responsabilidad de Varsovia se aplicara tanto al transportista contractual como al transportista efectivo".[74] Posteriormente, los Protocolos 1, 2 y 3 de Montreal de 1975 completan esta evolución, que tiene su punto de inflexión más importante en el Convenio de Montreal de 1999, instrumento este último que representa la respuesta a la necesidad evidente de modernizar

[70] CITEJA "Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos", establecido en la Primera Conferencia Internacional de Derecho Privado Aéreo, convocada por el Gobierno de Francia en el mes de octubre de 1925. Su objetivo era estudiar la unificación del Derecho Privado Aéreo.
[71] Hamilton, Eduardo. Ob. Cit. pp. 86-87.
[72] Prado Donoso, Maximiliano. *Responsabilidad civil en el Transporte Aéreo*. Editorial LexisNexis. Primera edición. 2005. p. 36.
[73] Prado Donoso, Maximiliano. Ob. Cit. p. 36.
[74] Prado Donoso, Maximiliano. Ob. Cit. p. 15.

Actualidad Juridica 29 final.indd 330 21-01-14 11:45

las normas de Varsovia, algunas de ellas francamente obsoletas. Los países integrantes de la OACI suscribieron este Convenio, que es una fusión de las normas de responsabilidad en el transporte, adaptándolas al tráfico aéreo moderno.

Los Códigos Aeronáuticos recogieron estas normas, incorporándolas en su mayoría a sus articulados. Sin embargo, en algunos casos sus normas no son enteramente coincidentes con las disposiciones de los instrumentos que integran el Sistema de Varsovia, generando la cuestión acerca de qué estatuto es el preeminente y por tanto el aplicable por las judicaturas de cada uno de los Estados. [75]

Siguiendo con el Derecho Aeronáutico y su relación con el Derecho Público y el Derecho Privado, otra de las materias fundamentales que lo componen es la regulación jurídica del espacio aéreo. Éste debe ser normado tomando como base disposiciones del Derecho Internacional Público, disciplina que se encasilla inequívocamente en el Derecho Público.

Lo mismo acontece con el estatuto que reglamenta la navegación aérea, cuyas normas responden a la lógica del Derecho Administrativo, en tanto es el Estado, con su potestad pública emanada de la soberanía que ejerce sobre el espacio aéreo sobre su territorio[76], el que ordena y regula la aeronavegación.

La Organización y Atribuciones de la Autoridad Aeronáutica (en Chile la Dirección General de Aeronáutica Civil) son materias que forman parte del Derecho Administrativo, en tanto dicho órgano es un integrante de la Administración del Estado de Chile.

La determinación de responsabilidad administrativa, y la aplicación eventual de sanciones por parte de los operadores aeronáuticos siguen la misma lógica administrativista y por tanto del Derecho Público.

Una cuestión similar tiene lugar a propósito de los delitos de naturaleza aeronáutica, cuya lógica vinculación es con el Derecho Penal, rama del Derecho Público.

Conclusiones.

El Derecho Aeronáutico, como otras ramas del Derecho, constituye un complejo de normas que ha evolucionado muy rápidamente, con la finalidad de regular una actividad nueva en la historia de la humanidad: la aviación.

[75] Para profundizar el tema de la aplicación de Varsovia frente a las normativas internacionales cfr. Prado Donoso, Maximiliano. Ob. Cit.
[76] Artículo Primero del Convenio de Chicago y Artículo 1° del Código Aeronáutico chileno.

Actualidad Juridica 29 final.indd 331 21-01-14 11:45

Su dinamismo se ha puesto de manifiesto, como una característica esencial. Y para desarrollarse ha tomado dos caminos. El primero, la definición de principios de naturaleza propia, que se originan en el hecho técnico de la aviación y que no se explicarían si no existiera la aeronáutica. Uno de ellos es la protección de la seguridad aérea, como elemento que informa y da sustento a toda la normativa aeronáutica, y que se ha identificado como el principal bien jurídico de los delitos aeronáuticos.

Pero también el derecho aeronáutico ha optado por la adopción de principios e instituciones de otras ramas del Derecho, como el Derecho Civil, Comercial y Penal, sobre los cuales se asienta la regulación de diferentes actividades dentro de la aviación, que el Derecho Aeronáutico debe atender y regular.

Desde el punto de vista de los principios propios, la tesis de la autonomía del Derecho Aeronáutico cobra sustento. Si atendemos a la gran vinculación que presenta con otras ramas del Derecho, pareciera que aquella autonomía pierde fuerza.

Como en otros casos, debe entenderse que el Derecho Aeronáutico goza de autonomía relativa. No puede desconocerse su importancia y aporte a la ciencia del Derecho en un área específica y nueva, de gran importancia para la modernidad, pero tampoco puede pretenderse que pueda subsistir sin el concurso fundamental de otras disciplinas jurídicas que apoyaron su rápido desarrollo aportando sus propias instituciones.

Bibliografía.

Ambrosini, Antonio. *Curso de Derecho Aeronáutico*. Tomo I. Roma, 1933.

Bauzá Araujo, Álvaro. *Tratado de derecho aeronáutico*. Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1976, tomo I.

Dank, Jean Etienne. *Los principios del derecho aéreo*. Tesis de doctorado en la Universidad de Fráncfort-sur-Oder .

Fauchille, Paul. *El dominio aéreo y el régimen jurídico de los aerostatos*

Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía*. Tomo I. En http://es.scribd.com/doc/6600119/Jose-Ferrater-Mora-Diccionario-de-Filosofia-Tomo-I.

Foglia, Ricardo, y Mercado, Angel. *Derecho Aeronáutico*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1976.

Ford, Guillermo; Ortega, José, y Cuadra, Eladio. *Introducción al Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones*. Ediciones Mateo José García. Buenos Aires, 1996.

Gildemeister Martínez, Alfredo. *Elementos de Derecho Aeronáutico*". Universidad del Pacífico. Tercera edición. 1984.

Actualidad Juridica 29 final.indd 332 21-01-14 11:45

Hamilton, Eduardo. *Manual de Derecho Aéreo*. Editorial Jurídica de Chile. II edición. 1960.

Informe de la Comisión Conjunta encargada del Estudio del Proyecto de Ley que aprueba el Código Aeronáutico para la República de Chile. Boletín N° 677-07 de 08 de abril de 1988. Junta de Gobierno de Chile.

Prado Donoso, Maximiliano. *Responsabilidad civil en el Transporte Aéreo*. Editorial Lexis Nexis. Primera Edición. 2005.

Rodríguez Jurado, Agustín. *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico* Tomo I. Ediciones De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1986.

Tapia Salinas, Luis, *Curso de Derecho Aeronáutico*. Editorial Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España.

Videla Escalada, Federico. *Manual de Derecho Aeronáutico*. Victor P. de Zavalia Editor. Buenos Aires, Argentina. 1979.

Zambrana Moral, Patricia, y Peláez Manuel. *Revista de estudios histórico-jurídicos*. Universidad de Málaga, España. 2008. En http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100056&lng=e&nrm=iso&tlng=e

Actualidad Juridica 29 final.indd 333 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 334 21-01-14 11:45

Notas sobre la evolución histórica del Derecho Bizantino

Eduardo Andrades Rivas
Profesor de Historia del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: Este estudio expone la evolución histórica del derecho propio del imperio romano oriental o bizantino. Se analizan las diversas etapas de la formación de dicho derecho, desde el Código Teodosiano hasta el Hexábiblos, con especial referencia a la Ékloga, el Prokeirón, la Epanagogé, las Basílicas, y diversas Novellas. En especial se estudia la transformación del derecho romano clásico justinianeo en un derecho característicamente griego o grecorromano, adaptado a las necesidades y mentalidades de las distintas épocas por las que atravesó el imperio bizantino desde su fundación por Constantino hasta su desaparición en 1453.

*****

I. Introducción:

Es habitual que, entre nosotros, los estudios de historia del derecho romano finalicen con la monumental obra de Justiniano, el *Corpus Iuris* y se retomen a partir del siglo XI, con el redescubrimiento de los textos del *Digesto* en Italia.

Igualmente resulta tradicional el que se haga mención a la escasa o virtualmente inexistente influencia romanista en el mal llamado derecho alto medieval, más precisamente en el periodo que media entre el fin de la antigüedad tardía y los inicios del siglo XI en la Cristiandad Latina.

Pero en nuestro medio, entre los que formamos parte de la tradición jurídica occidental, no es frecuente el revisar esa otra tradición, la de nuestra civilización prima hermana, la que surgiría a partir del desarrollo del mismo Imperio romano, que llamamos injustamente, por lo reductor del término, "bizantino"[1].

En buena medida por la barrera del idioma[2], pero también por la falta de interés en el cultivo de las disciplinas humanistas, nuestra historiografía jurídica

[1] Ver Arias Ramos, José, "Un curioso cargo en la burocracia bizantina: El "Quaesitor" en *Revista de Estudios Políticos*, 1952, pp. 107 s.

[2] Dificultad más aparente que real, en tiempos en que gracias a los medios electrónicos disponemos de la casi totalidad de las fuentes latinas y helenas en la red, aparte de ediciones perfectamente digitalizadas de las excelentes ediciones que se hicieron de los textos clásicos en el siglo XIX y comienzos del XX. Asimismo, en los últimos 15 años se ha publicado una considerable bibliografía en español sobre el tema sin perjuicio de la gran cantidad de material en inglés que hoy es perfectamente accesible.

Actualidad Juridica 29 final.indd 335 21-01-14 11:45

ha descuidado hasta hace pocos años los estudios del derecho del Imperio Bizantino. En nuestro medio debe valorarse la enorme contribución que realizó al conocimiento de Bizancio y sus instituciones el profesor Héctor Herrera Cajas (Q.E.P.D.) y una gran pléyade de colaboradores, entre los cuales debemos destacar al profesor griego Fotios Malleros, autor de la mejor Historia del Imperio Bizantino publicada en nuestro país y una de las mejores en lengua española. Es siguiendo esa tradición, de rescate de los valores de dicha civilización hoy perdida, que decidimos redactar estas breves notas sobre el derecho bizantino, en la confianza que resultarán de interés tanto para el lector que se inicia en su análisis como de recordatorio para el estudioso, que podrá ver en el aparato bibliográfico, junto a los clásicos, algunos de los más recientes textos que, en español, abordan esta siempre interesante materia.

Hemos estructurado el presente trabajo en los siguientes ejes temáticos a fin de ilustrar debidamente la evolución de las instituciones jurídicas en el Imperio Bizantino. Consideramos que en dicha evolución han de distinguirse cinco etapas sucesivas que van configurando el hilo de una creación jurídica de gran complejidad e interés:[3]

En primer lugar abordamos el contexto cultural en el que se produce el fenómeno de la vulgarización, no con el propósito de reiterar cuestiones más que definidas en la historiografía clásica, sino como un fundamento desde el cual estudiar el fenómeno de la obra justinianea. Se analiza con detención la obra de Teodosio II con acento en la creación de la Universidad de Constantinopla y su proyecto de Código, como una iniciativa oriental de proyección general en orden a recopilar las *leges antiquae*.

Enseguida examinamos brevemente la obra de Justiniano y su correspondencia con la sociedad a la que gobernó. Con especial mención de la diversa vigencia del *Corpus Iuris* en las dos mitades del Imperio.

Luego se analizan las compilaciones surgidas tras la promulgación del Corpus justinianeo y la forma en que éstas fueron desplazándolo poco a poco, aunque nunca del todo. Especial mención recibe el texto dictado por los emperadores isaurios, la *Ékloga* y sus diversas versiones posteriores.

Luego se pasa revista a la etapa más distintivamente bizantina del periodo: El de la dinastía macedónica y sus obras más difundidas, el *Prokeirón*, la *Epanagogé* y las *Basílicas*, la más típicamente bizantina de todas ellas, junto a otras fuentes menores que antecedieron a los textos mayores.

[3] En ello nos hemos apartado de esquemas tradicionales que solo distinguen tres etapas: El derecho de Justiniano, el que va de Justiniano a Basilio II y el que va de Basilio II a la caída del Imperio. Estimamos que dicho esquema engloba bajo un mismo periodo diversos y au n contrapuestos procesos de evolución del derecho y por ello preferimos nuestra división en 5 escalones o periodos. Cfr. Cambridge Medieval History, *The Eastern Roman Empire*, Volumen IV, Cambridge University Press, Cambridge, 1980.

Actualidad Juridica 29 final.indd 336 21-01-14 11:45

Enseguida se analiza brevemente el derecho vigente hacia el término del imperio, en pleno proceso de decadencia política, pero con un notable resurgimiento de la cultura jurídica gracias a la creación de la Facultad de Derecho de Constantino IX Monómaco y con especial énfasis en el *Hexábiblos*, cuya vigencia se mantiene hasta el siglo XX.

Finalmente se contienen nuestras conclusiones sobre el tema tratado. Constantes en nuestro análisis aparecen la cultura jurídica universitaria, el Corpus de Justiniano y la influencia cristiana. Para poder entender lo que a continuación narramos, estos tres factores, que muchas veces actúan enlazados o aparentemente contrapuestos, no deben perderse nunca de vista.

II. Los inicios, los estudios de derecho y el código de Teodosio II:

Desde la fundación de Constantinopla, en el 330, la política legislativa del imperio romano no varió significativamente en lo que podríamos denominar una obra jurídica propia para Oriente. Antes bien, se produjo una masiva traslación o transplante de las instituciones jurídicas romano clásicas hacia Oriente, tanto desde el punto de vista de las Leges, con Constituciones imperiales que, aunque fueran dictadas en la nueva Capital, provenían intelectualmente de los moldes romanos, hasta el Ius, que significó que muchas bibliotecas jurídicas en Constantinopla se llenaron de obras de los viejos juristas clásicos. Esta circunstancia permite explicar cómo los juristas de Justiniano tendrían más tarde acceso a los materiales clásicos para redactar el Corpus Iuris. Sin estas bibliotecas, que preservaron las obras de la edad de oro, la labor posterior habría sido imposible de llevar a cabo. De hecho, la adopción en Constantinopla de los recursos de apelación ante el Emperador permitió que mucho material fuera conservado en las propias cancillerías imperiales.[4]

Teodosio II (408-450) no destacó por ser un gran estadista ni un líder de carácter a la altura de su ilustre abuelo Teodosio I el Grande, sin embargo, su largo reinado, además de las poderosas murallas de Constantinopla, legó al derecho dos grandes contribuciones: La Universidad de Constantinopla y el código que lleva su nombre.

La Escuela Superior Cristiana:

En primer lugar, fue durante su reinado que Constantinopla tomó el relevo de Atenas respecto de la capitalidad cultural del imperio. Influido por sus ministros,

[4] La potestad de apelación se concentró solo en el Emperador y en su *Quaesitor sacri Palatii* y contra las sentencias inapelables del último podía elevarse *supplicatio* al Augusto. Ver Arias Ramos, José, *Op. Cit.*, p. 120.

Actualidad Juridica 29 final.indd 337 21-01-14 11:45

el emperador decidió fundar en su ciudad una nueva universidad, o como se llamó oficialmente, una *Escuela Superior Cristiana*. Filósofos, gramáticos, retóricos y, por cierto, juristas acudían atraídos por la sede del poder político imperial a enseñar y prestar servicios en las cancillerías del Estado. Por ello la decisión de Teodosio no podía sino resultar bien venida y permitirle a su capital desempeñar un papel de primera importancia en el desarrollo de los estudios jurídicos.

Con fecha 26 de febrero de 425 el emperador dictó el edicto fundacional[5] por el que dispuso la creación de la nueva universidad, la cual fue dotada de 31 académicos, quienes debían cumplir severos requisitos para obtener su cátedra, incluyendo exámenes ante el Senado. La enseñanza se impartiría en latín y en griego, lo que demuestra la importancia social predominante del griego en el oriente del imperio[6].

Se fundaron las cátedras de gramática, retórica, filosofía y derecho. Cada uno de los estudios fue dotado de amplias instalaciones y tanto ellas como los sueldos de los profesores fueron pagados por el tesoro imperial. Debían ejercer sus funciones con exclusividad pues se les prohibía dar clases particulares.

De esta manera la universidad de Teodosio sustituyó poco a poco a la decadente Academia de Atenas, como foco de estudios culturales en el imperio[7].

El Código Teodosiano:

Es en este contexto en el que, durante el reinado del mismo emperador, se compilaría el llamado *Codex Theodosianus*, promulgado por el gobernante el 15 de febrero de 438. En virtud del mismo se mantenía exclusivamente la vigencia de los códigos parciales precedentes, el *Gregoriano* y el *Hermogeniano*, que, como sabemos, fueron obras privadas a las que se les reconoció valor por parte del Estado romano.[8]

En 429, el emperador nombró una comisión de 16 juristas encargados de recoger las leyes y edictos que se habían acumulado por siglos[9]. La voluntad

[5] Ver Malleros K, Fotios, *El Imperio bizantino 395-1204*, Centro de Estudios bizantinos y neohelénicos, U. de Chile, 2ª edición, Santiago, 1987, pp. 55 s.

[6] De hecho, a partir del 26 de septiembre de 429, por decreto del emperador, y pese a la condición del latín como lengua oficial del imperio, se aceptó que las sentencias judiciales de los tribunales de provincia y los testamentos otorgados por escritura pública fuesen redactados en griego. Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 56.

[7] Ver Vasiliev, Alexander A., *Historia del Imperio Bizantino*, Editorial Iberia, Barcelona, 1945, versión PDF o electrónica de Rolando Castillo (editor), Carlos Etchevarne, Hilario Gómez y Fito Brenatas. Versión digitalizada electrónica disponible en http://es.scribd.com/doc/32584593/Alexander-Vasiliev-Historia-Del-Imperio-Bizanti no. (15-12-12), pp. 72 s.

[8] Ver Honoré, Tony, "The Making of the Theodosian Code" en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung*, 103, 1986, pp. 133 ss.

[9] Ver Pérez-Bustamante, Rogelio, *Historia del Derecho Español, las Fuentes del Derecho*, Editorial Dykinson S. L., Madrid, 1997, p. 45 e Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 66.

Actualidad Juridica 29 final.indd 338 21-01-14 11:45

del gobernante era que se omitieran las Constituciones imperiales en desuso y se corrigieran los errores de los dos códigos precedentes siguiendo su ejemplo "*ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis*".[10]

En una segunda etapa, hacia el 435, se nombró una segunda comisión que se encargó de proseguir los trabajos, completando la labor de la anterior.

El propósito declarado por el emperador era que la obra contuviera la totalidad de las Constituciones imperiales dictadas hasta ese momento y las opiniones de la jurisprudencia.[11] Pero en la práctica sólo contuvo Constituciones desde Constantino en adelante.

El Código fue finalizado en el mes de febrero de 438 y entró en vigencia el 1 de enero de 439.[12] Incluyó una gran cantidad de Constituciones imperiales dictadas por los emperadores cristianos desde Constantino y que tenían por objeto reglamentar las relaciones entre cristianos y paganos.[13]

Estaba compuesto de 16 libros divididos en títulos por materias e internamente en leges y decretos con un riguroso orden cronológico[14]. Fue promulgado como el último acto legislativo común a las dos mitades del imperio[15]. Posteriormente algunos emperadores hacían regir en su área las Constituciones dictadas en la otra, pero siempre por un acto de voluntad expresamente determinada.

El contenido del Códex es:

a) Los libros I a V contienen normas sobre fuentes del derecho y derecho civil.

b) Los libros VI a VIII se refieren a la organización y facultades de los funcionarios imperiales, civiles y militares.

c) El libro IX trata el derecho y el procedimiento penal.

---

[10] Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus (trad. de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez), 4ª edición, Madrid, 1980, p. 430.

[11] No tenía la intención de recopilar solo el derecho vigente. Teodosio reconocía que ello debería ser el propósito de otra obra posterior. Solo estimaba necesario recopilar la mayor cantidad de leges posible, y para ello reconoció valor a los dos códigos privados precedentes y a las leyes contenidas en obras de jurisprudencia clásica que no estuviesen en oposición a las Constituciones imperiales posteriores. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit*., p. 432.

[12] Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit*., p. 431.

[13] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit*., p. 57. Específicamente el periodo abarca desde el 313 al 437. En el mismo sentido ver Iglesias, Juan, *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Editorial Ariel, 10ª edición, Barcelona, 1990, p. 66.

[14] Ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.,* p. 74.

[15] Fue sancionado por Teodosio II en Oriente en 438 y por Valentiniano III en Occidente en 439, tras haber sido presentado por el Prefecto de Italia a la consideración del Senado de Roma. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit*., p. 432.

Actualidad Juridica 29 final.indd 339 21-01-14 11:45

d) El libro X y parte del XI trataban de los tributos y la Hacienda.

e) El resto del libro XI trata de las apelaciones.

f) Los libros XII a XV contienen todas las Constituciones imperiales que regulan la organización municipal.

El libro XVI está dedicado a regular las relaciones entre la Iglesia y el Estado[16].

Desde Teodosio II y hasta Justiniano fue el código del primero el que articuló la vida jurídica del imperio y recibió la influencia de la religión cristiana sobre las viejas instituciones romanas clásicas.

En relación a las fuentes del Derecho, el Código contiene Constituciones Imperiales, especialmente Edictos y predomina claramente el derecho público sobre el privado.[17]

El *Codex Theodosianus* sirvió de base para la composición del Código de Justiniano y fue precisamente derogado por éste.[18] Pero para Occidente continuó vigente y fue recogido en gran parte por el *Breviario* de Alarico o *Lex Romana Visigothorum* como se la conoce en la Europa del norte y también recogido, en parte, de la *lex romana burgundionum*.[19]

La influencia del *Codex Theodosianus* sobre su par justinianeo fue fundamental, por ejemplo, normas como las del derecho marítimo fueron incorporadas en el *Codex* de Justiniano directamente procedentes del de Teodosio.[20]

Las leges promulgadas con posterioridad a su edición, fueron denominadas *Novellae postheodosianae*,[21] y en ediciones posteriores fueron incorporadas al *Codex* de Teodosio, como apéndice del mismo. La edición más completa de que disponemos es la de Teodoro Mommsen de 1905. En dicha edición se contienen también las principales *novellas posteodosianas*. Igualmente las llamadas *Constituciones Sirmondianas*, 18 Constituciones publicadas en 1631 por Jacopus Sirmondus y que parecen proceder del siglo V en las Galias.[22] Asi-

[16] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, pp. 57 s.
[17] Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 432.
[18] Ver Pérez-Bustamante, Rogelio, *Op. Cit.*, p. 45.
[19] Ver Walker M., Joseph, *Historia de Bizancio*, Edimat Libros S.A. Madrid, 2005, p. 255.
[20] Ver Gormley, W. Paul, "La evolución del derecho marítimo rodio-romano, especialmente en materia de abordaje, hasta 1681" en *Inter-American Law Review, Revista Jurídica Interamericana*, Vol III, 1961, p. 357.
[21] Ver Petit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Cárdenas editor y distribuidor, (trad. de Manuel Rodríguez Carrasco), México, 1989, p. 49.
[22] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 67. Sirmondus las extrajo de un manuscrito encontrado en Lyon. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 434.

Actualidad Juridica 29 final.indd 340 21-01-14 11:45

mismo se contienen algunos *escolios sinaíticos*[23] sobre el *libri ad sabinum* de Ulpiano.[24]

Finalmente deben consignarse dos últimas obras jurídicas que se originan en este periodo:

La *Notitia dignitatum* y el *Código sirio-romano*.[25]

La primera fue un manual político redactado por un particular, entre los años 411-413 que contiene la relación de los funcionarios superiores del imperio y sus subordinados.

La segunda no ha llegado directamente hasta nosotros, pero se preservan cinco versiones escritas en sirio, una en árabe y una armenia. El código se basó en el derecho clásico romano y en Constituciones postclásicas. Su contenido es de derecho privado, especialmente normas sobre la esclavitud, derecho de familia y de herencia. No existe certeza de su origen preciso, pero debe haber sido compuesta entre el siglo IV y el V. A mediados del siglo VIII

> "*fue traducido a objeto de servir a las autoridades eclesiásticas de Siria, Asia Menor y Mesopotamia, países donde vivían cristianos entre musulmanes. El prestigio del susodicho Código se prolongó hasta comienzos del siglo XVII*".[26]

Un último grupo de Constituciones precedentes, de los reinados de Constantino el Grande y sus sucesores inmediatos, destinadas a zanjar controversias teológicas, y a perseguir herejías, se refundió con colecciones emanadas de los Concilios. A ellas se sumaron la obra del Obispo Eusebio de Cesárea y la *collectio Avellana*.[27]

---

[23] Descubiertos por Bernardakis en el monte Sinaí en 1880.

[24] Estos escolios fueron redactados en griego y parecen proceder de la Escuela de Derecho de Berito o de Alejandría. Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 58. En el mismo sentido Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 439. De hecho Arangio-Ruiz destaca que gracias a los escolios indicados podemos conocer los libros 36 y 37 de la obra de Ulpiano, destinados a tratar el matrimonio y la tutela. Incluso gracias a ellos conocemos fragmentos de juristas clásicos no incluidos en la Ley de Citas de 426. En fin, son los mismos escolios sinaíticos los que nos permiten conocer otros tres pasajes de la obra de Ulpiano que fueron incluidos en el Digesto y que parecen haber sido alterados en la obra de Triboniano.

[25] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 59. El nombre oficial de esta compilación siria es *Leges Constantini, Theodosii Leonis*, ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 445.

[26] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 59.

[27] Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 434.

Actualidad Juridica 29 final.indd 341 21-01-14 11:45

III. Justiniano y su obra jurídica:

En 527 sube al trono imperial de Oriente un nuevo "Basileus", Justiniano,[28] el sobrino del emperador Justino, ambos de un modesto origen dálmata.[29] Estos soberanos serán los protagonistas del resurgir del poderío bizantino. A cincuenta años de la caída de Roma en poder de las hordas bárbaras, Justiniano cree llegada la hora de restaurar el poder de las águilas imperiales en la Ciudad Eterna.[30] Es su proyecto de *renovatio imperii*, en el que se mezclan ideales políticos y religiosos.[31] Y logra en verdad prodigiosos triunfos: La destrucción del reino vándalo y la recuperación de la provincia de África (que abarcaba prácticamente toda la costa africana del Mediterráneo); la conquista de Sicilia y de casi la totalidad de Italia, incluida Roma; la retoma de la costa oriental de Hispania y la paz con los persas. Sin embargo, estas conquistas que hicieron pensar en la restauración del genio occidental del imperio, resultan efímeras. El poder bizantino en Italia se desintegró a la muerte de Justiniano. Los longobardos se encargaron de ello.

Al final el sueño del emperador fue destrozado. Occidente reveló que no era el fénix inmortal que renace de sus cenizas. Pero el legado de Justiniano en el plano del Derecho sí que sería perdurable.[32] Es el autor de una de las empresas intelectuales más asombrosas en la historia de Europa, la fijación, ordenación y compilación del magno Derecho Romano;[33] la última vez que se legisla en

[28] Flavio Justiniano (483-565), originalmente llamado Pedro Sabacio, era sobrino del emperador Justino. Nació en Tauresio, Dardania, actual Croacia. Sus modestos orígenes no le impidieron avanzar en la jerarquía imperial de oriente y a la muerte de su tío y protector en 527 fue coronado Emperador, junto a su mujer Teodora (actriz, de familia circense). Llamado por algunos "El Grande", durante su reinado tuvieron lugar algunos hechos que marcaron profundamente al imperio Bizantino. Su gobierno comienza con hechos lamentables como la sublevación de Nica o Nike (Victoria) de la cual se salvó gracias a su mujer Teodora y al apoyo del general Belisario. Luego de estos hechos emprende la reforma de Constantinopla, construye la Catedral de Santa Sofía, el mayor templo de la cristiandad oriental y joya de la arquitectura. Gracias nuevamente a Belisario, reconquista África de los vándalos. Igualmente anexiona gran parte de Italia y retoma Roma de los ostrogodos. Desembarca y conquista la costa oriental de Hispania, derrota y firma la paz con los persas y en el plano del derecho manda compilar el monumental "*Corpus*", de que se trata en esta sección. Falleció el 14 de noviembre de 565.

[29] Su familia era de cabreros.

[30] Sobre el particular nos indican los profesores Soto Ayala y Yáñez Rojas. "*En líneas generales, el gobierno de Justiniano estuvo marcado por la persecución de un estricto ideal de unidad. Su lógica del poder, que se extendería como constante durante la historia bizantina, entendía el Imperio, apoyado en la doctrina cristiana, como un solo ente unitario. En su concepción, sólo era admisible un Dios, un Estado, un emperador, una ley y una Iglesia. De este modo, las empresas de reconquista territorial y la creación del Corpus Iuris Civilis no pueden comprenderse como obras separadas, sino necesariamente subordinadas al preconcebido ideal político absolutista de Justiniano. Lo mismo cabe para la política religiosa con que condujo su gobierno, que si bien favoreció el robustecimiento del Estado y el suyo propio como soberano, obedeció más a motivaciones de orden religioso que a intereses políticos*." Ver Soto Ayala, Roberto, y Yáñez Rojas, Eugenio, *El arte del buen gobierno,* Centro de estudios griegos, bizantinos y neohelénicos, "Fotios Malleros", Santiago, 2006, p. 35.

[31] Ver Maier, Franz Georg, *Bizancio*, Siglo XXI de España Editores S.A., 7ª edición, Madrid, 2002, pp. 44 ss.

[32] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, pp. 71 ss.

[33] El emperador estaba profundamente imbuído de los ideales que bien ilustra el discurso admonitorio de su preceptor Agapito Diácono, en el momento de su coronación. Es un monarca absoluto, pero

Actualidad Juridica 29 final.indd 342 21-01-14 11:45

latín.[34] Y también, la última vez en que se emplean las fórmulas romanas clásicas con el rigor científico que caracterizó a su derecho.

Hacia comienzos del siglo VI, el volumen del antiguo derecho imperial era de tal entidad que no resultaba ya aplicable sino en forma de los contaminados textos vulgarizados. La pureza del derecho se perdía entre una enormidad de fuentes superpuestas, oscuras y frecuentemente contradictorias. Las cancillerías imperiales debían realizar la tarea de búsqueda de la legislación perviviente, en medio de un desconcierto cada vez mayor. Y el Código de Teodosio no había sido sino un intento infructuoso por imponer algo de orden en dicho caos. Por eso Justiniano toma la resolución de ordenar y fijar el Derecho en un texto único.

Asimismo era necesario conciliar las instituciones del derecho romano clásico con la influencia de la religión cristiana que, particularmente en Oriente, era muy marcada. Del mismo modo, es preciso recordar la influencia que tuvo la emperatriz Teodora en el mejoramiento de las condiciones jurídicas de la mujer.[35]

Afortunadamente para el emperador, dos circunstancias ayudarían decisivamente en la realización de la gran compilación del derecho clásico. En primer lugar la labor de las Universidades de Berito y Constantinopla, que proporcionaron el sustrato científico y de desarrollo de las instituciones jurídicas necesarios para poder llevar adelante la obra. Y por otra parte, fue en tiempo de Justiniano que surgió una mente poderosa, de erudición indiscutible que fue Triboniano, hombre de notables talentos jurídicos e intelectuales, dotado de una personalidad compleja y que fue protegido personal de la emperatriz Teodora.[36]

La compilación de Justiniano se compone de 4 obras independientes entre sí, pero de carácter complementario y sucesivo: *Códex* (Colección de Constituciones Imperiales), *Digesto* o *Pandectas* (antología jurisprudencial), *Institutas* (texto didáctico destinado a la enseñanza del derecho) y *Novellae Iustiniani* (Novelas o Nuevas Constituciones Imperiales de Justiniano dictadas luego del Código). De estas cuatro obras la primera y la última contienen la totalidad de las "*Leges*" y la segunda y tercera contienen el *Ius* o "*iura*" (jurisprudencia y doctrina).[37]

reverencia a las leyes y cultura jurídica del Imperio. "*27. Imponte a ti mismo la obligación de respetar las leyes, porque no existe nadie sobre la tierra que te pueda obligar a cumplirlas. De este modo, reflejarás la dignidad de las leyes, al ser tú el primero en cumplirlas y dejarás en claro a tus súbditos el peligro de sobrepasarlas*", es lo que recuerda Agapito en su célebre admonición. Ver Soto Ayala, Roberto, y Yáñez Rojas, Eugenio, *Op. Cit.,* p. 82.

[34] De aquí en adelante, el carácter griego de Bizancio se hace sentir en la legislación. Como vemos en las secciones siguientes, los grandes textos jurídicos bizantinos se escriben en griego y se vuelven cada vez más griegos y menos romanos.

[35] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 105.

[36] Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 453.

[37] Ver Barrientos Grandón, Javier, *Introducción a la Historia del Derecho Chileno, I. Derechos propios y derecho común en Castilla*, Barroco Libreros, Santiago, 1994, pp. 16 a 19.

Actualidad Juridica 29 final.indd 343 21-01-14 11:45

El Códex o Código:

Siguiendo el ejemplo de Teodosio II, Justiniano ordena la composición de un nuevo código, que diera por fin cumplimiento al plan de abarcar la totalidad de las Leges (Constituciones Imperiales Vigentes, desde Adriano al mismo Justiniano[38]).

Así, dicta la Constitución *"Haec quae neccesario",* de 13 de febrero de 528. Su redacción se encarga a una comisión[39] integrada por 10 profesores de Derecho (casi todos pertenecientes a las Universidades de Constantinopla y de Berito) cuyos más importantes miembros eran Triboniano[40] (*magister officiorum*), Teófilo[41], profesor de la Universidad de Constantinopla y el *quaestor sacri palatii*, Juan de Capadocia, hombre de confianza de Justiniano, que presidió la comisión[42]. El resultado de su trabajo fue promulgado el 7 de abril de 529 por la Constitución Imperial "*Summa Rei Publicae*". Entró en vigencia el 16 de abril de 529. Los textos originales de este texto no se han conservado íntegros y sólo conocemos una reducida parte de los mismos[43].

Este código se componía de 10 libros y derogaba los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Tuvo vigencia solo hasta 534.

Sin embargo, el código resultante no abarcaba sino las Constituciones imperiales contenidas en los antecedentes códigos Gregoriano y Hermogeniano y presentaba lagunas y contradicciones, por lo que se decidió avanzar aun más y Justiniano nombró a una nueva comisión, encabezada por el propio Triboniano, nombrado nuevo *quaestor sacri palatii*, luego de la destitución de Juan de Capadocia, y por Doroteo junto a tres abogados, quienes concluyeron su trabajo a fines de 534. Se incluyeron nuevas Constituciones promulgadas por el mismo Justiniano y las conocidas *quincuaginta decisiones*, cuestiones debatidas por juristas clásicos[44]. Así la obra contuvo Constituciones imperiales desde Adriano hasta Justiniano, divididas en 765 títulos. El nuevo Código cuya

[38] Ver González Prats, Guillermo, *Curso de Derecho Romano*, Imprenta Cóndor, Santiago, 1934, p. 40.
[39] Ver Castillo Fasoli, Rolando Daniel, *Historia breve de Bizancio*, Editorial Sílex, Madrid, 2009, p. 48.
[40] Griego de Side de Panfilia era el más notable de los jurisconsultos al servicio del Emperador. Su erudición le permitió enfrentar debidamente la labor de redacción de los libros del *Corpus*. Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 105. Aunque su personalidad resulta controvertida. El gran bizantinista John Julius Norwich le llama "*pagano desvergonzado y venal por añadidura*". Ver Norwich, John Julius, *Breve historia de Bizancio* (trad. de Carmen Martínez Gimeno), Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, p. 91.
[41] Ver Barrientos Grandón, Javier, *Op. Cit.,* p. 16. Este jurista fue autor no solo de la paráfrasis sobre las Institutas, sino profesor sobre el Digesto. Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 2.
[42] Otros de sus miembros fueron casi con toda seguridad Doroteo y Anatolio, ambos profesores de Berito, Isidoro y Thalaleo. Lamentablemente casi todas sus obras han desaparecido y solo han llegado a nosotros unos pocos fragmentos que se contienen en los "escolios antiguos" de las Basílicas. Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 2.
[43] El papiro de Oxirinko, descubierto en 1814, contiene fragmentos del índice referidos a las Constituciones imperiales. Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 106. En el mismo sentido consúltese Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 455.
[44] Ver González Prats, Guillermo, *Op. Cit.* p. 41.

Actualidad Juridica 29 final.indd 344 21-01-14 11:45

promulgación se debe a la Constitución "*Cordi Nobis*" del 16 de noviembre del año indicado, se titula *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*. Entró en vigencia el 29 de diciembre de 534.[45] Su estructura se compone de 12 libros divididos en títulos, cada uno de los cuales indica su contenido:

a) El I trata sobre el derecho eclesiástico, fuentes del derecho y oficios de los funcionarios.

b) Los libros II a VIII, sobre el derecho privado.

c) El libro IX, sobre el derecho penal.

d) Los libros X a XII, sobre el derecho administrativo.

La estructura interna de los libros consta de un número variable de Constituciones imperiales numeradas y ordenadas en forma cronológica, con el nombre de su respectivo autor (*inscriptio*)y el lugar y fecha de promulgación (*suscriptio*).[46]

No poseemos ningún manuscrito completo de la obra. Solo contamos con fragmentos de un texto del siglo VI o VII denominado "palimpsesto veronés".[47] Con posterioridad se han formado copias con diversos fragmentos, y en el siglo XII se forma el llamado *volumen parvum*, donde se contienen todos los libros. En tiempos de los humanistas, en el siglo XVI se agregaron al *Codex* las Constituciones redactadas en griego, gracias a las *Basílicas*.[48]

La edición más completa pertenece a Krüger, y fue publicada en 1879.

Es la mejor y última de las obras de los juristas latino-orientales y se basa en las Constituciones Imperiales y en los comentarios de la jurisprudencia clásica. Su característica principal es la búsqueda de una unidad sistémica de que carecían los códigos anteriores. Para ello y por orden directa de Justiniano, se recurre a la selección de los textos vigentes que permiten hacer coherente el contenido de las diversas leges que lo componen.

El Digesto[49] o Pandectas:

Ya hemos dicho que conjuntamente con la recuperación, ordenación y fijación de las leges, Justiniano se preocupó por la fijación del ius o de la jurisprudencia

[45] Ver Norwich, John Julius, *Op. Cit.*, p. 91.
[46] Ver González Prats, Guillermo, *Op. Cit.* p. 41 e Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 76.
[47] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 76.
[48] Idem, p. 77.
[49] En estricto rigor el nombre de la obra es, en plural, "Digesta", la utilización del singular Digesto proviene de siglos más tarde en tiempos de los glosadores de Bolonia en el siglo XII.

Actualidad Juridica 29 final.indd 345 21-01-14 11:45

clásica. Para ello dicta la Constitución "*Deo Auctore*", de 15 de diciembre de 530. Los encargados de llevar adelante la empresa fueron 16 comisionados, encabezados nuevamente por Triboniano,[50] a quien acompañaban profesores de la Universidad de Constantinopla y funcionarios de la cancillería imperial que conocían numerosos documentos archivados en las bibliotecas palatinas. Los principales fueron el *comes sacrarum largitionum* Constantino, Teófilo y Cratino de Constantinopla, Doroteo y Anatolio de Berito más abogados que servían en la prefectura de Oriente.[51]

El texto fue promulgado por la Constitución "*Tanta*" de 16 de diciembre de 533 y comenzó a regir el 30 de diciembre del mismo año.[52]

En este caso el emperador autorizó la alteración (interpolación) de los textos con el fin de rescatar la jurisprudencia clásica respecto del derecho que se encontrara vigente y evitar la contradicción entre ambos.[53]

El texto definitivo se compone de 50 libros divididos en títulos, cada uno de los cuales contiene un número variable de textos de jurisprudencia clásica señalando su autor y la obra de la cual se han tomado. Se siguió en la composición de la obra la misma técnica de ordenación que ya había empleado Salvio Juliano en el Edicto Perpetuo.[54]

De acuerdo a la conocida tesis de Bluhme, la comisión se dividió en 3 grupos, los que se encargaron del examen de los siguientes materiales:[55]

a) La serie Sabiniana abordó los textos relativos a los escritos de Sabinus.

b) La serie del Edicto se encargó de los comentarios sobre el Edicto Perpetuo.

c) La serie Papiniana abordó los escritos de Papiniano y otros jurisconsultos.

En cada título se ordenaron los fragmentos en el mismo orden indicado comenzando generalmente por la serie Sabiniana, luego la del Edicto y finalmente la Papiniana, salvo que el volumen de una de ellas justificara una alteración del orden.[56]

---

[50] Al parecer la iniciativa de compilar el Digesto provino del mismo Triboniano, que sugirió la idea a Justiniano. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 455.

[51] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 106.

[52] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 73 y Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 456.

[53] Siglos más tarde estas interpolaciones serían las que buscarían los juristas humanistas (*mos gallicus*). También se las denomina *Emblemata Triboniani*. Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 71.

[54] Ver González Prats, Guillermo, *Op. Cit.* p. 41.

[55] En una visión algo diversa, Arangio-Ruiz distingue una cuarta subcomisión, encargada del Appendix. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, pp. 459 ss.

[56] Idem.

Actualidad Juridica 29 final.indd 346 21-01-14 11:45

Para la redacción se usaron, según el propio emperador, más de 2000 libros de antiguos juristas, de los cuales se seleccionaron 1625.[57] El total de fragmentos asciende a 9.142, de los cuales 2/3 son de juristas tardo-clásicos.[58] Incluso se acogieron algunos fragmentos de juristas que no gozaron del *ius respondendi*, lo que contrariaba las órdenes de Justiniano.[59]

La colección abarca textos provenientes de 39 de los más destacados juristas clásicos. Los fragmentos de Ulpiano, Paulo, Papiniano y Juliano son los más abundantes. Pese a la división que el emperador hace de los textos del *Digesto* en 7 partes, lo habitual es aceptar la división que hicieron siglos después los glosadores, así se habla de tres partes: El *Digesto Viejo*, el *Inforciado* y el *Nuevo*.[60]

El *Digesto* se encabeza con un índice de las obras seleccionadas para su redacción.[61]

Sus contenidos son:[62]

a) La primera parte comprende los libros 1 a 4 sobre nociones generales, principios de la jurisdicción e introducción de la instancia.

b) La segunda parte, denominada *De iudiciis*, los libros 5 a 11 sobre la doctrina general de las acciones y los contratos.

c) La tercera parte, llamada *De rebus creditis*, los libros 12 a 19 sobre obligaciones.

d) La cuarta parte, denominada *Umbilicus Pandectarum*, los libros 20 a 27.[63]

e) La quinta parte, llamada *De testamentis et codicillis*, los libros 28 a 36 sobre herencias y legados.

f) La sexta parte, los libros 37 a 44 sobre herencia pretoria, derechos reales, posesión y obligaciones.

g) La séptima parte, los libros 45 a 50 sobre *stipulatio*, derecho penal, *appellatio* y derecho municipal.[64]

---

[57] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 74 y Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 456.
[58] 6137 fragmentos o leyes correspoden a los 5 juristas incluidos en la Ley de Citas. 2470 corresponden a Cervidio Scaevola, Pomponio, Juliano, Marciano, Javoleno, Africano y Marcelo. Y 535 fragmentos más corresponden a un total de 27 juristas. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 457.
[59] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 75.
[60] Ver González Prats, Guillermo, *Op. Cit.* p. 41.
[61] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 75.
[62] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 108.
[63] Se le denomina *umbilicus*, por ser el centro del Digesto. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 458.
[64] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 75.

Actualidad Juridica 29 final.indd 347 21-01-14 11:45

Las últimas dos partes no tienen título. Cierran la compilación dos títulos generales: *De verborum significatione* y *De diversis regulis iuris antiqui*.

Serán los fragmentos de este texto, encontrados por Irnerio en la Biblioteca de la Universidad de Bolonia, sobre los cuales trabajarán los glosadores del siglo XI y XII para rescatar la obra de Justiniano y para dar origen al *ius commune*.

El manuscrito más antiguo del Digesto que hayamos conocido fue confeccionado en Pisa y luego llevado a Florencia en 1406, a la biblioteca Laurentina, por lo que lo conocemos como edición Florentina. Data del siglo VI.[65] De esta copia se hizo la que Irnerio utilizó en Bolonia para sus primeras glosas y que es denominada *Codex Secundus* (Codex S).[66] Los demás fragmentos conservados son llamados *Vulgata* y provienen de los siglos XII a XIV. La mejor edición es, nuevamente, la de Mommsen de 1868-1870, en dos tomos.

Las Institutas o Instituciones:

Mientras se trabajaba en la compilación del *Digesto*, Justiniano encomendó al mismo Triboniano junto a Doroteo y Teófilo, la redacción de un texto destinado a la enseñanza del derecho. El resultado es la magna obra de las *Institutas*, que fue promulgada por la Constitución "*Imperatoriam Maiestatem*" de 21 de noviembre de 533 y entró en vigencia junto al *Digesto* el 30 de diciembre de 533 en virtud de la misma Constitución *Tanta*.[67]

La obra, cuyo nombre oficial es *Institutiones seu elementa*,[68] sigue el modelo de las *Institutas* y las *Res Cotidianae* de Gayo.[69] Igualmente toma textos de las *Institutas* de Florentinus, de Ulpiano y de Marciano, más las *Reglas* de Ulpiano y, ciertamente, el *Digesto*.

El texto justinianeo substituyó a la obra de Gayo en su carácter de manual de enseñanza. Se compone de 4 libros divididos en títulos, los que se distribuyen en párrafos.

El contenido se resume en:

a) El libro I trata de nociones generales de derecho y de las personas.

b) El libro II aborda las cosas, los derechos reales y las sucesiones testamentarias.

[65] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 108.
[66] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 76.
[67] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 106 y Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 467.
[68] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 73.
[69] Ver Petit, Eugene, *Op. Cit.*, p. 53.

Actualidad Juridica 29 final.indd 348 21-01-14 11:45

c) El libro III trata de las sucesiones intestadas, y de las obligaciones contractuales y cuasicontractuales.

d) El libro IV trata de las obligaciones que provienen de delitos y cuasidelitos, de las acciones y demás medios legales para hacer valer los propios derechos.[70]

A diferencia del Código y del *Digesto*, las *Institutas* no contienen las indicaciones de quienes son los juristas de quienes se tomaron los textos.[71]

Existe una *paráfrasis* griega de las *Institutas*. Ha sido tradicionalmente atribuida a Teófilo y contiene información importante para entender la obra justinianea.[72]

La edición más antigua que ha llegado hasta nosotros de esta obra es la de la Biblioteca de Verona y que data del siglo VII.

Las Novelas:

La última de las obras del emperador corresponde a su deseo de compilar la totalidad de su propia obra legislativa. Debido a que el Código había sido dictado hacia los inicios de su reinado, las numerosas Constituciones Imperiales dictadas desde entonces no habían sido incluidas en la vasta obra de Triboniano y sus colegas. De ellas muchas eran dictadas en griego (sin traducción latina). El emperador estimó preciso compilarlas también y se encomendó la tarea a Juliano (profesor de la Universidad Imperial de Constantinopla). Lo interesante es que esta obra no fue oficialmente promulgada, pero pese a ello se la incluye como el cuarto libro del *Corpus*.

El texto, concluido en 555-556, comprende la versión abreviada y escrita en latín de 124 leges, y le denominamos *Epítome Iuliani*. Este texto fue conocido en Europa durante todo el periodo de la Cristiandad Latina. Ha llegado a nosotros gracias a copias del siglo VII y contiene las Constituciones en orden cronológico y en latín.[73]

Pero hacia principios del siglo XII se encontró en Bolonia otro texto o versión que recogía 134 Constituciones dictadas entre 535 y 556, texto que denominamos *Authenticum Corpus Novellarum* o *Authenticum*. En él se contiene el original latino de las Constituciones dictadas en ese idioma y la versión traducida de las Constituciones griegas no siempre demasiado fiel al original. En tiempos de los glosadores se le incorporaron también otras Constituciones extravagantes.

---

[70] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 106.
[71] Sin embargo, gracias a análisis filológicos y sistemáticos, hoy conocemos casi con seguridad la identidad de los autores y el origen preciso de los textos que se contienen en la obra. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 466.
[72] Ver Petit, Eugene, *Op. Cit.*, p. 53.
[73] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 77.

Actualidad Juridica 29 final.indd 349 21-01-14 11:45

Igualmente disponemos de la llamada *colección griega* de fines del siglo VI, que contiene 138-168 leges o novelas, siete de las cuales son posteriores a Justiniano, obra de Justino II y Tiberio II.[74]

De esta edición conservamos un manuscrito del siglo XIII procedente de Venecia y otro florentino del siglo XIV. De este último existe en Venecia una copia aun más completa. La primera edición impresa fue obra de los humanistas.[75]

En fin, Juan El Escolástico, de Antioquía, patriarca de Constantinopla, compuso una colección de cánones extraídos de la Biblia, de las obras de los padres de la Iglesia, los concilios y sínodos. Entre el 565 año en que muere Justiniano, y el 578, coordinó su compilación con las Novelas.

Cada una de las novelas comprende uno o varios capítulos que se subdividen a su vez en párrafos. Se encabeza por un *prefacio* y concluye con un *épilogo* que contiene las reglas para su aplicación.[76]

A inicios del siglo XII, Irnerio redujo el *Authenticum* a sólo 96 leges y las ordenó y glosó en 9 colaciones.

Debe apuntarse que el único de los libros del Corpus que fue traducido al griego, en el propio tiempo de Justiniano, fueron las Novelas.[77]

Finalicemos estos breves comentarios indicando que la denominación de *Corpus Iuris Civilis* para los 4 libros referidos, *Códex*, *Digesto*, *Institutas* y *Novellas*, es muy posterior, y fue acuñado en la edición de Dionisio Godofredo, de 1583, para distinguirlo del otro *Corpus*, el del derecho canónico.[78]

El derecho canónico:

En cuanto a la obra jurídico-canónica del periodo, aunque resulta imposible compararla con la complejidad y riqueza que acabamos de referir en relación al *Corpus*, es posible señalar algunas obras de interés y probada utilidad en su tiempo. Durante el reinado de Justiniano, los cánones que provenían de los concilios ecuménicos sumados a las Constituciones Imperiales reunidas en el Códex que se referían a cuestiones eclesiásticas, fueron reunidos en la *Capitulorum Collectio*, alrededor del 535.[79]

[74] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 109.
[75] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 77.
[76] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 42
[77] Ver Walker M., Joseph, *Op. Cit.*, p. 256.
[78] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 74.
[79] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 5.

Actualidad Juridica 29 final.indd 350 21-01-14 11:45

Aunque no tenemos una fecha cierta, durante el mismo siglo VI se compiló el *Canonum Synagoge,* en alrededor de cincuenta títulos, ha sido atribuido a San Juan Escolástico de Antioquía. Disponemos de un apéndice de esta obra, denominado *Collectio Capitulorum*. En el periodo inmediatamente posterior surge la *Canonum Sinopsis* atribuida a Juan de Éfeso y la *Collectio Constitutionum ecclesiasticarum tripertita*, que incluyen fragmentos de novelas del emperador Heraclio y que tratan de la organización de la Iglesia Oriental.[80]

Finalmente, de las postrimerías del siglo VI disponemos de tres *Nomocánones*: El *Titulorum nomocanon,* que es una obra compuesta a partir de la *canonum Synagoge*, cuya versión definitiva se produjo en el siglo IX. El siguiente fue el *Canonicon* de Juan IV Nesteutes, patriarca ecuménico de Constantinopla, y el tercero, el *Nomocanon titulorum,* que fue el más difundido. Al parecer, el primero y el tercero serían obra del Anónimo o de Hierónimo o incluso de Juliano, el autor de las *Novellas* de Justiniano.[81]

Comentario sobre la obra jurídica de Justiniano:

Ya se ha dicho que la obra del emperador oriental es la más importante fijación del Derecho jamás conocida. Asimismo, su influencia en nuestro propio derecho es capital, al punto que las leyes patrias son inexplicables sin la referencia histórica a los textos justinianeos. En verdad el principal mérito es el de Triboniano. Nos imaginamos el colosal esfuerzo realizado por este asesor legislativo del emperador que desplegó infatigables esfuerzos durante 5 o más años seguidos en la composición simultánea de las tres primeras obras.

El *Corpus Iuris* es el fruto de la larga evolución del derecho de la Urbe. Sin esta magnífica obra, mucho de la sabiduría romana se habría perdido para siempre. Sobre el mismo afirma Maier:

> "*El Corpus Iuris era el espejo ideal del sistema justinianeo, característico por su constante acentuación del absolutismo imperial, y también por la imposición de ciertas concepciones cristianas, a diferencia de la tradición romana clásica en el sistema jurídico*".[82]

Pero ello no debe hacernos perder de vista las limitaciones que presenta –como toda obra salida de la mano del hombre, al decir de Bello– tanto en su contenido como en su estructura y aplicación.

En cuanto a su contenido, no debe olvidarse la intervención activa que tuvieron los profesores que compusieron los textos del ius (*Digesto* e *Institutas*) con el

[80] Ídem.
[81] Ídem.
[82] Ver Maier, Franz Georg, *Op. Cit.*, p. 50.

Actualidad Juridica 29 final.indd 351 21-01-14 11:45

fin de hacer coherentes los textos fijados. Estas interpolaciones muchas veces hicieron perder su sentido originario a numerosas instituciones e introdujeron elementos extraños a la ciencia del derecho clásico. Los humanistas afirmarían más tarde (en el siglo XV) que estas intervenciones y adaptaciones constituían "basura" que contaminaba el texto original.

Su estructura de carácter omnicomprensivo atenta en numerosos casos en contra de la autonomía de ciertas instituciones con valor propio, que resultan desfiguradas en una obra tan vasta que no permite fijar la atención en sus componentes primarios.

Y la paradoja más grande se relaciona con su vigencia y aplicación. Concebida como una obra fijadora del Derecho Imperial, fue aplicada en Oriente, pero con la muerte de Justiniano cada vez más se prefirieron las particularidades del Derecho oriental (escrito en griego) a la obra clásica y latina, lo que le dio un carácter típicamente bizantino a las instituciones romanas y que analizamos a continuación.

Con todo, este derecho permanece en vigencia oficial hasta la caída de la ciudad imperial en poder de los turcos otomanos en 1453.

En relación con su vigencia en el Occidente, la "*Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii*" de 13 de agosto de 534 la hizo aplicable a Italia y a las provincias recuperadas de manos de los bárbaros. Pero esta aplicación fue de breve vida. La pérdida de la península por los bizantinos debida a la invasión longobarda, hizo que los textos dejaran de ser aplicados hasta fines del siglo XI.

Dormidos en los anaqueles de las bibliotecas conventuales, los tesoros de la Roma Clásica, luz del mundo civilizado, esperarían por más de medio milenio, hasta que los monjes gramáticos de la Universidad de Bolonia descubrieran los pergaminos y dieran comienzo a la escuela de los glosadores. El triunfo de la loba romana sería, con todo, el de su derecho, que enriquece hasta hoy nuestro conocimiento de la historia de nuestras instituciones jurídicas.

IV. Tras la obra de Justiniano, una influencia controvertida:

Luego del reinado de Justiniano, la evolución del derecho en el Imperio seguiría un curso muy diverso de lo que el emperador podría haber supuesto.

> "*El derecho romano…guarda estrecha relación con los derechos helénico y helenístico, pero a partir de Justiniano perdió su esencia puramente romana, Con mucho acierto se ha dicho que las* Novellas *de aquel soberano, escritas*

Actualidad Juridica 29 final.indd 352 21-01-14 11:45

en lengua griega, constituyen "los primeros monumentos del derecho romano-bizantino". El derecho que rigió sobre todo en Oriente, tras fallecer Justiniano, con las múltiples influencias recibidas, denominóse bizantino o grecorromano."[83]

Revisemos los principales hechos que determinaron este recorrido:

1) En primer lugar el estado de la cultura jurídica en el Imperio al momento de la muerte de Justiniano. No obstante que disponemos de una buena cantidad de fuentes papirológicas que demuestran el empleo del *Corpus Iuris* en la época inmediata al emperador, no podemos derivar de ellas una aplicación universal ni sistemática del mismo. Al parecer se trata de la vigencia de algunas instituciones aisladas. Recordemos que el derecho continuaba estudiándose solo en Berito y Alejandría (de donde proceden la mayoría de los papiros de contenido jurídico de que disponemos) fuera de la capital. Es sintomático que en una urbe de la importancia de Antioquía no existiera ya un estudio jurídico de importancia. Y qué decir de las demás ciudades del imperio. Margadant lo atribuye a "*la inercia de la vida social, por el nivel modesto de la cultura jurídica general y por la creciente orientalización de la vida*"[84].

2) En segundo lugar debe recordarse el deseo del propio Justiniano en orden a descartar toda *lex* no incluida en el *Corpus Iuris*. Su voluntad expresa fue que todo aquello que no fuera incorporado en su magna compilación fuera eliminado por superfluo[85]. Una actitud muy semejante a la de los codificadores del derecho en el siglo XIX. Pero igualmente ineficaz que ésta, pues, como en su momento examinamos en el presente trabajo, subsistieron numerosos materiales, anteriores a la obra de Justiniano, que más tarde serían incorporados en las leyes y compilaciones que surgirían después del *Corpus*.

3) Del mismo modo, el emperador intentó impedir que su obra legislativa fuera objeto de comentarios e interpretaciones, estimando que tales esfuerzos de los juristas solo generarían "perversión" (corrupción) de los textos y confusión para los que intentaran usarla.[86] Sin embargo, al igual que con

[83] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 177.
[84] Ver Margadant, Guillermo F., *La segunda vida del Derecho Romano,* Editorial Miguel Ángel Porrúa S.A., México, 1986, p. 63. En apoyo de su apreciación Margadant recuerda las palabras del propio emperador en la Constitución *Tanta,* por la cual criticaba la educación jurídica de su tiempo.
[85] Es interesante consignar la opinión del profesor Guillermo Margadant, quien sostiene que la prohibición decretada por Justiniano no fue acatada ni en su propia época. Al respecto véase Margadant, Guillermo F., *Op. Cit.* p. 64.
[86] Dice el emperador, *Digesto, Proemios*, 21, "*Hoc autem , quod et ab initio nobis visum est, quum hoc opus fieri Deo anuente mandabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, neque postea fierent, audeat comentarios hisdem legibus annectere, nisi tantum si velit eas in graecam vocem transformare, sub eodem ordine eaque consequentia, sub*

Actualidad Juridica 29 final.indd 353 21-01-14 11:45

la prohibición que decretara respecto del uso de leyes anteriores al *Corpus*, fueron numerosos los trabajos epigonales sobre la obra, especialmente los de juristas que escribieron en griego, ya incluso en el propio tiempo de Justiniano.[87]

Nuevos textos y compilaciones postjustinianeos:

De estas traducciones al griego, las más conocidas son fragmentos denominados *katá podas* (aunque Justiniano solo habría permitido que estos fragmentos se refirieran a textos incluidos en el Digesto). Asimismo sobrevivieron *indikes,* que consistían en resúmenes o epítomes que sintetizaban los fragmentos compilados por Triboniano y Teófilo, y *paratitla*, que consistían en algunas referencias críticas a textos que trataban las mismas materias incluidas en el *Corpus*.[88] Incluso el mismo Teófilo se arriesgó a publicar la famosa *Paráfrasis*, colección de comentarios escritos en griego sobre el propio *Corpus*, específicamente sobre las *Institutas*.[89] Asimismo sobreviven algunos de los comentarios del mismo Teófilo al *Digesto*, una *Summa* del *Digesto* en griego, atribuida al Anónimo, y glosada en el siglo VII por Enantiófanes, y finalmente un compendio resumido y traducido al griego del *Corpus,* que incorporó escolios, glosas y observaciones al texto justinianeo publicados por un autor anónimo.[90]

qua et voce Romana positae sunt…, et si quid forsitam per titulorum subtilitatemannotare maluerint, et ea, quae paratitla nuncupantur, componere. Alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones, eos iactare non concedimus, ne verbositas eorumaliquod legibus nostris afferat ex confusione dedecus;" (Trad. española: "*Mas también nos parece oportuno decretar al presente lo que ya se nos ocurrió en un principio, cuando mandábamos que, mediante la voluntad de Dios, se hiciera esta obra, a saber; que nadie de los que en la actualidad poseen el conocimiento del derecho, ni de los que en lo sucesivo lo adquieran, se atreva a agregar comentarios a estas leyes, sino que tan solo pueda, si quisiere, traducirlas a la lengua griega, con el mismo orden y la misma correlación con que han sido escritas en lengua romana…, y componer lo que llaman paratitlos, si por acaso prefiriesen hacer algunas anotaciones por causa de la dificultad de los títulos. Pero no les permitimos exponer otras interpretaciones de las leyes, mejor dicho, perversiones de su sentido, para que su verbosidad no produzca con la confusión algún desdoro a nuestras leyes;*") Cfr. Cuerpo del derecho civil romano, Edición bilingüe de García del Corral, Ildefonso Luis, Versión facsimilar numerada de Editorial Lex Nova S.A., Valladolid, 1988, pp. 185 s.

87 Se ha sostenido que el mismo Justiniano habría autorizado violar su prohibición con el fin de permitir la publicación de algún texto didáctico a juristas allegados a su círculo. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit*., p. 481.

88 Estos índices y paratitla son precisamente los que el emperador había autorizado en su proemio al Digesto. Ver Torrent, Armando, *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Edisofer, Madrid, 1995, pp. 21 ss. El más conocido es el de Teófilo, aunque quedó interrumpido, por la muerte del autor, en el libro XVII. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit*., p. 482.

89 Llamada *Paraphrasis Institutionum*. Con esta obra el principal colaborador de Triboniano no desobedecía la prohibición del emperador contenida en la Constitución *Tanta*, pues, como se ha indicado antes, estimamos que ella se refería únicamente al Digesto. Concuerda en el punto Margadant, al decir que "*no peca contra la letra (aunque sí contra el espíritu) de la mencionada prohibición, ya que ésta parece limitarse al Digesto*". Ver Margadant, Guillermo F., *Op. Cit*. p. 64. Ahora bien, esta obra no es ni un resumen ni tampoco una traducción rigurosa del original latino, sino más bien un desarrollo mucho más amplio con gran profusión de aclaraciones y numerosos ejemplos para orientar a los lectores. De hecho el autor avanza aún más en cuanto al contenido y sigue igualmente a las Institutas de Gayo. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit*., pp. 481 s.

90 Ver Margadant, Guillermo F., *Op. Cit*. p. 64. Por su parte Iglesias nos recuerda que existieron también índices del Códex atribuidos a Talaleo, Anatolio, Isidoro y Teodoro y de las Novelas, redactados por Teodoro, Escolástico y Anastasio. Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit*., p. 78.

Actualidad Juridica 29 final.indd 354 21-01-14 11:45

Tras la frustrada aplicación del *Corpus* surgirían otros textos jurídicos más acordes con la mentalidad y tradiciones orientales, todos ellos escritos en griego, pues era ésta, y no el latín, la lengua hablada universalmente en el Oriente del Mediterráneo.

Estas nuevas obras descartaban el clasicismo del *Corpus*, que en el *Digesto*, consagraba fórmulas muy alejadas de la experiencia usual en Bizancio, incluso en la misma época de Justiniano.

Todo ello sirve para demostrar que "*los impulsos de renovación jurídica no estaban apagados*"[91] en el Imperio Romano que empezamos a llamar bizantino.

Más adelante en el tiempo encontramos un par de obras de cierto interés, pero de las cuales desconocemos sus versiones íntegras:[92] En primer lugar tenemos el libro de las *Antinomias*, de autor anónimo, aunque se le acostumbra llamar Enantiophanes, por una referencia en el título de la obra.[93] Solo conservamos unos pocos escolios en las *Basílicas*. También podemos citar el *Ai Ropai*, colección de fragmentos de la obra de Justiniano que tratan sobre la prescripción de largo tiempo y su influencia. Finalmente un breve tratado llamado *De Actionibus*, anterior a Justiniano, que se mantuvo en los escolios de las Basílicas.

El *Códex* igualmente fue objeto de obras epigonales, como el índice de Talaleo (el más voluminoso y desarrollado de todos, posiblemente tomado de la primera edición del Código). Teodoro y Anatolio igualmente compusieron obras similares, pero de menos extensión. Isidoro siguió una línea intermedia en su propio índice.[94]

Como puede verse, este conjunto de pequeños trabajos permitía a los jueces ir adaptando los textos clásicos de Justiniano a la mentalidad griega, a las necesidades de la sociedad de su época y a la forma en que los procesos sociales, económicos y culturales se iban desarrollando en el contexto del Imperio Bizantino. Indudablemente fue una labor ingente y valiosa, pero no debe desconocerse la consecuencia de haber vuelto a generar cierta inseguridad, al disponerse de materiales muy abundantes y, por ello, potencialmente contradictorios entre sí.

---

[91] Ver Arias Ramos, José, "Un curioso cargo en la burocracia bizantina: el "Quaesitor", en *Revista de Estudios Políticos, 1952*, p. 110.

[92] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 2.

[93] Arangio-Ruiz sostiene que este autor habría unido en cadena las partes de índices anteriores, realizados por otros autores igualmente anónimos y que el resultado de esta operación sería el libro indicado. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 483.

[94] Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 481.

Actualidad Juridica 29 final.indd 355 21-01-14 11:45

La Ékloga:

En tiempos de la iconoclastia y de los emperadores León III Isaurio (717-741) y de Constantino V Coprónimo (741-775), se volvió a renovar el derecho simplificando una vez más las viejas fuentes latinas del Corpus justinianeo. Aunque la intención declarada por León fue la de superar toda influencia justinianea[95]. El emperador fue consciente de la necesidad de humanizar la ley, y a ello apuntó con su obra legislativa.[96]

Resultado de este esfuerzo fue la llamada *Lex Isáurica*[97] o *Egloga legum* o *Ekloga*, de 726 o 727[98], compilación estructurada en 18 capítulos, destinada a plasmar los ideales del Imperio Bizantino de su época simplificando sus instituciones jurídicas[99].

Al parecer sus principales fuentes fueron el mismo derecho justinianeo, elementos del derecho clásico no recogidos en el corpus y una decisiva influencia del derecho griego.[100] Sus autores más probables habrían sido el quaestor Nicetas y los cónsules y patricios Marinos y Nicetas Nomos.[101]

Los autores declaran en la titulación de la obra que se trata de una "*Selección abreviada de leyes, ordenada por León y Constantino, los sabios y píos emperadores según las Institutas, el Digesto, el Código, las* Novellas *del magnífico Justiniano, y enmendadas con intención de mayor humanidad*".[102]

De hecho, este propósito guarda perfecta coherencia con la concepción de una democracia cristiana gobernada por un emperador representante de Dios en la

[95] Margadant afirma que este sería un propósito demagógico, pues apuntaba a superar la influencia clásica en aras de mayor sencillez. Ver Margadant, Guillermo F., *Op. Cit*. p. 64.
[96] Ver Barreras, David, y Durán, Cristina, *Breve historia del Imperio Bizantino*, Editorial Nowtilus, Madrid, 2010, p. 127.
[97] Ver Petit, Eugene, *Op. Cit*., p. 57.
[98] Otros sostienen que dataría del 740-741. Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit*., p. 177. Herrin se pronuncia por la de 740. Ver Herrin, Judith, *Bizancio, el imperio que hizo posible la Europa moderna*, Editorial Debate, (trad. de Francisco J. Ramos Mena), 2ª edición, Barcelona, 2010, p. 121. Mientras que la Historia Medieval de la U. de Cambridge aventura la fecha de marzo de 740. Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit*., p. 3. En el mismo sentido Petit, ver Petit, Eugene, *Op. Cit*., p. 57.
[99] Resulta de interés consignar que esta fuente jurídica estuvo en vigencia tras la caída del propio Imperio Bizantino. En zonas del mediterráneo como la isla de Cerdeña, en Serbia y Bulgaria tuvo vigencia hasta el siglo XIX, igualmente en Rusia en tiempos de Iván el Terrible. Asimismo hay que tener en cuenta que, no obstante la simplificación buscada, la *Ékloga* mantuvo la reglamentación de algunas instituciones jurídicas complejas, como las leyes rodio-romanas. Al respecto consúltese Gormley, W. Paul, *Op. Cit.* p. 360.
[100] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit*., p. 180.
[101] Idem.
[102] Trad. del autor, del original Greco Latino publicado por Lingenthal. Ver Lingenthal, Carolus Eduardus Zachariae a. (editor), *Collectio librorum juris graeco-romani ineditorum, ecloga leonis et Constantini, epanagoge, Basilii, Leonis et Alexandri*, J. A. Barthii, Lipsiae (Leipzig), 1852, p. 1. Versión digitalizada electrónica disponible en http://books.google.es/books?id=fV4MAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (11-01-13).

Actualidad Juridica 29 final.indd 356 21-01-14 11:45

Tierra. El derecho pasa a tener un carácter fuertemente teocrático a la manera de las leyes mosaicas de los judíos y el Corán para los mahometanos[103]. En la *Ékloga* se incluyeron normas consuetudinarias posteriores al Corpus e igualmente, cánones conciliares sobre matrimonio, herencias y derecho de propiedad.[104]

Prueba de la influencia cristiana sobre la *Ékloga* son las normas sobre protección de las viudas y los huérfanos, la limitación de la autoridad del padre sobre los hijos y, consecuentemente, el aumento de los poderes de la madre. En oposición al rigorismo del derecho clásico, se aprecia en la nueva obra una mayor sensibilidad cristiana y humanitaria.[105]

De igual modo se aprecia la influencia del cristianismo en las disposiciones testamentarias, en las relaciones de armonía intrafamiliar y en el abandono de las concepciones paternalistas del marido sobre la persona y bienes de la mujer, que eran tan características del derecho romano clásico.

En efecto, en vez de la vieja institución de la *Manus*, la *Ékloga* establece que el patrimonio de ambos cónyuges se convertía en una comunidad entre marido y mujer con administración común. Esta propiedad común se producía existiendo hijos o no. En el caso de existir hijos la posesión conjunta subsistía pese a la muerte de uno de los cónyuges y los bienes permanecían al cuidado del sobreviviente.[106]

Igualmente, se excluía a los hijos ilegítimos de las sucesiones y se negaba valor a las nupcias ilícitas, salvo el caso de los matrimonios entre cristianos ortodoxos y herejes, que León permitió expresamente, con el objeto de que todos los cristianos resultaran iguales ante las leyes civiles.[107]

Se contemplaban normas restrictivas destinadas a que los cónyuges permanecieran viviendo en común, salvo casos graves de prostitución de la mujer, impotencia física del hombre, por peligrar la vida de uno de los cónyuges y por padecer alguno la lepra.[108]

En relación al poder del padre sobre los hijos menores o no emancipados, se aumentaba el poder de la madre, para dejar a ambos progenitores en pie de

[103] Ver Walker M., Joseph, *Op. Cit.*, p. 256.
[104] Ver Maier, Franz Georg, *Op. Cit.*, p. 90.
[105] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 178.
[106] De más está decir que estas normas importan un gran avance jurídico en relación a la custodia de los derechos sobre los bienes pertenecientes a ambos cónyuges y al respeto a los derechos de propiedad de los hijos y también en atención a la posesión material de los bienes, una vez muerto uno de los cónyuges, por parte del sobreviviente. Todo ello se parece muchísimo a la moderna institución de los bienes familiares. Esto es prueba, una vez más, del elemento civilizador y de verdadera novedad que representa el cristianismo para las instituciones jurídicas clásicas.
[107] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 179.
[108] Ver *Ibidem*, p. 178.

Actualidad Juridica 29 final.indd 357 21-01-14 11:45

completa igualdad. Los hijos debían contar con el asentimiento de ambos padres para poder contraer matrimonio.

Lo que un hijo ganaba con su trabajo ya no pertenecía al padre, sino que formaba un peculio especial que era usufructuado libremente por el hijo.[109]

En el caso de muerte de un hijo, sin descendientes, sus bienes pasaban a ambos padres en partes iguales.

En relación a la esclavitud, la *Ékloga* simplificó los requisitos para proceder a las manumisiones, especialmente al confiar a miembros del clero el control de las liberaciones de antiguos esclavos.

En materia penal se aprecian profundas diferencias entre esta obra y el *Corpus*. En efecto se establecen penas severas, pero que no atienden a distinguir entre diversas categorías de delincuentes, aunque con una de justicia penal siempre rigurosa.[110] Se trata de una administración de justicia penal dura e igualitaria.

Asimismo se castigó severamente el maltrato a los sacerdotes. El delito de incendio fue penado con muerte en la hoguera; los hurtos, robos y profanaciones de tumbas, con la amputación de las manos; y los que hurtaran objetos dedicados al culto divino, eran cegados.[111]

En general la *Ékloga* tiende a reemplazar la pena capital por la de mutilación.[112]

León depuró también el sistema judicial, ordenó que los jueces fueran remunerados por el estado y recibieran un sueldo. Anteriormente se remuneraban con regalos que hacían las partes, fuente de todo tipo de corruptelas.[113]

La *Ékloga* sirvió como texto de enseñanza jurídica y encarnó perfectamente los ideales de justicia y mentalidad de su tiempo. En su condición de manual de enseñanza del derecho se denominó *Ekloga Aucta*. Y también *Ékloga privata*.[114]

Vasiliev rescata su importancia como el que "*abrió un nuevo periodo en la historia del derecho grecorromano o bizantino, período que duró hasta la exaltación de la dinastía macedonia al Poder, en cuya fecha se restableció la legislación justiniana,*

[109] Ver Caldecot Chubb, Thomas, *Los bizantinos*, Editorial Joaquín Mortiz S.A., México, 1959, p. 92.
[110] Ver Castillo Fasoli, Rolando Daniel, *Op. Cit.*, p. 121.
[111] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 179.
[112] Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 121. Hay aquí una característica propia de la influencia oriental sobre el derecho bizantino, pues en vez de aplicar la pena capital o la privación de libertad, penas típicamente "occidentales", se opta por las mutilaciones o amputaciones, que son típicas de los pueblos de Oriente, como los persas e indios.
[113] Ver Maier, Franz Georg, *Op. Cit.*, p. 90.
[114] Esta última denominación se utiliza para resaltar el papel de la Ékloga como texto que regulaba relaciones entre privados. Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 179.

Actualidad Juridica 29 final.indd 358 21-01-14 11:45

mas no sin numerosas e importantes modificaciones…la Ékloga *de León III sirvió para satisfacer las exigencias de la realidad viva de aquel periodo*."[115]

La influencia de esta obra resulta destacable; en el mismo Imperio regiría hasta los emperadores macedónicos, e influiría aun después, incluso en el *Hexábiblos* de Harmenópoulos, que en su momento tratamos. Igualmente sirvió de legislación a numerosos pueblos eslavos, partiendo por los rusos de Kiev, en Bulgaria, Serbia, en Rumania e incluso en Sicilia.[116]

Asimismo en la misma época surgirían otras tres obras jurídicas de importancia pero de origen privado:

El *Codex ruralis* o *Nomos Georgikos*, obra que estaba destinada a asegurar a los pequeños campesinos libres sus derechos y detener la desaparición de sus propiedades rurales, con algunas influencias de las tradiciones orales eslavas. Consagraba un verdadero catálogo de garantías procesales que estaba destinado a evitar que los campesinos fueran despojados de sus bienes por los grandes propietarios.

No tenemos certeza de la autoría del *Codex ruralis*. Ni del tiempo de su dictación. Algunos lo hacen remontarse a Justiniano II o incluso a Justiniano el Grande, mientras que otros se inclinan por atribuirlo a León III.[117] Nosotros, debido a la realidad de la época, particularmente a la constatación de los abusos feudales de los grandes propietarios, de los cuales tenemos abundantes testimonios, estimamos que es obra de León III.

Se discute igualmente si el *Codex ruralis* abolió la esclavitud o no. Gran parte de los historiadores rusos y eslavos sostiene la tesis afirmativa. Mientras que los griegos tienden a negarlo.[118]

Lo que sí resulta claro es que contiene normas sobre la propiedad rural, que es un conjunto jurídico tan importante, que da su nombre al *códex*. La pugna entre grandes y pequeños agricultores, tema siempre recurrente en el Imperio Bizantino, se plasma aquí en toda su intensidad. El *códex* protege a los pobres y pequeños agricultores, ciudadanos libres, contra los grandes propietarios feudales, que constituían igualmente un peligro para el Emperador. El código establece un completo sistema de policía agrícola, prohíbe las distinciones entre campesinos y propietarios y protege la pequeña propiedad, estableciendo un sistema de medición de límites y extensión de la superficie de las fincas.[119]

[115] Ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.,* p. 306.
[116] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 180.
[117] Ibidem, p. 180.
[118] Idem.
[119] Ibidem, p. 182.

Actualidad Juridica 29 final.indd 359 21-01-14 11:45

Igualmente se crearon dos códigos de naturaleza castrense: El *Código Naval* o *Nomos Nautikos* y el *Código Militar* o *Nomos Stratiotikos*, destinados ambos a reforzar la disciplina de los cuerpos militares.

El *Nomos Nautikos* parece haberse dictado entre el 600 y el 800, pero carecemos de antecedentes que nos permitan tener una fecha más precisa. Sabemos que fue de origen particular y que recibió la influencia del libro 14 del *Digesto*, por lo que su vinculación con el *Corpus* resulta evidente.

Sin embargo se estima que no tendría relación con la vieja *Lex Rodhia*.[120] Lingenthal sostiene que sería una obra de León III promulgada el 740 y que habría tomado solo el nombre de la antigua legislación rodense, pero no tenemos suficientes pruebas como para poder dar por probada su afirmación.[121]

En virtud de este código, en caso de naufragios la responsabilidad del pago de las pérdidas debería ser soportada, en forma simplemente conjunta, por el armador, el dueño de la mercadería y la tripulación. Por ello, de probarse la responsabilidad de cualquiera de ellos en el accidente o naufragio, éstos debían indemnizar por sus pérdidas a los demás.[122]

Asimismo sirvió para restablecer la disciplina en la Armada bizantina mediante la agravación de las penas[123].

Al contrario de lo que sucedió con la *Ékloga*, este código naval no fue derogado por los emperadores macedonios, por lo que continuó aplicándose hasta al menos el saqueo de Constantinopla por los cruzados en 1204.

Por su parte, el *Nomos stratiotikos* tuvo como principal propósito el implantar un severo régimen disciplinario en los cuerpos del ejército bizantino. Se consagró un régimen de castigos y premios al valor militar. Se sancionó la cobardía con la decapitación y la deserción con la horca o la muerte por ser devorado por las fieras.

Se concedió la manumisión de los esclavos que lucharan por defender al Imperio, sin necesidad de contar con la voluntad del dueño del siervo.[124]

Los ciudadanos que eludían cumplir con su deber eran castigados incluso con la esclavitud. Los condenados eran excluidos del servicio militar, y al no poder integrar el ejército perdían de inmediato sus derechos políticos.[125]

---

[120] En contrario cfr. Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 484. Aunque solo afirma que se dictó "con el nombre de la antigua "*lex Rodhia*".
[121] Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 182.
[122] Ver Lingenthal, Carolus Eduardus Zachariae a. (editor), *Geschichte Des Griechisch-Römischen Rechts*, Wiedmann, Berlín, 1892, pp. 101-102.
[123] Ver Walker M., Joseph, *Op. Cit.*, p. 256.
[124] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 183.
[125] Idem.

Actualidad Juridica 29 final.indd 360 21-01-14 11:45

Al igual que con la legislación naval, no podemos tener certeza de la fecha en que fue dictada. Lingenthal sostiene que habría sido obra de León III y que coincidiría con el *Nomos Nautikos* en su promulgación el 741. Sin embargo, hoy un sector de la historiografía postula que habría sido muy posterior, obra tal vez de León VI el Sabio.[126] Nosotros, siguiendo el argumento de Lingenthal, estimamos que puede atribuirse a León III, debido a la respuesta que el código da a los problemas de disciplina que efectivamente existían en la época y que no se presentaron después.

En conjunto, tanto la *Ékloga* como los tres códigos mencionados sirvieron como textos para unificar las prácticas judiciales en el Imperio y resolver casos prácticos, como las sumas a pagar por seguros navales y otras.[127]

La posteridad no agradeció a León y sus herederos su gran avance y originalidad legislativa. Gran parte de la explicación es el desprestigio que cayó sobre la dinastía isáurica producto de su adhesión a la iconoclastia. Sin embargo, sus contribuciones objetivas a la preservación del poder y prosperidad del imperio son innegables. Así como su profundo entendimiento de la mentalidad jurídica de su pueblo, que contó, gracias a sus esfuerzos, con un texto de innegable valor.

Mención especial merece la obra legislativa de Nicéforo I Focás (802-811), quien, en respuesta a los desafíos militares de su tiempo, en que búlgaros y árabes amenazaban las fronteras del Imperio, dio importancia a las leyes que beneficiaran al ejército. Para financiar a la milicia dio orden de eliminar las exenciones tributarias del clero, le ordenó pagar contribuciones especiales, suspendió las subvenciones para instituciones de caridad y eliminó las dietas de los senadores.

Mediante la *Novella XVIII* de su reinado, el emperador castigaba a los soldados que abandonaran sus propiedades por el plazo de 3 años en beneficio de otros que hubieran destacado en el cumplimiento de sus deberes militares. La *Novella XXII* dispuso la prohibición de venta de las propiedades de los militares mientras duraban sus servicios a fin de dar protección a sus familias.

Lamentablemente no hizo esfuerzos importantes en la siempre vigente lucha entre ricos y pequeños hacendados. El mismo Focás era descendiente de una de las grandes familias latifundistas, y aunque sancionó leyes que les imponían mayores impuestos, no hizo mucho por proteger a los pequeños agricultores. Igualmente dispuso restricciones a las donaciones que se hicieran a la Iglesia y sus instituciones.[128]

[126] Idem.
[127] Ver Maier, Franz Georg, *Op. Cit.*, p. 90.
[128] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 255 s.

Actualidad Juridica 29 final.indd 361 21-01-14 11:45

En el mandato de Teófilo (829-842) se dio inicio a una tradición referente al derecho a apelar al emperador. Mientras el cortejo imperial avanzaba a caballo entre el Sacro Palacio y la Iglesia de Santa María de Blachernae, cualquier ciudadano podía acercarse al monarca y solicitar la gracia de una apelación frente a injusticias cometidas en su contra.[129]

II. Evolución del derecho clásico bizantino:

A medida que la influencia de la obra de Justiniano se debilitaba por el paso del tiempo, surgieron fuentes jurídicas distintivamente bizantinas, que adaptaban las instituciones a la situación del imperio en su tiempo y desarrollo, aunque las que comentaremos tuvieron la característica de buscar un retorno al derecho clásico del pasado, con lo que se mantiene la ambivalente relación del derecho bizantino con los moldes clásicos justinianeos.

Serían los monarcas de la dinastía macedónica, de feliz memoria, quienes llevarían adelante el esfuerzo legislativo por poner al día los principios del derecho clásico en relación a las necesidades del imperio. En ello influiría decisivamente su deseo de buscar la legitimidad gracias a su vinculación con la obra de Justiniano.[130]

El Prokeirón y la Epanagogé:

En el reinado de Basilio I (867-886), fundador de la dinastía macedónica, el emperador buscó el modelo de Justiniano con el fin de legitimar sus iniciativas de gobierno.[131] Por tal razón, la consecuencia fue que hayan surgido fuentes

[129] Las crónicas cuentan que mientras el emperador avanzaba en su caballo blanco, una viuda se le acercó para pedirle justicia. Ella reclamó que el eparca de la ciudad le había confiscado precisamente el caballo que montaba Teófilo a fin de regalárselo. El emperador, tras comprobar la veracidad del relato, ordenó castigar al eparca y devolvió el caballo. En adelante esta ceremonia fue denominada *kavalikeuma,* que quiere decir salida a caballo. Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 121.

[130] Ver Chitwood, Zachary Ray, *Byzantine legal culture under the Macedonian dynasty, 867-1056*, Universidad de Princeton, inédito, Princeton, 2012. Versión digitalizada electrónica disponible en http://dataspace.princeton.edu/jspui/bitstream/88435/dsp01x346d4203/1/Chitwood_princeton_0181D_10210.pdf (12-12-2012).

[131] En relación a la legitimidad, Chitwood nos recuerda los desafíos que se interponían entre los emperadores macedonios y su pretensión de detentar un poder aceptado por todos. Su esfuerzo por combatir a los árabes era una baza importante en esa dirección, pero en el occidente surgían quienes cuestionaban incluso el carácter "romano" del imperio de Basilio y León. Los mismos búlgaros habían asumido la cultura bizantina y reclamaban parte de la legitimidad que antiguamente pertenecía a los emperadores de Constantinopla. Pero el mayor cuestionamiento provenía de los emperadores carolingios, que, en alianza con el papa, reclamaban su condición imperial como herederos del Imperio romano de occidente, desaparecido siglos antes. Los francos (como los griegos les llamaban) y el papado cuestionaban la romanidad de Bizancio, indicando con ironía que en dicho imperio, que se llamaba a sí mismo "romano", no se hablaba la lengua latina, mientras que ellos, los emperadores francos y la Iglesia Católica romana, motejados de bárbaros, si hablaban latín. Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 30. Una confirmación de lo que indicamos la aporta la epístola que el papa Nicolás I

Actualidad Juridica 29 final.indd 362 21-01-14 11:45

que rescataban y simplificaban la obra justinianea. Asimismo, el nuevo emperador deseaba poner fin al legado de los emperadores iconoclastas, propósito político que se conseguiría dictando una nueva legislación que permitiera derogar la *Ékloga*.[132]

> "*Acordó, pues, el emperador purificar la antigua legislación de Justiniano de sus elementos inútiles, agregar nuevas leyes, hacer un nuevo código siguiendo un orden cronológico y, en general, completar la obra de Justiniano, poniendo fin conjuntamente a la confusión suscitada por las leyes de los isáuricos; éstas comenzaban ya a perder toda solvencia, porque la atención de los jurisconsultos volvíase nuevamente hacia los códigos de Justiniano.*"[133]

Marie Therese Fögen ha sostenido que la compilación de la obra legislativa de los emperadores macedonios fue la respuesta de estos soberanos frente al cuestionamiento de su legitimidad romana y dinástica.[134]

Teniendo presente que una renovación del derecho consumiría mucho tiempo, Basilio I ordenó compilar una obra más sencilla,[135] denominada *Procheiron* o *Procheiros* o *Prokeiron Nomos,* que fue un sencillo "manual de derecho" promulgado en nombre de Basilio, Constantino y León (sus herederos), entre 870 y 879, que compiló lo esencial de las *Institutas*, con el propósito de explicar a los interesados en cuestiones jurídicas las leyes que gobernaban el Imperio, pero sin seguir sus esquemas formales ni su desarrollo sistemático[136]. El objetivo declarado era superar la *Ékloga*. El resultado, empero, fue una versión ampliada en 40 títulos o libros de esta última.[137] En su prefacio "*se habla de esas leyes*

(858-867) dirige al emperador Miguel III (843-867) (predecesor de Basilio I en el trono) en respuesta a una suya perdida, en donde el emperador la señalaba que era mejor emplear el griego como idioma diplomático. Afirma el pontífice "*Iam vero, si ideo linguam Latinam barbaram dicitis, quoniam illam non intelligitis, vos considerate, quia ridiculum est vos appellare Romanorum imperatores et tamen linguam non nosse Romanam*" (Trad. española del autor: "*Ahora, sin embargo, si usted dice que el latín es una lengua bárbara, debido a que no lo entiende, ¿no considera que es ridículo llamarse emperador de los romanos y ni siquiera conocer la lengua de los romanos?*"), cfr. Monumenta Germaniae Historica, Apud Weidmannos, Berlín, 1889, p. 459, líneas 19-21. Versión digitalizada electrónica disponible en http://www.dmgh.de/de/fs1/object/display.html?sortIndex=040 (11-02-2013).

[132] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 5.

[133] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, pp. 220 s.

[134] Ver Fögen, Marie Therese, "Reanimation of Roman law in the ninth century: remarks on reasons and results" en Leslie Brubaker (ed.), *Byzantium in the Ninth Century: Dead or Alive/Papers from the Thirtieth Spring Symposium of Byzantine Studies*, Sociedad para la promoción de los estudios bizantinos, N° 5, Birmingham, 1996, pp. 11-22.

[135] Sostienen las fuentes de la época que el emperador encontró las leyes en un estado de gran confusión y oscuridad, debido a la yuxtaposición de las buenas y malas leyes en un conjunto que no permitía distinguir lo vigente de lo derogado. Por ello Basilio luchó por corregir esta situación, removiendo de las compilaciones las leyes abrogadas y reuniendo las leyes subsistentes en un sumario para que pudieran encontrarse con facilidad. Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 33.

[136] Ver Ostrogorsky, G., *Historia del Estado bizantino*, Akal Universitaria, Madrid, 1984, p. 244.

[137] La verdad es que pese a que el *Prokeirón* contiene una cláusula derogatoria expresa del emperador Basilio respecto de la *Ékloga*, ésta siguió en aplicación en las provincias no por años, sino siglos, ya que se adaptaba muy bien a la mentalidad de la población. Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 2.

Actualidad Juridica 29 final.indd 363 21-01-14 11:45

como de reglas que establecen en el Imperio la Justicia, "única cosa que, según Salomón, exalta a una nación".[138] El destino de la obra era servir de guía a los jueces imperiales.[139]

Contiene gran parte de las instituciones de derecho civil y también normas de derecho público y penal, como una lista de penas o castigos. Las primeras 21 lecciones fueron extractadas de las *Institutas* del *Corpus*. Se emplearon versiones sintetizadas y resumidas en griego de los textos de la obra justinianea, pues los autores del *Prokeiron* no consultaron los originales latinos.[140]

> "*Es interesante señalar que el Prokeiron habla de la Écloga de León y Constantino como de un compendio "subversivo de malas leyes inútiles para el Imperio" declarando "poco prudente dejarlas en vigencia" A pesar de tan duro juicio, la Écloga de los isáuricos, tan práctica y popular, fue ampliamente utilizada para el Prokeiron, sobre todo en sus últimos diecinueve títulos*"[141].

En la introducción al *Prokeiron* se aludía a una obra mayor, compuesta igualmente en tiempos del Emperador Basilio, que habría constado de 60 capítulos y que no se ha conservado.

El contenido del Prokeirón se puede resumir de la siguiente manera:[142]

a) Libros I a IX, de los esponsales y del matrimonio.

b) Libros XII a XX, de las obligaciones.

c) Libros XXI a XXXVII, del derecho de herencia.

d) Libros XXXVIII a XL, del derecho público.

Desde el punto de vista práctico, el *Prokeirón* mejoró la claridad en la aplicación de las leyes y la enseñanza del derecho. Y desde el punto de vista político permitió a la dinastía macedónica afirmar su legitimidad en el trono, mediante la reafirmación de su condición de verdadera heredera de la romanidad, expresada ésta en la ley, que reactualizaba la obra de Justiniano.[143]

La obra resultó de gran aceptación y fue prontamente traducida al eslavo, por lo que se difundió entre los pueblos de dicho origen, como, en su momento, ocurrió con la misma *Ékloga*.

---

[138] Véase Vasiliev, Alexander A., *Historia del Imperio Bizantino*, Editorial Iberia, Barcelona, 1945, versión PDF, de Rolando Castillo, Madrid, 2003, p. 226.
[139] Ver Ostrogorsky, G., *Op. Cit.*, p. 244.
[140] Ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.*, pp. 227 s. En el mismo sentido Ostrogorsky, G., *Op. Cit.*, p. 244.
[141] Ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.*, p. 226.
[142] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 5.
[143] Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 39.

Actualidad Juridica 29 final.indd 364 21-01-14 11:45

Igualmente debemos recordar la *Epanagogé* o *Epanágoga o Eisagoge,*[144] texto jurídico creado en base al anterior y renovado en el siglo IX, que seguramente fue obra del Patriarca Focio, publicada en 879,[145] o sea a fines del reinado del emperador Basilio y promulgada en nombre del propio Basilio y sus herederos León y Alejandro[146]. Focio agregó al texto original del *Prokeirón* las normas relativas a la relación entre la Iglesia y el Estado.[147] En efecto, se describen las relaciones entre ambos poderes en forma ideal. Se sostiene que el emperador debe someterse a las leyes, reiterando la conocida influencia cristiana del gobierno de la ley por sobre la voluntad humana. En ello se reconoce la doctrina del poder civil como emanación del poder religioso. El emperador debe obedecer la ley, ya que es el representante de Dios en la tierra, y por ello, debe ser el ejemplo perfecto de la justicia divina.[148]

La *Epanagogé* consta también de 40 títulos. Algunos especialistas sostienen que nunca llegó a publicarse, dándolo como simple proyecto legislativo de Focio[149]. Hoy, sin embargo, se afirma que fue publicado y rigió como derecho oficial del imperio y de la Iglesia.

En cuanto a su contenido, la *Epanagogé* utiliza como base la mayoría de los que se encuentran en el *Prokeirón*, pero incorpora interesante materias relativas a las relaciones entre el emperador, el patriarca de Constantinopla, y los límites de la autoridad de ambos.[150]

La influencia de Focio en esta materia es evidente, pues postula la existencia de dos poderes distintos, pero que coexisten en plena armonía, uno ocupado del gobierno de la sociedad civil y el otro del de las almas.[151] Asimismo aborda la jerarquía de la sede constantinopolitana en relación a los otros patriarcados de oriente, a los que subordina a la primera, denominándolos como jerarcas

[144] Esta última denominación es la que prefiere Chitwood en su reciente tesis doctoral, pues significa "introducción al derecho", sin embargo, las fuentes españolas continúan fieles a la tradicional Epanagogé (retorno a la ley), pues el propósito de los emperadores era precisamente volver al derecho clásico de Justiniano, aunque reformulándolo según las necesidades de su tiempo. En razón de esto, usamos la nomenclatura tradicional. En contra, ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 40.

[145] Algunos historiadores como Schminck la datan el 886, Van Bochove entre 880 y 883 y Codoñer y Santos entre el 880 y el 888. Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 40.

[146] Una parte de la historiografía especializada pone en duda que haya sido promulgada, pero la mayoría se inclina por la tesis de la vigencia oficial. Ver Ostrogorsky, G., *Op. Cit.*, p. 244. En el mismo sentido consultar Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 222. La Cambridge Medieval History sitúa su promulgación entre el 879 y 886. Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 5.

[147] Ver Maier, Franz Georg, *Op. Cit.*, p. 180. Zakythinós atribuye a Focio tanto el proemio como el segundo título. Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 222.

[148] Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 181.

[149] Ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.*, p. 227.

[150] El proemio de la obra contiene una fuerte justificación racional y filosófica. Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 40.

[151] La realidad distaba de ser como el Patriarca lo deseaba. A la muerte del emperador Basilio, lo sucedió su hijo León, quien mandó al exilio al anciano eclesiástico e instaló en la sede de Constantinopla a su propio hermano Esteban. Ver Ostrogorsky, G., *Op. Cit.*, p. 245.

Actualidad Juridica 29 final.indd 365 21-01-14 11:45

locales[152]. Establece, en fin, que las leyes que contiene la obra son ejemplos de "buenas leyes", que Dios procura para el bien de la humanidad.[153]

Igualmente y en una herencia que podría resultar polémica, por la oficial hostilidad a los emperadores isaurios,[154] la *Epanagogé* usa como fuente a la *Ékloga*, aun en mayor medida que el propio *Prokeirón*. Por ejemplo, en materia de derecho de familia usa como fuente a la *Ékloga* mientras que el *Prokeirón* sigue los moldes del *Corpus*.[155]

En cuanto a similitudes entre ambos textos podemos señalar que tanto el *Prokeirón* como la *Epanagogé* proscriben los sacrificios paganos.

Un texto con relación a los dos anteriores y vinculado teóricamente a las Basílicas que enseguida tratamos, es la *Anacatharsis*. Su texto no se ha conservado y al parecer habría sido obra del reinado del emperador Basilio I. Algunos sostienen que se trata de un primer borrador del texto que luego cristalizaría en las *Basílicas* en tiempos de León VI.

Otra obra de esta misma época fue el *Nomokanon*, compilación seguramente debida al patriarca Focio[156], quien, con certeza, escribió el prólogo.[157] La obra fue publicada en 883 y contuvo derecho eclesiástico, especialmente normas sobre derecho de familia y sucesorio. Prólogos adicionales al *Nomokanon* fueron escritos por Teodoro Bestes, en 1089-1090, y Teodoro Balsamon en 1177, quien además añadió un comentario.[158] Esta obra sería traducida al serbio en 1219 por San Sabas, con escolios de Zonarás y Alexis Aristemos.[159]

Con estos textos el derecho se iba haciendo cada vez más bizantino y menos clásico, aunque la influencia justinianea fuera explícitamente buscada en el *Prokeiron*. El fenómeno principal fue el de la simplificación de las figuras jurídicas más complejas del *Corpus*. Este derecho más sencillo y práctico fue la versión bizantina del derecho romano vulgar en occidente, aunque a mucha distancia por sobre éste en la calidad de su construcción intelectual y científica.

---

[152] Ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.*, p. 227. Vasiliev se extiende en el punto de la influencia que la *Epanagogé* tuvo entre los pueblos eslavos. Fue traducida al ruso y se aplicó en Rusia hasta pleno siglo XVIII.

[153] Idea típicamente neoplatónica. Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 42.

[154] De hecho la *Epanagogé* destina una sección del proemio a denostar a los isáuricos, acusándoles de gobernantes ilegítimos, al contrario de los emperadores macedonios, encarnación de la ortodoxia y la justicia. Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 42.

[155] Ver Ostrogorsky, G., *Op. Cit.*, p. 245.

[156] La gran erudición de este personaje multifacético nos permite reconstruir muy de cerca el estado de desarrollo cultural bizantino en su tiempo. Focio encarnó los ideales del perfecto intelectual bizantino. Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, pp. 181 ss.

[157] Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 121.

[158] Idem.

[159] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 221, y Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 121.

Actualidad Juridica 29 final.indd 366 21-01-14 11:45

Las Basílicas:[160]

La mejor y más difundida de las compilaciones jurídicas bizantinas fue iniciativa de Basilio I y obra concretada por su hijo León VI El Sabio o el Filósofo (886-891). Por corresponder a leyes reales, la denominamos "*Las Basílicas*".[161] Como acabamos de indicar, la obra fue iniciada por el emperador Basilio, quien encomendó su redacción a una comisión revisora del derecho vigente, pero dicho proyecto no llegó a concretarse, por lo que fue finalizada por su sucesor León VI.[162] Resulta curioso el constatar que pese a sus tremendas diferencias de personalidad, pues de hecho se odiaban, Basilio y León coincidieron en la necesidad de actualizar el derecho de su época.

Aunque el propósito declarado por los emperadores fue retornar a la influencia clásica del derecho justinianeo, superando la influencia de la *Ékloga*, las *Basílicas* son un texto que incorpora material jurídico que desborda el *Corpus*. En efecto, pese a que se les presenta como simples traducciones abreviadas al griego de los textos de la obra de Justiniano, incorporan también materiales de los siglos VII y VIII que se formaron en base a elementos traducidos anteriores al Corpus[163].

Estos materiales, que escaparon a la atención de Triboniano, son fuente valiosísima para poder comprender el derecho bizantino como un derecho que incorpora características propias de la sociedad oriental y que no se mantuvieron en la obra de Justiniano[164]. Las *Basílicas* constituyen el eje del derecho propiamente bizantino, pero su vigencia fue ganando importancia con el paso del tiempo, pues la influencia ius filosófica del *Corpus* se mantuvo aún por varios años.[165]

El origen del nuevo texto se encuentra en el declarado proyecto de Basilio de componer una obra que pusiera al día las leyes imperiales. Su hijo, seguramente bajo la influencia del consejero palatino Stylianos Zautzes, mantuvo el

[160] Hasta el día de hoy discute la historiografía jurídica si el nombre de la obra es debido a un homenaje al propio emperador que las propició o si deriva del título de Basileus (rey) del mismo y aludiría a las leyes reales o imperiales. Vasiliev opta por esta última alternativa, ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.*, p. 227. En similar sentido se pronuncia Malleros. Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 232. Petit consigna ambas teorías, ver Petit, Eugene, *Op. Cit.*, p. 57. Una perspectiva diversa, que evita el empleo de esta nomenclatura, se contiene en la obra de Chitwood, quien, siguiendo a Schminck, las denomina "los *sesenta libros*" de León VI, pues el nombre Basílicas habría sido acuñado más de un siglo después al añadirse al texto de los *sesenta libros* algunos escolios antiguos, ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 43.

[161] *Ta basiliká* en griego.

[162] El propio emperador León se encargó de redactar el prefacio. Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 121.

[163] Sobre el particular nos recuerda Malleros: "*…esta obra de León reviste enorme importancia porque, como el propio emperador declara en el proemio, reunió el derecho vigente disperso en cuatro obras distintas de Justiniano, o sea, el* Código*, el* Digesto*, las* Institutas *y las* Novellas*. Por otra parte, el Derecho romano precisaba de enmiendas a fin de suprimir las repeticiones, las leyes que habían caído en desuso y añadir Constituciones que exigían las condiciones contemporáneas de la vida, y sobre todo, para adaptar el derecho a la lengua griega*". Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 232.

[164] Ver Torrent, Armando, *Op. Cit.*, p. 22.

[165] Ver Walker M., Joseph, *Op. Cit.*, p. 257.

Actualidad Juridica 29 final.indd 367 21-01-14 11:45

propósito de su progenitor y nombró una nueva comisión de juristas encargada de llevar adelante la compilación.[166] Ésta fue presidida por el *protospathario* Symbatios y publicada en los primeros años del reinado de León VI.[167] La obra fue promulgada entre el 888 y el 890.[168]

En relación a su estructura, se compone de 60 libros[169] agrupados en seis tomos, que parecen haberse basado en las compilaciones del jurista anónimo a que hacemos mención al tratar las obras que surgieron en el tiempo inmediato a la promulgación del *Corpus*. Asimismo, se incorporan escolios y glosas posteriores[170] por lo que los materiales que la conforman presentan esta doble vertiente[171]. También se incluyeron *Novellae* post justinianeas, de Justino II, Tiberio y de los mismos Basilio I y León VI.[172] Igualmente se tomó material proveniente del *Prokeirón*.[173]

Las *Basílicas* no siguen el marco modélico de 4 libros del *Corpus*, por lo que su estructura sistemática resulta más asequible y sencilla de entender. En el prefacio o proemio el emperador León afirma que el hecho de que el *Corpus* estuviera compuesto de 4 libros diversos dificultaba su empleo, por lo que proponía una redacción unitaria en su propia compilación de leyes.[174] Pero no desdeñaba el valor de las leyes por ser viejas, sino que las rescataba por ser la obra de Justiniano, el célebre legislador del pasado.[175]

Igualmente el hecho de estar redactadas en griego las vuelve inteligibles por la totalidad de la población. Casi la mitad del texto de León el Sabio corresponde a la síntesis o epítome del *Corpus*, y la otra mitad se compone de escolios, aclaraciones, comentarios y notas sobre textos clásicos[176] que no han sobrevivido hasta nosotros, lo que vuelve a las Basílicas un texto de innegable interés para tener acceso al derecho clásico prejustinianeo.[177]

---

[166] Los textos que conservamos denominan a los miembros de la comisión como "purificadores". Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 235.
[167] Ver Ostrogorsky, G., *Op. Cit.*, p. 247.
[168] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 6. Chitwood opta por fijar la fecha en la Navidad del 888. Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 44.
[169] Ver Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 78.
[170] Se usaron igualmente algunos índices griegos del siglo VI, obras del primer Anónimo, la obra de Talaleo referente al *Códex* y un epítome de Teodoro sobre las *Novellas*. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 485.
[171] Sostiene Margadant que "*hay escolios de dos niveles de antigüedad, los del Anónimo, y los más recientes, dos capas que Heimbach, von Zachariae y otros han tratado de separar*". Véase Margadant, Guillermo F., *Op. Cit*. 65.
[172] Ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.*, p. 228.
[173] Ver Ostrogorsky, G., *Op. Cit.*, p. 247.
[174] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 5.
[175] Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 45.
[176] "*Los pasajes relaciones con el Código son tomados de los escolios de Talaleo y de la obra de Teodoro, titulada* Breviarium*; aquellos relativos a las* Pandectas *se han extractado de una refundición del* Anónimo*, de Estéfano y de Cirilo, y los que se refieren a las* Institutas*, de la paráfrasis de Teófilo*". Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 233.
[177] Ver Margadant, Guillermo F., *Op. Cit.* p. 66.

Actualidad Juridica 29 final.indd 368 21-01-14 11:45

Algunos historiadores han querido atribuir al emperador Constantino VII Porfirogénito (913-959) una segunda edición de las *Basílicas* partiendo de la existencia de numerosos escolios incorporados al texto que datarían de la época de dicho emperador.[178] Sin embargo esta tesis no ha sido probada. De hecho, existen fragmentos de las *Basílicas* que contienen materiales muy posteriores, de los siglos XI y XII. Y no por ello se ha sostenido que dataran de dichas fechas.

Lamentablemente hasta el presente carecemos del texto original y completo de la obra, el que solo se conserva disperso en diversos fragmentos que son muy posteriores a la fecha de su publicación. No más de dos tercios del total han podido ser preservados hasta nuestros días. En buena medida esto se debe a la gran extensión del original y a la práctica de copiar solo las leyes y *novellas* en vigencia descartando los materiales no aplicables a la época.

Las Basílicas trajeron nueva vida al viejo derecho clásico, aunque con las adecuaciones griegas típicas de su tiempo y la influencia de las costumbres y normas del derecho canónico.[179]

Un material útil para su conocimiento es el manuscrito *Coisliano*, que se custodia en la Biblioteca Nacional de París, y el *Tipukeitos*, de que se trata más adelante.[180]

El contenido de las Basílicas se estructura en los siguientes libros:[181]

a) El libro I trata sobre la Santísima Trinidad y la Fe ortodoxa.

b) El libro II contiene las normas generales del derecho, extractadas de las *Pandectas*.

c) Los libros III a V tratan del Derecho Canónico.

d) Los libros VI a IX tratan de los arcontes o magistrados, la organización de los tribunales de justicia y la aplicación de las leyes en la sustanciación de los juicios.

e) Los libros X a LIII tratan del Derecho Civil.

f) Los libros LIV a LVII tratan de Derecho Público y del ejército.

[178] Entre el 920 y el 945. Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 233. Arangio-Ruiz niega que sean realmente materiales nuevos, sino que los atribuye a refundiciones de viejos textos, paratitlas e índices ya antes producidos por Doroteo, Cririlo, Estéfano y Enantiophanes. Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 485.
[179] Ver Norwich, John Julius, *Op. Cit.*, p. 171.
[180] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 233.
[181] Ibidem, p. 234.

Actualidad Juridica 29 final.indd 369 21-01-14 11:45

g) El libro LVIII trata de la esclavitud.

h) El libro LIX trata de los sepulcros y de los gastos funerarios.

i) El libro LX trata del Derecho Penal.

Las Basílicas recibieron la influencia del absolutismo monárquico. Prueba de ello es que con su vigencia el Senado fue despojado definitivamente de sus últimos poderes, especialmente del de aprobar, junto al ejército y los ciudadanos, al nuevo emperador. Desde este momento en adelante la vieja cámara perdería toda su razón de ser, pues la sucesión se sustentaría en el principio de legitimidad.[182]

Hacia mediados del siglo X se elaboró una condensación, de la cual existen abundantes copias, la *Sinopsis Maior*, y una posterior, la *Sinopsis Minor*, de inicios del siglo XIII. Ambas completan las obras epigonales sobre las *Basílicas*.

Asimismo surgieron algunos manuales jurídicos que, no siendo oficiales, contenían las prácticas y doctrinas judiciales y forenses vigentes en dicho tiempo y que estaban basados casi íntegramente en las instituciones contenidas en las *Basílicas*.

En relación a su covigencia con el *Corpus*, puede decirse que ambos estuvieron vigentes al mismo tiempo, pues las *Basílicas* no contuvieron una cláusula derogatoria expresa, cuestión obvia, pues este tipo de disposiciones son propias de la codificación ilustrada del siglo XVIII.[183] No obstante, en la práctica, según los documentos de que se dispone hoy, es posible afirmar que las *Basílicas* fueron el texto universalmente usado desde su dictación en todos los tribunales imperiales.

Como derecho vigente, es de interés considerar que con posterioridad a la destrucción del Imperio Bizantino, tuvieron vigencia en Serbia y que en pleno siglo XIX se les concedió vigor, en su versión traducida, en Moldavia.[184]

---

[182] Ver Asimov, Isaac, *Constantinopla*, Alianza Editorial, (trad. de Javier Alfaya y Bárbara McShean), 1ª reimpresión, Madrid, 2001, p. 181.

[183] Una opinión diversa partiendo de una interpretación literal de la *Novella* I manifiesta el gran helenista Fotios Malleros, pues sostiene que León VI prohibió el uso del *Corpus Iuris*. Sin embargo, esta prohibición no era aplicable a los jueces, sino a los estudiantes de derecho en sus alegatos ante los profesores. En el fondo se trata de una cuestión de intensidad y uso continuo, pues las instituciones del *Corpus* nunca fueron dejadas de lado del todo. Sostiene el profesor Malleros: "*Hasta los siglos XI y XII, las* Basílicas *sirvieron de fuente del Derecho civil de Bizancio, en tanto que la legislación de Justiniano tenía más bien carácter de obra de consulta. Aunque León el Sabio, al publicar las* Basílicas*, con la* Novella *I prohibía el uso del Corpus Iuris Civilis, no era su propósito prescindir totalmente de la legislación de aquél, sino ofrecer un cuerpo de leyes aplicables en lengua griega, suprimiendo aquellos pasajes que fueran inútiles o contrarios al sentimiento popular. Pero ya hacia fines del siglo XII la legislación justiniana sólo se empleaba con fines de estudio. Los emperadores que subieron al trono desde el siglo XI y XV, promulgaron una serie de* Novellas*, las cuales sirvieron de base a la legislación de la época.* " Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 282.

[184] Véase Margadant, Guillermo F., *Op. Cit*. p. 66.

Actualidad Juridica 29 final.indd 370 21-01-14 11:45

Incluso es posible destacar el papel que jugaron las *Basílicas* para Occidente, al haber sido una fuente muchas veces empleada por los humanistas de los siglos XV y XVI a fin de reconstruir el texto más fiel del *Corpus Iuris.*[185]

Las ediciones más completas de la obra de León VI datan de mediados del siglo XIX e inicios del siglo XX. Destacan las de Heimbach con versión latina y la de Juan Zepos, en griego.[186]

Las *Novellas* de León VI:

El emperador destacó como autor de una ingente legislación. Con posterioridad a la promulgación de las *Basílicas* se promulgaron numerosas *novellas*[187] que fueron compiladas en una colección de 113 leyes.[188] Abordaban materias propias de derecho público, derecho civil y privado general, más algunas que ordenan asuntos eclesiásticos.[189]

Estas *novellas* fueron usadas con el paso del tiempo por los juristas bizantinos para elaborar nuevos textos y manuales.

Dirigidas al hermano del emperador y patriarca de Constantinopla, Esteban, y al *magister officiorum*, Zautzes, las principales materias que abordan son:

a) La *novella* XXXII condenaba a la esposa adúltera confinándola a los monasterios.

b) La *novella* XXVI establecía la adopción de hijos por parte de eunucos.

c) La *novella* XXXIII prohibía contraer nuevas nupcias a la mujer de un prisionero.

d) La *novella* XCI abolió el concubinato por ser lesivo a la naturaleza y contrario a la religión cristiana.

---

[185] Ver Margadant, Guillermo F., *Op. Cit.* p. 65. Por su parte sostiene Arangio-Ruiz que las *Basílicas* nos "*ayudan a descubrir las interpolaciones justinianeas y los criterios que las inspiraron. No se debe olvidar que los primeros escolios proceden de juristas que colaboraron en la compilación o habían sido testigos de ella. Es frecuente que en ellos se recoja explícito testimonio de las reformas que las instituciones hubieron de experimentar y de las alteraciones de los textos y es, incluso, más corriente aún que se hayan dejado inadvertidamente en ellos, a través quizás de traducciones procedentes de las escuelas prejustinianeas, fragmentos pertenecientes a los juristas antiguos que, o no habían sido interpolados, o fueron glosados en las escuelas de tal modo que permiten percibir la separación entre el original y la glosa. Algunas fórmulas del procedimiento clásico eliminadas totalmente de las Pandectas se encuentran en los escolios.* " Ver Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 486.

[186] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 235, y Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 485.

[187] Ver Castillo Fasoli, Rolando Daniel, *Op. Cit.*, p. 180.

[188] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, pp. 235 s.

[189] Se ha destacado que las *novellas* intentan conciliar las leyes seculares con el derecho canónico. Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 46.

Actualidad Juridica 29 final.indd 371 21-01-14 11:45

e) La *novella* LX castigaba a quienes castraran a menores de edad.

f) Las *novellas* LXII y CV sancionaban a quienes robaban al fisco.

g) La *novella* CIII establecía las medidas de las redes.

Evidentemente estas *novellas* carecen de un hilo conductor en cuanto a las materias que regulan, son una típica legislación miscelánea. Pero resulta interesante que la primera de ellas compare a León con Justiniano, pues ambos establecieron leyes nuevas para la felicidad de su pueblo.[190]

Igualmente León adoptó medidas contra la esclavitud y referentes a la organización de los monasterios.

El libro del *Eparca*:

Del mismo reinado de León VI[191] es una obra que podríamos denominar de derecho público, el *Libro del Eparca o del Prefecto*.[192] Se trata de una interesante obra en donde se describen las funciones de la alta administración del Imperio, precisando las competencias del gobernador de la capital, cabeza de la jerarquía burocrática imperial, bajo la autoridad del *basileus*. Igualmente describe las relaciones entre el Estado y los gremios productivos y comerciales que organizaban toda la vida económica bizantina con una completa dirección y supervigilancia imperial[193].

Precisamente por ello, hoy consideramos al libro del *Eparca* como una fuente insustituible de conocimiento sobre la historia económica y administrativa de Bizancio.

El libro precisa las funciones de los gremios productivos y comerciales y la forma en que éstos se relacionaban con el Estado. Por ello el *Eparca* cumplía la función de un verdadero inspector superior sobre los mismos. Su mayor poder radicaba en que nombraba a los miembros de los propios gremios, designaba a sus dirigentes y a los representantes gremiales frente al Estado. Ejercía, en suma, una autoridad policial y penal.

El *Eparca* controlaba las tarifas, precios, los aranceles de exportación, regulaba la oferta y la demanda, en fin, por medio de este magistrado, el Estado ejercía una influencia marcada en todos los ámbitos de la vida económica.

---

[190] Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 49.
[191] Algunos sostienen que esta obra sería de autoría de Nicéforo Focás, pero la mayoría concuerda con que el autor fue León el Sabio. Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 236.
[192] Ver Koder, J. (editor), "Leonis Sapientis Librum Praefaecti" en *Corpus Fontium Historiae Byzantinae*, Series Vindobonensis, XXXIII, Viena, 1991.
[193] Ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.*, p. 228.

Actualidad Juridica 29 final.indd 372 21-01-14 11:45

Ella no es más que otra manifestación de la autocracia que caracterizaba al Imperio Bizantino.

Un tema de gran importancia es que en el Libro se consignaba el estado de los estudios jurídicos de su tiempo. Éstos se impartían en casas de juristas privados.[194] Esta información se contiene en el capítulo I, que fijaba los requisitos conforme a los cuales se admitía a los nuevos candidatos en el colegio de los notarios imperiales.[195] Las nuevos notarios debían asistir a clases con dos tipos de profesores: los profesores de derecho y los profesores de artes liberales, y se encontraban bajo la supervisión del *Eparca*. La elección se producía por cooptación del mismo colegio de notarios y requería la confirmación del *Eparca*. El examen final se rendía ante el gremio de los abogados y consistía en una interrogación de memoria sobre el *Prokeirón* y una menos intensa sobre las *Basílicas*.[196] Lamentablemente tras el reinado del emperador León, todo el sistema de estudios jurídicos entró en un acelerado proceso de indisciplina y decadencia, por lo que fue necesario introducir una reforma profunda en tiempo de Constantino Monómaco, como vemos más adelante.

Atribuida al mismo León VI encontramos la *Táctica*, obra de carácter militar que contiene referencias detalladas sobre la organización del Ejército y de la Armada, de los enemigos del imperio y de las maniobras militares más representativas del arte militar de su tiempo.[197] En suma, la obra legislativa de León se enmarca dentro de su aun más grande producción literaria. Si un gobernante puede con justicia ser llamado el Sabio, ese es precisamente el caso del gran gobernante macedonio, que hizo de su Corte una verdadera academia de sabiduría y erudición.

Durante el reinado de Constantino VII Porfirogénito, se dictó la Novella *Theoritron*, que reglamentó el regalo hecho por el marido a la mujer como *ius primae noctis* o *virginitatis pretium*, como donación *propter nuptias*.[198]

Los emperadores macedonios abordaron igualmente el siempre delicado tema de las relaciones entre los grandes propietarios feudales y los pequeños agricultores y campesinos, a los que protegieron de los abusos de los primeros mediante numerosas novelas y edictos. Especialmente importantes en este ámbito son los reinados de Romano Lecapeno (919-944) y Basilio II (960-1025), que consideraron a los grandes magnates como sus peores enemigos. No obstante

[194] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 8.
[195] Entre dichos requisitos figuraba el que el candidato debía recitar selectivamente y de memoria los 40 libros del *Prokeirón nomos* y los 60 de las *Basílicas*. Ver Gillou, André, "El funcionario", en Cavallo, Guglielmo et al., *El hombre bizantino*, Alianza Editorial (trad. de Pedro Bádenas de la Peña), Madrid, 1994, p. 91.
[196] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 9.
[197] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, pp. 238 s.
[198] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 8.

Actualidad Juridica 29 final.indd 373 21-01-14 11:45

sus medidas de protección a los pobres no fueron del todo exitosas a lo largo de los siglos que les siguieron[199].

El gran emperador Basilio II Bulgaróctono, promulgó una serie de leyes destinadas a contener los abusos de los poderosos. Eligió a sus ministros entre los burgueses más idóneos, dejando apartados del poder a los hijos de las grandes familias. En 996 dictó una *novella* por la que anulaba todas las compras de propiedades realizadas por los grandes feudatarios desde 922 hasta el mismo 996. Dichas propiedades deberían ser devueltas a los pequeños propietarios sin compensación alguna. La misma norma amonestó severamente los abusos de los obispos y además innovó en materia penal dando por terminados los privilegios que tenían anteriormente los miembros de la alta administración, los que en adelante serían juzgados como cualquier ciudadano. Finalmente promulgó un decreto mediante el cual gravaba con un impuesto especial, el *allelengyon*, a los ricos, quienes debían pagar los impuestos que adeudaran los pobres si éstos no podían pagar. Las intenciones del emperador no fueron del todo cumplidas, pues tras su muerte los poderosos lograron que gran parte de sus medidas fueran derogadas.[200]

La literatura jurídica de los emperadores macedonios:

En relación a la literatura jurídica, en el 920[201] se publicó un manual que sería reeditado muchas veces y que gozó de gran popularidad. Se trata del *Epítome legum*, o *legum Ékloga*, que ha sido atribuido a Symbatius, y que se editó en tiempos del emperador Romano I Lecapeno. Contiene extractos del *Digesto*, del *Código*, de las *Novellas* y algunas referencias al *Prokeirón* y a las *Basílicas*. Se compone de 50 libros o títulos y según lo que indica el autor en el prefacio, la gran mayoría son reglas útiles a su tiempo[202] aunque incluye referencias a los textos de la *Ley decenviral*, a la ley romana bajo la República y a la compilación de Justiniano, especialmente al *Digesto*, y a las opiniones de Gayo y Pomponio.[203]

No obstante que la *Ékloga* había perdido toda fuerza oficial, su popularidad era tal que siguieron publicándose manuales y epítomes basados en ella, especialmente la *Ékloga privata* y la *Ékloga aucta,* más un *Encheiridion* que toma como base la misma *Ékloga* con elementos del *Corpus* de Justiniano.[204] Todas serían del siglo XII, aunque aún carecemos de pruebas contundentes para su datación definitiva.

[199] Ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.*, pp. 229 ss.
[200] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, pp. 255 s.
[201] Chitwood lo data entre el 912-913 e indica que habría sido objeto de una nueva y muy reelaborada edición en 921. Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, p. 54.
[202] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 9.
[203] Ver Chitwood, Zachary Ray, *Op. Cit.*, pp. 55 s.
[204] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 9.

Actualidad Juridica 29 final.indd 374 21-01-14 11:45

Como ya indicamos, derivada de las *Basílicas*, encontramos la *Sinopsis basilicorum Maior*, que se encabeza por un título sobre la religión y se estructura en 24 partes divididas en títulos alfabéticamente distribuidos según la titulación de las *Basílicas*. Además se incluyen extractos de las mismas *Basílicas*. No sabemos quién fue su autor, aunque podría haber sido el mismo de la *Ékloga Novellarum Leonis*, escrita a mediados del siglo X. A su vez la sinopsis fue usada como base de la *sinopsis minor* y por el *Auctum Prochiron* además de ser material empleado por Harmenópoulus.[205]

En base al *Prokeirón* de Basilio I se compuso el *legum Prochiron*, obra que reúne fragmentos del *Prokeirón*, la *Ékloga*, la *Epanagogé* y el *Epítome Legum*. Es un pequeño manual de autor desconocido que data del siglo X y que fue aplicado en provincias y en Italia bizantina meridional.[206]

Sobre la *Epanagogé* solo disponemos de una obra de interés, la *aucta epanagogé*, de fines del siglo X, que consiste en otro manual formado sobre la base del apéndice de la *Ékloga*, el *Prokeirón*, la *Epanagogé*, el *Novellarum Epítome* de Anastasio, las *Basílicas* y las *Novellas* de León VI.[207]

En materia de literatura jurídico-canónica encontramos las siguientes colecciones:

En primer lugar encontramos la *Pira o Practica sive Doctrina ex actis magni viri Eitstathii Romani.* No conocemos a su autor pero al parecer habría sido funcionario de los tribunales eclesiásticos de Constantinopla. Lo interesante es que esta obra es un texto completamente original, surgido de las prácticas judiciales de los tribunales eclesiásticos dependientes del Patriarca.

Consta de 75 libros que se inspiran en las *Basílicas* y en la jurisprudencia de los tribunales aludidos entre el periodo que media entre el 950 y el reinado de Romano III (1028-1034). El título de la colección pareciera indicar que el autor se basó en textos de Eustacio Romano, pero no tenemos seguridad al respecto. No obstante ser una útil fuente de conocimiento de su época, no ha sido probado que haya sido utilizada como manual de derecho en la Facultad de Derecho de Constantinopla.[208]

Finalmente disponemos de ejemplares de algunas monografías escritas entre los siglos X y XI, el *Opúsculo* de Eustacio y Giorgios Phobenus, denominado *Hypoholon*, denominación griega para las donaciones *propter nuptias*. Un co-

[205] Ibidem, p. 10.
[206] Idem.
[207] Idem.
[208] Idem.

Actualidad Juridica 29 final.indd 375 21-01-14 11:45

mentario de autor desconocido denominado *protimesis* sobre el derecho de redención; y los tratados, muy breves, de *peculiis* y de *creditorum privilegiis*.[209]

III. El fin del Imperio y el Derecho:

Conforme la sociedad imperial iniciaba el camino de su largo declive, la cultura jurídica experimentó similar decadencia. En los últimos siglos de Bizancio no podemos contar con textos similares a la *Ékloga* y las *Basílicas*.

Con todo, es posible mencionar algunas obras de relevancia. Dentro del complejo panorama de una sociedad en regresión cultural y social, surgen obras que interesa consignar en estas breves notas.

La Escuela de Leyes de Constantinopla:

En 1044 el emperador Constantino IX Monómaco (1042-1055) fundaba la Escuela de Leyes situada en la capital del Imperio[210]. La renovación de los estudios jurídicos originada en esta nueva institución de enseñanza fue la última gran contribución que el Imperio dio al Derecho.

En el año 1045, el emperador promulgó una novela, redactada por Juan Mauropus o Euchaitensis, en donde dotaba a la escuela de los medios necesarios para funcionar. Materialmente ocupó dependencias de la Iglesia de San Jorge.[211]

Grandes profesores acudieron a la nueva Escuela, la que solventaba sus gastos espléndidamente, aprovechando el periodo de transitoria paz que vivía Bizancio. La enseñanza era impartida gratuitamente a todos los estudiantes que quisieran acudir a la capital a recibir dicha formación jurídica. No existían más requisitos para estudiar que el contar con la capacidad intelectual necesaria. La Escuela formaba notarios (*notarioi*) y abogados (*synegoroi*).[212]

Los futuros notarios y miembros de la Administración debían cursar obligadamente sus estudios en la Escuela y rendir exámenes finales.[213]

El rector, denominado *nomophylax* o guardián de las leyes dirigía la Escuela. El primero en ocupar el cargo fue Juan Xifilino. Otros grandes miembros de la

[209] Idem.
[210] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, pp. 281 s.
[211] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 11.
[212] Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 123.
[213] Un texto contemporáneo con la fundación de la Escuela, atribuido a Cecaumeno, recomendaba a los notarios y jueces el rechazar las dádivas o regalos, el inhabilitarse en las causas en que tuvieran interés y en cumplir sus funciones con honestidad. Ver Cecaumeno, *Consejos de un aristócrata bizantino*, IV 1 a IV 10.

Actualidad Juridica 29 final.indd 376 21-01-14 11:45

Escuela fueron Miguel Psellós, Teodoro Balsamón, Doxapatris, Alexios Arestenos (entre los siglos XI y XII) y Konstantinos Harmenópoulos (en el siglo XIV), todos los que en su momento ocuparon el cargo de *nomophylax*.[214]

Miguel Psellós fue autor de una *Sinópsis de Leyes* y un manual de derecho muy particular, pues se encontraba escrito en versos. Ambos datan de 1070. Las fuentes de estas obras fueron las *Pandectas*, el *Código*, las *Novellas* y las *Basílicas*.

En 1073-1074 Miguel Attaliates compuso la *Poesía Jurídica,* obra estructurada en 37 títulos, que tomó como base las *Basílicas*, y que sirvió como texto de enseñanza para los alumnos de la Escuela.

Pero la más importante de las obras que surgirían de la mano de la Escuela fue el *Hexábiblos* de Harmenopoulos, del que se trata más adelante.

Aunque algunos historiadores señalan que la Escuela habría cesado en funciones con la invasión cruzada de 1204, la mayoría sostiene hoy día que fue reinstalada a poco andar y su actividad se prolongó largamente hasta el siglo XIV. Así lo demuestra el hecho de que el título de *nomophylax* le es dado a Hermanópoulos en el siglo XIV y que los documentos citen a otros profesores de la misma época como el Pseudo-Tipucitus o Hagiotheodorita.[215]

Legislación del Ocaso:

Los últimos emperadores realizaron un esfuerzo legislativo muy limitado. El imperio marchaba cuesta abajo y las preocupaciones principales de sus gobernantes no podían ser las jurídicas.

Del citado Constantino Monómaco conservamos solo la aludida *Novella* de creación de la Facultad de Derecho. Lo mismo podemos decir de Isaac Comneno, de Constantino Ducas, Alejo II Comneno, Miguel Paleólogo y Andrónico III. De otros contamos con dos o tres (es el caso de Miguel Ducas, Juan Comneno y Andrónico II Paleólogo, entre otros). Excepción a esta regla son Alejo I Comneno y Manuel Comneno. [216]

La gran mayoría de las *novellas* tuvo como motivo resolver cuestiones de derecho canónico, como el valor de las promesas de matrimonio o esponsales (1084

[214] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 282.
[215] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 11.
[216] "*Desde Constantino IX Monomaco hasta Andrónico I Comneno, lapso en que reinaron más o menos doce emperadores, se conservaron una o dos* Novellas *de cada uno. De Andrónico Comneno han restado 25 y 17 de Manuel Comneno, las que en su mayoría se refieren a la administración de la Iglesia y al Derecho Canónico. Estas* Novellas *introdujeron interesantes modificaciones en el derecho.*" Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 282.

Actualidad Juridica 29 final.indd 377 21-01-14 11:45

y 1092), la prohibición de matrimonio por causa de consanguinidad (1094 y 1160), el matrimonio entre siervos o esclavos (1094).[217]

En materias civiles encontramos pocos avances. Puede citarse la *Novella* de Constantino Ducas sobre la preferencia de la mujer para recuperar los bienes dotales al término del matrimonio y la *Novella* de Manuel Comneno sobre la organización judicial y el procedimiento civil. Se contemplan las partes, medios de prueba, recursos y defensores.[218]

La literatura jurídica:

En primer lugar encontramos el *Liber de Actionibus*, obra formada por escolios contenidos en las *Basílicas*. Fue redactada por un Garidas, profesor de la Facultad de Derecho de Constantinopla durante el reinado de Constantino Ducás (1059-1067). Al mismo Garidas le debemos un pequeño tratado sobre delitos intitulado *De homicidiis*, que tenía por objeto explicar sistemáticamente la novela de Constantino VII Porfirogénito, sobre los asesinatos. En fin, con la posible autoría de Juan Xifilino, tenemos también la *Meditatio de nudis pactis*, de mediados del siglo XI.[219]

En seguida debemos consignar la *Legum Sinopsis*. Se compone de 1406 versos yámbicos clásicos. Fue compuesta por Miguel Psellós y dataría del 1070. Lo ordenó componer Constantino VII a fin de servir de texto de introducción al derecho para Miguel Ducas.[220]

La *Peira*:

Hacia mediados del siglo XI, un juez del Tribunal del Hipódromo, Eustathios Rhomaios, destacó por su creativa interpretación de los viejos códigos legales, dando cabida a elementos provenientes de la costumbre griega y de principios cristianos. Uno de sus colegas jueces o un estudiante compuso una colección basada en sus epítomes judiciales y dictámenes jurídicos, colección que denominamos la *Peira*.[221] Ello fue posible por la reinstalación de la Escuela de Derecho en Constantinopla. No obstante,

> "*no se logró coordinar y dominar la ingente masa de normas heredadas del pasado: parece que, con tantas fuentes legislativas a la disposición…, se toman en cuenta las normas decretadas por el emperador del momento, y por lo demás predomina el sentido de equidad de los jueces, junto con las reglas de la*

[217] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 12.
[218] Idem.
[219] Idem.
[220] Ibídem, p. 13.
[221] O reglas de "experiencia". No debe confundirse con la obra que ya reseñamos como *Pira*.

Actualidad Juridica 29 final.indd 378 21-01-14 11:45

elegancia retórica: la abundancia legislativa ha hecho retroceder el elemento "ley" en la aplicación del derecho."[222]

La colección consta de 236 sentencias y dictámenes, de los cuales solo un tercio corresponde a la aplicación de una norma jurídica positiva. "…*representa el máximo ejemplo de la adaptabilidad y flexibilidad del legado romano, y con frecuencia aparecería citado en obras posteriores*".[223]

Tras la *Peira*, y sin perjuicio del *Hexábiblos*, el derecho se hunde en un mar de incertezas, barroquismos de difícil comprensión y constantes mutaciones.

Obras menores:

En el siglo XII, y casi con seguridad por obra del jurisconsulto Patzus o Patzes, se redactó el *Tipucitus* o *Tipukeitos,*[224] obra que resulta de gran utilidad pues contiene el índice de las *Basílicas*, sus epígrafes y los capítulos más importantes de cada título[225]. El nombre proviene de la expresión latina *Quid ubi invenitur*, es decir, "lo que se encuentra en".[226] La obra facilitaba su consulta por los interesados, pues citaba las palabras iniciales de las leyes de León VI.[227] Mucho de este material se encuentra hoy perdido y por ello el *Tipucitos* nos ayuda a reconstituir el contenido de la gran obra de los emperadores macedonios[228]. Lamentablemente hasta hoy no disponemos de una edición que contenga el texto del *Tipukeitos* completo.[229]

Hacia mediados del siglo XIII surgió la denominada *Sinopsis Minor*, que ya mencionamos, como obra epigonal de las *Basílicas*. Dividida en 24 partes, subdivididas en títulos, se basa en la *Sinopsis Maior*, la *Epanagogé*, y la *Nomicae Glossae*. No contiene datos que conduzcan a establecer su autor. Empero, fue una obra de utilidad práctica como repertorio de las mayores a las que alude.[230]

Igualmente se compuso el llamado *Auctum Prochiron*, redactado antes del 1306. Está compuesto de 40 títulos, con empleo de fuentes como las *Basílicas*, la *Sinopsis Maior*, novelas imperiales y extractos de derecho canónico. Al texto lo siguen 32 *paratitla*.[231]

---

[222] Ver Margadant, Guillermo F., *Op. Cit.* p. 66.
[223] Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 122.
[224] Ver Maier, Franz Georg, *Op. Cit.*, p. 182 e Iglesias, Juan, *Op. Cit.*, p. 79.
[225] Ver Malleros K, Fotios, *Op. Cit.*, p. 233.
[226] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 13.
[227] Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 121.
[228] Ver Vasiliev, Alexander A., *Op. Cit.*, pp. 227 s.
[229] En su composición se habrían usado textos de Juan Nomophylax, Sexto Calocyrus, Niceo Constantino, Gregorio Doxopater, Patzus, Hagiotheodorita y un anónimo del siglo XII. Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 13.
[230] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 13.
[231] Idem.

Actualidad Juridica 29 final.indd 379 21-01-14 11:45

En derecho canónico surgieron diversas obras que ampliaban o adaptaban textos anteriores, así podemos mencionar algunas revisiones al *Epítome Canonum Antiqua*, de los siglos XI y XII; el *Nomocanon* de Doxopater, obra escrita por encargo del emperador Juan Comneno (1118-1143) y otro *Nomocanon*, denominado *Epítome Canonum,* redactado por el *nomophylax* Alejo Aristinus.[232]

Pero la más importante de estas obras fue el *Syntagma kata Stoicheion*, escrito por el monje Mateo o Matthías Blastares[233] en 1335, una enciclopedia del derecho estatal y eclesiástico. Esta obra se basaba en una gran cantidad de textos y normas precedentes, entre los cuales podemos mencionar la *Canonum collectio* de Theodoro Bestes, los trabajos de Juan Zonaras, Theodoro Balsamon, *nomophylax* de la Facultad de Derecho y Patriarca de Antioquía, autor de la *Canonum exégesis*, texto escrito por orden del emperador Manuel Comneno.[234]

El *Syntagma* trataba alfabéticamente los temas y siempre que correspondía se daba prioridad a la respuesta del derecho eclesiástico por sobre el derecho civil. Las disposiciones de este último fueron tomadas de la *Epanagogé*.

La obra se encabeza con un prefacio que alude a la historia de las fuentes del derecho canónico hasta el 879 y una historia del derecho romano hasta la dictación de las *Basílicas*. Contiene 303 títulos distribuidos en los 24 capítulos o letras del alfabeto griego.[235]

Esta obra tuvo influencia sobre el reino de los serbios, pues fue rápidamente traducida a este idioma.[236]

El mismo Blastares compuso una sinopsis de derecho canónico, una lista de términos jurídicos latinos junto con himnos religiosos y obras teológicas.[237]

El Hexábiblos:

Hacia mediados del siglo XIV Bizancio produciría la última de sus grandes obras jurídicas. Una compilación sintética privada, que buscaba, una vez más, reemplazar el *Corpus*, el *Prokeirón* y las *Basílicas*.[238] Fue obra de Konstantinos

[232] Ibidem, p. 14.
[233] Ver Castillo Fasoli, Rolando Daniel, *Op. Cit.*, p. 373.
[234] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 15.
[235] Ibidem, p. 15.
[236] Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 124.
[237] Idem.
[238] La profesora Quintana Orive sostiene, siguiendo a la historiografía reciente, que aunque el *Prokeirón* sí fue seguido, no lo fue en su orden ni en las distribuciones por capítulos, mientras que las *Basílicas* no fueron consultadas, sino que Harmenopoulus usó la *Synopsis Basilicorum Maior*, y la *Minor*. Asimismo se habría usado la *Peira* de Eustathios Rhomaios. Incluso se habría consultado el libro del *Eparca* o Prefecto de tiempos del emperador León VI y otros materiales varios. Ver Quintana Orive, Elena, "Un manual de derecho bizantino: el *Hexábiblos* de *Constantinus Harmenopoulus*", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XVI, 2008, pp. 279 ss.

Actualidad Juridica 29 final.indd 380 21-01-14 11:45

Harmenópoulos (1310-1380-83)[239], *nomophylax* de la Escuela de Derecho en Constantinopla, juez supremo de Salónika[240] y más tarde prefecto de la misma. Publicada en 1345.[241] Debido a su estructura de 6 libros la denominamos *Hexábiblos*, aunque su nombre oficial es *Promptuarium iuris civile*, y es esencialmente un resumen o epítome de derecho civil y penal, que se vincula con el *Prokeirón*, así como con algunos fragmentos de las *Basílicas* y otros textos[242].

Su estructura consta de una exhortación inicial destinada a los jueces y luego seis libros cuyas materias son:

a) Libro I con 18 títulos, de las leyes, del orden judicial, de las restituciones y de la libertad.

b) Libro II con 11 títulos, de la posesión, de la obra nueva, de la adopción y del derecho marítimo.

c) Libro III con 11 títulos, de la enajenación, del depósito y de la sociedad.

d) Libro IV con 12 títulos, de los esponsales y de las nupcias.

e) Libro V con 12 títulos, de los testamentos y tutelas y curatelas.

f) Libro VI con 15 títulos, de los delitos y de las penas.

Finaliza con un cuerpo de apéndices en donde se contienen 4 títulos más materiales misceláneos, como cartas de Patriarcas, extractos del *Nomos Georgikos,* la *Donatio Constantini* y otros.[243]

Resulta interesante que, pese a ser una obra privada, se le atribuyera fuerza de ley.[244]

---

[239] Ver Castillo Fasoli, Rolando Daniel, *Op. Cit.*, p. 373, y Arangio-Ruiz, Vicente, *Op. Cit.*, p. 487.

[240] La actual Tesalónica griega. En el prefacio de la obra, Harmenopoulos afirma haberla redactado debido a la necesidad de contar con una obra que contuviera las normas jurídicas en vigencia, frente a las lagunas y omisiones de textos anteriores como el *Prokeirón*. Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 13.

[241] Junto a otra obra del mismo Harmenopoulus, el *Epitome divinorum sacrorumque canoni*, obra de derecho canónico, igualmente dividida en 6 secciones, que se subdividen a su vez en títulos.Ver Quintana Orive, Elena, *Op. Cit.,* p. 275.

[242] Ver Margadant, Guillermo F., *Op. Cit*. p. 67. Además habrían sido usados La *Sinopsis Maior* y la *Minor*, la *Leonis Ékloga Novellarum*, la *Peira*, fragmentos de la *Epanagogé*, extractos de la obra de Juliano Ascalonita (un escritor anterior a Justiniano, que describió las leyes que, en Siria y Palestina, regían para cuestiones de vecindad, derecho de propiedad y deslindes), algunos manuales, novelas, sentencias del sínodo de los patriarcas y normas provenientes de los obispos orientales. Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 13.

[243] Ver Quintana Orive, Elena, *Op. Cit.*, p. 278.

[244] Ver Petit, Eugene, *Op. Cit.*, p. 58.

Actualidad Juridica 29 final.indd 381 21-01-14 11:45

Conservamos copias de los siglos XIV, XV y XVI. La edición en griego más antigua data de 1540, publicada en París por Teodorico de Suallemberg, en tanto que la primera versión latina fue obra de Bernardo de Rey, editada en Colonia en 1547. La primera versión bilingüe latina y griega se debe a Dionisio Godofredo y fue editada en 1587.[245]

El *Hexábiblos* fue, entonces, la última obra jurídica con una remota vinculación con el *Corpus*[246] en el siglo XIV.[247] Y fue sin duda la más completa que surgiría en el periodo final del Imperio. Se ha destacado el aporte que significan los fragmentos de derecho prejustinianeo que incorpora, lo que luego facilitaría la labor de los humanistas al pesquisar las interpolaciones o *emblemata triboniani* en el *Corpus*.[248]

Al mismo Harmenópoulos debemos el *Epítome kanonon*, en donde el jurista formula y reproduce comentarios sobre problemas de derecho canónico, expuestos en seis secciones diversas.[249]

Durante la ocupación turca de Grecia, el *Hexábiblos* siguió rigiendo las relaciones de los cristianos entre sí, a la manera en que lo hizo el *Liber Iudiciorum* en la España bajo dominio mahometano. Igualmente rigió en Bulgaria con carácter personal[250], para los cristianos, bajo el poder turco, y finalmente en Besarabia hasta 1918. Ello sin perjuicio del evidente influjo que tuvo en el sur de Italia, especialmente en el reino de Sicilia, en donde este texto y otros que ya hemos mencionado tuvieron gran difusión.[251]

Traducido al griego moderno en 1744, con la independencia griega de inicios del siglo XIX fue adoptado como derecho vigente por el nuevo Estado (1821). En efecto, con fecha 23 de febrero de 1835 era puesto oficialmente en vigencia junto a la costumbre y otras fuentes jurídicas. Esta vigencia solo sería interrumpida por la adopción del Código Civil griego. que entró en vigor el 23 de febrero de 1946. Seis siglos de pervivencia, nada mal para una obra jurídica surgida en las postrimerías de un imperio moribundo.

[245] Ver Quintana Orive, Elena, *Op. Cit.*, p. 276.
[246] Un curioso caso de aplicación claramente anacrónica del Código de Justiniano es el del Tribunal de Tesalónica, cuyos jueces citaban la obra justinianea y usaban las disposiciones del mismo, junto con las normas vigentes en el siglo XIV. Ver Herrin, Judith, *Op. Cit.*, p. 124.
[247] El reciente trabajo de la profesora Elena Quintana Orive ha puesto de relieve esta obra casi desconocida entre nosotros.
[248] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, p. 14.
[249] Ibidem p. 15.
[250] Ver Quintana Orive, Elena, *Op. Cit.*, p. 276.
[251] Ver Cambridge Medieval History, *Op. Cit.*, pp. 15 s.

Actualidad Juridica 29 final.indd 382 21-01-14 11:45

VI. Conclusiones:

1) Desde su fundación por Constantino, la nueva capital del Imperio Oriental adoptó las formas jurídicas latinas que habían imperado en el Imperio Romano durante los siglos precedentes.

2) Sin embargo, la sociedad a la que el derecho romano regiría contenía un sustrato fuerte, y no siempre estudiado, de derecho de filiación helénica y helenística que, con el paso de los años, iniciaría una soterrada pugna con el derecho romano, relación de la que surgiría finalmente el derecho bizantino o más precisamente grecorromano.

3) Un caso característico de la pugna entre derecho clásico y derecho griego es el del *Corpus Iuris* de Justiniano. Su influencia fue sucesivas veces valorizada, descartada, rescatada y vuelta de descartar, sin que nunca desapareciera del todo.

4) El desarrollo de sucesivas obras jurídicas que trataban separadamente el derecho canónico y el derecho civil, como correspondientes a dos órdenes de poder, paralelos pero separados, fue la base en torno a la cual se construiría la noción del estado secular.

5) La influencia cristiana en el derecho bizantino resulta evidente, tanto en la génesis y contenido de varias de las fuentes normativas que han pervivido hasta nosotros, como en las instituciones acogidas o modificadas por dicha influencia.

6) Son notorias las modificaciones que aporta el cristianismo en materia contractual, en donde se insiste en la necesidad de buena fe de las partes y que el provecho o beneficio sea equitativo y justo. Con más intensidad lo notamos en derecho de personas y familia, en donde los poderes del *pater* sobre la mujer y los hijos disminuyen ostensiblemente y se manifiesta una creciente igualdad entre marido y mujer. En relación a los hijos se les permite mayor libertad de administración de sus bienes y se proscriben progresivamente el divorcio y la esclavitud.

7) Aporte fundamental al desarrollo y avance del derecho bizantino fueron, primero, las Universidades de Constantinopla, fundada en tiempos del emperador Teodosio II, y la de Berito y, más tarde, la renovada Facultad o Escuela de Derecho de Constantinopla, obra del emperador Constantino IX Monómaco. Sin el concurso de ambas instituciones la labor de los juristas se habría hecho prácticamente imposible. De hecho, ambas instituciones fueron verdaderos semilleros para los juristas que redactarían las más importantes de las fuentes normativas del derecho bizantino.

Actualidad Juridica 29 final.indd 383 21-01-14 11:45

8) Más allá del significado profundo del *Corpus Iuris* para la evolución del derecho occidental, las fuentes de derecho desarrolladas en Bizancio sirvieron de inspiración para un sinnúmero de pueblos que fueron culturalmente incorporados al mundo ortodoxo griego, especialmente los eslavos, que aplicaron las leyes grecorromanas desde la *Ékloga* al *Hexábiblos*, traducidos a sus respectivos idiomas. Esta influencia directa se extendió hasta inicios del siglo XX.

9) En la Grecia moderna la vieja legislación bizantina siguió en vigencia, hasta la dictación del Código Civil griego de 1946.

VII. Bibliografía:

Fuentes:

Cecaumeno, *Consejos de un aristócrata bizantino*, Edición de Alianza Editorial, Madrid, 2000.

Cuerpo del derecho civil romano, Edición bilingüe de García del Corral, Ildefonso Luis, Versión facsimilar numerada de Editorial Lex Nova S.A., Valladolid, 1988.

Lex Romana Visigothorum, Ad lxxxvi librorum amnu scriptorum fidem recognovit septem eius antiquis apitomis, quae praeter duas adhuc ineditae sunt, titulorum explanatione auxit annotatione, appendicibus, prolegomenis, Edición de Hänel, Gustav Friedrich, 1849, Versión facsimilar de Analecta Ediciones, Pamplona, 2006.

Lingenthal, Carolus Eduardus Zachariae a. (editor), *Collectio librorum juris graeco-romani ineditorum, ecloga leonis et Constantini, epanagoge, Basilii, Leonis et Alexandri*, J.A. Barthii, Lipsiae (Leipzig), 1852. Versión digitalizada electrónica disponible en http://books.google.es/books?id=fV4MAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

Monumenta Germaniae Historica, Apud Weidmannos, Berlín, 1889. Versión digitalizada electrónica disponible en http://www.dmgh.de/de/fs1/object/display. html?sortIndex=040.

Manuales y Monografías:

Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus (trad. de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez), 4ª edición, Madrid, 1980.

Asimov, Isaac, *Constantinopla*, Alianza Editorial (trad. de Javier Alfaya y Bárbara McShean), 1ª reimpresión, Madrid, 2001.

Barreras, David, y Durán, Cristina, *Breve historia del Imperio Bizantino*, Editorial Nowtilus, Madrid, 2010.

Barrientos Grandón, Javier, *Introducción a la Historia del Derecho Chileno, I. Derechos propios y derecho común en Castilla*, Barroco Libreros, Santiago, 1994.

Actualidad Juridica 29 final.indd 384 21-01-14 11:45

Caldecot Chubb, Thomas, *Los bizantinos*, Editorial Joaquín Mortiz S.A., México, 1959.

Cambridge Medieval History, *The Eastern Roman Empire*, Volumen IV, Cambridge University Press, Cambridge, 1980.

Castillo Fasoli, Rolando Daniel, *Historia breve de Bizancio*, Editorial Sílex, Madrid, 2009.

González Prats, Guillermo, *Curso de Derecho Romano*, Imprenta Cóndor, Santiago, 1934.

Herrin, Judith, *Bizancio, el imperio que hizo posible la Europa moderna*, Editorial Debate (trad. de Francisco J. Ramos Mena), 2ª edición, Barcelona, 2010.

Iglesias, Juan, *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Editorial Ariel, 10ª ed., Barcelona, 1990.

Maier, Franz Georg, *Bizancio*, Siglo XXI de España Editores S.A., 7ª ed., Madrid, 2002.

Malleros K, Fotios, *El Imperio bizantino 395-1204*, Centro de Estudios bizantinos y neohelénicos, U. de Chile, 2ª edición, Santiago, 1987.

Margadant, Guillermo F., *La segunda vida del Derecho Romano*, Editorial Miguel Ángel Porrúa S.A., México, 1986.

Norwich, John Julius, *Breve historia de Bizancio* (trad. de Carmen Martínez Gimeno), Ediciones Cátedra, Madrid, 2000.

Ostrogorsky, G., *Historia del Estado bizantino*, Akal Universitaria, Madrid, 1984, p. 244.

Pérez-Bustamante, Rogelio, *Historia del Derecho Español, las Fuentes del Derecho*, Editorial Dykinson S. L., Madrid, 1997.

Petit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Cárdenas editor y distribuidor (trad. de Manuel Rodríguez Carrasco), México, 1989.

Soto Ayala, Roberto, y Yáñez Rojas, Eugenio, *El arte del buen gobierno,* Centro de estudios griegos, bizantinos y neohelénicos "Fotios Malleros", Santiago, 2006.

Torrent, Armando, *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Edisofer, Madrid, 1995.

Walker M., Joseph, *Historia de Bizancio*, Edimat Libros S.A. Madrid, 2005.

Artículos de Revistas:

Arias Ramos, José, "Un curioso cargo en la burocracia bizantina: El "Quaesitor", en *Revista de Estudios Políticos*, 1952.

Fögen, Marie Therese, "Reanimation of Roman law in the ninth century: remarks on reasons and results", en Leslie Brubaker (ed.), *Byzantium in the Ninth Century: Dead or Alive/Papers from the Thirtieth Spring Symposium of Byzantine Studies*, Sociedad para la promoción de los estudios bizantinos, N° 5, Birmingham, 1996.

Gormley, W. Paul, "La evolución del derecho marítimo rodio-romano, especialmente en materia de abordaje, hasta 1681", en *Inter-American Law Review, Revista Jurídica Interamericana*, Vol III, 1961.

Actualidad Juridica 29 final.indd 385 21-01-14 11:45

Honoré, Tony, "The Making of the Theodosian Code", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung*, 103, 1986.

Koder, J. (editor), "Leonis Sapientis Librum Praefaecti", en *Corpus Fontium Historiae Byzantinae*, Series Vindobonensis, XXXIII, Viena, 1991.

Quintana Orive, Elena, "Un manual de derecho bizantino: el *Hexá0biblos* de *Constantinus Harmenopoulus*", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XVI, 2008.

Fuentes electrónicas:

Hinojosa, Eduardo de, *Historia del Derecho Romano, según las más recientes investigaciones*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, versión PDF o electrónica de Biblioteca Digital Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Versión digitalizada electrónica disponible en http://bib.us.es/derecho/ recursos/pixelegis/index-ides-idweb.html.

Vasiliev, Alexander A., *Historia del Imperio Bizantino*, Editorial Iberia, Barcelona, 1945, versión PDF o electrónica de Rolando Castillo (editor), Carlos Etchevarne, Hilario Gómez y Fito Brenatas. Versión digitalizada electrónica disponible en http://es.scribd.com/doc/32584593/ Alexander-Vasiliev-Historia-Del-Imperio-Bizantino.

Chitwood, Zachary Ray, *Byzantine legal culture under the Macedonian dynasty, 867-1056*, Universidad de Princeton, inédito, Princeton, 2012. Versión digitalizada electrónica disponible en http://dataspace.princeton.edu/jspui/bitstream/88435/dsp01x346d4203/ 1/ Chitwood_princeton_0181D_10210.pdf.

Actualidad Juridica 29 final.indd 386 21-01-14 11:45

La destrucción y el deterioro culpable de la especie o cuerpo cierto debido como una hipótesis de incumplimiento y la procedencia de la resolución del contrato

Emilio José Bécar Labraña
Licenciado en Derecho
Universidad Católica de la Santísima Concepción
Profesor adjunto de Derecho Civil
Universidad San Sebastián
(Sede Concepción)

Resumen: Por el presente trabajo se abordarán algunos casos en los cuales un deudor de una especie o cuerpo cierto ha deteriorado de manera culpable el objeto que debe, antes de su entrega al acreedor, y respecto de la cual el legislador proclama la procedencia de la "rescisión" del contrato, con indemnización de perjuicios. De la misma manera, se contempla el estudio de algunos casos en los cuales se procede a la ruptura del contrato por el deterioro que se hace de una especie ajena.

En tales situaciones se abordará la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento, destacando las particularidades que inviste en los contratos en que se aplican.

Se pretende, en consecuencia, describir el supuesto de incumplimiento en que consisten, y los remedios que dispone el acreedor frente a estas situaciones.

*****

1. Introducción

1.- Tradicionalmente, el incumplimiento de una obligación se la hace consistir de la inejecución o el retardo en la ejecución, y así parecieran construirse algunas disposiciones que se hacen operativas precisamente en caso de producirse incumplimiento (por ejemplo, CCCh., arts. 1533, 1534, 1535, 1537), omitiendo referirse previamente al concepto de incumplimiento y sus clases.[1]

[1] El estudio de las hipótesis de incumplimiento se encuentra contemplado dentro de los "efectos de las obligaciones". Sin embargo, tradicionalmente la doctrina se esmera en abordar los derechos que

Actualidad Juridica 29 final.indd 387 21-01-14 11:45

Lo anterior tiene lugar, no obstante que explícitamente nuestro legislador reconoce no solamente a los dos casos señalados como incumplimiento contractual; igualmente lo es el "cumplimiento imperfecto" (*cfr*. CCCh., art. 1556 inc. 1.º). En todo caso, ya la doctrina ha advertido la necesidad de ofrecer un concepto unitario y omnicomprensivo del incumplimiento, según ha sido expuesto en una serie de trabajos y congresos académicos.[2]

2.- Si se revisan estas tres circunstancias, vemos que ellas se refieren a conductas asumidas por el deudor en forma culpable e incluso dolosa, mediante las cuales no se produce el cumplimiento perfecto de la obligación. En tales situaciones, vemos que el deudor no cumple en forma total, o no cumple en forma perfecta, no obstante entregar materialmente el objeto de la prestación.

Existen, sin embargo, algunos estatutos normativos en los cuales la conducta ilícita en que incurre el deudor es provocar la pérdida o el deterioro en forma *culpable* del objeto contenido en la prestación. Esto significa que los resultados de destrucción o daño del objeto debido se producen como consecuencia del dolo o la culpa del deudor.

3.- Bajo estos parámetros, la pérdida de la cosa debida puede ser clasificada tanto desde un punto de vista de su extensión, como de la intervención de la culpa del deudor.

1. *En cuanto a su extensión*, la pérdida puede ser total o parcial. Es total cuando se produce la destrucción o desaparición de la especie debida, en virtud de las circunstancias previstas por la ley. En este caso no se dispone de parte alguna de la especie debida.

tiene el acreedor para obtener el cumplimiento forzado de la obligación, en forma natural o por su equivalente pecuniario (indemnización de perjuicios). *Cfr.* Alessandri Rodríguez, Arturo: *Derecho Civil, Segundo Año, Primera Parte: Teoría de las Obligaciones. Versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil del señor* […]. *Desarrollo de Ramón Latorre Zúñiga*, Santiago de Chile, Imprenta Cisneros, 1930, pp. 55-56. Barcia Lehmann, Rodrigo: *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De la Teoría de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, T. III, N.º 3, p. 81. Larraín Ríos, Hernán: *Teoría General de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2005, pp. 206-207. Meza Barros, Ramón: *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 10ª edición, 2007 [act. Pedro Pablo Vergara Varas], N.º 278, pp. 91-92. Ramos Pazos, René: *De las Obligaciones*, Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1998, N.º 262, pp. 195-196. Rosende Subiabre, Hugo: *Derecho Civil: Obligaciones. Apuntes tomados en clases del profesor* […] *por Emilio Charad D.*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1953, pp. 24-25.

El análisis queda parcialmente reservado al abordar los requisitos de la indemnización de perjuicios, y que hace radicar únicamente en la inejecución (total o parcial) y el retardo en la ejecución. *Cfr.* Meza Barros, Ramón, *op. cit.*, N.º 350, p. 119 y N.º 355, p. 121. Troncoso Larronde, Hernán: *De las Obligaciones*, Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales / Colección de Manuales Derecho Privado, 2004, N.º 157, p. 175.

[2] *Cfr.* Abeliuk Manasevich, René: *Las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, reimpresión, 2005, T. II, N.º 790-798, pp. 709-712. Con alcances restringidos, en Larraín Ríos, Hernán, *op. cit.*, pp. 212-213.

Curiosamente, al citar este precepto legal, lo advertía parcialmente Alessandri Rodríguez, Arturo, *Obligaciones, op. cit.*, pp. 69-70.

Actualidad Juridica 29 final.indd 388 21-01-14 11:45

La pérdida es parcial cuando se produce un deterioro o disminución de la especie debida. En tal circunstancia, la cosa debida subsiste, pero no en la cantidad o en la condición física con que se había pactado la obligación. Por ejemplo, si ha perdido una porción o porcentaje, si la especie ha sido quemada en su cubierta externa.

2. Por su parte, en lo que dice relación con la *culpabilidad con la que se verificó la pérdida, total o parcial*, ella puede generarse de manera culpable o fortuita.

   En este caso, existe una obligación que debía ser ejecutada por el deudor, y que no se podrá hacer debido a que intervino una causa culpable de su parte, es decir, la existencia de un acto u omisión culpable o dolosa del deudor. Frente a este tipo de situaciones, el legislador no ha previsto la simple extinción de las obligaciones del deudor, esto es, sin consecuencias jurídicas respecto de este último, según veremos. Y esta circunstancia se produce precisamente por la intervención de la culpabilidad del deudor.

   Pero también puede generarse la pérdida total o parcial en virtud de un caso fortuito o fuerza mayor, es decir, que concurre una situación de pérdida no atribuible al deudor.

4.- Las consecuencias previstas por el legislador para la destrucción y el deterioro culpable del objeto debido se separan claramente del caso de la destrucción y del deterioro que sobrevengan al objeto debido en virtud de un caso fortuito o de la fuerza mayor.

Ello, porque en tales situaciones el legislador ha previsto la procedencia del modo de extinguir las obligaciones denominado *"pérdida de la cosa debida"* (CCCh., art. 1567 N.º 7.º). También, porque dice el art. 1670 CCCh. que *"*[*c*] *uando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe,* ***se extingue la obligación****; salvas empero las excepciones de los artículos subsiguientes"*.

5.- Por el presente trabajo, *se expondrán los efectos derivados de la pérdida o deterioro culpables del objeto debido*. En particular, nos interesan aquellos casos en los cuales la ley declara procedente la resolución del respectivo contrato, o de aquellos casos para los cuales se discute la procedencia de este último remedio.

Por las razones expuestas, queda descartado el estudio de aquellas hipótesis de destrucción o deterioro del objeto ajeno, a propósito de las cauciones que se confirieron para asegurar una obligación principal, y respecto de las cuales el legislador ha previsto como sanción la *caducidad del plazo* (*cfr*. CCCh., arts. 1496 N.º 2.º; 2391 y 2427).

Actualidad Juridica 29 final.indd 389 21-01-14 11:45

Finalmente, cabe acusar que *el problema de la pérdida culpable se refiere únicamente a las prestaciones cuyo objeto consiste de una especie o cuerpo cierto*. Ello, porque en el caso de las obligaciones de género se permite al deudor la destrucción material y jurídica de los objetos que integran el género (*cfr*. CCCh., art. 1510); "el género no perece" ("*genus nunquam perit*"). El deudor cumple una obligación de género mediante la entrega de una especie de calidad a lo menos mediana (*cfr*. CCCh., art. 1509). En consecuencia, respecto de las obligaciones genéricas no existe la obligación de conservación o de custodia.[3]

6.- En cuanto al Plan del presente trabajo, se aborda el análisis de los supuestos de destrucción culpable de la especie debida **(I)**, para luego referirnos al deterioro culpable del objeto debido **(II)**. La descripción de estas situaciones permitirá delinear un régimen unitario tanto del incumplimiento que especialmente se genera en esta materia y la procedencia de los remedios que dispone el acreedor en tales casos **(III)**. Por lo demás, creemos que esta forma de abordar el análisis nos servirá igualmente para analizar un viejo problema respecto de la procedencia de la resolución del contrato unilateral por incumplimiento **(IV)**. Cerraremos este trabajo exponiendo algunas conclusiones **(V)**.

2. (I) La destrucción culpable del objeto debido

7.- En esta Primera Parte del presente artículo se tratará de la pérdida total de la especie debida que se origina en la conducta culpable del deudor.

Esto significa, según ha sido expresado, que se abordarán las hipótesis en las que se produce la destrucción de la especie o cuerpo cierto.

8.- En primer lugar, se explicarán algunos casos en que el Código Civil trata la pérdida total y culpable **(2.1.)**, y sus efectos **(2.2.)**.

2.1. Los casos

9.- Dos son los estatutos más característicos en los que se trata de la pérdida total y culpable de la especie debida, y que son las obligaciones condicionales **(a)**, y dentro del estatuto de las reglas sobre pérdida de la cosa debida **(b)**.

[3] *Cfr*. Alessandri Rodríguez, Arturo, *Obligaciones, op. cit*., pp. 231-232. Prieto Ravest, Enrique Horacio: *Teoría General de las Obligaciones*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 62. Ramos Pazos, René, *op. cit*., N.º 34, p. 33. Rosende Subiabre, Hugo, *op. cit*., p. 115. Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit*., N.º 30, p. 46.

Actualidad Juridica 29 final.indd 390 21-01-14 11:45

(a) Obligaciones condicionales

10.- En primer lugar, y para el caso de obligaciones condicionales, dice el legislador que *"[s]i antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización de perjuicios"* (CCCh., art. 1486 inc. 1.º).

11.- Para un mayor entendimiento de esta norma, y en forma previa a un análisis crítico **(ii)**, se ofrecerá una reseña histórica respecto de su establecimiento **(i)**.

(i) Algunas referencias históricas

12.- Las notas históricas que pueden consultarse en los Proyectos de Código Civil contienen las siguientes referencias, y que vienen en calificarse de fuentes materiales del art. 1486 CCCh. por los autores:

"Pothier, Oblig. 219" y *"C. F. 1182"*.[4]

13.- La primera de las referencias se hace a Pothier, quien explica los efectos derivados de la pérdida de la cosa comprendida en una prestación condicional en el período previo al cumplimiento de la condición, distinguiendo las situaciones de pérdida fortuita, el deterioro fortuito y el deterioro culpable. Dice al efecto:

"Si la cosa que es objeto de la obligación condicional perece enteramente antes del cumplimiento de la condición, inútilmente se esperará el cumplimiento en lo sucesivo, pues el cumplimiento de la condición no puede confirmar la obligación de lo que no existe, por cuanto no puede haber obligación sin una

[4] *Cfr. Código Civil de la República de Chile. Edición revisada i correjida por D. Manuel Amunátegui, Jefe de sección del Ministerio de Justicia, en virtud de Decreto del Supremo Gobierno i adicionada con el Mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional, el Reglamento del Rejistro Conservatorio de bienes raíces, las leyes sobre Habilitación de edad i Efecto retroactivo de la lei, i con la carta del Sr. D. Andres Bello que interpreta el art. 1618 del Código, la cual va intercalada en las Notas Explicativas que han sido correjidas de los errores i omisiones con que se habían publicado anteriormente*, Valparaíso, Imprenta y Librería del Mercurio de S. Tornero e Hijos, 1865, p. 469.

No obstante las expresas referencias contenidas en la historia del establecimiento del art. 1486 CCCh., el profesor Luis Claro Solar afirma que este precepto legal guarda conformidad tanto con el Derecho Romano como con la legislación castellana. *Cfr.* Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1936, T. X [*De las Obligaciones*, Vol. 1], N.º 196, p. 233.

En lo que dice relación con el Derecho castellano, existe la norma contenida en las Siete Partidas, donde se trata, a propósito del contrato de compraventa, el problema de *"a quién pertenesce el pro ó el daño de las cosas que se venden so condicion, si se mejoran ó se empeoran"*: *"Condicion seyendo puesta en la véndida, si la cosa que es asi vendida se empeora ó se mejora ante que la condicion sea complida, entonce el daño de aquel empeoramiento ó la pro pertenesce al comprador; mas si la cosa se perdiese ó se destroyese toda por qual manera quier, el daño serie del vendedor, maguer se compliese la condicion después. Otrosi decimos que si ficiesen algunos véndida so condicion, et ante que fuese complida se moriesen el comprador et el vendedor, amos ó qualquier dellos, si despues que ellos fuesen muertos se compliese la condicion, valdrie la véndida, et serien tenudos los herederos dellos de la haber por firme"* (*Partida* 5, 5, 26).

Actualidad Juridica 29 final.indd 391 21-01-14 11:45

> *cosa que constituya su objeto. Si la cosa existe al tiempo del cumplimiento de la condición, el cumplimiento de la condición tiene ese efecto, que la cosa es debida en el estado en que se encuentra: el acreedor aprovecha el aumento sobrevenido a la cosa, si es que ha aumentado, y sufre el deterioro y disminución que ha sobrevenido, con tal que no haya sucedido por falta del deudor* (L. 8, *D. de per. et. com. rei. vend.*)".[5]

Como se apreciará, el tratadista francés se basa en el Derecho Romano, a propósito del contrato de compraventa, para disciplinar los efectos de la pérdida o deterioro de la cosa debida condicionalmente, y cuya estructura se asemeja parcialmente al art. 1486 CCCh.

El primer aspecto referido por Pothier se refiere a los efectos de la pérdida total de la cosa debida, aunque sin precisar si esa pérdida se produjo de manera culpable o fortuita de parte del deudor. En tal caso, se advierte que no existe obligación que pueda formarse, debido a la desaparición del objeto de la prestación. No se asigna la consecuencia de intervenir un modo de extinguir las obligaciones, debido a que ninguna obligación ha alcanzado a formarse válidamente. Pareciera insinuarse la idea que la condición debe reputarse fallida, de manera tal que no podrá nacer derecho personal ni obligación alguna.

El segundo supuesto tratado es el deterioro de la cosa debida condicionalmente, ante lo cual distingue la causa de dicho deterioro; si ha sido de manera culpable o fortuita de parte del deudor. Sin embargo, únicamente trata la cuestión del deterioro fortuito, en cuyo evento se debe la cosa en el estado que se encuentre, aprovechando el acreedor los aumentos o incrementos que perciba, y sufriendo como contrapartida las disminuciones o deterioros.

Como se apreciará, nada se ha indicado respecto de una distinción entre la pérdida culpable y la fortuita, como asimismo nada dice respecto de las consecuencias que se derivan del deterioro culpable del objeto debido condicionalmente.

14.- La segunda mención es al *Code Civil des Français* (1804), que en su art. 1182 trata de los efectos del riesgo del objeto de una obligación bajo condición suspensiva. Dice al efecto:

> "Cuando la obligación se haya contraído bajo una condición suspensiva, la cosa que constituya la materia de la obligación quedará bajo riesgo del deudor, que sólo se haya obligado a entregarla en el caso del cumplimiento de la condición.

[5] Pothier, Robert Joseph: *Tratado de las Obligaciones* [trad. al Derecho español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores], Barcelona, Imprenta de J. Roger, 1853, N.º 219 (p. 128).

Actualidad Juridica 29 final.indd 392 21-01-14 11:45

"Si la cosa hubiera perecido sin mediar culpa del deudor, la obligación quedará extinguida.

"Si la cosa se hubiera deteriorado sin mediar culpa del deudor, el acreedor podrá elegir entre resolver la obligación o exigir la cosa en el estado en que se encuentre, sin disminución del precio.

"Si la cosa se hubiera deteriorado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a resolver la obligación o a exigir la cosa en el estado en que se encuentre, con indemnización por daños y perjuicios".

A diferencia de Pothier, el *Code* reduce el ámbito de aplicación de los efectos de la pérdida y del deterioro de la cosa cuando pende una condición suspensiva. Por otro lado, distingue entre la pérdida y el deterioro, y en cada una de estas situaciones advierte que podrán ocurrir con y sin culpa del deudor condicional.

En lo que se refiere a la pérdida total, solamente trata el caso de la pérdida fortuita, ante lo cual afirma que "la obligación quedará extinguida". Vemos que se ha insertado una diferencia conceptual respecto de la solución planteada por el jurista de Orleáns, hablando por primera vez de los efectos especiales que tiene la pérdida fortuita. Sin embargo, el codificador francés incurre en el yerro de predicar la concurrencia de un modo de extinguir las obligaciones, siendo que mientras penda la condición no ha nacido obligación alguna. De esta manera, la alteración que hace del pasaje de Pothier no ha sido la acertada desde un punto de vista técnico. Por otro lado, se omite la consideración a la pérdida culpable del objeto de la prestación.

A continuación, se tratan separadamente los efectos del deterioro culpable y fortuito por parte del deudor, aunque se sigue una solución muy particular. Es así que el deterioro fortuito de la cosa confiere al acreedor condicional un derecho alternativo; podrá pedir que se resuelva "la obligación", o exigir la cosa en el estado que se encuentre y sin reducción del precio. De esta manera, se ofrece al acreedor condicional la posibilidad de liberarse de sus obligaciones, simplemente al no reclamar la entrega de la cosa.

En segundo lugar, si el deterioro se produce por culpa del deudor condicional, en tal caso el acreedor tiene nuevamente la posibilidad de exigir la resolución de la obligación o la entrega de la cosa en el estado que se encuentra, pero en ambos casos tiene derecho a una indemnización de perjuicios.

15.- Pueden advertirse una serie de diferencias entre los textos que se designan como fuente material del art. 1486 CCCh., las cuales inciden en la forma que operan uno y otro cuando se verifican las hipótesis de pérdida o deterioro culpable o fortuito.

Actualidad Juridica 29 final.indd 393 21-01-14 11:45

En primer lugar, se ofrece el siguiente cuadro comparativo:

	Pothier, *Obligations*, N.º 219	C. F, art. 1182	CCCh., art. 1486
1		[inc. 1.º] *Cuando la obligación se haya contraído bajo una condición suspensiva, la cosa que constituya la materia de la obligación quedará bajo riesgo del deudor que sólo se haya obligado a entregarla en el caso del cumplimiento de la condición.*	[inc. 1.º] *Si antes del cumplimiento de la condición*
2	*Si la cosa que es objeto de la obligación condicional perece enteramente antes del cumplimiento de la condición, inútilmente se esperará el cumplimiento en lo sucesivo, pues el cumplimiento de la condición no puede confirmar la obligación de lo que no existe, por cuanto no puede haber obligación sin una cosa que constituya su objeto.*	[inc. 2.º] *Si la cosa hubiera perecido sin mediar culpa del deudor, la obligación quedará extinguida.*	*la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación;*
3			*y por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización de perjuicios.*
4	*Si la cosa existe al tiempo del cumplimiento de la condición, el cumplimiento de la condición tiene ese efecto, que la cosa es debida en el estado en que se encuentra: el acreedor aprovecha el aumento sobrevenido a la cosa, si es que ha aumentado, y sufre el deterioro y disminución que ha sobrevenido,*	[inc. 3.º] *Si la cosa se hubiera deteriorado sin mediar culpa del deudor, el acreedor podrá elegir entre resolver la obligación o exigir la cosa en el estado en que se encuentre, sin disminución del precio.*	[inc. 2.º] *Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio;*
5	*con tal que no haya sucedido por falta del deudor.*	[inc. 4.º] *Si la cosa se hubiera deteriorado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a resolver la obligación o a exigir la cosa en el estado en que se encuentre, con indemnización por daños y perjuicios.*	*salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios.*

Actualidad Juridica 29 final.indd 394 21-01-14 11:45

6

[inc. 3.º] *Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa.*

Desde un punto de vista formal, el Código Civil chileno gobierna con mayor detalle el fenómeno de la pérdida y del deterioro de la cosa debida condicionalmente, en el sentido que contempla tanto las que se producen de manera culpable como fortuita (Partes 2, 3, 4 y 5). En este esfuerzo, supera a Pothier, quien formula una enunciación muy general, a través de la cual declara fallida la condición por desaparecer el objeto de la prestación (Parte 2). Igualmente supera al *Code*, en el sentido que incluye los efectos de la pérdida culpable de la cosa, lo que omite el primero (*cfr*. Partes 2 y 3).

Los tres textos que se comparan se refieren a los efectos derivados del deterioro de la cosa debida condicionalmente (*cfr*. Partes 4 y 5), aunque en este esfuerzo sólo los textos codificados la reglamentan asignando a cada hipótesis de deterioro una consecuencia jurídica determinada; Pothier sólo refiere detalladamente los efectos del deterioro fortuito (*cfr*. Parte 4).

En lo que se refiere al deterioro fortuito, se advierte una fuerte diferencia entre el Código de Napoleón y el Código de Bello, porque en el primero se autoriza al acreedor condicional para instar por la resolución de la obligación, y no solamente la posibilidad de recibir la cosa en el estado que se encuentre (Pasaje 4). En este sentido, se aviene mejor al interés del acreedor, quien podría estimar poco pertinente para la satisfacción de su interés el recibir una especie en estado deficiente.

Finalmente, los Códigos coinciden en las consecuencias derivadas del deterioro culpable del objeto de la prestación, aunque en el caso del Código chileno se habla de un efecto de "rescisión", con lo cual parece aproximarse a la nomenclatura castellana relativa a la ineficacia. Por otro lado, en lo que se refiere al fenómeno de ineficacia, el *Code* lo refiere únicamente a la obligación, mientras que el Código chileno lo entiende procedente respecto del contrato en su integridad (Pasaje 5). En consecuencia, el deterioro culpable de la cosa debida condicionalmente constituye una hipótesis de resolución total del contrato; el texto francés lo parece circunscribir a una resolución parcial, relativa a la estipulación condicional.

16.- Otra norma que conviene tener a la vista, y que viene a constituir fuente material en más de algún caso, lo es el Proyecto de Código Civil para España en su versión comentada por el jurista Florencio García Goyena.

Una innovación que introduce este Proyecto dice relación con la pérdida de la cosa debida mientras pende una condición, para lo cual viene en ofrecer una distinción entre las condiciones suspensivas y las resolutorias, según expondremos a continuación:

Actualidad Juridica 29 final.indd 395 21-01-14 11:45

Caso	Pyto. CCEsp. com. García Goyena, art. 1040 Condiciones suspensivas	Pyto. CCEsp. com. García Goyena, art. 1041 Condiciones resolutorias
Texto	*Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva, y pendiente esta se perdiere, deteriorare ó bien se mejorare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes:* *Si la cosa se perdió por culpa del deudor, este queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.* *Entiéndese que la cosa se pierde, cuando perece, queda fuera del comercio ó desaparece, de modo que se ignora su existencia ó no se puede recobrar.* *"Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.* *Deteriorándose por culpa del deudor, podrá el acreedor optar entre la indemnización de daños y perjuicios ó la rescisión del contrato.* *Si la cosa se mejora por su naturaleza ó por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.* *Si se mejora á espensas del deudor, no tendrá este otro derecho que el concedido al usufructuario en el articulo [447]".*	*Cuando la obligación se hubiere contraído bajo condición resolutoria, cumplida que sea esta, debe restituirse lo que se hubiere percibido a virtud del contrato.* *La restitución se hará además con frutos e intereses por aquel que hubiere faltado al cumplimiento de su obligación.* *En el caso de pérdida, deterioro, ó mejora de la cosa restituible, se aplicarán, al que debe hacer la restitución, las disposiciones que, respecto del deudor, contiene el artículo precedente.*

De acuerdo al propósito del Proyecto, se pretende ofrecer un régimen diferenciado para las condiciones suspensivas y resolutorias, razón por la cual se estimuló la dictación de normas separadas. Con todo, este tratamiento separado es sólo aparente, ya que se advierte en el inc. 3.º del art. 1041 del Proyecto español que a las situaciones de pérdida o deterioro de la especie que por el cumplimiento de la condición resolutoria deberá restituirse, se aplican las mismas reglas que respecto de la condición suspensiva.

Puede hacerse una importante crítica desde el punto de vista de la técnica legislativa al Proyecto, en lo que se refiere a las materias comprendidas a pro-

Actualidad Juridica 29 final.indd 396 21-01-14 11:45

pósito del art. 1041 del Proyecto. Ello, porque no solamente se viene en tratar de los efectos restitutorios derivados del cumplimiento de la condición, sino también a tratar de las consecuencias derivadas de la pérdida o deterioro de la cosa mientras la condición se encuentra pendiente.

La justificación en el tratamiento de los efectos de la pérdida o deterioro de la condición resolutoria bajo las mismas reglas que la condición suspensiva, se debe a que *"por la existencia de esta, el comprador, por ejemplo, que era verdadero dueño de la cosa, se convierte en deudor de la misma"*, adoptándose en este punto el criterio seguido por la legislación romana (*Dig*. 18, 3, 4) y castellana (*Partida* 5, 5, 38).[6]

17.- Pueden observarse algunas diferencias en la manera en que ha sido planteado el problema del riesgo en las obligaciones condicionales suspensivas, aunque hay que considerar que García Goyena advierte que una de las fuentes materiales de este precepto del Proyecto es el art. 1182 del *Code*.[7] Veamos entonces cómo se desenvuelven esas diferencias:

	C. F., art. 1182	Pyto. CCEsp. com. García Goyena, art. 1040	CCCh., art. 1486
1	*Cuando la obligación se haya contraído bajo una condición suspensiva,*	[inc. 1.º] *Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva, y pendiente esta se perdiere, deteriorare ó bien se mejorare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes:*	[inc. 1.º] *Si antes del cumplimiento de la condición*
2	la cosa que constituya la materia de la obligación quedará bajo riesgo del deudor que sólo se haya obligado a entregarla en el caso del cumplimiento de la condición.		
3	*Si la cosa hubiera perecido sin mediar culpa del deudor, la obligación quedará extinguida.*		*la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación;*

6 *Cfr.* García Goyena, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo, 1852, T. III, art. 1041, p. 79.

7 *Cfr. Ibid.*, T. III, art. 1040, p. 77, advirtiendo este autor que siguen este texto los arts. 1300 del Código Civil de Holanda, art. 878 del Código Civil del Cantón de Vaud, art. 1273 del Código Civil Sardo, art. 1153 del Código Civil del Reino de Nápoles, y art. 2059 del Código Civil de Luisiana.

Actualidad Juridica 29 final.indd 397 21-01-14 11:45

4		[inc. 2.º] *Si la cosa se perdió por culpa del deudor, este queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.*	*y por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización de perjuicios.*
5		[inc. 3.º] *Entiéndese que la cosa se pierde, cuando perece, queda fuera del comercio ó desaparece, de modo que se ignora su existencia ó no se puede recobrar.*	
6	*Si la cosa se hubiera deteriorado sin mediar culpa del deudor, el acreedor podrá elegir entre resolver la obligación o exigir la cosa en el estado en que se encuentre, sin disminución del precio.*	[inc. 4.º] *Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.*	[inc. 2.º] *Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio;*
7	*Si la cosa se hubiera deteriorado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a resolver la obligación o a exigir la cosa en el estado en que se encuentre, con indemnización por daños y perjuicios.*	[inc. 5.º] *Deteriorándose por culpa del deudor, podrá el acreedor optar entre la indemnización de daños y perjuicios ó la rescisión del contrato.*	*salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios.*
8		[inc. 6.º] *Si la cosa se mejora por su naturaleza ó por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.*	
9		[inc. 7.º] *Si se mejora á espensas del deudor, no tendrá este otro derecho que el concedido al usufructuario en el artículo 447.*	
10			[inc. 3.º] *Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa.*

Como se aprecia comparativamente, existe una notable similitud entre el Proyecto español y el *Code*, lo que confirma la afirmación de García Goyena en cuanto a la fuente material empleada en su redacción. Esta proximidad determina que el ámbito de aplicación de este precepto legal dice relación con

Actualidad Juridica 29 final.indd 398 21-01-14 11:45

las *condiciones suspensivas*, circunstancia esta última que no reiteró el Código chileno, el cual se aplica en términos generales a las *condiciones* (Parte 1).

Desde un punto de vista estructural, el Proyecto viene en reglamentar cuáles son las consecuencias que se derivan de la pérdida (Partes 4 y 5), deterioro (Partes 6 y 7) y mejora (Partes 8 y 9) de una cosa debida bajo condición suspensiva (Parte 1); reglas estas últimas que son igualmente aplicables al objeto debido bajo condición resolutoria, estando pendiente esta última (*Proyecto*, art. 1041 inc. 3.º).

La reglamentación de estas hipótesis es más o menos completa, pero se aprecia que tanto en el *Code* como en el Proyecto no se reglamentan expresamente todas las situaciones de pérdida o deterioro, según se explicará. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre con el Código chileno, en el cual se gobiernan cada una de ellas; la pérdida fortuita (Parte 3), la pérdida culpable (Parte 4), el deterioro fortuito (Parte 6), el aumento (Parte 6), y el deterioro culpable (Parte 7). Tratándose del Proyecto español, no se contienen los efectos derivados de la pérdida fortuita de la cosa debida bajo condición suspensiva. Respecto del texto francés, se consagra la regla general de atribución del riesgo de la cosa debida bajo condición suspensiva al deudor (Parte 2), señalándose los efectos de la pérdida fortuita (Parte 3), mas no la culpable.

(1.º) En cuanto a la **pérdida fortuita** del objeto debido bajo condición suspensiva, el Proyecto afirma que se produce la "extinción" de la obligación. Se trata de una regla basada en la legislación romana y castellana. Es así que para los romanos, *"stipulariones et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione, res extincta fuerit"* (*Dig*. 18, 6, 8), y en las Siete Partidas fue consignado a propósito del contrato de compraventa que *"si la cosa se perdiesse ó destruyesse toda por qual manera quier, el daño seria del vendedor, magüer se cumpliesse la condicion despues"* (*Partida* 5, 5, 26). Curiosamente, la legislación romana advierte que no es propiamente la "obligación" la que desaparece de manera prematura, sino lo son tanto la estipulación como la condición misma. La elaboración de la idea respecto de la "extinción" de la obligación condicional se justifica en la imposibilidad que surge de aplicar en su integridad la retroactividad con que opera la condición cumplida:

> *"El efecto retroactivo se funda en la ficción de que el contrato fue puro; y la ficción no puede tener lugar, cuando no hay ya objeto sobre que recaiga: así, el vendedor no podrá reclamar del comprador en este caso el precio de la cosa"*.[8]

Puede advertirse en este comentario que la extinción prematura de la obligación condicional tiene su fundamento en la retroactividad con que opera la

[8] *Ibidem*.

Actualidad Juridica 29 final.indd 399 21-01-14 11:45

condición, siendo ella una aparente garantía de que ese efecto se debe producir en forma íntegra al tiempo de su cumplimiento. Este funcionamiento se justifica dentro de la noción jurídica de una "ficción", cual es que la condición suspensiva cumplida produce sus plenos efectos a partir de ese momento, "como si la obligación hubiese sido contraída pura y simplemente". Pero a un mismo tiempo con este comentario se explica el segundo paso de la teoría del riesgo, cual es que se producirá no solamente la "extinción" de la "obligación" del deudor, sino también la imposibilidad para exigir el cumplimiento de la obligación correlativa; por ello, si desaparece la cosa vendida debida condicionalmente y por un caso fortuito, queda liberado el vendedor respecto de su obligación de entregarla, pero perderá la posibilidad de exigir el pago del precio de manos de su comprador.

(2.°) En cuanto a la **pérdida culpable**, el Proyecto prefirió no tratarlo dentro del estatuto de las obligaciones condicionales, considerando que la naturaleza de esa clase de desaparición del objeto debido importa una hipótesis asimilable al incumplimiento y, en consecuencia, se aplican las consecuencias derivadas de la responsabilidad civil contractual:

"Los Códigos estrangeros no hablan de este caso, tal vez por considerarlo comprendido en las disposiciones generales sobre responsabilidad á los daños y perjuicios: nosotros la espresamos como consecuencia de los artículos 1011 y 1013: Si dolo culpave carcat (debitor)*, ley 51, titulo 1, libro 43 del Digesto:* Si sine facto promissoris evenerit*, párrafo 2, titulo 20, libro 3, Instituciones".*[9]

(3.°) En cuanto al **deterioro fortuito**, el Proyecto se separa expresamente de su fuente francesa. En el caso del Código Civil francés, *"si la cosa se hubiera deteriorado sin mediar culpa del deudor, el acreedor podrá elegir entre resolver la obligación o exigir la cosa en el estado en que se encuentre, sin disminución del precio"* (C.F., art. 1182), mientras que el Proyecto sostiene que el contrato no se resuelve, sino que se mantiene, y los deterioros serán de cargo absoluto del acreedor, quien nada podrá exigir respecto de su deudor. La línea seguida por el Proyecto en este punto era la sostenida expresamente por García Goyena, ya que la Comisión de reforma pretendía seguir plenamente al Código napoleónico.[10] Por su parte, el comentarista sigue la tradición romana y la castellana y a Pothier, quien era de la opinión que *"lo cómodo y lo incómodo de cualquiera cosa correspondan a la misma persona"* (*cfr. Partida 7*, 34, 29).[11] De este modo, si al acreedor se le atribuyen todos los beneficios de la cosa debida, igualmente debe hacerse cargo de los deterioros.

[0] *Ibidem.*
[10] *Ibidem.*
[11] *Cfr. Ibidem.*

Actualidad Juridica 29 final.indd 400 21-01-14 11:45

(4.º) En cuanto al **deterioro culpable**, tanto el Proyecto como el Código francés y el Código chileno vienen en insistir en la posibilidad que asiste al acreedor para el ejercicio alternativo de algunos derechos, como los de obtener la entrega de la cosa en el estado que se encuentre más indemnización de perjuicios, o para resolver el contrato y reclamar paralelamente una indemnización de perjuicios. En cuanto a la indemnización de perjuicios, se la declara procedente por el comentarista porque "ha parecido más conforme a la estabilidad de los contratos", y porque con ello se guarda consonancia con los derechos emanados del incumplimiento de una obligación contractual (*Proyecto*, arts. 1011 y 1013).[12] Cabe destacar que la disolución del contrato se define en el texto como "rescisión", aunque el comentarista advierte que este derecho se denomina "resolución".[13]

(ii) Evaluación crítica de la norma

18.- El precepto legal alude a la pérdida de "la cosa prometida", la que aunque se refiere en términos muy generales, cabe advertir que esta norma se aplica únicamente respecto de una prestación que recae sobre una *especie o cuerpo cierto*.[14]

El género no perece, y el acreedor podrá ejecutar su obligación entregando cualquier individuo del género de una calidad a lo menos mediana, de manera que perfectamente puede destruir material y jurídicamente al individuo. Al no precisarse de la obligación de custodia o de conservación en las obligaciones de género, el problema de la destrucción y del deterioro se aplica únicamente para el caso de las obligaciones de especie o cuerpo cierto.[15]

19.- En cuanto al tipo de condiciones a que se aplicaría este precepto legal, se advierte que *procede tanto en el caso de la suspensiva como en la resolutoria*. Ello, en primer lugar, porque el art. 1486 CCCh. no acusa distinción alguna (a diferencia de lo que ocurre con la norma francesa, que dice aplicarse únicamente a la condición suspensiva), razón por la cual el intérprete no requiere aceptar una distinción no consentida por el legislador (argumento de no distinción). En segundo lugar, se agrega que este artículo se inserta dentro de las reglas generales o comunes a las condiciones, y no entre las que se aplican únicamente a la condición suspensiva o a la condición resolutoria.[16]

---

[12] *Cfr. Ibid.*, T. III, art. 1040, pp. 77-78.

[13] *Ibid.*, T. III, art. 1040, p. 78.

[14] *Cfr.* Ramos Pazos, René, *op. cit.*, N.º 159, p. 125. Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit.*, N.º 88, p. 114. Sin fundamentación: Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio: *Tratado de las Obligaciones. Volumen de las Obligaciones en General y sus diversas clases*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, T. I, Nº 326, p. 251.

[15] *Cfr.* Larraín Ríos, Hernán, *op. cit.*, p. 71. Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit.*, N.º 29, p. 45.

[16] *Cfr.* Abeliuk Manasevich, René, *op. cit.*, T. I, N.º 506, p. 455, n. 457. Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *op. cit.*, T. I, N.º 326, p. 252. Fueyo Laneri, Fernando: *Derecho Civil: De las Obligaciones*, Valparaíso, Imprenta y Litografía Universo, 1958, T. IV, Vol. 1, N.º 76,

Actualidad Juridica 29 final.indd 401 21-01-14 11:45

20.- Tratándose de la condición resolutoria, se advierte que el que tiene una cosa bajo ese tipo de condición, aunque se comporte como dueño y señor mientras penda la condición, en el evento de cumplirse ésta deberá restituirla, razón por la cual se justifica igualmente a su respecto que tenga la obligación de conservar la cosa hasta su entrega. Por ello, en caso de destruirse culpablemente la cosa, deberá el precio e indemnización de perjuicios (*cfr*. CCCh., art. 1486 inc. 1.º), y en caso de un deterioro culpable, podrá verse obligado a entregar la cosa y a indemnizar los perjuicios (*cfr*. CCCh., art. 1486 inc. 2.º).[17]

Es por ello que se concluye que, en cuanto a la manera material de efectuarse la restitución derivada del cumplimiento de una condición resolutoria ordinaria, rija este precepto legal, que importa una aplicación del efecto retroactivo de la condición cumplida.[18]

21.- Una particularidad presente en el caso de la condición resolutoria y que se produzca una hipótesis de deterioro culpable de la cosa debida, dice relación con la procedencia de la resolución del contrato en tal tipo de situación. En tal situación tenemos a una persona (dueña) que, en virtud del cumplimiento de una condición resolutoria se va a ver sujeto a restituir la cosa a otra persona, y que en el evento de deteriorar culpablemente la cosa debida, se ve expuesto a la resolución del contrato, que lo obligaría igualmente a restituir; la primera condición resolutoria será usualmente una condición resolutoria ordinaria, la cual opera de pleno derecho, según unánimemente expresan la doctrina y la jurisprudencia, frente al segundo supuesto de resolución, que requeriría ser demandada judicialmente, si se la considera en calidad de "condición resolutoria tácita". Frente a tal escenario, se postula que la resolución tendrá utilidad cuando se estipuló una condición resolutoria:

> *"Pero es obvio que dicha resolución sólo puede ser una alternativa cuando el contrato se celebró bajo condición suspensiva y, por ende, aún no ha producido efecto alguno; tratándose de condición resolutoria, mal podría la resolución dejar sin efectos a un contrato, que ya los produjo"*.[19]

De esta manera, el legislador chileno no reprodujo la aplicación específica que se hacía a la condición suspensiva, sí reconocida en el art. 1182 CCFr., de manera que la doctrina explica que si bien en ambos casos surge la obligación

p. 98. Sin mayores precisiones: Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit.*, N.º 88, pp. 113-115 y N.º 95, pp. 123-124.

[17] *Cfr*. Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *op. cit.*, T. I, N.º 333, p. 264. Ramos Pazos, René, *op. cit.*, N.º 172, p. 131. Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit.*, N.º 95, pp. 123-124.

[18] *Cfr*. Larraín Ríos, Hernán, *op. cit.*, p. 82.

[19] Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *op. cit.*, T. I, N.º 333, p. 264.

Actualidad Juridica 29 final.indd 402 21-01-14 11:45

de conservación, en lo que dice relación con la resolución, "resulta natural entonces entenderla con mayor o menor amplitud según el hecho incierto sea suspensivo o resolutorio".[20]

Cabe advertir que, según explica el profesor Fueyo Laneri, al "extinguirse" la obligación sujeta a condición resolutoria, se produce como efecto que "desaparece el deber de restituir la especie al acreedor de ella, a la vez que el deudor de la especie no podrá exigir el cumplimiento de la obligación asumida por el otro contratante a favor suyo".[21]

22.- De acuerdo al inc. 1.º del art. 1486 CCCh., la pérdida total y fortuita de la cosa debida condicionalmente provoca la "extinción" de la "obligación".

La doctrina, al explicar este funcionamiento, indica:

> *"Si entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la condición la cosa perece íntegramente sin culpa del deudor, se extingue la obligación, el deudor a nada está obligado y nada puede exigirle en cambio el acreedor, porque el contrato no ha podido formarse por falta de objeto, pues éste no solamente debe existir en el momento de la celebración del contrato, sino también al tiempo de cumplirse la condición. Si yo le vendo un caballo a Pedro si va a Europa, y el caballo se muere antes que Pedro vaya a Europa, no hay contrato y se extingue toda obligación por defecto o por falta del objeto en el momento de cumplirse la condición"*.[22]

En relación con lo anterior, y a propósito del contrato de compraventa, se ha explicado:

> *"Si la cosa perece antes de cumplirse la condición, ésta no puede dar vida al contrato, aunque se verifique, porque la obligación del deudor o vendedor no ha podido formarse por carecer de objeto. La del comprador tampoco se forma, ya que sólo puede nacer si existe aquélla por ser su causa. Por consiguiente, no puede haber contrato. De aquí resulta que si la cosa perece antes de cumplirse la condición, aunque ésta se realice, el comprador no está obligado a pagar el precio. Su obligación no ha nacido, porque la del vendedor, que le servía de causa, no ha podido existir"*.[23]

También se coincide en la desaparición del contrato en virtud de la falta de uno de sus requisitos esenciales:

---

[20] *Cfr. Ibid*., T. I, N.º 333, pp. 264-265.
[21] Fueyo Laneri, Fernando, *op. cit*., T. IV, Vol. 1, N.º 76, p. 98.
[22] Alessandri Rodríguez, Arturo, *Obligaciones, op. cit*., p. 165.
[23] Alessandri Rodríguez, Arturo: *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 2003, T. I, Vol. 2, N.º 813, p. 646.

Actualidad Juridica 29 final.indd 403 21-01-14 11:45

> *"Cousiño Mac Iver* (*De la Condición Suspensiva*, Memoria, Universidad de Chile, 1926, N.º 133, pág. 131) *afirma que esta norma es defectuosa al decir que "se extingue la obligación". Eso es falso, agrega, "la obligación no puede extinguirse porque no ha existido nunca. Lo que ocurre es que deja sin objeto una de las obligaciones que puede posteriormente nacer, y que, por lo tanto, deja sin causa la otra obligación correlativa…". Podríamos decir que más que se extinga la obligación se extingue el contrato (o sea, no sólo se extingue esta obligación sino también la de la contraparte, porque carecería de causa)".*[24]

También se ha indicado:

> *"*(…) *se extingue la obligación, es decir la convención misma desaparece. Junto con extinguirse la obligación del deudor se extingue la obligación recíproca del acreedor. El riesgo es por consiguiente del deudor, porque soporta la pérdida sin recibir compensación".*[25]

23.- A partir de esta norma, la doctrina trata de resolver el problema de la *"teoría de los riesgos"*, en el sentido que por el mismo se consulta respecto de quién soportará la pérdida de la especie o cuerpo cierto debido que se destruye por un caso fortuito mientras pende la condición y, tratándose del contrato bilateral, si subsiste la obligación de la contraparte.[26]

A partir de esta formulación doctrinaria, esta teoría razona respecto de dos materias en particular. En primer lugar, se trata de la vigencia de la obligación en virtud de su desaparición fortuita; es decir, si la obligación deberá ser cumplida no obstante que ella se destruya por un caso fortuito o fuerza mayor. Una revisión de lo expuesto en el inc. 1.º del art. 1486 CCCh., se advierte que el problema es tratado expresamente, indicando que la pérdida fortuita de la prestación sujeta a condición involucra la "extinción de la obligación". Literalmente, viene a considerarla como un caso de "pérdida de la cosa debida", tratada por el legislador como un modo de extinguir las obligaciones (*cfr.* CCCh., arts. 1567 N.º 7.º y 1670), aunque lo hace de manera errada tanto en lo que se refiere a la condición suspensiva como a la condición resolutoria. En cuanto a la primera, porque mientras penda la condición todavía no ha nacido a la vida del derecho obligación alguna. En cuanto a la condición resolutoria, se genera una obligación restitutoria, la cual sólo se hace exigible cuando se verifica el hecho en que consiste la condición; en caso contrario, ninguna restitución será procedente.

En segundo lugar, pone su atención en los contratos bilaterales, en los cuales *"las partes contratantes se obligan recíprocamente"* (*cfr.* CCCh., art. 1439).

[24] Ramos Pazos, René, *op. cit.*, N.º 159, p. 125.
[25] Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit.*, N.º 88, pp. 114-115.
[26] *Cfr.* Ramos Pazos, René, *op. cit.*, N.º 159, p. 125.

Actualidad Juridica 29 final.indd 404 21-01-14 11:45

Este problema no ha sido tratado por el precepto legal, pero la doctrina se ha encargado de señalar:

> "Luego, si yo debo entregar un automóvil bajo condición, y pendiente ésta se destruye fortuitamente, se extingue mi obligación y se extingue la obligación de la contraparte de pagar el precio. Esto significa que el riesgo es mío (del deudor condicional) porque no voy a poder exigir a la contraparte el cumplimiento de su propia obligación (que me pague el precio), pues tal obligación carecería de causa.
>
> *"En esta materia, como veremos en su oportunidad, se separó el Código Civil, de la regla general contemplada en el artículo 1550, según el cual el riesgo es del acreedor. Y es justo que así sea, pues pendiente la condición, la cosa es del deudor y las cosas se pierden para su dueño. La regla la reitera en la venta condicional suspensiva el artículo 1820".*[27]

A partir de esta afirmación, se advierte que la propia obligación a que se encuentra sujeto el deudor sufre su extinción, aunque ello ocurre como consecuencia de la pérdida de la cosa debida, con lo cual el deudor no ejecutará su obligación ni podría ser obligado a ejecutarla. Pero a continuación se plantea como pregunta si el acreedor de esa obligación "extinguida" y que a su turno es "deudor" de su deudor, podrá ser obligado a cumplir su obligación correlativa, ante lo cual se responde negativamente.

Sin embargo, algunos autores descartan que este precepto legal se haga cargo del problema de los riesgos, y que mucho menos venga a crear una excepción al art. 1550 CCCh. Tal afirmación, dicen, no es esbozada en ninguna parte del art. 1486 CCCh.[28]

24.- En lo que dice relación con la pérdida total y culpable, se indica que el acreedor tiene derecho al precio y a la indemnización de perjuicios. Ello, porque "no hay en esto sino una aplicación de las reglas generales".[29] Fuera de estas precisiones, en general sólo se hace reproducción de este precepto legal,[30] e incluso que este precepto legal guarda armonía con los arts. 1548 y 1672 CCCh.[31]

Se indica que tampoco se forma el contrato por la falta de la cosa, pero como una manera de evitar un daño al acreedor condicional es que se permite el ejercicio de estas acciones.[32]

---

[27] *Ibid*, N.º 159, pp. 125-126.
[28] *Cfr.* Abeliuk Manasevich, René, *op. cit.*, T. I, N.º 506, p. 454, n. 456.
[29] Alessandri Rodríguez, Arturo, *Obligaciones, op. cit.*, p. 166.
[30] *Cfr.* Larraín Ríos, Hernán, *op. cit.*, p. 71. Ramos Pazos, René, *op. cit.*, N.º 159, p. 126. Rosende Subiabre, Hugo, *op. cit.*, p. 86.
[31] *Cfr.* Rosende Subiabre, Hugo, *op. cit.*, p. 86. Ramos Pazos, René, *op. cit.*, N.º 159, p. 126.
[32] *Cfr.* Alessandri Rodríguez, Arturo, *Compraventa, op. cit.*, T. I, Vol. 2, N.º 813, pp. 647-648.

Actualidad Juridica 29 final.indd 405 21-01-14 11:45

Algunos autores advierten que en caso de pérdida culpable en general de la especie debida "no se está en el campo de los riesgos, sino que se trata de responsabilidad contractual, la cual pesa sobre el deudor".[33]

25.- Una particularidad que reviste esta norma, en especial para las condiciones suspensivas (o condiciones de efectos suspensivos) es que supuestamente el hecho futuro e incierto marca el momento en que se producirá el nacimiento del derecho personal y de su obligación correlativa. Si ello es cierto, en rigor la referencia que se hace a una eventual extinción de la obligación por caso fortuito es incorrecta; *no puede extinguirse una obligación que todavía no ha nacido siquiera*,[34] ni mucho menos si no existe un acreedor ni un deudor. La obligación "tiene tanta eficacia como si no se hubiese contraído", de manera tal que "se finge inexistente".[35]

Podría sostenerse que la condición debe considerarse fallida, en términos tales que ninguna obligación contraen las partes. Sin embargo, el problema no se crea con el hecho de carácter condicional, en términos que éste se haga imposible; el problema dice relación con el posterior cumplimiento de la obligación condicional, una vez que se verifique dicho evento.

Algunos autores advierten que la razón por la cual la obligación no podrá nacer es por faltar el objeto de la prestación, el cual es elemento fundamental de la obligación.[36] Sería un problema del *riesgo de la cosa*, en cuanto perece para su dueño, que es el deudor.[37]

En rigor, lo que se ve afectado por este precepto legal es que nunca podrá nacer la obligación, extinguiéndose en este solo estado la expectativa o germen de derecho personal y de su obligación correlativa.

(b) Pérdida de la cosa debida

26.- En segundo término, disponemos de la regla prevista en el inc. 1.º del art. 1672 CCCh., por el cual *"[s]i el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor"*.

27.- Esta disposición consagra una restricción a la subrogación real, al considerar el caso que la destrucción del objeto debido se produzca en virtud de un

[33] Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit.*, N.º 88, p. 115.
[34] *Cfr.* Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *op. cit.*, T. I, N.º 326, p. 251. Alessandri Rodríguez, Arturo, *Compraventa, op. cit.*, T. I, Vol. 2, N.º 813, p. 647.
[35] *Cfr.* Fueyo Laneri, Fernando, *op. cit.*, T. IV, Vol. 1, N.º 70, p. 95.
[36] *Cfr.* Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *op. cit.*, T. I, N.º 326, p. 251.
[37] *Cfr. Ibidem.*

Actualidad Juridica 29 final.indd 406 21-01-14 11:45

caso fortuito acaecido durante la mora del deudor, el cual habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, caso en el cual *"sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora"* (CCCh., art. 1672 inc. 2.º).

28.- Con todo, se vuelve a la regla general de deberse tanto el precio como la indemnización de perjuicios, cuando *"el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor"*.

2.2. Efectos

29.- Considerando estos preceptos legales, vemos que la destrucción culpable del objeto debido por el deudor conforma un caso de *"subrogación real"*, lo que significa esta afirmación es que el objeto que era naturalmente debido, como consecuencia de su destrucción, es sustituido por su precio y la indemnización de perjuicios a que tendrá derecho el acreedor.[38]

30.- Una lectura de estos preceptos legales revela que el mecanismo de subrogación real asegura, en estos casos, que *la obligación pueda cumplirse*, pero *por equivalencia*. Se dice que ocurre de esta forma porque de todos modos el deudor queda obligado respecto de su acreedor, pero ya no se cumplirá en forma natural o en especie, sino mediante el pago de una suma de dinero, que tiene el mismo rol jurídico que aquella cosa que se destruyó.

La doctrina más reciente viene en coincidir en la existencia de una hipótesis de *cumplimiento de la obligación* en todos aquellos preceptos legales respecto de los cuales se obliga al deudor pagar *"el precio"*, el cual no debe ser entendido bajo el concepto previsto para el contrato de compraventa. Por esta denominación se trata de referir al equivalente natural de la especie misma en su estado natural, y que corresponde a su valor común o precio de mercado.[39]

Para que se haga procedente el pago del precio, no es necesaria la imputación subjetiva en el incumplimiento,[40] es decir, que no se requiere probar la culpa del deudor para que el acreedor tenga acceso a dicha prestación equivalente; basta el mero hecho del incumplimiento contractual.

31.- En tales situaciones, *el legislador no ha previsto explícitamente la resolución del contrato*, aunque menciona que la obligación del deudor subsiste, e incluso que el acreedor tiene derecho de exigir el pago de esas sumas dinerarias.

---

[38] *Cfr. Ibidem*. Fueyo Laneri, Fernando, *op. cit.*, T. IV, Vol. 1, N.º 69, p. 94. Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit.*, N.º 88, p. 115.

[39] *Cfr.* Alcalde Silva, Jaime: "El *"Commodum Repraesentationis"* del Artículo 1677 del "Código Civil" de Chile", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXI, 2.º semestre, p. 50.

[40] *Cfr. Ibidem*.

Actualidad Juridica 29 final.indd 407 21-01-14 11:45

No obstante esta circunstancia, podría pensarse válidamente que al acreedor no le interese, para los fines que tenía previstos, el mantenerse vinculado con el deudor. Bajo estos respectos, debería considerarse la procedencia del remedio resolutorio, como una manera que el acreedor pueda escapar al vínculo con el deudor.

Podría invocarse, desde un punto de vista exegético, el argumento de fuerza (*a fortiori*). El razonamiento sería el siguiente: si el legislador ha contemplado la procedencia de la resolución para el caso de simple deterioro de la cosa, en la cual queda claramente en evidencia que el objeto debido permanece existente, "con mayor razón" debería consentirse en la resolución del contrato, que es una situación mucho más grave que una simple disminución de la cosa. Se trata, por lo demás, de una solución reconocida por la doctrina, pues en opinión del profesor Daniel Peñailillo Arévalo, a propósito del inc. 1.º del art. 1486 CCCh.:

> *"Aunque el texto no expresa que si el contrato es bilateral alternativamente pueda pedir la resolución, estimamos que tiene esa posibilidad; es la consecuencia natural y habitualmente consagrada en situaciones equivalentes; para la pérdida parcial lo dispuso en el inc. siguiente; entonces, sería absurdo que pudiera en la parcial y no en la total".*[41]

En el mismo sentido se pronuncia don René Abeliuk Manasevich:

> *"El precepto da derecho al acreedor al precio y a la indemnización. ¿Querrá ello decir que no podría pedir la resolución si se trata de un contrato bilateral? Es más curioso aún, porque el inc. 2° para la pérdida parcial lo permite expresamente. Sin embargo, no creemos que el legislador se haya apartado de la regla general, porque además sería absurdo que permitiera la resolución del contrato en la pérdida parcial y no en la total, siendo ambas imputables".*[42]

32.- Cabe considerar que en nuestro sistema el cumplimiento de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto lleva envuelto no solamente la entrega material de la cosa, sino también *"la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir"* (CCCh., art. 1548).

De esta manera, se considera la vulneración del deber de custodia como una hipótesis de incumplimiento contractual, respecto del cual se declara procedente la indemnización de perjuicios.

---

[41] Peñailillo Arévalo, Daniel: *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 385.
[42] Abeliuk Manasevich, René, *op. cit.*, T. I, N.º 506, p. 455, n. 457.

Actualidad Juridica 29 final.indd 408 21-01-14 11:45

3. (II) El deterioro culpable del objeto debido

33.- A diferencia de las hipótesis de destrucción del objeto debido, en las cuales aparentemente el legislador razona sobre la premisa que el acreedor va a reclamar el cumplimiento por equivalencia, las situaciones de deterioro del objeto debido revisten de una mayor extensión en cuanto a los remedios de que dispondrá el acreedor.

34.- Veremos los casos contenidos en materia de obligaciones condicionales **(3.1.)**, y de pago efectivo de la deuda **(3.2.)**.

3.1. Obligaciones condicionales

35.- Tratándose de las obligaciones condicionales, se prevé por el inc. 2.º del art. 1486 CCCh. que si el deterioro o disminución procede *"de culpa del deudor"*, caso en cual *"el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios"*.

36.- Se prevé un derecho de naturaleza alternativa a favor del acreedor condicional,[43] pudiendo escoger libremente entre una y otra alternativa.

En esta elección el acreedor condicional es soberano, y de acuerdo a sus intereses es que optará por una o por otra.

37.- Por una parte, puede exigir la entrega de la cosa, la que recibirá en el estado que se encuentre, incluyendo su deterioro. Pero en tal caso tendrá derecho en forma adicional a ser indemnizado de los perjuicios que se deriven de esta circunstancia.

Podrá advertirse que en tal situación se está en presencia de una suerte de pretensión de *cumplimiento forzado del contrato*.[44] La doctrina generalmente pasa de largo en explicar la naturaleza jurídica de esta pretensión, salvo lo que expone el profesor Claro Solar, quien indica:

> *"El acreedor puede en este caso elegir entre pedir la resolución del contrato, desistiendo de él o que se le entregue la cosa y se cumpla el contrato, con derecho a indemnización de perjuicios además de lo uno o lo otro"*.[45]

En el mismo sentido se pronuncia don René Abeliuk Manasevich, al abordar el problema de la naturaleza de las acciones conferidas al acreedor condicional:

[43] *Cfr.* Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit.*, N.º 88, p. 115.
[44] *Cfr. Ibidem.*
[45] Claro Solar, Luis, *op. cit.*, T. X, N.º 207, p. 242.

Actualidad Juridica 29 final.indd 409 21-01-14 11:45

"Lo que el precepto otorga al acreedor no es más que el derecho alternativo del art. 1489: o exigir el cumplimiento (que se le entregue la cosa), o la resolución (rescisión dice equivocadamente el precepto) del acto y contrato, y en ambos casos la indemnización de perjuicios. La solución es muy semejante a la que da el art. 1590, ubicado en el pago, y que permite deducir la regla general de nuestra legislación para la imposibilidad parcial en el cumplimiento".[46]

La razón por la cual se justifica el ejercicio de esta pretensión radica en que "la especie deteriorada sigue cumpliendo igual función liberatoria y extintiva que la prestación originalmente convenida, sin perjuicio de que la función satisfactoria de ese cumplimiento se ve menoscabada, debiendo soportar el acreedor dicho deterioro".[47]

38.- En segundo lugar, el acreedor condicional *podrá pedir la rescisión del contrato, con indemnización de perjuicios*.

La doctrina advierte que la utilización de la expresión *"rescisión"* es incorrecta, y que en rigor se trataría de un caso de *"resolución"* del contrato.[48]

Con algún mayor detenimiento se indica que "en esta situación hay un evento de condición resolutoria, cual es el incumplimiento de lo pactado y no una causal de nulidad relativa".[49]

Quien explica con mayor detalle la materia es el profesor Luis Claro Solar, de quien reproducimos íntegramente su opinión:

"La ley dice que puede pedir que se rescinda *el contrato; pero no es éste un caso de rescisión, de nulidad relativa del contrato que no adolece de vicio alguno en que tal nulidad pudiera fundarse; sino un caso calificado de falta de cumplimiento de lo pactado que da derecho al acreedor para resolver el contrato, para apartarse del contrato y no seguir en él, desde que por culpa del deudor la cosa ha quedado deteriorada en forma que no presta ya al acreedor la utilidad que de ella se proponía obtener. Si el deterioro no fuera considerable, el acreedor podría mantener el contrato, reclamando en la indemnización de perjuicios el valor de los deterioros sufridos por la cosa, es decir, una disminución del precio, si se tratara de una compraventa. La ley deja al acreedor en amplia libertad para proceder; y por consiguiente, aunque la deterioración o*

[46] Abeliuk Manasevich, René, *op. cit.*, T. I, N.º 504, pp. 453-454.
[47] Alcalde Silva, Jaime, *op. cit.*, pp. 75-76.
[48] *Cfr.* Abeliuk Manasevich, René, *op. cit.*, T. I, N.º 504, p. 453. Alessandri Rodríguez, Arturo, *Compraventa, op. cit.*, T. I, Vol. 2, N.º 813, pp. 648-649. Fueyo Laneri, Fernando, *op. cit.*, T. IV, Vol. 1, N.º 74, p. 97, n. 1. Prieto Ravest, Enrique Horacio, *op. cit.*, p. 32. Ramos Pazos, René, *op. cit.*, N.º 159, p. 126. Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit.*, N.º 88, p. 115.
[49] Larraín Ríos, Hernán, *op. cit.*, p. 71.

Actualidad Juridica 29 final.indd 410 21-01-14 11:45

disminución de la cosa fuera pequeña y de muy poca importancia, podrá, sin embargo, optar el acreedor por la resolución del contrato, sin poder ser obligado por el deudor a continuar en él pagándole el valor de los desperfectos. Esto es, por lo demás, una simple aplicación de los principios y reglas generales de las convenciones, puesto que la falta de cumplimiento de lo pactado por una de las partes importa una condición resolutoria tácita que da derecho a la otra de las partes para resolver el contrato o exigir su cumplimiento, y uno y otro extremo con indemnización de los perjuicios causados".[50]

También descartando la noción de "rescisión", señala el señor Antonio Vodanovic H.:

"Cabe observar que Bello no debió hablar de rescindir, sino de resolver el contrato: el primer término implica la anulación del contrato por causal de nulidad relativa, y en la hipótesis de eso no se trata sino del incumplimiento de la obligación de conservar y cuidar la cosa; cuando una de las partes falta a una de las obligaciones del contrato, la otra tiene derecho a solicitar la disolución del mismo con aniquilamiento retroactivo de sus efectos, y esto se llama resolución".[51]

39.- Al igual que en el caso de la destrucción en caso de pendencia de la condición, se advierte que en las condiciones suspensivas todavía no ha nacido obligación alguna, ni mucho menos derecho personal, de manera que las partes tienen únicamente el carácter de acreedor condicional y de deudor condicional.

Frente a tales escenarios, no podría considerarse incumplida la obligación de carácter condicional, la que no se ha cumplido ni mucho menos incumplido porque todavía no existe; a lo más en germen.

40.- La infracción se produce en una obligación que no se refiere a la condicional, sino que *se infringe el deber de conservación de la especie* que se debe condicionalmente. Respecto de esta forma de obligación, de origen legal, es la que autoriza al acreedor para provocar la resolución del contrato. En consecuencia, si bien existe una analogía en la forma que se proponen los remedios que dispone el acreedor, se produce una diferencia sustancial respecto del incumplimiento que se genera en ellos.

Para explicar esta idea, anota el señor Antonio Vodanovic, a partir de las lecciones de los profesores Alessandri y Somarriva:

[50] Claro Solar, Luis, *op. cit.*, T. X, N.º 207, p. 242.
[51] Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *op. cit.*, T. I, N.º 326, p. 252.

Actualidad Juridica 29 final.indd 411 21-01-14 11:45

"El deudor de un cuerpo cierto tiene la obligación de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir; y la obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado (artículos 1548 y 1549). En consecuencia, si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición y ella está deteriorada o disminuida por culpa del deudor, éste habrá infringido la obligación de conservación y custodia y cargará con la responsabilidad que la ley señala; si los menoscabos no se deben a su culpa, tocará absorberlos al acreedor, son de su riesgo".[52]

En su Memoria de Licenciatura, el profesor Alessandri coincidía en la misma perspectiva:

"Si la pérdida parcial proviene del hecho o culpa del vendedor, el comprador podrá pedir o la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, ya que el vendedor no ha cumplido con su obligación de conservar, o la entrega de la cosa, con la correspondiente indemnización de perjuicios. Es la aplicación de la condición resolutoria tácita subentendida en todo contrato bilateral".[53]

También alude a esta materia el profesor Fernando Fueyo Laneri:

"De este modo se hace efectiva la obligación de conservar y custodiar la especie o cuerpo cierto que se debe, al igual que tratándose de obligación pura y simple, o que es obligatoria a simple plazo; como está dispuesto en las normas generales de los artículos 1548 y 1549".[54]

Coincide en la existencia de una obligación de conservación o de custodia en el art. 1486 CCCh. el profesor Hernán Larraín Ríos:

"En ese estado de la condición, el deudor debe cuidar y conservar la especie, conforme al artículo 1486".[55]

A propósito de que la condición resolutoria advierte la consagración de una obligación de conservación, indica el profesor Hernán Troncoso Larronde:

"El que tiene una cosa bajo condición resolutoria ordinaria (deudor condicional resolutorio) está obligado a cuidarla y conservarla como un buen padre de familia, para restituirla al acreedor en caso que llegue a cumplirse la condición, arts. 1486, y en el fideicomiso, art. 758 inc. 2°".[56]

---

[52] *Ibid*., T. I, N.° 326, p. 251.
[53] Alessandri Rodríguez, Arturo, *Compraventa, op. cit*., T. I, Vol. 2, N.° 813, pp. 648-649.
[54] Fueyo Laneri, Fernando, *op. cit*., T. IV, Vol. 1, N.° 74, p. 97.
[55] Larraín Ríos, Hernán, *op. cit*., p. 73.
[56] Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit*., N.° 95, pp. 123-124. Solamente refiere los preceptos legales: Ramos Pazos, René, *op. cit*., N.° 172, p. 131.

Actualidad Juridica 29 final.indd 412 21-01-14 11:45

3.2. Pago

41.- Ofreciéndose una situación similar a la descrita, a propósito del régimen de pago efectivo de la deuda, se advierte el caso de una deuda que es de especie o cuerpo cierto, en la cual el objeto debido *"se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor"* (CCCh., art. 1590 inc. 1.º).

Si se presentan estas situaciones, *"se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie, o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios"* (CCCh., art. 1590 inc. 2.º).

42.- En cuanto a la calificación que se hace de este precepto legal, el señor Claro Solar advierte que es similar a la prevista por la condición resolutoria tácita del art. 1489 CCCh., y dice:

> *"En estos casos el deudor ha dejado de cumplir el contrato y da, por lo mismo, derecho al acreedor para mantenerlo exigiendo su cumplimiento con indemnización de perjuicios; o para desistir del contrato y pedir su resolución, también con indemnización de perjuicios; estos son casos de condición resolutoria tácita por falta de cumplimiento del contrato".*[57]

Vemos en estos casos la confluencia de varias pretensiones.

43.- Por una parte, el acreedor podrá exigir la entrega de la especie debida, caso en el cual podrá instar únicamente por una indemnización de perjuicios.

Se trata de un caso de cumplimiento (forzado, a nuestro entender) del contrato,[58] considerando que no son compatibles esta pretensión con la de "rescisión" que declara a continuación.

44.- En segundo lugar, se permite al acreedor el derecho de exigir "la rescisión" del contrato, con indemnización de perjuicios.

Nuevamente el legislador habla de un supuesto caso de rescisión, siendo que se trata más bien de un caso de incumplimiento, razón por la cual es más apropiado hablar de *resolución del contrato*.[59]

---

[57] Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1939, T. XII [*De las Obligaciones*, Vol. 3], N.º 1403, p. 104.

[58] *Cfr. Ibidem*.

[59] *Cfr. Ibidem* y n. 153. Larraín Ríos, Hernán, *op. cit.*, 2005, p. 338. Prieto Ravest, Enrique Horacio, *op. cit.*, p. 146 y n. 210. Ramos Pazos, René, *op. cit.*, N.º 453, p. 302. Troncoso Larronde, Hernán, *op. cit.*, N.º 248, p. 235.

Actualidad Juridica 29 final.indd 413 21-01-14 11:45

45.- A propósito de desecharse la expresión "rescisión", se revela cuál es la naturaleza de la obligación infringida.

Dice el señor Luis Claro Solar:

> *"Esta palabra rescisión está mal empleada, porque no se trata aquí de ningún vicio que produzca la nulidad relativa del contrato, sino de casos de culpabilidad del deudor en el cumplimiento de la obligación de cuidar la cosa debida hasta su entrega al acreedor, falta de cuidado que ha ocasionado el deterioro o pérdida parcial de la cosa".*[60]

46.- A diferencia de lo que ocurre con las obligaciones condicionales, en las cuales no pareciere establecerse un margen que autorice la procedencia de la resolución del contrato, dicho margen sí existe en el caso del art. 1590 CCCh. Dice, en forma muy general, que el deterioro *"no pareciere de importancia"*.

La doctrina ha definido dicha expresión como *"un deterioro insignificante, que no priva al cuerpo cierto de sus cualidades esenciales o que principalmente se han tenido en consideración por las partes al contratar"*.[61]

Si se verifica esta circunstancia, como asimismo en el caso que el mismo acreedor pretenda la entrega de la cosa, será procedente *únicamente* la *indemnización de perjuicios*.

47.- La calificación de la importancia del deterioro constituye una cuestión de hecho, de manera que los tribunales de fondo son plenamente soberanos en la determinación de si el deterioro es insignificante o si es importante y justifica la resolución del contrato. En consecuencia, la Excma. Corte Suprema carece de la posibilidad de invalidar la sentencia, al impedírsele revisar esta calificación,[62] salvo cuando en el establecimiento de los hechos de la causa se haya cometido una infracción de las leyes reguladoras de la prueba.

4. (III) La construcción de un régimen unitario en caso de destrucción o deterioro culpable del objeto debido

48.- A partir de lo expuesto, es necesario crear algunas reglas generales respecto de la destrucción y el deterioro en el concierto de la Teoría de las Obligaciones, tanto en lo que dice relación con su calificación como un caso de incumpli-

[60] Claro Solar, Luis, *op. cit.*, T. XII, N.º 1403, p. 104, n. 153.
[61] *Ibid.*, T. XII, N.º 1401, p. 104.
[62] *Ibid.*, T. XII, N.º 1404, p. 105.

Actualidad Juridica 29 final.indd 414 21-01-14 11:45

miento contractual **(4.1.)**, como asimismo en los remedios que se disponen a favor del acreedor **(4.2.)**.

4.1. La destrucción y el deterioro como un supuesto de incumplimiento

49.- Con el solo tenor de los preceptos legales citados, se habla de la procedencia de la "rescisión", lo que de acuerdo a la nomenclatura empleada por el Código, sería el efecto propio de la declaración de nulidad relativa.

50.- Sin embargo, la expresión usada por el legislador no ha sido la más afortunada, porque con ella se pierde el norte en cuanto a la real naturaleza jurídica que tienen estos hechos.

En rigor, *la infracción al deber de custodia de una cosa mientras penda una condición o un plazo*, a cuya verificación o vencimiento deberá entregarse a su acreedor, *importa un caso de incumplimiento de la obligación de conservación que recae respecto de las obligaciones de especie o cuerpo cierto*.

La obligación que se incumple, en consecuencia, es la de conservación del objeto ajeno, en el período intermedio de su entrega al acreedor.

51.- La obligación de conservación ha sido prevista para todas aquellas obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, según autoriza expresamente el art. 1548 CCCh.

La custodia conforma una obligación accesoria de naturaleza complementaria, en cuanto contribuye al cumplimiento oportuno e íntegro de la obligación, facilitándolo en este sentido.

52.- Cabe acusar que la fuente de esta obligación no es la convención, sino la ley. No ha sido el acuerdo de las partes el que ha instaurado esta obligación de conservación y custodia. En rigor, ha sido la ley la que ha consagrado este tipo de obligación en las partes.

53.- En el cumplimiento de estas obligaciones se consagra la aplicación de un deber de diligencia en el deudor, de manera que la forma de liberación que dispone éste es de acreditar la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, y que ha cumplido con el estándar de diligencia previsto por la ley, y que suele ser la culpa leve.

54.- Se justifica que este tipo de conducta se califique de incumplimiento, en consideración a que con la destrucción del objeto debido provocará la inejecución de la obligación. De esta manera, ninguna diferencia se produce respecto de las situaciones de incumplimiento que habilitan la resolución del contrato.

Actualidad Juridica 29 final.indd 415 21-01-14 11:45

55.- Donde se encuentra el aspecto interesante es en el caso del deterioro o disminución como un caso de incumplimiento.

En efecto, la ley se ha encargado de describir todas aquellas situaciones en las cuales se considera *perecida* la cosa debida, y se citan su destrucción, su incomerciabilidad sobreviniente, su desaparición (*cfr*. CCCh., art. 1670), y también *"todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina"* (CCCh., art. 1486 inc. 3.º). Particularmente interesante es el último caso, porque se aproxima a la idea material del deterioro, cual es que sobrevive la cosa debida, pero en un estado incompleto o defectuoso, que de todos modos no le priva de su aptitud para cumplir con su propósito material o contractual. De esta manera, una interpretación armónica y lógica de este precepto legal permite advertir que se tratará de un caso en que la cosa debida sufre un deterioro material, pero que a pesar de esa circunstancia conserva la aptitud material o convencional que le ha sido asignada.

El debate respecto de la entidad de este deterioro es fundamental, porque marcaría la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento, la que se ha visto sujeta a revisiones en lo que se refiere a este último requisito, según se indicará.

56.- En atención a las situaciones que han sido analizadas en esta sede, es perfectamente posible calificar estas hipótesis de incumplimiento *"por abuso de una cosa ajena"*. En este caso, lo que se trata de castigar por el legislador es la utilización abusiva de una cosa ajena, que el deudor se encuentra obligado a entregar o a restituir en especie.

En tales circunstancias existe incumplimiento porque, con el deterioro de la cosa, el deudor obstaculiza la satisfacción plena del interés del acreedor, mediante la recepción de una especie de calidad reducida por el daño. El daño al objeto de la prestación provoca una interferencia en las pretensiones del acreedor, quien contaba con un cumplimiento perfecto de la prestación.

4.2. Remedios de que dispone el acreedor

57.- Como ha quedado expuesto, las consecuencias previstas ante la destrucción **(a)** o deterioro de la cosa debida **(b)** son particulares, según se verá.

(a) Destrucción

58.- Una interpretación sistemática de las normas sobre los efectos derivados de la destrucción de la cosa debida permite advertir la existencia de los derechos de cumplimiento por equivalencia **(i)** y la resolución del contrato por incumplimiento **(ii)**.

Actualidad Juridica 29 final.indd 416 21-01-14 11:45

(i) Cumplimiento por equivalencia

59.- El Código expresa que la destrucción culpable del objeto debido provoca un caso de subrogación real, mediante el cual el deudor sigue debiendo, pero su prestación originaria pasa a ser reemplazada por el pago de su precio y una indemnización de perjuicios.

60.- En nuestro concepto, se trata de casos propiamente de cumplimiento por equivalencia. Ello, porque expresamente el legislador dice que la obligación "subsiste", sólo que ha intervenido la mutación de su objeto, de manera tal que por su pago al acreedor se cumple con esa obligación.

61.- Sin embargo de esta circunstancia, la Excma. Corte Suprema ha señalado que esta misma consecuencia legal constituye un caso de resolución del contrato. Dice en una de sus sentencias:

> "CUARTO: Que de conformidad, ahora, a lo que establece el inciso 1° del artículo 1486 del citado Código Civil, si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización de perjuicios.
>
> *"Como se señalara más arriba, ha resultado acreditado que por escritura pública de 28 de junio de 1999 la promitente vendedora Yorka Elena Silva Reyes vendió el predio materia de la promesa a María Teresa Castro Barrientos, quien a fin de pagar el precio de la venta recibió en mutuo del Banco de Santiago una determinada cantidad de dinero, garantizando su pago con la constitución de hipoteca de primer grado sobre la propiedad.*
>
> *"Ahora bien, el hecho de que la compradora Castro Barrientos haya constituido primera hipoteca a favor del Banco Santiago no puede sino significar que la deuda hipotecaria de que era titular la vendedora Silva Reyes se había extinguido a la fecha de la compraventa, pues de haber sido de otro modo la referida garantía real no habría tenido la naturaleza de primer grado. Así, resulta probado que la nombrada Silva Reyes pagó la acreencia de que era deudora y, de esta forma, por un hecho suyo que no puede sino ser calificado de culpable, hizo imposible el cumplimiento de la condición pactada en la cláusula Octava de contrato de promesa y que aún se encontraba pendiente, destruyendo de esta manera la aptitud de la cosa, puesto que se situó en posición de no poder cumplir con una de las obligaciones que había asumido en la promesa, consistente en transferir del dominio del inmueble al promitente comprador al haberla enajenado a una persona distinta de éste.*
>
> *"En relación a esto último, ha de tenerse en consideración que el inciso final del artículo 1486 dispone que todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el*

Actualidad Juridica 29 final.indd 417 21-01-14 11:45

objeto a que según la naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa. En la especie, es evidente que según la convención el destino de la cosa sobre la que aquélla versaba estaba constituido por su transferencia al promitente comprador, cuestión que por la razón antes indicada se frustró y que, en consecuencia, debe entenderse la destruyó.

"QUINTO: Que la hipótesis de hecho descrita en el penúltimo párrafo del fundamento que antecede es precisamente la prevista en la segunda parte del citado inciso 1° del artículo 1486, motivo por el cual corresponde aplicar la consecuencia que el mismo precepto establece, esto es, obligar a la demandada al pago del precio y a la indemnización de perjuicios, declarando resuelto el contrato de promesa".[63]

Por las razones que han sido detalladas, no estamos de acuerdo con el razonamiento empleado en el Considerando 5.º, debido a que no existe resolución del contrato cuando se verifica un cumplimiento por equivalencia del contrato, como se comprobó en dichos autos.

(ii) Resolución del contrato

62.- Este remedio no ha sido previsto en los preceptos legales contenidos en los arts. 1486 inc. 1.º y 1670 CCCh., no obstante se ha concluido que el deudor incumple con una obligación legal de conservación del objeto debido.

63.- De esta manera, existe un caso de incumplimiento contractual, respecto del cual el acreedor podría no estar interesado en permanecer vinculado con un deudor que incumple sus compromisos, sobre todo en aquellos contratos que contengan obligaciones cuya ejecución se extiende en el tiempo.

64.- La situación prevista marca la destrucción total de la cosa debida, con lo cual queda plenamente comprobado que el deudor no podrá ejecutar la obligación. Un supuesto de inejecución total autoriza para resolver el contrato.

(b) Deterioro o disminución

65.- Cuando interviene una situación de deterioro o disminución de la cosa debida, el legislador amplía explícitamente el marco de remedios o de acciones que dispone el acreedor. Consisten de las pretensiones de cumplimiento forzado **(i)**, de resolución del contrato **(ii)** y la indemnización de perjuicios **(iii)**.

[63] Corte Suprema, 1ª Sala, 29.05.2007, Rol de Ingreso N.º 5.044 – 2005, red. Ministro señor Milton Juica A., en *vLex* ID. 332762290.

Actualidad Juridica 29 final.indd 418 21-01-14 11:45

(i) Cumplimiento forzado del contrato

66.- El primero de los mecanismos previstos para el caso de producirse el deterioro o disminución de la cosa entregada es la posibilidad que le asiste al acreedor de exigir al deudor *la entrega de la cosa, en el estado que se encuentra*.

67.- En esta situación, a diferencia de lo que ocurre con la destrucción total de la cosa debida, el deudor no queda obligado a la devolución del precio, sino que es la misma y exacta cosa la que deberá entregar a su acreedor, sólo que esa entrega se hará en el estado deteriorado en que se halle.

(ii) Resolución del contrato

68.- En forma alternativa, el acreedor que estime que la recepción de la cosa debida en el estado de deterioro en que ha quedado no le sea satisfactoria, tiene el derecho de pedir la "rescisión" del contrato.

69.- De acuerdo a lo razonado por los autores, la expresión "rescisión" sería inapropiada, debido a que en los hechos se plantea un problema más propio de incumplimiento contractual, que desencadena su resolución.

Siendo así, se extraña en la doctrina una mayor referencia hacia una supuesta coordinación, más allá de la mera nomenclatura, entre las hipótesis de resolución por daño de una cosa y las de resolución por incumplimiento previstas en términos generales por el art. 1489 CCCh.

70.- Una particularidad de la procedencia del remedio resolutorio en estos casos radica en el tipo de incumplimiento respecto del cual se declara procedente. En efecto, hemos destacado que la disminución o deterioro que se presenta en la cosa no debe ser de una entidad tal que comprometa la utilidad de la cosa debida por el deudor, caso en el cual se hablaría más bien de la pérdida.

Esta circunstancia es particular, sobre todo bajo el alero de una doctrina y jurisprudencia que han revisado el requisito del incumplimiento resolutorio, exigiendo que éste revista una gravedad suficiente para provocar la ruptura del contrato. Partiendo de un razonamiento amplio de la resolución, actualmente se ha dicho que *"en cuanto al incumplimiento de la obligación, este puede ser total o parcial y se verifica ya sea porque no se ha cumplido íntegramente una obligación o porque siendo ellas varias, se han cumplido algunas y otras no"*, pero *"debe tratarse de incumplimiento de obligaciones que no revistan caracteres accesorios o secundarios, por cuanto no puede resolverse un contrato cuando se han cumplido las principales obligaciones en él contenidas, desde que ello no corresponde a la esencia de la institución derivada de la infracción de obligaciones recíprocas que constituyen la*

Actualidad Juridica 29 final.indd 419 21-01-14 11:45

bilateralidad el contrato".[64] Si se inserta este precepto legal dentro del contexto de ser un caso de incumplimiento resolutorio, debería advertirse que se trataría de una situación en la que el estándar exigido por el legislador es más bajo.

En todo caso, el art. 1590 CCCh. parece marcar un buen punto de referencia para establecer hasta qué punto es procedente la resolución del contrato, y es que se trate de un caso en el cual *el deterioro no pareciere de relevancia*. Ello, porque si se verifica esta circunstancia, sólo será procedente la indemnización de perjuicios.

71.- Ante nuestra jurisprudencia más reciente se ha hecho procedente la resolución del contrato de compraventa por aplicación del inc. 2.º del art. 1486 CCCh. de una máquina industrial, al acreditarse que ésta presentaba un desperfecto en la bomba inyectora de la máquina y que se debió a haberse empleado petróleo con agua en su funcionamiento y que el deterioro en general se debió a la mala operación de la máquina, la cual es electrónica y que para subir una persona a usarla tiene que tener experiencia para ello, razón por la cual *"permite tener por plenamente acreditado que los deterioros que presentó la máquina vendida luego de ser devuelta al actor por la demandada se debieron a que ésta no empleó a su respecto el cuidado que las personas emplean ordinariamente en sus negocios propios, incurriendo de tal manera en culpa leve"*.[65]

(iii) Indemnización de perjuicios

72.- El tercer remedio que dispone el acreedor ante un caso de deterioro o disminución de la cosa debida, es el de obtener una indemnización de perjuicios.

73.- La ley ha previsto que este remedio sea complementario con las pretensiones de entrega de la cosa en el estado que se encuentre, y se la declara como el único remedio en caso que el deterioro no sea de relevancia.

Se trata de un rol que es complementario, pero que en todo caso es perfectamente aplicable el problema acerca de su calificación como una acción accesoria de las pretensiones de cumplimiento forzado o de resolución del contrato.

74.- La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de precisar el contenido y rol de esta indemnización, frente a la acción de indemnización de perjuicios prevista en términos generales.

[64] Corte Suprema, 1ª Sala, 12.1.2012, Rol de Ingreso N.º 2.319 – 2011, red. Ministro señor Alfredo Pfeiffer R., en *vLex* ID. 436236274, C. 5.º.
[65] Corte de Apelaciones de La Serena, 14.09.2010, Rol de Ingreso N.º 429 – 2010, red. Ministro señor Jaime Franco Ugarte, en *vLex* ID 226577731, C. 4.º, 7.º y 10.º.

Actualidad Juridica 29 final.indd 420 21-01-14 11:45

Dice en un fallo la Corte de Apelaciones de Rancagua:

> *"Cuarto: Que, en efecto, tanto en la primera como en la segunda demanda se solicita una indemnización de perjuicios provenientes de un supuesto incumplimiento contractual; y la naturaleza de tales perjuicios, como el lucro cesante y el daño emergente, pedidos en ambas demandas, son propios del cumplimiento por equivalencia de la prestación debida, es decir, el actor está exigiendo de alguna manera el cumplimiento del contrato; es lo que la doctrina denomina la indemnización compensatoria y que se encuentra establecida en el artículo 1553 del Código Civil. Dicho de otra forma, como el contratante no puede obtener el cumplimiento de la obligación tal como fue contraída por el deudor, opta por la indemnización de perjuicios que le permite obtener de esta manera y por equivalencia lo que hubiese obtenido si el contrato se hubiese cumplido íntegramente; lo cual es muy distinto a los perjuicios provenientes de la resolución de un contrato a que se refieren los artículos 1486 y siguientes del Código Civil, porque en este caso se trata más bien de daños provenientes de la imposibilidad de obtener cabalmente las restituciones provenientes de la resolución, tales como deterioros que pudo haber sufrido la cosa que debe restituirse o por su destrucción en manos el deudor".*[66]

De acuerdo a esta sentencia, la indemnización compensatoria es calificada como un mecanismo de ejecución de la obligación mediante su equivalente pecuniario, es decir, mediante el pago de una suma de dinero. Frente a este tipo de indemnización, se erige otra en materia de obligaciones condicionales, en la cual se reclama de daños procedentes de una supuesta imposibilidad para obtenerse en forma completa las restituciones derivadas de la resolución del contrato. En consecuencia, la indemnización prevista por la ley en caso de destrucción o deterioro de la cosa debida tiene como finalidad resarcir todos los daños que se deriven a partir de este hecho, y que se conectan con estos daños en la cosa.

5. (IV) Excurso: ¿y en los contratos unilaterales?

75.- Creemos que el esquema expuesto, en el sentido de consagrarse hipótesis de incumplimiento del deber de conservación o de custodia, puede contribuir en alguna manera al adecuado entendimiento de una añeja discusión existente en nuestra doctrina, cual es la procedencia de la llamada "condición resolutoria tácita" en los contratos unilaterales.

[66] Corte de Apelaciones de Rancagua, 29.11.2006, Rol de Ingreso N.º 1.445 – 2006, en *vLex* ID. 30875571 y CL/JUR/4043/2006.

Actualidad Juridica 29 final.indd 421 21-01-14 11:45

76.- Reseñaremos en qué ha consistido el debate **(5.1.)**, y hecho ello explicaremos los casos propuestos por la doctrina como modelos de resolución por incumplimiento a la luz del esquema propuesto en este trabajo **(5.2.)**.

5.1. Planteamiento del problema

77.- Una antigua discusión existente en nuestra doctrina decía relación con la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento en los contratos unilaterales.

Se trata de una discusión respecto de la procedencia exclusiva de la resolución por incumplimiento en los contratos bilaterales, al tenor de lo previsto en el art. 1489 CCCh., y en la cual tradicionalmente se ha considerado de esa forma.[67] Y otro tanto ha ocurrido con la jurisprudencia.[68]

78.- El presente trabajo no se dedicará a la solución de esta controversia, toda vez que los casos que aquí se exponen tienen claramente una *fuente legal*, en condiciones tales que el debate doctrinario y jurisprudencia abarca únicamente el caso en que no exista una disposición legal expresa que autorice la procedencia de la resolución respecto de esta clase de contratos.

Su tratamiento para este trabajo es funcional, y considera cómo un caso de destrucción o deterioro influye en la ruptura del contrato, y si en tales situaciones existe propiamente un caso de incumplimiento.

79.- Conviene advertir que la doctrina señala que en estos casos se ha insertado un "derecho análogo" a la condición resolutoria tácita, pero que ha debido autorizarlo en virtud de un texto expreso.[69]

---

[67] *Cfr.* Abeliuk Manasevich, René, *op. cit.*, T. I, N.º 527, p. 465. Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *op. cit.*, T. I, N.º 342, pp. 270-271. Alessandri Rodríguez, Arturo: *Derecho Civil, Segundo Año: Teoría de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar ConoSur, 1988, pp. 196-197. Barcia Lehmann, Rodrigo: *Lecciones de Derecho Civil Chileno: Del Acto Jurídico*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, T. I, N.º 27, p. 116. Ducci Claro, Carlos: *Derecho Civil, Parte General*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1980, N.º 397, p. 498. Fueyo Laneri, Fernando, *op. cit.*, T. IV, Vol. 1, N.º 95, pp. 122-123. Larraín Ríos, Hernán, *op. cit.*, pp. 84-85. Saavedra Galleguillos, Francisco Javier: *Teoría del Consentimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar ConoSur, 1994, § 68, N.º 62, p. 387.

[68] En forma más reciente, declaran la procedencia exclusiva de la resolución en los contratos bilaterales: *Rivera Marín, José Fidel c. Muñoz Gallardo, Pedro Antonio*, Corte Suprema, 30.6.2003, Rol N.° 3.463-2002 (red. Ministro señor Eleodoro Ortiz Sepúlveda), en *Gaceta Jurídica*, N.° 277 (Julio 2003), sent. de reempl., C. 5.°, p. 84. *Poblete Poblete, Vital Alejandro c. Ewert San Martín, Gustavo Jaime*, Corte de Apelaciones de Concepción, 2.8.2001, Rol N.° 783-2000 (red. Ministro Eliseo Araya Araya), en *Gaceta Jurídica*, N.° 262 (abril 2002), C. 9.° y 12, pp. 69 y 70.

[69] *Cfr.* Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *op. cit.*, T. I, N.º 342, p. 271. Alessandri Rodríguez, Arturo, *Obligaciones, op. cit.*, p. 197. Barcia Lehmann, Rodrigo, *Acto Jurídico, op. cit.*, T. I, N.º 27, p. 116. Elgueta Anguita, Augusto: *Resolución de Contratos y Excepción de Pago*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1981, p. 69. Fueyo Laneri, Fernando, *op. cit.*, T. IV, Vol. 1, N.º 95, p. 123. Larraín Ríos, Hernán, *op. cit.*, p. 85. Saavedra Galleguillos, Francisco Javier, *op. cit.*, § 68, N.º 62, p. 387.

Actualidad Juridica 29 final.indd 422 21-01-14 11:45

Pero tal calificación se ha descartado por otros, indicándose que en ellos concurre una obligación de naturaleza accesoria, cuya infracción autoriza el cumplimiento inmediato, mas no la resolución del contrato.[70]

80.- No obstante este debate doctrinario, la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ha consentido en la posibilidad que las partes estipulen obligaciones de naturaleza recíproca en el contexto de contratos unilaterales. Si en ese ejercicio no se altera la naturaleza del respectivo contrato, entonces será procedente la condición resolutoria tácita.

> *"Que, al analizar la concurrencia de los presupuestos aludidos con antelación, a la luz de los antecedentes aportados a los autos, resulta, en primer término, que la parte demandada ha cuestionado la naturaleza bilateral del contrato de prenda. Al efecto debe precisarse que si bien resulta ser una característica de ese tipo de contrato la unilateralidad, por aparecer en ellos, y por regla general, obligada sólo una de las partes, lo cierto es que los contratantes pueden, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad –materializada desde la libertad de las partes para determinar la fisonomía y contornos de su acuerdo– regular obligaciones reciprocas, caso en el cual el contrato será bilateral. Ello, por supuesto, siempre que el establecimiento de tales deberes no importe de manera alguna desnaturalizar la convención en análisis.*
>
> *"A la conclusión anterior se arriba desde que, por una parte, no existe disposición alguna que lo prohíba y, seguidamente, porque la norma contenida en el artículo 2396 del Código Civil prevé la posibilidad que el deudor contraiga la obligación de indemnizar los perjuicios que la tenencia de la cosa le hubiere irrogado, admitiendo precisamente y de esta forma la posibilidad que se cuestiona".*[71]

5.2. Descripción de los preceptos legales

81.- Los autores presentan la situación que acaece en algunos contratos reales de naturaleza unilateral, como son el *comodato* **(a)** y la *prenda* **(b)**.

---

[70] *Cfr.* Abeliuk Manasevich, René, *op. cit.*, T. I, N.° 528, p. 466. Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *op. cit.*, T. I, N.° 342, p. 271.

[71] Corte Suprema, 1ª Sala, 12.1.2012, Rol de Ingreso N.° 2.319 – 2011, red. Ministro señor Alfredo Pfeiffer R., en *vLex* ID. 436236274, C. 6.°, aunque la resolución se hace procedente no por el art. 2396 CCCh., sino directamente por el art. 1489 CCCh.; *cfr. Ibíd.*, C. 11.°: *"Que, de lo expresado con antelación resulta inconcuso que el incumplimiento contractual que atribuye la demandante a la contraria se ha verificado en el caso de marras, de manera que cobra plena aplicación el ejercicio del derecho alternativo conferido por el artículo 1489 del Código Civil, que permite al contratante cumplidor perseguir la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios, en los términos que se ha formulado en la especie".*

Actualidad Juridica 29 final.indd 423 21-01-14 11:45

(a) Contrato de comodato

82.- En lo que dice relación con el contrato de comodato, refiere el Código que en caso de contravención al deber que tiene el comodatario de no emplear la cosa *"sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase"* (CCCh., art. 2177 inc. 1.º), podrá el comodante exigir *"la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo"*.

83.- Se apreciará que el comodatario tiene la obligación de conservación de la especie que ha recibido en comodato, debiendo hacer uso de la misma bajo un criterio de diligencia media, respondiendo en consecuencia de la culpa leve. Esta obligación surge en la medida que la especie que detenta es ajena, y porque el comodato beneficia únicamente al comodatario, quien es deudor de la obligación de restitución.

De acuerdo al mérito de esta disposición legal, el efecto de la infracción de este deber de conservación y de custodia le acarrea el riesgo de demanda de indemnización de perjuicios. Por otro lado, se producirá la terminación anticipada del contrato de comodato, siendo obligado a restituir de manera inmediata el objeto prestado, incluso si hubiere plazo pendiente de restitución.

84.- La doctrina que advierte la existencia de fenómenos resolutorios en este precepto legal estima que el incumplimiento del contrato "dará derecho a que se la restituya al estado anterior al contrato y a que se la reembolse de lo que haya dado con motivo o en vista del contrato".[72]

Este precepto consagraría un caso de incumplimiento al que se aplican los efectos de una condición resolutoria tácita.[73]

85.- Al tratarse del efecto consagrado en este precepto legal, la doctrina simplemente se refiere a la existencia de una "acción personal" nacida del contrato de comodato, que se dirige sólo en contra del comodatario o de sus herederos, tendiente a exigir la restitución de la cosa prestada.[74]

86.- La jurisprudencia reciente ha procedido a la calificación de la restitución de una especie detentada en comodato precario, como consecuencia de no haber hecho buen uso de las instalaciones infraestructura de la Planta de una pertenencia minera, de una *"acción resolutoria"*.[75]

---

[72] Meza Barros, Ramón, *op. cit.*, N.º 123, p. 42.
[73] *Cfr.* Claro Solar, Luis, *op. cit.*, T. X, N.º 158, pp. 173-174.
[74] *Cfr.* Meza Barros, Ramón: *Manual de Derecho Civil: De las Fuentes de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 9ª Edición [act. Pedro Pablo Vergara Varas], 1997, T. II, N.º 18, p. 16.
[75] *Cfr.* Corte de Apelaciones de Copiapó, 1.10.2012, Rol de Ingreso N.º 205 – 2012, red. Ministra señora Mirta Lagos Pino, en *vLex* ID. 400967858, C. 2.º y 3.º.

Actualidad Juridica 29 final.indd 424 21-01-14 11:45

Sin embargo, se ha afirmado en contra que *"si bien posteriormente nacen eventualmente obligaciones para el comodante, como por ejemplo la de indemnizar al comodatario de las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa o de pagar perjuicios ocasionados, la doctrina ha estimado que ello deriva de hechos accidentales, posteriores e independientes del acuerdo y por ello algunos clasifican el contrato como bilateral imperfecto, pero lo cierto es que en esencia para su perfeccionamiento genera solo obligaciones para el comodatario, por consiguiente, no le es aplicable el artículo 1489 del Código Civil para los efectos de establecer la resolución del contrato"*.[76]

87.- A nuestro entender, cuando interviene un plazo en esta obligación, esta causal constituye una situación de *caducidad del mismo*. Ello, porque el supuesto efecto resolutorio de restitución de la especie prestada coincide claramente con el cumplimiento de la única obligación principal que se genera por esta clase de contrato, cual es de restituir.

En consecuencia, *el contrato se termina no por su resolución, sino por la exigencia anticipada de la restitución*. Se desenvuelve este efecto en el cumplimiento forzado anticipado del contrato de comodato.

(b) Contrato de prenda

88.- Otro tanto se produce respecto del contrato de prenda, caso en el cual se advierte que *"si el acreedor abusa de ella, perderá su derecho de prenda, y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada"* (CCCh., art. 2396 inc. 3.º).

89.- En el caso de la prenda, también existe detentación de una especie ajena, por parte del acreedor prendario, quien conserva la prenda mientras no se pague totalmente la obligación. La particularidad de este contrato es que por el mismo no queda habilitado el acreedor prendario para hacer uso de la prenda, ya que el objeto de dicho contrato no es precisamente la utilización de una cosa ajena. Es por ello que los autores advierten que "el simple uso de la cosa constituye abuso".[77]

El único rol que tiene la prenda es servir de caución, no siendo un título que habilite para uso alguno de la especie, ni siquiera constituye un título de mera tenencia, ya que el acreedor prendario no puede apropiarse de la prenda.

90.- Si en los hechos el acreedor "abusa" de la prenda, en el sentido de provocar su destrucción o deterioro, se produce la expiración del derecho real de

[76] Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6.8.2012, Rol de Ingreso N.º 278 – 2012, red. Ministro señor Oscar Clavería Guzmán, en *vLex* ID. 395463910, C. 3.º.
[77] Meza Barros, Ramón, *Fuentes, op. cit.*, T. II, N.º 189, p. 133.

Actualidad Juridica 29 final.indd 425 21-01-14 11:45

prenda, y el deudor tiene el derecho de pedir "la restitución inmediata" de la cosa empeñada.

Este derecho es calificado de resolución del contrato, por consagrarlo expresamente el legislador.[78]

6. (V) Conclusiones

91.- La revisión del conjunto normativo relativo a la destrucción o deterioro de la cosa debida arroja las siguientes conclusiones y observaciones:

1) A lo largo del Código Civil se ubican algunas situaciones en las cuales existe perecimiento total y parcial de una especie o cuerpo cierto debido, asignándose algunas consecuencias para cada una de estas situaciones, y en las cuales un factor importante para asignar cada uno de los derechos y acciones procedentes es la existencia de culpabilidad en esa destrucción o deterioro.

2) En el Código permanecen dispersos un conjunto de preceptos legales en los cuales se declara procedente la resolución del contrato como consecuencia de la destrucción o deterioro de una cosa debida.

3) Como consecuencia de esa dispersión, la doctrina solamente ofrece como factor de unificación el hecho que las referencias a la "rescisión" son incorrectas, y que en su lugar procede hablar de "resolución del contrato".

4) El Código elabora una distinción de criterio, según si se trata de la destrucción o del simple deterioro de la cosa debida.

5) Para el caso de la destrucción culpable de la cosa debida, aparentemente concibe procedente únicamente el cumplimiento por equivalencia, ya que el deudor sigue obligado respecto de su acreedor, y este último tiene el derecho de pedir el precio y una indemnización de perjuicios.

6) En todo caso, en este primer supuesto entendemos procedente la resolución del contrato, concebida esta situación de un incumplimiento resolutorio.

---

[78] *Cfr.* Claro Solar, Luis, *op. cit.*, T. X, N.º 158, pp. 173-174. Meza Barros, Ramón, *op. cit.*, N.º 123, p. 41.
En la doctrina colombiana se advierte que por este precepto legal se introduce una sanción específica al abuso de la prenda por parte del acreedor. *Cfr.* Sanabria Gómez, Arturo: "La Resolución en el Derecho Colombiano", en Gaitán Martínez, José Alberto, y Mantilla Espinosa, Fabricio [dir.]: *La Terminación del Contrato. Nuevas tendencias del Derecho Comparado*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007, pp. 150-151.

Actualidad Juridica 29 final.indd 426 21-01-14 11:45

7) Tratándose del deterioro de la cosa, el legislador estima procedente tanto los remedios de cumplimiento forzado, como de resolución del contrato, e indemnización de perjuicios en ambos casos.

8) No existen muchos puntos de referencia para precisar qué clase de deterioros son los que habilitan para resolver, pero es perfectamente posible estimar que debe tratarse de uno de relevancia; no cualquier daño en la cosa habilita para resolver el contrato.

92.- A partir de lo dicho, es perfectamente posible identificar en este punto la existencia de un régimen especial de resolución del contrato por incumplimiento, que fluye en forma complementaria al caso previsto en el art. 1489 CCCh. En estas particulares sedes, la ley ha previsto especialmente el deterioro de la cosa debida como un caso de incumplimiento, respecto del cual tiene cabida especial este remedio.

Su consagración explícita por la ley permitiría evitar el debate respecto de la procedencia en términos generales de la "condición resolutoria tácita" en contratos que no son propiamente de naturaleza bilateral, como asimismo hace menos rigoroso el debate respecto de la gravedad del incumplimiento en que incurre el deudor, tanto por la magnitud de los daños sufridos por la cosa, como en la circunstancia de tratarse la obligación de custodia o de conservación de una accesoria de carácter complementario, respecto del cual la jurisprudencia pudiera tentarse en desestimar como procedente su resolución.

7. Bibliografía

7.1. Doctrina

Abeliuk Manasevich, René: *Las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 4ª Edición, reimpresión, 2005, Tomos I y II.

Alcalde Silva, Jaime: "El *"Commodum Repraesentationis"* del Artículo 1677 del "Código Civil" de Chile", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXI, 2.º semestre, pp. 37-161.

Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio: *Tratado de las Obligaciones. Volumen de las Obligaciones en General y sus diversas clases*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 2004, Tomo I.

Alessandri Rodríguez, Arturo: *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 2003, Tomo I, Volumen 2.

Alessandri Rodríguez, Arturo: *Derecho Civil, Segundo Año: Teoría de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar ConoSur, 1988.

Actualidad Juridica 29 final.indd 427 21-01-14 11:45

Alessandri Rodríguez, Arturo: *Derecho Civil, Segundo Año, Primera Parte: Teoría de las Obligaciones. Versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil del señor* […]. *Desarrollo de Ramón Latorre Zúñiga*, Santiago de Chile, Imprenta Cisneros, 1930.

Barcia Lehmann, Rodrigo: *Lecciones de Derecho Civil Chileno: Del Acto Jurídico*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, Tomo I.

Barcia Lehmann, Rodrigo: *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De la Teoría de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, Tomo III.

Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1939, Tomo XII [*De las Obligaciones*, Volumen 3].

Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1936, Tomo X [*De las Obligaciones*, Volumen 1].

Código Civil de la República de Chile. Edición revisada i correjida por D. Manuel Amunátegui, *Jefe de sección del Ministerio de Justicia, en virtud de Decreto del Supremo Gobierno i adicionada con el Mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional, el Reglamento del Rejistro Conservatorio de bienes raíces, las leyes sobre Habilitación de edad i Efecto retroactivo de la lei, i con la carta del Sr. D. Andres Bello que interpreta el art. 1618 del Código, la cual va intercalada en las Notas Explicativas que han sido correjidas de los errores i omisiones con que se habían publicado anteriormente*, Valparaíso, Imprenta y Librería del Mercurio de S. Tornero e hijos, 1865.

Elgueta Anguita, Augusto: *Resolución de Contratos y Excepción de Pago*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1981.

Fueyo Laneri, Fernando: *Derecho Civil: De las Obligaciones*, Valparaíso, Imprenta y Litografía Universo, 1958, Tomo IV, Volumen 1.

García Goyena, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo, 1852, Tomo III.

Larraín Ríos, Hernán: *Teoría General de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Lexis-Nexis, 2005.

Meza Barros, Ramón: *Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 10ª edición [act. Pedro Pablo Vergara Varas], 2007.

Meza Barros, Ramón: *Manual de Derecho Civil: De las Fuentes de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 9ª edición [act. Pedro Pablo Vergara Varas], 1997, Tomo II.

Peñailillo Arévalo, Daniel: *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

Pothier, Robert Joseph: *Tratado de las Obligaciones* [trad. al derecho español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores], Barcelona, Imprenta de J. Roger, 1853.

Prieto Ravest, Enrique Horacio: *Teoría General de las Obligaciones*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1959.

Actualidad Juridica 29 final.indd 428 21-01-14 11:45

Ramos Pazos, René: *De las Obligaciones*, Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1998.

Rosende Subiabre, Hugo: *Derecho Civil: Obligaciones. Apuntes tomados en clases del profesor* […] *por Emilio Charad D.*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1953.

Saavedra Galleguillos, Francisco Javier: *Teoría del Consentimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar ConoSur, 1994.

Sanabria Gómez, Arturo: "La Resolución en el Derecho Colombiano", en Gaitán Martínez, José Alberto, y Mantilla Espinosa, Fabricio [dir.]: *La Terminación del Contrato. Nuevas tendencias del Derecho Comparado*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007, pp. 148-152.

Troncoso Larronde, Hernán: *De las Obligaciones*, Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales / Colección de Manuales Derecho Privado, 2004.

7.2. Jurisprudencia

Corte Suprema, 1ª Sala, 12.1.2012, Rol de Ingreso N.º 2.319 – 2011, red. Ministro señor Alfredo Pfeiffer R., en *vLex* ID. 436236274.

Corte Suprema, 1ª Sala, 29.05.2007, Rol de Ingreso N.º 5.044 – 2005, red. del Ministro señor Milton Juica A., en *vLex* ID. 332762290.
Corte Suprema, 1ª Sala, 30.6.2003, Rol N.° 3.463-2002 (red. Ministro señor Eleodoro Ortiz Sepúlveda), en *Gaceta Jurídica*, N.° 277 (Julio 2003), sent. de reempl., p. 84.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6.8.2012, Rol de Ingreso N.º 278 – 2012, red. Ministro señor Óscar Clavería Guzmán, en *vLex* ID. 395463910.

Corte de Apelaciones de Copiapó, 1.10.2012, Rol de Ingreso N.º 205 – 2012, red. Ministra señora Mirta Lagos Pino, en *vLex* ID. 400967858.

Corte de Apelaciones de La Serena, 14.09.2010, Rol de Ingreso N.º 429 – 2010, red. Ministro señor Jaime Franco Ugarte, en *vLex* ID 226577731.

Corte de Apelaciones de Rancagua, 29.11.2006, Rol de Ingreso N.º 1.445 – 2006, en *vLex* ID. 30875571 y CL/JUR/4043/2006.

Corte de Apelaciones de Concepción, 2.8.2001, Rol N.° 783-2000 (red. Ministro Eliseo Araya Araya), en *Gaceta Jurídica*, N.° 262 (Abril 2002), pp. 69 y 70.

Actualidad Juridica 29 final.indd 429 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 430 21-01-14 11:45

Porte de arma de fuego convencional por personal de instituciones armadas fuera del servicio

Rodrigo Vera Lama
Mayor
Oficial del Servicio de Justicia Militar.
Abogado.
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
por la Universidad de Concepción
Fiscal militar letrado titular de Angol,

Resumen: El propósito de este trabajo es estudiar el porte de arma de fuego convencional para defensa personal por los miembros activos y en situación de retiro de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile y Dirección General de Aeronáutica Civil, fuera del servicio, en especial a la luz del Derecho Penal y Administrativo. Así, analizaremos que el delito de porte de arma de fuego convencional es imposible para los agentes que pertencen a estas instituciones armadas. No obstante aquello, estudiaremos otros delitos que sí pueden cometer, además de las restricciones legales sobre porte de arma y eximentes de responsabilidad penal cuando hagan uso de ellas.

*****

Introducción.

La Constitución Política de la República de Chile[1], nuestra Carta Fundamental, en su artículo 103 establece que ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta. Una ley determinará el Ministerio o los órganos de su dependencia que ejercerán la supervigilancia y el control de las armas. Asimismo, establecerá los órganos públicos encargados de fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas a dicho control. Ahora bien, los diversos cuerpos legales que rigen el porte de arma de fuego revisten dicho carácter de quórum calificado a la luz de lo consagrado en la disposición cuarta transitoria –antigua quinta transitoria– de la Constitución Política: "Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas

[1] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 24 de octubre de 1980. Modificación introducida por Ley N° 20.503, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 27 de abril de 2011.

Actualidad Juridica 29 final.indd 431 21-01-14 11:45

constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales". A su vez, es preciso, para hacer el análisis del porte de arma, distinguir entre el personal en servicio activo y en retiro de las respectivas instituciones. Además, estudiaremos la ocurrencia de otros delitos posibles vinculados a armas de fuego, restricciones legales y eximentes de responsabilidad penal.

Personal en servicio activo de las fuerzas armadas (FF. AA.) – Ejército, Armada y Fuerza Aérea, Carabineros, Policía de Investigaciones (PDI), Gendarmería y Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC).

En relación a los organismos militares, es decir, las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) y Carabineros, la Constitución en el artículo 101 inciso final, la Ley Nº 18.948[2], Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas en el artículo 1º y la Ley Nº 18.961[3], Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile en el artículo 2º los define como "cuerpos armados".

Por su parte, respecto de la PDI, el inciso 1º del artículo 24 del DL Nº 2.460[4] establece: "El personal de la Policía de Investigaciones de Chile está autorizado para portar armas de fuego en la forma y condiciones que determine el Reglamento".

En el caso de Gendarmería, su Ley Orgánica, el DL Nº 2.859[5] en el artículo 13 dispone: "El personal perteneciente a las plantas de Oficiales Penitenciarios y de Gendarmes usará armas para el adecuado desempeño de sus funciones, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Nº 17.798[6]"; resultando importante la mención que se hace a la Ley sobre Control de Armas, toda vez que el inciso primero se refiere al "desempeño de sus funciones", es decir, actividades del servicio penitenciario, en cambio, la referencia a la Ley Nº 17.798 hecha en el inciso

[2] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 27 de febrero de 1990.
[3] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 7 de marzo de 1990.
[4] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 24 de enero de 1979. Modificaciones introducidas por Ley Nº 18.322, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 9 de julio de 1984; Ley Nº 18.586, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 24 de diciembre de 1986; y Ley Nº 18.874, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 16 de diciembre de 1989.
[5] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 15 de septiembre de 1979. Modificación introducida por Ley Nº 20.426, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 20 de marzo de 2010.
[6] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 21 de octubre de 1972. Modificaciones introducidas por DL Nº 2.553, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 19 de marzo de 1979; Ley Nº 18.592, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 21 de enero de 1987; Ley Nº 19.047, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 14 de febrero de 1991; y Ley Nº 20.014, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 13 de mayo de 2005.

Actualidad Juridica 29 final.indd 432 21-01-14 11:45

2º apunta al porte fuera del servicio. También respecto de esta Institución, el artículo 3º del Estatuto del Personal, aprobado por el DFL Nº 1.791[7], prescribe que el personal perteneciente a las plantas de Oficiales Penitenciarios y de Suboficiales y Gendarmes podrá hacer uso racional y adecuado de armas en el cumplimiento de sus deberes profesionales y especialmente en casos de legítima defensa o ante el peligro inminente para la vida o la integridad física propia o de terceros. A su vez, la Contraloría General de la República (CGR) en un principio estimó que para portar armamento fuera de la jornada de trabajo los miembros de Gendarmería necesitaban los mismos permisos que debían obtener los particulares (Dictamen Nº 30.660 de 23.SEP.1997); sin embargo este criterio fue reconsiderado, señalándose que los funcionarios de Gendarmería pueden, fuera del servicio, portar armamento particular inscrito ante las autoridades pertinentes, siendo innecesarios los permisos señalados en la Ley Nº 17.798 (Dictámenes Nº 23.783 de 09.JUL.1998 y 24.457 de 12.MAY.2009). La doctrina contenida en estos pronunciamientos, emitidos en base a la normativa legal, puede extrapolarse a los funcionarios de cualquiera de las Instituciones en comento, pues en el artículo 6º de la Ley sobre Control de Armas se encuentran en la misma situación que los miembros de Gendarmería.

Como una forma de destacar que el personal en servicio activo de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y de Gendarmería de Chile tiene un tratamiento especial en la Ley sobre Control de Armas, aun actuando como particular, resulta pertinente mencionar que uno de los requisitos para inscribir un arma, según el artículo 5º A letra c) de la Ley Nº 17.798, es acreditar que el poseedor o tenedor tiene los conocimientos necesarios sobre conservación, mantenimiento y manejo del arma que pretende inscribir, y que posee una aptitud física y psíquica compatible con el uso de armas. Sin embargo, el mismo artículo 5º A establece que la letra c) no se aplicará a los miembros en servicio activo de las citadas Instituciones. Similar norma de exención se encuentra en el artículo 76 del DS Nº 83[8] del Ministerio de Defensa Nacional que aprueba el Reglamento complementario de la Ley sobre Control de Armas. Estas disposiciones de carácter excepcional implican un reconocimiento legal y reglamentario de que estos empleados públicos cuentan con los conocimientos técnicos y la aptitud física y psíquica para poseer un arma, lo que se relaciona también con el tratamiento diverso que tienen estos efectivos en cuanto a que no necesitan permiso de las Autoridades Fiscalizadoras (AA. FF.) para portar armas. Así, tanto para poseer como para portar, la Ley hace una distinción entre el común de las personas y las que pertenecen a estas Instituciones, que son servidores públicos preparados y habituados en el uso de armas, y constantemente sometidos a estrictas evaluaciones de sus aptitudes. Además,

[7] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 4 de septiembre de 1989. Modificación introducida por Ley Nº 20.426.
[8] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 13 de mayo de 2008.

Actualidad Juridica 29 final.indd 433 21-01-14 11:45

desde un punto de vista histórico, cuando se dictó la Ley Nº 17.798 en 1972, a consecuencia de la proliferación de grupos de civiles armados que ponían en riesgo la Seguridad del Estado, también se consideró una disposición similar a la que rige hoy y que señalaba que no requiere permiso de porte el personal de las "Fuerzas Armadas, Cuerpo de Carabineros de Chile, Dirección General de Investigaciones, el Servicio de Vigilancia de Prisiones y el Departamento de Investigaciones Aduaneras de la Superintendencia de Aduanas, sin perjuicio de lo que disponga la reglamentación institucional respectiva".[9] Así, recurriendo a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, según lo prescribe el artículo 19 inciso 2º del Código Civil[10], se concluye que desde siempre la intención del legislador ha sido dar un tratamiento especial a estos funcionarios públicos, por los motivos ya expresados.

Ahora bien, la Ley sobre Control de Armas en el artículo 6º incisos 1º y 2º señala: "Ninguna persona podrá portar armas de fuego fuera de los lugares indicados en el artículo 5º (el bien raíz declarado correspondiente a residencia, a sitio de trabajo, al lugar que se pretende proteger u otro lugar que se indique y autorice) sin permiso de las autoridades señaladas en el artículo 4º (AA. FF.), las que podrán otorgarlo en casos calificados y en virtud de una resolución fundada, de acuerdo con los requisitos y modalidades que establezca la Dirección General de Movilización Nacional (DGMN). El permiso durará un año como máximo y sólo autorizará al beneficiario para portar un arma. Estas autorizaciones se inscribirán en el Registro Nacional de Armas". Luego, el inciso 3º agrega: "No requerirá este permiso el personal señalado en el inciso cuarto del artículo 3º (FF. AA., Carabineros, PDI, Gendarmería y DGAC), sin perjuicio de lo que disponga la reglamentación institucional respectiva. Asimismo, no requerirán este permiso, los aspirantes a oficiales de Carabineros ni los aspirantes a oficiales de la Policía de Investigaciones, que cursen tercer año en las Escuelas de Carabineros y de Investigaciones Policiales, durante la realización de las respectivas prácticas policiales". Tratándose de otras personas, el inciso 4º prescribe: "Se exceptúan también los deportistas, los cazadores y los vigilantes privados que sean autorizados por la autoridad contralora y que cumplan con los requisitos señalados en el reglamento. Tendrán la calidad de cazadores aquellos que cuenten con permiso de caza al día otorgado por el Servicio Agrícola y Ganadero y los deportistas que se encuentren debidamente inscritos en clubes afiliados a federaciones cuyos socios utilicen armas como implementos deportivos. Estas autorizaciones no constituyen permiso de porte de armas y solo habilitan para transportar y utilizar armas en las actividades indicadas".

[9] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. "Historia de la Ley Nº 17.798" [en línea], [Consulta: 1 de marzo de 2013]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/28053/1/HL17798Imagen.pdf>.

[10] Vigente desde el 1 de enero de 1857.

Actualidad Juridica 29 final.indd 434 21-01-14 11:45

Por su parte el artículo 138 del Reglamento complementario de la Ley Nº 17.798 expresa: "Ninguna persona podrá portar armas de fuego fuera del bien raíz declarado en su inscripción, correspondiente a su residencia, su sitio de trabajo o lugar que se pretende proteger, sin la autorización de las Autoridades Fiscalizadoras, las que podrán otorgarlo en casos calificados y en virtud de una resolución fundada, de acuerdo con los requisitos y modalidades que establezca la Dirección General de Movilización Nacional". A su vez, el artículo 142 dispone: "No requerirán el permiso de Porte de Arma de Defensa Personal los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile, sin perjuicio de lo que disponga la reglamentación de cada institución, en el control y autorización del porte de estas armas. Asimismo no requerirán este permiso los Aspirantes a Oficiales de Carabineros y los Aspirantes a Oficiales de la Policía de Investigaciones que cursen tercer año en la realización de las respectivas prácticas policiales. No obstante, si estas armas son de propiedad particular, deberán estar inscritas en las respectivas Autoridades Fiscalizadoras". Aquí se observa cierta incongruencia entre la Ley y este Reglamento, pues en la primera se menciona a Gendarmería y la DGAC, en cambio, en el último, no. Sin embargo, por la jerarquía normativa prevalece la norma legal.

Así, resulta indiferente si el armamento es de propiedad particular o fiscal, o si el funcionario se encuentra de servicio o fuera de él, para efectos de la exención del permiso de porte que otorgan las AA. FF., pues el artículo 6º de la Ley Nº 17.798 no distingue respecto del dominio del arma ni del momento en que se porta. Incluso el artículo 142 del Reglamento, con ocasión de referirse a los que están exentos del permiso de porte que dan las AA. FF., incluye expresamente las armas particulares de los miembros de la Instituciones, disponiendo solo que deben inscribirse en las AA. FF., teniendo en definitiva aplicación lo consagrado en el artículo 5º A de la Ley 17.798 y 76 del Reglamento, donde se establece que no necesitan acreditar conocimientos técnicos y la aptitud física y psíquica para poseer un arma los funcionarios en comento. El anterior planteamiento es también refrendado por la doctrina contenida en los precitados dictámenes de la Contraloría General de la República respecto del personal de Gendarmería, siendo aplicable este razonamiento, como ya se expresó, a los agentes de las demás Instituciones.

Con respecto al delito de porte ilegal de arma de fuego convencional, el artículo 11 de la Ley Nº 17.798 al tipificarlo establece: "Los que portaren armas de fuego sin el permiso establecido en el artículo 6º serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo. Sin embargo, si de las circunstancias o antecedentes del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o porte del arma estaba destinado a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, se aplicará únicamente

Actualidad Juridica 29 final.indd 435 21-01-14 11:45

la pena de multa de once a cincuenta y siete unidades tributarias mensuales. En tiempo de guerra, la pena será de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo, siempre que las circunstancias o antecedentes permitan presumir al tribunal que el arma que se portaba estaba destinada a alterar el orden público o a atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o a civiles".

Luego, el artículo 6º inciso 3º señala que no requieren el permiso de porte de las AA. FF. el personal de las Instituciones analizadas "sin perjuicio de lo que disponga la reglamentación institucional respectiva", debiendo entenderse esta última expresión en el sentido de que si alguna de estas personas tiene restringido el porte debido a una disposición de carácter interno de las Instituciones mencionadas, y aun así porta arma, a lo más se hace acreedor de una sanción administrativa o disciplinaria, pero en ningún caso comete el delito de porte ilegal de arma de fuego. Lo anterior se fundamenta en que la conducta descrita en el artículo 11 consiste en portar armas de fuego "sin el permiso establecido en el artículo 6º", y esta última norma, como vimos, es clara al señalar que no requieren permiso de porte de arma de fuego las personas ya mencionadas. Por lo demás, el artículo 11 se refiere en singular a "el permiso", de tal forma que la referencia se entiende hecha al que otorgan las AA. FF.: "Ninguna persona podrá portar armas de fuego fuera de los lugares indicados en el artículo 5º sin permiso de las autoridades señaladas en el artículo 4º (...) El permiso durará un año como máximo (...) No requerirá este permiso el personal (...)". Se complementa esto con lo señalado en el artículo 142 del Reglamento de la Ley Nº 17.798, que establece que es la Institución respectiva la que puede disponer en lo relativo al "control y autorización del porte", siendo improcedente, en consecuencia, que normas internas de menor jerarquía que la ley ordenen, por ejemplo, que el funcionario que quiera portar un arma deba tramitar el permiso como un habitante cualquiera ante las AA. FF. Así también se razonó en la sentencia de 04.SEP.2007 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, dictada en causa RIT 131 – 2007 / RUC 0710007930 – K, donde, por unanimidad, se absolvió del delito de porte ilegal de arma de fuego a un miembro de Gendarmería: "TRIGÉSIMO: Que teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley Nº 17.798, disposición que en su inciso primero señala la regla general de que ninguna persona podrá portar armas de fuego sin el permiso de las autoridades señaladas en el artículo 4º de la misma; pero el inciso tercero del señalado artículo 6º nos indica la excepción a esta regla, esto es, que no requerirán de este permiso el personal señalado en el inciso 4º del artículo 3º, entre los que se encuentra el de Gendarmería de Chile y, siendo un hecho no discutido que el acusado a la fecha de comisión del delito pertenecía a la dotación de dicha Institución, no cabe sino concluir que él no requería autorización especial para portar armas de fuego, por ende la acción de porte de armas por él desplegada no se encuentra penada por la ley, de modo que procede absolverlo de la acusación particular que le imputaba

Actualidad Juridica 29 final.indd 436 21-01-14 11:45

una participación culpable en este ilícito. En nada desvirtúa lo anteriormente razonado el hecho que el mencionado inciso cuarto del artículo 3º de la Ley Nº 17.798 indique que los funcionarios excluidos de la autorización para portar armas podrán utilizar éstas en la forma que señale el respectivo reglamento orgánico institucional, pero el reglamento Nº 1.316 sobre uso de armas para el personal de Gendarmería de Chile no señala en parte alguna la manera en que los funcionarios de dicha Institución utilizarán sus armas particulares, situación acontecida en la especie, sino que la única referencia que efectúa al respecto está contenida en su artículo 7º, el cual señala la prohibición de portar armamento particular en funciones de Servicio, indicando además, expresamente, la autorización para portarlo cumpliendo con lo establecido en el artículo 6º de la Ley Nº 17.798, norma esta última que, como se dijo, en concordancia con lo preceptuado en el inciso cuarto del artículo 3º, faculta a los funcionarios de Gendarmería para el porte de armas de fuego. Cabe destacar además, que requiriendo la cuestión debatida, esto es, si el acusado tenía o no autorización para portar armas, de una interpretación jurídica –atento a la calidad de Gendarme de éste– la prueba testimonial rendida por la querellante resultó inoficiosa al respecto; sin perjuicio de lo cual tanto don (…), quien desempeña entre otras funciones la constatación de los registros de armamento de servicio y la inscripción del particular, como asimismo don (…), jefe de seguridad del Complejo Penitenciario de Acha, concluyeron que el personal de Gendarmería se encuentra facultado para portar armamento particular y que si bien respecto de este último además de inscribirlo en el cantón correspondiente deben registrarlo en Gendarmería y la omisión de este último trámite, que es precisamente el reprochado por la querellante, constituye únicamente una infracción de tipo administrativo, pero no reviste el carácter de delito (…) III.- Se absuelve a (…) de la querella particular que le sindica una participación culpable en el delito de porte ilegal de arma de fuego presuntamente cometido (…)". Por otro lado, tratándose de deportistas, cazadores y vigilantes privados, la Ley expresamente señala que las autorizaciones no constituyen permiso de porte de armas y solo habilitan para transportar y utilizar armas en las actividades indicadas, cosa que no sucede al momento de referirse al personal de las FF. AA. (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), Carabineros, PDI, Gendarmería y DGAC. A su vez, si se estimara lo contrario, se pone en una difícil situación al policía fiscalizador en la vía pública, que lo más probable es que desconozca la reglamentación interna de cada Institución –la que por cierto no es de dominio público–, y al estar frente a un sujeto que porta un arma de fuego debidamente inscrita y se identifica civil e institucionalmente como miembro de uno de estos cuerpos analizados, no tendría todos los antecedentes necesarios para detenerlo por el delito flagrante de porte ilegal de arma de fuego. Es decir, no resulta conveniente que un procedimiento policial de detención por delito flagrante quede supeditado al conocimiento preciso de la reglamentación interna de cada Institución. Por último, se debe tener presente que en Derecho Penal

Actualidad Juridica 29 final.indd 437 21-01-14 11:45

rige el principio de legalidad, no teniendo cabida la interpretación extensiva en perjuicio del autor, según se desprende del artículo 19 Nº 3 inciso final de la Constitución: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

Personal en situación de retiro de las FF. AA. (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), Carabineros y PDI.

Tratándose del personal en retiro de las FF. AA. (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) y Carabineros, el artículo único del DL Nº 3.356[11] establece que los Oficiales Generales (General de Ejército, General de División, General de Brigada, Almirante, Vicealmirante, Contraalmirante, General del Aire, General de Aviación, General de Brigada Aérea, General Director de Carabineros, General Inspector de Carabineros y General de Carabineros), Oficiales Superiores (Brigadier / Coronel, Comodoro / Capitán de Navío, Comodoro / Coronel de Aviación, Coronel de Carabineros), Tenientes Coroneles o equivalentes (Capitán de Fragata y Comandante de Grupo) y Suboficiales Mayores en retiro de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile[12] que estén autorizados –por la respectiva autoridad militar– a mantener la Tarjeta de Identificación Institucional que les correspondía en servicio activo, estarán facultados para portar las armas de fuego que tengan debidamente inscritas a su nombre, sin perjuicio de aplicárseles lo que disponga la reglamentación institucional respectiva para el personal en servicio activo.

Conviene aquí hacer presente que no resulta del todo apropiada la redacción del precepto, pues no siempre se podrá homologar la situación de los miembros en retiro con los que están en servicio activo. Por ejemplo, las disposiciones institucionales relativas al personal activo pueden señalar que para portar armas es necesario pedir autorización al calificador directo, resultando una norma de ese tenor incompatible con el personal en retiro toda vez que no está sujeto a calificación. En otros casos sí puede haber armonía, verbigracia, si la reglamentación interna señala que se suspende el porte de arma al funcionario en tratamiento sicológico, dicha norma también se puede aplicar al personal en retiro.

La Contraloría General de la República se ha pronunciado señalando que este personal en retiro se encuentra facultado para portar armas en las condiciones que el DL Nº 3.356 indica (Dictamen Nº 22.743 de 30.ABR.2010).

[11] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 23 de mayo de 1980. Modificaciones introducidas por DL Nº 3.429, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 26 de junio de 1980; DL Nº 3.552, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 14 de enero de 1981; y Ley Nº 18.874.

[12] Los grados y la escala jerárquica se encuentran en el artículo 36 de la Ley Nº 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas y en el artículo 6º de la Ley Nº 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros. La denominación no constitutiva de grado jerárquico de Brigadier o Comodoro está regulada en el artículo 60 del DFL Nº 1/1997 del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. Diario Oficial de la República, Santiago, 27 de octubre de 1997.

Actualidad Juridica 29 final.indd 438 21-01-14 11:45

Respecto del personal en retiro de la PDI, el inciso 2º del artículo 24 del DL Nº 2.460 (Ley Orgánica de la PDI) establece que los Oficiales Policiales de los grados de Director General, Subdirectores (actualmente Prefectos Generales), Prefectos Inspectores, Prefectos y Subprefectos, de la Policía de Investigaciones de Chile en retiro[13], estarán facultados para portar armas de fuego que tengan debidamente inscritas a su nombre, previa autorización otorgada por el Director General, sin perjuicio de aplicárseles lo que disponga la reglamentación respectiva para el personal en servicio activo. Sobre el particular se ha pronunciado la Contraloría General de la República, expresando que este personal puede portar armas en la medida que cuente con la autorización del Director General (Dictamen Nº 3.451 de 16.ENE.2013).

La prerrogativa establecida por la ley respecto de estos ex servidores públicos que alcanzaron cierta graduación en las Instituciones, tiene su fundamento en el hecho de que se trata de personas que adquirieron, además de conocimientos y experiencia en el empleo de armas de fuego, un nivel importante de confiabilidad luego de haber permanecido en servicio activo, sujetos a un estricto sistema de evaluación, una significativa cantidad de años.

En relación a los funcionarios en retiro de Gendarmería y de la DGAC, no existe una norma legal que los faculte para portar armas de fuego o bien que señale que es innecesario respecto de ellos el permiso que dan las AA. FF. En consecuencia, si pretenden portar arma, deben solicitar el permiso a una Autoridad Fiscalizadora según las reglas generales.

Ahora bien, tal como hicimos el análisis del delito de porte ilegal de arma de fuego respecto del personal en servicio activo, en esta oportunidad nos detendremos a estudiar la situación referida a los miembros en retiro. Como ya vimos, la conducta típica del artículo 11 de la Ley Nº 17.798 consiste en portar armas de fuego "sin el permiso establecido en el artículo 6º" (es decir, el que otorgan las AA. FF.). Creemos que el criterio a seguir debe ser el mismo utilizado para el personal en servicio activo, toda vez que, atendido lo dispuesto en el DL Nº 3.356 (también es necesaria la autorización para mantener la Tarjeta de Identificación Institucional que les correspondía en servicio activo) y en el DL Nº 2.460 (también es necesaria la autorización del Director General), el personal en retiro antes determinado no precisa de autorización de las AA. FF. para portar arma, y, en consecuencia, al no serle necesario tal permiso, no puede cometer el delito de porte ilegal de arma de fuego convencional. Además, el artículo 10 Nº 10 del Código Penal establece que está exento de

[13] Los grados y jerarquías se encuentran en el artículo 8º del DFL Nº 1/1980 del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de Policía de Investigaciones, Diario Oficial de la República, Santiago, 11 de noviembre de 1980. La equivalencia entre el antiguo grado de Subdirector y el nuevo de Prefecto General está en el artículo 5º de la Ley Nº 19.586. Diario Oficial de la República, Santiago, 25 de septiembre de 1998.

Actualidad Juridica 29 final.indd 439 21-01-14 11:45

responsabilidad penal el que obra en el ejercicio legítimo de un derecho. Luego, la conducta no es antijurídica.

Asimismo, por no estar insertas la disposiciones en la Ley Nº 17.798, se presenta la duda sobre qué se entiende por portar, ya que a dicho aspecto se refiere el artículo 6º de la misma ley al expresar "fuera de los lugares indicados en el artículo 5º", es decir, el bien raíz declarado correspondiente a residencia, a sitio de trabajo, al lugar que se pretende proteger u otro lugar que se indique y autorice; en cambio, para el personal en retiro no hay norma similar. En este caso, haciendo una interpretación sistemática de las normas que rigen el control de armas y teniendo presente el espíritu general de la legislación, de conformidad a los artículos 22 inciso 2º y 24 del Código Civil, no cabe sino concluir lo mismo. Luego, el porte para el personal en retiro también se refiere a hacerlo fuera de dichos lugares.

Además, en estos casos la expresión "sin perjuicio de aplicárseles lo que disponga la reglamentación respectiva, para el personal en servicio activo" debe entenderse en el sentido de que si una de estas personas infringe alguna disposición interna de la respectiva Institución sobre el porte de armas de fuego, a lo más se hace acreedor de una medida que imponga la respectiva autoridad institucional (v. gr. suspender el derecho a mantener la Tarjeta de Identificación Institucional que les correspondía en servicio activo, que es el requisito habilitante del porte de arma), pero en ningún caso comete el delito de porte ilegal de arma de fuego convencional.

Otros delitos posibles.

De todas maneras, en relación al personal en servicio activo y en retiro, resulta conveniente precisar que si bien es cierto no pueden ser sujetos activos del delito de porte ilegal de arma de fuego convencional, esto no implica que no puedan cometer otros delitos. Así, por ejemplo, se puede citar la tenencia y porte ilegal de armas y elementos prohibidos a que se refieren los artículos 13 y 14 de la Ley Nº 17.798. Verbigracia, en el artículo 3º inciso 1º se establece que ninguna persona podrá poseer o tener un arma semiautomática de mayor efectividad por sus dispositivos de puntería. A su vez, el artículo 4 letra i) del DS Nº 83 regula como elemento de posesión o tenencia prohibida cualquier arma semiautomática de mayor efectividad por sus dispositivos de puntería que no se encuentren autorizados y debidamente calificados como permitidos por la Dirección General de Movilización Nacional. En este sentido, la resolución DGMN.DEJU. (P) Nº 9000/126 de 31.MAY.2012 menciona como accesorio controlado, las miras. Luego, la resolución DGMN.DCAE/SDA. Nº 9000/64 de 01.ABR.2003, punto 4, letra e. de "Resuelvo", confirmada por la resolución DGMN.DCAE. Nº 9000/204 de 01.SEP.2003, punto 5 de "Resuelvo" prohíbe

Actualidad Juridica 29 final.indd 440 21-01-14 11:45

la importación, internación, comercialización, posesión, tenencia e inscripción, para toda persona natural o jurídica, de armas de cualquier tipo y calibre dotadas de aparatos especiales de puntería, de rayos láser, de rayos infrarrojos, etc. En consecuencia, un miembro de estas Instituciones, por ejemplo, si le adosa a su pistola semiautomática una mira láser, comete el delito de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida. Es conveniente también expresar que el artículo 3º inciso 4º de la Ley Nº 17.798 señala que se exceptúa de estas prohibiciones a las Fuerzas Armadas y a Carabineros de Chile. La Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y la Dirección General de Aeronáutica Civil, estarán exceptuadas solo respecto de la tenencia y posesión de armas automáticas livianas y semiautomáticas, y de disuasivos químicos, lacrimógenos, paralizantes o explosivos y de granadas, hasta la cantidad que autorice el Ministro de Defensa Nacional, a proposición del Director del respectivo Servicio. Estas armas y elementos podrán ser utilizados en la forma que señale el respectivo Reglamento Orgánico y de Funcionamiento Institucional. Sin embargo, esto debe entenderse como que la exceptuada es la Institución, pero no el funcionario como tal. Por ejemplo, si Carabineros de Chile, como Institución, quiere dotar a un grupo especial con rifles con miras láser puede hacerlo, pero no así un miembro integrante instalársela por iniciativa propia a su arma particular.

En este mismo orden de ideas, si, por ejemplo, el arma no está inscrita, se comete el delito de tenencia ilegal de arma de fuego convencional a que alude el artículo 9º de la Ley Nº 17.798.

Otros ejemplos de delitos posibles son las faltas de los artículos 494 Nº 4 y 496 Nº 12 del Código Penal[14], donde se sanciona con multa de una a cuatro UTM al que amenazare a otro con armas blancas o de fuego y el que riñendo con otro las sacare, como no sea con motivo justo; y al que dentro de las poblaciones y en contravención a los reglamentos disparare armas de fuego, cohetes, petardos u otros proyectiles, respectivamente.

Restricciones legales.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 72 del Código Aeronáutico[15], el pasajero que se embarque en una aeronave, aunque esté legalmente autorizado para portar armas, deberá, antes de iniciar el vuelo entregarlas al comandante o a quien éste designe, las que le serán restituidas una vez finalizado ese vuelo.

[14] Vigente desde el 12 de noviembre de 1874. Modificaciones introducidas por Ley Nº 19.164, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 2 de septiembre de 1992; Ley Nº 19.975, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 5 de octubre de 2004; Ley Nº 20.253, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 14 de marzo de 2008; y Ley Nº 20.480, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 18 de diciembre de 2010.

[15] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 8 de febrero de 1990.

Actualidad Juridica 29 final.indd 441 21-01-14 11:45

También, en la Ley Nº 20.066[16] sobre violencia intrafamiliar, se faculta al Juez para decretar la medida accesoria de prohibición de porte de armas de fuego (artículos 9º letra c) y 16). A su vez, la Ley Nº 19.995[17] (artículo 9º letra d)) sobre Casinos de Juego y el DS Nº 287[18] (artículo 9º) del Ministerio de Hacienda, Reglamento complementario de dicha Ley, establecen que no podrán ingresar a las salas de juego o permanecer en ellas los que porten armas, con excepción de los funcionarios de Carabineros e Investigaciones de conformidad con la legislación y reglamentación respectivas. Por su parte, el artículo 6º de la Ley Nº 19.327[19] establece el delito de porte de armas dentro de un recinto deportivo o en sus inmediaciones con motivo u ocasión de un espectáculo de fútbol profesional, situación que en el caso del personal en comento debe resolverse a la luz de lo dispuesto en el artículo 10 Nº 10 del Código Penal, precepto que señala que está exento de responsabilidad penal el que obra en el ejercicio legítimo de un derecho. En este mismo sentido, el DS Nº 296[20] del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Reglamento de la Ley precitada, en el artículo 5º Nº 2 dispone que los Intendentes deben exigir a los dueños o administradores de los recintos deportivos prohibir el ingreso de personas que intentaren introducir o introdujeren armas de fuego.

Eximentes de responsabilidad penal.

Respecto de los funcionarios en comento cuando hacen uso de armas de fuego fuera del servicio solo corresponde recurrir a las normas generales del Código Penal (v. gr. legítima defensa propia, de parientes, de extraños y privilegiada o presunta – artículo 10 del Código Penal). Ahora bien, sin perjuicio de que el Reglamento de la Ley Nº 17.798 clasifica las armas en diversas categorías, siendo una de ellas la "defensa personal", y que cuando nos referimos al porte, lo hacemos en relación a este fin, a nuestro juicio el que sea para "defensa personal" no implica que no pueda ser usada excepcionalmente para defender la vida de un tercero. Es decir, la expresión "defensa personal" que usa el Reglamento tiene por objetivo realizar una distinción en función del propósito, respecto de la "seguridad y protección", "caza", "deporte", "colección", etc., orientando el empleo del arma para el caso en que haya necesidad racional de usarla para impedir o repeler una agresión ilegítima, pero en ningún caso hace improcedente la eximente de responsabilidad criminal de legítima defensa si se hace un adecuado uso de ella para defender a una persona distinta del propietario del arma. Además, que ésta sea para "defensa personal", estima-

[16] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 7 de octubre de 2005.
[17] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 7 de enero de 2005.
[18] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 6 de mayo de 2005.
[19] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 31 de agosto de 1994.
[20] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 8 de mayo de 2012.

Actualidad Juridica 29 final.indd 442 21-01-14 11:45

mos que tampoco constituye una restricción para que solo pueda concurrir la eximente de legítima defensa del artículo 10 Nºs 4, 5 y 6 del Código Penal, sino que también es procedente, verbigracia, el estado de necesidad justificante (artículo 10 Nº 7) y exculpante (artículo 10 Nº 11). Así, de forma ilustrativa, señalamos el siguiente caso: Supongamos que un miembro de las Instituciones estudiadas, portando su arma de fuego en la vía pública, es atacado por un perro de propiedad de un tercero poniendo en peligro su integridad física, hace uso del armamento dando muerte al can. Luego, ante esa hipótesis, podemos afirmar que la conducta queda amparada por la eximente de responsabilidad penal de estado de necesidad.

En otro sentido, por ser también una materia relevante, está el caso del concurso delictual. A través de un ejemplo se explicará esta situación: Un miembro de las Instituciones analizadas, portando un arma de fuego no inscrita a su nombre, en la vía pública es víctima de un delito de robo con intimidación por un grupo de sujetos premunidos de armamento. Debido a lo anterior, el funcionario se defiende y da muerte a unos de los agresores. En este ejemplo se deben distinguir dos situaciones, a saber: Por un lado la tenencia ilegal de arma cometida por el agente, y por otro, la muerte causada al delincuente que pudiera estar amparada por la legítima defensa. Es decir, el hecho de tener ilegalmente un arma de fuego no contamina ni hace improcedente la concurrencia de una eximente de responsabilidad criminal, sino que son cosas independientes. El caso debería terminar con el funcionario condenado o con una salida alternativa por tenencia ilegal de arma de fuego convencional y absuelto o sobreseído de homicidio por haber obrado en legítima defensa.

Finalmente, para la hipótesis de empleo de armas de fuego fuera del servicio no resultan aplicables las eximentes de los incisos 1º (uso de armas por un militar para cumplir consigna) y 2º (uso de armas por el personal de las Fuerzas Armadas cuando resguarda el orden y seguridad pública) del artículo 208, 374 (uso de armas contra el prisionero de guerra fugitivo), 404 (uso de armas por la policía marítima), 410 (uso de armas por Carabineros en defensa propia o de un extraño), 411 (uso de armas por Carabineros en contra del preso o detenido que huye) y 412 (uso de armas por Carabineros que tienen la obligación de velar una orden judicial), todos del Código de Justicia Militar.[21] Algo similar sucede respecto de la PDI en el artículo 23 bis del DL Nº 2.460 (uso de armas para cumplir un deber profesional).

[21] Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 19 de diciembre de 1944. Modificaciones introducidas por Ley Nº 18.342, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 26 de septiembre de 1984; y DL Nº 3.425, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 14 de junio de 1980.

Actualidad Juridica 29 final.indd 443 21-01-14 11:45

Reflexiones finales.

Luego de las consideraciones anteriores, no cabe sino concluir que históricamente ha existido un tratamiento especial para los miembros de las Instituciones armadas aun cuando actúan como particulares respecto de las armas de fuego convencionales, y no podía ser de otra manera, pues las armas son parte fundamental de la profesión militar, policial y penitenciaria, al punto de que forman parte de la denominación de cierto grupo de estas Instituciones: Fuerzas "Armadas".

Así como para inscribir un arma particular la ley es menos exigente respecto de un funcionario de estas Instituciones armadas, lo mismo sucede para portarla con fines de defensa personal, donde no se requiere el permiso que otorgan las AA. FF., según se desprende de las disposiciones legales, reglamentarias, dictámenes de la Contraloría General de la República y jurisprudencia; no cometiendo este personal, en caso alguno, el delito de porte ilegal de arma de fuego. Eso si, como ya expresamos, esto rige respecto del armamento convencional. No puede un integrante de estas Instituciones, por ejemplo, poseer un arma automática o, semiautomática con mira láser, ya que constituyen elementos prohibidos, que solo están autorizados para las Instituciones en cuanto tales.

A su vez, todo lo dicho es respecto de armas inscritas para defensa personal, y no, por ejemplo, para aquellas de caza o deporte, según se sigue del artículo 6º de la Ley Nº 17.798 y 142 del DS Nº 83, Reglamento de la citada Ley.

Luego, ante una eventual fiscalización a un miembro de estas Instituciones que se encuentre portando armamento, solo basta con exhibir un documento de identificación civil (v.gr. cédula de identidad), la respectiva tarjeta de identificación institucional (v.gr. TIM) y el padrón del arma, en caso de que sea de propiedad particular.

Por otro lado, cuando se emplea el arma de fuego fuera del servicio, no existe una protección legal especial para los funcionarios pertenecientes a estas Instituciones, a través de eximentes o atenuantes de responsabilidad penal, sino que rigen las normas generales del Código Penal, a las que está sometido cualquier habitante de la República.

Ahora bien, reconociendo que el ordenamiento jurídico nacional nada dice sobre la forma del porte, si debe ser visible, disimulado u oculto, lo coherente, atendido que el fin primordial es la defensa personal, es que no se realice ostentación del arma, no obstante que ésta siempre debe estar en condiciones de ser oportunamente empleada, ya que de lo contrario resulta inoficioso portarla. Además debe tenerse presente que para el común de las personas ver a un militar uniformado y armado no representa una amenaza ni algo extraño; en

Actualidad Juridica 29 final.indd 444 21-01-14 11:45

cambio, ver al mismo funcionario, de civil, portando un arma incluso de manera disimulada, puede generar incomodidad o temor si se desconoce la condición de militar del sujeto, y hasta ser confundido con un delincuente, sobre todo si se considera que en Chile el porte de arma por personas no pertenecientes a ciertas Instituciones se halla bastante restringido, resultando, en consecuencia, extraño ver gente armada vistiendo de paisano.

En el mismo sentido, la legislación nacional no contempla el delito de porte de arma de fuego bajo la influencia del alcohol o en estado de ebriedad, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la conducción de un vehículo en esas condiciones. Sin embargo, por afectar el alcohol los sentidos que son fundamentales para usar correctamente un arma, resulta lógico que no se debe emplear el armamento en las hipótesis antes reseñadas. Por otro lado, lo que sí constituye una circunstancia agravante de responsabilidad penal, es cometer un delito portando armas de fuego, según lo dispone el artículo 12 Nº 20 del Código Penal.

Fuentes consultadas.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. "Historia de la Ley Nº 17.798" [en línea], [Consulta: 1 de marzo de 2013]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/28053/1/HL17798Imagen.pdf>.

Constitución Política de la República de Chile.

Código Civil.

Código Penal.

Código de Justicia Militar.

Código Aeronáutico.

Ley Nº 17.798.

Ley Nº 18.322.

Ley Nº 18.342.

Ley Nº 18.586.

Ley Nº 18.592.

Ley Nº 18.874.

Ley Nº 18.948.

Actualidad Juridica 29 final.indd 445 21-01-14 11:45

Ley Nº 18.961.

Ley Nº 19.047.

Ley Nº 19.164.

Ley Nº 19.327.

Ley Nº 19.586.

Ley Nº 19.975.

Ley Nº 19.995.

Ley Nº 20.014.

Ley Nº 20.066.

Ley Nº 20.253.

Ley Nº 20.426.

Ley Nº 20.480.

Ley Nº 20.503.

DFL Nº 1/1980 del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de Policía de Investigaciones.

DFL Nº 1/1997 del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

DL Nº 2.460.

DL Nº 2.553.

DL Nº 2.859.

DL Nº 3.356.

DL Nº 3.425.

DL Nº 3.429.

DL Nº 3.552.

DS Nº 83.

DS Nº 287.

DS Nº 296.

Dictamen CGR Nº 30.660.

Actualidad Juridica 29 final.indd 446 21-01-14 11:45

Dictamen CGR Nº 23.783.

Dictamen CGR Nº 24.457.

Dictamen CGR Nº 22.743.

Dictamen CGR Nº 3.451.

Resolución DGMN.DCAE/SDA. Nº 9000/64.

Resolución DGMN.DCAE. Nº 9000/204.

Resolución DGMN.DEJU. (P) Nº 9000/126.

Sentencia de 04.SEP.2007 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, dictada en causa RIT 131 – 2007 / RUC 0710007930 – K.

Actualidad Juridica 29 final.indd 447 21-01-14 11:45

Consideraciones sobre el efecto social de la innovación científica y algunas de sus consecuencias en la responsabilidad civil.

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.

Resumen: Nadie duda que las transformaciones producidas a raíz de los avances científicos y técnicos deben estar guiadas a mejorar la condición del hombre y a afianzar su libertad (parte III, N°s 4 y 5)[1]. Sin perjuicio de lo anterior, en ciertas situaciones los fines mencionados no se concretizan, y el anhelado bienestar no es más que una utopía. Sea por los daños producidos a consecuencia de una innovación imprudente, sea en razón de la posición en extremo riesgosa a la que se expone a las comunidades producto de un desarrollo ambicioso. Es bajo estos supuestos que la responsabilidad civil evoluciona constantemente. Por otro lado, estamos persuadidos en que cada sistema jurídico y su complejidad inherente, constituye más bien una respuesta a las interrogantes planteadas por las sociedades, generadas a consecuencia del desarrollo de las artes y de su impacto en la comunidad. Es por ello que el Derecho de la responsabilidad civil no puede observar marginalmente o como un simple espectador un problema social contingente, a saber: los daños o las eventuales consecuencias dañosas derivadas de los avances científicos, lo que dicho en términos jurídicos corresponde **a la integración del riesgo y de las incertidumbres derivadas de la innovaci**ón y del desarrollo tecnológico dentro de las fronteras del instituto resarcitorio.

*****

Introducción

1.- A medida que los avances científicos y tecnológicos se apoderan del escenario de la innovación, la multiplicación de los riesgos y el velo de la inseguridad

* Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

1 L. GARRIDO CORDOBERA y J. BUSTO LAGO, *Los riesgos del desarrollo una visón comparada. Derecho argentino y Derecho español*, Ed. Reus, Colección Derecho de Daños, Madrid, 2010, p. 28.

Actualidad Juridica 29 final.indd 449 21-01-14 11:45

impactan a la población provocando nuevas interpretaciones de las herramientas disponibles o derechamente **cambios en los modelos de resarcimiento**. Dejamos claro que nuestro objetivo de ninguna manera consiste en apuntar al avance tecnológico como una suerte de producción diabólica de nuestro tiempo, por ningún motivo. Es más, mucho le debe la especie humana a la ciencia y a la tecnología. Innumerables son las mejoras en la calidad de vida de los individuos que están íntimamente ligadas a determinados focos de explotación tecnológica. El transporte de hidrocarburos, medicamentos, vacunas, transfusiones de sangre, demuestran lo expresado y por cierto constituyen puntos que trataremos a lo largo de nuestro análisis. Sin embargo, no debemos dejar de reconocer que una parte trascendente de la naturaleza del desarrollo científico está compuesta por el carácter incierto de las consecuencias dañosas de una investigación sin fronteras, en ocasiones imprudente. De aquí que pueda colegirse que así como el hombre está a la cabeza de innumerables prodigios, también se encuentra en la base de daños catastróficos. Siguiendo a la profesora G. SCHAMPS apuntamos: *"Focos de peligro muy diversificados han aparecido durante el curso del siglo XX, en numerosos dominios: los transportes por tierra, aire, mar, de personas, de bienes, de mercaderías, peligrosas o de hidrocarburos, de conducción de gas, agua, electricidad (…), la explotación de energía nuclear, eléctrica o mecánica, el envío de equipos al espacio, la utilización de sustancias químicas, bacteriológicas, explosivas o de otra naturaleza, los productos defectuosos, las transfusiones de sangre, la administración de hormonas, las vacunas, las investigaciones o experimentaciones biomédicas, las manipulaciones genéticas, las biotecnológicas, etc."*[2].

2.- Así, muchas de las actividades que son realizadas por el hombre en sociedad corresponden a manantiales potencialmente dañosos, respecto de los cuales el Derecho de la responsabilidad debe encauzarlos comprendiendo dentro de sus fronteras al daño ambiental, al producido por medicamentos e incluso al riesgo del desarrollo[3], los cuales siendo injustos exigen en correspondencia una adecuada reparación. A consecuencia de lo anterior, *"las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil por daños se ven constantemente desbordadas por nuevos acontecimientos sociales que son consecuencia del incesante avance tecnológico y científico"*[4]. De aquí que los ordenamientos jurídicos demuestren como el Derecho ha sido y es constantemente impactado por la mutación de prismas de reflexión generados a consecuencia del maquinismo del siglo XIX y del devenir científico de los siglos XX y XXI, viéndose impulsado a observar una ajustada adecuación a los tiempos actuales y a evolucionar en atención a nuevos focos generadores de daños, nuevas figuras resarcibles y nuevos enfo-

[2] G. SCHAMPS, "La mise en danger: Un concept fondateur d´un principe général de responsabilité", LGDJ, Paris, 1998, p. 4.

[3] Respecto de aquellos autores que no lo consideran como válido mecanismo de exoneración de responsabilidad.

[4] F. TRIGO REPRESAS et M. LÓPEZ MESA, *Tratado de La responsabilidad civil*, T. I, cap. 1 pág. 119, Ed. La Ley, Bs. Aires, 2004.

Actualidad Juridica 29 final.indd 450 21-01-14 11:45

ques de conexión entre el perjuicio y su origen, que por cierto van bastante más allá de la teoría del riesgo defendida en Francia por L. JOSSERAND[5] y R. SALEILLES[6] a fines del 1800.

3.- Bajo esta lógica, y tal como intentamos demostrar en un anterior trabajo, los factores de la responsabilidad civil han experimentado notables desarrollos en el derecho de la responsabilidad civil en Francia[7]. En efecto, nuevos regímenes especiales y objetivos de responsabilidad han visto la luz en diversos dominios, entre otros: productos defectuosos, responsabilidad médica (infecciones intrahospitalarias y defectos en productos de salud), daños al medio ambiente. El daño, por su parte, ha reconocido nuevas especies jurisprudenciales, a saber: perjuicio ecológico puro a causa de derrames, perjuicio de angustia a consecuencia de la exposición al asbesto, o por los eventuales daños derivados de la cercanía de antenas de telefonía móvil (alterándose con ello la clásica noción de problemas de vecindad), llegando incluso a reconocerse el "riesgo de daño" como una figura jurídica defendible. El confuso terreno de la causalidad no ha sido invulnerable y las evoluciones se han asimismo manifestado. Así, la siempre confusa prueba del vínculo causal ha cedido frente a presunciones legales y de hecho. Las primeras, básicamente en el terreno de la salud pública: transfusiones sanguíneas y SIDA – Hepatitis C, y las segundas, bajo la premisa de presunciones graves, precisas y concordantes retenidas por el juez en el dominio de vacunas y Hepatitis B – esclerosis en placas, o daños derivados a consecuencia de la proximidad de líneas de alta tensión. Siguiendo con la causalidad, afirmamos que ésta se ha visto asimismo alterada, en virtud la denominada pérdida de una chance[8], que reviste la fuerza para incorporar en el derecho de la responsabilidad expuesto por el *civil law*, una reflexión proporcional del vínculo conector entre hecho generador y daño, en materias en que la responsabilidad médica se ve involucrada, generalmente a propósito de defectos en el diagnóstico del enfermo, o en la infracción de una obligación en la información necesaria proporcionada al paciente para tomar la decisión de someterse o no a la intervención o al tratamiento.

4.- Ahora bien, más allá de lo anterior, o desde un punto de vista más bien sistémico, presentamos el esquema al cual nos ajustaremos en este trabajo inspirándonos en lo defendido en Argentina, durante las XII Jornadas Nacionales de Derecho civil, realizadas en Bariloche en 1989, en su Tema 8[9], en el que fue

[5] L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.
[6] R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.
[7] Se sugiere revisar artículo de mi autoría: "El impacto del riesgo derivado de los avances científicos y tecnológicos en el Derecho de la responsabilidad civil en Francia: evolución y algunas ilustraciones (antenas, conflictos de vecindad, hepatitis, etc.)", *Actualidad Jurídica*, N°27, 2013, pp. 387 y ss.
[8] Se sugiere revisar artículo de mi autoría: "La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada", *Actualidad Jurídica*, N° 28, 2013, p. 395 y ss.
[9] Citado por L. GARRIDO CORDOBERA y J. BUSTO LAGO, op. cit., loc. cit.

Actualidad Juridica 29 final.indd 451 21-01-14 11:45

tratada la cuestión del impacto tecnológico y la masificación, estableciéndose que: *"El Derecho debe jugar un papel protagónico como agente activo* ***de los cambios sociales"***[10]. Así, pues, intentaremos demostrar en este ensayo cómo, motivado por el impacto social de la innovación tecnológica, el derecho de la responsabilidad se adapta día a día. En virtud de lo anterior, nos lanzaremos en una **primera parte** al intento de justificar cómo la evolución científica puede ser percibida cómo un **FACTOR DE MUTACIÓN DE PERSPECTIVAS SOCIO-JURÍDICAS (I)**; mientras que en una **segunda parte** intentaremos demostrar como el avance tecnológico constituye un **IMPULSO (II)** al desarrollo de nuevas figuras vinculadas al daño o al riesgo de éste, las que una vez reconocidas son capaces de alterar las clásicas nociones de los sistemas de responsabilidad civil. Lo anterior, con el objeto de perfeccionar o de estructurar sistemas más acordes con la comunidad de riesgos e incertidumbres tecnológicas de la que actualmente formamos parte[11].

I.- Los avances científicos como factor de mutación de perspectivas socio-jurídicas.

5.- En esta primera parte, luego de habernos concentrado **en las indeseables consecuencias de la innovación (A),** nos pronunciaremos sobre el **conti-**

[10] La negrita es mía.

[11] Creemos conveniente que antes de entrar en el cuerpo de este trabajo delimitemos descriptivamente los contornos de la ciencia, del conocimiento científico y tecnológico y de sus avances, nociones que habitualmente se vinculan con el instituto resarcitorio a título de sinónimos, provocando confusión en el lector. Entendemos por **ciencia** aquel *"conjunto de conocimientos de objeto determinado y método propio"* (A REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2000 (3eme éd.), sous la dir.). A su turno, constatamos que la integración del conocimiento científico puede ser verificada por diversas vías. Así, hoy el conocimiento científico asumido por la vía de la prueba efectiva del mismo, se ve complementado por una integración basada en la probabilidad de los acontecimientos (Incluso por la siempre presente posibilidad de la refutación de los mismos). En este sentido, K. POPPER sostiene: *"Debemos considerar todas las leyes o teorías como hipotéticas o conjeturales, es decir, como suposiciones"*. *La connaissance objective* (Oxford University Press, 1979), Paris, Flammarion, col. "Champs", 1991, p. 50. A su turno, el **conocimiento científico** es entendido como *"el conocimiento exacto, universal y verificable expresado en leyes"* (A. REY (dir.), op. cit.), mientras que la **actividad científica** está encaminada a *"construir leyes o reglas teóricas estableciendo una relación entre la detección en el mundo de un tipo de fenómeno y de ciertos fenómenos eventuales, proporcionando de esta manera la medida de la posibilidad del acaecimiento de este fenómeno en función de sus evidencias"* (P. AMSELEK, "La part de la science dans l´activité des juristes", D., 1997, chron., p. 337). Por su parte se entiende por **técnica** el *"conjunto de procesos empleados para verificar una tarea o para obtener un resultado determinado"* (Dictionnaire Le Robert) constituyendo más bien *"una adaptación con fines de normas científicas de un saber-hacer, en preceptos (o "recetas") para la acción humana"* (P. AMSELEK, "Norme et loi", APD, 1980, pp. 99-100). Luego, la **técnica** es una herramienta al servicio de la ciencia, pues tiene por objeto aplicar en los hechos un saber teórico, identificando y resolviendo problemas repetitivos propios de la actividad humana (A. PENNEAU, *Regles de l´art et normes techiques*, Paris, LGDJ (col. "Bibliotèque de Droit privé"), t. 203, 1989, N° 42). Resumimos lo previamente indicado en palabras del profesor C. SYNTEZ, quien declara: *"clásicamente – refiriéndose a la ciencia – afirmamos que se sitúa en el plano del saber, mientras que la técnica se ubica en el plano del hacer"*, agregando más adelante que *"mientras que la técnica intenta cambiar el estado del mundo, la ciencia teórica se esfuerza por comprenderlo"* C. SYNTEZ, "La sanction preventive en Droit de la responsabilité civile" Tesis, Universidad de Montreal, 2009, n° 16.

Actualidad Juridica 29 final.indd 452 21-01-14 11:45

nente sociológico en el que actúa el derecho de la responsabilidad civil (B).

A.- Las indeseables consecuencias de la innovación.

6.- La ciencia, en su despertar, es objeto de nuevos enfoques de observación, relativos fundamentalmente al **cuestionamiento de su efectividad**. En este sentido, tal como expone la autora S. FLATIN-COLLOMB, *"la eficacia implica inevitablemente una agresividad, un peligro, y una complejidad incrementada, respecto de las cuales la inocencia del sueño científico no ha podido sobrevivir"*[12]. La ciencia se focaliza entonces, en la observancia de una especial tarea: el no traspaso de sus límites más íntimos, aquellos que por su naturaleza son también difusos y derivados de un progreso voluntariamente dirigido, no producto del azar ni de una accidentada evolución, sino más bien de una determinada obra humana: la tecnología. Así, el progreso o el *"encauzamiento hacia la virtud"*[13] adopta como prisma fundamental la evolución de las técnicas en pos del beneficio del hombre[14], con el objeto de dejar atrás años de oscuridad y precariedad material, alojando en el perfeccionamiento de las máquinas y en la mecanización laboral[15] las garantías de su bienestar. Es en esta relación que se ha afirmado que *"el progreso (…) deviene la idea dominante que garantiza el triunfal avance científico de la humanidad hacia una sociedad mejor"*[16], sin considerar, estimamos, que el referido avance pueda siquiera hipotéticamente venir en contra del ser humano.

7.- En evidencia de lo anterior, importantes desastres ligados a la investigación han tenido ocasión, empañando los aspectos positivos del desarrollo en los últimos años. Es así como a los accidentes industriales sufridos por trabajadores en sus faenas de mediados del siglo XIX, le han sucedido importantes eventos dañosos en que el avance de la ciencia ocupa un protagonismo indiscutido. En este contexto una vez citados los **principales focos de agravio (a),** nos detendremos en la **obligada evolución de la que ha sido objeto el derecho de la responsabilidad civil (b).**

a.- La ciencia y sus principales focos de agravio.

8.- **Relativos al campo industrial,** no podemos dejar de referirnos a los días 06 y 09.08.1945, en que la tragedia japonesa de Hiroshima y Nagasaki

[12] S. FLATIN-COLLOMB, "Incertitude scientifique et responsabilité civile", Tesis, Universidad de Lyon 3, 2000.
[13] S. ORTOLI et N. WITKOWSKI, *La Baignoire d´Archimède, Petite mythologie de la science*, Points-Sciences, Seuil, 1996.
[14] G. FRIEDMANN, *La Puissance et la sagesse*, Gallimard, 1970.
[15] P. FOULQUIÉ, *Vocabulaire des sciences sociales*, PUF, 1978.
[16] S. ORTOLI et N. WITKOWSKI, op. cit.

Actualidad Juridica 29 final.indd 453 21-01-14 11:45

concretiza brutalmente lo que había sido denominado por W. CHURCHILL como la *"guerre des sorciers"*[17] en referencia al desarrollo científico aplicado en el escenario militar sin precedentes. En este contexto, y más avanzados en el tiempo, el 10.07.1976, se produjo un lamentable episodio de contaminación de dioxinas en la ciudad italiana Seveso, afectando a casi 900 personas entre lesionados y evacuados. Un evento de mayores dimensiones lo detectamos en Bhopal, el 03.12.1984, en que producto de la fuga de substancias tóxicas se verificó la muerte de 3000 personas, además de la mutilación de 200.000 habitantes de la indicada la ciudad India. Aunque el mencionado caso es "menor" en referencia al más grande accidente industrial de que se tenga registro: el incendio del reactor nuclear de la instalación de Chernóbil en Ucrania, de fecha 26.04.1986[18], el cual tuvo la fuerza de contaminar los territorios de Ucrania, Rusia y Bielorrusia. Se suman a la lista la contaminación del Rhin provocada por el incendio de un galpón de la sociedad *"Sandoz"* (Región de Bâle) ocurrido el 01.11.1986; o el de una bodega de la sociedad *"Loiret et Haentjens"*, en Nantes, en el año 1987, generando una nube tóxica y obligando a la evacuación de la población; así como el grave accidente sufrido por la fábrica AZF en Toulouse, ocurrido el 21.09.2001, afectando a más de 2000 personas, entre ellas 30 fallecidos, a causa de una explosión de nitrato de amonio.

9.- En conjunto con los accidentes industriales **se destacan negativamente accidentes relativos a la contaminación por hidrocarburos**, entre ellos el verificado el 01.11.1986 por el naufragio del buque petrolero *"Exxon Valdés"* en Alaska, el cual vertió más de 41.000 toneladas de crudo; o el desastre del *"Erika",* que con fecha 12.12.1999 se partió en dos, derramando cerca de 31.000 toneladas de petróleo dañando 400 kilómetros de costas atlánticas en Francia; así como el naufragio del *"Prestige"* verificado el 17.09.2002, frente a las costas de Galicia en España, en que se derramaron cerca de 77.000 toneladas del producto: o más recientemente incluso, el 22.04.2010, en que a causa del hundimiento de la plataforma petrolera *"Deepwater Horizon"* el 22.04.2010 se derramaron más de 779.000 toneladas del combustible, constituyendo la mayor catástrofe ligada al petróleo.

10.- **Otra fuente de daños ligados a la innovación es la que se refiere al escenario médico sanitario.** En este dominio se detectan dramáticos y mediatizados sucesos, en los que la tecnología ha cumplido un importante rol. En este estadio, reconocemos los comentados casos vinculados al medicamento *"Distilbène",* el que fue prescrito a millones de mujeres embarazadas a partir de 1948 –y 1950 en Francia– para prevenir riesgos de nacimientos prematuros y para tratar hemorragias del embarazo. Pero, a partir de la década de los ´70,

[17] http://www.humanite.fr/node/197809

[18] Es el único accidente clasificado en nivel 7 en la escala internacional de eventos nucleares, lo que constituye la catástrofe nuclear más grave de que se tenga constancia.

Actualidad Juridica 29 final.indd 454 21-01-14 11:45

graves malformaciones en los hijos de mujeres tratadas fueron formalmente atribuidas a la hormona. Así, las hijas expuestas *in utero* tienen riesgos de cáncer de vagina y útero, según la red DES France, que apoya a las víctimas de este medicamento. Es del caso hacer presente que USA retiró inmediatamente el producto del mercado, mientras que Francia esperó hasta 1977. Detectamos, asimismo, el escándalo de la sangre contaminada que explotó en Francia en abril de 1991, cuando el informativo escrito *"L'Evénement du jeudi"* publicó una investigación probando que en 1985 el Centro Nacional de Transfusión Sanguínea (CNTS) conscientemente proporcionó sangre potencialmente contaminada con el virus del SIDA, provocando el contagio por el VIH de alrededor de 5.000 personas. Otro contencioso a destacar es el ventilado en diciembre de 1991, en cuya atención una investigación fue abierta a consecuencia de la demanda de los padres de un niño afectado por la enfermedad de *"Creutzfeldt-Jakob"* después de haber sufrido un tratamiento para estimular su crecimiento. Hacemos presente que la hormona del crecimiento utilizada en los años 1980 habría sido extraída de cadáveres en condiciones peligrosas, provocándose la muerte de 119 niños. Luego de 20 años de proceso, con fecha 05.05.2011 la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria constató que las hormonas en referencia demostraron injerencia directa en la mortalidad de los pacientes. Otro comentado caso corresponde al denominado problema de la vaca loca, el cual comenzó en 1985 en Reino Unido propagándose por diversos países, contaminando a más de 190.000 animales. Fue en el año 1996 que este problema derivó en una crisis sanitaria, pues fue científicamente comprobada la posible transmisión de una "*encéphalopathie spongiforme"* bovina al hombre. Para efectos de limitar la indicada infección degenerativa, un embargo sobre la carne británica fue entonces decretado por la Unión Europea, el que no fue levantado por París sino hasta 2002. Reconocemos también lo sucedido durante en el año 1997, en que los laboratorios *"Servier"* fueron obligados a retirar del mercado la *"Isomérida"* aplicada a más de 5.000.000 de franceses desde 1985. Dicho producto, responsable de casos de hipertensión arterial pulmonar así como de anomalías cardiacas, habría causado la muerte de al menos 40 personas. En fin, durante el mismo año 1997 el problema del asbesto y sus consecuencias en la salud de las personas fue finalmente considerado en Francia, pues fue definitivamente prohibido. El asbesto (material altamente cancerígeno utilizado por trabajadores desde la Segunda Guerra Mundial) se encuentra a la cabeza de cerca de 35.000 decesos, una cifra que podría aumentar hasta 100.000 de aquí hasta el 2025. Se deja constancia que en Francia fue reconocido como responsable de la muerte de personas por la primera vez en el año 2000[19].

11.- En atención de lo expuesto, en concreto, **a la posibilidad cierta que daños en masa** (consistentes en *"daños a personas, a bienes, o al medio na-*

[19] http://www.challenges.fr/economie/20110112.CHA2868/sang-contamine-vache-folle-amiante-les-crises-sanitaires-avant-le-mediator.html

Actualidad Juridica 29 final.indd 455 21-01-14 11:45

tural que afectando un gran número de víctimas con ocasión de un hecho dañoso único, pudiendo éste consistir también en un conjunto de hechos dañosos de origen común")[20] o **catastróficos** (correspondientes a *"un evento puntual o serial de origen natural, susceptible de recibir una calificación penal, siendo la causa de importantes daños materiales y/o de numerosas víctimas, y generador de un fuerte impacto emocional, que a este título necesita la aplicación de medidas específicas adoptadas en el interés de las víctimas"*)[21] puedan tener ocasión, **el derecho de la responsabilidad civil se ha visto obligado a evolucionar.** Sobre ello nos pronunciaremos a continuación.

b.- La responsabilidad civil y su obligada evolución.

12.- La diversificación de los daños, y su implicancia particular en escenarios en que el medio ambiente y la salud se ven involucrados, han motivado reflexiones jurídicas en torno a la responsabilidad civil[22]. De esto seguimos que la adecuación normativa o interpretativa se impone prácticamente en términos de obligación. Una palpable demostración de este desarrollo es apreciable transversalmente en el **desplazamiento del prisma de activación de los sistemas de resarcimiento,** los que concentrados en el resultado dañoso sufrido por la victima alteran la tradicional óptica de los esquemas enfocados a partir de la figura del agente y de su comportamiento defectuoso[23]. Luego no parecen ser cuestionamientos morales los que presentan vocación a ser considerados *a priori* a la hora de retener la responsabilidad del agente, sino más bien la constatación de un daño y naturalmente de una víctima que debe ser reparada. En este contexto, se han dictado en el derecho comparado normativas que persiguen la reparación de daños respecto de personas que han sufrido accidentalmente un agravio, y que más allá de los seguros, concentran la garantía resarcitoria mediante la creación de Fondos de Garantía, dirigidos a solventar daños causados anónimamente, o respecto de aquellos que por su magnitud no pueden ser cubiertos íntegramente por el agente[24]. En definitiva, la responsabilidad civil se concentra en los resultados de los acontecimientos más que en las causas de los mismos, provocando un fenómeno bautizado por la doctrina como una verdadera ***"ideología de la reparación"***[25]. Es en este

[20] A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Prólogo P. JOURDAIN, LGDJ, (Col. Bibliothèque de Droit privé), 2005, p. 93.

[21] C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, Prólogo M.-F. STEINLÉ-FEUERBACH, LGDJ, (Col. Bibliothèque de Droit privé), 2008.

[22] Ver sobre este punto: F. EWALD, "Responsabilité, Solidarité, Sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XXe siècle, Risques, avril-juin 1992, N° 10, p. 9; Y. LAMBERT-FAIVRE, "L´étique de la responsabilité", RTD civ., 1998, p. 1; C. THIBIERGE, "Libres propos sur l´évolution du Droit de la responsabilité (Vers une élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)", RTD civ., 1999, p. 561, y de la misma autora, "Avenir de la responsabilité, responsabilité de l´avenir", D. 2004, chron. P. 577.

[23] En este sentido, R. SAVATIER, D. 66, chron., p. 149.

[24] L. GARRIDO CORDOBERA, p. 40.

[25] L. CADIET, "Les faits et défaits de l´idéologie de la réparation", Mélanges P. Drai, Dalloz 1999, p. 495 seq.

Actualidad Juridica 29 final.indd 456 21-01-14 11:45

sentido que el profesor F. EWALD expone: *"la responsabilidad del siglo XX ha pensado de forma sistemática en el resarcimiento, tanto es así, que hoy en día la víctima de un daño cualquiera puede reivindicar una indemnización"*[26].

13.- La visón expuesta se ajusta a lo defendido por el profesor argentino J. MOSSET ITURRASPE, quien asume que el azar o la desgracia impersonal o anónima es incompatible con una solución justa de resarcimiento, lo indicado pues el daño siempre se habrá de producir por el actuar de una persona o por la creación de un riesgo[27] (estimamos, con excepción de aquel agravio generado a consecuencia de un hecho de la naturaleza). En relación a lo anterior, la profesora Y. LAMBERT-FAIVRE enseña que actualmente la responsabilidad civil permite sostener un *"crédito a la indemnización",* el cual ha dejado en el pasado a la tradicional *"deuda de responsabilidad"*[28]. Todo lo anterior, enmarcado en un contexto de toma de conciencia del hombre de la envergadura de la peligrosidad representativa de determinados riesgos, e incluso de la imposibilidad de dominar absolutamente la incertidumbre, de su rechazo e intolerancia por correr riesgos colectivos no aceptados individualmente. Precisamente, hoy la posibilidad de la verificación de daños colectivos motiva la extensión de las fronteras de una moderna responsabilidad civil y tal como sostiene la profesora L. GARRIDO CORDOBERA *"ubica el problema en los carriles del moderno derecho de daños"*[29].

14.- El antedicho fenómeno jurídico persigue abarcar lo conocido en Francia como el *inconnu* o **factor desconocido** comprendido en las innovaciones científicas, capaz de producir un agravio. En esta labor las mutaciones que ha experimentado el derecho galo de la responsabilidad civil no resisten ser catalogadas de homogéneas. De aquí que el comentado trabajo de modernización se traduzca en un proceso de creación o de adecuación de herramientas jurídicas. Luego, siguiendo en el espíritu la terminología propuesta por el profesor E. VERGÉS[30], **los corolarios de la responsabilidad, en tiempos de innovación, navegan en aguas de "continuidad" o de "ruptura" de las instituciones,** particularmente de las condiciones de la responsabilidad. Nos parece acertada la distinción del indicado profesor, pues el efecto de la innovación científica sobre el Derecho de la responsabilidad puede ser percibido incluso antes de la mutación legislativa, mediante el camino de las interpretaciones judiciales, las cuales no constituyen ruptura normativa. Es normal que así sea, pues las modificaciones legislativas plantean a la vez la

[26] F. EWALD, "Filosofía de la precaución". Fundación MAPFRE, Gerencia de Riesgos, 1997, 58, p. 18.
[27] J. MOSSET ITURRASPE, "Nuevas fronteras de la responsabilidad civil", en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, p. 136, 1977, N° 1.
[28] Y. LAMBERT-FAIVRE, "L´évolution de la responsabilité civile d´un crédit de responsabilité à une créance d´indemnisation", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987.
[29] L. GARRIDO CORDOBERA y J. BUSTO LAGO, p. 28.
[30] E. VERGÈS, op. cit.

Actualidad Juridica 29 final.indd 457 21-01-14 11:45

cuestión de oportunidad y una decisión de política legislativa, ponderando variados intereses en pugna, por lo que el proceso es siempre más lento[31]. En relación con lo indicado, la jurisprudencia cumple un rol de protagonista en la adaptación organizativa del sistema, toda vez que *"corresponde a un trabajo considerable de adaptación de textos iniciales introduciendo en la materia importantes "descubrimientos" haciendo del derecho privado su terreno elegido"*[32]. Esta adecuación ha alcanzado a los fundamentos de la responsabilidad –riesgo y culpa– coexistentes en el sistema resarcitorio imperante en Francia. Habiéndonos referido anteriormente al riesgo[33], nos pronunciaremos a continuación sobre la culpa y su determinante rol en tiempos de modernidad tecnológica.

15.- En Francia, el actuar negligente sigue abarcando un importante rol dentro del derecho de la responsabilidad civil en el escenario de la innovación. Siguiendo al profesor E. VERGÈS es posible analizar la utilidad de la culpa en razón de las obligaciones de vigilancia científica sujetas al dominio de la negligencia. Destacamos entre ellas las derivadas del referido contencioso *"Distilbène"*. En los hechos, hasta la década de los ´70 era comúnmente diagnosticado el medicamento indicado a las embarazadas, con los fines ya descritos[34]. Sin perjuicio de lo anterior, el contacto *in utero* del medicamento comprendía el riesgo de desarrollar cáncer en las hijas. Sin reparar en la fundada advertencia de la comunidad científica que había puesto en evidencia la certitud del riesgo, la cual había sido seguida por USA sacando el producto del mercado, el industrial *"UCB PHARMA"* no detuvo la distribución del fármaco. En consecuencia de lo indicado, la Corte de Casación[35] expuso que el industrial *"incumplió con su obligación de vigilancia"* justificando su sentencia en la indiferencia a la consideración de los *"riesgos conocidos e identificados sobre el plano científico"*. La Corte de Casación sigue en este punto el criterio expuesto en otro importante pronunciamiento[36] consagrando en definitiva *"una obligación general de vigilancia a cargo de la industria farmacéutica. De aquí que la omisión de un industrial a un riesgo conocido adopte la calificación de culpa civil. La solución se sitúa acá en la continuidad de los mecanismos tradicionales de la responsabilidad civil que admiten que la omisión pueda constituir culpa"*[37].

16.- El principio de **responsabilidad fundado en la culpa**, operativo en materia tecnológica, también opera en el escenario de una **responsabilidad administrativa,** como la que atribuye al Estado la obligación de reparar los

[31] L. GARRIDO CORDOBERA y J. BUSTO LAGO, cita N° 10.
[32] J. ROCHFELD, op. cit., 495.
[33] Ver Supra cita N° 7.
[34] Ver Supra N° 10.
[35] Cass. civ. 1ère 7 mars 2006, pourvois 07-03-2006 et 04-16.180.
[36] Cass. Civ. 27 février 1951(BRANLY), *D.*1951. 329, note H. DESBOIS.
[37] E. VERGÈS, "Les risques et incertitudes liés aux innovations scientifiques en droit français de la responsabilité: entre rupture et continuité*",* 2013, inédito.

Actualidad Juridica 29 final.indd 458 21-01-14 11:45

daños producidos por el **asbesto.** En síntesis *"el Estado es sometido a una doble obligación en materia científica y tecnológica: la evaluación de la nocividad de sustancias presentes sobre su territorio y la aplicación de medidas de limitación o de prohibiciones de estas sustancias en función del riesgo conocido. La peligrosidad del asbesto era conocida desde comienzos del siglo XX y las enfermedades debidas al asbesto eran inscritas en la lista de enfermedades profesionales desde 1945. Respecto de estas informaciones, el Estado francés cometió una* ***culpa de omisión****"*[38]. Hacemos presente que en este contencioso el Consejo de Estado en cuatro decisiones pronunciadas en el año 2004 dispuso *"corresponde a las autoridades públicas encargadas de la prevención de riesgos profesionales informarse de los peligros que pueden correr los trabajadores en el cuadro de su actividad profesional, teniendo en cuenta netamente los productos y sustancias que ellos manipulan o con aquellos con los que están en contacto, y detener en el estado de los conocimientos científicos, con ayuda de los estudios o de investigaciones complementarias, las medidas más apropiadas para limitar y, de ser posible, para eliminar estos peligros"*[39], sancionándose, en definitiva, una suerte de "negligencia en la prevención de los riesgos" por parte del Estado caracterizadas como culpas de omisión.

17.- Siempre dentro de los márgenes del contencioso del asbesto, es posible distinguir como la **culpa** se ve empapada por la tecnología, viéndose en consecuencia **modificada** en esencia bajo el impulso del progreso. Lo dicho sucede con evidencia en el ámbito de la **culpa inexcusable** aplicada en materia de accidentes laborales. Hacemos presente que en Francia la legislación relativa a accidentes laborales fue iniciada en virtud de la ley de 09.04.1898, comprendiendo la posibilidad que el trabajador se beneficiara de una mayor indemnización en caso de culpa inexcusable por parte del empleador[40]. La alteración referida obedece a la confusa lectura de este especial tipo de negligencia observado por la Corte de Casación en el año 2002. En efecto, el máximo tribunal consideró: *"en virtud del contrato de trabajo que lo vincula a su trabajador, el empleador está obligado respecto de éste a dar seguridad de resultado netamente en lo que concierne a las enfermedades profesionales contraídas por este trabajador a causa del hecho de los productos fabricados o utilizados en la empresa. El incumplimiento de esta obligación tiene el carácter de una culpa inexcusable, cuando el empleador tenía o debía haber tenido conciencia del peligro al que se exponía al trabajador y que no tomó las medidas necesarias para protegerlo"*[41]. Hacemos presente que hasta la fecha de las sentencias aludidas la culpa inexcusable era comprendida como aquella *"culpa de una gravedad excepcional, derivada de un acto o de una omisión voluntaria, de la conciencia del peligro que*

38 E. VERGÈS, op. cit.
39 CE, 03.03.2004, n° 241151, n° 241152, n° 241152 et n° 241150.
40 Artículos L. 452-1 y ss. del Código de la Seguridad Social.
41 G. VACHET, "Faute inexcusable dans le cadre des accidents du travail et des maladies professionnelles", Semaine sociale Lamy, 2010, numéro spécial, n°1452, p. 10.

Actualidad Juridica 29 final.indd 459 21-01-14 11:45

debía haber tenido el autor"[42]. Luego, apreciamos con claridad la diferencia en el criterio de retención de la figura. A partir del año 2002, es seguido un **criterio objetivador de la culpa en materia de obligaciones de resultado** que de por sí constituyen escenarios cubiertos por la responsabilidad objetiva o sin culpa[43], lo expuesto siguiendo un evidente afán protector de las víctimas.

18.- En fin, la protección del agraviado configura el norte de los modernos sistemas de resarcimiento. Así en Francia, además de constatarse una clara tendencia a la objetivación de la culpa y la adopción progresiva de un abanico de responsabilidades sin culpa u objetivas inspiradas en el riesgo, se destacan innovadoras figuras de "irresponsabilidad" siguiendo el término empleado por el profesor E. VERGÈS[44], en referencia a aquellos eventos íntegramente por la "seguridad social". En este sentido, se reconocen **Fondos de Garantía** de resarcimiento, así como la defensa de un derecho a la indemnización frente a cualquier evento dañoso sufrido por una persona, sustentado bajo el fortalecimiento de un esquema de responsabilidad colectiva de perjuicios, proyectado con objeto de premunir indemnizaciones a aquellas víctimas de un daño incapaces de probar la culpa del agente. El referido sistema de responsabilidad colectiva conduce a hacer partícipes de la reparación a todos aquellos agentes que están en condiciones de provocar el daño, mediante una amplia **"socialización de riesgos"**, cuyo efecto principal corresponde al desarrollo del **seguro de responsabilidad**. Bajo este esquema el pago de las primas por parte de todos aquellos agentes que potencialmente pueden ser considerados como responsables de la concretización de un riesgo, permitirá al asegurador substituirse en lugar de aquel que efectivamente está al origen del daño, resarciendo a la víctima[45]. Por otro lado, uno de los efectos del seguro ha sido la extensión de las clásicas nociones de las condiciones de la responsabilidad, extendiendo la dimensión del resarcimiento, y sancionando con mayor amplitud al instituto[46]. La tendencia descrita, presente con mayor o menor fuerza en países de Derecho continental[47], si bien presentaría como ventaja una mayor fluidez en el planteamiento de la reclamación, puesto que en rigor la víctima sólo debe

[42] Cass. ch. réun. 15 juin 1941, *JCP* 1964, ii, 1705, note J. MIHURA ; *Dalloz* 1941, 117, note A. ROUAST.
[43] Ver Ch. LARRROUMET, Droit civil, les obligations, le contrat 2ème partie effets, T3, 6ème éd. 2007, n°606.
[44] E. VERGÈS, op. cit.
[45] G. VINEY, "Le déclin de la responsabilité individuelle", Prólogo A, TUNC, LGDJ, 1965.
[46] En este sentido, F. EWALD, "L´abolition de la faute" en L´État-providence, 1986, Paris, Grasset, p. 351 et s.
[47] En Francia es moralmente admitido desde 1845, en virtud de un fallo de la Corte Real de París de 01.07, del que se desprende: *"Considerando que los contratos de seguro, como obligaciones civiles, son de derecho común; que tienen por objeto la reparación de daños pecuniarios; que los seguros no pueden ser prohibidos bajo el fundamento que en ciertos casos ellos podrían provocar la seguridad en orden a cometer delitos o cuasidelitos"*, y regulado en conformidad a una ley de 13.07.1930. En España, la situación no es tan diferente, y aunque L. DIEZ-PICAZO (*Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 240) hace referencia a la crisis de la socialización de los riesgos generada en la década de los ´80 producto de la quiebra de algunas compañías de seguros. Lo evidente es que un carácter nítido del sistema resarcitorio español es la reparación en virtud de seguros, los cuales alcanzan variadas actividades.

Actualidad Juridica 29 final.indd 460 21-01-14 11:45

establecer la relación de causalidad, puede significar cuestionamientos en sede de responsabilidad civil en atención a la constatación de una gestación forzada de su debilitamiento, al ser perdida la finalidad preventiva de la misma[48]. En este sentido, y siguiendo a la profesora J. ROTCHFELD[49], la función reparatoria de la responsabilidad se ha visto impulsada con potencia; mientras que la función punitiva se ve afectada, pues el resarcimiento se determina sin consideraciones a la moralidad del acto generador del detrimento[50]; a su turno, el rol preventivo decae, ya que bajo el impacto del riesgo, aun cuando el responsable conozca los daños potencialmente expuestos, y por ende a la responsabilidad a la que eventualmente puede sujetarse, no se encuentra en posición de evitar dichos daños, sino que solamente sujetarse a las normativas relativas al correcto desempeño de su actividad. (Conviene recordar además que en Francia hay eventos cuya reparación es asumida íntegramente por la Seguridad Social).

19.- Por nuestra parte, estimamos que no debe ser confundida la responsabilidad civil con ciertos diseños garantistas de reparación de daños. Así, por ejemplo, respecto de casos de responsabilidad médica, estimamos que el médico o el hospital no pueden verse obligados a asumir el riesgo al que se expone el paciente. Estimar lo contrario implicaría tolerar un injusto desplazamiento de la carga del infortunio. Ni médicos ni hospitales son aseguradores. Luego, para colmar las garantías de los afectados se debe recurrir a políticas de índole social. En virtud de lo anterior, consideramos de justicia que en términos de responsabilidad civil, el riesgo terapéutico resida en el paciente, pudiendo ser asumido por el profesional o por el establecimiento si, y solo si, es demostrada negligencia de su parte. Sin perjuicio de lo anterior, no dejamos de indicar que los derechos continentales han desarrollado presunciones de culpa respecto de profesionales, en atención a negligencias evidentes que permiten desprender a *prima facie* la existencia de una infracción a un deber de cuidado[51]. Diverso al estudio de la responsabilidad civil es el correspondiente al de la seguridad sanitaria, la cual se ve regulada por directrices políticas y que en Chile es organizada mediante un plan nacional de salud proyectada según los recursos del país[52]. Es interesante el alcance que podemos constatar en lo referente al derecho francés, respecto del cual ha sido creado un Fondo de Garantías por accidentes dentro los cuales las infecciones intrahospitalarias constituyen una especie[53].

---

48 H. CORRAL TALCIANI, op. cit., p. 398.

49 J. ROTCHFELD, *Les grandes notions du Droit privé*, Thémis Droit, PUF, Paris, 2011, p. 511.

50 Para la autora la función punitiva de la responsabilidad civil, se traduce en la sanción que recae sobre el sujeto activo del ilícito civil, tendiente a recuperar en su propio patrimonio la reparación debida a la víctima de un daño. A diferencia del Derecho penal, en el que la función punitiva perseguida es mayor, puesto que la sanción aplicada al agente será adoptada de acuerdo a su comportamiento, en materia civil, dicho objetivo es restringido al daño provocado. (J. ROTCHFELD, p. 502).

51 En este sentido, E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 675.

52 Ley de garantías de salud, art. 1°.

53 Cf. F. CHABAS, *La réparation des conséquences de l´alea thérapeutique*, JCP, 2001, 2, 10493.

Actualidad Juridica 29 final.indd 461 21-01-14 11:45

20.- Ahora bien, sostenemos que el cambio de perspectiva de que están siendo objeto los sistemas de resarcimiento no obedece exclusivamente a un problema jurídico. De aquí que la mutación de modelos resarcitorios se haya ido verificando a lo largo de los últimos siglos a medida en que las disposiciones o vocaciones sociales asimismo se han visto alteradas. Bajo una percepción amplia, las consecuencias sociológicas derivadas del avance científico han motivado al derecho **a proporcionar respuestas acordes a la realidad riesgosa y actualmente incierta en la cual los seres humanos estamos inmersos**. En otros términos, sostenemos que la sociología jurídica y el derecho son dos caras de una misma moneda, correspondiendo a la primera abordar las alteraciones intrínsecas de las sociedades, generadas en virtud de diversos fenómenos, mientras que la ciencia jurídica proporciona soluciones lógicas y justas en el sentido más ambicioso de la expresión. En este escenario, la búsqueda de la seguridad sensiblemente perdida –según los sociólogos– y el imperativo de resarcimiento de "todo daño" irrogado a una persona, sea en sí misma o en sus bienes, constituyen el impulso de una nueva manera de pincelar el derecho. Luego, temáticas de protección, garantías y resarcimiento de los individuos se fortalecen a título de soporte universal de las evoluciones del derecho de la responsabilidad de la mano del aludido **"factor desconocido".** Por su parte, el carácter social del fenómeno, cuyo corolario fundamental se materializa en el rechazo del hombre a verse expuesto o a sufrir probables o eventuales consecuencias dañosas de un progreso tecnológico impuesto que avanza día a día, así como en el reclamo de garantías y resarcimientos efectivos para el caso de concretizarse determinadas eventualidades dañinas, ha marcado un verdadero punto de inflexión en el espíritu de las legislaciones, conducente a la actualización o al menos a la revisión de sus condiciones y finalidades.

21.- La germinación jurídica en referencia ha sido posible puesto que la noción de responsabilidad obedece a un concepto evolutivo, ajustable en el tiempo y, según expondremos, íntimamente enmarcado en un cuadro sociológico que abordaremos a continuación.

B.- El continente sociológico en el que actúa el derecho de la responsabilidad civil.

22.- Consideramos que esta sección puede ser abordada, primero, haciendo referencia a los **paradigmas de la responsabilidad (a)**; y más tarde, concentrándonos en la denominada **"sociedad del riesgo" (b).**

a.- Los paradigmas de la responsabilidad, un esquema sociológico.

23.- Estimamos que una justa vinculación entre el derecho de la responsabilidad y el cuadro sociológico en el que tiene vocación a actuar puede verificarse a partir de una lectura de **paradigmas de responsabilidad.** Dichos prismas de

Actualidad Juridica 29 final.indd 462 21-01-14 11:45

reflexión pueden ser definidos como *"aquel conjunto de prácticas, combinaciones, discursos, respecto de los cuales es dable la identificación de una cierta lógica o racionalidad"*[54]. En conformidad a nuestro estudio las entendemos como *"el espíritu intrínseco de las formas sociales adoptadas por el hombre y enmarcadas bajo determinados regímenes jurídicos"*. Por su parte, siguiendo al profesor francés F. EWALD, desde fines del siglo XIX a un paradigma de la responsabilidad (propiamente tal) le ha sucedido un paradigma de la solidaridad, para finalmente estar siendo actualmente substituido por un nuevo paradigma: el de la seguridad[55]. Es del caso mencionar que en los hechos **los señalados modelos no revisten vocación para substituirse completa y absolutamente entre sí,** sino que más bien están llamados a coexistir en la medida en que sus representaciones y consecuencias contribuyen a configurar un escenario amplio de garantías frente a un daño. Lo recientemente expuesto lo concordamos con lo expresado por el mismo profesor antes citado, quien enseña: *"en materia de seguridad siempre se habla de derechos y deberes, de obligaciones jurídicas y morales: conviven sin necesariamente superponerse"*[56]. Creemos que los paradigmas de la responsabilidad anteriormente señalados, permiten ser extrapolados como una **columna vertebral** de las transformaciones adoptadas por los sistemas de resarcimiento[57] bajo el impulso de la innovación tecnológica, a título de reflejo de adecuación del derecho a los hechos[58]. En justificación de lo expuesto, no podemos dejar de citar a los destacados tratadistas argentinos profesores F. TRIGO REPRESAS y M. LÓPEZ MESA, los que enseñan: *"el concepto de responsabilidad es probablemente uno de los más empleados por los seres humanos, estando presente en infinidad de ámbitos y por ello mismo portando significaciones diferentes, está ligado no sólo al campo jurídico, sino a todos los dominios de la vida social"*[59].

---

[54] Citado por M. BERROS en "Principio precautorio y riesgos ambientales a propósito de la generación de radiaciones no ionizantes: el caso de las antenas de telefonía celular en la jurisprudencia argentina", Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 4, n. 2, jul-dic. 2007, p. 17.

[55] Ver F. EWALD, art. precit.

[56] F. EWALD, art. precit., p. 13.

[57] Apreciamos la evolución del aparato resarcitorio en las cinco ideas propuestas por R. POUND, en *Justicia conforme a Derecho*, p. 8 y siguiente, Ed. Letras S.A. Bs. As. 1965. Las ideas son las siguientes: 1.- Al principio, una simple idea de causalidad en su forma original de idea de venganza. El derecho se limitaba a preguntarse si ejecutó el demandado el acto físico que perjudicó al demandante; si lo hizo, suscitó en la persona agraviada un deseo de vengarse que conduciría a la guerra particular entre ellos y perturbaría la paz de la sociedad; por lo tanto debe liberarse por medio del pago del deseo de venganza que ha suscitado. 2.- Aparece la idea de falta, una idea moral que substituye la idea de seguridad general por la de moral general, y la pregunta sería la de si era el acto censurable. 3.- Surge la idea de la responsabilidad sin culpa, retornándose a la base de la seguridad general con la idea del control del factor causal. 4.- Irrumpe la idea del seguro, y el derecho debería imponerlo en primera instancia sobre aquellos que tienen la posibilidad de trasladarlo al público en general, ya que todos deberíamos soportar las pérdidas que recayeran sobre cualquiera de nosotros como riesgos de la vida en una sociedad civilizada, y funciona como medio de lograr esa justa distribución de la carga que significa la pérdida o daño. 5.- Paralelamente se forma la idea de mayor capacidad para soportar la pérdida como responsable.

[58] C. ATIAS et D. LINNOTE, *Le mythe de l´adaptation du droit au fait*, D., 1977, chron., p. 251.

[59] F. TRIGO REPRESAS y M. LÓPEZ MESA, *Tratado de Responsabilidad civil*, T. I, pp. 1 y ss., Ed. La Ley, Bs. As., 2004.

Actualidad Juridica 29 final.indd 463 21-01-14 11:45

24.- Afirmamos lo antes descrito considerando que los estudiosos del derecho deben captar los cambios sociales, ya que estos son los factores genéticos de los sistemas normativos. En estos términos, la sociedad se vale de la ciencia jurídica en tanto instrumento y factor fundamental del mantenimiento del orden social, necesario e imprescindible para su supervivencia y desarrollo[60]. Pues bien, el **paradigma de la responsabilidad** (propiamente tal)[61] se identifica con la culpa, importante factor de atribución de responsabilidad, siendo ésta considerada como un ente de regulación de conductas del ser humano; por otro lado, el **paradigma de la solidaridad** se caracteriza por incorporar la figura del riesgo y por la colectivización de los mismos asumidos por quienes potencialmente pueden convertirse en agentes del daño, de acuerdo a la contratación de seguros; mientras que el tercer **paradigma**, el **de la seguridad**, reconoce la existencia de casos en que está envuelta la incertidumbre científica, caracterizándose por la eventualidad de daños graves o irreversibles, y por el emblema del principio precautorio como espíritu forjador de sus fronteras[62]. Se persigue, en suma, una considerable protección a toda víctima de un daño verificado o verificable, sea éste previsible o no, actuando en un terreno de desbordamiento de la innovación científica y enfrentando la utopía de que el hombre podría controlar el riesgo del avance científico de las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX.

25.- En fin, tal como hemos manifestado más arriba, a medida que las sociedades avanzan, el desarrollo científico y tecnológico también lo hace. El maquinismo del siglo XIX ya no es el mismo del mundo de hoy, y los daños que potencialmente pueden ocasionarse, a consecuencia de un accidente industrial o técnico, pueden cobrar cientos de vidas humanas, daños medioambientales, y agravios a la naturaleza en general. En este marco, una corriente de pensamiento logró ingresar al escenario jurídico francés, el cual, siguiendo las reflexiones del profesor H. JONAS[63], analiza la responsabilidad civil **no bajo un concepto de reparación de daños consecuentes al ejercicio de una imputación causal de hechos, sino poniendo hincapié en la naturaleza, las nuevas generaciones, la perpetuación de la vida humana sobre la tierra**. Enarbolando el emblema del **principio de precaución**, la propuesta de los defensores de esta corriente persigue básicamente salir de las fronteras de la previsibilidad, base de una probabilidad estadística exigida

[60] L. GARRIDO CORDOBERA y J. BUSTO LAGO, p. 24.

[61] Agregamos la expresión "propiamente tal" a modo de no confundir la terminología de F. EWALD "paradigmas de responsabilidad" con el primero de ellos que también lo denomina "paradigma de la responsabilidad". Así, el primero se refiere al género; mientras que el segundo a la especie, cuyo elemento esencial es la culpa en tanto fundamento de responsabilidad.

[62] Este último paradigma actúa frente a eventuales escenarios catastróficos provenientes de la actividad misma del hombre (F. EWALD, art. precit.). Lo que en otros términos es denominado por la doctrina como *"riesgos manufacturados"* (U. BECK, *La sociedad del riesgo mundial*. Paidós. España. 2007).

[63] H. JONAS, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, ed. du Cerf, col. Passages, París, 1990.

Actualidad Juridica 29 final.indd 464 21-01-14 11:45

por el seguro, y conquistar el territorio de la posibilidad, esto es, de la potencialidad, de la incertidumbre científica, de aquello que no se puede afirmar, pero tampoco se puede negar. El motor del aludido principio de precaución es justamente el riesgo. Pero ya no un riesgo enmarcado bajo el paradigma de la solidaridad, propio de la mutualización y de la seguridad social, sino un riesgo sostén de un nuevo paradigma, el de la seguridad. De esta manera, sería posible argumentar que habría riesgos que jamás deberían haberse corrido, y daños que nunca deberían haberse producido (siguiendo la nomenclatura de F. EWALD[64]). **El referido principio actúa en casos inmersos en un contexto de incerteza o controversia científica**, en el que se destaca la posibilidad eventual de daños graves o irreversibles. Los mencionados riesgos son entonces capaces en potencia de generar una catástrofe, o un daño de una trascendencia mayor, los que independientes de la naturaleza o del azar, provienen de la actividad autónoma del hombre y que se define bajo el concepto transversal de *"riesgo manufacturado"*[65].

26.- El amplio continente temporal, que marcado por los paradigmas antes indicados permite la constante actualización del derecho de la responsabilidad civil, se ve también manifestado en las transformaciones orgánicas de que han sido objeto las sociedades desde hace varias décadas. En ellas se aprecia una decreciente intervención estatal en el terreno de los riesgos y de las incertidumbres, **manifestada por una cuestionada extensión refleja de los límites de la responsabilidad civil**. Desde un punto de vista general y socio-temporal, la sociedad liberal del siglo XIX perseguía el equilibrio entre la libertad personal y la regulación estatal, figuras ambas relativas al derecho civil y al derecho administrativo, respectivamente. En este escenario, el derecho de la responsabilidad civil, perseguía el resarcimiento de los daños injustamente causados mediante un tradicional análisis *ex post* de la responsabilidad, actuando como garante de la libertad personal de los individuos. En contra, el derecho administrativo, fiel a su función de ente regulador, adquiría protagonismo, pues asumía la obligación de disminuir los daños colaterales del progreso mediante un control *ex ante* de las actividades consideradas como especialmente peligrosas. Dicho control analizaba fundamentalmente los conocimientos adquiridos y la experiencia vivida. De aquí que frente a una situación de incerteza, la libertad de acción debía por sobre todo primar[66], fundada en el irrestricto dogma de la libertad de empresa y de las leyes de la oferta y la demanda. A su turno, esta forma de sociedad fue seguida por la figura política y social imperante principalmente en Europa denominada "Estado de Bienestar", la que irrumpe y se

[64] F. EWALD, "Responsabilité - solidarité - sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XXè siècle", Risques. *Les cahiers de l'assurance*, n°10 abril-jun 1992, p. 9-27.
[65] A. GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2000.
[66] Ver en este punto, P. O ´MALLE, "Uncertain subjects: risks, liberalism and contract", *Economy and Society*, 29 (4), 2000, pp. 460-484.

Actualidad Juridica 29 final.indd 465 21-01-14 11:45

desarrolla a mediados del siglo XX. Bajo los límites de esta figura, el aparato estatal adquiere caracteres de empresario, investigador, asegurador, y asume los riesgos inherentes a la industria y a la ciencia, contribuyendo positivamente en la sensación de seguridad imperante en la sociedad civil[67]. Sin perjuicio de lo anterior, los órganos vitales de un fenómeno conocido bajo el nombre de "globalización" impactaron la sociedad de las últimas décadas del siglo XX, disminuyendo las facultades del "Estado de Bienestar", e impregnando en la población –siguiendo a U. BECK[68]– una sensación de inseguridad y de peligro al verse expuesta a un riesgo cada vez mayor, toda vez que era menos controlado e incluso menos garantizado. En efecto, bajo una administración globalizada, ya no era el Estado quien asumía los roles de investigador, científico o empresario, caucionando a su turno los daños que eventualmente pudieran generarse a consecuencia de sus actividades mediante innovadores modelos de seguridad social. Así, fue el sector privado quien asumió el liderazgo científico y quien heredó la investidura de la capacidad innovadora. En rigor, el Estado mediante las privatizaciones delegó en el sector privado la dirección en materia de política industrial e innovación científica. La seguridad social perdió financiamiento suficiente para compensar la concretización de riesgos, producto de la deslocalización industrial. El discurso científico se desacreditó en consideración a los intereses económicos contrapuestos que favorecieron la politización del mismo, evidenciado en importantes crisis ambientales y sanitarias, tales como Chernóbil, sangre contaminada o el problema de las vacas locas, sobre los cuales nos hemos referido. En definitiva, *"la ciencia que en manos del Estado sirvió para justificar la asunción de riesgos pierde ahora su prestigio y el reclamo de seguridad lleva al ascenso de los paradigmas de la "cultura de la precaución"*[69], ésta última íntimamente vinculada a la sociedad del riesgo, figura que nos ocupará en lo sucesivo de este trabajo.

b.- La sociedad del riesgo, una consecuencia del desarrollo.

27.- Tal como hemos afirmado más arriba, el hombre del siglo XXI se caracteriza por ser distinto, pues ya no acepta el daño como un designio divino, sino que persigue que el agravio sea prevenido y evitado, y si esto no ocurre, que sea justamente reparado. De aquí que las fronteras del instituto se extiendan y la filosofía individualista del "dolo o culpa" como argumentos de retención de la responsabilidad, en atención al elemento subjetivo de la misma, sean cuestio-

[67] *"La concepción del Estado-providencia marca la comprensión por la sociedad que ella es un todo (…) y que le corresponde repartir entre sus miembros los riesgos que sufren los asociados, según los principios de la transferencia y de la redistribución"*. M. TERESTCHENKO, *Philosophie Politique*, T. 1, Ed. Hachette, Paris, Les Fondamentaux, 1994, p. 148.

[68] U. BECK, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 24 (nota 2).

[69] J. CORTI VARELA, *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Reus, Madrid, 2010, p. 27.

Actualidad Juridica 29 final.indd 466 21-01-14 11:45

nados como único y exclusivo factor de atribución de responsabilidad. En este sentido el profesor G. STIGLITZ manifiesta: *"la rigidez del subjetivismo comienza a ceder terreno y surgen principios más aptos para dotar a la institución resarcitoria de una estructuración axiológica crecientemente ponderable"*.[70] **Creemos, que un moderno sistema de reparación debe pasar por sobre la culpa, y no sustentar exclusivamente en un fundamento subjetivo el porqué del resarcimiento.** Lo que interesa a la víctima es la reparación del daño, mas no la determinación de quien o como se le ha causado el agravio. Insistir en un análisis contrapuesto conducirá a incrementar aun más la crisis en que la responsabilidad civil se desenvuelve[71].

28.- Ahora bien, no es difícil constatar que los riesgos a los que se exponía el hombre de otras épocas y a los que se expone la humanidad en pleno siglo XXI son bastante diferentes en cuanto a especie y en cuanto a origen. Lo indicado, ya que mientras el hombre antiguo debía hacer frente a epidemias, desabastecimiento y muerte, fenómenos en que la intervención humana era meramente un accidente; el hombre moderno debe enfrentarse a los riesgos e incertidumbres que crea libre y voluntariamente, sea en nombre del bienestar, sea en nombre de dividendos económicos importantes.

29.- Del devenir social señalado resultó que a fines del siglo XX naciera una amplia figura capaz de comprender la lectura de los paradigmas asimismo mencionada. Dicha figura corresponde a la denominada "**sociedad del riesgo",** acuñada por el sociólogo alemán U. BECK[72], seguida y profundizada por el catedrático inglés A. GIDDENS[73], y por el profesor alemán N. LHUMAN[74]. Esta particular forma de sociedad comienza a ser cimentada bajo los contornos de la explosión tecnológica propia del siglo XX, en virtud del desarrollo de la maquinización a gran escala, de la empresa automovilística, del comercio de productos industrializados, del desarrollo de la actividad nuclear, de eventos de contaminación ambiental, de nuevos lineamientos aplicables a la responsabilidad médica (fundamentalmente en Francia, en atención a la interpretación atribuida a la pérdida de una chance en este escenario); así como, en razón de la proliferación de accidentes[75] y de daños anónimos, esto es, de eventos que no pueden ser fácilmente atribuidos a la culpa de un agente, comprendiendo

[70] G. STIGLITZ, *La responsabilidad civil*, Ed. La Ley, Bs. As. 1984, p. 6.
[71] L ENGEL, *La responsabilité en crise* Paris, Hachette (col. "Questions de societé"), 1995, citado por D. TAPINOS cita n° 22.
[72] U. BECK, op. cit.
[73] A. GIDDENS, *Modernidad e identidad del yo: el yo y la sociedad en la época contemporánea*, Península, Barcelona, 1995.
[74] N. LUHMANN, *Sociología del riesgo*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, pp. 65-66.
[75] Así reconocido por A. TUNC, *"al indicar que en todos los países industrializados los procesos de responsabilidad se multiplican"*, en Directivas de las comunidades europeas en materia de responsabilidad civil por el hecho de los productos defectuosos, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, N° 1, p. 19, 1977.

Actualidad Juridica 29 final.indd 467 21-01-14 11:45

en sí mismos la inseguridad para las víctimas de obtener una justa reparación, pudiendo ser considerados como simples eventos fortuitos.

30.- Por otro lado, el aludido cambio en la perspectiva del resarcimiento se ha verificado, puesto que el espacio jurídico, desde algunas décadas, ha sido impactado por una nueva especie de alea: **los riesgos y las incertidumbres derivados de la innovación científica a título de límite natural de los avances tecnológicos.** A su turno, consideramos pertinente que bajo los márgenes de la sociedad del riesgo tratemos de precisar qué entendemos por riesgos e incertidumbres, nociones importantes en el marco de nuestra labor investigativa, y que hasta este momento sólo hemos nombrado.

31.- El profesor O. GODARD y otros autores indican que *"la distinción entre incertidumbre y riesgo fue introducida por primera vez de manera explícita en 1921, por el americano F. KNIGHT y por el inglés J. M. KEYNES"*[76]. Para F. KNIGHT la distinción más evidente entre ambas nociones corresponde a que respecto del riesgo *"la distribución del resultado es conocida (sea por un cálculo a priori, sea por un cálculo estadístico). Mientras que en la incertidumbre esto no es posible (…) siendo única la situación considerada"*[77]. Complementamos lo anterior según lo expuesto por el profesor P. LASCOUMES, quien considera que el riesgo comprende un carácter de *"alea anticipable"*[78], y se aprecia caracterizado por *"la precisión de la estimación de su ley de probabilidad y, entonces, por la posibilidad de tratarlo como un costo asegurable"*[79], en otros términos, se identifica con *"la resultante del producto de la probabilidad o frecuencia de un accidente multiplicado por la gravedad de las consecuencias de este accidente"*[80], o como *" la esperanza matemática de probabilidad del evento"*[81]; a su turno, la incertidumbre *"debe ser radicalmente distinguida de los riesgos calculables: acá no existe base científica alguna que permita su mensurabilidad"*[82]. Destacamos de lo señalado que el elemento fundamental de ambas nociones es la **probabilidad: la cual en este escenario puede manifestarse en sus facetas de objetiva y subjetiva.** Luego, el elemento identificador del riesgo corresponde a la existencia de una probabilidad objetiva que lo sustente, mientras que la incertidumbre estaría revestida de una probabilidad subjetiva *"vinculada al ejercicio de un*

[76] O. GODARD y otros autores, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, París, 2002, p. 12, en referencia a F. KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit*, Sentry Press, New York, 1921, y J. M. KEYNES, *A Treatise on probability* (1921), Macmillan, Londres, 1973.

[77] F. KNIGHT, "Risque et incertitude", *Risques*, n°3, dic, 1990, p. 37.

[78] P. LASCOUMES, "Construction sociale des risques et contrôle du vivant", *Prévenir*, 1993, N° 24, p. 23.

[79] C. GOLLIER, "Le risque de développement est-il assurable?", *Risque*, n°14, abril-jun 1993, p. 50.

[80] L. GILLON, "Contraintes et risques technologiques, dans La réparation des dommages catastrophiques, les risques technologiques majeures en droit international et en droit communautaire", Travaux des XIIIe Journées d´études juridiques J. DAVIN, Bruyland, Bruxelles, 1990, p. 16.

[81] D. BERNOUILLI, "Spécimen theoriae novoae de mensura sortis", 1738. Traduction moderne: "Théorie sur La mesure du risque".

[82] C. GOLLIER, art. precit., p. 50.

Actualidad Juridica 29 final.indd 468 21-01-14 11:45

juicio o a la formación de opiniones no científicas sobre la evolución futura de los acontecimientos"[83].

32.- A título de cuestionamiento de la denominada probabilidad subjetiva, es interesante referirnos a lo expuesto por J. M. KEYNES. Para el señalado autor, un determinado evento *"no es probable porque lo creo"*[84], ya que en cuanto a los datos que han permitido configurar un conocimiento *"lo probable o improbable en estas circunstancias ha sido fijado objetivamente, y es independiente de nuestra opinión"*[85]. Luego, toda probabilidad sería objetiva. Sin perjuicio del pensamiento del señalado economista inglés, creemos que los tiempos actuales han dado paso incluso a meras percepciones como componentes de una eventualidad en la verificación de un fenómeno dañoso, dando con ello lugar a los postulados de F. KNIGHT respecto de las probabilidades subjetivas. En fin, ambas nociones **–riesgo e incertidumbre–** proyectan una eventualidad futura, pero mientras el riesgo es vinculado a un espacio de previsión y probabilidad objetiva, la incertidumbre permite ser identificada con externalidades imposibles de controlar, con planteamientos hipotéticos, probabilidades subjetivas o meras posibilidades[86].

33.- Desde un punto de vista más técnico, y recurriendo a lo expuesto por el profesor O. GODARD, hablamos de riesgo *"si la incertidumbre relativa a estos eventos es definida por una distribución de probabilidades objetivas"*[87]. Más adelante, el citado profesor se refiere a las probabilidades objetivas manifestando que *"ellas son establecidas a partir de una información estadística, otorgadas por ejemplo en medicina por investigaciones epidemiológicas, o en física por la observación de colisiones en un gran acelerador de partículas"*[88]. Luego el riesgo supone una apreciable regularidad estadística, mientras que la incertidumbre no es más que una amenaza proyectable. De aquí que sea posible reconocer la reabsorción detectable en casos de incertidumbre, cuando la evolución científica permite que su naturaleza torne hacia la vertiente del riesgo[89].

34.- A mayor complemento, afirmamos que bajo un criterio objetivo, las probabilidades constitutivas del riesgo se traducen en la determinación de

---

[83] F. KNIGHT, art. préc., p. 36.
[84] J.M. KEYNES, *Treatise on probability* (1921), Collected Writings, vol. VIII, Cambridge, Macmillan, 1973, p. 19.
[85] J.M. KEYNES, op. cit., loc. cit.
[86] Desde este punto de vista, la incertidumbre parece identificarse con la noción de peligro que N. LUHMANN realiza en su obra *Sociología del riesgo*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, pp. 65-66. Para él tanto riesgo como peligro dicen relación con males futuros, pero mientras el riesgo es causado por una decisión humana, el peligro es fruto de externalidades que no se encuentran bajo control humano. Luego, la problemática del riesgo se encuentra enmarcada en el terreno de la toma de decisiones, mientras que el peligro en el escenario de la reparación.
[87] O. GODARD, op. cit., loc. cit.
[88] O. GODARD, op. cit., p. 13.
[89] Cf. N. TREICH, "Vers une théorie économique de la précaution?", art. préc. , p. 121.

Actualidad Juridica 29 final.indd 469 21-01-14 11:45

posibilidades de realización de un evento a partir de la frecuencia observada del mismo. Mientras que respecto de un criterio subjetivo la probabilidad inherente a la incertidumbre mide la *"intensidad del asentimiento que el sujeto acuerda a sus juicios"*[90], en circunstancias que *"ella no supone una repetición de eventos similares, sino que recae sobre eventos raros o únicos"*[91]. 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"*[92] derivadas tanto de juicios como de observaciones. En fin, como se indicó más arriba al citar a F. KNIGHT, la institución del seguro se encuentra íntimamente vinculada respecto de ambas nociones, así la posibilidad de cuantificar el evento conducirá en definitiva a distinguir si se trata de un riesgo o de una incertidumbre, entendiendo que el primero se enmarca en un escenario *"estático"*, mientras que la segunda en un contexto *"dinámico y evolutivo"*[93] administrable en virtud de medidas provisorias según el avance del conocimiento.

35.- Desde otro punto de vista, es posible comprender dentro del riesgo, en tanto género, a la incertidumbre. Lo anterior pues el género admitiría dos especies. Por un lado el riesgo cierto (susceptible de ser determinado científicamente); y por otro, el riesgo potencial o incertidumbre intrínseca (imposible de medirse técnicamente), siendo este último aquel que no puede ser determinado por una aplicación de estadísticas. Así, riesgo e incertidumbre son dos nociones íntimamente vinculadas, prueba de ello es que el riesgo, o si se quiere el riesgo cierto, ha sido también definido como la *"incertidumbre objetivamente probabilizable"*[94]. Unimos la relación expuesta a los estudios del profesor N. de SADELEER, quien distingue la existencia de tres tipos de riesgos[95]. El mencionado autor hace una relación de los denominados riesgos ciertos, de los riesgos residuales y de los riesgos inciertos. El factor de distinción de las indicadas figuras corresponde, respectivamente, al grado de percepción del riesgo, el cual puede ser probabilizable objetivamente, conjeturable o controvertido científicamente, pero no irracionalmente representable.

---

[90] Coloquio internacional, "Probabilités subjectives et rationalité de l´action", CNRS, Besançon, 7-9.11.2000, citado por D. TAPINOS, op. cit., loc.cit.

[91] Coloquio internacional, "Probabilités subjectives et rationalité de l´action", citado por D. TAPINOS, op. cit., n° 68.

[92] D. DACUNHA-CASTELLE, "Chemins de l´aléatoire. Le hasard et le risque dans la société moderne", Paris, Flammarion, 1996, p. 17.

[93] N. TREICH, "Le principe de précaution est-il économiquement acceptable?, INRA, sciences sociales, julio 2000, p. 2.

[94] F. KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit*, Sentry Press, New York, 1921, p. 215.

[95] N. de SADELEER, "Les principes de pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du Droit de l´environnement", Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 174 y s.

Actualidad Juridica 29 final.indd 470 21-01-14 11:45

36.- Como indicamos, **elementos vitales de esta sociedad corresponden al riesgo y a la incertidumbre** en tanto a su rol de característica inherente a toda actividad humana propia de un escenario de modernización constante, la que incluso puede afectar la misma existencia del hombre. En este sentido, la referida tipología social es representada básicamente por el reforzamiento de conceptos relativos a la seguridad, en otros términos: control de los riesgos, certezas, prevención y precaución. En este punto, podríamos perfectamente entender a la sociedad del riesgo como *"fruto del desarrollo"*[96]. Desarrollo que se comprende colateralmente con una **aversión a los riesgos por parte de las comunidades y la validación de mecanismos que permitan atenuarlos o eliminarlos**, por ejemplo en el escenario de políticas ambientales o sanitarias. Rescatamos lo señalado por el economista estadounidense P. BERNSTEIN, quien sostiene que *"la idea revolucionaria que define las fronteras entre los tiempos modernos y el pasado es el control del riesgo: la noción de que el futuro es más que un capricho de los dioses y que hombres y mujeres no permanecen pasivos ante la naturaleza. Hasta que los seres humanos descubrieron un camino a través de esa frontera, el futuro era un espejo del pasado, el dominio oscuro de los oráculos y los adivinos que tenían el monopolio sobre cómo anticipar los acontecimientos"*[97]. Lo citado reviste una trascendencia mayúscula, pues el futuro no se proyecta bajo un lente de resignación a una especie de voluntad divina, la que en nuestros días obligaría a considerar a las incertidumbres como una normal consecuencia del progreso, cuya verificación debiera ser identificada como un aceptable peligro colateral del proceso evolutivo de las ciencias, sino más bien identificándose con la convicción de que la especie humana puede controlar el porvenir e incluso alterarlo. El racionalismo, en definitiva, se apodera del desarrollo científico y con ello la percepción y lectura de los riesgos quedan fuera de la órbita celestial[98].

37.- De acuerdo a lo indicado en el párrafo anterior, y sujetos a los designios de esta sociedad, es posible incluso **interrogarse sobre la licitud de la actividad científica** que está a la cabeza de innovaciones tecnológicas sin dominar ampliamente las contingencias nefastas de dichas actividades. Percibimos este punto como uno de vital importancia en un escenario amplio de responsabilidad, la cual no sólo alcanza al agente inmediato identificado como sujeto activo de un daño, sino que va más allá, llegando al científico mismo, en otras palabras, a la cuna de la innovación[99]. En este sentido, la existencia de incertidumbres o de riesgos hipotéticos demuestra en sí misma una clara evidencia de que las nuevas tecnologías abren paso a suposiciones y angustias frente a eventuales peligros, que lejos de ser desmentidos por la

[96] J. CORTI VARELA, op. cit., p. 24.
[97] P. BERNSTAIN, *Against the Gods. The Remarkable Story of Risk*, Wiley, New York, 1996, p. 1.
[98] En otros términos: *"el progreso reemplaza poco a poco a la Providencia"* en S. ORTOLI et N. WITKOWSKI, op. cit., loc. cit.
[99] Les scientifiques doivent-ils être responsables?, Coll. Science, éthique et société, enero, 2013.

Actualidad Juridica 29 final.indd 471 21-01-14 11:45

ciencia, tampoco pueden ser afirmados por ella. De lo indicado asumimos que **la integración de conocimientos, a lo menos hoy, es inversamente proporcional al utópico anhelo del riesgo cero.** En este espacio, la incapacidad del investigador por dominar los efectos de las técnicas que descubre constituye un evidente talón de Aquiles, que actúa, no obstante, como impulso a la investigación. Luego, el cuestionamiento por aquellas actividades humanas, comprendidas en el amplio género de los avances científicos y que estrictamente no pueden ser dominadas en cuanto a sus posibles efectos dañinos, constituye hoy una fuerza difícil de superar, capaz de discutir incluso los beneficios que el avance tecnológico trae aparejados, y de modelar las bases de ciertas técnicas jurídicas, elaboradas con el objeto de garantizar un amplio ideal de seguridad. Agregamos en este punto lo desprendido del citado profesor J. CORTI VARELA, quien enseña que las contaminaciones medioambientales de largo plazo (o de efecto latente) y el mejor conocimiento del funcionamiento de las leyes de la ecología nos demuestran la gran complejidad que revisten los ecosistemas. De aquí que sea difícil predecir el alcance exacto que tendrá la acción humana sobre la naturaleza. Cuando los daños medioambientales son visibles ya es demasiado tarde para actuar sobre su origen[100]. En fin, entendemos de lo indicado que la ciencia es considerada como insuficiente a la hora de definir ciertos riesgos y algunas incertidumbres que impactan a nuestra sociedad. Existe, contrarrestando, una idea de cultura precautoria, que propone fundar regulaciones en percepciones sociales, intuiciones políticas materializadas en medidas anticipativas o precautorias garantes de una seguridad vital de los seres humanos[101-102].

38.- Es indudable que una de las facetas más importantes de esta **sociedad del riesgo** es entonces la que obedece a fundar las bases de una cultura jurídica de la precaución[103]. De aquí que pueda afirmarse que estamos entrando más bien a una **sociedad de la precaución**. En relación a lo expuesto, para una parte de la doctrina, el derecho de la responsabilidad adopta caracteres omnicomprensivos, pues además de perseguir la reparación de perjuicios verificados y vinculados causalmente a los comportamientos del agente dañoso o a los riesgos que comprende su actividad, incorpora al mérito resarcitorio, aquellos daños que si bien aún no son producidos, podrían posiblemente serlo en el futuro, generando un agravio irreversible y atentatorio en contra de los seres vivos en su conjunto, reteniendo bajo criterios anticipativos un cuestionado análisis *ex ante*

[100] J. CORTI VARELA, op. cit., p. 28.
[101] En este sentido M.A. HERMITTE et D. DORMONT "Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l´affaire de la vache folle", en P. KOURILISKY y G. VINEY (eds.) *Le principe de précautions*, Odile Jacob, Paris, 2000, pp. 341-386.
[102] Ver, N. SADELEER, art. precit, pp. 45-46.
[103] En este sentido, R. PIETERMAN, "Culture in the Risk Society: An essay on the rise of a precautionary culture", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 22, 2001, p. 146.

Actualidad Juridica 29 final.indd 472 21-01-14 11:45

de la responsabilidad civil.[104] En virtud de lo anterior, una marcada tendencia al cuestionamiento de riesgos y de las incertidumbres, y el empleo de técnicas legislativas y pretorianas destinadas a evitar el acaecimiento de un perjuicio, así como de brindar garantías efectivas para un eventual suceso, concentran la esencia de las evoluciones en este estadio. Naturalmente, en esta línea, el estado del arte o *state of the art,* pierde su rol de árbitro en la determinación de los riesgos, y figuras jurídicas como la relativa a *"los riesgos del desarrollo"*[105] comienzan a desmoronarse al carecer de sustento jurídico. La indicada cultura precautoria sienta sus bases, luego, en el desequilibrio notable entre progreso y conocimiento. En otras palabras, la incerteza científica ligada a una posibilidad de daño grave (en el sentido de irreversible) desnuda una letal vulnerabilidad del ser humano incapaz de hacer frente a las catástrofes vinculadas al avance científico. Evidenciándose, en consecuencia, el regresivo poder del ser humano sobre el medio que lo rodea, lo cual lo hace ser responsable no tan sólo por las consecuencias negativas de un comportamiento negligente, sino también por el alea que conllevan sus actividades.

39.- Se desprende de lo sostenido por el profesor H.-H. TRUTE[106], a propósito de los argumentos de la cultura precautoria, que el avance del conocimiento científico ha tenido el efecto paradójico de ampliar el campo de la incertidumbre. La velocidad del desarrollo ha hecho que los principios y las leyes otrora incuestionables sean puestos en tela de juicio en pocos años. Cualquier conclusión de hoy puede ser dudosa el día de mañana. En otros términos afirmamos que el fenómeno evolutivo que estamos presenciando es altamente complejo y hoy lo es con mayor énfasis. En efecto, la era tecnológica de la que somos parte y el nivel de daños a los que la humanidad se expone, tales como: colectivos de diversa fuente, nanotecnológicos, transgénicos, etc., supone un fenómeno que incluso el mismo científico no es capaz de controlar.

40.- En fin, como dijimos, las alteraciones sociológicas no pueden quedar al margen del estudio de las evoluciones de los esquemas de responsabilidad, ya que los efectos sociales de la ciencia y de la tecnología obedecen en nuestro criterio **al motor del impulso jurídico-evolutivo.** En síntesis, a consecuencia del impacto sociológico de la modernidad, un amplio enfoque del instituto resarcitorio es susceptible de ser reconocido. Así, el tratamiento del **factor desconocido,** pieza fundamental del desarrollo, se traduce en el núcleo del proceso de cambio, provocado a consecuencia de la innovación científica. Siendo éste capaz de extender las clásicas fronteras del instituto y de alterar

[104] Ver infra n° 44, cita n° 113.
[105] S. CORDECH P., J. SOLÉ FELIU, *Brujos y Aprendices. Los riesgos de desarrollo en la Responsabilidad de Producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
[106] H.-H. TRUTE "From past to future risk – From Private to Public Law", *European Review of Public Law*, 15 (1) pp. 73-103, 2003, esp. p. 84.

Actualidad Juridica 29 final.indd 473 21-01-14 11:45

las condiciones sobre las cuales se estructura[107]. Sobre este desarrollo nos abocaremos en la segunda parte expuesta a continuación.

B.- Los avances científicos como impulso a la evolución del derecho de la responsabilidad civil.

41.- **Los riesgos y las incertidumbres, por su parte, se elevan como elementos de la esencia de los principios de prevención y de precaución,** respectivamente, los cuales para nosotros constituyen un reflejo evidente de la modernización constante que alcanza al derecho de la responsabilidad civil. Asumimos lo anterior, pues ambos principios obedecen a un ejercicio de anticipación de daños, opuesto a la lógica esencialmente curativa de los tradicionales corolarios del instituto[108]. Enfocaremos esta segunda parte, exponiendo primero **ciertos alcances generales de las nociones (a)**, para luego pronunciarnos exclusivamente sobre el **principio de precaución (b)**.

a.- Principios de prevención y de precaución, nociones generales.

42.- El riesgo y la incertidumbre constituyen herramientas efectivas de las que se vale el derecho de la responsabilidad en sus evoluciones y cambios. Estamos seguros que dicha comunión, está lejos de desaparecer. Lo anterior adopta trascendencia respecto del tratamiento de ciertos "riesgos de daños" actualmente en estudio, tales como el derivado de las antenas de celulares o de la ingesta de alimentos transgénicos.

43.- No es novedad indicar que desde un punto de vista clásico el recurso resarcitorio actúa *a posteriori*, es decir, luego de la verificación del daño que debe ser reparado. En palabras de la profesora G. VINEY, la responsabilidad civil curativa tiene por objeto establecer las *"reglas que obligan al autor de un daño causado a otro a reparar este perjuicio otorgando a la víctima una compensación"*[109]. El instituto entonces se ve caracterizado por dos grandes aspectos: en primer lugar, la responsabilidad civil adopta caracteres esencialmente reparadores o resarcitorios de un daño producido[110]; mientras que en segundo lugar, el

[107] Uno de las manifestaciones de este desarrollo se manifiesta en la abundante producción legislativa y reglamentaria que se constata en Francia. Aun cuando hacemos presente que esta ha sido fuertemente cuestionada. Ver, A. CURTET, E. DEMANGE et V. NICOLAS, "L´assurance des risques d´entreprise", *Cahiers de droit de l´entreprise*, n° 4 juillet 2009, entretien 4. Según estos autores: En 2006, el Consejo de Estado, había denunciado la existencia de una verdadera inseguridad jurídica. Desde aquí que sea común afirmar que la proliferación legislativa vuelve al derecho más y más incierto. Cfr. L. MAZEAUD, *La responsabilité des professionnels exploitants une activité à risque*, Tesis, Toulouse, 2010, cita n° 99.

[108] Con respecto al principio de precaución y su particular lectura de la responsabilidad civil, ver: M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en Droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, (Col. Bibliothèque de droit privé), tome 444, 2005, n°8.

[109] G. VINEY, *Traité du Droit civil*, sous la dir. De J. GHESTIN, Introduction à la responsabilité, Paris, LGDJ, 1995, 2 éd. n° 1.

[110] H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, et A. TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ª ed. francesa por L. ALCALÁ-ZAMORA, Ediciones Jurídicas Europa-América,

Actualidad Juridica 29 final.indd 474 21-01-14 11:45

instituto convive con un control previo de la autoridad pública relativa al ejercicio de determinadas actividades supeditado al conocimiento científico y a las experiencias del pasado, lo que nos conduce a indicar que frente a una ausencia de pruebas o de experiencias, siempre la libertad de actuación debería primar[111]. En concordancia con este punto, parece revestir aplicación el principio de común aplicación en Derecho Privado, relativo a que en esta rama del Derecho es permitido hacer todo aquello que la ley no prohíbe, constituyendo la regla imperante una libertad absoluta de acción, en principio sólo limitada por una norma legal expresa. Siguiendo al profesor H. CORRAL TALCIANI[112], consideramos, no obstante, que el apuntado principio es incompleto pues las leyes civiles pueden vedar conductas mediante la utilización de estándares normativos amplios, como por ejemplo: las buenas costumbres, la moral, el orden público, etc., así como con el objeto de suspender el daño injustamente causado mediante la materialización de un principio acuñado por los romanos denominado *alterum non ladere* (nadie puede causar daño a otro injustamente).

44.- Sin perjuicio de lo anterior, importantes autores han manifestado la necesidad de extender la función preventiva de la responsabilidad civil[113], refiriéndose a un importante poder anticipativo[114] fundado en la amenaza de daños de gran escala, traducida incluso en la sistematización de un régimen que persiga la paralización de cualquier actividad que caracterice un riesgo grave e irreversible para el medio ambiente o la salud pública, en virtud de una acción preventiva y colectiva de responsabilidad civil[115], llegando a considerar al principio de precaución como un nuevo fundamento de la responsabilidad civil[116], provocando discusiones y cuestionamientos[117] en la doctrina. En síntesis, el tradicional modelo de la

Buenos Aires, 1961, t. I., v. I, n° 3, p. 2; L. DIEZ-PICASSO, et A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1983, v. II, p. 612; O. TAPIA SUAREZ, *De La responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción, 1941, p. 18; C. Suprema 06.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, p. 181.

[111] J. CORTI VARELA, op. cit, p. 26.

[112] H. CORRAL TALCIANI, op. cit., p. 66

[113] C. THIBIERGE, art. precit., M. BOUTONNET, op. cit. ; G. J. MARTIN, "Précaution et évolution du droit ", art. precit., p. 299, **del mismo autor**, "La mise en ouvre du principe de précaution et la renaissance de l´action en responsabilité pour faute", JCP ed. E., 15 abril 1999, n° 1, p. 3, "Responsabilité, risque et précaution", en *Université de tous les savoirs*, sous la dir. d´YVES MICHAUD, vol. V (Qu´est ce que les technologies?), Paros, Odile Jacob, 2001, p. 593, y "Principe de précaution, prévention de risques et responsabilité: quelle novation, quel avenir?" AJDA, 2005, p. 2222; A. GUEGAN, "L´apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile", RJE 2000, n° 2, p. 147.

[114] Cf. M. REMOND-GOUILLOUD, "Le risque de l´incertain: la responsabilité face aux avancées de la science", art. préc., p. 341; C. RADE, "Le principe de précaution, une nouvelle étique de la responsabilité?", art. precit., p. 80; G. VINEY, "Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées", D. 2007, p. 1542.

[115] Ver M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, prólogo C. THIBIERGE, LGDJ, París, 2005.

[116] C. THIBIERGE, art. precit., M. BOUTONNET, op. cit.

[117] La corriente en comento defiende el reconocimiento de una responsabilidad civil radicalmente transformada, lo que respecto del principio de precaución configuraría una verdadera metamorfosis, en términos del profesor D. MAZEAUD, "Responsabilité civile et précaution", en *La responsabilité civile á l´aube du XXI siècle, bilan prospectif*, RCA 2001, n°33.

Actualidad Juridica 29 final.indd 475 21-01-14 11:45

responsabilidad fundado en la constatación de un daño verificado y en la conducente condena basada en el reproche moral del comportamiento o en el riesgo incurrido, comienza a incorporar al futuro en su análisis, alterando las lecturas de los sistemas de resarcimiento.

45.- Por su parte, la **lectura tradicional** de la finalidad preventiva de la responsabilidad civil ha sido largamente reconocida por la doctrina francesa[118], llegando a ser estimada incluso como una función accesoria o secundaria[119], respecto a la finalidad resarcitoria perseguida por el instituto. En rigor, el mencionado rol preventivo o profiláctico involucra el efecto disuasivo provocado a consecuencia de la sanción atribuida a una determinada conducta conducente a no perpetrar nuevamente el acto dañoso, así como a la sociedad en general, cuyos integrantes se verán advertidos de realizar determinadas conductas, como mecanismo de evitar los desembolsos que a título de resarcimientos han sido efectuados por los agentes dañosos ya condenados[120]. En esta dirección los profesores G. VINEY et P. JOURDAIN exponen: *"desviando (…) los ineptos e incompetentes de actividades peligrosas o que sobrepasan sus capacidades, el derecho de la responsabilidad contribuye a evitar ciertos riesgos y por ahí a prevenir ciertos daños"*[121].

46.- Por otro lado, las nociones de prevención y de precaución están dirigidas a evitar los riesgos y las incertidumbres que sean capaces de provocar el agravio, analizados en un estricto marco de proyección o representación científica. Luego, mientras la prevención se ligue a un riesgo científico cierto, la precaución será enlazada con un riesgo científico potencial[122], que idealmente y razonablemente no debe ser corrido, en consideración a las eventuales consecuencias técnicamente proyectadas o idealmente representadas, respectivamente. En síntesis *"la prevención reposa sobre una certeza relativa a la posibilidad de acaecimiento de un riesgo mientras que la precaución reposa sobre una incertitud portante sobre la posibilidad de acaecimiento de un riesgo. La prevención visa el caso donde el riesgo es percibido, pero además es posible de atribuirle una cierta*

---

[118] G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2da ed., París, 2005, n°39 et s.; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz Action, Paris, 2011, n°s 3 y 4; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9ª ed., Paris, 2005, n° 690 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de Droit civil*, Les obligations, t. 1, Les sources, LGDJ, París, 1987, n° 408.

[119] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Le fait juridique*, Sirey, 14e ed., Paris, 2011, n° 85.

[120] Ver H. CORRAL, op. cit., pp. 66 y 67. En el derecho anglosajón también es posible detectar un amplio reconocimiento a la finalidad preventiva de la responsabilidad. En efecto, la escuela del análisis económico del derecho defiende una "función social preventiva de las reglas que definen los daños indemnizables", en términos del profesor E. BARROS BOURIE (op. cit., n°142.)

[121] G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 463.

[122] Cf. F. EWALD, "Le retour du malin génie", in *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, sous la dir. d´O. GODARD, Paris, Maison des sciences de l´homme et de l´INRA, 1997, p. 99 et s.; Ph. KOURILSKY et G. VINEY, "Le principe de précaution. Rapport au Premier Ministre", Paris, Odile Jacob, 2000, p. 18 et 151; D. BOURG et J.- L. SCHELEGEL, "Parer aux risques de demain. Le principe de précaution", Paris, Seuil, 2001, p. 138; Ph. KOURILSKY, "Du bon usage du principe de précaution", Paris, Odile Jacob, 2002, p. 45.

Actualidad Juridica 29 final.indd 476 21-01-14 11:45

probabilidad de ocurrencia, siendo entonces un riesgo conocido. La precaución visa el caso donde el riesgo es percibido, es decir, representable, pero esta percepción no permite ser incorporada totalmente. El riesgo es solamente supuesto"[123]. Nos referiremos a continuación a algunos de los alcances del riesgo abarcados por el principio de precaución.

b.- El principio de precaución, ¿un mecanismo de defensa frente a riesgos hipotéticos?

47.- La novedad de una anticipación a **riesgos científicos razonablemente representables** como la enmarcada en los límites del principio de precaución, ha obedecido a un progresivo reconocimiento. Así, los orígenes del principio conducen a Alemania (*Vorsorgeprinzip*), país en el que se retuvo la figura encuadrándose en un estricto marco administrativo, en cuya virtud, el Estado disponía de amplias facultades para intervenir a título de una buena gestión de tareas justificativa de la implicación del Estado en la vida de sus ciudadanos[124], dirigiéndose, en principio, *"mucho más a la política pública que a la conducta privada"*[125]. De aquí que haya autores que defiendan la vinculación del principio en referencia más bien a la responsabilidad administrativa[126]. Por otro lado, es insoslayable reconocer que hay una importante parte de la doctrina francesa que asume la vinculación del principio precautorio al actuar de las personas privadas, proponiéndose en definitiva un campo de acción no solamente limitado a la acción del gobierno o de las autoridades públicas, sino también a la de los particulares e industriales cuyas prácticas pueden provocar un impacto sobre el medio ambiente o la salud[127], asumiendo que el reconocimiento constitucional relativo al principio de precaución en Francia[128] puede abarcar tanto al espectro publicista como el privatista. De público conocimiento es el hecho que el principio de precaución ha sido retenido por el derecho internacional[129],

[123] D. TAPINOS, "Prévention, précaution et responsabilité civile", L´Harmattan, Paris, 2008, n° 71.
[124] T. O´RIORDAN et J. CAMERON, "The history and contemporary significance of the precautionary principle" in *Interpreting the Precautionary principle* (Cameron May Ltd, 1994), Londres, Earthscan Publications Ltd, 1994, p. 12 específicamente, p. 16.
[125] H. JONAS, *Le principe de responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, (1979, trad. Fr. J. Greisch, Les Editions du Cerf, 1990), Paris, Flammarion, col. Champs, 1998, p. 42.
[126] M. DEGUERGUE, "La responsabilité administrative et le principe de précaution", *RJE*, N° spécial, 2000, p. 105; A. GOSSEMENT, op. cit., p. 379 et s.
[127] A propósito de este punto, L. BOY, "Le principe de précaution, de la morale au droit", *La recherche*, déc. 1990, n° 326, p. 86; Ph. KOURILSKY et G. VINEY, op. cit., p. 143; A. GUEGAN, art. precit, p. 153; G. J. MARTIN, "Apparition et définition du principe de précaution", PA, 30 nov. 2000 n° 239, p. 7; J.-M. FAVRET, "Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l´incertitude scientifique et du risque virtuel", D. 2001, chron. p. 3462.
[128] Art. 5° Charte de l´environnement.
[129] Declaración ministerial de la segunda conferencia internacional sobre la protección del Mar del Norte, 1987: "*Se impone una aproximación a la precaución con el fin de proteger el Mar del Norte de los efectos nocivos eventuales de substancias peligrosas. Esta forma de acción requiere la adopción de medidas de control sobre las emisiones de estas substancias incluso antes de haber establecido oficialmente un nexo de causa-efecto sobre el plano científico";* Artículo 174 Tratado de Ámsterdam, 1997 (antiguo artículo 130 R n° 2 Tratado de Maastricht): *"La política de la Comunidad en el dominio del medio ambiente (…)*

Actualidad Juridica 29 final.indd 477 21-01-14 11:45

y por el Derecho comunitario[130], debiendo pasar algunos años para que la fuerza derivada de los focos de daños que citamos en la primera parte de este trabajo, impulsaran en Francia su reconocimiento legal[131] y constitucional en materia de medio ambiente[132].

48.- Siguiendo los términos del profesor N. de SADELEER, **no debe estimarse que un riesgo residual, deba ser cubierto por el principio de precaución,** toda vez que éste forma parte de los *"riesgos hipotéticos que reposan sobre consideraciones puramente especulativas sin ningún fundamento científico"*[133]. Dichos riesgos no deberían estar cubiertos por la garantía anticipativa integral, ya que en términos del mismo autor *"la especulación, la conjetura, la intuición, la alerta, la denuncia o el examen no es capaz de justificar por sí mismo una actitud de precaución"*[134]. Así las cosas, los riesgos comprensibles dentro de las fronteras de la precaución deben ser aquellos que son denominados como inciertos, en otros términos, aquellos cuyo acaecimiento *"permanece controvertido en el plano científico, sin que sea irracional representar su ocurrencia sobre la base de ciertos datos aun cuando estos no sean aún validados"*[135]. En este sentido, siempre lo razonable debe primar, el principio de precaución no debe ser entendido como un mecanismo alejado a un juicioso análisis de la incertidumbre aplicada a un caso concreto[136]. Desprendemos lo anterior tomando como apoyo el artículo L. 110-1 del Código del Medio Ambiente francés, del cual se entiende que la precaución se identifica por una *"ausencia de certezas, teniendo en cuanta los conocimientos científicos y técnicos del momento"*, en otros términos, frente a la insuficiencia objetiva de datos probabilísticos relativos a la proyección del riesgo, se dispone del recurso dirigido a retener un riesgo de daño determinable subjetivamente, esto es, de una incertidumbre cubierta por la precaución. **En contra, en caso de existir certezas científicas, será la prevención la que será llamada a actuar.** Lo dicho no se aleja de las conclusiones

es fundada sobre los principios de precaución y de acción preventiva, sobre el principio de corrección, por prioridad en la fuente, de los daños al medio ambiente y sobre el principio quien contamina paga".

[130] Art. 174 del Tratado que configura la Comunidad Europea.

[131] Ley de 02 de febrero de 1995, artículo 110-1 Código del Medio Ambiente: *"La ausencia de certeza, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe prorrogar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas, orientadas a prevenir la realización de un daño grave e irreversible al medio ambiente, a un costo económicamente aceptable".*

[132] Art 5° CPE: *"Cuando la realización de un daño, aunque incierto en el estado de los conocimientos científicos, pueda afectar de manera grave e irreversible el medio ambiente, las autoridades públicas velarán, mediante la aplicación del principio de precaución, y dentro de sus competencias, por poner en marcha los procesos de evaluación de riesgos y adoptar medidas provisorias y proporcionadas a fin de evitar la realización de un daño".*

[133] N. de SADELEER, op. cit., p. 176.

[134] N. de SADELEER, op. cit., loc. cit.

[135] N. de SADELEER, op. cit., loc. cit.

[136] Cf. Rapport au Premier ministre sur le principe de précaution (29.11.1999) refiriéndose a la precaución la considera como *"una actividad de la que se puede razonablemente suponer que ella comporta un peligro"*. Así también, el proyecto de ley relativo al refuerzo de la protección al Medio Ambiente (10.1994) exige para la aplicación de una medida de precaución la existencia de *"serios motivos para preocuparse del estado del Medio Ambiente"*.

Actualidad Juridica 29 final.indd 478 21-01-14 11:45

económicas a las que nos referimos más arriba al citar a F. KNIGHT respecto de la relación íntima entre las nociones de riesgo, incertidumbre y seguro[137].

49.- Desde un punto de vista general, destacamos que *"la distinción de la prevención y de la precaución no puede encontrar entonces su legitimidad en atención a que ella reposa sobre un modelo preestablecido de la evolución del estado de la ciencia en cada dominio donde ella es susceptible de ser aplicada"*[138]. Desprendemos que el devenir científico y técnico se sitúa en plena relación respecto de ambas nociones. Particularizándose su vinculación en materias en que la vida puede verse afectada producto del desarrollo de las ciencias, o dicho en palabras de un autor, en caso en que puedan concretarse situaciones de *"agravio a lo viviente"* o aquellos *"agravios de origen humano provocados a todo lo que es necesario para la vida"*[139], las cuales, agrega el mismo autor, constituyen el *"dominio de precaución del principio de precaución"*[140]. Por su parte no debe estimarse que **a causa del principio de precaución la prevención tenga vedados los espacios en que la salud y el medio ambiente**[141] constituyen valores jurídicos protegidos por las legislaciones[142]. Lo anterior, pues el elemento de distinción de ambas figuras más allá de los dominios de acción corresponde a los estándares de precisión del riesgo. En otros términos, y haciendo nuestras las palabras de M. H. LEGAL, la precaución y la prevención, y los riesgos representados o ciertos, respectivamente, actúan en dos estados: *"el de la acumulación de indicios que conducen a la formulación de una hipótesis y aquel donde una verificación pragmática permite analizar esta hipótesis como confirmada"*[143].

50.- Punto de comentario obligado, corresponde a aquel que se refiere al **nivel en la constatación de la magnitud de los indicios que faculten al juez para reconocer el accionar del principio de precaución.** Defendemos que no todo riesgo potencial amerita una protección anticipativa radical como la derivada del principio precautorio, en concordancia con ello recordemos lo justificado por N. de SADELEER[144]. Sobre este aspecto resulta importante intentar esbozar los cimientos de un **estándar habilitante**. De esto resulta importante hacer presente que en el derecho internacional, si bien existen referencias

[137] Ver Supra n°34, cita n° 93.
[138] D. TAPINOS, op. cit., n° 43.
[139] L. NEYRET, "Atteintes au vivant et responsabilité civile", Paris, LGDJ (col. Bibliothèque de droit privé), tome 468, 2006, n° 28.
[140] L. NEYRET, op. cit, 745.
[141] Ver en este punto, C. CANS "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l´environnement dans la loi du 2 février 1995", p. 200. Agregamos que la ley Barnier de 1995, en sus trabajos preparatorios, utilizaba los términos *"principio de precaución"*, aun cuando su texto final, fue substituido por *"principio de acción preventiva"*.
[142] En este sentido, A. KISS, *Risque et droit*, APD, 1991, p. 51.
[143] H. LEGAL, "Conclusions sur CE, Ass. 9 avril 1993 (3 arrêts) ", RFDA, 1993, p. 595.
[144] Ver Supra n° 48.

Actualidad Juridica 29 final.indd 479 21-01-14 11:45

al principio de precaución, la excesiva amplitud de sus condiciones impide desprender bases para la configuración de un estándar de incertidumbre que permita distinguirlo de la prevención. En efecto, diversos cuerpos legislativos, consagran el principio precautorio en caso de existir una ausencia *"absoluta"*[145] de certeza científica, y aun cuando otros cuerpos reconocen implícitamente la necesidad en la estructuración de umbrales de incertidumbre no clarifican mayormente la cuestión. En este aspecto hacemos presente la referencia –en sede de precaución– de la exigencia de indicios *"pertinentes"*[146] relativos a la especie de riesgo tratada.

51.- Mayor es la claridad aportada a nivel europeo por la Comisión de Comunidades Europeas, que en su *"Comunicación sobre el recurso al principio de precaución"* manifiesta que el elemento que conduce a la aplicación del principio de precaución es *"una hipótesis de riesgo potencial, aun si este riesgo no puede ser enteramente demostrado, su amplitud cuantificada o sus efectos determinados en razón de la insuficiencia o del carácter no concluyente de los datos científicos"*[147]. Agregando posteriormente que la incertidumbre científica puede resultar de diversas vías, entre otras de *"una controversia en los datos existentes o en la ausencia de ciertos datos pertinentes"*[148]. **Con ello desprendemos que las puertas del principio de precaución no deberían abrirse en dominios gobernados por una incerteza absoluta conducente a la hipotética constatación de un riesgo.** El riesgo debe ser al menos discutido científicamente, analizado, estimado como verificable, si es que esta verificabilidad sea cierta y segura. De lo contrario sería del todo factible entrar en la órbita del riesgo del desarrollo, en atención a riesgos ignorados[149], o incluso en el espacio de riesgos imaginados, citados por el profesor Ph. KOURISLKY en un importante artículo[150]. De aquí que sea posible ajustar la medida precautoria a condiciones determinantes, tales como la potencialidad del daño, y la discusión científica sobre el mismo, aun cuando naturalmente los datos en la verificación del evento no sean indiscutidos, pues en caso contrario se invadiría el escenario del principio de prevención y de los riesgos ciertos. Apuntamos en este criterio la Resolución del Consejo Europeo sobre el principio de precaución (09.12.2000), que estableció que es posible recurrir a la garantía anticipativa radical, *"desde que la posibilidad de efectos nocivos sobre la salud o sobre el medio ambiente es identificada y que una evaluación científica preliminar sobre la base de los datos disponibles no permita concluir con certitud el nivel del riesgo"*[151]. Esta

[145] Por ejemplo, Convención marco de Naciones Unidas sobre los cambios climáticos (05.1992), Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (06.1992).
[146] Por ejemplo, Convención de Viena sobre la protección de la capa de ozono (1985), Protocolo de Cartagena sobre la protección de riesgos tecnológicos (01.2000).
[147] COM (OO) 153 final, J.O.C.E., c 2000/58 (02.02.2000), & 5.1.
[148] Comunicación precit, &5.1.3.
[149] Sobre este punto nos pronunciaremos en un posterior trabajo.
[150] Ph. Kourilsky, *La science en partage*, París, Odile Jacob, 1998, p. 230.
[151] D. TAPINOS, p. 73.

Actualidad Juridica 29 final.indd 480 21-01-14 11:45

línea parece ser la incorporada en el fallo del tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas de fecha 21.10.2003, en el cual se declaró que el principio de precaución no tiene vocación de aplicabilidad en materia de *"los riesgos puramente hipotéticos que reposan sobre simples hipótesis científicamente no fundadas"*, sino que por el contrario *"tiene el efecto de prevenir los riesgos potenciales"*[152]. Este criterio había sido antes expresado por el mismo Tribunal en fallo de 11.09.2002, del cual se lee que el principio de precaución no puede ser aplicado sino cuando *"el riesgo, sin que su existencia y pertinencia hayan sido demostradas "plenamente" por datos científicos concluyentes, aparece, sin embargo, suficientemente documentado sobre la base de datos científicos disponibles al momento de la aplicación de la medida"*[153]. En síntesis, bien puede el principio de precaución ser rechazado judicialmente cuando se defiende un *"planteamiento puramente hipotético del riesgo, fundado en simples suposiciones científicas no validadas"*[154].

52.- **En suma, reiteramos que el principio de precaución debe ser encuadrado dentro de los márgenes de lo razonable.** Es por ello que estimamos que es de toda lógica la conceptualización realizada por el Informe al Primer Ministro sobre el principio de precaución de fecha 29.11.1999, el cual enseña que la medida de precaución debe adecuarse a *"una actividad de la que se puede razonablemente suponer que comprende un daño"*[155]. En seguida, y de acuerdo a lo expuesto más arriba, estimamos como razonable exigir la potencialidad científica del riesgo, y la justificación de esta potencialidad, nunca conducente a una total clarificación del evento, como presupuestos esenciales del principio de precaución. Lo indicado, estimamos, permite calificar un riesgo como **representable,** elemento fundamental del principio en comento, y sobre el cual se pronuncia el "Informe y opinión sobre el principio de precaución y la responsabilidad en el dominio alimenticio", de fecha 20.09.2001, en cuya virtud el Consejo Nacional de la Alimentación (CNA) consideró en atención a la referencia de la potencialidad del riesgo demandante de la precaución, el cual no es otro que *"aquel que es susceptible de generar un peligro (todo efecto negativo posible sobre la vida, el potencial físico o el establecimiento de las personas y más precisamente los consumidores de productos alimenticios)*[156] *en que el alea puede ser apreciado por una hipótesis seria apoyada sobre una información pertinente, aunque ésta no sea verificada científicamente"*[157].

[152] TPICE, 21.10.2003, "Solvay Pharmaceuticals BV c/ Conseil de l´Union européenne", Affaire T-392/92, & 129, Rec. CJCE, 2003, p. II-04555.
[153] TPICE, 11.09.2002, "Alpharma Inc. c/ Conseil de l´Union européenne", Affaire T-70/99, Rec. CJCE, 2002, p. II-03496, &157.
[154] Sentencia precit. & 156.
[155] Ph. KOURILSKY et G. VINEY, op. cit., p. 215.
[156] Rapport du CNA, & 1.2.1.2.2.
[157] Rapport du CNA, & 1.2.1.2.3.

Actualidad Juridica 29 final.indd 481 21-01-14 11:45

Conclusión

53.- El derecho de la responsabilidad civil recibe como impulso a su desarrollo la fuerza de la innovación científica. Sin perjuicio de lo anterior, las nuevas perspectivas jurídicas no deben ser analizadas separadamente de los cambios o paradigmas sociales. De aquí que sostengamos que todo cambio o adecuación jurídica presenta vocación de aplicabilidad dentro un continente social determinado. Por otra parte, los cambios a los que nos hemos referido no necesariamente constituyen rupturas a las clásicas instituciones propias de los modelos de resarcimiento. Es así como por ejemplo en Francia la tradicional noción de culpa, en tanto fundamento de la responsabilidad, se ha adecuado a los nuevos tiempos de la mano del poder interpretativo de la jurisprudencia. Por otro lado, nuevas figuras son objeto de discusión. En este sentido el principio de precaución forma parte del escenario jurídico francés en la materia que nos concierne. En cuanto a este último punto, hemos defendido su funcionalidad dentro de un marco de razonabilidad sustentado en indicios serios.

Actualidad Juridica 29 final.indd 482 21-01-14 11:45

Obras pías. Capellanías y vinculaciones

Héctor Oberg Yáñez
Profesor de Derecho Procesal

Resumen: Hablar o mejor conversar sobre obras pías, capellanías y vinculaciones pareciera hoy en día fuera de lugar, empero aun cuando no se crea, estas vetustas instituciones están presentes en nuestro medio, eso sí que con otras denominaciones más comprensibles para el común de la gente. Son figuras jurídicas que, pese a su antigüedad, son mencionadas y están vigentes en el Código Civil, en el de Procedimiento Civil y en el Código Orgánico de Tribunales. Es un poco de historia que, a veces, es conveniente rememorar y entender el *corsi* y el *recorsi*, de que hablara un autor italiano, ya también preterido.

****

Pareciera que referirse en este siglo XXI a estas materias, que en algún momento histórico tuvieron su auge, está fuera de lugar. Empero, es útil recordarlas toda vez que nuestro Código Civil, de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales, hacen alusión a ellas. Sin duda que para los jóvenes abogados y también, por qué no decirlo, algunos mayores –entre los que me incluyo– estas materias son y eran desconocidas, dejando a salvo desde luego a aquellos estudiosos de pretéritas figuras jurídicas.

La referencia a los textos legales citados tienen su asentamiento en los artículos que se contienen en ellos, y que aún subsisten, pese a que deban considerarse obsoletos. Es así como el art. 907 del Código de Procedimiento Civil indica que "Todo lo dicho en este Título se aplica a las capellanías laicales a que esté afecto algún censo". Por su parte, el art. 908 del mismo Código establece: "Queda vigente el procedimiento establecido por las leyes de la materia sobre exvinculaciones". Aun más, el art. 904 inc. 2° expresa que "Se rendirá esta prueba con citación del defensor de obras pías, cuando a éste corresponda intervenir". Alude esta norma al procedimiento que es necesario seguir por aquel "que pretenda entrar en el goce de un censo de transmisión forzosa…". A su vez, el art. 367 inc. 1° del C.O.T. es del tenor siguiente: "Puede el ministerio de los defensores públicos (judiciales) representar en asuntos judiciales a los incapaces, a los ausentes y a las fundaciones de beneficencia u obras pías, que no tengan guardador, procurador o representante legal". El inciso 3° de esta disposición vuelve a mencionar a las obras pías, al igual que los arts. 368 y 369.

Actualidad Juridica 29 final.indd 483 21-01-14 11:45

Adelantemos que tanto las capellanías y las vinculaciones quedan genéricamente comprendidas dentro del vocablo obras pías.

Empero ¿qué se entiende por capellanía?

Puede manifestarse, respondiendo a la interrogante, que en general es la fundación hecha por la autoridad privada con la obligación de celebrar anualmente cierto número de misas. Justamente el nombre de esta institución proviene del latín *capella* (capilla), y es demostrativo del fin religioso que ella inviste.

Más precisa que el concepto anterior, es la siguiente noción: "Ella es una carga real establecida sobre un inmueble, y que estriba en la celebración de cierto número de servicios religiosos anuales, misas especialmente, atendiéndolos con los frutos de dicho inmueble o los réditos de un capital previamente calculado al efecto". Estas capellanías pueden constituirse por testamento o por contrato, y en su formación pueden observarse los siguientes participantes:

1. El fundador, que es quien manifiesta la voluntad de constituir la capellanía;

2. El patrono, que es la persona llamada a vigilar el cumplimiento de la voluntad del fundador;

3. El titular del dominio de la finca gravada;

4. El censualista o beneficiario de las cargas capellánicas;

5. El censuario o sujeto sobre quien pesan dichas cargas;

6. El capellán o clérigo que atiende los servicios religiosos propios de la capellanía es quien levanta las cargas, como celebración de matrimonios, número de misas.

Prosiguiendo con el examen de esta figura jurídica, y que fuera alguna vez un derecho real, es dable hacer una clasificación de ella. La más importante es la de eclesiásticas y laicales. Las primeras se constituyen por la autoridad eclesiástica, teniendo como presupuesto la fundación y a quien corresponda el cuidado de los bienes. Se les conoce también con el nombre de religiosas o colativas, y como una variante de ellas existen las capellanías gentilicias y las colativas familiares, según que la facultad de proponer al capellán corresponda a una persona individual o a toda una familia, que cuida de señalar el fundador. Por ciertos, los bienes que quedan comprendidos en estos diferentes tipos de capellanías pierden su carácter de temporales y devienen en eclesiásticos, con lo cual quedan en manos muertas.

Actualidad Juridica 29 final.indd 484 21-01-14 11:45

Continuando con la segunda clasificación, las capellanías laicales son aquellas que se constituyen sin intervención de la autoridad eclesiástica. No hay intervención del Obispo para su creación ni para instituir capellanes. En esta clase de obras pías los bienes mantienen su calidad de temporales.

Son conocidas también con la denominación de impropias o profanas, por conservar los bienes que la integran su calidad de temporales. O bien, con el apelativo de mercenarias, porque no se dan ni se confieren a título perpetuo, y sólo habilitan para que el capellán encargado de decir las misas tenga derecho a la merced, estipendio o limosna contemplada para la celebración de la misa. Pueden ser conocidas, además, bajo el nombre de memorias de misa, considerando que el fundador crea esta capellanía con el fin de conservar su memoria por medio de misas que se celebrarán en los días que señale en su recuerdo o de sus parientes. Por último, pueden ser legados píos, que son encargos de piedad que por lo regular se dejan por testamento, y cuyo cumplimiento corresponderá a los herederos normalmente, y dado que éstos serán legos son conocidos asimismo como patronato de legos.

Es posible que surjan dudas si la capellanía es laical o eclesiástica, y para aclarar su naturaleza era preciso analizar la escritura constitutiva o si existía el respectivo decreto canónico, y si aun así se mantenía la duda la capellanía se consideraba eclesiástica. En todo caso la existencia de las capellanías laicales se debían probar de acuerdo con la Ley 1ª, título 17, libro 10 de la Novísima Recopilación.

Puede, también, acontecer que el patrono –que fue como una especie de albacea– no cumpliere o no hiciere cumplir el encargo cometido en la capellanía, situación en la cual podía ser requerido por el defensor de obras pías, para lograr el objetivo querido por el fundador.

En lo que respecta al término de la capellanía, habrá una forma normal, que estará constituida por el logro del objetivo fijado por el fundador, o por extinguirse el capital que reditуaba los frutos necesarios para pagar los servicios religiosos al clérigo pertinente. Anormalmente se le pondrá fin mediante la redención, que es un acuerdo entre el patrono y el beneficiario consistente en el depósito del equivalente pecuniario de la carga. Se traslada así el derecho del censualista a percibir las rentas del capital, quedando liberado el inmueble que estaba afecto a este tipo de capellanía. Hoy en día tenemos el art. 747 del Código Civil –el cual ha mantenido su texto original– que dispone: "Los inmuebles actualmente sujetos al gravamen de fideicomisos perpetuos, mayorazgos o vinculaciones, se convertirán en capitales acensuados, según la ley o leyes especiales que se hayan dictado o se dicten al efecto". Por consiguiente, don Andrés Bello optó por la reducción de estas obras pías convirtiéndolas en capitales acensuados, norma que se mantiene vigente hasta nuestros días.

Actualidad Juridica 29 final.indd 485 21-01-14 11:45

Y aunque pudiera parecer raro, nuestro Código de Procedimiento Civil manifiesta en su Libro IV un acto judicial no contencioso en el art. 907; que es del tenor siguiente: "Todo lo dicho en este Título se aplica a las capellanías laicales a que esté afecto algún censo", y el epígrafe que lleva el referido Título XIII es "De la declaración del derecho al goce de censos", que contiene una normativa para que el interesado reclame su derecho para entrar en el goce de un censo de transmisión forzosa, petición que puede ser controvertida, en cuyo caso es preciso sujetarse a lo prescrito en el art. 906.

Dejando de lado las capellanías, nos detendremos en las vinculaciones, otra de las manifestaciones jurídicas que en su época –junto a los mayorazgos– tuvieron su auge y que en el presente pueden subsistir enmarcadas con otras nominaciones. Mas ¿qué son las vinculaciones?

Según el Diccionario de la Real Academia Española, vínculo, en la acepción que interesa es "2. Sujeción de los bienes, con prohibición de enajenarlos, a que suceden en ellos los parientes por el orden que señala el fundador, o al sustento de institutos benéficos u obras pías. Se usa también hablando del conjunto de bienes adscritos a una vinculación". Su origen epistemológico está en los vocablos latinos "*vinculare*", "*vinculum*", "*vinculatio*", "*vinculationis*". En otras palabras, se sujetaba el dominio de los inmuebles a una serie perpetua de determinados sucesores, que se designaban en el título por el cual se constituía el vínculo y que adquirían el dominio del bien raíz. De esta suerte el efecto que se seguía de una vinculación era la indisponibilidad de tales bienes. Por ende, dichos bienes quedaban radicados en una familia o institución, y no era posible distribuirlos por herencia o venta, vale decir, estaban fuera del comercio humano.

Manifestaciones de las vinculaciones eran las capellanías y los mayorazgos, que tuvieron aplicación en nuestro país, y a ellas alude el ya mencionado art. 747 del Código Civil.

A través de la vinculación se lograba mantener un patrimonio, evitando la dispersión de los bienes que lo integraban y, al mismo tiempo, el poderío que tal situación producía en el entorno socioeconómico del cual formaba parte. Por cierto, a diferencia de lo que acontecía en las capellanías, en su fundación no hay intervención de la autoridad eclesiástica, es la voluntad soberana del fundador la que establece el orden sucesorio, manifestada por lo regular en testamento.

Si bien es cierto que la vinculación sujeta los bienes a perpetuidad, no lo es menos que la propia ley contempla la posibilidad de liberarlos de tal gravamen, lo que se logra por medio de la desvinculación o exvinculaciones, liberación que se sujeta al procedimiento vigente por las leyes sobre la materia. Esta ley sería el

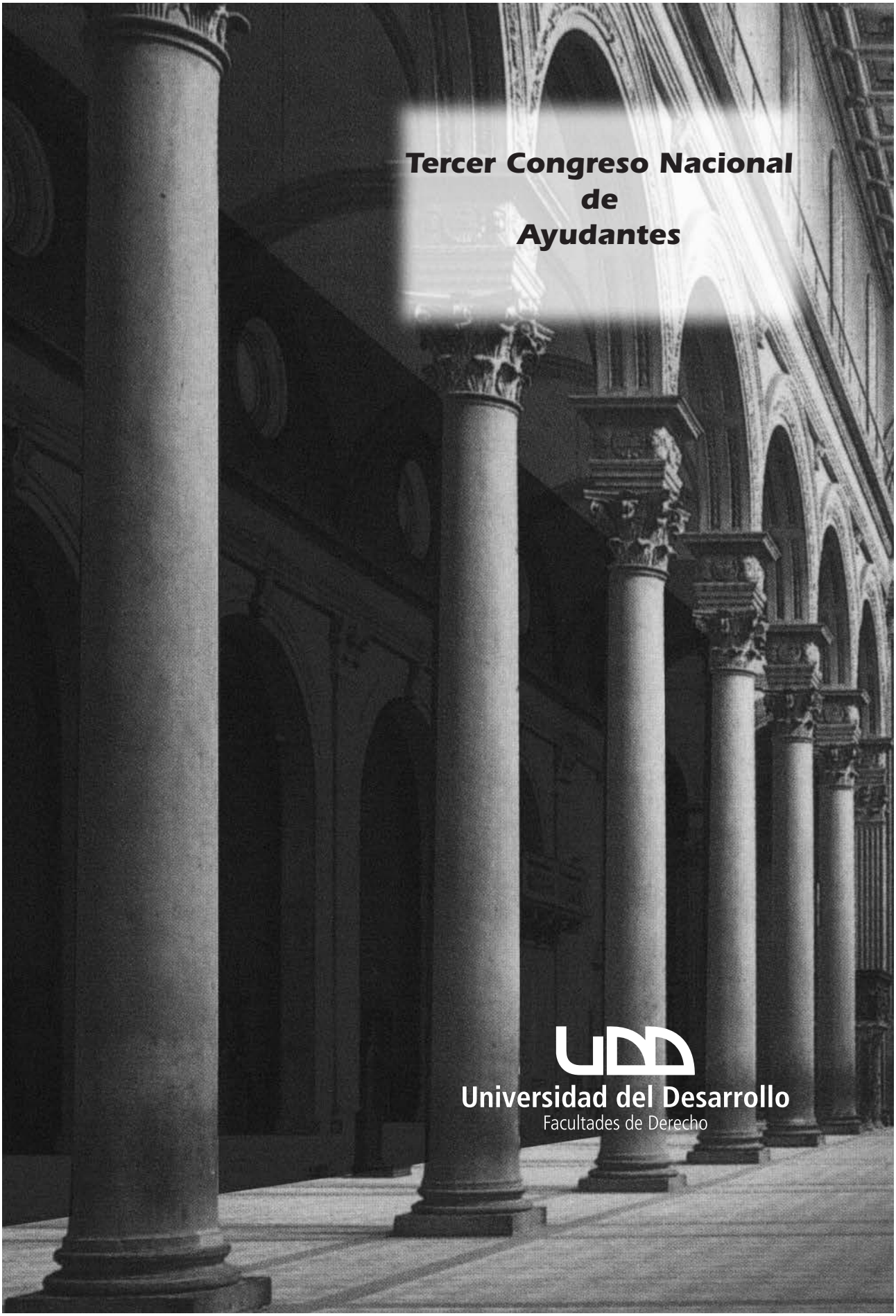
Actualidad Juridica 29 final.indd 486 21-01-14 11:45

art. 747 del Código Civil, que a la letra prescribe: "Los inmuebles actualmente sometidos al gravamen de fideicomisos perpetuos, mayorazgos o vinculaciones, se convertirán en capitales acensuados, según la ley o leyes especiales que se hayan dictado o se dicten al efecto". Amén de esta clara disposición sobre el tema, sería del caso traer a colación la Ley de 21 de Julio de 1857, que versa sobre el tema en cuestión.

Considerando lo que se ha expuesto precedentemente, ¿puede hoy en día sostenerse que se está frente a instituciones obsoletas, anacrónicas, vetustas? El autor de estas líneas no lo estima así. ¿Por ventura en nuestro medio no existe acaso un Hogar de Cristo, una Fundación Las Rosas, la Gota de Leche, una serie de fundaciones para ayudar a aquellas personas que padecen enfermedades catastróficas, misas que un clérigo hace in memorian de un difunto, legados que se dejan sujetos a alguna modalidad, la Liga de Estudiantes Pobres, Ejército de Salvación, y otras entidades no tan conocidas exteriormente pero que de una u otra forma persiguen ayudar al prójimo más desprotegido? Tendrán, ciertamente, una denominación más apropiada a este siglo, pero las cosas son lo que íntimamente son, lo que es su naturaleza, y que puedan ser comprendidas por la mayoría de los que componen el habitat de nuestro país.

A la postre son todas obras pías que importan el ejercicio de la caridad o solidaridad para con el prójimo, o el sustento de institutos benéficos.

Actualidad Juridica 29 final.indd 487 21-01-14 11:45



Actualidad Juridica 29 final.indd 489 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 490 21-01-14 11:45

Presentación.

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, organizó el pasado mes de octubre el Tercer Congreso Nacional de Ayudantes de Derecho. Para nuestra institución, quienes desempeñan estas tareas ganan cada día mayor importancia y se han transformado en un factor determinante en el proceso de renovación de los métodos de enseñanza. No puede, en el actual estado de desarrollo de las ciencias jurídicas, sustentarse la cátedra universitaria en el desempeño de un profesor que enseña con una metodología unidireccional, característica primordial de la llamada "clase magistral". Si bien ella (la clase magistral) resulta indispensable en un plano puramente teórico, es, sin embargo, insuficiente a la hora de aplicar la norma jurídica, tarea prioritaria del intérprete y en particular del abogado. El ayudante está llamado, en este orden de cosas, a complementar las tareas del docente, a través del análisis de la jurisprudencia, la solución de casos prácticos, el control de lecturas, el debate jurídico y cuanto sea necesario para dotar al estudiante de las destrezas y competencias propias del ejercicio de la abogacía. La cátedra, en este contexto, se integra y enriquece, ampliando sus horizontes y sus metas.

Especial importancia atribuimos a la designación de los ayudantes. Ellos no pueden ser escogidos por el profesor respondiendo a simpatías o preferencias ocasionales. Todo ayudante debe seleccionarse mediante un concurso de oposición que mida su potencial didáctico, sus conocimientos, su aproximación con los alumnos y su capacidad para completar y profundizar las explicaciones del profesor. En otras palabras, su función implica extender el influjo de la cátedra a tareas que no pueden quedar marginadas de la enseñanza del derecho o ser confiadas a cada estudiante independientemente. Por otra parte, los ayudantes deben constituir la élite del estudiantado en lo que se refiere a responsabilidad y estudio, y ser un polo de emulación por parte de sus compañeros. Así las cosas, los ayudantes conforman un recurso excepcional que, junto con mejorar la calidad de la enseñanza, permiten poner acento en la excelencia de las tareas académicas.

La organización de este evento instaló cuatro mesas presididas por destacados profesores de la Facultad: Derecho Público y Derecho Privado (profesores Salvador Mohor y Hugo Rivera); Metodología y Ciencia del Derecho (profesor Julio Alvear); Derecho Privado (profesor Hugo Rosende); y Derecho de la Empresa (profesor Francisco Pfefffer). Cada una de ellas recibió numerosas ponencias que fueron defendidas por sus autores en sesiones previamente programadas con participación de los ayudantes inscritos. Cada mesa eligió tres ponencias ganadoras, atendiendo a la originalidad del tema, su desarrollo, la creatividad exhibida por el autor y su aporte para la ciencia jurídica. Publicamos en esta sección de la Revista los trabajos seleccionados.

Actualidad Juridica 29 final.indd 491 21-01-14 11:45

Varias universidades, aceptando nuestra convocatoria, se hicieron presentes en este Congreso, entre estas destacamos a la Universidad de Talca, Católica del Norte, San Sebastián y Andrés Bello, obteniendo dos de ellas premio por las ponencias presentadas y defendidas. Vayan a estos planteles nuestro reconocimiento.

El Congreso culminó con una comida de clausura en la cual se entregaron los premios a las ponencias ganadoras y certificados que acreditan la participación.

La calidad de los trabajos, la altura del debate y el entusiasmo demostrado por los ayudantes de la Facultad y los invitados nos ha llevado a incorporar en esta edición de *Actualidad Jurídica* las mejores ponencias debatidas, a fin de que ello sirva de estímulo a todos quienes intervinieron en este e intervendrán en futuros Congresos de Ayudantes de Derecho.

Actualidad Juridica 29 final.indd 492 21-01-14 11:45

Pugna de derechos por el uso de medios tecnológicos: el supuesto carácter de información pública de los correos electrónicos y la inviolabilidad de correspondencia.

Gabriel Cuevas Gatica
Profesor ayudante de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesor patrocinante: Salvador Mohor

Resumen: El presente artículo tiene por objeto observar como los medios tecnológicos importan al derecho cuando existen conflictos de relevancia jurídica. En particular analizaremos el correo electrónico que obra en poder de los órganos de la administración y ha sido requerido como información pública, entrando en pugna, entre otros aspectos, con el derecho de la inviolabilidad de correspondencia. Es así como se han promovido amparos ante el Consejo de Transparencia, recursos de ilegalidad ante las respectivas Cortes de Apelaciones, y de la mano de estas últimas, recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del artículo 5° inciso 2° de la Ley de Transparencia. Se analiza el criterio de la justicia constitucional a la luz de los fallos en causa rol 2153-2011 y rol 2246-2012, donde se ha fallado que el artículo impugnado vulnera el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República por tratarse el correo electrónico de una comunicación privada.

*****

Introducción.

El hombre desde sus orígenes ha sentido la necesidad de comunicarse con otros, es así como ha ido creando medios de comunicación a lo largo de la historia que le permitan satisfacer dicha exigencia. La evolución y el significativo avance tecnológico han permitido que el hombre se pueda comunicar de modo más eficiente y eficaz, logrando sus objetivos en el menor tiempo posible. Es así como el correo epistolar adoptó por mucho tiempo una de las formas de comunicación más usada hasta la invención del correo electrónico, que reemplazó casi por completo toda otra forma de comunicación primitiva, precisamente por las rapidez con la que éste cumple su cometido.

Actualidad Juridica 29 final.indd 493 21-01-14 11:45

Estas formas de comunicación no son indiferentes para el derecho, y con el avance de las nuevas tecnologías, éstas no han quedado fuera del marco normativo de nuestro ordenamiento jurídico, es más, nuestra Carta Fundamental se adapta a las nuevas tecnologías, pues la redacción del artículo 19 número 5 de la Ley Fundamental está en términos tales que no permite que la norma quede desplazada en el transcurso del tiempo, además queda de manifiesto la importancia del rol interpretativo del juez al momento de analizar un caso particular y concreto, y es que la lectura del texto constitucional o de la ley siempre debe hacerse conforme a la Constitución en su integridad y de un modo coherente y armónico.

De este modo, la importancia del correo electrónico queda de manifiesto cuando la Constitución Política de la República (en adelante CPR) reconoce como derecho fundamental en el artículo 19 N° 5 la inviolabilidad del hogar y la inviolabilidad de correspondencia.[1] Como señalamos, la redacción del artículo nos permite incorporar el correo electrónico dentro del ámbito de protección de este derecho, pues al señalar "toda forma de comunicación privada" y tal como ha señalado el Tribunal Constitucional[2], la expresión comunicación se entiende en el sentido genérico y que comprende todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico[3]. Agrega el citado fallo que la comunicación es un proceso de transmisión de mensaje. Esto es, grupo de datos con un significado. Por lo mismo, tiene un momento de inicio y uno de término; tiene un curso temporal determinado, distinguiéndose entre la comunicación en curso y la concluida. En consecuencia, en primer lugar la CPR garantiza aquella que está desarrollándose. De ahí entonces que su ámbito de protección es desde el momento en que el autor de dicha comunicación exterioriza su intención de hacer llegar el mensaje a una persona hasta el momento en que el destinatario recibe y toma conocimiento del mensaje que se le ha enviado. En segundo lugar, indica el fallo que la CPR garantiza la inviolabilidad de los documentos que se empleen en el proceso comunicativo[4], entendiéndose estos documentos como aquellos soportes que sirvan para ilustrar o comprobar algo. Cabe señalar que cuando la Constitución utiliza el vocablo "privados" no se está refiriendo a que no revistan la calidad de instrumentos públicos. El término se entiende como un documento que ha sido empleado en una comunicación privada, es decir, que no es revelado ni accesible, ni conocido por todos.

[1] Constitución Política de la República, Art. 19 N° 5°: "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".
[2] Tribunal Constitucional (2011) Rol 2153-2011, considerandos 32° y 35°.
[3] JIMENEZ (1987) p. 42.
[4] Tribunal Constitucional (2011) Rol 2153-2011, considerando 33°.

Actualidad Juridica 29 final.indd 494 21-01-14 11:45

Concepto de correo electrónico.

En los fallos analizados se ha dado un concepto de correo electrónico[5], señalándose que es una forma de comunicación, pues a través de este medio se transmiten mensajes de un emisor a uno o a varios receptores. Esta comunicación exige un soporte técnico, pues requiere la intervención de aparatos, redes o infraestructuras, de operadores de éstas, de programas informáticos, de protocolos de transferencia en la Internet, hay de por medio un proceso de transmisión del mensaje o contenido. Agrega que es una comunicación digitalizada, pues el mensaje es convertido a datos o números en base binaria (ceros y unos), que conforman los bits (binary digits), y su forma de transmisión es por un canal cerrado, en el sentido que a él no pueden acceder terceros, distinguiéndolo de la transmisión de radio o televisión. Finalmente se indica que tiene ciertas características, que son: la virtualidad, conforme con la cual el emisor y el receptor no están físicamente presentes, entendiéndose como una comunicación a distancia; la instantaneidad, la que consiste en que el mensaje se transmite a alta velocidad, de modo que puede ser recepcionado casi en tiempo real; multidireccionalidad, porque pueden participar varios emisores y receptores, e intercambiar en esos roles; multimedial, es decir, a través de él se pueden transmitir datos, imágenes, sonidos; y finalmente la ubicuidad, en cuanto a que el correo puede ser abierto por el destinatario en cualquier lugar en que se den las condiciones técnicas para ello.

En términos concretos y sencillos, el correo electrónico es un medio de comunicación cerrada de transmisión de datos, utilizado por medio de una cuenta que se adquiere electrónicamente de los servidores de Internet, que es personal para el titular de dicho correo y que es controlada por medio de su clave secreta. El correo electrónico ofrece importantes beneficios, como la facilidad de ser enviado o recibido desde cualquier parte del mundo por el usuario de dicha cuenta en un dispositivo que cuente con acceso a la red, además que por el hecho de enviarse, inmediatamente es recepcionado en la casilla del destinatario. Además, admite la posibilidad de adjuntarse documentos, archivos, imágenes, etc. En consecuencia, esta forma de comunicación es atractiva universalmente por las ventajas descritas, es por esa misma razón que no sólo es un medio utilizado por los particulares en su diario vivir o en sus empresas donde desempeñan sus labores, para el Estado es especialmente atractivo y por lo mismo utiliza este medio de comunicación, precisamente por sus ventajas le permite desarrollar sus gestiones de un modo más eficiente. Es por este motivo que entre autoridades o autoridades y particulares, o viceversa, utilizan el correo electrónico. Así se ha reconocido en las sentencias del Tribunal Constitucional en análisis, en cuanto a que resulta atractivo para la Administración, porque con su uso se

[5] Tribunal Constitucional (2012) Rol 2153-2011, considerando 21 y (2013) Rol 2246-2012, considerando 44°.

Actualidad Juridica 29 final.indd 495 21-01-14 11:45

permite acelerar el flujo de información necesaria para que se puedan tomar decisiones, acortando distancias, permitiendo que muchas personas puedan interactuar. Además, que con su uso permite prescindir de las ritualidades de las otras formas de comunicación formales e internas, como el oficio y la circular. Con el uso de estas nuevas tecnologías se ha llegado a hablar del gobierno electrónico y se entiende por tal el uso de las tecnologías de información y comunicaciones que realizan los órganos de la Administración para mejorar los servicios e información ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y eficacia en la gestión pública. El gobierno electrónico, en consecuencia, forma parte del proceso de reforma y modernización del Estado[6].

Es así que dentro del marco de un gobierno electrónico, en que la Administración utiliza el correo electrónico para cumplir con sus fines de un modo más expedito y con menor formalidad es que se ha masificado su uso, sin perjuicio que cuando la Administración actúa formalmente lo hace por medio de actos o resoluciones que no son reemplazados por estas formas de comunicación, porque un acto administrativo debe ceñirse a lo que dispone la ley de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del estado, de manera que para que un correo electrónico sea tenido como acto administrativo, éste debe cumplir con el procedimiento señalado en la ley, de manera que si no lo cumple, simplemente dicho correo electrónico no es un acto administrativo, sino solo un acto de comunicación privada entre autoridades. Ahora, si se le pretendía dar ese alcance y no satisface el procedimiento señalado en la ley, el acto sería nulo de derecho público, por no satisfacer un presupuesto de validez que todo acto de autoridad debe cumplir, conforme con lo que dispone el artículo 7° inciso 1° de la CPR, el acto de la autoridad no cumpliría con el procedimiento establecido en la ley.

Orígenes de la publicidad y transparencia.

a. Reforma al artículo 8º CPR.

La reforma constitucional del 26 de agosto de 2005, N° 20.050, entre otras materias, modifica el artículo 8º de la CPR, en la necesidad de incorporar expresamente a la Carta Fundamental los conceptos de probidad, publicidad y transparencia en la Administración Pública. El propósito era desarrollar el principio de probidad administrativa en forma sistemática y coherente, para asegurar que la función pública se ejerza con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y

[6] Tribunal Constitucional (2012) Rol 2153-2011, considerando 22°. Y (2013) Rol 2246-2012, considerando 45°.

Actualidad Juridica 29 final.indd 496 21-01-14 11:45

fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella[7]. En el proceso legislativo observamos que fueron objeto de debate los conceptos de publicidad y transparencia. Así, por ejemplo, el profesor Pantoja en su intervención en la comisión de Constitución señala que el concepto de probidad no presenta problemas, pero que publicidad y transparencia son cosas distintas, indica que la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que se le dio en la Ley sobre Probidad Administrativa (Ley 19.653) fue más bien el de dar a conocer y de tener siempre a disposición de la ciudadanía los actos de la Administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de esos actos.[8] Además, señala que la publicidad se entiende como una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho que Chile sea una República Democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad, por lo tanto tienen a disposición de los ciudadanos sus actos y dan cuenta de ellos salvo que excepcionalmente la Constitución establezca causales de secreto. Interviene también el profesor Humberto Nogueira en la comisión de Constitución señalando aspectos importantes respecto del tema que nos convoca, primero en cuanto a qué materia de interpretación constitucional hoy en día no se impone la teoría de la "Constitución testamento", sino la de la "Constitución viviente" y, en definitiva, el órgano de interpretación es el que determinará en cada momento y de acuerdo con la evolución de la sociedad, cuál es el sentido y alcance de cada disposición.[9] En segundo lugar, al concepto de función pública, que no analizaremos en esta oportunidad. En tercer lugar, establecer el significado de información pública, que se encontraba determinado al momento por la Ley sobre Probidad y también por la convención Internacional que regula esta materia en términos específicos. En cuarto lugar, definir hasta dónde llega el derecho a la información. Este último aspecto cobra importancia, pues ya visualizaba el profesor Nogueira la posibilidad de eventuales problemas de interpretación y de aplicación de las disposiciones que se modifican, sobre todo en materia de jurisdicción constitucional, la cual tiende a ampliarse y a cubrir todos los planos de la actividad estatal. Señala que el derecho a la información debe recaer sobre el asunto que corresponde a la cosa pública, a lo que es de interés común para todos. Por lo tanto hay que acotarlo, porque, una vez más, sobre esta materia operará el control de constitucionalidad, el cual se estructura en base a tres parámetros: la legitimidad de la finalidad de la norma, porque la disposición legal, de acuerdo con el artículo 19, número 26.º, no puede afectar el contenido esencial de un derecho; en segundo

[7] Historia de la Ley 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. P. 140, intervención del Profesor Pantoja en la Comisión de Constitución.
[8] Historia de la Ley 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. P. 143.
[9] Historia de la Ley 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. pp. 144 a 147, intervención del profesor Humberto Nogueira.

Actualidad Juridica 29 final.indd 497 21-01-14 11:45

lugar, el principio de proporcionalidad, vale decir, si el medio es adecuado y proporcionado al objetivo perseguido, pues si no lo es, puede ser declarado inconstitucional, y, finalmente, la razonabilidad de la norma, vale decir, si tiene un fundamento que sea coherente con el objetivo y el medio que se va a perseguir. También distingue entre publicidad y transparencia, indicando que la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática.

Durante la tramitación del proyecto se discutió acerca de si la transparencia debía ser absoluta o admitía excepciones o establecer puntos de equilibrio, como lo señaló el Senador Sr. Viera Gallo.

En general, no existía total acuerdo en cuanto a los alcances de la publicidad y transparencia, especialmente en cuanto a que una ley pudiera establecer reservas o secretos, temiéndose que la autoridad convirtiera sus actos públicos en secretos conforme a las excepciones que regulara la ley.

En principio el proyecto de ley de reforma constitucional estaba redactado en términos que son públicas las resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Para finalmente quedar redactada en términos más amplios, señalando el inciso 2° del artículo 8º del siguiente modo: "Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional". En consecuencia la fijación de los límites es tarea que le corresponde al legislador, pero para prevenir arbitrariedades, se exige quórum calificado para su aprobación, modificación o derogación. En contexto con eso, el constituyente derivado de igual modo restringe y señala cuáles son estas materias que pueden ser de reserva o secreto.

b. Ley de Transparencia.

Con respecto a la historia de la Ley de Transparencia, el acceso de la ciudadanía a la información en poder de la Administración Pública no es un concepto nuevo en nuestra institucionalidad ni menos en el derecho comparado, que nos lleva una ventaja considerable en esta materia. En Chile, ya proviene de la Comisión de Ética Pública convocada por el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle en el año 1994, en que se propuso legislar respecto a la materia. En aquel entonces se

Actualidad Juridica 29 final.indd 498 21-01-14 11:45

entendía como una cuestión ética que incide en la manera correcta o adecuada como han de conducirse los funcionarios públicos frente a la ciudadanía. Sin entrar en más detalles, es menester comprender el concepto del derecho al libre acceso a las fuentes públicas de información, y éste debe ser entendido como la posibilidad real de la ciudadanía de tomar conocimiento de los actos de la Administración del Estado y de la documentación que sustenta tales actos. Es considerado como un elemento fundamental para alcanzar un alto grado de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, a la vez facilita la formación de una mayor y efectiva participación ciudadana en los asuntos públicos[10]. Este principio suena coherente con el artículo 1° inciso 5° de la CPR, al señalar que es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Se señala a su vez en la historia de la ley que la publicidad de los actos de gobierno permite que el ciudadano pueda controlar en forma efectiva dichos actos, tratándose de un control en manos de los ciudadanos que junto a otros controles contribuye a fortalecer la transparencia de la función pública y la reducción de los posibles ámbitos de corrupción. En Chile se han hecho esfuerzos legislativos que apuntan a este objetivo, pero en la práctica se ha señalado que el principio de transparencia y de acceso a la información pública se encuentra limitado, convirtiendo estas leyes en letra muerta, especialmente porque la ley de probidad disponía que por vía de reglamento se establecerán los casos de reserva o secreto de los documentos que obren en la Administración del Estado, dando un margen de arbitrariedad a la Administración para limitar el acceso a esta información. Es por estos motivos que se ha hecho necesario suplir las manifiestas deficiencias prácticas de nuestra legislación sobre acceso a la información pública[11], dando origen al proyecto de ley por moción parlamentaria de los senadores Jaime Gazmuri y Hernán Larraín con fecha 04 de enero de 2005, cuenta en sesión 23, legislatura 352, del Senado. En principio este proyecto sólo tenía por objeto el acceso a la información de la Administración del Estado y del Poder Legislativo, quedando pendiente para la discusión parlamentaria la forma de hacer extensivo al Poder Judicial y a los órganos que colaboran con ella. La moción presentada por los senadores señalaba que en el artículo 1° del proyecto de ley que toda información que obra en poder de la Administración del Estado es por principio pública, entendiéndose como un derecho de toda persona a solicitar y recibir la información de cualquier órgano del Estado, comprendiendo incluso el acceso a las actas y expedientes, y la posibilidad de formular consultas a las entidades. Además de lo señalado, extiende a que son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por ella, o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Se considerara además como información

[10] Historia de la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, p. 5.
[11] Historia de la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, p. 6.

Actualidad Juridica 29 final.indd 499 21-01-14 11:45

pública cualquier tipo de documentación financiada con presupuesto público, salvo las excepciones legales.[12] Señala a su vez cuáles son las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información.

Especial preocupación existía en la tramitación de éste proyecto de ley en cuanto a las restricciones del acceso a la información pública mediante el establecimiento de una regulación que permita garantizar el efectivo ejercicio de este derecho.

Finalmente nace la Ley 20.285 regulando el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información[13]. A su vez se define qué actos son objetos de acceso a la información pública. Se señala que en virtud del principio de transparencia de la función pública los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones[14]. Además se señala cuáles son estas excepciones y dispone que las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. Son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

    a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

    b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

[12] Historia de la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, p. 9.
[13] Ley N° 20.285, ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. Artículo 1°.
[14] Ley N° 20.285, ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. Artículo 5°.

Actualidad Juridica 29 final.indd 500 21-01-14 11:45

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.[15]

Especial énfasis colocamos en el N° 2° del artículo 21 de la ley 20.285, que tiene plena aplicación en materia de correos electrónicos, pues el acceso a los correos electrónicos de los funcionarios de la Administración, como ya hemos indicado, es una comunicación privada, por lo tanto revelar su contenido vulnera los derechos fundamentales de dicha persona, pues se afecta el artículo 19 N°4 y especialmente el 5º de la CPR.

Jurisprudencia constitucional a la luz de los derechos en conflicto que se analizan.

Se han fallado por el Tribunal Constitucional dos inaplicabilidades por inconstitucionalidad del artículo 5° inciso 2° de la Ley 20.285, en especial respecto a la frase "…y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento...".

a) Causa Rol 2153-11

Esta inaplicabilidad fue deducida por el Subsecretario del Interior, Rodrigo Ubilla Mackenney, y la gestión pendiente es un reclamo de ilegalidad deducida por la

[15] Ley N° 20.285, ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. Artículo 21.

Actualidad Juridica 29 final.indd 501 21-01-14 11:45

misma Subsecretaría en contra del Consejo para la Transparencia (en adelante CPLT) que ordenó entregar el contenido de los correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario y el Gobernador Provincial de Melipilla, a propósito de las solicitudes presentadas por el Alcalde de la Municipalidad de Melipilla, don Mario Gebauer Bringas de acceso a la información pública, acerca de los gastos en que incurrió el mencionado Gobernador, por concepto del terremoto del 27 de febrero de 2010 y las eventuales devoluciones del presupuesto que no pudieron ejecutarse por las transferencias efectuadas por el Ministerio del Interior, así como la respectiva orden de devolución de dicho Ministerio, incluyendo oficios, memoranda y correos electrónicos institucionales remitidos desde el Ministerio a la Gobernación y desde la Gobernación al Ministerio del Interior, incluida la Subsecretaría, y las cuentas de correos electrónicos, tanto de la gobernadora como del Subsecretario y la del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla, sólo en lo relativo y pertinente a la información que por este acto se solicita. La autoridad en esta oportunidad hizo uso del principio de divisibilidad[16] entregando los antecedentes solicitados, salvo los correos electrónicos. Frente a la negativa de la autoridad a entregar los correos electrónicos, el Alcalde recurrió de amparo ante el CPLT, quien como medida para mejor resolver requirió que se le remitiera copia de los correos. Frente a esas circunstancias la subsecretaría informó que no era posible entregarlos, pues el CPLT carece de atribuciones para ello, pues la ley no prevé la posibilidad de decretar medidas para mejor resolver y que los correos electrónicos no son información pública, sino que información reservada protegida por los artículos 19 N° 4 y 5 de la CPR. El CPLT de igual modo acogió el amparo deducido y la autoridad recurrió de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago y dentro de esa gestión pendiente se dedujo la presente inaplicabilidad en cuanto a que la aplicación de la norma que se pretende impugnar vulneraría los Artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 19 Nºs 2, 3, 4, 5, 26 de la Carta Fundamental.

b) Causa Rol 2246-12

Este requerimiento fue promovido por Claudio Alvarado Andrade, Subsecretario General de la Presidencia, en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia, por sí. Que se promueve dentro de una gestión pendiente en el conocimiento de un recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 2496-12. El reclamo de ilegalidad y la posterior inaplicabilidad por inconstitucionalidad se genera en este caso por la solicitud presentada por el señor Juan José Soto a la Subsecretaria General de la Presidencia de las copias

[16] Ley 20.285, Sobre acceso a la información pública, artículo 11 letra e) Principio de la divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.

Actualidad Juridica 29 final.indd 502 21-01-14 11:45

de los correos electrónicos contenidos en la cuenta de correo institucional del Ministro Secretario General de la Presidencia, entre los días 18 y 21 de julio 2011, en cuanto se trate de correos enviados o recibidos de otros funcionarios públicos y que aludieran al desempeño de la función pública del Ministro, excluyendo correos atingentes a su vida privada. La autoridad niega tal solicitud, fundada en que dichos correos no constituían información pública conforme al artículo 8° de la CPR, y artículo 21 N°s 1 y 2 de la Ley de Transparencia, en relación con las garantías del artículo 19 N°s 4 y 5 CPR. Frente a este escenario el solicitante dedujo amparo de su derecho de acceso a la información ante el CPLT, fundando su interés en conocer antecedentes respecto al proyecto de ley que perfecciona el Sistema de Alta Dirección Pública. El Ministro Larroulet señaló que en el período solicitado había enviado y recibido alrededor de 350 correos electrónicos, ninguno de los cuales se refería al proyecto de ley aludido, y que se trataba de comunicaciones personales y privadas, protegidas por el artículo 19 N°s 4° y 5° CPR en relación con el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. En esas circunstancias El CPLT solicitó al Subsecretario, como medida para mejor resolver, indicar el número de correos electrónicos del Ministro en el período solicitado, si concurrían a su respecto otras medidas de reserva, y si dentro de dichos correos existían algunos relativos al proyecto de ley sobre la Alta Dirección Pública. Ante esto el Subsecretario respondió que no contaba con atribuciones para entregar esa información, ya que implicaría acceder a comunicaciones privadas del Ministro, violentando sus derechos constitucionales, en circunstancias que la Ley sobre Acceso a la Información Pública no contempla norma alguna que permita a una autoridad pública vulnerar dichas garantías. El CPLT acordó acoger el amparo deducido por don Juan José Soto, requiriendo al Subsecretario General de la Presidencia para que, en el plazo de 15 días hábiles, entregara la información solicitada. De este modo el Subsecretario, en representación del Ministerio, y el Ministro, por sí, dedujo Reclamo de Ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la decisión del CPLT. Y dentro de esa gestión pendiente se interpuso el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad señalando que la aplicación del precepto legal impugnado infringe lo dispuesto en los artículos 6º, 7º, 8º inciso 2, 19 N°s 2, 3, 4, 5 y 26 de la CPR.

Razonamiento y decisión del Tribunal Constitucional en cuanto a la infracción del artículo 19 N° 5 de la CPR.

En ambos casos los requerimientos fueron acogidos por el Tribunal Constitucional. En lo medular de las sentencias se han señalado ciertos factores interpretativos que guían la decisión del tribunal, que son coincidentes en ciertos aspectos, estos son:

Actualidad Juridica 29 final.indd 503 21-01-14 11:45

1. Los funcionarios públicos tiene derechos constitucionales.[17]

2. El mandato de publicidad no es absoluto y es sólo respecto de ciertos asuntos.[18]

3. Los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos.[19]

4. La Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico.[20]

5. Los Ministros de Estado y sus funciones.[21]

Primero, respecto de que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales no cabe duda, pues si bien en el ejercicio de sus funciones se les imponen ciertas limitaciones, éstas son específicas y excepcionales y fundadas en las necesidades del servicio, conforme a que están sujetos a una relación estatutaria que limita su actividad funcionaria, pero no suspende los derechos que la Constitución reconoce y garantiza a cada persona, desde el propio encabezado del artículo 19 de la Carta Fundamental. En consecuencia un funcionario de la Administración del Estado, por el hecho de ser persona goza de su derecho de inviolabilidad de correspondencia.

En segundo lugar, el mandato de publicidad no es absoluto, esto se explica entre otros argumentos, porque el acceso a la información no recae sobre todo lo que hacen o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilice. La Constitución no habla de información, según ya se había fallado anteriormente en sentencia de la causa rol 1990-2012. Tampoco lo es porque la publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece, así como con las limitaciones que la misma CPR reconoce en el artículo 8°. No es menos cierto lo que señalan estas sentencias en el sentido que el carácter de reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, pues la misma Constitución contempla la posibilidad de que la ley, que debe ser de quórum calificado, o la administración sobre la base de dichas causales, declare algo como secreto o reservado. Por lo que no se contraviene a la Carta Fundamental.

En tercer lugar, es efectivo que un correo electrónico no necesariamente es un acto administrativo, en este sentido cobra importancia la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, que permite que los procedimientos ad-

[17] Tribunal Constitucional (2013) Rol 2246-12, considerando 17° y (2012) Rol 2153-11, considerando 10°.
[18] Tribunal Constitucional (2013) Rol 2246-12, considerando 22° y (2012) Rol 2153-11, considerando 15°.
[19] Tribunal Constitucional (2012) Rol 2153-11, considerando 21°.
[20] Tribunal Constitucional (2013) Rol 2246-12, considerando 27° y (2012) Rol 2153-11, considerando 28°.
[21] Tribunal Constitucional (2013) Rol 2246-12, considerando 28°.

Actualidad Juridica 29 final.indd 504 21-01-14 11:45

ministrativos y los actos administrativos se expresen por escrito o por medios electrónicos, conforme a lo dispuesto en los artículos 5°, 18 y 19 de la Ley 19.880. Pero es menester entender que un acto administrativo son decisiones formales, y conforme a lo que ha señalado el Tribunal Constitucional en estas sentencias, para llegar a concluir que un correo electrónico es un acto administrativo, no basta con el hecho de ser un documento electrónico, sino que además es necesario que esté suscrito mediante firma electrónica simple o avanzada. Además que la ley de procedimiento administrativo reconoce como acto administrativo a aquellos que son decisorios, los de mera constancia y los de juicio o dictamen. En consecuencia, para entenderlos como tales, se deben haber ajustado al procedimiento al que acceden.

En cuarto lugar, como ya hemos mencionado, la CPR debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico, lo que implica un proceso hermenéutico en el contexto de la sociedad tecnológica.

En quinto lugar, la calidad de Ministro de Estado y sus funciones. Se ha señalado en la causa rol 2246-12, que la calidad del Ministro de que se trata en este caso es relevante, el Ministro Secretario General de la Presidencia es quien lleva la agenda legislativa del Gobierno, se indica en el considerando cuadragésimo que se trata de un Ministerio que tiene dos roles esenciales. Por una parte, la labor de coordinación dentro del Gobierno en los asuntos programáticos de la gestión del Ejecutivo. Por la otra, es un Ministerio encargado de asesorar directamente al Presidente de la República. Es por eso que a juicio de la Magistratura Constitucional, tratándose de ese Ministerio en particular, y la solicitud de los correos de éste, por la naturaleza de sus funciones en que además de colaborar, función que le corresponde a todo ministro, en este Ministerio además colabora en materias de Gobierno y Administración, y lo asesora directamente en el ejercicio de su función legislativa, por lo tanto al entrar a revisar el contenido de los correos electrónicos de ese Ministro, se está injiriendo dentro de una de las funciones más típicas del Presidente de la República y también de las más sensibles. Por lo tanto, podemos entender que la ley establece en este caso una causal específica de reserva, conforme con el artículo 21 N° 1 de la ley 20.285.

Estos factores interpretativos, ya nos permiten vislumbrar que el derecho al acceso a la información pública, solicitándose los correos electrónicos de la autoridad, pugna con otros derechos y en especial con el derecho de la inviolabilidad de comunicaciones privadas, que es el objeto de este estudio. En efecto, el Tribunal Constitucional señala que los correos electrónicos son comunicaciones y documentos privados, conforme al lenguaje del artículo 19 N° 5 de la CPR, en consecuencia están protegidos por este derecho.[22] Se indica

[22] Tribunal Constitucional (2013) Rol 2246-12, considerando 43° y (2012) Rol 2153-11, considerando 29.

Actualidad Juridica 29 final.indd 505 21-01-14 11:45

que para resolver adecuadamente es necesario analizar dicha disposición. Y conforme a ella se señala que la Carta Fundamental garantiza la inviolabilidad de correspondencia, y no de papeles, además con la expresión "toda" no se excluye ninguna forma de correspondencia. Se indica que con inviolabilidad se apunta a dos bienes jurídicos, el primero es la libertad de comunicaciones y el segundo, el secreto de las comunicaciones. Agrega que lo que la garantía protege es la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no éste al ámbito de la privacidad o intimidad, y le es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice. La expresión que utiliza el precepto constitucional es "comunicación privada". Comunicación se entiende en términos genéricos, comprendiendo todo tipo de proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico, además garantiza la inviolabilidad de los documentos que se empleen en el proceso comunicativo, esto es de gran importancia, pues entender de éste modo el derecho no sólo se protege desde que la comunicación tiene un origen y un fin, pero los documentos subsisten y ello no significa que no queden bajo el amparo del artículo 19 N° 5 de la CPR.

Las comunicaciones se entienden además como privadas cuando el remitente singulariza al o los destinatarios de su comunicación con el propósito que sea recibida por aquellos a quienes va dirigida. Y el aspecto público o privado del mensaje no interesa, lo que se protege es el mensaje.

Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución reconoce que este derecho no es absoluto y que puede romperse en los casos y formas establecidos en la ley. Por lo tanto, para poder acceder al contenido de un correo electrónico de una autoridad es menester una ley que lo autorice a ello, y que defina los casos en que es posible y las formas en que la autorización se puede dar. El legislador así lo ha hecho en casos que han sido considerados como indispensables y para una finalidad mayor, con un carácter temporal y específico. Estos aspectos no están contemplados en la Ley de Transparencia como una excepción a la inviolabilidad de correspondencia. Por lo tanto, no puede argumentarse que esta ley es una excepción a la inviolabilidad de correspondencia, además, como vimos, en la historia de la ley nunca se señaló este propósito.

De este modo el Tribunal Constitucional estima que el inciso 2° del artículo 5° de la Ley 20.285 vulnera el artículo 19 N° 5 de la CPR, por tratarse de comunicaciones y documentos privados, en virtud del cual se protege la comunicación, independientemente si el mensaje es del sector público o privado. Por lo tanto los correos de los funcionarios públicos no están exentos de protección, por no existir disposición alguna en el ordenamiento jurídico que se pueda interpretar para dejarlos al margen de la garantía, y una interpretación contraria sería considerada como peligrosa para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación. Tampoco le asigna importancia

Actualidad Juridica 29 final.indd 506 21-01-14 11:45

a que el funcionario al usar el correo electrónico lo haga por medio de un computador proporcionado por la repartición, una red que sea pagada por el Estado y una casilla que le asigne el organismo respectivo. Además, el uso de las casillas institucionales para fines personales o privados va a quedar sujeto en la medida que exista una prohibición expresa en tal sentido.

Otro fundamento que se señala es que el criterio del CPLT, quien sostiene que la ley 20.285 es uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ella, no es posible sostenerla. Según señala el Tribunal Constitucional la intención del legislador no fue levantar la inviolabilidad de las comunicaciones, tal como ya lo habíamos mencionado.

Agrega el Tribunal que para entender vulnerado el artículo 19 N° 5 de la CPR los actos a que se refiere el art 8° no pueden ser aquellos que se transmiten por canales cerrados. Los que se comprenden son aquellos que se publican, que se notifican, que están en un expediente administrativo. Y que para que el correo sea considerado como un acto administrativo debió emitirse bajo firma electrónica simple o avanzada. Situación que no se da en ambos casos.

Un último argumento del Tribunal Constitucional es que el criterio del CPLT en cuanto a que el artículo 19 N° 5 CPR está subordinado al artículo 8º de la CPR no es correcto. No por estar ubicado en el capítulo primero va a primar por sobre las demás disposiciones de la Carta Fundamental, además agrega que la actuación de los órganos del Estado debe llevarse a efecto con respeto, promoción y protección de estos derechos. Señala además que cuando la Constitución ha querido establecer esta subordinación, lo ha señalado expresamente. Indica a su vez que la publicidad está limitada además por las causales de reserva o secreto calificadas por el legislador. Entre otras causales, está precisamente la de los derechos de las personas, por lo tanto la publicidad se subordina a ellos y no al contrario.

Conclusión.

La influencia de las nuevas tecnologías en nuestros días acarrea problemáticas de relevancia jurídica que años atrás eran impensadas. Estos conflictos al Derecho le interesan, y en especial al Derecho Constitucional.

En el tema que nos convoca, el uso en la Administración del correo electrónico ha llegado a generar una pugna entre los derechos de acceso a la información pública, conforme a lo señalado en el artículo 5° inciso 2° de la Ley de Transparencia, y el derecho de inviolabilidad de correspondencia. El conflicto ha sido de tal importancia, que la Administración se ha negado a entregar los

Actualidad Juridica 29 final.indd 507 21-01-14 11:45

correos electrónicos cuando han sido requeridos como información pública por considerar que existe una afectación a los derechos fundamentales del funcionario respecto del cual se solicitan

Creemos que el correo electrónico utilizado por funcionarios de la Administración no constituye información pública, y que el hecho de obrar en poder de la Administración y de haber sido financiada las cuentas institucionales por el erario nacional tampoco lo hace público. El correo electrónico, sea utilizado por quien sea, es una comunicación privada, y por lo tanto bajo el amparo del artículo 19 N° 5 de la CPR, en consecuencia no puede ser considerada como información pública, porque pertenece al ámbito privado. Entender lo contrario vulneraria el derecho de inviolabilidad de correspondencia. Y si quisiera interpretarse como público, la misma Ley Nº 20.285 en el artículo 21 N° 2 establece como causal de reserva o secreto cuando la publicidad de la información afecta a los derechos fundamentales de las personas, situación que en la especie concurre si es que se revelan los correos electrónicos de la autoridad.

Ya establecido que el correo electrónico es una información privada, sólo podría ser considerado excepcionalmente como pública, cuando éste revista la calidad de acto administrativo debidamente suscrito por medio de firma electrónica simple o avanzada, o en aquellos casos en que el correo electrónico acceda formalmente al procedimiento administrativo. En ese caso deja de ser una comunicación privada, y pasaría a ser pública.

Bibliografía.

JIMÉNEZ CAMPOS, Javier (1987): "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, (Año N° 7, N° 20, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 35-82.

Normas.

Constitución Política de la República.

Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, Diario Oficial, 20 de agosto de 2008.

Ley 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, Diario Oficial, 26 de agosto de 2005.

Historia de la Ley 20.050, Biblioteca del Congreso Nacional, 26 de agosto de 2005 [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2013] Disponible en www.leychile.cl

Historia de la Ley 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, 20 de agosto de 2008 [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2013] disponible en www.leychile.cl

Actualidad Juridica 29 final.indd 508 21-01-14 11:45

Jurisprudencia.

Tribunal Constitucional (2011): Rol 2153-2011, 11 de septiembre de 2012 [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2013] Disponible en: www.tribunalconstitucional.cl

Tribunal Constitucional (2012): Rol 2246-2012, 31 de enero de 2013 [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2013] Disponible en: www.tribunalconstitucional.cl

Actualidad Juridica 29 final.indd 509 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 510 21-01-14 11:45

Redes sociales e Internet: ¿Una nueva forma de hacer campaña electoral?

María José Lagos Ernst
Profesora ayudante de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesor patrocinante: José Manuel Díaz de Valdés J.

Resumen: El presente documento tiene como objetivo analizar la influencia de las redes sociales e Internet en las campañas electorales, y explicar a través de consejos, ejemplos y nociones básicas de funcionamiento de redes sociales –en específico Facebook. Twitter y Youtube– cómo una plataforma virtual bien utilizada puede ser fundamental para que un candidato salga electo siempre y cuando ésta vaya en complemento de una fuerte campaña en terreno.

*****

La información, como concepto, juega un rol fundamental en la toma de decisiones. Ya sea a favor o en contra de una de las opciones, siempre es un elemento que otorga seguridad en la decisión.

Es así como en las campañas electorales el nivel de información disponible entre los electores puede ser un elemento diferenciador a la hora de contar los votos y finalmente salir electo, que es el propósito de cualquier candidato.

En palabras de Downs, "cuando la información es costosa, ningún agente con capacidad de decisión está en condiciones de conocer todo lo que pueda afectar a su decisión antes de tomarla. Debe seleccionar solo unos pocos datos de la amplia oferta existente y basar su decisión solo en ellos".[1] Y es exactamente por ese motivo que los medios de comunicación y las redes sociales, especialmente en la actualidad, se tornan tan importantes a la hora de tomar una decisión. De hecho, según los datos de la última encuesta CEP julio-agosto de 2013 sobre Opinión Pública, el 52% de los encuestados no se identifica con ningún partido ni coalición política chilena, solo el 8% de los mismos confía en los partidos políticos y es más, puesto que el interés en la política es muy

[1] DOWNS (2001) p. 106

Actualidad Juridica 29 final.indd 511 21-01-14 11:45

bajo, y de los encuestados, los que han trabajado por un partido político de forma frecuente alcanzan solo el 2%[2].

En definitiva, algo nos está diciendo que la antigua política y los métodos de conseguir votos basados en el interés de los ciudadanos en los partidos políticos, y más aún, en la adscripción de aquéllos a los últimos, están perdiendo vigencia y se hace necesario buscar nuevas formas de llegar no solo a las nuevas generaciones, sino también a los votantes desencantados, y a los votantes indecisos, que desde que entró en vigencia la inscripción automática y el voto voluntario, al ser el padrón electoral de Chile incierto, pueden decidir una elección.

> "En los países democráticos está implícito que informar a los electores es obligación de la televisión. Si esto se hace de la forma correcta se pueden dar dos procesos: primero, los electores instruidos deberían participar y de hecho, ir a votar; y segundo, el voto de los ciudadanos instruidos debería contribuir a un resultado más favorable para el país"[3].

Hasta hace unos años, esta frase no podía ser cuestionada de ninguna manera.

La televisión fue y en la actualidad es el medio de comunicación masivo que llega a más hogares en Chile, y por lo tanto es innegable su importancia a la hora de entregar información a los ciudadanos, sobre todo en el período de elecciones.

Según datos de la Encuesta Nacional de Televisión del año 2011, hecha por el CNTV, los chilenos –estratos sociales transversales– ven televisión un promedio de 3 horas 24 minutos, pero ¿cuánto de ese tiempo se dedica a ver noticieros, debates o programas de información y opinión? Sumado a ello, es también un hecho que el acceso a la televisión por cable ha aumentado de un 43% el año 2008 a un 63%, con lo cual de las horas destinadas a la televisión, parte de ellas lo es también a la televisión pagada[4].

Es así como la televisión ha dejado de ser la única obligada a informar a los electores y ha pasado a compartir el rol con nuevas tecnologías, sobre todo con aquellas ligadas a Internet. De hecho, esta misma encuesta nos dice que se observa un aumento significativo en la conexión a Internet: de un 34% en el año 2008 a un 63% y que en el caso de los jóvenes, en aquellos hogares con menores de 17 años, un 53% de ellos es dueño de un celular y un 48% tiene un computador o un notebook.

---

2 CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2012)
3 MICKIEWICZ, FIRESTONE y ROSELLE (2001) p. 1..
4 CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN (2011)

Actualidad Juridica 29 final.indd 512 21-01-14 11:45

Más aún, el "Informe de series estadísticas de la SUBTEL del Gobierno de Chile, del primer semestre del año 2013" detalla el crecimiento y el impacto que ha tenido la banda ancha móvil en los usuarios de telecomunicaciones; entre los años 2009 y 2013 las conexiones móviles han crecido un 770% y además, se concluye que la penetración de Internet, tanto fijo como móvil, es de un 44,4% a junio del 2013[5].

Así como el uso de Internet se ha masificado en Chile, lo mismo ha pasado con las redes sociales. La apertura de cuentas en Facebook y Twitter se ha vuelto cada vez más común, y en la actualidad vemos como los ciudadanos –especialmente los jóvenes– crean perfiles en las redes sociales para expresar sus opiniones acerca de diversos temas: deporte, recreación e incluso política. Es en esta última arista donde las redes sociales toman total relevancia para efectos de este trabajo, sobre todo con el uso de *hashtags*, que son básicamente frases o palabras encabezadas por el símbolo "#" que hacen referencia a algún tema que se esté hablando en la red social, que deriva en una tendencia a nivel local, nacional o incluso internacional; o sea los *hashtags* nos permiten conocer de manera inmediata y exacta de qué hablan los usuarios–/posibles votantes–, sus intereses y en conclusión qué, cuándo y dónde quieren algo. Dicho de otra manera, Twitter sirve de "termómetro social"[6], y por tanto, que la opinión sobre la aprobación de una ley o incluso sobre alguna frase que un candidato haya dicho pueda llegar de un extremo del país al otro en solo segundos, sin que pase por ningún filtro periodístico, puede ser un arma de doble filo y en definitiva llevar a un candidato a lo más alto o destruirlo.

Entonces, ya que el acceso a Internet es cada vez mayor, la obligación de informar no recae exclusivamente en la televisión e Internet, y el creciente uso de las redes sociales tiene un papel preponderante a la hora de influir en la decisión de los usuarios/ciudadanos/posibles electores.

Pero ¿cuál es la conexión entre Internet y las campañas electorales?

A pesar de que el uso de Internet se ha hecho cada vez más masivo desde el año 2000 en adelante, no son muchos los que se han atrevido a usar Internet como una herramienta importante de campaña y no como un mero complemento de la misma, en el sentido de que es muchísimo más sencillo no arriesgarse y utilizar la página web como una reproducción en línea de la información que se entrega puerta a puerta o por televisión buscando conseguir votantes y no como una plataforma para obtener financiamiento y atraer voluntarios, gente que trabaje por el candidato y esté dispuesta a convencer a más gente.

[5] SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES: UNIDAD DE ESTUDIOS Y PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA (2013)
[6] RODRÍGUEZ y UREÑA (2011) p.14

Actualidad Juridica 29 final.indd 513 21-01-14 11:45

Exactamente eso es lo que hizo Howard Dean en Estados Unidos el año 2004 durante la campaña de las elecciones presidenciales: una verdadera "campaña por Internet"[7].

En el caso de Dean, y en el de Cegelis – candidata al Congreso de EEUU–, quien también realizó una campaña por Internet, se utilizaron los llamados *"meetups",* que son básicamente reuniones en lugares destinados al ocio, en que quienes están interesados en colaborar con la campaña o no están del todo seguros asisten, sentándose en mesas cercanas a quienes están *"meeting up*" y escuchan la conversación, de forma tal de que si les resulta convincente se unen y si no lo es, se van, sin riesgo de quedar en evidencia ni hacer una inversión muy alta.[8]

La importancia de los *meetups* es que lograron, por lo menos en Estados Unidos en estas dos campañas, hacer que la política local se transformara en nacional: los asistentes tenían un objetivo en común, que en este caso era ir contra la administración de George Bush.[9]

A partir de Dean, muchos candidatos de EEUU y del mundo entero han intentado hacer lo mismo, pero no han obtenido –en su gran mayoría– buenos resultados, porque no han logrado el equilibrio perfecto entre la campaña en terreno y la campaña por Internet. De hecho, también existe el ejemplo de Ron Paul, que en el 2008 logró tener más simpatizantes en los *meetups* y suscriptores en Youtube que cualquiera de sus contrincantes, pero que no logró traducirlo en una posición significativa en encuestas de opinión pública,[10] y el caso de "eQuo", partido político español ecologista y ecosocialista, que en las elecciones de España del año 2011, al no contar con recursos económicos, hizo uso de las nuevas tecnologías y planteó una campaña basada exclusivamente en redes sociales, pero que, a pesar de superar a todos los otros partidos en número de *likes* en Facebook y tener una amplia base de seguidores en Twitter obtuvo resultados decepcionantes, hecho que "demuestra que los usos de las redes sociales, la ciberpolítica y la red no son ni determinantes ni siquiera suficientes para obtener un buen resultado, si no se realizan junto una campaña tradicional"[11].

Entonces, ¿qué papel juegan las redes sociales?

El año 2004, en que se presentó Dean a las elecciones, el uso de redes sociales no era tan generalizado como lo es actualmente, menos aún en Chile, donde la tecnología llega más atrasada que a un país desarrollado como Estados Uni-

7 SEOANE y JONES (2008) p. 222
8 SEOANE y JONES (2008) p. 229-230
9 SEOANE y JONES (2008) p. 233
10 SEOANE y JONES (2008) p. 238
11 DELTELL (2012) p. 14

Actualidad Juridica 29 final.indd 514 21-01-14 11:45

dos. Pero ahora, en el año 2013 el panorama es diferente: ya vimos como los datos de encuestas y estudios importantes avalan la teoría de la importancia del uso de Internet y las redes sociales en nuestro país, y por lo mismo es que en la actualidad la tendencia es no solo al uso de Internet y las páginas web como apoyo a las campañas electorales, sino también de la utilización de plataformas como Twitter, Facebook y Youtube para formar redes de contacto, difundir información, ideas y proyectos e incluso levantar causas sociales que sirven para identificarse con un candidato en particular.

> "En la actualidad, se experimenta todo un boom en el empleo de las herramientas que nos ofrece la denominada Web 2.0, por parte de millones de personas minuto a minuto, las 24 horas del día. Se vive una transición total del concepto de una web tradicional de solo "lectura", al concepto de una web "participativa", donde un usuario deja de ser consumidor para convertirse en proveedor y creador de contenidos (prosumidor), que ya no son de uso privado ni exclusivo, sino compartidos con otras personas, propiciando la viralización de contenidos a través de las redes sociales y la interactividad entre los usuarios"[12].

La nueva política ya no debe enfocarse en buscar la adscripción a un partido determinado, sino que debe enfocarse a que los ciudadanos/votantes se identifiquen con las ideas y proyectos del candidato en cuestión. En palabras de Franco y García, los candidatos tendrían que definir "una estrategia de seguimiento y acceso a aquellos ciudadanos que no teniendo una afiliación ideológica y política se concentran en escuchar las voces y mensajes virtuales de los líderes políticos a través de nuevas herramientas interactivas, más próximas y más analíticas para el ciudadano"[13].

Pero uno podría preguntarse ¿por qué un ciudadano va a votar por las ideas de un candidato si éstas básicamente son los principios del partido o coalición al que éste pertenece? La respuesta es muy simple: porque el candidato debe presentar las ideas de forma tal que los receptores del mensaje, que vendrían siendo los electores o posibles electores, las perciban como dirigidas a ellos, a solucionar sus problemas y sus inquietudes.

Las personas lo que quieren es expresar su opinión y ser escuchados, lo cual se ve reflejado en la creciente tendencia a los movimientos sociales (desde la "Revolución Pingüina" el año 2006 hasta las campañas contra la aprobación de la central hidroeléctrica HidroAysén o el Movimiento estudiantil 2011-2012) y es por eso que las redes sociales y la utilización de las mismas por los candidatos se vuelve tan importante.

[12] PÉREZ CÁRDENAS (2013) p. 10.
[13] FRANCO y GARCÍA (2008) p. 2.

Actualidad Juridica 29 final.indd 515 21-01-14 11:45

Una de las características de Internet y por tanto de las redes sociales es la inmediatez, y como dije antes, un candidato puede subir a lo más alto o destruir sus posibilidades de salir electo con un solo *click.* Por ejemplo, en la red social Twitter "mandando mensajes cortos– tweets– de máximo 140 caracteres cada uno, los usuarios de Twitter comparten sus actualizaciones a una red de seguidores (*followers*)"[14]. Estos *tweets* pueden consistir tanto en simples "estados" (dónde están en ese momento, qué piensan o qué película quieren ver, por ejemplo), en mensajes dirigidos a otro usuario (encabezados con una @) o en opiniones; y, considerando que una opinión emitida a través de dicha red social puede ser *retwitteada* (RT) millones de veces por los usuarios de la red social e incluso llegar a ser *trending topic* (tendencia o tema del momento), el mensaje no solo va a quedarse en la red social Twitter, sino que probablemente va a hablarse de lo mismo en televisión y en los diarios al día siguiente. Tanto es la popularidad de los *hashtags* (sistema de "etiqueta", que permite de cierta forma clasificar los *tweets*) y los *trending topics* (herramienta que permite enterarse de cuáles son los temas más comentados en cierto momento), que recientemente la red social *Facebook* incorporó el sistema de *hashtags*.

Luego de este corto análisis corresponde entonces preguntarnos: ¿Cómo se hace campaña mediante redes sociales?

En este trabajo me referiré específicamente a las redes sociales más utilizadas en Chile: Twitter, Youtube y por supuesto Facebook[15].

Twitter:

"Twitter es una de las más interesantes fuentes públicas de datos en tiempo real, por la que fluye información muy valiosa que puede impulsar el avance en el estudio de la demanda social relacionada con la política"[16], pero "¿estar o no estar en Twitter?". Nos encontramos aquí con opiniones divergentes, aunque cada vez son más mayoritarias las que se decantan por la primera opción"[17], porque, claro, el provecho que puede obtener un candidato de la red social Twitter, si ésta es bien utilizada, puede ser mucho; sin embargo, como expuse anteriormente, Twitter puede transformarse en un arma de doble filo y de hecho hay casos en que algo tan básico como una falta de ortografía en uno o varios *tweets* (mensajes de Twitter) ha sido noticia en todo Chile. Destacable fue el caso de Iván Moreira, en Twitter @ivanmoreirab, quien escribió en agosto del 2012 "Pdte. Piñera fue haber la película NO, me parece bien, el voto por el NO

[14] LARSSON y MOE (2012) p. 4.
[15] CARREÑO (2013).
[16] CONGOSTO, FERNÁNDEZ y MORO EGIDO (2011) p.15.
[17] RODRÍGUEZ y UREÑA (2011) p.3.

Actualidad Juridica 29 final.indd 516 21-01-14 11:45

pero uds. No lo dejan gobernar. Triunfo del NO se convirtió en NO a Chile", confundiendo el verbo ver con haber, lo cual provocó la reacción inmediata de los *twitteros*, quienes incluso crearon un *hashtag* #haber para comentar el *tweet* del diputado[18].

Ahora, "entre los que ya están, se podría decir también que los hay por convicción y otros por mera conveniencia. Los primeros han asumido desde el inicio las ventajas que este medio puede reportarles en la comunicación con los ciudadanos. Los segundos, en cambio, se plantean sin más no dar imagen de que están desfasados o ajenos a la evolución de las tecnologías o simplemente se introducen en Twitter porque quieren tocar todos los palos durante la campaña electoral"[19], pero hay que tener mucho cuidado, porque en el caso de abrir una cuenta en esta red social por mera conveniencia –porque podría suponerse que aquéllos que pertenecen al primer grupo manejan más los contenidos y forman parte de la red social porque de verdad les gusta y creen en los beneficios que puede traer su pertenencia a la misma– nunca debe caerse en ciertos errores que son más comunes de lo que uno creería:

1. Abrir el perfil y no actualizar: Como Rodríguez y Ureña nos dicen, es necesario "tener actividad, actualizar contenidos, responder a los ciudadanos, ser constantes en el tiempo... Por ejemplo, hay quien usa mucho estas redes antes de unas elecciones y luego no vuelve a hacerlo hasta las siguientes, lo que denota un claro interés "electoralista""[20].

2. Hablar como si se estuviera hablando con asesores o con otros políticos: "Los códigos del discurso parlamentario no tienen validez en el mundo *online*. Internet tiene sus propias normas, reglas y lenguajes, en gran parte caracterizados por ser más informales"[21]. En definitiva el discurso en Twitter debe ser simple, "Twitter, dada su naturaleza pública, es utilizado como "si se hablara en voz alta para que todo el mundo lo oiga"[22].

3. Tener muchos seguidores pero no seguir a nadie: no contestar los *tweets*: "Twitter no es sólo hablar, sino también escuchar, responder y debatir"[23]; además, debe entenderse que ello "aplica no solo en periodos electorales, sino que es sumamente importante también durante la acción de gobierno"[24], puesto que lo atractivo de Twitter es que los usuarios tienen una vía de comunicación directa con el candidato, parlamentario, Presi-

[18] COOPERATIVA (2012).
[19] RODRÍGUEZ y UREÑA (2011) p.4.
[20] RODRÍGUEZ y UREÑA (2011) p.4.
[21] UREÑA (2011) p.31.
[22] CONGOSTO, FERNÁNDEZ y MORO EGIDO (2011) p.12.
[23] RODRÍGUEZ y UREÑA (2011) p.5.
[24] RODRÍGUEZ y UREÑA (2011) p.5.

Actualidad Juridica 29 final.indd 517 21-01-14 11:45

dente, etc.; y si todos los *tweets* dirigidos a ellos son ignorados, la idea del "Twitter por mera conveniencia" queda de manifiesto.

4. *Twittear* de forma invasiva: "los usuarios de Twitter no quieren que a través de esta red el político se siga comportando como antes, es decir, lanzando mensajes a modo de propaganda sin favorecer el debate"[25], dicho de forma más sencilla: "Twitter no debe utilizarse como *spam*".

5. Tener asesores que manejen la cuenta, pero "hacer como si" fuera el propio candidato o figura política quien estuviera *twitteando*: no está prohibido tener asesores, pero se debe aclarar cuándo está hablando el candidato o político personalmente y cuándo lo está haciendo el asesor o grupo de asesores. En palabras de Rodríguez y Ureña, "lo que se debe evitar en estos casos son los anacronismos o que te pillen en un renuncio. Es decir, no puede ocurrir que des la imagen de que eres tú personalmente quien mantiene la cuenta y luego cometas errores que permitan a la gente comprobar que no es así".[26]

Según Larsson y Moe, la pregunta importante (…) es si extender Twitter simplemente sirve como otro escenario para los actores sociales ya consolidados o más bien facilita una nueva distribución entre los oradores (*speakers*) públicos, permitiendo que nuevas voces o perspectivas sean oídas.[27]

Yo creo que a pesar de que actualmente sea la primera opción la que predomina, cada vez la *"tweet*ósfera*"* se abre más a nuevas voces, en el sentido de que ya no son solo los actores sociales consolidados quienes reflejan su liderazgo en el escenario político "real" en Twitter, sino que nuevos movimientos tales como "EVÓPOLI" (@evopoli) o más aun, gente común y corriente que tiene miles de seguidores y que, de seguro, son líderes de opinión dentro de su entorno: "El grupo más sobresaliente consiste en usuarios anónimos. Mientras no se descarte la posibilidad de que esas cuentas (…) puedan representar actores consolidados, es señal del potencial de las voces marginadas y menos convencionales de alzar la voz vía Twitter"[28].

Facebook:

Facebook, al igual que Twitter, cabe en la categoría de red social. De hecho, Facebook es una de las redes sociales que congrega más gente en el mundo entero, y en Chile no es la excepción: según datos entregados por "Convierta", el 91,4% de los usuarios de Internet en Chile ha creado una cuenta de

[25] RODRÍGUEZ y UREÑA (2011) p.6..
[26] RODRÍGUEZ y UREÑA (2011) p.14.
[27] LARSSON y MOE (2012) p.21.
[28] LARSSON y MOE (2012) p.21.

Actualidad Juridica 29 final.indd 518 21-01-14 11:45

Facebook y el 67,3 % visita la red social diariamente; de hecho, es la red social más utilizada en Chile[29].

Obviamente, debemos considerar que de esas visitas, no todas son para comentar temas públicos u opinar sobre política –de hecho, la mayoría de ellas no son con ese objetivo–, pero teniendo como base la cantidad de gente que utiliza esta plataforma, más aun, el gran número de chilenos que lo hace, cabe destacar que Facebook bien utilizado puede ayudar a difundir una campaña electoral de manera eficaz y sobre todo a costos infinitamente menores que en una campaña convencional.

Tyler Pearson, bloggero de New Media Campaigns, escribió un artículo con 10 errores comunes, que a mi juicio son muy ilustrativos, que cometen las campañas electorales en sus páginas de facebook[30], que básicamente pueden traducirse en los siguientes consejos:

1. Promover la página: tanto de forma *online* como *offline*. En la categoría *online* se refiere a publicar contenido referente a la página en otras plataformas o páginas web, por ejemplo, en los avisos que se publican en los videos de youtube, incluyendo un *banner* en una página web, o por medio de publicidad paga en google, blogs o en el mismo Facebook, de manera tal que se promueva la página del candidato por medio de la página de inicio de los usuarios; por otra parte, en la categoría *offline,* la publicidad va relacionada con incluir algún ícono referente a la red social tanto en las franjas televisivas, en los avisos en prensa escrita, en los folletos y panfletos que entregan los candidatos o nombrando la URL de la *fanpage* a través de propaganda radial.

2. Usar una página (*fanpage*) y no un perfil personal, y en ningún caso tener ambos, puesto que confunde a los usuarios/potenciales electores: el perfil personal es más lento, puesto que requiere "solicitar amistad" y posteriormente que el dueño del perfil "acepte" esa amistad. Por otra parte la *fanpage* requiere solo de un "me gusta" para estar informado de todos los contenidos de ésta y, por tanto, para que las actualizaciones de la misma sean vistas en la página de inicio del usuario.

3. Personalizar la URL, de forma tal que ésta sea fácil de recordar. De la misma forma, se recomienda que el perfil del candidato sea el mismo en todas las redes sociales, que éste pertenezca, de manera tal de potenciar la idea de no confundir al potencial votante. (Si la página Web es www.barackobama.com; el perfil en Facebook debiese ser Barack Obama, en Twitter @ barackobama y así en las diferentes redes sociales).

[29] CONVIERTA: AGENCIA DIGITAL (2012).
[30] PEARSON (2012).

Actualidad Juridica 29 final.indd 519 21-01-14 11:45

4. Promover la *fanpage* no solo con el ícono de Facebook, sino con el ícono acompañado de la URL. De esta forma, aquéllos que estén interesados en apoyar la campaña o sean simpatizantes del candidato en cuestión, podrán entrar directamente y su costo de información será menor.

5. Utilizar las estadísticas: Facebook entrega información acerca de las estadísticas de la *fanpage*, datos tanto demográficos como incluso las mejores horas a las cuales postear o cuántas veces ha sido vista una página, que pueden ayudar a focalizar información o incluso a crear estrategias para ampliar la recepción de la misma.

6. Personalizar la pestaña de inicio: esta simple herramienta hace que la página sea más atractiva y amigable al usuario y puede ayudar a convertir simpatizantes en donantes o incluso en voluntarios: todo dependerá de cómo se utilice.

7. No vincular la cuenta de Twitter a la de Facebook: Twitter, como ya analizamos, es una plataforma que permite 140 caracteres; Facebook, por otra parte, permite muchos más, y eso debe aprovecharse. Además, no tiene sentido ser parte de ambas plataformas si no hay diversidad de contenidos; Twitter es más instantáneo y Facebook no requiere una actualización tan seguida, por tanto, vincular la cuenta de Facebook a la de Twitter sería desperdiciarla.

8. No usar la página de Facebook para "descargar los datos" relativos a comunicados de prensa o declaraciones oficiales: en palabras de Pearson, estos datos son aburridos, y la idea es personalizar el mensaje con un sentimiento más "personal" para los simpatizantes de Facebook, ya sea con mensajes cortos, alguna imagen o incluso un video, de forma tal de captar la atención.

9. Mantener el título de la *fanpage* lo más simple posible de manera tal de conservar los "me gusta": esto tiene que ver con volver a utilizarla para una próxima elección o para una posible futura candidatura en la que el cargo al cual se postule sea diferente, puesto que si una *fanpage* supera los 100 me gusta (*likes*), Facebook no permite cambiar el nombre de la página y, por tanto, no tendría sentido empezar una campaña de cero, si ya se cuenta con una base de simpatizantes.

De estos consejos, podemos concluir que la utilización de Facebook para hacer campaña política tiene muchas más ventajas que desventajas, puesto que a diferencia de Twitter, Facebook no es un "arma de doble filo", porque no está enfocado a "compartir opiniones de forma inmediata", sino que está mucho más ligado a transmitir información más relevante, ciertos datos que "enganchan" a una página web, un blog, un video o una noticia.

Actualidad Juridica 29 final.indd 520 21-01-14 11:45

Por ejemplo:

1. Utilizar Facebook hace que un candidato se perciba como más "moderno" y acorde a las nuevas tendencias.

2. Hace que los simpatizantes lo sientan más cercano, ya que la red social permite subir videos y agregar fotos, entre otras herramientas.

3. Ayuda al medio ambiente, en el sentido de que no es necesario gastar papel ni tinta en publicidad y si es que hay impresiones, éstas son las mínimas.

4. Permite llegar a la gente sin tener que pasar por una edición de contenidos previa, por lo cual el candidato (o los asesores detrás de él) puede decir lo que quiera decir y con la extensión que desee.

5. Se llega a más personas de manera instantánea.

6. Permite focalizar contenidos.

Y así, suma y sigue.

Youtube:

Youtube ha revolucionado la manera de hacer política, debido a que permite que los candidatos transmitan su mensaje a millones de personas, sin costo alguno y sin cortes. De hecho, si ponemos por ejemplo la campaña de Barack Obama, según un análisis hecho para *The New York Times*, la campaña política que fue creada para Youtube fue vista por 14.5 millones de horas y, comprar esas 14.5 millones de horas en programas de televisión tiene un costo de 47 millones de dólares[31]: el ahorro fue impresionante.

El funcionamiento de Youtube es sencillo: el candidato (o los asesores de éste) crean una cuenta y de ahí en adelante pueden subirse videos, dando inicio a la "publicidad digital".

Además, Youtube posee un canal político especializado y otorga a los candidatos ciertas herramientas que permiten que los videos sean más reproducidos o incluso que puedan crear una especie de "hipervínculos" que redirijan al internauta hacia otra página web destinada, por ejemplo, a recaudar fondos.

[31] CAIN MILLER (2008).

Actualidad Juridica 29 final.indd 521 21-01-14 11:45

Dentro de las herramientas gratuitas que ofrece Youtube se encuentran las "anotaciones", que pueden usarse para pedir a las personas que se suscriban al canal personal del candidato en cuestión, para agregar información adicional al video que se está reproduciendo y para incluir *links* hacia otros videos relacionados o páginas web que se pretende que el usuario visite.

También existe la opción de promocionar los videos. Para ello, se puede incluir la URL del video que se quiere promocionar dentro de otras publicaciones en otras redes sociales, como por ejemplo, Facebook o Twitter, de forma tal que los usuarios de esas plataformas podrán acceder con un *click* al video que el candidato quiere que reproduzca en Youtube y que finalmente se viralice. Lo mismo pasa a través de la suscripción al canal de Youtube del candidato, en el sentido de que si un usuario se suscribe, las actualizaciones que haga el candidato y cada video que éste suba llegarán de forma automática al suscriptor.

También existen herramientas pagadas, tales como los avisos en la página de inicio de Youtube, los anuncios en pantalla (mientras los usuarios ven otros videos) y la reproducción de videos mediante celulares, que también pueden ser de mucha utilidad en una campaña electoral.

Ahora, hay que tener claro que Youtube, al igual que Twitter, tiene algunos contras. O sea "un buen video puede abonar en buena forma a la campaña de marketing y construir reconocimiento de "marca". Pero con esta increíble oportunidad se presenta un riesgo cuyos efectos pueden ser mucho más intensos que los potenciales beneficios"[32], ya que tal y como los candidatos suben videos que destacan sus virtudes y atributos, las contracampañas –que incluso pueden ser de ciudadanos anónimos– pueden constar de videos con los peores momentos de un candidato, con parodias de connotación negativa e incluso con ciertas "historias no reveladas", que muchas veces pueden llegar a tener más reproducciones que los propios videos de campaña.

El caso Obama:

Barack Obama es un caso que merece un apartado especial, puesto que fue él y su campaña por la Presidencia de Estados Unidos (2008) –la primera "Campaña electoral 2.0" de la historia– lo que cambió la forma actual de hacer política.

Básicamente lo que hizo Obama en su campaña fueron 5 cosas[33]:

1. Contratar asesores jóvenes, especialistas en redes sociales: fue visionario en cuanto al valor de los medios, y en especial de estas nuevas plataformas. No

[32] @PACOMARIANO (2012).
[33] RODRÍGUEZ (2012).

Actualidad Juridica 29 final.indd 522 21-01-14 11:45

tuvo miedo de tomar las nuevas tecnologías e incorporarlas a su campaña, lo cual tuvo resultados muy positivos.

2. Creación de un blog y de una red social propia llamada "MyBO" (www.my.barackobama.com): esta plataforma, muy parecida a Facebook, "dio la oportunidad de sentirse útil a todos sus usuarios, lo que generó oleadas de voluntarios para la candidatura. Hizo posible al ciudadano medio sentirse importante en una campaña presidencial americana"[34]; logró reunir a los simpatizantes de Barack Obama en un solo espacio virtual, donde encontraron intereses en común, organizaron reuniones, opinaron, se movilizaron, encontraron información relevante y lo más importante: hicieron donaciones a la campaña; porque Obama, a diferencia de su rival, prefirió utilizar el método *"The long tail",* cuyo "enfoque era el número de personas, no la cuantía de la donación. Es decir, preferían que muchos dieran aunque fuese un poco a que pocos les dieran mucho"[35], consiguiendo finalmente que en la campaña del 2008 se recaudaran más de 600 millones de dólares –sin contar los fondos públicos, a los cuales Obama renunció–.

3. Utilización de otras redes sociales: "Facebook y Twitter le sirvieron como amplificadores de su mensaje, mientras que YouTube y Flickr fueron los elegidos para difundir el contenido multimedia entre sus seguidores"[36]. O sea, Obama utilizó todos los medios a su alcance para triunfar en la campaña, de forma tal de llegar a todos los posibles destinatarios, fuera que estuvieran realmente interesados en su mensaje o que estuviesen indecisos aún.

4. Utilización de otros medios digitales "convencionales": Obama tampoco dejó de lado los correos electrónicos y los mensajes de texto (sms): "La campaña envío más de mil millones de mails. Se enviaron más de 10.000 tipos de mails personalizados, dependiendo de la información que se dispusiera del destinatario. La lista de subscriptores de correo llegó a tener 13 millones de usuarios registrados, y además cuando Obama ganó las elecciones, los seguidores de Obama recibieron el siguiente mensaje final: "Todo esto sucedió gracias a ti. Gracias, Barack ""[37], que obviamente hizo que los votantes sintieran que su voto había contado y que fueron importantes para el triunfo de Barack Obama.

5. Nunca dejó inactivas las herramientas utilizadas durante la campaña: como expuse anteriormente, es muy importante que las cuentas creadas en las

[34] RODRÍGUEZ (2012).
[35] RODRÍGUEZ (2012).
[36] ZENITH (2013).
[37] RODRÍGUEZ (2012).

Actualidad Juridica 29 final.indd 523 21-01-14 11:45

distintas plataformas no se abandonen luego de lograr el objetivo, ya que de otra forma el afán electoralista queda al descubierto, produciendo descontento en los votantes y haciendo peligrar el apoyo futuro de éstos.

En la actualidad el sitio www.my.barackobama.com no está en funcionamiento, y tanto el blog como la red social se redirigen a www.barackobama.com, sitio en el cual se puede donar y se puede crear una cuenta que se vincula a Facebook para que los simpatizantes y electores estén al tanto de las novedades sobre Barack Obama y sigan interesados.

Estos 5 puntos resumen una campaña perfectamente estructurada que permitió llevar a la Presidencia a Barack Obama en dos elecciones consecutivas (2008 y 2012). Obviamente la campaña del 2012 no fue igual a la del 2008, en el sentido de que las redes sociales vivieron una explosión de gente luego de la primera campaña y que los números de seguidores ya no son los mismos, pero de todas formas Barack Obama ha sabido mantenerse presente en las diferentes redes sociales e incorporarse a plataformas nuevas, lo cual le ha permitido estar siempre a la vanguardia en lo que a tecnología se refiere, y captar votos y simpatía de nuevas generaciones de electores.

Regulación: vacío legal

En cuanto a la regulación, no hay mucho que decir. Chile no ha sabido avanzar con los tiempos y no ha legislado respecto al tema.

La Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios (18.700), en su párrafo 6º, entre los artículos 30 y 35, regula la propaganda y publicidad de las campañas electorales contemplando qué se entiende por propaganda y los plazos y tiempos de la misma, entre otros.

Así, el artículo 30 de dicha ley, en su inciso 1°, define propaganda electoral como aquélla "dirigida a inducir a los electores a emitir su voto por candidatos determinados o a apoyar alguna de las proposiciones sometidas a plebiscito". Agregando que "dicha propaganda sólo podrá efectuarse en las oportunidades y en la forma prescrita en esta ley". Además, el inciso 4º del mismo artículo recoge que "la propaganda electoral por medio de la prensa, radioemisoras y canales de televisión sólo podrá efectuarse desde el trigésimo y hasta el tercer día anterior al de la elección o plebiscito, ambos días inclusive"[38].

Entonces, efectivamente ¿se cumple esa regulación? Porque al analizar la realidad de nuestro país podemos notar que las calles están llenas de carteles

[38] Ley Nº 18700, Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios

Actualidad Juridica 29 final.indd 524 21-01-14 11:45

antes del período legal de campaña con la imagen de los candidatos y una frase tipo "*slogan* publicitario" que indirectamente llama a votar pero, que los candidatos salvan diciendo que no hay ninguna alusión directa y que no se induce a los votantes, sino que simplemente es una imagen que "recuerda el nombre del candidato". Pero acá no está la discusión a la cual quiero dirigir este trabajo, porque la ley no contempla ningún artículo que regule la publicidad en Internet, porque ésta solo menciona radioemisoras, prensa y televisión (a la cual en los artículos siguientes le da una regulación detallada que reparte el tiempo en televisión de cada candidato y partido según votos obtenidos, etc.).

En definitiva, es fácil aprovecharse de los vacíos legales, cuando la regulación existente es insuficiente y no contiene ninguna mención siquiera al medio que se está utilizando como soporte de difusión: la red otorga una infinidad de herramientas para entregar un mensaje que escapan del conocimiento técnico de los legisladores, y es ahí donde éstos tendrán que poner atención y especial dedicación en el presente y en el futuro: no se trata de regular exhaustivamente todos los medios digitales y redes sociales existentes, porque sinceramente sería imposible, pero sí de estar en sintonía con las nuevas tecnologías y no olvidarse de ellas, porque el acceso a Internet, la disminución progresiva de la brecha digital y el uso masivo de plataformas como Facebook, Youtube y Twitter pueden, sobre todo en el futuro, marcar una gran diferencia en una elección, y no solo en el buen sentido, ya que cada vez es más el uso de estos medios para generar contracampañas o campañas negativas.

Conclusión:

Luego de analizar y estudiar en detalle las diferentes plataformas sociales disponibles en la red, se puede concluir que, en primer lugar, tal y como dijeron Larsson y Moe en relación a éstas "hay una necesidad relevante de estudios empíricos para examinar si y cómo aquellos servicios contribuyen a ampliar la participación en el debate público y que extenderlo simplemente sirve hasta ahora como otro escenario para los actores sociales ya consolidados"[39], porque la experiencia en números indica que no hay una correlación necesaria entre el apoyo o popularidad que logra un candidato en Internet y los votos que efectivamente obtiene en las urnas.

En segundo lugar, también es necesario destacar el buen uso de las redes sociales en relación a que no sirve que existan cuentas de los candidatos políticos por el solo hecho de estar dentro de esta nueva política 2.0; es necesario que éstos en realidad se involucren con la tecnología y se preocupen de la interacción

[39] LARSSON y MOE (2010), p. 2.

Actualidad Juridica 29 final.indd 525 21-01-14 11:45

con los ciudadanos, respondiendo las preguntas de éstos y no abandonando las cuentas luego de salir electos.

María del Pilar Pérez Cárdenas, en su tesis titulada "Uso de las redes sociales en campañas electorales" reflexiona muy bien acerca de este punto en particular en cuanto a que, bajo su punto de vista –el cual comparto– "las redes sociales pueden llegar a ser herramientas útiles en la política si son utilizadas adecuadamente. Pueden ser una herramienta valiosa para que el ciudadano se comunique con su representante y para que se transparenten las acciones de los políticos candidatos a ser elegidos en un determinado cargo público. Inclusive pueden llegar a ser útiles en la construcción de ciudadanía y de políticas que le importen realmente a la gente, si se fomenta una adecuada interacción entre ciudadanos y sus representantes"[40].

Más aún, la bidireccionalidad que otorgan Internet, y en específico las redes sociales es un instrumento al cual los candidatos políticos deben estar muy atentos, porque esta interacción –más o menos instantánea dependiendo de la plataforma que se esté usando– no se logra con otros medios masivos de comunicación como la televisión, en que los papeles de emisor y receptor no son intercambiables, y los ciudadanos, a diferencia de lo que sucede en Internet, no tienen la posibilidad de responder, cuestionar y opinar de manera directa. En otras palabras, "el consumo de información *online* complementa las vías más institucionalizadas de participación, como ir a votar. Por lo tanto, una tarea fundamental de la institucionalidad política y educativa de los países es promocionar en las nuevas generaciones de ciudadanos el interés por la esfera pública"[41]; y por ello es que "el papel del Internet político es servir como ágora donde los ciudadanos hacen política no únicamente el día de las elecciones mediante el depósito de un voto en una urna, sino a través de la participación en un nuevo espacio de comunicación interactivo"[42], como sostuvieron Franco y García.

Por último, cabe destacar que "Internet, la Web 2.0 y las redes sociales están introduciendo silenciosa e imparablemente un cambio en el paradigma cultural tradicional"[43]; hacer campaña con afiches y carteles en las calles, entregando panfletos en las esquinas, participando en debates televisados, diciendo frases en las radios y apareciendo en la prensa ya no es suficiente, ahora los ciudadanos tenemos más voz y exigimos más, necesitamos mayor interacción con el candidato; no queremos ser solo receptores, sino que también queremos jugar el rol de emisores de un mensaje y es por lo mismo que para que una

[40] PÉREZ CÁRDENAS (2013) p. 12.
[41] VALENZUELA (2011) p. 28.
[42] FRANCO y GARCÍA (2008) p. 34.
[43] CONGOSTO, FERNÁNDEZ y MORO EGIDO (2011) p.11.

Actualidad Juridica 29 final.indd 526 21-01-14 11:45

campaña política tenga éxito total, sobre todo de acá a algunos años más, ésta no puede ser pensada desde los modelos antiguos, sino que necesita del buen uso de las nuevas tecnologías.

Bibliografía:

DELTELL Luis (2012), Estrategias de comunicación política en las redes sociales durante la campaña electoral del 2011 en España: el caso de eQuo [Fecha de consulta: 20 de septiembre 2013] Disponible en http://eprints.ucm.es/15544/1/equo,LIBROeprint.pdf

DOWNS Anthony (2001), "Teoría económica de la acción política en una Democracia", ALMOND Gabriel, DAHL Robert A., DOWNS Anthony et alli, *"Diez textos básicos de Ciencia Política",* (segunda edición, Madrid, España, Editorial Ariel) pp 93-111

CAIN MILLER Claire (2008): *How Obama's Internet Campaign Changed Politics,* artículo publicado en el blog de The New York Times el día 7 de noviembre del año 2008 [Fecha de consulta: 21 de septiembre 2013] Disponible en http://bits.blogs.nytimes.com/2008/11/07/how-obamas-internet-campaign-changed-politics/?_r=0

CARREÑO Camila (2013): *Las redes sociales son el canal más usado por los chilenos para informarse,* noticia publicada en el sitio web de PulsoSocial el día 8 de mayo del 2013 [Fecha de consulta: 16 de septiembre 2013] Disponible en http://pulsosocial.com/2013/05/08/las-redes-sociales-son-el-canal-mas-usado-por-los-chilenos-para-informarse/

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2012): *Estudio Nacional de Opinión Pública N° 69 Julio-agosto 2013* [Fecha de consulta: 17 de septiembre 2013] Disponible en http://es.scribd.com/doc/164031765/EncuestaCEP-JulAgo2013-completa

CONGOSTO M. Luz, FERNÁNDEZ Montse, MORO EGIDO Esteban (2011): "Twitter y política: información, opinión y ¿predicción?", en *Cuadernos de Comunicación Evoca*, 4: Comunicación política 2.0, pp 11-15 [Fecha de consulta: 20 de septiembre 2013] Disponible en http://www.evocaimagen.com/cuadernos/cuadernos4.pdf

CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN (2011): *Chilenos consumen más TV*, noticia publicada en su sitio web el día 25 de agosto del 2011 [Fecha de consulta: 19 de septiembre 2013] Disponible en http://www.cntv.cl/chilenos-consumen-mas-tv/prontus_cntv/2011-08-25/132533.html

CONVIERTA: AGENCIA DIGITAL (2012): *Infografía de Facebook en Chile,* noticia publicada en su sitio web el día 16 de mayo del 2012 [Fecha de consulta: 14 de septiembre 2013] Disponible en http://www.convierta.cl/?p=241

COOPERATIVA (2012): *El diputado Iván Moreira es blanco de críticas por su error de ortografía,* noticia publicada en su sitio web el día 17 de agosto del 2012 [Fecha de consulta: 19 de septiembre 2013] Disponible en http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/camara-de-diputados/el-diputado-ivan-moreira-es-blanco-de-burlas-por-error-de-ortografia/2012-08-17/094657.html

FRANCO Guillermina, GARCÍA David (2008): "Los efectos de las redes ciudadanas en la campaña electoral del 9-M", en Ámbitos: Revista Internacional de Comunicación, Nº 17 año 2008: pp 26-36 [Fecha de consulta: 21 de septiembre 2013] Disponible en http://grupo.us.es/grehcco/ambitos17/02Franco.pdf

Actualidad Juridica 29 final.indd 527 21-01-14 11:45

LARSSON Anders Olof, MOE Hallvard (2012): "Studying political microblogging: Twitterusers in the 2010 Swedish election campaign", en *New Media & Society,* Vol. 14 nº 5: pp 729-747 [Fecha de consulta: 20 de septiembre 2013] Disponible en http://www.andersoloflarsson.se/wp-content/uploads/2013/05/Larsson_Moe_NMS.pdf

MICKIEWICZ Ellen, FIRESTONE Charles con ROSELLE Laura, (2001), *"La televisión y las elecciones",* (segunda edición, Estados Unidos de América, DeWitt Wallace Center) pp. 1-5

PEARSON, Tyler (2012): *10 Common Mistakes Political Campaigns Make with Facebook Pages* [Fecha de consulta: 20 de septiembre 2013] Disponible en http://www.newmediacampaigns.com/blog/10-common-mistakes-political-campaigns-make-with-facebook-pages

PÉREZ CÁRDENAS María del Pilar (2013): *Uso de las redes sociales en campañas electorales* [Fecha de consulta: 17 de septiembre 2013] Disponible en http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1718

RODRÍGUEZ César (2012): *Campaña de Obama. Política 2.0,* artículo publicado en BlogLanders el día 11 de abril del 2012 [Fecha de consulta: 21 de septiembre 2013] Disponible en http://bloglanders.com/2012/04/11/la-mayor-y-mejor-campana-de-social-media-de-todos-los-tiempos/

RODRÍGUEZ Roberto, UREÑA Daniel (2011): "Diez razones para el uso de Twitter como herramienta en la comunicación política y electoral", en *Comunicación y pluralismo* (Universidad Pontificia de Salamanca: Facultad de Comunicación), Nº 10: pp 89-116 [Fecha de consulta: 19 de septiembre 2013] Disponible en http://www.masconsulting.es/wp-content/uploads/2012/05/Art_ComunicacionPluralismo.pdf

SEOANE Francisco, JONES Steve (2008): "Activismo político en la era digital: el empleo de Internet para el compromiso político para las convocatorias web", SÁBADA, Igor, y GORDO, Ángel (coords.), *"Cultura digital y movimientos sociales"* (primera edición, Madrid, España, Editorial Catarata) pp. 222-240

SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES: UNIDAD DE ESTUDIOS Y PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA (2013): *Informe series estadísticas primer semestre 2013* [Fecha de consulta: 19 de septiembre 2013] Disponible en http://www.subtel.gob.cl/images/stories/apoyo_articulos/notas_prensa/informe_seriesq2_2013_vfinal.pdf

UREÑA Daniel (2011): "Decálogo para un candidato 2.0", en *Cuadernos de Comunicación Evoca*, 4: Comunicación política 2.0, pp 29-33 [Fecha de consulta: 15 de septiembre 2013] Disponible en http://www.evocaimagen.com/cuadernos/cuadernos4.pdf

VALENZUELA Sebastián (2011): "La protesta en la era de Facebook: Manifestaciones juveniles y uso de redes sociales en Chile 2009-2011", en *Encuesta Jóvenes, participación y consumo de medios 2011. Periodismo Universidad Diego Portales-Feedback:* pp 19-28 [Fecha de consulta: 20 de septiembre 2013] Disponible en http://www.prensafcl.udp.cl/Capitulo2.pdf

ZENITH (2013): *El triunfo de Obama en Internet: caso de estudio de las campañas de Obama de 2008 y 2012 (II),* artículo publicado en Bloggin Zenith el día 10 de enero del 2013 [Fecha de consulta: 21 de septiembre 2013] Disponible en http://blogginzenith.zenithmedia.es/actualidad/el-triunfo-de-obama-en-internet-caso-de-estudio-de-las-campanas-de-2008-y-2012-ii/

@PACOMARIANO (2012): *La "Youtubeificación" de las campañas políticas en 2012,* artículo publicado en Blog de Mercadotecnia el día 24 de enero del 2012 [Fecha de consulta: 20

Actualidad Juridica 29 final.indd 528 21-01-14 11:45

de septiembre 2013] Disponible en http://blogdemercadotecnia.com/la-youtubeificacion-de-las-campanas-politicas-en-2012/

Normas:

Ley Nº 18.700, Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, Diario Oficial 6 de mayo de 1988

Actualidad Juridica 29 final.indd 529 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 530 21-01-14 11:45

El acceso a la información pública y su proceso online

María del Pilar Rodríguez Prieto
Profesora ayudante de Derecho Administrativo I,
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesor patrocinante: Iván Aróstica M.

Resumen: Esta ponencia forma parte del III Congreso Nacional de Ayudantes, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, que tiene por finalidad dilucidar la relación que tiene la tecnología con las distintas áreas del Derecho. En particular esta exposición versará, como lo anticipa su título, sobre el acceso a la información y su vertiente tecnológica, concluyendo que el sistema para solicitar información a la Administración del Estado es rápido y eficaz.

Por otro lado, se busca orientar al lector en el proceso de solicitar información a las entidades estatales.

Y finalmente se pretende comentar una experiencia práctica con el sistema de transparencia para testificar su funcionamiento en la realidad.

*****

I. Introducción

Esta ponencia es parte de muchas del III Congreso Nacional de Ayudantes, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, que tiene por finalidad dilucidar la relación que tiene la tecnología con las distintas áreas del Derecho. En particular esta exposición versará, como lo anticipa su título, sobre el acceso a la información y su vertiente tecnológica, para ello se seguirá el siguiente orden de títulos correlativos: (I) Introducción; (II) ¿qué es el acceso a la información?; (III) finalidad del acceso a la información y un poco de su historia; (IV) de su relación con la tecnología; (V) acerca de su procedimiento; (VI) sobre su aplicación práctica; y finalmente (VII) una pequeña conclusión.

Actualidad Juridica 29 final.indd 531 21-01-14 11:45

II. ¿Qué es el acceso a la información?

El derecho al acceso a la información pública es un el derecho que tiene todo ciudadano a solicitar, acceder y tener disponibles los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, todo aquello siempre que tengan carácter público, y tiene este carácter toda información que se elabore con presupuesto público.

Este derecho tiene dos aristas, la transparencia activa y la transparencia pasiva. La primera tiene por objeto el deber de la Administración del Estado de mantener disponible cierta información enumerada en el artículo 7º de la Ley Nº 20.285. A modo de ejemplo, deben informar su estructura orgánica, su marco normativo aplicable, su planta de personal, entre muchas más[1]. Y como todo deber tiene correlativamente un derecho, cualquier ciudadano puede exigirle a la Administración del Estado que dispense la información obligatoria por el artículo mencionado.

Por otro lado, la transparencia activa tiene por objeto que el ciudadano pueda obtener los actos y resoluciones de la Administración del Estado, sus fundamentos y el procedimiento que se utilizó para emitir el acto administrativo.

III. Finalidad del acceso a la información y un poco de su historia.

La Ley de Transparencia, por lo tanto también el derecho al acceso a la información, tuvieron cuatro finalidades, según se desprende de su historia fidedigna.

La primera, y la más evidente, es darle un contenido concreto al mandato constitucional del artículo 8º, inciso segundo, de nuestra Constitución Política de la República, esto es "Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional."

Pretendía también asegurar la participación ciudadana, ya que el primer paso para obtener una ciudadanía madura en la que sus integrantes participan efectivamente y a gran escala, es otorgándoles información, puesto que nadie puede

[1] Para más información véase el artículo 7º de la Ley Nº 20.285. Disponible en: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363

Actualidad Juridica 29 final.indd 532 21-01-14 11:45

actuar si no conoce sus derechos y no está en conocimiento del contenido y fundamento de las diversas situaciones en la que puede tener protagonismo. Cierta es la frase que dice "para progresar no basta actuar, hay que saber en qué sentido actuar", y para saber en qué sentido actuar lo primero es conocer los derechos, fundamentos y garantías que se poseen.

Por otro lado, una sociedad informada es una sociedad policía, en el sentido de que, a través del derecho de acceso a la información la ciudadanía controla los actos de los órganos del Estado, previniendo y reduciendo el margen de una eventual corrupción.

Finalmente, la Ley Nº 20.285 tenía por objeto suplir las deficiencias del antiguo sistema de acceso a la información, que era letra muerta, puesto que la Administración del Estado abusaba del secreto o reserva de información.

IV. De su relación con la tecnología

Si hay un derecho frente a la Administración del Estado que sea de fácil y amigable tramitación, es precisamente el derecho al acceso de información; y ello es así gracias a la tecnología.

Tanto la trasparencia pasiva como la activa se manifiestan a través de sitios electrónicos (*sitios web*) de cada entidad estatal, que la misma Ley Nº 20.285 define como "dispositivos tecnológicos que permiten transmitir información por medio de computadores, líneas telefónicas o mediante el empleo de publicaciones digitales" (Artículo 1º Nº 6 de la Ley 20.285).

Es por ello que sostengo que la relación del ejercicio de este derecho y la tecnológica es infinita, basta con un click en el sitio web para encontrar la información de transparencia del artículo 7º de la precitada ley; y solo debemos llenar un formulario *online* para solicitar información al órgano competente (transparencia pasiva). Y no es solo eso, ya que el sistema da la opción de recibir la información solicitada vía mail en el formato de archivo que uno desee[2].

Es decir, gracias a la tecnología podemos ejercer nuestro derecho en la comodidad de nuestras casas, oficinas u otro lugar, lo que nos lleva a ahorrar el valioso tiempo que tenemos evitándonos la concurrencia personal a la entidad estatal tanto para solicitar como para retirar la información que requerimos.

Y, por qué no decirlo, es una forma ecológica de ejercer un derecho, porque no se requiere de papel, sino solo una conexión a Internet y un dispositivo de almacenamiento para los antecedentes proporcionados por el órgano estatal.

[2] Entiéndase formato Word, PDF, entre otros existentes dentro de las posibilidades de cada organismo.

Actualidad Juridica 29 final.indd 533 21-01-14 11:45

En todo caso, para aquellos que aún siguen prefiriendo el papel, también existe la posibilidad de requerir la información personalmente en la oficina de partes de la entidad pertinente, según sea el caso.

V. Acerca de su procedimiento

He señalado anteriormente que el procedimiento para obtener información pública de las entidades estatales es simple y amigable, y para probar aquello haré una síntesis sobre el proceso de solicitud de acceso a la información. Es menester recalcar que solo me abocaré a la solicitud de acceso de información (transparencia pasiva), puesto que para la transparencia activa existe un único paso, cual es ingresar a la página web de la entidad de la que se requiera la información descrita en artículo 7º de la Ley Nº 20.285. Aclarado el punto anterior, los pasos para solicitar información son los siguientes:

i. Formulación de la solicitud.

Esta solicitud debe ser por escrito, ya sea en papel o por medios electrónicos. Para ello cada organismo tiene un formulario tipo, que en general exige los datos mínimos, es decir, el nombre del solicitante, el órgano requerido, descripción de la información requerida, y finalmente la elección del medio por el cual se pretende recibir la información, ya sea vía mail o por correo a su domicilio.

Una vez enviado el formulario, recibirá una notificación con un acuse de recibo de respaldo.

Posteriormente y antes de la respuesta de fondo del órgano pueden ocurrir dos errores formales subsanables, y estos son: (i) *Deficiencia en la solicitud*: Si su requerimiento tiene algún defecto formal, tendrá 5 días hábiles para rectificar ante el organismo, contados desde que este le haga notar el error; (ii) *Órgano incompetente*: Si la entidad a la cual Ud. requirió no tiene la información que solicita, esta tiene la obligación de derivar su solicitud al órgano que es competente según el ordenamiento jurídico vigente.

ii. Respuesta del órgano requerido.

La entidad requerida deberá responder en un plazo fatal de 20 días hábiles desde la presentación válida de la solicitud, prorrogable en 10 días hábiles más si circunstancias fundadas lo ameritan.

La respuesta del órgano administrativo puede variar en los siguientes sentidos:

Actualidad Juridica 29 final.indd 534 21-01-14 11:45

a) *Respuesta afirmativa*: En este caso la entidad requerida deberá proporcionar la información solicitada a través del medio que haya elegido el solicitante (medio electrónico, por correo u otros).

b) *Respuesta orientadora*: Cuando la información esté permanentemente a disposición del público, se comunicará al solicitante la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información, quedando con esta respuesta cumplida la obligación sin necesidad de entregar la información, puesto que ya se encontraba disponible públicamente para todos los ciudadanos con anterioridad a la solicitud.

c) *Respuesta negativa*: Existen múltiples opciones para que un órgano del Estado niegue la información solicitada, estas causales están tratadas en los artículos 21 y 22 de la Ley Nº 20.285, y en general son: cuando afecten el debido funcionamiento del órgano, cuando afecten los derechos fundamentales de las personas, cuando afecten la seguridad o interés de la nación, cuando una Ley de quórum calificado haya declarado la información como reservada o secreta. Solo en dicho casos los servicios públicos pueden denegar la información requerida, obviamente dando los fundamentos y motivos para el rechazo.

iii) Consejo para la Transparencia.

Vencido el plazo que tenía el órgano para responder sin obtener respuesta, u obteniéndola es una respuesta denegatoria, el particular afectado puede reclamar ante el Consejo para la Transparencia, en el plazo de 15 días hábiles de notificada la respuesta del servicio respectivo. La reclamación debe contener el reclamo y los medios de prueba que sirvan para fundamentar la reclamación.

Posteriormente, se notificará sobre la reclamación al órgano del Estado reclamado, y a cualquier tercero involucrado, quienes podrán en el plazo de diez días efectuar sus descargos.

Terminado el plazo anterior, el Consejo para la Transparencia debe dictar su resolución dentro del quinto día, resolución que de ser negativa podrá apelarse ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva.

VI. Sobre su aplicación práctica[3]

A raíz del proyecto de investigación *"Acerca de la autotutela ejecutiva o ejecución de oficio, de los actos administrativos en Chile"*, de la Dirección de Investigación

[3] Agradezco al profesor investigador de la facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo Nicolás Enteiche por permitir utilizar las fuentes hasta ahora recopiladas en el proyecto *"Acerca de la autotutela ejecutiva o ejecución de oficio, de los actos administrativos en Chile"*

Actualidad Juridica 29 final.indd 535 21-01-14 11:45

de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, se les preguntó a diecisiete servicios del Estado la misma información. A modo de ejemplo, se requirió a: El Ministerio del Interior, SERNAPESCA, SUBTEL, Superintendencia del Medio Ambiente, entre otros.

Del universo anterior, el 100% de los órganos requeridos respondió la solicitud. El 18% respondió negativamente a nuestra solicitud (tres organismos); y el 82% restante respondió afirmativamente (catorce organismos). De aquellos que respondieron afirmativamente, el 43% señaló que no poseían información puesto que no había ejercido la competencia (seis organismos); el otro 57% aportó con la información que poseían (ocho organismos). Algunos de ellos enviaron en formato PDF sus resoluciones; otros, por el volumen de la información, la entregaron en papel en su oficina de información; e incluso la mención honrosa es para la Dirección General de Aguas, que nos facilitó un CD con las resoluciones solicitadas.

Es de concluir, que todos los órganos del Estado cumplieron con el plazo establecido en la ley y proporcionaron la información que se les estaba solicitando, en la medida de sus posibilidades.

VII. Una pequeña conclusión

Las herramientas creadas por la Ley de Transparencia son útiles para muchas situaciones y personas.

Tanto la transparencia activa como la pasiva son un instrumento fundamental para la relación entre el mundo de la abogacía y la Administración del Estado, ya que permite conocer de mejor manera el contenido, fundamentos y procedimiento de los actos emitidos por esta; facilita el conocimiento del marco normativo aplicable y en general ayuda a comprender mejor el funcionamiento interno de cada entidad, lo que posibilita la tarea de enfrentarse al Estado.

Por otro lado, la Ley de Transparencia ha sido una de las fuentes creadoras de una nueva sociedad, una comunidad más conocedora de sus derechos, y por lo tanto más exigente con sus gobernantes. Los mecanismos que esta ley proporciona a la ciudadanía y a los medios de comunicación fomentan una mayor participación ciudadana aportando fuentes y argumentos e impulsando con ello al enfrentamiento con las autoridades.

Bibliografía

GARCÍA, Gonzalo, y CONTRERAS, Pablo (2009): "Derecho de acceso a la información en chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional", en *Estudios Constitucionales (Universidad de Talca), Año 7, N° 1: pp. 137-175.*

Actualidad Juridica 29 final.indd 536 21-01-14 11:45

POBLETE VINAÍXA, Julia (2009): "*Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública"* [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2013] Disponible en: http://www.bibliotecarios.cl/descargas/2009/10/poblete.pdf

ENTEICHE ROSALES, Nicolás (inédito): *"Acerca de la autotutela ejecutiva o ejecución de oficio de los actos administrativos en Chile"*

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS FACULTAD DE DERECHO UDP (2009): "Libertad de expresión y transparencia", en *Informe anual sobre derecho humanos en Chile 2009 (Universidad Diego Portales): pp. 143-170.*

Ley N°20.285, Ley sobre acceso a la información pública, Diario Oficial, 20 de agosto de 2008. Historia de la Ley 20.285 [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2013] Disponible en: http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20285/HL20285.pdf

Actualidad Juridica 29 final.indd 537 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 538 21-01-14 11:45

Tratamiento de la evidencia contenida en soportes informáticos como prueba en el proceso penal

Víctor Santelices
Profesor Ayudante Derecho Penal I
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesor patrocinante: Gonzalo de la Cerda

Resumen: El tratamiento de la evidencia informática obtenida en la investigación de los ilícitos penales y las pruebas periciales aplicadas a su contenido resultan de particular relevancia al momento de acreditar la conducta ilícita ante el órgano jurisdiccional encargado de conocer y resolver la acusación formulada a su respecto. En efecto, el análisis de esta evidencia supone el cumplimiento de determinados resguardos propios de la naturaleza y volatilidad de la información contenida en dichos soportes.

Esta ponencia expone la problemática del tratamiento de la evidencia informática, la necesidad de aplicar protocolos especiales de actuación de los órganos encargados de su levantamiento, traslado, custodia y análisis, y las consecuencias posibles en el proceso penal ante el incumplimiento de los resguardos requeridos para la adecuada conservación del material informático periciado, los que inciden en la valoración de la fuente de prueba por parte del Tribunal que debe arribar la convicción acerca de la pretensión punitiva expresada en los hechos sometidos a su conocimiento.

*****

El concepto de delito informático

El avance en el uso de la tecnología en las actividades de la vida cotidiana resulta en la actualidad un asunto que no admite controversia. En este sentido, el actuar delictual se ha perfeccionado y adaptado al uso de estas nuevas tecnologías. Muchos de los engaños propios del delito de estafa actualmente son ejecutados mediante el uso de mensajería proveniente de sistemas informáticos[1], lo mismo sucede en ilícitos asociados a redes de pornografía infantil,

[1] Así, por ejemplo, la figura del *Phishing*, mediante el cual los estafadores se hacen pasar por empresas de distintos tipos y piden a los usuarios información privada. Para estos efectos utilizan correos

Actualidad Juridica 29 final.indd 539 21-01-14 11:45

corrupción de menores, injurias y calumnias, entre otras figuras. Lo anterior, sin considerar la propia normativa de la Ley N° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática.

La Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD) define al delito informático como: "cualquier conducta no ética, o no autorizada, que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de datos"[2]. Esta definición abarca dos ámbitos del delito informático, a saber: aquellas conductas consistentes en delitos tradicionales en los que la tecnología de la información es utilizada como un medio específico de comisión; como asimismo aquellas conductas nuevas no contempladas en los ordenamientos penales por su especial naturaleza, consistentes en atentados cometidos dolosamente contra los datos digitalizados y contra los programas computacionales contenidos en un sistema[3].

Los razonamientos y conclusiones contenidos en esta ponencia son válidos para ambos tipos de delitos, resultando trascendente únicamente el uso de un soporte electrónico como medio de comisión del ilícito, sea respecto de un delito tradicional o uno de carácter informático en sentido estricto. Respecto de ambos el tratamiento de la evidencia consistente en el soporte que registra la información relevante requiere un especial cuidado que permita su utilización como medio probatorio apto para producir convicción en el ente juzgador.

Tratamiento de la evidencia levantada en el sitio del suceso: la cadena de custodia

El levantamiento de los objetos y documentos relevantes para el proceso desde el lugar de comisión del delito, su posterior custodia y análisis requieren cumplir los estándares propios de toda evidencia forense.

La acreditación de estos resguardos en el levantamiento y conservación de la evidencia es realizada mediante el proceso de la cadena de custodia. Este proceso hace referencia a la seguridad y confiabilidad de las fuentes de prueba recogidas en virtud de la investigación de distintos tipos de ilícitos.

electrónicos y páginas web, donde son consultados datos como contraseñas y números de cuentas, información que ninguna empresa consulta mediante estos medios por aspectos de seguridad.

[2] Definición elaborada por un Grupo de Expertos, invitados por la OCDE a París en mayo de 1993.

[3] Algunos autores, a partir de esta distinción denominan delito computacional a aquella figura tradicional de Derecho Penal en la cual la forma de comisión es mediante el uso de un sistema informático, reservando la nomenclatura de delito informático solo a *"…la acción típica, antijurídica y dolosa cometida mediante el uso normal de la informática, contra el soporte lógico o software, de un sistema de tratamiento automatizado de la información"*. Ver: HERRERA BRAVO, Rodolfo (1998): "Reflexiones sobre los delitos informáticos motivadas por los desaciertos de la ley chilena Nº 19.223", en *REDI Revista Electrónica de Derecho Informático,* N° 5, [fecha de consulta 13 de septiembre de 2013] Disponible en: http://vlex.com/vid/informaticos-motivadas-desaciertos-chilena-223-107005.

Actualidad Juridica 29 final.indd 540 21-01-14 11:45

La cadena de custodia ha sido definida por la Corte Suprema como

> *"un procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar justicia, y que tiene como fin no viciar el manejo que de ellos se haga y así evitar alteraciones, sustituciones contaminaciones o destrucciones"*[4].

La cadena de custodia está compuesta por diversos hitos o eslabones, que dan cuenta de la manipulación de diversos agentes de la evidencia, desde su incautación hasta su devolución, destrucción o presentación al Tribunal, según sea el caso. De esta forma, el registro de cada intervención entrega garantías de integridad e inalterabilidad de esa evidencia para ser utilizada como fuente de prueba confiable. Mediante la cadena de custodia el sentenciador adquiere la certeza que la evidencia que ha sido presentada en juicio es la misma recogida en el sitio del suceso.

Si bien no existe norma legal o reglamentaria que establezca la forma en la cual se deba efectuar el tratamiento, custodia y análisis de la evidencia incautada desde el sitio del suceso, en general existen referencias a diversas etapas o fases de la cadena de custodia, a través de las cuales es posible acreditar la inalterabilidad de los elementos probatorios, estas etapas son las siguientes[5]:

1.- Hallazgo y custodia del sitio del suceso: es necesario precisar que el sitio del suceso no solo abarca el lugar principal de comisión del hecho investigado, sino también lugares relacionados y de interés criminalístico. Por ejemplo, en un homicidio no solo importa el levantamiento realizado en el lugar en el cual se cometió el delito, sino que deberá resguardarse de igual forma el sitio en el cual se halla el arma homicida, o en el cual se ocultó el delincuente en días o incluso semanas posteriores, ya que de todos ellos podrían obtenerse indicios importantes para la investigación, los que deberán estar sometidos a las mismas reglas de custodia de aquellos obtenidos en el sitio de suceso principal.

Sobre este particular, el artículo 83 del Código Procesal Penal señala que es responsabilidad de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones, aun sin orden previa del Fiscal a cargo de la investigación, el resguardar el sitio del suceso, para cuyos efectos *"impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederán a su clausura, si se tratare de local cerrado, o a su aislamiento, si se tratare de lugar abierto, y evitarán que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo"*.

---

[4] Corte Suprema (2010): Rol 3657-10, 23 de agosto de 2010, considerando sexto, [fecha de consulta 31 de agosto de 2013] Disponible en: www.poderjudicial.cl.

[5] LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (1998): *Proceso penal comentado* (San José, UCI).

Actualidad Juridica 29 final.indd 541 21-01-14 11:45

2.- Inspección preliminar y búsqueda de indicios: esta actividad debe estar a cargo de personal especializado, dado que la experticia del personal que participa en la diligencia es un aspecto que puede ser cuestionado en el juicio oral para restar mérito probatorio a la diligencia, por vía de sostener un inadecuado manejo del sitio del suceso.

El mismo artículo 83 del Código Procesal Penal señala a este respecto:

> *"personal policial experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantare, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaren a cabo esta diligencia"*.

3.- Fijación de la huella, muestra o evidencia: esta etapa permite determinar con exactitud la ubicación y estado de los indicios que son de interés para la investigación, y que han sido encontrados en el lugar del suceso, lo que facilita la elaboración de versiones y una eventual reconstrucción de los hechos en el relato del personal policial en el juicio oral.

De esta forma, si existen contradicciones entre el relato y la fijación efectuada de la evidencia al momento de su levantamiento, la credibilidad del testimonio se verá afectada. Por el contrario, la plena coincidencia entre ambos aspectos del relato aporta veracidad y convicción en el sentenciador al momento de valorar la prueba aportada.

El artículo 181 del Código Procesal Penal, a propósito de las actividades de investigación en relación a la evidencia, señala que:

> *"… si el hecho hubiere dejado huellas, rastros o señales, se tomará nota de ellos y se los especificará detalladamente, se dejará constancia de la descripción del lugar en que aquél se hubiere cometido, del estado de los objetos que en él se encontraren y de todo otro dato pertinente"*.

Agrega que para el cumplimiento de estos fines:

> *"…se podrá disponer la práctica de operaciones científicas, la toma de fotografías, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces o sonidos por los medios técnicos que resultaren más adecuados, requiriendo la intervención de los organismos especializados"* y que luego de realizada la operación *"se certificara el día, hora y lugar en que ella se hubiere realizado, el nombre, la dirección y la profesión u oficio de quienes hubieren intervenido*

Actualidad Juridica 29 final.indd 542 21-01-14 11:45

en ella, así como la individualización de la persona sometida a examen y la descripción de la cosa, suceso o fenómeno que se reprodujere o explicare".

Los medios más utilizados por los agentes policiales para proceder a la fijación de la evidencia son: la fotografía, el video, el croquis y el acta.

4.- Recolección de las huellas, muestras o evidencias: es necesario respetar los protocolos técnicos a cargo de funcionarios policiales expertos, que son quienes tienen la idoneidad para manipular las evidencias.

Las huellas o evidencias obtenidas deben ser clasificadas e individualizadas cuidadosamente a partir de criterios técnicos, es decir, inventariadas científicamente, ya que de esta manera no sólo se controla cada uno por separado, evitando, por ejemplo, contaminación de evidencia orgánica, sino que de este modo se favorece el análisis y comparación que pueda hacerse en el laboratorio, sin margen de error.

5.- Embalaje de la huella, muestra o evidencia: tiene como fin principal individualizar y garantizar la integridad de la especie, de tal forma que el embalaje debe procurar evitar la alteración, destrucción o manipulación no autorizada de la evidencia.

El embalaje deberá ser el apropiado conforme a la naturaleza de la evidencia levantada, siguiendo las recomendaciones técnicas del personal experto encargado de la diligencia, para proceder luego al sellado y el etiquetado de la especie, momento en el cual se procede a confeccionar el formulario de cadena de custodia, que deberá contener

"una descripción del objeto y del estado en que se encuentra en cada momento, actualizada – en que va dejándose constancia de cada persona que lo tuvo a su cargo, de la fecha y hora en que lo recibió, de quien lo recibió, de todas las personas que lo examinaron bajo su responsabilidad, del día y hora en que lo entregó y la persona a quien se lo entregó"[6].

6.- Traslado y entrega de la evidencia: luego de la confección de las actas respectivas, del adecuado etiquetamiento y sellado de las especies, estas pueden ser trasladadas consignando a las personas encargadas del transporte de la evidencia, así como también las fechas y los despachos en que se procede a su custodia.

[6] *Instructivo N° 19. Respecto de las funciones de la policía previstas en los artículos 83 y 90 del Código Procesal Penal,* en MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL (2001) *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N°s 1 a 25* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Actualidad Juridica 29 final.indd 543 21-01-14 11:45

En nuestra legislación procesal la custodia y conservación de las especies incautadas corresponde al Ministerio Público, el artículo 188 del Código Procesal Penal establece: "*Las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia del ministerio público, quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma"*. Conforme lo ha sostenido el propio Ministerio Público:

> *"La conservación bajo custodia implica "guardar con cuidado y vigilancia", según la acepción del verbo custodiar del Diccionario de la Real Academia Española. A su vez, conservar significa "mantener una cosa o cuidar su permanencia", tanto como "guardar con cuidado una cosa", acepciones 1 y 4, en este segundo caso del mismo diccionario"*[7].

7.- Análisis pericial: en caso de necesitarse un pronunciamiento que requiera el conocimiento de una determinada ciencia o arte respecto de la evidencia, esta deberá ser analizada por personal especializado a efectos de rendir un dictamen pericial que incluya el resultado del análisis practicado.

Conforme lo dispuesto en el artículo 315 del Código Procesal Penal, el primer aspecto que debe contener el informe pericial es *"La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare".* De esta forma, el informe debe dar cuenta del estado en que se encontraba la evidencia cuando se recibió para su estudio, así como también el estado del embalaje, de manera tal que se posibilite cualquier confrontación con lo descrito en los registros de la cadena de la prueba o con los testimonios de quienes tuvieron bajo su custodia la misma.

8.- Devolución o destrucción de las evidencias: las evidencias recibidas en el laboratorio de criminalística deben ser custodiadas de ser posible en similares condiciones a las que fueron recibidas, por reglas general no pueden ser destruidas o alteradas, pues existe la posibilidad de que sea requerido un nuevo peritaje sobre las mismas muestras ya analizadas, lo que se denomina análisis de contramuestra[8].

9.- Registro documental de las etapas: como se señaló, el formulario de cadena de custodia debe consignar cada una de las fases del levantamiento, traslado y custodia de la evidencia de manera de permitir la reconstrucción de la ubicación de la evidencia en cada uno de sus hitos o etapas.

---

[7] *Instructivo N° 44. Sobre los objetos y las evidencias del delito en relación al nuevo proceso penal,* en MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL (2001) *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N*os *26 a 50* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

[8] El propio artículo 188 del Código Procesal Penal señala: *"Los intervinientes tendrán acceso a esas especies, con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el ministerio público o, en su caso, por el juez de garantía. El ministerio público llevará un registro especial en el que conste la identificación de las personas que fueren autorizadas para reconocerlas o manipularlas, dejándose copia, en su caso, de la correspondiente autorización".*

Actualidad Juridica 29 final.indd 544 21-01-14 11:45

El artículo 187 del Código Procesal Penal señala:

> *"Los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso a que se refiere la letra c) del artículo 83, serán recogidos, identificados y conservados bajo sello. En todo caso, se levantará un registro de la diligencia, de acuerdo con las normas generales"*[9].

Resguardos especiales aplicables a la evidencia electrónica

Lo señalado a propósito de la cadena de custodia y sus etapas es aplicable íntegramente a la evidencia de carácter electrónico. Sin embargo, además de lo consignado, para este tipo de evidencia será necesario acreditar el cumplimiento de resguardos especiales que permitan asegurar la integridad e inalterabilidad del material obtenido.

En este sentido, una primera complejidad de este tipo de evidencia surge al delimitar el concepto del sitio del suceso. En estos casos podrían darse diferentes ubicaciones geográficas en las cuales sea posible levantar evidencias de carácter electrónico, pasando a ser parte de lo que se podría denominar "sitio del suceso informático". Por ejemplo, el lugar en el cual el delincuente utilizó un computador con el cual ejecuta el delito; el lugar donde se encuentra el computador que recibe un ataque cibernético que permite perpetrar una sustracción de dinero o valores; los sitios en los que un sujeto pueda alojar páginas web, dar el servicio de foros, tener un servicio de correo electrónico o en general donde puedan alojarse y compartirse archivos. Igualmente relevante resultan los proveedores de conexión a Internet para los delitos en que el medio utilizado es precisamente la red, por ejemplo la dirección IP de los clientes para determinar la identidad del imputado. Todo ello, independiente de otros lugares en los que se podrían encontrar dispositivos que pudiesen tener mantener información de relevancia.

En todos los sitios anteriormente nombrados se podrán encontrar distintos dispositivos electrónicos en los que pudiere haber evidencia, como cámaras digitales, discos duros, cintas magnéticas, tarjetas de memoria, CD, DVD, dispositivos USB (como *pendrives* o discos externos), o dispositivos de almacenamiento electrónico en general.

[9] La norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 221 del Código Procesal Penal: *"De toda diligencia de incautación se levantará inventario, conforme a las reglas generales. El encargado de la diligencia otorgará al imputado o a la persona que los hubiere tenido en su poder un recibo detallado de los objetos y documentos incautados. Los objetos y documentos incautados serán inventariados y sellados y se pondrán bajo custodia del ministerio público en los términos del artículo 188"*.

Actualidad Juridica 29 final.indd 545 21-01-14 11:45

Así, a efectos de acreditar los hechos constitutivos de un delito informático, es de importancia tanto el resguardo de los dispositivos que pueden ser levantados desde el sitio del suceso (*hardware*) como la información que se contiene en los mismos, correspondiente a archivos, imágenes, correos electrónicos, entre otros.

Aunque, como se señaló, nuestra normativa procesal penal no contempla reglas estrictas de conservación y tratamiento de la evidencia, la naturaleza de la evidencia electrónica y la volatilidad de la información que se encuentra almacenada en los distintos soportes exigen un especial cuidado de parte del personal experto encargado de su levantamiento, custodia y posterior análisis.

De esta forma, las distintas etapas de la cadena de custodia que ya han sido expuestas en esta ponencia, en el caso de evidencia electrónica presentan las siguientes particularidades[10]:

En lo que respecta al resguardo del sitio del suceso, el personal experto o de apoyo debe asegurar que todas las personas sean apartadas del área inmediata de la cual se obtendrán las evidencias. En efecto, cualquier actividad que sea efectuada sobre los equipos computacionales, incluso a distancia (ingresando, por ejemplo, al servidor de correo electrónico desde un teléfono con conexión a Internet) puede alterar la evidencia. Es igualmente importante que al arribar al sitio del suceso, el personal que toma contacto con la evidencia no encienda ni apague ningún equipo electrónico, así como tampoco moverlo, hasta la llegada de personal especializado, a menos que existan indicios de manipulación del sistema informático.

La inspección preliminar en este caso debe poner especial atención en identificar provisoriamente todos los dispositivos que pudiesen ser fuente de evidencia presentes en el sitio del suceso; entre ellos, se cuenta con el gabinete del computador, discos duros, CDs, DVDs, dispositivos USB, tarjetas de memoria, cámaras digitales, disquetes, entre otros.

A continuación, en lo que respecta a la fijación de la evidencia, el funcionario encargado debiera efectuar el procedimiento de etiquetado de los distintos

[10] Algunos de los protocolos o criterios de actuación en materia de levantamiento, custodia y análisis de evidencia informática cuyo contenido se resume en esta ponencia puede ser encontrado en: ACURIO DEL PINO, Santiago: *Manual de Manejo de Evidencias Digitales y Entornos Informáticos. Versión 2.0* [fecha de consulta 16 de septiembre de 2013] Disponible en: http://www.oas.org/juridico/english/cyb_pan_manual.pdf. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS: INSTITUTO NACIONAL DE JUSTICIA: *Examen forense digital: una guía para la aplicación de la ley (Forensic Examination of Digital evidence: A Guide Law Enforcement)* (2004) [fecha de consulta 16 de septiembre de 2013] Disponible en: https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/199408.pdf. GRANCE, Timothy; CHEVALIER, Susanne, et al: *Guía para la integración de técnicas forenses sobre el incidente de respuesta: Recomendaciones del Instituto Nacional de Estándares y Tecnología (Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology)* (2006) [fecha de consulta 14 de septiembre de 2013] Disponible en: http://www.nist.gov/customcf/get_pdf.cfm?pub_id=50875.

Actualidad Juridica 29 final.indd 546 21-01-14 11:45

dispositivos; así como también etiquetar las entradas a los dispositivos a los que estén conectados los cables, además de etiquetar estos últimos; dibujar las conexiones de los cables con las entradas a las que estén conectados, de manera de poder reconstruir la escena a futuro, tomar nota de la actividad registrada en el monitor antes de realizar cualquier acción, fotografiar o filmar la pantalla; identificar y recoger evidencia física que esté asociada a la electrónica, como manuales u otros documentos que contengan información de interés para la investigación: contraseñas, direcciones de correo electrónico u otras de relevancia.

Al momento de proceder a levantar la evidencia se deben registrar todas las acciones llevadas a cabo y cualquier cambio que se produzca en el monitor, computador, impresora o cualquier otro dispositivo, que haya sido resultado de estas acciones. La forma de proceder dependerá de si el monitor está encendido, apagado o en suspensión. En el primer caso es recomendable fotografiar la pantalla y registrar la información que se muestra en ella; si la pantalla está en modo de suspensión o se ve un protector de pantalla, se sugiere desplazar el mouse, a partir de lo cual la pantalla debería mostrar actividad o pedir una contraseña, momento en que se debe fotografiar la pantalla y registrar la información que se muestra en ella. Finalmente, si el monitor está apagado, se deberá registrar esta circunstancia, prender el monitor y determinar si existe actividad, procediendo del modo antes indicado.

Enseguida, y sin importar el estado de encendido del computador, desconectar el cable de energía de la salida del computador; o en caso de ser un computador portátil, remover la batería. Verificar si existe algún tipo de conectividad, como módem telefónico o mediante cable de red. En caso de conexión telefónica, tratar de identificar el número telefónico. Poner cinta en todos los conectores de entrada del gabinete y sobre la entrada del cable de energía. Registrar números de fabricación, de modelo y de serie. Fotografiar y dibujar las conexiones del computador y los correspondientes cables. Etiquetar todos los conectores y finales de cable para poder reconectar el equipo de forma exacta en alguna ocasión posterior. De similar forma, etiquetar los conectores de entrada sin usar como tales. Finalmente, confeccionar el correspondiente formulario de cadena de custodia.

Atendida la naturaleza de las especies, el almacenamiento de estas debe ser efectuado en envoltorios que protejan los medios magnéticos de la electricidad estática; se debe evitar doblar o rayar medios computacionales como disquetes o discos compactos.

Al momento del traslado deberá mantenerse la evidencia informática alejada de fuentes magnéticas. Radiotransmisores, parlantes magnéticos y asientos calientes son ejemplos de cosas que pueden dañar dicha evidencia. Tampoco

Actualidad Juridica 29 final.indd 547 21-01-14 11:45

debe exponérseles a condiciones de calor, frío o humedad extremos, ya que pueden dañar la evidencia informática, lo mismo que golpes o vibración excesiva producto, por ejemplo, de un traslado prolongado a bordo de un vehículo motorizado.

Posteriormente, y una vez resguardadas las especies en el lugar de almacenamiento, este debe mantener las mismas condiciones antes señaladas.

En forma previa al análisis pericial destinado a la obtención de información contenida en los soportes informáticos y a objeto de preservar la evidencia contra daños accidentales o intencionales, usualmente se realiza una copia o imagen "espejo" exacta del medio analizado. Estas copias duplicadas deben ser escritas en otro disco rígido o CD-ROM, debiendo documentarse todo el proceso de la generación de imágenes.

Existen herramientas técnicas que permiten acreditar la identidad de la evidencia con la copia obtenida sobre la cual se efectuará el análisis pericial, mediante la generación de códigos alfanuméricos que surgen al momento de generarse los clones de la información contenida en algún dispositivo de almacenamiento resguardando de esta forma la integridad de los datos.

El uso de esta copia para efectos del análisis pericial no solo resguarda la integridad de la evidencia, sino que también permite mantener un respaldo para reconstruir una nueva copia si fuese necesario.

Finalmente, y en relación al registro documental, la información de la documentación y reportes debe completarse durante todo el proceso de levantamiento de las evidencias informáticas, de modo tal que las notas sean lo suficientemente detalladas para permitir una réplica exacta de las acciones adoptadas, documentando de igual manera cualquier irregularidad y toda acción tomada con respecto a aquellas irregularidades por parte del personal examinador de manera de adelantar posibles objeciones al tratamiento que se ha dado a la evidencia. Estos registros serán el respaldo con que contará el personal experto al momento de exponer su trabajo en el juicio oral y explicar las operaciones realizadas para capturar la información contenida en la evidencia.

Efectos de un eventual incumplimiento de los protocolos y recomendaciones en el manejo de la evidencia informática.

Las recomendaciones y "buenas prácticas" que diversos instrumentos señalan para el adecuado resguardo de la evidencia contenida en soportes informáticos no son vinculantes para los organismos técnicos encargados de la práctica de

Actualidad Juridica 29 final.indd 548 21-01-14 11:45

estas diligencias[11]; es decir, no hay una obligación legal para proceder de una determinada manera en el manejo de esta evidencia, y consecuentemente no hay tampoco una sanción expresa al incumplimiento de los protocolos antes mencionados.

Desde ya, es posible descartar que el incumplimiento de estos protocolos derive en una exclusión probatoria de la evidencia en la audiencia preparatoria del juicio oral. En efecto, conforme dispone el artículo 276 del Código Procesal Penal, las causales de exclusión probatoria son la impertinencia, la sobreabundancia y la vulneración de garantías constitucionales[12], ninguna de las cuales se configuraría por el incumplimiento a las recomendaciones sobre el resguardo de esta evidencia.

Los problemas en el adecuado manejo de la evidencia, y consecuentemente el tratamiento de la cadena de custodia, afectan el valor probatorio de la especie presentada a juicio, y como tal las objeciones a las medidas de custodia y conservación serán materia del debate de fondo en el juicio oral para deslegitimar la autenticidad o integridad de la especie presentada en el proceso.

La jurisprudencia del proceso penal ha fallado en este sentido descartando la exclusión por inobservancia de garantías a propósito de un inadecuado manejo de la cadena de custodia, permitiendo incluso suplir, mediante distintos medios, la cadena de custodia original[13].

---

[11] Las propias guías se encargan de señalar en forma expresa el carácter de recomendaciones de sus contenidos sujetos a las prácticas y disposiciones de cada ordenamiento: *Debido a que diferentes organizaciones están sujetas a diferentes leyes y reglamentos, esta publicación no debe ser utilizada como una guía para la ejecución de una investigación forense digital, interpretarse como asesoramiento legal, o ser utilizada como la base para las investigaciones de la actividad criminal. En cambio, las organizaciones deberían utilizar esta guía como punto de partida para el desarrollo de una capacidad forense en relación con una amplia orientación proporcionada por los asesores legales, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y la gestión* ("*Because different organizations are subject to different laws and regulations, this publication should not be used as a guide to executing a digital forensic investigation, construed as legal advic, or used as the basis for investigations of criminal activity. Instead, organizations should use this guide as a starting point for developing a forensic capability in conjunction with extensive guidance provided by legal advisors, law enforcement officials, and management").* GRANCE y CHEVALIER (2010) p. 7.

[12] Artículo 276 Código Procesal Penal.- Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.

[13] Así, por ejemplo, a propósito de un recurso de apelación formulado por el Ministerio Público contra la decisión del Juez de Garantía de excluir evidencia por infracción de garantías constitucionales atendido

Actualidad Juridica 29 final.indd 549 21-01-14 11:45

En nuestro ordenamiento, como se señaló, la custodia y conservación de los objetos y documentos recogidos en el sitio del suceso pertenece al Ministerio Público, y es precisamente el ente persecutor el principal promotor de un adecuado manejo que permita presentar el caso sin que la evidencia sea objetada por falta de autenticidad respecto de aquella obtenida en el lugar de los hechos. Es el propio acusador quien debe formar convicción en el sentenciador "*más allá de toda duda razonable*"[14], de su teoría del caso, y por tanto cualquier manejo indebido puede imponer reparos que menoscaben la credibilidad de la evidencia presentada en juicio[15].

En efecto, el tratamiento inapropiado de la evidencia permitirá que la defensa articule en el Tribunal una duda razonable sobre los resguardos utilizados por la Fiscalía sobre objetos y documentos que son presentados en juicio, de manera de impedir una decisión de condena que esté construida sobre una base precaria bajo una investigación negligente[16].

Conclusiones

1. Los archivos digitales, correos electrónicos y los soportes que los contienen constituyen antecedentes probatorios de relevancia no solo para los delitos informáticos consistentes en atentados a un sistema de información, sino también a una multiplicidad de delitos tradicionales en los cuales el medio de comisión sea realizado por un dispositivo electrónico, o que este contenga antecedentes de relevancia para el esclarecimiento de los hechos.

2. La evidencia electrónica comparte las exigencias del cumplimiento de protocolos de actuación a efectos de su levantamiento, traslado, custodia y análisis con los demás objetos y documentos relevantes para la investigación, que se traducen en el resguardo de la cadena de custodia. Sin embargo, atendida su naturaleza, se han elaborado protocolos adicionales que se

el quebrantamiento de la cadena de custodia, se resolvió: "*Que al momento de alegarse la afectación a la cadena de custodia o el vicio de la prueba, ello se realiza ante la incertidumbre que pudiera generar el tiempo que demoró en remitirse al organismo fiscal correspondiente,* ***situación que corresponde ser analizada en cuanto a su contenido, como también grado de pureza a los jueces del fondo, no afectando de esta manera la sustancia misma, toda vez que lo anterior no tiene su origen en diligencias que han sido declaradas nulas, como tampoco que se hayan obtenido con inobservancia de garantías fundamentales****, lo que se ve reforzado con la diligencia realizada por la Policía y el acta de incautación que se levantó, de manera que no corresponde excluir dicha prueba por la Juez de Garantía.*

Si la Policía se retrasó en el cumplimiento de una obligación, ello no constituye vulneración de garantía s, sino más bien podrá constituir alguna infracción de carácter administrativo, pero no una causal de exclusión de prueba". Corte de Apelaciones de Antofagasta (2010) Rol 369-2010, 30 de noviembre de 2010, considerando sexto, [fecha de consulta 31 de agosto de 2013] Disponible en: www.poderjudicial.cl. Énfasis agregado.

[14] Artículo 341 Código Procesal Penal.

[15] En el sentido propuesto: HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián (2002): *Derecho Procesal Penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

[16] Sobre el estándar de convicción y duda razonable: DUCE JULIO, Mauricio; RIEGO RAMIREZ, Cristián (2007): *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Actualidad Juridica 29 final.indd 550 21-01-14 11:45

sugiere respetar a efectos de mantener la integridad e inalterabilidad de la información contenida en soportes informáticos.

3. Estos protocolos no son reglas legales, sino recomendaciones forenses para un adecuado tratamiento de la evidencia digital. Su cumplimiento permite al sentenciador apreciar su valor probatorio exento de los cuestionamientos que podrían surgir por un incorrecto manejo forense de los soportes digitales y su contenido, afectando la credibilidad de la prueba y la ponderación que en la sentencia harán los jueces sobre la evidencia rendida.

Bibliografía

1.- ACURIO DEL PINO, Santiago: *Manual de Manejo de Evidencias Digitales y Entornos Informáticos*. Versión 2.0 [fecha de consulta 16 de septiembre de 2013] Disponible en: http://www.oas.org/juridico/english/cyb_pan_manual.pdf.

2.- DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS: INSTITUTO NACIONAL DE JUSTICIA: Examen forense digital: una guía para la aplicación de la ley (Forensic Examination of Digital evidence: A Guide Law Enforcement) (2004) [fecha de consulta 16 de septiembre de 2013] Disponible en: https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/199408.pdf.

3.- DUCE JULIO, Mauricio; RIEGO RAMIREZ, Cristián (2007): *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

4.- GRANCE, Timothy; CHEVALIER, Susanne, et al: *Guía para la integración de técnicas forenses sobre el incidente de respuesta: Recomendaciones del Instituto Nacional de Estándares y Tecnología* (Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology) (2006) [fecha de consulta 14 de septiembre de 2013] Disponible en: http://www.nist.gov/customcf/get_pdf.cfm?pub_id=50875.

5.- HERRERA BRAVO, Rodolfo (1998): "Reflexiones sobre los delitos informáticos motivadas por los desaciertos de la ley chilena Nº 19.223", en *REDI Revista Electrónica de Derecho Informático*, N° 5, [fecha de consulta 13 de septiembre de 2013] Disponible en: http://vlex.com/vid/informaticos-motivadas-desaciertos-chilena-223-107005.

6. HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián (2002): *Derecho Procesal Penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

7.- Instructivo N° 19. Respecto de las funciones de la policía previstas en los artículos 83 y 90 del Código Procesal Penal, en MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL (2001) Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N°s 1 a 25 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

8.- Instructivo N° 44. Sobre los objetos y las evidencias del delito en relación al nuevo proceso penal, en MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL (2001) Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N°s 26 a 50 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

9.- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (1998): *Proceso penal comentado* (San José, UCI).

Actualidad Juridica 29 final.indd 551 21-01-14 11:45

Normas

1.- Ley N° 19.223, Tipifica figuras penales relativas a la informática, Diario Oficial, 07 de Junio de 1993.

2.- Ley N° 19.696, Establece Código Procesal Penal, Diario Oficial, 12 de octubre de 2000.

Jurisprudencia

1.- Corte Suprema (2010): Rol 3657-10, 23 de agosto de 2010, considerando sexto, [fecha de consulta 31 de agosto de 2013] Disponible en: www.poderjudicial.cl.

2.- Corte de Apelaciones de Antofagasta (2010) Rol 369-2010, 30 de noviembre de 2010, considerando sexto, [fecha de consulta 31 de agosto de 2013] Disponible en: www.poderjudicial.cl.

Actualidad Juridica 29 final.indd 552 21-01-14 11:45

Delitos Informáticos y la Ley 19.223

Camila Paz Espinoza Correa
Estudiante de derecho
Universidad San Sebastián

Profesor patrocinante: Guillermo Silva

Resumen: En el presente trabajo se examinan los delitos informáticos en su materia conceptual y ejecutiva para luego adentrarse en un estudio que esbozo sobre el análisis de la Ley 19.223, que tipifica los delitos informáticos en Chile, donde se detallarán sus falencias y propondrán posibles soluciones o ideas para su modificación o derogación con miras a la creación de una nueva ley que realmente sirva en razón de la realidad virtual en la cual estamos inmersos hoy en día.

*****

I. Introducción

En la actualidad el uso de las redes sociales, sistemas, herramientas y plataformas computacionales en línea o electrónicos se ha hecho cada vez más recurrente, por el avance y difusión que ha tenido Internet desde la década de los 70 en su nacimiento hasta la fecha, ya completamente globalizado, accesible a todos y en todo lugar.

Hoy se vuelve indispensable esta herramienta para la difusión de conocimientos, comunicación, investigación o incluso para resguardar información relevante. Lo que conllevó su difusión masiva extremadamente rápida y, que implicó, en consecuencia, la infracción de derechos de las personas, tales como la infracción a la intimidad de nuestros datos personales, el nacimiento de la criminalidad informática y la infracción a la propiedad intelectual entre otros.

Dada la importancia y efectos que ha tenido el mundo electrónico o telemático, en el presente escrito expondré qué son los delitos informáticos, las formas de comisión y sus implicancias y, luego de ello, denotaré un análisis que efectué de la Ley 19.223 que tipifica los delitos informáticos en nuestro país, expondré acerca de los tipos de delitos que contempla, sus elementos y características, y posterior a ello, las respectivas críticas que formulo sobre la base del presente análisis y en razón de su materialización en casos concretos, de manera que terminaré planteando propuestas de mejoras o quizás, para la visión de algunos, derechamente su modificación.

Actualidad Juridica 29 final.indd 553 21-01-14 11:45

II. Delitos informáticos o cibercrímenes

Antes de comenzar cualquier tipo de análisis de delitos telemáticos, debemos tener claro de qué estamos hablando, por ende, comenzaré por esbozar el concepto de delito informático de Jijena Leiva, que me parece que es el más completo e ilustrativo. Así entendemos por delito informático "aquella conducta típica, antijurídica, con intención dolosa o por negligencia, cometida contra el soporte lógico de un sistema informático o de tratamiento automatizado de información, generalmente mediante elementos computacionales." [1]

De este modo, el contenido del delito se puede configurar de la siguiente forma:

1) La conducta humana: este elemento esencial de un delito se expresa en el tipo delictivo a través del verbo rector, el cual puede desarrollarse como una actuación positiva (acción) o como inactividad (omisión).

   En el caso de los delitos informáticos, el sujeto activo o hechor del delito lo cometería cuando destruya, inutilice, use indebidamente, revele, difunda, modifique, altere, suprima, desestabilice, interfiera o aproveche la información contenida en un sistema de tratamiento automatizado de la misma o al mismo sistema en sí, sin el consentimiento de la persona natural o jurídica perjudicada.

2) El sujeto activo: nos referimos a la persona que ejecuta el delito. En general, no existen exigencias especiales en relación con el sujeto activo. De esta manera, puede ser hechor de esta conducta delictual cualquier persona, indiferente de su condición.

3) El sujeto pasivo: es la persona natural o jurídica que se ve afectada directamente con la conducta delictiva por ser el titular del bien jurídico que se pretende tutelar.

4) El objeto jurídico: es el bien jurídico que se pretende proteger.

5) En el caso de los delitos telemáticos, los bienes jurídicos comúnmente afectados son la intimidad o privacidad de datos personales, la honra, el patrimonio, la fe pública, etc.

6) El bien jurídico afectado dependerá de la naturaleza de la información interceptada, modificada, suprimida, etc., para constatar qué bien jurídico se transgredió.

[1] Jijena Leiva, Renato, *Delito, Pena y Proceso: Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. P. 148

Actualidad Juridica 29 final.indd 554 21-01-14 11:45

7) Los autores C. Magliona y M. López postulan que los delitos informáticos tienen el carácter de pluriofensivos o complejos, es decir, *se caracterizan porque simultáneamente protegen varios intereses jurídicos, sin perjuicio de que uno de tales bienes está independientemente tutelado por otro tipo"*[2].

8) Objeto "material": es referido a la cosa o persona sobre la cual recae la conducta delictiva, en el ámbito de delitos informáticos ya dejamos de hablar o comprender el objeto material en su sentido concreto o literal, aquí hablamos más bien de un objeto inmaterial, ya que el objeto es intangible, electrónico, es un soporte lógico de datos y programas. No son bienes u objetos apropiables físicamente, sino son tan solo impulsos electromagnéticos.

9) Medio de ejecución: este tipo delictual se ejecuta a través de un soporte lógico, informático, telemático o, si se quiere, sistema computacional.

Luego de definir y enmarcar claramente qué entendemos y comprendemos por delitos informáticos, expondré cómo se puede ejecutar o llevar a cabo este tipo de delitos, es decir, cuáles son sus modalidades o formas de cometerlo. De esta manera recogeré algunas formas de comisión de delito telemático de la clasificación de los mismos que realiza el señor Acurio del Pino[3], así, los delitos informáticos pueden ser:

1) De fraude: Son aquellos delitos cometidos para alterar o manipular tanto los datos como los programas de un sistema computacional, dentro de ellos se encuentra:

   a) *Data diddling*: Es la introducción de datos falsos o manipulación de datos del sistema lógico. El caso más común de este tipo es la de producir o manipular datos de entrada de un computador para que genere movimientos falsos, cambie, modifique o altere las transacciones de una empresa.

   b) *Trojan horses* o caballos de Troya: Es la modificación de programas existentes en el sistema computacional o insertar programas nuevos. Esta forma de manipulación de programas lo que hace es insertar instrucciones encubiertas en un programa telemático para que realice una función no autorizada al mismo tiempo que está funcionando normalmente el sistema de tratamiento automatizado de datos.

[2] Reyes Echandía, Alfonso, *La Tipicidad*, Universidad de Externado de Colombia, 1981.
[3] ACURIO DEL PINO, Santiago (2011): *Delitos informáticos: Generalidades* [consultado el 18 de agosto de 2013], Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf

Actualidad Juridica 29 final.indd 555 21-01-14 11:45

c) *Rounching down*: En este modus operandi el interesado lo que hace es sacar o retirar datos o información reiteradamente en transacciones financieras de una cuenta determinada, de manera que el programa manda la instrucción de remitir dinero de esa cuenta a otras cuentas corrientes.

d) Falsificaciones informáticas: Procede cuando se alteran datos del sistema de tratamiento automatizado de información ya almacenados. Esta forma de comisión se da cuando las fotocopiadoras de alta resolución reproducen un documento original y luego lo alteran, creando documentos falsos sin tener que recurrir al original.

e) Manipulación de los datos de salida: Consiste en codificar información electrónica falsificada. Este modo suele referirse en la falsificación de instrucciones que se le hacen a los cajeros automáticos.

f) *Phishing*: Esta forma de delito tiene como objetivo robar la identidad al sujeto pasivo, y ello lo logra mediante la recopilación de datos como las contraseñas, información de sus cuentas y datos personales en general, todo mediante engaño. Este tipo de engaño se realiza generalmente a través de correos electrónicos o ventanas emergentes.

2) De sabotaje informático: es la acción de borrar, suprimir o modificar sin autorización los datos de un sistema lógico informático con la intención de obstaculizar o inutilizar el funcionamiento normal del mismo. Se puede cometer de las siguientes maneras:

a) *Logic bombs* o bombas lógicas: Es la programación de la destrucción o modificación de datos en un momento del futuro.

b) Gusanos: Es una infiltración en programas de procesamiento de datos con el objetivo de modificar o destruir aquellos datos legítimos. Se diferencia del virus porque éste no puede regenerarse.

c) Virus informáticos y *malware*: Los virus informáticos son elementos informáticos que se reproducen y se extienden dentro del sistema informático a que acceden.

Los *malware* usan la misma técnica y lo que hacen es desactivar los controles informáticos del computador y comienzan a propagar códigos maliciosos.

d) "Ciberterrorismo": Es el acto telemático que tiene por fin desestabilizar un país o aplicar presión a un gobierno determinado utilizando cualquier forma ya descrita de delito informático.

Actualidad Juridica 29 final.indd 556 21-01-14 11:45

e) Ataques de denegación de servicio: Aquí lo que hacen es utilizar la mayor cantidad de recursos del sistema lógico para que nadie más pueda usar el sistema.

3) De espionaje informático: Es la obtención ilícita, dolosa y sin autorización de datos o información relevante y de programas o software computacionales.

a) *Data leakage*: también llamada fuga de datos, es la divulgación no autorizada de los datos confidenciales de una empresa realizada por un *hacker*.

b) Copia ilegal o hurto de programas o software: este es un delito sancionado en la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual.

4) *Piggybacking and impersonation*: En esta forma de operar hay un concurso de delitos: el delito de suplantación de personas o nombres y el delito de espionaje informático. Aquí el delincuente utiliza la suplantación de personas para cometer otro delito informático. También es llamado parasitismo informático y suplantación de personalidad.

5) De acceso no autorizado a servicios informáticos:

a) *Trap doors*: Consiste en introducir interrupciones en la lógica de los programas con el fin de ir comprobando, en un proceso complejo, las operaciones o resultados intermedios y producir salidas de control o guardar esta codificación. Se le llama también puertas falsas.

b) *Superzapping*: Es un programa que tiene por fin la alteración, copia, utilización o eliminación de los archivos del computador, aunque éste esté protegido. Algunos lo conocen por el nombre de la llave maestra.

c) *Wiretapping*: La interferencia de líneas o *wiretapping* es, como dice su nombre, la interferencia de las líneas telefónicas de transmisión de datos con el objeto de extraer la información que viaja por éstas, esto se puede hacer por medio de un radio, módem o impresora.

d) Delitos de *hackers* en general: Son las personas que aprovechan la falta de rigor de las medidas de seguridad de las páginas web o plataformas digitales para obtener acceso a las mismas: Son aquellas personas que lo hacen desde un lugar externo al propio entorno telemático de la persona natural o jurídica afectada.

Cuando estos actos ilícitos tienen por fin destruir, eliminar o inutilizar el sistema de tratamiento automatizado de datos o la información contenida en sí, es cuando hablamos propiamente de delitos digitales de *cracking*.

Actualidad Juridica 29 final.indd 557 21-01-14 11:45

En suma, en estricto rigor, los delitos informáticos no son más que formas nuevas de cometer fraude o estafa en un sentido amplio, es decir, dentro del marco de los delitos telemáticos, la diferencia conceptual de la noción tradicional de fraude que conocemos es que en este contexto los delitos informáticos no se restringen o limitan al ánimo de lucro con una connotación pecuniaria o contra el patrimonio de otro, sino que va más allá, hay variedad de bienes jurídicos que pueden ser afectados, no sólo el patrimonio de una persona, sino la privacidad de sus datos personales, la honra, etcétera. Sin duda que no es posible aplicar el delito de fraude tradicional "a secas", porque aquí no existe un engaño directo a una persona habiéndola inducido a error, lo que ocurre, en cambio, es que se engaña al sistema lógico de tratamiento de datos. Y no por eso vamos a entender que el objeto material de la criminalidad informática es el *hardware* o computador físico en sí, el objeto material evidentemente es el soporte lógico o sistema informático.

III. Delitos informáticos en Chile

Para comenzar el análisis de la Ley 19.223 debemos conocer qué describe esta ley. De esta manera prescribe:

> "***Artículo 1°****.- El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.*
>
> *Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo.*
>
> ***Artículo 2°.-*** *El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer, indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio.*
>
> ***Artículo 3°.-*** *El que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, será castigado con presidio menor en su grado medio.*
>
> ***Artículo 4°****.- El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.*
>
> *Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado."*

De esta manera, la Ley 19.223 tipifica en Chile los delitos informáticos contemplando dos tipos de delitos telemáticos, que son el sabotaje informático y

Actualidad Juridica 29 final.indd 558 21-01-14 11:45

el espionaje informático. El primero contemplado en los artículos 1º y 3º de la presente ley y el segundo integrado en los artículos 2º y 4º de la misma.

Ya analizamos cada uno de esos tipos penales, pero no está de más centrarlos en una idea respectivamente para contemplar sus correspondientes críticas, así:

El sabotaje informático, contemplado en los artículos primero y tercero de la respectiva ley, comprende conductas típicas y antijurídicas en razón del objeto que se afecta o atenta con la acción típica y, puede ser un sistema de tratamiento de información, sus partes o componentes o los datos contenidos en el mismo sistema. Se puede cometer a través de su destrucción, inutilización, obstaculización, modificación o daño.

Si analizamos separadamente el tipo delictual del artículo primero con el del artículo tercero, nos daremos cuenta de lo siguiente: el artículo 1º de la Ley lo que hace es regular como objeto material del delito al *hardware* o soporte físico del sistema telemático, es decir, contempla como delito la destrucción o inutilización de un "sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes…", aquí cabe todo tipo de sistema de tratamiento de información al no explicitarse que debe ser un sistema de tratamiento de información automatizado, en consecuencia, si yo lanzo un celular contra la pared y éste se destruye, tal conducta recaería en este tipo penal. Junto con ello, si uno coteja esta norma descrita tal cual está con la historia de la ley y sus discusiones en sala en las respectivas Cámaras, se declara que la supresión de la expresión "automatizado", que se tenía en cuenta en el proyecto original, de todos los tipos penales de la ley se hizo porque los señores parlamentarios pensaron que si ampliaban los tipos penales no dejarían afuera otros tipos penales que eventualmente pudiesen surgir gracias al avance veloz de la tecnología en nuestra era, empero dejaron tan amplia la tipificación de aquellos, que lo hicieron extensivo a todos los sistemas de tratamiento de información independiente de su naturaleza, por ende, podríamos pensar que se pueden circunscribir en ella los sistemas de tratamiento de información mecánicos, electrónicos, informáticos y manuales.

En el inciso segundo del mismo artículo primero habla de las consecuencias de la conducta descrita en el inciso primero, pero lo deja igualmente amplio, ya que se remite a lo descrito precedentemente, por lo tanto, tampoco hace diferenciación entre la naturaleza de los datos afectados, y realmente ¿son todos los datos importantes o relevantes para ser dignos de ser protegidos bajo una ley penal? ¿No habría que hacer esta distinción entre los datos que son relevantes para la persona afectada producto de la conducta descrita en el tipo?

Luego en el artículo tercero describe que será penado todo aquel que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de trata-

Actualidad Juridica 29 final.indd 559 21-01-14 11:45

miento de información: de nuevo planteo ¿todo tipo de datos? ¿Es entonces la destrucción de cualquier soporte lógico lo relevante?

En los artículos 2º y 4º de la ley se estipula la penalización del espionaje informático, es decir, contempla delitos informáticos que deben ser con "apoderamiento indebido de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma" y, en el número 4º "el que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos (…)"

El artículo segundo no distingue tampoco qué tipo de información es la que tiene que ser objeto de uso o conocimiento "indebido", por lo que se puede desprender que puede ser cualquier tipo de información: relevante o insignificante. Y junto con ello, ¿existe el conocimiento indebido? ¿No nos estaremos refiriendo en realidad simplemente a la intercepción y uso de los datos en cuestión, vale decir, intercepción y uso indebido de datos?

En el inciso primero del precepto cuarto se sanciona al que "maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema (…)", también es un tipo penal muy amplio: no se especifica qué tipo de datos son objeto de revelación o difusión. Seguido a ello, ¿cuál es la diferencia entre revelar y difundir? ¿Implica que revelo la información a terceros solamente o que sólo la uso en beneficio propio? Luego en el inciso segundo se refiere al responsable del sistema, quien tendrá una pena mayor por incurrir en el tipo y, frente a ello: ¿qué entendemos por responsable del sistema? ¿Todos los que trabajan en un sistema se entienden responsables del mismo?

En fin, todas estas críticas planteadas no son antojadizas, nacen en razón de la poca reflexión sobre el tema y de la desinformación técnica del mismo, ya que si uno ahonda en la historia legislativa de la presente norma, más se da uno cuenta de que "el legislador" no entendió qué estaba legislando. Así se puede constatar en la historia legislativa con las siguientes afirmaciones:

1. *La idea matriz o fundamental del proyecto es proteger la calidad, pureza e idoneidad de la información en cuanto tal (…)*[4]: ¿Estamos hablando de un bien jurídico nuevo? ¿El bien jurídico protegido es la calidad, pureza e idoneidad de la información? ¿No será que son bienes jurídicos ya conocidos por todos, como la protección de los datos personales, intimidad, honor, propiedad, etc.?

2: Tres artículos de cuatro que conforman la ley exigen en su concurrencia que el hecho haya sido causado con malicia; así se exige un dolo específico,

[4] Historia legislativa, Página 8

Actualidad Juridica 29 final.indd 560 21-01-14 11:45

una voluntad de ejecutar un hecho típico por parte del ciberdelincuente, teniendo éste el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y de la ilicitud de la acción ejecutada. Lo que hacen estos preceptos entonces es doblar la carga de la prueba y exigirle a la víctima del delito que pruebe que el hechor obró maliciosamente. Esto provoca, en consecuencia, que los tipos penales contemplados resultarían inaplicables a la mayoría de las situaciones. Recordemos por lo demás que nuestra legislación penal subentiende el dolo eventual si nada describe el tipo. Y junto a ello, ¿tendríamos que pensar que los delitos informáticos no pueden ser causados por negligencia?

3. La Ley 19.223 no contempla la mayoría de las figuras informáticas delictivas que se cometen, no se tipifica entre ellas el *hacking* ni el fraude informático que como ya vimos contienen diversas formas de efectuarlos.

4. Además, según un estudio publicado en el Manual de las Naciones Unidas para la prevención y control de delitos informáticos[5], en promedio, el noventa por ciento de los delitos telemáticos son ejecutados por empleados de la propia empresa afectada, los denominados *Insiders*[6]. Y en este sentido, ¿tendrá que tener este sujeto activo una pena más alta por haber una agravante de responsabilidad como el abuso de confianza? No se contempla tampoco este tipo situaciones en la ley.

IV. Casos

Existen en Chile dos casos emblemáticos a la fecha en relación con el tema analizado, éstos son: causa Rol N° 3951-12 Vargas contra Valenzuela C. y Campos B. y la causa Rol N° 4245-08 Sky Chile CPA contra Merino M. Relataré brevemente sólo el primero de ellos, ya que es símbolo de la mala interpretación de la Ley 19.223 por parte de algunos abogados.

En el caso los hechos fueron los siguientes: "un oficial del grado de capitán le pidió a otro capitán que le facilitase un *pendrive* para obtener unos antecedentes. Obtenido el *pendrive,* fue hasta su oficina y sin autorización accedió al computador personal de la subteniente Vargas, que ocupaba un escritorio al lado del suyo, pero que en ese momento no estaba en el lugar. Una vez que ingresó, accedió a un archivo oculto y copió en el *pendrive* unas fotografías íntimas de la mencionada subteniente. Acto seguido se reunió con el oficial

[5] *Revista Internacional de Política Criminal* Nos. 43 y 44, Manual de las Naciones Unidas sobre Prevención y control de delitos informáticos, 1994.
[6] Los *insiders* se contraponen a los *outsiders,* que cometen el delito informático desde una actividad externa.

Actualidad Juridica 29 final.indd 561 21-01-14 11:45

que le había prestado el *pendrive*, y junto a otros tres oficiales fueron hasta la oficina de otro capitán en donde vieron las fotografías en su computador. Posteriormente el dueño del *pendrive*, también capitán, en su domicilio particular accedió al mismo dispositivo en su computador y abrió un archivo oculto que tenía por nombre "porno" y vio otras fotografías de la subteniente en las cuales mantenía relaciones sexuales con su novio"[7]. Los capitanes, condenados por sentencia de dos de mayo de dos mil doce, dedujeron un recurso de casación en el fondo fundado en las causales 3ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por aplicación errónea de la ley penal, porque la sentencia califica como delito un hecho que la ley penal no considera como tal y por haberse violado las leyes reguladoras de la prueba, influyendo substancialmente en lo dispositivo de la sentencia. Es en este momento, con la defensa de los abogados, en donde nosotros vemos concretamente a qué nos referimos cuando se crea una ley que puede dar diversas interpretaciones erróneas y con justificación. Los abogados dieron, entre otros, los siguientes argumentos: (1) hay una causal de atipicidad en el hecho, ya que el sentido final de la ley es sancionar el espionaje y el sabotaje informático y revelar o difundir se ha entendido como la emisión de datos o de información por medios al alcance de un número importante e indeterminado de personas y en el caso se trata de unas fotos personales que fueron conocidas por un número reducido de personas, de manera que no se cumple el requisito de publicidad; (2) falta el objeto material del delito, es decir, los datos contenidos en un sistema de información, porque aquí hablamos de un *pendrive* y esto es sólo un dispositivo portátil; (3) no hay antijuridicidad material por falta de afectación del bien jurídico, ya que no se puso en peligro el bien jurídico que señala la ley, que es la calidad, pureza e idoneidad de la información, y (4) las conductas efectuadas por los defendidos no tenían por finalidad afectar el sistema de tratamiento de datos contenidos en el equipo computacional de la ofendida, por ende, no pueden ser encuadradas en el tipo invocado.

De esta manera, los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema tuvieron que replantear el poco análisis que hizo el legislador plasmado en las actas de su historia y adquiridas por estos abogados, así, establecen en esta resolución ideas claras y correctas de qué era lo que se estaba protegiendo, de que el bien jurídico era la protección de los datos sensibles e íntimos y que la conducta ilícita no había sido sólo la afectación al sistema de tratamiento de información, sino a la difusión de la información obtenida ilícitamente. De forma tal que el presente recurso fue rechazado.

[7] Resolución emitida por la Segunda Sala de la Corte Suprema el 20/03/2013 rechazando el recurso de casación en el fondo deducido por los condenados S.C.B. y S.V.C. Considerando cuarto.

Actualidad Juridica 29 final.indd 562 21-01-14 11:45

V. Conclusiones o palabras finales

En suma, a pesar de la legislación de delitos informáticos contemplada en dispersas leyes como son la Ley 19.927 de Pornografía infantil[8], la Ley 17.336 de Propiedad intelectual, Ley 20.009 en cuanto clonación de tarjetas de crédito y la presente ley cuestionada número 19.223, es indiscutible que estamos lejos de proteger a las víctimas de estos delitos por notorias inexactitudes e insolvencias de la legislación chilena en la materia.

Para superar estas deficiencias legislativas es necesario que nuestro legislador al momento de elaborar y discutir proyectos de ley se inmiscuya en el tema con mayor profundidad y se capacite en el mismo objeto de discusión con técnicos especialistas para no incurrir en faltas graves, como es el caso de proteger, por ejemplo, el propio *hardware*, que a mi juicio sería un "compucidio", cosa totalmente absurda. Empero lo anterior, en el presente caso hay que reconocer que el proyecto original ingresado por la comisión a discusión fue mucho más apropiado que la ley aprobada y las precisiones que hizo el Ejecutivo también fueron bastante acertadas, pero, a pesar de ello, los parlamentarios al ser ignorantes en el tema y no querer incurrir, a propósito, en lagunas legales dejando afuera casos, que según ellos, no contemplarían por el veloz avance que tiene la tecnología, lo modificaron a su criterio y como consecuencia fue precisamente lo que provocaron…una ley que se torna muchas veces letra muerta por no poder ser aplicable.

Junto con lo anterior, en leyes que impliquen materias más técnicas, se debiera también capacitar a los jueces y a los fiscales con el objeto de otorgarle el verdadero sentido la ley y lograr el propósito o fin esperado: hacer justicia y proteger los bienes jurídicos transgredidos.

Empero, al ya tener una ley sobre delitos informáticos, lo que nos queda es poner atención en la laguna legislativa que deja y, en conjunto, darles consideración a las Convenciones que se han acordado a nivel mundial, como el Convenio sobre la Ciberdelincuencia[9], que cuenta con el apoyo de diferentes organizaciones internacionales, donde Chile no se ha adherido aún.

Teniendo en cuenta lo ya expresado, podemos afirmar que la ley no fija límites claros en su tipificación delictual y, como consecuencia, se torna ambigua y muchas veces, como ya afirmé, hasta inaplicable por no poder lograr encuadrarla en las situaciones que se presentan en la realidad cuando se han vulnerado bienes

[8] Específicamente en cuanto a su regulación telemática: art. 374 ter.

[9] Convenio sobre la Ciberdelincuencia, realizado en Budapest, 23.XI.2001. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_spanish.PDF

Actualidad Juridica 29 final.indd 563 21-01-14 11:45

jurídicos importante en las personas, desde organizaciones gubernamentales, empresas o persona natural.

Los cuestionamientos no dejan de surgir si seguimos cotejando la normativa con la realidad digital, ya que si vamos más allá del acto realizado y nos centramos en el autor del hecho, podemos visualizar que muchas de las veces son grupos delictivos organizados o bien es un autor intelectual distinto del que ejecuta el delito informático el que induce a otro sujeto para que lo cometa; y este caso, nuevamente, no se encontraría dentro de los tipos delictuales descritos en la norma vigente.

Además de todo lo mencionado en materia legislativa, también hay un déficit en la dedicación que se hace a nivel gubernamental del tema ya que sólo US $200 millones se destinan en Chile para la seguridad informática versus US $60 mil millones que gastan promedio en Norte América y Europa[10]. Ello porque tienen plena conciencia de que las consecuencias son millonarias y catastróficas por los daños que estos delitos pueden causar tanto a las personas naturales y jurídicas como al propio gobierno, conciencia que en Chile aún no se crea.

Creo necesario decir que en el presente estudio no me adentré en los castigos o penas que se le imponen al autor del delito informático, porque recaería en un círculo vicioso, al no estar bien delimitado el tipo, la pena tampoco lo está debido a que ésta tiene que estar relacionada directamente con la acción u omisión cometida, ya que varía su sanción en razón de la ejecución del hecho en sí, de las circunstancias que rodean el hecho, de los involucrados en el mismo, si hubo o no concurso de delincuentes, si hubo o no instigación, si existe o no relación entre el hechor y la persona natural o jurídica afectada, etcétera, toda pena contemplada debería depender de los aspectos que rodean al tipo y su gravedad debería incidir en los aspectos antes descritos.

Bibliografía

Ley 19.223. Tipifica figuras penales relativas a la informática, Diario Oficial 07 de junio de 1993

Historia de la Ley 19.223, Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19223&anio=2013

ACURIO DEL PINO, Santiago (2011) [consultado el 18 de agosto de 2013], Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf

[10] Datos entregados por McAfee y CSIS. Disponible en: http://www.emol.com/noticias/economia/2013/09/17/620336/chile-destina-solo-el-5-de-su-presupuesto-en-tecnologia-a-la-seguridad-informatica.html. Consultada el 20/09/13

Actualidad Juridica 29 final.indd 564 21-01-14 11:45

Convenio sobre la Ciberdelincuencia [consultado el 20 de agosto de 2013], Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_spanish.PDF

DE SOLA QUINTERO, RENÉ: "Delitos informáticos" [consultado el 18 de agosto de 2013], Disponible en: http://www.desolapate.com/publicaciones/DELITOS%20INFORMATICOS_RDeSola.pdf

HUERTA, Marcelo (1998): *Delitos Informáticos* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.), p.: 314.

JIJENA LEIVA, Renato (2008): "Delitos informáticos, Internet y Derecho", *Delito, Pena y Proceso: Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, (Ed.), pp. 145 – 162.

JIJENA LEIVA, Renato (1992): *Chile: Protección Penal a la Intimidad y los Delitos Informáticos* (Editorial Jurídica de Chile), pp. 123.

MAGLIONA MARKOVICTH Claudio Paúl, LÓPEZ MEDEL Macarena (1999): *Delincuencia y Fraude Informático* (Editorial Jurídica de Chile), p. 273.

MAGLIONA, Claudio *Derecho y Tecnologías de la Información,* artículo "Análisis de la Normativa sobre delincuencia informática en Chile", Fundación Fernando Fueyo Laneri Universidad Diego Portales, Santiago 2002, p. 384

Revista Internacional de Política Criminal N°s 43 y 44, Manual de las Naciones Unidas sobre Prevención y control de delitos informáticos, (1994).

10° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Viena, (10 a 17 de abril de 2000), [consultada el 18 de agosto de 2013]. Disponible en: www.uncjin.org/Documents/congr10/10s.pdf

11° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, (18 a 25 de abril de 2005), Bangkok, Tailandia [consultada el 18 de agosto de 2013] Disponible en: http://www.unis.unvienna.org/pdf/05-82113_S_6_pr_SFS.pdf y http://www.unis.unvienna.org/pdf/05-81509_S_1_SFS.pdf

12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Salvador, Brasil, (12 a 19 de abril de 2010) [18/08/2013], Disponible en: http://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_9/V1050385s.pdf

Página web del Poder Judicial de Chile: http://poderjudicial.cl/

Datos que entrega McAfee en conjunto con CSIS para determinar el porcentaje que destinan los gobiernos alrededor del mundo en torno a la seguridad informática, estadística mostrada en www.emol.com

Actualidad Juridica 29 final.indd 565 21-01-14 11:45

Protección penal de la privacidad Artículos 161-A y 161-B del Código Penal

Bernardita Jesús Maturana Pozo
Profesora Ayudante de Derecho Penal II
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesor patrocinante: Hugo Rivera V.

Resumen: La protección a la vida privada tiene una escasa regulación en nuestro Ordenamiento Jurídico, y lo que se regula comprende aspectos específicos de ella, como la injuria y la calumnia respecto al honor; como la violación de correspondencia respecto a los documentos privados.

En el documento a continuación se revelará la necesidad del legislador de comprender dentro de su protección esferas de la intimidad de las personas que quedan en desamparo, como así también el conflicto de intereses sobre esta materia entre el ámbito público y privado, la forma en que esta controversia debe superarse, y por último, el análisis de los artículos 161-A y 161-B del Código Penal.

*****

Introducción

En virtud del continuo desarrollo tecnológico, la captación y difusión de información privada se ha inmiscuido en lo más profundo de la intimidad de las personas, por esta razón el legislador ha tenido que respaldar y tutelar bienes jurídicos que, a causa de esta nueva realidad social, han quedado desprotegidos. En el extremo opuesto, ya se han ocasionado controversias con otros derechos constitucionales de igual envergadura, como lo son la libertad de emitir opinión y la de informar.

El Título III del Libro II del Código Penal *De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia*, artículos 161-A y 161-B, comprende tipos penales que tienen por objeto proteger la privacidad de las personas, los cuales recogen diversas hipótesis en que un individuo puede vulnerar la intimidad de otro a través de diferentes aparatos tecnológicos, recogiendo información que puede materializarse y difundirse en diversas

Actualidad Juridica 29 final.indd 567 21-01-14 11:45

plataformas comunicacionales, conductas que se atenderán a lo largo de esta investigación.

El objetivo de este informe es analizar ciertos conceptos que se han visto cuestionados en el tiempo por las amplitudes y restricciones que ellos mismos generan. Así, veremos que la tutela de la vida privada puede disminuir cuando se trata de sujetos públicos, es decir, aquellos que tienen la capacidad de influir en asuntos públicos, razón por la cual se ven expuestos a un control más riguroso de sus acciones, no solo por la vigilancia del poder en donde ellos desempeñan sus cargos, sino que también por la sociedad en general; y por otro lado, los particulares, en que la tutela de la vida privada se amplía, sin perjuicio de que nuestra Constitución asegura este derecho a todos por igual.

El interés tutelado por el constituyente: Interés público vs. Interés privado; libertad de emitir opinión y de informar (libertad de expresión) vs. El derecho a la privacidad.

La privacidad y la intimidad son derechos de rango constitucional expresamente protegidos en los numerandos cuarto y quinto del artículo 19 de la Constitución Política de la República. A través del artículo 19 número 4 se asegura a todas las personas *"El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia"*. Luego, el numerando quinto garantiza *"la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley"*. Ambas garantías encuentran su límite en la libertad de opinión y de información contemplada en el artículo 19 número 12 de la misma Carta Fundamental, que asegura: *"La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado"*. Estos derechos están inherentemente conectados y son de gran importancia, porque uno constituye el límite del otro, por esta razón las controversias que surgen entre ambos derechos recaen en su origen y expansión. Finalmente, está en manos de los tribunales de justicia determinar el valor que se le da a cada uno de ellos a través del juicio de ponderación, estableciendo si será el interés público o el interés privado el que deba **ceder** ante el otro. Así las cosas, la Corte de Apelaciones de Santiago señala en su considerando 7º de la sentencia del Caso 'Diaz Colom contra Diario la Cuarta' que *"el derecho a informar que hace valer el recurrido en su defensa, también de rango constitucional, cede, en este caso, ante la preeminencia de la garantía en estudio* (el derecho a la privacidad)*, con la cual aparece en pugna al tenor de la propia norma que la contempla*

Actualidad Juridica 29 final.indd 568 21-01-14 11:45

en su número 12, inciso 1º, del artículo 19 de la Carta Fundamental"[1]. De gran importancia es el hecho que la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago señale que un derecho *ceda* ante el otro, puesto que de esta forma no establece una escala jerárquica, sino que le otorga un mayor valor a un derecho que al otro para el caso especial y concreto, tomando en consideración distintos elementos, como la veracidad de la información, la calidad de ésta y el interés público de conocer dicha información.

El artículo 22 de la Ley 19.048, publicada en el Diario Oficial el año 1991, que modificó la Ley Nº 16.643 sobre Abusos de Publicidad, enumera de un modo amplio aunque taxativo los hechos que revisten el interés público sobre una persona, y que por lo tanto el legislador ha calificado como no pertenecientes a la vida privada o familiar de una persona y son los siguientes:

a. Los referentes al desempeño de funciones públicas;

b. Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;

c. Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;

d. Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;

e. Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos;

f. Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

La ponderación de derechos o *balancing test* debe considerar el interés general de lo que se comunica a la sociedad o al público al cual va dirigida esa información. Por este motivo, es menester abordar el tema de la graduación de la protección o tutela del derecho a la privacidad en relación con la calidad pública de la persona, de manera que se ha afirmado por la doctrina y por la jurisprudencia extranjera que las personas que desempeñan alguna función pública, o bien que se han expuesto voluntariamente en el ámbito de lo público, no pueden sino aceptar y reconocer necesariamente un ostensible menor grado de protección de la privacidad en sus vidas[2]. La jurisprudencia estadounidense se ha pronunciado, como la de ningún otro país, sobre este criterio, distinguiendo

[1] GACETA JURÍDICA (1993) p. 147.
[2] ANGUITA (2004) p. 17.

Actualidad Juridica 29 final.indd 569 21-01-14 11:45

a lo menos tres categorías de personas: *public officials, public persons y private persons*[3]. A la primera clase de personas pertenecen aquellos individuos que tienen la calidad de servidores del Estado, como el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los parlamentarios, entre otros. La segunda categoría incluiría a aquellas personas que tendrían la capacidad de influir en asuntos públicos, dentro de las cuales haremos una subclasificación: los voluntariamente públicos y los involuntariamente públicos. Por último, el concepto de personas privadas abarca a todas aquellos sujetos no comprendidos en las dos categorías anteriores, es decir, los particulares.

Las personas públicas aceptan tácitamente una vulneración de su derecho a la privacidad en razón al cargo que ellos detentan, al lugar en donde desempeñan sus funciones, por su posición social, entre otros criterios, siempre y cuando se trate de información que tenga una relevancia para el interés general y no aquello que afecte la intimidad, sin perjuicio de los hechos íntimos que la ley señala que deben ser informados para evitar la comisión de un delito.

El tipo penal: 161-A y 161-B del Código Penal.

La Ley 19.423 publicada en el Diario Oficial el 20 de noviembre de 1995, modifica el Código Penal agregando dos figuras penales contempladas en los artículos 161-A y 161-B, las cuales tienen por objeto proteger la vida privada. Sin embargo, solo el primero de ellos se refiere a esta protección y el segundo sanciona un tipo de extorsión, lo que en derecho comparado se denomina *chantaje,* dicha extorsión se lleva a cabo a través de las conductas descritas en el art. 161-A.

Artículo 161-A.-

> "Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.
>
> Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.

[3] GARCÍA (1992) p. 67.

Actualidad Juridica 29 final.indd 570 21-01-14 11:45

> En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.
>
> Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas."

Artículo 161-B.-

> "Se castigará con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales, al que pretenda obtener la entrega de dinero o bienes o la realización de cualquier conducta que no sea jurídicamente obligatoria, mediante cualquiera de los actos señalados en el artículo precedente. En el evento que se exija la ejecución de un acto o hecho que sea constitutivo de delito, la pena de reclusión se aplicará aumentada en un grado"

Este tipo de redacción es inadecuado, crea confusiones en su interpretación al abarcar en un solo artículo al menos cuatro hipótesis delictivas, por esta razón analizaremos someramente cada una de las conductas que aparecen tipificadas en dicha disposición.

1. Conductas grabadas:

– *Captar:* consiste en recibir, recoger sonidos, imágenes, ondas, emisiones radiodifundidas; escuchar clandestinamente.

  Esta conducta se lleva a cabo mediante la colocación (clandestina o subrepticia) de instrumentos tecnológicos que permitan *captar* la conversación, comunicación o hecho privado[4].

– *Interceptar:* definido por la RAE como apoderarse de una cosa antes de que llegue a su destino; interrumpir una vía de comunicación; detener una cosa en su camino. Estimamos que la voz interceptar también comprende el hecho de obstruir una vía de comunicación, evitando que la información sea recibida por el destinatario legítimo, por lo tanto, esta hipótesis delictual se configura al evitar que una comunicación se lleve a cabo o bien en interrumpirla.

– *Grabar:* se define como aquella acción de filmar por medios generalmente electrónicos el contenido de las comunicaciones en cintas magnetofóni-

[4] POLITOFF-MATUS-RAMIREZ (2004) p: 235.

Actualidad Juridica 29 final.indd 571 21-01-14 11:45

cas[5]. El acto de grabar requiere de una voluntad específica en sí misma, en cambio la *captación*, o la *interferencia* puede ser involuntaria.[6]

– *Reproducir:* es el acto de escuchar o dar a conocer lo que se graba por medios electrónicos o magnéticos[7].

– *Difundir:* se define como dar a conocer a una o más personas el contenido de la comunicación.[8]

2. Características del tipo

Una vez teniendo claro el significado de tales conductas, es menester analizar qué es lo que se entiende por *recinto particular* y por lugar que *no sea de libre acceso al público.* El recinto particular es aquel en el que no se aceptan intromisiones o injerencias sin autorización, siendo así un concepto más amplio que sus similares o semejantes que ha utilizado la ley penal en otros delitos, como es el caso del art. 440 CP al momento de tipificar el robo con fuerza en las cosas, oportunidad en la que se habla de un 'lugar habitado o destinado a la habitación'[9]. Los lugares que no sean de libre acceso al publico son aquellos lugares que, si bien no corresponden a la definición de lugar privado, hacen una discriminación respecto de las personas que pueden ingresar o acceder a él, en la mayoría de los casos se requiere de algún tipo de autorización o bien, solo pueden tener acceso a ellos personas calificadas. El común denominador entre ambos lugares es la facultad que se tiene para excluir a terceros.

La normativa presenta notorios vacíos en estas materias, pues como se establece en doctrina y legislación comparada, es perfectamente posible sostener una conversación persona a persona en un sitio de libre acceso al público –un parque por ejemplo–, y en realidad lo tratado puede pertenecer inequívocamente a la vida privada o a la intimidad de una persona. En tales casos ya no solo queda al margen de la protección penal la conversación o el diálogo, sino que asimismo tampoco se podría sancionar la captación de imágenes, aun cuando esta se obtenga de manera furtiva o clandestina, por lo menos en virtud de estos preceptos[10].

Ahora bien, es de gran relevancia determinar el contenido del mensaje que se transmite desde el emisor al destinatario legítimo. El tipo penal describe las conductas sobre la base de *conversaciones* y de *comunicaciones.* Conversación es aquella forma de comunicar un contenido intelectual que se lleva a cabo directamente entre personas sin necesidad de recurrir a un medio o vía para que esta llegue

5 ETCHEBERRY (1999) p. 277
6 POLITOFF-MATUS-RAMIREZ (2004) pp. 235 y 236.
7 POLITOFF-MATUS-RAMIREZ (2004) p. 236.
8 Idem.
9 ETCHEBERRY (1999) p. 276
10 ETCHEBERRY (1999) p. 276.

Actualidad Juridica 29 final.indd 572 21-01-14 11:45

a su interlocutor. Para los efectos del tipo penal comunicaciones serían todas aquellas que requieren de un medio para efectuarse y arribar a su destinatario[11].

Se distingue entre conversación y comunicación en circunstancias que la conversación no es sino una manera directa de comunicarse, que requiere la presencia de los interlocutores. Todo lo demás podría quedar comprendido dentro de las comunicaciones. Se menciona también a los documentos o instrumentos. Hemos definido el documento señalando que es todo objeto que representa un hecho o una manifestación de pensamiento, emanado de un autor y fijado en forma permanente. Los amplios términos en los cuales se entiende dicho concepto comprenden perfectamente tanto al documento como al instrumento, que dentro del análisis de la disposición legal ha de tener la corporeidad o materialidad, pues de lo contrario no es posible cometer las conductas que se sancionan a su respecto.[12]

Por último habla de *imágenes o hechos*. La voz imagen significa la representación de algo, concepto que dentro del contexto de la ley debemos precisar, pues puede ser representación de cualquier hecho o circunstancia relativa a la vida privada de la víctima, obtenida mediante técnicas fotográficas, cinematográficas, televisivas y de cualquier otra índole, o bien representación de su propio cuerpo o figura. Esto es así dado que la propia ley también se refiere a *hechos*, motivo por el cual bien podríamos concluir que el término *imagen* solo comprende la representación del propio sujeto donde lo que se quiere destacar es su propia persona física con independencia de las circunstancias que le rodean, reservando el término *hechos* para todo lo demás que pueda ser captado, grabado, etc., según la terminología de la ley.[13]

En el artículo 161-B se contemplan 3 situaciones distintas:

1) Pretender obtener la entrega de dinero

2) La realización de cualquiera conducta que no sea jurídicamente obligatoria

3) La ejecución de un acto o hecho que sea constitutivo de delito, esta hipótesis determina el aumento de la pena en un grado.

Esto se pretende lograr mediante la amenaza de dar a conocer las conversaciones, comunicaciones, documentos o instrumentos, imágenes o hechos de carácter privado obtenidos de la manera como el articulo 161-A describe[14].

[11] RAMIREZ (2002) p. 10.
[12] ETCHEBERRY (1999) p. 276.
[13] ETCHEBERRY (1999) p. 277.
[14] ETCHEBERRY (1999) p. 275

Actualidad Juridica 29 final.indd 573 21-01-14 11:45

Estas figuras descritas en el artículo 161-A, que captan, interceptan o reproducen conversaciones o comunicaciones de carácter privado; y las que capten, graben, filmen o fotografíen hechos o imágenes de carácter privado, tienen un común denominador: todas ellas deben obtenerse en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público. Por lo tanto, si todas estas figuras se ejecutan en lugares públicos no se comete el delito, sin embargo, tal situación puede estar sancionada por la Ley general de telecomunicaciones que castiga a quien *"intercepte o capte maliciosamente o grabe sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones"*, disposición que no distingue lo público o privado del lugar donde se emite la información.

3. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la intimidad o vida privada, entendida en su faceta formal, intangible o inmaterial. Pero ¿qué es lo que realmente protege la ley penal? ¿Qué distingue lo privado de lo íntimo? No existe una definición legal de intimidad o de privacidad, y en numerosas ocasiones tanto el legislador como la jurisprudencia e incluso la doctrina utilizan ambos conceptos como sinónimos. Sin embargo, analizaremos elementos de lo que se comprende dentro de una u otra esfera, determinando de esta forma la órbita de protección penal de la privacidad. Sin perjuicio de esto, debemos reconocer que el desarrollo tecnológico ha implicado una ampliación del concepto, pues una visión restrictiva de la intimidad como un mero derecho subjetivo al secreto o al disfrute de la tranquilidad domiciliaria, se ha visto superado hoy tras la posibilidad de captar y reproducir escenas de la vida privada sin necesidad de saltar rejas o romper cadenas, v.g. mediante colocación de cámaras o micrófonos ocultos"[15]. La ley 19.048 señala en su artículo 30 inciso final que *"se considerarán como pertinentes a la vida privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar y doméstica, salvo que ellos fueran constitutivos de delito"*. En el mismo sentido, Hernán Corral ha definido Privacidad como 'la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones'[16].

Una versión expansiva considera a la intimidad como aquella parte de la vida de las personas donde tiene lugar la toma de decisiones personalísimas y se ponen las bases para la consecución de la autorrealización personal. La intimidad garantiza la autonomía individual, incluidas la libertad de elección sexual, y la

[15] TOLOSA (2007) p: 2.
[16] CORRAL (2000) p: 347.

Actualidad Juridica 29 final.indd 574 21-01-14 11:45

titularidad individual sobre el propio cuerpo; garantiza la libertad de opción política y de disensión; y garantiza las condiciones necesarias para la formación y elaboración de las opiniones públicas[17].

A su vez, la Real Academia Española define intimidad como la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia; y a la privacidad como aquel ámbito de la vida privada a que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.

Podemos concluir entonces que los elementos que componen o distinguen una esfera de la otra son muy semejantes y en algunos casos se repiten. Sin embargo, lo importante es que su límite se encuentra en la necesidad de evitar daño a los demás y en la protección de intereses primordiales de la comunidad, de esta manera, se ve restringido por otros derechos e intereses que pueden entrar en conflicto, dentro de los cuales se destacan el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad de información y la seguridad nacional[18].

En síntesis, para el tipo penal en estudio debemos entender la intimidad o privacidad en su aspecto formal, intangible o inmaterial, donde el delito se comete con intromisión de medios tecnológicos y lo que se protege es el contenido más que el documento en sí. Por el contrario, hay otros delitos que protegen la faceta material de la intimidad, como el delito de allanamiento de morada, la violación de correspondencia y violación de secretos, en los cuales la protección va dirigida a los documentos o papeles propiamente tales.

4. Críticas al tipo penal

A. Concentración de figuras delictivas

La primera crítica al art. 161-A se refiere a la confusa redacción que el legislador hace para describir las conductas sancionadas. El principal error consiste en que se han concentrado en el mismo artículo más de cuatro figuras delictivas, lo que produce confusiones al momento de interpretar la ley. En doctrina se señala que una buena técnica legislativa es la de regular y separar cada conducta dándole un tratamiento autónomo a cada una de ellas, de esta forma se evitarían errores en la aplicación del tipo penal para los casos particulares y concretos. En la misma línea, el profesor Pedro Anguita señala que los tipos penales descritos están mal estructurados, no especifican si castigan el acto de captar, interceptar, grabar o reproducir efectuado por alguno de los partícipes de las conversaciones o comunicaciones, o por el contrario, solo por un tercero ajeno, lo cual deja una indeterminación tal del tipo penal, que a nuestro juicio

[17] TOLOSA (2007) p. 3.
[18] RODRIGUEZ (2009) pp. 208 y 209.

Actualidad Juridica 29 final.indd 575 21-01-14 11:45

vulnera el principio de legalidad en materia penal que consagra el artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política[19].

B. Restricción en el ámbito físico de la protección

Se protege únicamente al ámbito físico privado, que corresponde a aquellos recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público dejando sin tutela todas aquellas intromisiones no consentidas efectuadas en un espacio público, sin ninguna razón que lo justifique[20].

De esta manera, una conversación con contenido privado, intervenida en un lugar público, no encaja dentro de la descripción del art 161-A, como tampoco lo estaría aquella conversación con contenido público intervenida en un recinto privado.

C. Ausencia del elemento subjetivo del tipo

No se exige el elemento volitivo en este caso para cometer el delito, ánimo que el Código Penal español sí comprende en su legislación y que define como 'la finalidad de descubrir la intimidad de otro'. Nuestro legislador no incorporó dicha intención, con lo cual lo convierte en un tipo penal que se agota solo en la acción, en la actuación sin considerar la intención o ánimo del autor.[21]

Exigir un elemento subjetivo distinto del dolo no es algo extraño, así, por ejemplo, la ley relativa a delitos informáticos N° 19.223 sanciona el espionaje informático, es decir, a quien intercepte, interfiera o acceda a información contenida en un sistema de tratamiento de la misma; en otras palabras, a quien evite que la información llegue a su destino; introduzca en la recepción de una señal otra extraña o perturbadora; o sustraiga o copie los datos; por tanto, aparentemente existiría un concurso de leyes con la disposición del art. 161-A del Código Penal, sin embargo, el artículo 2º de la Ley de Delitos Informáticos exige un elemento subjetivo adicional: quien copie o sustraiga la información ha de tener el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente la misma[22].

Bibliografía

I. Libros

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1999): *Derecho Penal. Parte Especial* (Tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

[19] ANGUITA (2005) p. 19.
[20] Idem.
[21] ANGUITA (2005) p. 19.
[22] TOLOZA (1997) p. 10.

Actualidad Juridica 29 final.indd 576 21-01-14 11:45

GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (1992): *Reflexiones sobre la Intimidad como Límite de la libertad de expresión* (Madrid, Editorial Tecnos).

POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia (2004): *Lecciones del Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

II. Artículos de revistas

CORRAL TALCIANI, Hernán (2000): "Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II. Concepto y Delimitación", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 Nº 2.

RODRIGUEZ MARÍN, Fernando (1990): "Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° 43.

III. Documento en formato electrónico

ANGUITA RAMÍREZ, Pedro (2004): *"Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y la vida privada en Chile (1981-2004): Un intento de sistematización"* {Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2013} Disponible en: http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/jurisprudencia.pdf

RAMIREZ G, Maria Cecilia (2002): *"Protección de las comunicaciones telefónicas en Chile"* (Universidad de Talca) {Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2013} Disponible en: http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero2/22.pdf

TOLOSA DÍAZ, Regina (2007): *"Delitos que vulneran la intimidad de las personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno"* (Universidad de Talca) {Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2013} Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100011

IV. Normas

Constitución Política de la República de Chile.

Código Penal.

Ley 19.048, Diario Oficial, 1 de febrero de 1991.

Ley 19.943, Diario Oficial, 20 de noviembre de 1995.

Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, Diario Oficial, 2 de octubre de 1982.

Ley 19.223, Ley que tipifica figuras penales relativas a la informática, Diario Oficial, 7 de junio de 1993.

V. Jurisprudencia

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (1993): 26 de abril de 1993, en *Gaceta Jurídica* Nº 160, pp. 143 a 145.

Actualidad Juridica 29 final.indd 577 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 578 21-01-14 11:45

La marca ¿Un ius prohibendi o un verdadero derecho de dominio? Análisis de las sentencias de empaquetado genérico o plain packaging

Nicolás Galli Burroni
Profesor ayudante de Derecho Civil I
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesor patrocinante: Pablo Rodríguez G.

Resumen: el presente trabajo tiene por objeto analizar a luz de la legislación chilena las facultades que confiere el derecho de marcas, principalmente determinar si este consiste únicamente en un derecho negativo o de exclusión o si bien confiere también los atributos de uso y goce de la marca. Dicha reflexión surge a partir de los fallos dictados en relación a la nueva legislación australiana sobre empaquetamiento genérico, la cual impone fuertes restricciones al uso y goce de la marca a tal punto que podría considerarse privativa de tales atributos.

*****

Introducción

La lucha por el conocimiento siempre ha sido uno de los grandes motores que han movido a la humanidad. Ahora bien, este conocimiento hasta hace un par de siglos era susceptible de ser apropiado materialmente. En ese sentido recordemos que las imprentas no llegan a existir sino hasta el siglo XVI e incluso en esa época eran escasas y pertenecían sólo a ciertos grupos de poder. El conocimiento cultural, en general, podía ser guardado en bibliotecas, universidades, claustros, etc.

Con la actual revolución tecnológica es impensado que el conocimiento pueda ser restringido materialmente en su circulación. Ello se ha traducido en una expansión social del mismo y en la generación de nuevos conocimiento en términos exponenciales. Se señala en varios estudios que el conocimiento humano tardó primeramente en duplicarse 7.000 años, mientras que para el año 2003 sólo tardó 4 años en duplicarse y se estima que para el año 2020 se duplique cada 73 días[1].

[1] Se suele denominar dicha teoría de los rendimientos acelerados o Ley de Moore. Para mayor detalle ver KURZWEIL (1999)

Actualidad Juridica 29 final.indd 579 21-01-14 11:45

La irrupción de la tecnología ha devenido en nuevas formas de crear, almacenar, difundir y apropiarse de la información y sus contenidos.

Es en este punto donde cobra vital importancia el derecho de propiedad intelectual, el cual ha adquirido tal trascendencia que ha llegado a consolidarse como un derecho autónomo y que cuenta con un explosivo desarrollo. Es este derecho el llamado a regular cómo el conocimiento y la información puede transformarse en un bien jurídico económico transable y apropiable, de modo que se pueda aprovechar el esfuerzo y los riesgos puestos en la creación del mismo por parte de su autor, y por ende, se incentive la innovación. Lo anterior implica solucionar una gran dicotomía, cual es compatibilizar los beneficios económicos que pueda reportar la creación intelectual con una multiplicidad de derechos y políticas sociales tendientes a la consecución del bien común.

Es aquí donde se encuentra el punto medular de este trabajo. Creemos nosotros que es clave determinar la esencia y confines del derecho de propiedad intelectual para así lograr su confluencia con los demás derechos y con las políticas gubernamentales. En esa línea el presente trabajo no abordará enteramente la propiedad intelectual, sino que se centrará específicamente en uno de los derechos comprendidos dentro de ella y éste es el derecho de marcas.

El análisis de tal derecho se efectuará en forma casuística, veremos la confluencia de la marca con la salud pública a partir de la regulación sobre empaquetado genérico o "*plain packaging*". Hemos decidido proceder de esta forma toda vez que es un tema que se encuentra actualmente en la palestra y en el que se han dictado importantes fallos que otorgan una caracterización discutida del derecho de marcas. Además se prevé por los académicos del derecho de propiedad intelectual que tales normativas y tales fallos se sigan expandiendo hacia otras legislaciones y otras materias.

Para abordar esta tarea nuestra metodología consistirá en (I) explicar en qué consiste la regulación sobre empaquetado genérico y ver en donde se ha aplicado. En este mismo punto veremos el debate que se ha generado en dichas legislaciones y resumiremos los fallos que se han dictado en la materia. Luego (II) sistematizaré la legislación vigente en Chile en lo relativo al derecho de marcas. Dentro de esta sección además nos referiremos brevemente al alcance que la doctrina nacional le ha otorgado al mismo y colocaremos un mayor énfasis, dada su relevancia en el tema, en la jurisprudencia existente en este ámbito. Finalmente (III) concluiré señalando si es o no procedente aplicar una regulación sobre empaquetado genérico en nuestro país, a la luz del concepto legislativo, doctrinario y jurisprudencial que se tiene del derecho de marcas. En este acápite veremos cuál es la esencia del derecho de marcas y responderemos a la pregunta anotada en el título de este artículo, si puede ser considerado

Actualidad Juridica 29 final.indd 580 21-01-14 11:45

el derecho de marca un verdadero derecho de dominio o simplemente un derecho prohibitivo o de exclusión sobre la marca.

II. Empaquetado genérico, su regulación y los conflictos en torno a la misma.

El empaquetamiento genérico se circunscribe dentro de una serie de normas legales, políticas gubernamentales y actos administrativos tendientes a primar la salud pública restringiendo la comercialización del tabaco.

Dentro de esas medidas, sin duda la más extrema debe ser la del empaquetamiento genérico, la cual consiste en que se establece una forma homogénea de empaquetado tratándose de los productos que contengan tabaco. Esta forma supone que la cajetilla o el recipiente donde se contenga el producto no puede tener ningún aditamento destinado a potenciar o publicitar la marca, en ese sentido sólo puede contener la marca misma, en la letra establecida por la ley, con el tamaño establecido en la ley y con la colocación que exprese la ley. Se prohíbe generalmente el uso de colores, logotipos, slogans, imágenes, etc. A lo anterior se agrega que el paquete debe contener ciertas indicaciones específicas que la ley menciona y en la forma que esta menciona. Generalmente tales indicaciones son relativas a advertencias sanitarias, datos relativos a los componentes del producto, etc.

El empaquetado genérico puede variar dependiendo de la legislación, pero generalmente también incluye regulación relativa al material mismo de que está hecha la cajetilla, la envoltura de la misma, los tamaños y dimensiones de esta, entre otras especificaciones.

Ahora bien, el nombre de empaquetamiento genérico puede ser engañoso, ya que incluso abarca el contenido mismo empaquetado. O sea se llega a regular los cigarrillos, puros o lo que se contenga dentro. Se puede llegar a prohibir el uso de colores distintivos en el producto, la existencia de tamaños o dimensiones diversas, el uso de la marca en el producto, la utilización de texturas, etc.

Vale señalar que si bien normalmente el empaquetamiento genérico no impide directamente el uso de la marca, existen casos en que indirectamente si lo hace. El hecho de asignarle un espacio mínimo a la marca, asignarle una colocación casi imperceptible, la falta de colores que resalten la marca, puede llegar fácticamente a la desaparición de la marca en el empaque.

Para comprender la magnitud de esta medida debemos contextualizarla y señalar que ella coexiste generalmente con otras medidas tendientes también a proscribir la publicidad en materia de tabaco.

Actualidad Juridica 29 final.indd 581 21-01-14 11:45

Así, por ejemplo, la OMS dictó el Convenio Marco para el Control del Tabaco, el cual en su artículo 13 exige que todos los Estados signatarios busquen eliminar toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco dentro de los límites constitucionales. En igual artículo se prohíbe el uso de cualquier incentivo directo o indirecto para fomentar la compra de productos con tabaco, como una medida mínima que deben adoptar dichos Estados. Dentro del mismo convenio el artículo 16 prohíbe colocar los productos de tabaco en lugares de venta directamente accesibles, también la venta en máquinas expendedoras y la venta a través de otras formas.

Junto a esas prohibiciones también existen otras que toman los Estados en particular. Entre dichas prohibiciones encontramos generalmente la prohibición de la publicidad vía televisión, radio, internet, revistas, diarios, entre otros medios de comunicación.

Otro caso es la prohibición de usar calificativos positivos en favor de la marca o el producto, así como por ejemplo señalar que es bajo en alquitrán, bajo en nicotina, que el tabaco es natural u otra calificación favorable.

También suele impedirse el auspicio de eventos deportivos, infantiles, juveniles, entre otros, por parte de las empresas tabacaleras.

En este contexto, sumado a otras muchas restricciones que existen a la publicidad tabacalera, no es raro que el envase se haya transformado en la principal, y tal vez única, vía de publicidad de los productos tabacaleros. Es por eso la repercusión que genera la normativa relativa al empaquetado genérico.

1. Breve reseña histórica acerca del empaquetado genérico y regulación actual

Los orígenes de la idea del empaquetado genérico pueden ser rastreados hasta la década de los ochenta[2]. Es en ese entonces en Canadá donde comienzan a realizarse los primeros estudios y propuestas sobre empaquetado genérico.

No obstante aquello, las primeras discusiones legislativas no se dan sino hasta la década de los noventa en Nueva Zelanda, al tiempo de discutirse la ley sobre ambientes libres de humo. Si bien en esta oportunidad no fue aprobado el empaquetamiento genérico, el tema comienza a expandirse y ganar fuerza. A pesar de ello y de numerosas propuestas hechas en diferentes países (Australia, Canadá, Reino Unido, Estados Unidos, Nueva Zelanda, entre otros) y organismos internacionales las normas sobre empaquetado genérico no son aprobadas en ningún país, ni por ningún organismo internacional.

[2] Recopilación histórica hecha a partir de http://www.smoke-free.ca/plain-packaging/history.htm

Actualidad Juridica 29 final.indd 582 21-01-14 11:45

El tema vuelve a estar en la palestra cuando el 2009 se presenta en Australia un proyecto sobre empaquetado genérico y el año siguiente el Primer Ministro de dicho país señala que será obligatorio a partir del 2012. Ese mismo año se presentan proyectos legislativos en países como Francia y Bélgica y se otorga un apoyo expreso por los gobiernos en países como Reino Unido y Nueva Zelanda.

Finalmente el año 2011 se presenta por el gobierno de Australia el proyecto de ley definitivo sobre empaquetamiento genérico y a finales de ese mismo año es aprobado por ambas Cámaras. Al año siguiente se producen múltiples alegatos judiciales ante la Corte Suprema australiana, los cuales veremos más adelante, se refieren a la constitucionalidad de la ley aprobada. Ese mismo año dicha Corte Suprema rechaza los recursos intentados declarando la constitucionalidad de la referida ley.

Así las cosas, la ley entró en plena vigencia el 1 de diciembre de 2012 (la propia ley contenía periodos de vacancia legal), componiéndose de 6 capítulos y 109 artículos. Es así como esta se transforma en la primera, y hasta el momento única, ley vigente sobre empaquetamiento genérico[3]. Se le conoce a esta ley como "*Tobbaco Plain Packaging Act*"[4].

El debate hoy en día está más presente que nunca y se está discutiendo la posible implementación de dicha normativa por otros países e incluso por organismos internacionales. Lo anterior ha generado el rechazo de varios países y también la reacción de las empresas tabacaleras.

A continuación resumiremos brevemente el contenido de la ley en comento. El capítulo que es de relevancia para el tema que nos convoca es el segundo, el cual contiene los requerimientos de empaquetamiento de productos que contengan tabaco y también la regulación relativa a los productos mismos.

En cuanto lo primero, la ley señala estrictamente ciertos requisitos físicos que debe contener el paquete. Así se señala que la superficie interna y externa no puede tener ningún tipo de sobre salto y debe ser lisa, el pegamento utilizado debe ser transparente y no de colores, se señala el tamaño de la cajetilla, su forma, el color de la cajetilla, entre otros requerimientos. Todo lo anterior es complementado por un reglamento.

[3] Si bien es la primera ley sobre empaquetamiento genérico, existen en otros países normativas que son altamente restrictivas del uso de la marca y también han sido cuestionadas internacionalmente. Por ejemplo la regulación de Uruguay, la cual fue impugnada por Philip Morris ante el CIADI ver: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet

[4] Ley 148 del 2011 ver http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00148. Se complementa con la ley 149 del 2011 que modifica la ley de marcas de 1995 ver http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00149. Además posee un reglamento al que la ley le encomienda especificar ciertas materias ver http://www.comlaw.gov.au/Details/F2012C00687

Actualidad Juridica 29 final.indd 583 21-01-14 11:45

En este mismo punto la ley también señala el contenido informativo mínimo que debe tener el empaque. Deben señalarse los avisos de salud, otros avisos legales relevantes (en el reglamento se precisan algunos de estos tales como la declaración de peligro de fuego, la declaración de tratarse de un producto local, los datos del empaquetador, el código de barras, entre otros) y también debe hacerse referencia a la marca, negocio, compañía o alguna otra variante de nombre. Respecto de este último requerimiento se regula detalladamente dónde debe estar establecida la marca, la posición en que debe estar fijada, cuántas veces puede aparecer, la letra en que aparece, etc. Se prohíbe además el uso de logos, slogans y en general cualquier elemento diverso a la marca. Todo lo anterior es además complementado mediante una regulación anexa.

En cuanto al segundo aspecto (los productos mismos) existe una total remisión a la regulación anexa, la cual también fija requisitos similares a los antes señalados respecto del empaquetado.

Finalmente es interesante señalar que el capítulo en comento también regula el efecto que produce la ley sobre las marcas ya registradas y los diseños ya registrados, evitando así los conflictos temporales que puedan suscitarse y la vulneración de derechos adquiridos. En ese sentido se modifica la ley de marcas de Australia de 1995 compatibilizándola con la ley en comento.

2. Discusión que se ha gestado a partir de la "*Tobbaco Plain Packaging Act*"

Como hemos señalado, numerosas quejas se han levantado por parte de las empresas tabacaleras (Philip Morris International, British American Tobbaco, Imperial Tobbaco y Japan Tobbaco) y también de países que se dedican en gran medida a la exportación de productos tabacaleros (Ucrania, Honduras, República Dominicana y Cuba).

Estas demandas se entablaron algunas a nivel nacional ante la Corte Suprema de Australia, por tratarse de normas inconstitucionales[5] y otras a nivel internacional ante la OMC (Organización Mundial del Comercio), por vulnerar el acuerdo sobre los ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio) en inglés TRIPS y también por pasar a llevar el acuerdo sobre OTC (Obstáculos Técnicos al Comercio) en inglés TBT[6]. También

[5] Ver casos S389/2011 y S409/2011 disponibles en: http://www.hcourt.gov.au/cases/case-s409/2011?Itemid=62&qh=YTo0OntpOjA7czo1OiJwbGFpbiI7aToxO3M6OToicGFja2FnaW5nIjtpOjI7czo3OiJwYWNrYWdlIjtpOjM7czoxNToicGxhaW4gcGFja2FnaW5nIjt9

[6] Se trata de las demandas de Ucrania, Honduras, República Dominicana y Cuba. Ver respectivamente: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds434_e.htm, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds435_e.htm, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds441_e.htm y http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds458_e.htm

Actualidad Juridica 29 final.indd 584 21-01-14 11:45

se demandó a Australia por la vulneración de un tratado internacional relativo a inversiones entre este país y Hong Kong, ello ante los tribunales arbitrales de la UNCITRAL o en español CNUDMI[7].

La discusión aborda diversos argumentos tales como la eficiencia de la norma, la generación de incentivos para el surgimiento de un mercado negro de cigarrillos, la afectación de la libertad individual y de la libertad económica, el establecimiento de barreras a productos internacionales, entre otros.

Por razones evidentes nosotros nos centraremos sólo en aquellos argumentos que dicen relación con la propiedad intelectual y específicamente el derecho de marcas (hay argumentos relativos a otros aspectos de la propiedad intelectual, tales como las patentes, la vulneración de otros activos intangibles como el *know how*, la reputación o la clientela, entre otros). En esta parte del trabajo veremos los argumentos en abstracto, sin entrar a la legislación concreta toda vez que la legislación australiana puede no ser enteramente compatible con la chilena y el propósito del trabajo es determinar el derecho de marcas bajo la legislación chilena.

También debemos señalar que nos enfocaremos únicamente en los argumentos que se han dado respecto del tabaco, ya que las medidas sólo se han tomado (por ahora) dentro de ese ámbito. Igualmente estos argumentos son perfectamente extensibles a otras áreas (productos alimenticios, remedios, alcoholes, entre otros).

Los principales argumentos son los siguientes:

- **Se vulnera el derecho de propiedad intelectual, el cual comprende la propiedad sobre la marca**.

  Se señala que el derecho de propiedad se constituye esencialmente por el uso, goce y disposición que se puede hacer del bien sobre el que recae. En ese sentido el derecho de propiedad no sólo importa un derecho de exclusión que evita la utilización por terceros del bien, sino que implica utilización concreta del bien.

  La marca, en general, está ligada a la identificación de un producto o servicio de modo que no pueda ser confundido con otro y permite que tal producto o servicio sea asociado al titular de la marca. Ello lleva consecuencialmente a que el uso de la marca implique no solamente la exclusión de terceros respecto de su utilización, sino también mecanismos destinados a que el consumidor pueda relacionar con facilidad el producto con su titular. El uso sería consustancial a la *distintividad* del producto.

[7] Ver http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1494

Actualidad Juridica 29 final.indd 585 21-01-14 11:45

Si bien la ley en comento no prohíbe directamente el uso de la marca, la desprovee de todo aquello que pueda distinguirla de otra y que viene a formar parte del uso mismo de la marca. Es claro que una marca no sólo se identifica por el uso de una palabra, sino muchas veces por la forma en que está escrita (piénsese en la marca Coca-Cola), o bien por los símbolos de que se le acompaña (por ejemplo nike, adidas o puma), también puede ser distintivo el color en que se encuentra escrita la marca (en este sentido la marca google), entre otras varias formas de destacar la marca.

Continuando el argumento, al prohibirse indirectamente el uso de la marca se está afectando un atributo esencial en el derecho de propiedad intelectual. En ese sentido las medidas adoptadas serían regulaciones expropiatorias del derecho de propiedad intelectual y deberían conllevar una indemnización de perjuicio (lo que no contempla la ley en comento, ya que se estima como una simple limitación a tal derecho).

- **Se trata, a lo menos, de una restricción excesiva e injustificada**.

Se señala que, de considerarse que las restricciones impuestas por la ley en comento no son constitutivas de una afectación a la esencia del derecho de marcas, a lo menos debe entenderse que se trata de una restricción arbitraria.

En general se admite que las restricciones al derecho de propiedad (y al derecho de propiedad intelectual) deban ser especialmente fundadas y además deben guardar cierta proporcionalidad con el fin que se pretende lograr. Lo anterior se traduce en el test de proporcionalidad que actualmente está en boga (pese a que también ha sido criticado por parte de la doctrina).

Como es sabido el test de proporcionalidad no implica únicamente la existencia de un fin legítimo que, en este caso, puede ser la salud pública, la protección del medio ambiente, la integridad física de las personas, entre otros, sino que supone también que la medida sea idónea para la consecución de tal fin y debe ser la menos gravosa dentro de las que están disponibles. Una vez establecido aquello, sólo entonces, cabe ponderar los derechos que se promocionarán y gravarán respectivamente.

Se señala, a base de numerosos estudios técnicos, que la medida no es idónea para la consecución del fin (incluso se señala que puede ser contraproducente) y sin duda no es la menos gravosa[8]. Siendo así existen otras medidas más efectivas y menos perjudiciales.

[8] Se señala que puede aumentarse el consumo al reducirse los precios toda vez que el precio pasaría a ser el único elemento diferenciador del producto. Ver PADILLA (2010) http://www.smoke-free.ca/plain-packaging/documents/industry-responses/Plain_packaging_simulation_PMI_Australia_100202.pdf

Actualidad Juridica 29 final.indd 586 21-01-14 11:45

- **Puede conllevar la pérdida efectiva de la marca en términos totales.**

  Es sabido que en varias legislaciones el registro de una marca contempla a su vez la obligación de utilizarla, conllevando como sanción que su no utilización implique la revocación del registro o su caducidad. O sea la distintividad de la marca no es sólo un requisito para la constitución de la misma, sino también para que esta pueda subsistir.

  Como se señaló anteriormente, si bien la ley no excluye el uso de la marca, si lo hace respecto de los logotipos, slogans, lemas, entre otros. Por lo que se señala que el no uso de los mismos, en aquellos países que imponen la obligación de usarlos, conllevaría a la pérdida efectiva del derecho sobre dichos logotipos, slogans, etc.

  Además la regulación en comento sólo reconoce la existencia de marcas denominativas (compuestas por palabras), excluyendo el uso, y por consiguiente la propiedad, de las marcas figurativas o mixtas (compuestas por imágenes o bien imágenes y palabras). Para utilizar estas últimas no bastaría el uso de la palabra, sino que se debería usar la imagen, los colores, la forma específica y todas otras aquellas especificaciones bajo las cuales se registró la marca.

  Para abordar los **argumentos a favor del empaquetamiento genérico** utilizaremos la opinión de la Corte Suprema de Australia, ya que los demás juicios aún se encuentran pendientes y no ha habido pronunciamiento de los tribunales. Además justamente es la opinión de dicha Corte la que ha causado el mayor revuelo y ha puesto el tema en el centro de la discusión.

  Nuevamente nos preocuparemos únicamente de los argumentos en materia de derecho de marcas, los que podemos resumir de la siguiente forma:

- En primer lugar se señala que la propiedad, y dentro de ella la propiedad intelectual, **admite limitaciones en atención a diversos fines o intereses públicos**. Dichas limitaciones son per se variables y deben ir acomodándose a través de la legislación.

  Además la limitación viene dada muchas veces por la naturaleza misma del derecho de propiedad. En ese sentido los derechos de propiedad intelectual, si bien constituyen una especie de derecho de propiedad, no son de la misma entidad que el derecho de propiedad propiamente tal.

Actualidad Juridica 29 final.indd 587 21-01-14 11:45

La interrogante es si efectivamente dichas limitaciones en atención a su naturaleza y consecuencias pueden ser catalogadas como tales o bien dada su "intensidad" deben pasar a ser consideradas expropiaciones. Es ese el raciocinio seguido por la Corte Suprema australiana en el considerando trigésimo[9].

- Se señala que **la limitación no afecta la esencia de estos derechos de propiedad intelectual (el derecho de marcas, de patentes, entre otros), por cuanto son derechos puramente negativos y no implican ningún derecho positivo**.

  En otras palabras los derechos involucrados confieren solamente el derecho de prohibir (o *ius prohibendi*) su utilización por parte de terceros, pero no garantizan la utilización de los mismos por sus dueños. Expresamente se da un ejemplo en la sentencia respecto del derecho de autor, el cual impide que un tercero exhiba la película de la cual uno es autor, pero no implica el derecho para que el autor la exhiba en público. En igual línea se da un ejemplo acerca de las patentes de invención[10].

  La ley en comento no excluye el derecho de prohibición respecto de terceros, lo que sí impide en ciertos casos es el uso de los derechos.

- **La reputación o "*goodwill*" que se forma por el uso de tales derechos sólo puede ser entendido como un derecho negativo.**

  Se establece en la misma sentencia que el "*goodwill*" sólo otorga un derecho exclusivo para impedir que terceros se aprovechen de la reputación generada por el dueño de los derechos en comento, y ello principalmente a través de una acción indemnizatoria equivalente al provecho reportado (y el perjuicio generado). Ello conlleva señalar que no existe propiamente un derecho para mantener, generar o incrementar la reputación o imagen a través de la utilización de los derechos de propiedad intelectual[11].

- **La expropiación no implica únicamente la afectación adversa de un derecho, sino que supone un "interés" por parte del ente expropiatorio**.

  Los considerandos 41 y siguientes de la sentencia en comento consagran que para estar ante una expropiación no sólo debe existir una limitación

[9] Corte Suprema Australia (2011) casos 389S y 409S (acumulados), considerando 30.
[10] Corte Suprema Australia (2011) casos 389S y 409S (acumulados), considerando 36.
[11] Corte Suprema Australia (2011) casos 389S y 409S (acumulados), considerando 39.

Actualidad Juridica 29 final.indd 588 21-01-14 11:45

excesiva o una afectación al derecho de propiedad en su esencia, sino que debe haber un beneficio o interés real por parte de un tercero (generalmente el Estado). La existencia de un beneficio o interés público refleja claramente que el interés en la restricción no recae en ningún otro titular específico, y por tanto no puede ser llamado expropiación[12]. No se reconoce el concepto de expropiación regulatoria.

- **El considerando 71 viene a responder la pregunta ¿cuándo se entiende infringido el derecho de marca?**

  Se responde que tal infracción se da únicamente cuando: se usa una marca registrada o similar a la registrada para la distribución de bienes o servicios idénticos a los registrados bajo esa misma marca, o bien se ocupa para la distribución de bienes o servicios registrados bajo esa marca, o bienes o servicios cercanos a los registrados (ello con ciertas excepciones).

  El derecho de marca no se ve infringido por el hecho de no poder utilizar la marca registrada, ya que constituye solamente un derecho exclusivo[13].

- **Con respecto al derecho de marcas en específico, no se impide su uso en términos absolutos, sino que se restringe.**

  Como hemos dicho, al no afectarse la esencia, ni configurarse una expropiación, se entiende una limitación o restricción. Además no se impide el uso de la marca, sino que se condiciona bajo ciertos estándares.

  Tal limitación se funda en la salud pública, siendo un fin suficientemente justificado para imponer una limitación de la envergadura que hemos reseñado. Se argumenta además que la prueba es concluyente, en el sentido de que la medida es idónea para el fin antes señalado. Dado ello se cumplen todos los requisitos que permiten gravar o limitar el derecho de propiedad (dando cumplimiento al principio de proporcionalidad).

Vemos así claramente dos posturas muy diferentes de lo que es el derecho de propiedad intelectual, y en específico, el derecho de marcas. Si bien esta discusión por ahora se ha circunscrito al ámbito tabacalero, fácilmente puede extrapolarse a todo el derecho marcario.

[12] Corte Suprema Australia (2011) casos 389S y 409S (acumulados), considerandos 41, 42 y 43.
[13] Corte Suprema Australia (2011) casos 389S y 409S (acumulados), considerando 71

Actualidad Juridica 29 final.indd 589 21-01-14 11:45

II. Derecho de marcas en Chile: legislación, doctrina y jurisprudencia

Dado lo explicado en la sección anterior, es esencial determinar cuál es la visión que se sigue en nuestro ordenamiento respecto del derecho de marcas (si se considera un derecho de propiedad propiamente tal o una especie de propiedad de contenido negativo).

1. Legislación aplicable en Chile respecto del derecho de marcas.

En chile el derecho de propiedad intelectual está consagrado a nivel constitucional, separado del derecho de propiedad, en **el artículo 19 N°25 de la Constitución**. Este numeral divide lo que son los derechos de autor de lo que es la propiedad industrial. Esta última comprende "la propiedad de las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley".

Se hace aplicable a la propiedad industrial (también a los derechos de autor) lo prescrito en los incisos segundo al quinto del numeral 24 del artículo 19, incisos que en resumidas cuentas se pronuncian respecto de la regulación (legal), limitaciones y expropiación de la propiedad.

A nivel legislativo es fundamental **el artículo 584 del Código Civil**, el cual reconoce como una especie de propiedad la denominada propiedad intelectual y remite su regulación a leyes especiales.

Dentro de tales leyes la principal norma es la denominada **"Ley de Propiedad Industrial" o Ley 19.039** (si bien ha sido modificada sucesivamente y su última reforma fue a través de la Ley 20.569). Dicha ley se complementa a través de su respectivo reglamento.

El título segundo de la presente ley regula en específico las marcas comerciales. Respecto de la regulación específica nos parece relevante destacar que el artículo 19 de la ley **define la marca comercial de modo amplio** como "todo signo que sea susceptible de representación gráfica capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales". Incluso luego da ejemplos y entre ellos se mencionan "imágenes, gráficos, símbolos, combinaciones de colores, sonidos, así como también cualquier combinación de estos signos". Ello a su vez es precisado por el artículo 23 del reglamento antes referido.

Además nos parece relevante el hecho de que la definición apunte **al fin identificativo** que tiene la marca elevándolo a un elemento esencial para determinar si se trata o no de una marca.

Actualidad Juridica 29 final.indd 590 21-01-14 11:45

Ahora nuestra legislación al regular el contenido del derecho se refiere extensamente al derecho negativo y deja entrever ligeramente el derecho positivo de utilizar la marca.

Así el artículo 19 bis D establece "La marca confiere a su titular el derecho exclusivo y excluyente de utilizarla en el tráfico económico en la forma que se le ha conferido y para distinguir los productos, servicios, establecimientos comerciales o industriales comprendidos en el registro. Por consiguiente, el titular de una marca registrada podrá impedir que cualquier tercero, sin su consentimiento, utilice en el curso de las operaciones comerciales marcas idénticas o similares para productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales que sean idénticos o similares a aquéllos para los cuales se ha concedido el registro, y a condición de que el uso hecho por el tercero pueda inducir a error o confusión […]".

El artículo citado se refiere escuetamente a la utilización de la marca señalando que se hace en la forma que se le ha conferido y con el fin de distinguir el producto, servicio, etc. No queda claro si la utilización de la marca está destinada simplemente a evitar confusiones para el consumidor, o bien comprende también el hecho de potenciar la marca y redituar de ello.

El artículo 31 del reglamento, en ese sentido, tampoco es más explicativo en cuanto al derecho positivo y se limita a reiterar básicamente el artículo antes transcrito.

Sumado a ello debemos señalar que el derecho chileno no regula la caducidad del registro de una marca, por la no utilización de la misma durante cierto lapso de tiempo. Todo esto hace que la utilización positiva de la marca quede relegada a un segundo plano, pudiendo incluso dudarse si es que el legislador quiso contemplar la marca como un derecho positivo.

Existen varias otras leyes que, sin tener por objeto principal la regulación del derecho marcario, afectan el estatuto jurídico del derecho en comento.

Es importante dentro de tales leyes la denominada **Ley de Protección al Consumidor**, la cual regula los mensajes publicitarios, pero desde una perspectiva del consumidor, no como un derecho positivo en el ejercicio del derecho de propiedad industrial. Así las cosas, el artículo 28 A de la Ley 19.496 sanciona el uso de mensajes publicitarios tendientes a la confusión del consumidor respecto de cualquier signo distintivo de los competidores, entre ellos la marca. O sea, si bien se recoge el fin distintivo de la marca, no se considera necesariamente como un derecho del dueño de la misma, sino como un derecho del consumidor para distinguir a los competidores en el mercado.

Actualidad Juridica 29 final.indd 591 21-01-14 11:45

Otra ley relevante es la **Ley 20.169 o Ley de Competencia Desleal**, dentro de esta su artículo 4º menciona en forma no taxativa ciertos actos que pueden considerarse como competencia desleal. Las primeras tres letras de tal artículo son claves, ya que catalogan como competencia desleal el aprovechamiento de la reputación ajena (*goodwill*) a través de cualquier conducta (dentro de dichas conductas el uso de la marca). También se entiende como competencia desleal cualquier acto tendiente a confundir los productos ofrecidos (dentro de ello se comprenden los actos que buscan confundir las marcas). Y finalmente se entiende como competencia desleal cualquier aseveración falsa o infundada tendiente a menoscabar la reputación en el mercado (*goodwill*). Como vemos la norma es trascendental, en cuanto reconoce por primera vez a nivel legal la reputación (*goodwill*) como un bien jurídico susceptible de protección. Eso si la ley se queda corta, ya que al regular la competencia desleal no regula otros actos vulneratorios que no implican una competencia desleal (justamente como el entorpecimiento en el uso de la marca para generar o mantener tal reputación).

Existen otras normas relevantes para el derecho marcario, pero que no serán analizadas en el presente trabajo, ya que escapan al objetivo del trabajo (así la Ley 20.254, que crea el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual, o bien la Ley 19.912, que adecua diferentes legislaciones para hacerlas compatibles con los acuerdos de la OMC y dentro de ello regula las medidas en frontera para la observancia de los derechos de propiedad intelectual, entre otras normas).

Es clave para entender la regulación nacional remitirse a los tratados internacionales suscritos por Chile en esta materia.

Sin duda la norma más relevante hasta hace poco era el denominado **Convenio de París,** que entró en vigencia en Chile el año 1991 (si bien originalmente data de 1883 y sufrió numerosas modificaciones). Regula la propiedad industrial en general, y en específico el derecho de marcas en los artículos 6 al 11. La regulación sustancial del derecho de marcas queda entregada a la legislación nacional, refiriéndose las disposiciones principalmente al registro de las marcas y el efecto de tal registro en otros Estados signatarios.

Hoy en día, a partir del 5 de agosto del 2011, entró en vigencia el **Tratado sobre Derecho de Marcas,** siendo la norma más relevante en la materia. Nos parece relevante en este Tratado el artículo 3 del mismo, en cuanto delega la regulación del uso de la marca a la legislación vigente. Así se señala que dentro de los elementos que pueden contener una solicitud puede encontrarse, de acuerdo a la legislación nacional, la declaración de intención de uso de la marca y la declaración de uso efectivo de la marca, todo lo cual se regula de acuerdo a la legislación del país contratante.

Actualidad Juridica 29 final.indd 592 21-01-14 11:45

Otra norma de gran trascendencia para este trabajo es **el ADPIC** (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), norma vigente en Chile desde 1995.

Esta norma en su artículo 16 regula los derechos que confiere la marca y se refiere exclusivamente al derecho negativo para impedir que terceo hagan uso de la marca.

La misma normativa en su artículo 19 prevé el caso en que la legislación nacional contemple la anulación o caducidad del registro por falta de uso. Señala que no se dará tal anulación cuando el no uso se deba a **razones válidas** que obstaculicen el uso y dentro de los ejemplos que da se menciona la restricción de importaciones u **otro requisito oficial impuesto a los bienes o servicios protegidos por la marca**.

Sin duda el artículo fundamental al respecto es **el artículo 20**, el cual ha estado en la palestra del debate internacional. Este artículo **no permite complicar "injustificablemente" el uso de una marca con exigencias especiales** y dentro de los ejemplos que se dan está el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Lo anterior tiende a interpretarse lógicamente con el artículo 8 del mismo tratado, el cual permite a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente acuerdo.

Se han generado numerosas interpretaciones en torno al contenido de los artículos referidos. Ha surgido la duda de si efectivamente existe o no un derecho de uso o derecho positivo consagrado en la convención, también se ha discutido en qué medida se permite la restricción del uso de la marca (¿Se pueden excluir marcas? ¿Se puede prohibir el uso de ciertas marcas? ¿Solamente se puede restringir el uso de marcas?) y también se ha debatido cuáles serían las justificaciones que permitirían adoptar tales medidas. Lo cierto, como hemos dicho, es que tales preguntas no han sido zanjadas por los tribunales internacionales y además en gran medida depende de las normas internas del país suscribiente y su concepción del derecho de marcas[14].

Otra normativa relevante en la materia son los denominados **Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile** con otros países (en total 15 de ellos se encuentran vigentes). Varios de ellos imponen obligaciones relativas al registro y uso de marcas, por lo cual las leyes chilenas deben ser dictadas conforme a tales

[14] Para mayor detalle acerca de los problemas interpretativos del artículo 20 ver FRANKEL y GERVAIS (2013)

Actualidad Juridica 29 final.indd 593 21-01-14 11:45

tratados y su contravención implicaría responsabilidad internacional. De hecho una de las disputas judiciales relativas a la ley de empaquetamiento genérico surge por la vulneración de un tratado de libre comercio (el Acuerdo TPP o acuerdo trans-pacífico de Asociación Económica), tratado del cual Chile es parte.

Junto a las normas internacionales ya reseñadas existen otras que también constituyen el marco normativo del derecho marcario, pero que no entraremos a analizar, ya que su contenido no es relevante para este trabajo (así, por ejemplo, todos aquellos tratados que regulan el registro internacional de marcas).

En definitiva podemos observar que la legislación chilena (incluidos en ella los tratados internacionales suscritos y vigentes) no es concluyente en la consagración de un derecho de uso respecto de la marca, siendo ambiguos los confines propios del derecho de marcas y las limitaciones que son procedentes respecto del mismo. Es clave en ese sentido la opinión doctrinal y jurisprudencial chilena para entender el alcance de este derecho.

2. Doctrina y jurisprudencia relativa al derecho de marcas

En primer término debemos señalar que tanto a nivel doctrinal constitucional como de propiedad industrial **se reconoce el carácter de propiedad plena de la propiedad industrial** y dentro de esta del derecho marcario.

Así dentro de los constitucionalistas lo señala claramente Arturo Fermandois "En este sentido, el derecho de propiedad marcario no es una forma de dominio distintita a la que señala el artículo 19 N° 24 de nuestra CPR, sino que es una emanación directa de aquél. Podría, incluso, haber sido omitido por el Código Político e igualmente estaría protegido por el constituyente"[15]. Igual opinión sustenta el profesor José Luis Cea señalando: "La norma del numeral 25 de la Constitución no era estrictamente necesaria, pues a las propiedades aseguradas en ellas les son aplicables los cinco primeros incisos del numeral 24"[16]. Incluso más categóricos son los profesores Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira al establecer "nadie puede ser privado de su propiedad intelectual e industrial, del bien sobre que recae o de **algunos de sus atributos o facultades de dominio**, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación […]"[17] (destacado propio).

A nivel de académicos del derecho de marcas señala el profesor Marco Morales "[…] la Carta Fundamental consagra el derecho de propiedad industrial como una garantía constitucional asimilada completamente a las reglas de la

[15] FERMANDOIS (2010) p. 458.
[16] CEA (2004)
[17] VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA (2002.)

Actualidad Juridica 29 final.indd 594 21-01-14 11:45

propiedad común"[18]. Igual opinión tiene García-Huidobro, quien caracteriza al derecho de propiedad intelectual como "un derecho de dominio que se ejerce sobre cosas incorporales muebles"[19]. En la misma línea podemos citar al profesor Larraguibel Zavala[20].

Un segundo aspecto es determinar el rol que juega el atributo de la propiedad uso dentro de la propiedad industrial.

La mayoría de la **doctrina**, por no decir la unanimidad de esta, reconoce como un elemento esencial del derecho de marcas la *distintividad* que esta permite respecto del producto o servicio asociado a la marca. Se dice incluso que esta sería la única función de la marca, siendo las demás anexas. Como ya vimos, tal elemento es recogido por la definición nacional que da la ley de propiedad industrial, así como por las definiciones internacionales que dan los diversos tratados internacionales (como por ejemplo la definición que se da en el ADPIC).

La discusión se gesta justamente en determinar cuál es el propósito de tal distintividad y de esa forma fijar si el uso es indispensable para ello. En esa dirección podemos señalar que la distintividad tiene diversos fines asociados, como lo son: destacar competitivamente un producto o servicio respecto de otro, garantizar cierta calidad hacia el consumidor, proteger al consumidor al poderse individualizar al causante de los eventuales perjuicios, informar a los consumidores de los productos, proteger al propio titular de la marca desligándolo de los perjuicios cometidos por terceros, entre otras varias funciones.

Sin duda que la función que se atribuya a la marca va a determinar el uso de la misma. Así ,por ejemplo, si estimamos que la función de la marca es preponderantemente informativa o protección respecto del consumidor, entonces el uso de la marca puede ser muy restringido con tal que se cumpla dicha función. Por otra parte, si el fin es más bien posicionar un producto o destacarlo competitivamente, el uso de la marca supone una menor restricción.

Si bien reconoce la doctrina que el uso de la marca está tratado en términos bastante restrictivos en nuestra legislación, siendo sólo un requisito para el registro y no para la subsistencia del mismo, como dijimos, no menos cierto es que se reconoce la tendencia mundial de fortalecer el uso de la marca, y en ese sentido, exigirlo para la conservación de la misma.

En resumidas cuentas la doctrina actual reconoce la trascendencia del uso de la marca y aboga por un uso más intenso, reconociendo el rol clave que juega

[18] MORALES (2001)
[19] GARCÍA-HUIDOBRO (1992)
[20] LARRAGUÍBEL (1995)

Actualidad Juridica 29 final.indd 595 21-01-14 11:45

la marca en el mundo económico-empresarial[21]. En esa misma línea el 30 de abril del 2013 se presentó un proyecto de ley, el cual incorpora la caducidad de la marca por su no uso y varias otras modificaciones tendientes a resaltar la importancia del uso como elemento esencial de la marca.

A nivel **jurisprudencial**, antes de entrar al fondo del asunto, debemos dejar sentado que en Chile **la expropiación no tiene una diferencia cualitativa con respecto a las limitaciones**, sino más bien cuantitativa o en cuanto a su intensidad. En otras palabras el Tribunal Constitucional chileno ha sido claro en señalar que una limitación de tal envergadura que afecta la esencia de un derecho o impide su ejercicio debe ser considerada una verdadera expropiación[22]. Por lo tanto, debemos descartar desde ya la tesis de la Corte Suprema australiana según la cual al no existir interés estatal o transferencia efectiva del dominio a un ente concreto no existe una expropiación por más que haya privación o afectación sustancial del derecho.

En cuanto al fondo del asunto, debemos señalar que si bien la mayoría de los asuntos se plantean en torno al derecho negativo para excluir la utilización de la marca por parte de terceros, se reconoce ya sea de forma directa o indirecta que el derecho negativo está coligado sustancialmente al interés positivo que existe en la utilización de la marca.

En otras palabras, pareciese ser clara la opinión jurisprudencial, en **cuanto la marca es un instrumento jurídico económico que otorga un derecho de uso exclusivo inherente** y que como contrapartida, fundado en dicho interés económico, prohíbe la utilización de la marca por parte de terceros.

En ese sentido la sentencia rol 3029-2008 de la Corte Suprema en su considerando séptimo es clara al decir "Que, las marcas comerciales corresponden a un instrumento jurídico económico a través del cual se logra singularizar productos o servicios en relación con otros en el mercado. En este sentido, existe un interés en tutelar la diferenciación de los productos de una industria, en relación a otra, asignándosele un rol protagónico a la distintividad […] nociones de las cuales se concluye que la finalidad de la marca es "distinguir en el mercado", cuestión que la doctrina comparte y que expresa que tal distintividad busca un efecto mercantil […]"[23].

También llega a dicha conclusión el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la sentencia rol 122-06 en sus considerandos 34 y 35: "Que, a juicio de este Tribunal, el **ejercicio del derecho de exclusivo que confiere una**

[21] SCHMITZ (2012) pp. 9-31
[22] Tribunal Constitucional, roles 245-246 (1996), 334 (2001), 505 (2007), 506 (2007) y 1215 (2009).
[23] Corte Suprema (chilena), rol 3029-2008, considerando 7°.

Actualidad Juridica 29 final.indd 596 21-01-14 11:45

marca comercial sólo puede constituir una infracción a la libre competencia en la medida que se aparte o desvíe de la función esencial del mismo […]Que la finalidad o función esencial del derecho de marcas de un colegio consiste en evitar la confusión en los consumidores sobre el origen empresarial de los servicios educacionales de su titular, es decir, diferenciar los servicios de unos establecimientos educacionales de los servicios prestados por otros, **permitiendo al titular de dicha marca captar la totalidad de los beneficios derivados de las inversiones que realice para posicionar sus servicios de educación en el mercado** […]"[24] (el destacado es nuestro).

También se ha reconocido, en numerosas sentencias, en términos **directos, el carácter de derecho de propiedad plena** que otorga la inscripción de la marca sin hacerse distinción alguna entre este derecho de dominio y el consagrado genéricamente en el numeral 24 de nuestra Constitución.

Así en la sentencia rol N° 1267-07 de la Corte de Apelaciones de Santiago se señala "Que, de este modo, existe un derecho de propiedad adquirido a favor del recurrente sobre la inscripción de la marca N°479.040, protegido por el artículo 19 N° 25 de la Constitución Política"[25]. En igual sentido la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que señala que "perturba el derecho de dominio sobre la marca comercial la resolución del organismo competente que, al renovar el registro de la marca inscrita, limita en forma arbitraria el alcance de la protección"[26].

III. Conclusiones

A modo de concluir el presente trabajo debemos señalar que si bien la legislación chilena no es tan enfática, se extrae claramente de las disposiciones constitucionales y legales que el derecho de propiedad sobre las marcas, si bien presenta una regulación especial, no cabe considerársele como un derecho esencialmente diverso en cuanto sus atributos.

Dando respuesta a la pregunta planteada en el encabezado, el derecho de marcas es un verdadero derecho de propiedad que confiere todos los atributos propios de esta, sin que pueda reducirse a un mero derecho de prohibición o exclusión respecto de terceros.

La doctrina y la jurisprudencia han tendido a darle igual alcance a tal derecho, ya sea reconociendo expresamente su calidad de derecho de propiedad común o

[24] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2008), rol 122-2006, considerandos 34° y 35°.
[25] Corte de Apelaciones de Santiago (2007), rol 1267-07.
[26] Corte de Apelaciones de Santiago (1987), rol 340-86.

Actualidad Juridica 29 final.indd 597 21-01-14 11:45

bien pronunciándose acerca de los atributos que confiere tal propiedad (siendo los mismos que los de la propiedad común). Incluso hoy en día la tendencia doctrinal ha ido en la dirección de acentuar la facultad de usar la marca toda vez que se encuentra íntimamente relacionada a la *distintividad* de la misma, siendo un elemento esencial para su existencia. Lo anterior se ha reflejado en proyectos legislativos que apuntan en esa dirección.

En atención a lo expresado, y más allá de cuál sea la resolución que internacionalmente se dé a los asuntos en disputa, creemos que no es procedente bajo el régimen chileno implementar medidas que desconozcan o impidan el uso de las marcas afectando la esencia de la propiedad que se tiene sobre dichas marcas, salvo que sea bajo el amparo de una ley expropiatoria. En ese sentido los tratados internacionales suscritos por Chile, como hemos visto, delegan en gran parte el contenido esencial del derecho marcario en la legislación interna, e incluso sus normas sustantivas (como el artículo 20 del ADPIC) en gran medida deben ser interpretadas a la luz de la legislación interna, sin que pueda existir contradicción entre las normas constitucionales y los tratados.

Así las cosas, la regulación de empaquetado genérico, contemplada en la forma que se establece en la ley australiana, no podría ser aprobada en Chile, toda vez que dada la intensidad de las restricciones que impone al uso de la marca, termina impidiendo su libre ejercicio y afectando uno de los atributos esenciales del derecho de propiedad industrial.

La regulación vendría a ser expropiatoria, y como tal debería cumplir con los requisitos constitucionales que se exigen para tales efectos (siendo trascendental la indemnización de perjuicios).

Bibliografía

Libros y artículos

ANGUS et al. (2012) "Plain Tobacco Packaging. A systematic review" disponible en:http://eprints.ioe.ac.uk/16381/1/Moodie_et_al._2012._Plain_Tobacco_Packaging._A_Systematic_Review.pdf [fecha de consulta 09/09/2013].

CEA, José Luís (2004) *Derecho constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo II.

DAVIDSON, Mark (2012) "The Bilateral Investment Treaty Dispute between Australia and Philip Morris Asia: What Rights are Relevant and How Have they Been Affected?" en *Transnational Dispute Management*, vol. 9 n° 5.

FERMANDOIS, Arturo (2010) *Derecho constitucional económico* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo II.

Actualidad Juridica 29 final.indd 598 21-01-14 11:45

FRANKEL, Susy, y GERVAIS, Daniel (2013) "Plain packaging and the interpretation of the TRIPS agreement", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, archivo todavía no publicado disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2234580 [fecha de consulta 09/09/2013].

GARCÍA-HUIDOBRO, Vladimir (1992) *Legislación sobre propiedad industrial: análisis, jurisprudencia y guía práctica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

IGLESIAS, Carmen (2003) *Estudio jurisprudencial de marcas y patentes* (Santiago, Editorial LexisNexis)

KURZWEIL, Ray (1999) *The age of spiritual machines* (Estados Unidos, Editorial Viking).

LARRAGUIBEL, Santiago (1995) *Tratado sobre propiedad industrial* (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur).

MITCHELL, Andrew (2013) "Big Tobacco´s legal challenges to plain packaging in Australia", disponible en http://www.alla.asn.au/conference/JSI/Mitchell-JSI-2013.pdf [fecha de consulta 09/09/2013].

MORALES, Marcos (2001) *Derecho marcario* (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur).

MORALES, Marcos (2008) "Marco normativo sobre derecho de marcas en Chile", en *Revista de Derecho* (Universidad Finis Terrae), vol. 12.

PADILLA (2010): *The impact of plain packaging of cigarretes in Australia:a simulation exercise*, disponible en: http://www.smoke-free.ca/plain-packaging/documents/industry-responses/Plain_packaging_simulation_PMI_Australia_100202.pdf [fecha consulta 12/09/2013].

SANDOVAL, Ricardo (2002) "Marcas comerciales y nombres de dominio", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), N°211, pp. 7-45.

SCHMITZ, Christian (2012) "Distintividad y uso de las marcas comerciales", en *Revista Chilena de Derecho* (Universidad Católica), vol. 39 pp. 9-31.

UNIVERSIDAD DE CHILE (2010) *Acercando la propiedad industrial*, disponible en http://www.uchile.cl/portal/investigacion/59287/manual-de-propiedad-industrial-u-de-chile [Fecha de consulta 09/09/13].

VELASCO, Rodrigo, y MORALES, Marcos coord. (2010) *Estudio de derecho y propiedad intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio, y NOGUEIRA, Humberto (2002) *Derecho constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional chileno

Tribunal Constitucional, roles 245-246 (acumulados), del 2 de diciembre de 1996.

Tribunal Constitucional, rol 334, de 21 de agosto de 2001.

Actualidad Juridica 29 final.indd 599 21-01-14 11:45

Tribunal Constitucional rol 505, de 6 de marzo de 2007.

Tribunal Constitucional rol 506, de 6 de marzo de 2007.

Tribunal Constitucional rol 1215, de 30 de abril de 2009.

Tribunales superiores de justicia chilenos (Corte Suprema y Corte de Apelaciones)

Corte Suprema rol 3029-2008, de 27 de mayo del 2010.

Corte de Apelaciones de Santiago rol 1267-07, de 27 de julio de 2007.

Corte de Apelaciones de Santiago rol 340-86, de 24 marzo de 1987.

Otros tribunales nacionales

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rol 122-2006, de 12 de marzo de 2008.

Tribunales extranjeros

Corte Suprema de Australia caso S389/2011, de 5 de octubre de 2012.

Corte Suprema de Australia caso S409/2011, de 5 de octubre de 2012.

Actualidad Juridica 29 final.indd 600 21-01-14 11:45

Las técnicas de reproducción humana asistida y su falta de regulación a causa del anacronismo de la legislación chilena

Astrid Cereceda Molina
Profesora ayudante de Bases del Orden Jurídico
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesora patrocinante: Natalia García S.

Resumen: En la época en que vivimos actualmente, la tecnología hace posible día a día la introducción de diversos cambios y progresos para la humanidad. Esto, como demostraremos en este trabajo, influye negativamente en el derecho, puesto que éste no se actualiza a la velocidad necesaria para adecuarse a los cambios mencionados, y consecuencialmente se produce una laguna, haciendo imposible la regulación de ciertos procedimientos, lo que hace necesario recurrir al derecho comparado o simplemente actuar sin encuadrarse en un marco regulatorio, situaciones que originan ciertas problemáticas que, como veremos, nos llevan a resultados absurdos.

*****

I. Introducción

Estamos inmersos en la era de la globalización, de la tecnología y de la inmediatez. Cada minuto que pasa está lleno de aconteceres alrededor del mundo, sucesos que llegan a nuestro conocimiento a través de la televisión, Internet, y muchas otras formas avanzadas de comunicación que se han incorporado a nuestro patrimonio desde hace ya algún tiempo. En otras palabras, si ocurriera algún suceso al otro lado del mundo, como por ejemplo lo que está sucediendo en Siria, ya no hay que esperar meses, ni siquiera días para que nosotros nos enteremos, aunque estemos a millones de kilómetros de distancia, sabemos lo que está sucediendo al instante. Existen otras áreas, diversas de las comunicaciones, en que los descubrimientos hechos por el hombre han dado paso a que logremos diversos propósitos, incluso eludiendo ciertos obstáculos que se pudieran presentar, tanto naturales como artificiales. Por consiguiente, hoy en día podemos decir que se acortan las distancias, desaparecen las fronteras, se alzan los obstáculos, la información no reconoce limitaciones, todo lo cual trasunta en mejores condiciones de vida de la población gracias a la tecnología producto de los estudios, procedimientos y los avances científicos.

Actualidad Juridica 29 final.indd 601 21-01-14 11:45

Como lo señala el autor Pablo Rodríguez Grez, estamos viviendo, hoy en día, un proceso de desarrollo científico-tecnológico y cada día se introducen "mayores recursos, instrumentos y conocimientos que revolucionan lo conocido hasta el día de hoy"[1]. Es gracias a estos avances de la ciencia, y específicamente de la medicina, que muchos de los problemas de la salud humana hoy pueden ser solucionados, o, al menos, mermados en sus efectos. Un ejemplo de esto es la infertilidad, que ha sido definida como "la incapacidad para lograr un embarazo después de 24 meses de relaciones sexuales intermitentes sin control contraceptivo"[2], y que gracias a la investigación y la tecnología de vanguardia, hoy, si bien no se soluciona el problema mismo de la infertilidad, ya que no ha sido posible, hasta ahora, encontrar una cura, existen las llamadas "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", las que vienen a atajar los efectos de dicha enfermedad, ya sea del hombre, la mujer, o ambos, y permite la procreación fuera del ámbito natural.

II. Aproximación a las técnicas de reproducción humana asistida

1. Concepto

Las técnicas de reproducción humana asistida, en general, y como procedimiento, se pueden definir como "todas aquellas técnicas mediante las cuales se trata de aproximar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo"[3]. Entonces, son procedimientos realizados con el fin de lograr un embarazo en todos aquellos casos en que naturalmente no es posible, ya que alguno de los progenitores padece algún tipo de condición o enfermedad que no se lo permite.

2. Tipos

Entre las modalidades de este tipo de reproducción encontramos:

1. Inseminación artificial de la mujer con semen del marido

2. Inseminación artificial de la viuda con semen del marido difunto

3. Inseminación artificial de la mujer con semen de un extraño

[1] RODRÍGUEZ (2006). p. 119

[2] Disponible en: http://www.medigraphic.com/pdfs/inper/ip-2001/ip012c.pdf. Consultada el: 12 septiembre 2013.

[3] Disponible en: http://www.nascentis.com/uploads/File/tecnicas_reproduccion_asistida.pdf, consultada el: 10 septiembre 2013.

Actualidad Juridica 29 final.indd 602 21-01-14 11:45

4. Implantación del óvulo de otra mujer fecundado por el marido de ésta en el útero de la madre sustituta, etc.

Para poder profundizar en este tema, y luego referirnos al anacronismo de la legislación nacional, debemos sintetizar lo que ha sido la historia de este tipo de reproducción.

3. Breve reseña histórica de las técnicas de reproducción humana asistida

La primera inseminación artificial exitosa fue llevada a cabo por el cirujano y anatomista escocés John Hunter, en el año 1790. Este procedimiento lo logró al inyectar con una jeringa caliente el semen de un hombre que padecía una anomalía congénita, denominada hipospadia, en la vagina de su mujer, realizando así la primera inseminación artificial en seres humanos. De este experimento resultó el nacimiento de un niño sano ese mismo año.

A su vez, la primera fertilización *In Vitro* con material reproductivo humano fue efectuada por John Rock y Miriam Minkin, en Harvard, en 1944, quienes cultivaron un óvulo humano y luego lo fecundaron en un tubo de ensayo, lo que dio como resultado el desarrollo de un embrión de dos células. Diez años después, en 1954 se logra el primer embarazo mediante inseminación artificial con semen crioconservado.

Sin perjuicio de los logros científicos mencionados con anterioridad, si consideramos a la fecundación in vitro como la práctica que todos conocemos hoy, es decir, como aquella practicada fuera del cuerpo de la madre, extrayéndole los óvulos para fecundarlos en una placa de Petri, son conocidos como los fundadores dos científicos británicos: el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe.

Fue en el año 1977, después de al menos 600 intentos fallidos de fertilizaciones in vitro, que se logró transferir al útero materno, un embrión de ocho células, y resultó viable.

En Julio de 1978, en Inglaterra, nació la primera niña que fue concebida *in vitro*, llamada Louise Brown. Luego de este logro, en 1980, en Australia, nació el segundo "bebé probeta", y en 1981 en Estados Unidos nace la primera "niña probeta".

En nuestro país, un grupo de médicos del Hospital Militar se trasladó a Estados Unidos en el año 1982 para aprender el procedimiento de la fertilización *in vitro.* Dos años después, se realizaba la primera fertilización *in vitro* exitosa en América Latina, logrando así que naciera el primer "niño probeta chileno", Aliro Franco.

Actualidad Juridica 29 final.indd 603 21-01-14 11:45

III. Consagración normativa a nivel nacional.

Es a raíz de los datos históricos anteriormente señalados, junto con las razones que a continuación se exponen, que concluimos que existe un anacronismo en la legislación nacional.

Respecto a la consagración normativa y al reconocimiento positivo de estas técnicas de reproducción en la legislación nacional, encontramos como único antecedente el artículo 182 del Código de Andrés Bello, dentro de las normas de la filiación, el cual fue incorporado por la Ley 19.585 publicada en el Diario Oficial el día 26 de octubre del año 1998.

En una primera instancia, el artículo en cuestión constaba de un inciso tercero, el que señalaba lo siguiente: "En consecuencia, el *uso de gametos de otra persona* en la fecundación no generará parentesco alguno, y no se admitirá la alegación de paternidad o maternidad de aquélla". Se puede desprender de este inciso tercero que se hace una mínima alusión al hecho de que el gameto puede ser de una tercera persona, y no necesariamente de los padres a que se refiere el Código Civil, esto es, al hombre y la mujer que se sometieron al tratamiento.

Como consta en la historia fidedigna de la señalada ley, en el informe complementario de la Comisión de Constitución, este inciso fue eliminado del artículo, por considerar que era un simple corolario de las reglas que le preceden y, por lo tanto, no se publicó junto con los otros dos incisos, que hoy forman parte del artículo tal y como lo conocemos, esto es, en el inciso primero se señala que "El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas", y en el inciso segundo, que "No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse otra distinta".

Hoy en día, la única regulación que existe en relación al tema es este mencionado artículo del Código Civil, en el que sólo se determina la filiación del hijo nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida y no se regulan estas últimas de forma más específica. En otras palabras, no existe legislación vigente que regule de manera exhaustiva esta materia. En el decir del profesor Hernán Corral, no se están legitimando estas técnicas de reproducción, sino que se están protegiendo "situaciones que de hecho se están dando o pueden darse en nuestra realidad social"[4]. Por lo tanto, no se pronuncia el artículo 182 del señalado cuerpo legal sobre la licitud de estos procesos, sino que se atiende, desde el punto de vista filiativo, a la situación del hijo concebido a través de estos métodos, sin considerar si la concepción fue de acuerdo con la ley o contra ella, puesto que aquellos –los métodos– hasta ahora, no han sido regu-

[4] Disponible en: http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf, consultada en: 5 agosto 2013.

Actualidad Juridica 29 final.indd 604 21-01-14 11:45

lados, de manera que a nuestro entender el legislador no tipificó los procesos biomédicos, sino que únicamente se refirió a la situación del fruto de éstos, es decir, a constatar la filiación del hijo engendrado mediante estas técnicas.

Como lo señalaba anteriormente, la ley que introduce este artículo al referido cuerpo legal, Ley 19.585, es del año 1998, por lo que han transcurrido 15 años desde que se hizo alusión al tema de las técnicas de reproducción humana asistida en Chile, 35 años desde que nació la primera "niña probeta", y, por supuesto, hay que mencionar los 29 años desde que se procedió a la primera fertilización *in vitro* en nuestro país.

No sería correcto señalar que nuestro legislador ha quedado obsoleto en la regulación de este tema, ya que esto implicaría sostener que existe algún tipo de normativa referida al mismo. En el ámbito nacional, el Congreso simplemente ha omitido su deber de adecuar la ley a la época para satisfacer las necesidades de la sociedad, en circunstancias que los procedimientos a través de los cuales se llevan a cabo las técnicas de reproducción humana asistida no han sido objeto de regulación hasta el día de hoy, razón por la cual muchos de los Centros Médicos que practican dichos procedimientos han optado por regirse por normas extranjeras, o peor aún, por norma alguna.

IV. Situación en el derecho comparado.

Todo esto lo menciono tomando en consideración que en el derecho comparado existe regulación, si bien exigua en ciertos países, en otros se encuentra ampliamente regulado. A continuación nos referiremos a la normativa existente en algunos de estos países, con el objeto de hacer posible una comparación con la legislación chilena.

– En España, el tema es regulado mediante la ley 14/2006 sobre reproducción humana asistida. Dicha ley reglamenta las mencionadas técnicas, al menos en los términos de quiénes son los usuarios o los destinatarios de esta ley, los efectos en relación a la filiación, quiénes pueden practicar estos procedimientos, las condiciones de funcionamiento de los centros de reproducción asistida, registros de donantes, regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, etc.

– En el caso de Inglaterra, encontramos el Acta de la Fertilización Humana y Embriología (HFE Act) de 1990, que constituye las bases para toda la legislación inglesa relativa a las clínicas de fertilidad y de la investigación con embriones. Esta entidad es responsable del otorgamiento de licencias y del control de las clínicas que practican fertilización in vitro, y, adicionalmente, dio origen al Código de Conducta con orientaciones sobre las actividades

Actualidad Juridica 29 final.indd 605 21-01-14 11:45

con licencia y mantiene un registro de la información de los donantes, tratamientos y los niños nacidos producto de las técnicas de reproducción humana asistida.

– Por otro lado, en Estados Unidos, a nivel federal son tres las agencias que regulan las técnicas de reproducción asistida: Los centros de control de enfermedades y prevención, quienes recogen y publican información de los procedimientos de las mencionadas técnicas; la FDA (*Food and Drug Administration*), que se preocupa de la aprobación del uso de drogas, productos biológicos, dispositivos médicos, y tiene jurisdicción sobre la investigación y las pruebas de los tejidos reproductivos, como la donación de óvulos y espermatozoides; y en tercer lugar, los CMS (*Centers for Medicare & Medicaid Services*), que son los centros responsables para la implementación del Acta de la Mejora del Laboratorio Clínico, para asegurar la calidad de las pruebas de laboratorio. Es necesario mencionar que en este país las técnicas de reproducción humana asistida son reguladas por estas tres entidades y por entidades privadas, y no por leyes propiamente tales, lo que permite una mejor adecuación a las necesidades de la sociedad, al ser menos engorroso el cambio de estas normas.

V. ¿Qué pasa en la actualidad?

Cabe preguntarnos por qué no se ha tratado este tema a nivel de nuestros órganos colegisladores, ya que efectivamente hay, hoy en día, centros médicos que practican estos procedimientos, pero que al no haber regulación nacional, se acogen a la legislación extranjera. Actualmente y siempre ha sido "importante que estas actividades se ciñan a normas claras y que se evite toda suerte de abuso, exceso o disfunción. Tampoco puede crearse un espacio en que primen la duda y la incertidumbre"[5]. Es inconcebible que nuestros honorables congresistas tarden tanto en preocuparse de un tema tan trascendental, como lo es la reproducción asistida, y por lo tanto en legislar sobre el tema. Debemos concluir, entonces, que esta es una de las mayores razones por las que se ha considerado que el Derecho "es una fuerza conservadora que, en cierta medida, frena los cambios, porque se demora –a veces demasiado– en adaptarse a ellos"[6] . A raíz de esto es que señalamos que "las normas deben recoger un mínimo convencional y ético predominante en la sociedad"[7], lo que se traduce en que éstas deben expresar los "valores, preferencias, hábitos y costumbres que orientan nuestro comportamiento en todas las relaciones intersubjetivas", permitiendo así que el legislador sea proactivo y que por lo tanto se anticipe a

[5] RODRÍGUEZ (2006), p.129.
[6] Ibid., p.118.
[7] RODRÍGUEZ (1999), p. 117

Actualidad Juridica 29 final.indd 606 21-01-14 11:45

los cambios que se puedan producir en nuestra forma de actuar o la manera de concebir ciertas situaciones; esto en oposición a ser reactivo, es decir, que actúe legislando después de que se han asentado los mencionados valores, preferencias, hábitos y costumbres.

Por último, consideramos necesario señalar que el proyecto de ley que trata sobre las técnicas de reproducción humana asistida fue archivado el día 20 de agosto del año 2008, en virtud del artículo 36 bis inciso segundo del reglamento del Senado, el que señala que "transcurrido el plazo de dos años sin que la Comisión se hubiere pronunciado sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, éstos pasarán automáticamente al archivo". Por consiguiente nos es forzoso concluir que el legislador no lo considera de la relevancia necesaria, puesto que hubo dos años de inactividad legislativa, la que no se ha vuelto a retomar hasta el día de hoy.

VI. ¿Por qué no se ha regulado sobre la materia en nuestro país?

Como fue señalado anteriormente, el proyecto de ley Sobre Reproducción Humana Asistida, moción presentada por el Senador Mariano Ruiz-Esquide, ingresó al Senado como primer trámite constitucional con fecha 18 de julio de 2006. Posteriormente, luego de dos años, el proyecto fue archivado con fecha 20 de agosto de 2008. Debemos mencionar que las razones por las cuales el proyecto fue archivado se circunscriben a la inactividad legislativa.

Con respecto a este tema, debemos señalar que el legislador no ha manifestado su voluntad ni aun lo suficiente para alcanzar el segundo trámite constitucional, como tampoco ha expresado las razones por las cuales desecha el proyecto, ya que éste no fue expresamente rechazado, sino que simplemente se dejó de actuar, lo que llevó al archivo del mismo en virtud del artículo 36 bis, inciso segundo, del Reglamento del Senado.

En cuanto a las razones que nosotros estimamos probables por las cuales se produjo la mencionada inactividad, encontramos, desde luego, la falta de interés por parte del legislador en manifestar su voluntad con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, sin desconocer la importante carga valórica que este tipo de materias lleva consigo, y que trae como consecuencias pugnas ideológicas que entrampan proyectos de ley de esta naturaleza, o incluso impiden su sola presentación para generar un debate al respecto.

Ahora, ¿por qué consideramos que existe una falta de interés? Creemos que el legislador, de alguna manera, ha cerrado los ojos frente a este tema, omitiendo enfrentarse a lo que significa la regulación de las mencionadas técnicas,

Actualidad Juridica 29 final.indd 607 21-01-14 11:45

intentando evitar, a nuestro parecer, la problemática que pudiera producirse de haber una reglamentación, esto es, por ejemplo, limitar los destinatarios de la norma, establecer requisitos para los procedimientos, señalar las cualidades que deben tener los Centros Médicos que están autorizados para llevar a cabo las técnicas de reproducción humana asistida, etc.

Por otro lado, creemos necesario destacar que la falta de regulación no se ha producido por una frustración del proyecto en el Congreso. En otras palabras, que no haya norma al efecto no es consecuencia de una falta de acuerdo entre los parlamentarios, sino que simplemente el legislador se ha quedado paralizado en sus funciones, al menos respecto del tema en cuestión.

VII. Problemática de la ausencia de regulación.

Creemos que a consecuencia de la inactividad legislativa pueden resultar ciertos inconvenientes difíciles de solucionar, sobre todo cuando la laguna legal que se produce, si la integramos de acuerdo a las normas generales, lleva a resultados absurdos.

Como lo señaláramos anteriormente, existen diversos tipos de técnicas de reproducción humana asistida, como lo son, entre otras, la inseminación artificial y la fertilización *in vitro*, las que, en términos muy generales, aproximan artificialmente el espermio al óvulo, con el objeto de lograr un embarazo. Debemos destacar que muchas veces el óvulo o el espermio de los padres que se están sometiendo a este procedimiento no son lo suficientemente fuertes, por así decirlo, para lograr una fecundación, por lo que se hace necesario recurrir a una donación de estos gametos, donación que, por supuesto, tampoco ha sido objeto de regulación.

Para explicar los problemas que puede producir la ausencia de regulación, consideramos necesario recurrir a un caso concreto: mencionamos anteriormente el contrato de donación de gametos, y específicamente nos referiremos a la donación de ovocitos, es decir, los gametos femeninos. Este contrato no tiene ninguna regulación más que dos normas que se refieren directa o indirectamente a él: el artículo 145 del Código Sanitario señala que "El aprovechamiento de tejidos o *partes del cuerpo* de un donante vivo, para su injerto en otra persona, sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos", y el artículo 17 del Reglamento del Libro IX del mismo cuerpo normativo, que señala que "Las disposiciones de este reglamento no se aplicarán a las donaciones de espermios, óvulos, sangre, médula ósea, huesos, piel, fanereos, así como a todo producto de la concepción que no llegue a nacer vivo, todas las cuales se perfeccionarán por la sola voluntad del donante manifestada sin formalidad alguna". Por lo tanto, el primero de los artículos mencionados permite tácita-

Actualidad Juridica 29 final.indd 608 21-01-14 11:45

mente la celebración de contratos a título gratuito respecto de tejidos o partes del cuerpo, siempre que sean con fines terapéuticos, es decir, que se permite la donación de partes del cuerpo, en este caso, de los gametos femeninos. El segundo artículo señalado dispone que las donaciones de partes del cuerpo mencionadas en él, se perfeccionan sin formalidad alguna, estableciendo así, la consensualidad del contrato en análisis.

Por otro lado, nos encontramos con una disposición interesante: el artículo 152 del Código Sanitario, que prescribe que "Será *nulo y sin ningún valor* el acto o contrato que, a título oneroso, contenga la promesa o entrega de un tejido o parte del cuerpo humano para efectuar un injerto".

Nos planteamos la siguiente interrogante: ¿cuál es el alcance de la nulidad del contrato celebrado a título oneroso? Al no haber norma excepcional que disponga otra cosa, debemos, lógicamente, aplicar las reglas generales, es decir, si conjugamos los artículos 10, 1466 y 1682 del Código Civil, podemos desprender que se trata de una nulidad absoluta por objeto ilícito. En este sentido, los efectos de la nulidad que resultan de aplicar, en primer lugar, el artículo 1687, daría derecho a las partes para ser retrotraídas "*al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*", por lo tanto, podría solicitar la restitución del ovocito al Centro Médico (donatario) y éste solicitar la restitución de la compensación económica otorgada y, además, exigir el pago del tratamiento médico que fue necesario para obtener dichos ovocitos. Siguiendo la misma línea, en el evento que los gametos femeninos hayan sido destinados a lograr el embarazo de una determinada mujer que se ha sometido a los procedimientos de las técnicas de reproducción asistida, en virtud del artículo 1689, una vez declarada la nulidad del contrato la donante podría ejercer la acción reivindicatoria contra esta tercera poseedora. Estos precisos resultados son, a nuestro parecer, un absurdo, puesto que son imposibles de cumplir, de llevar a cabo, ya que no se podría ejercer una acción reivindicatoria sobre un gameto que se ha transformado en un *nasciturus* o en una persona.

Es por estas razones que planteamos la tesis de que la falta de interés del legislador puede llevar a situaciones tan irracionales como la planteada anteriormente, situaciones que, a nuestro entender, podrían solucionarse si los parlamentarios permitieran que nuestra disciplina se adecuara a la realidad social, llevando a discusión ciertos temas que son de gran relevancia, regulando materias que corresponden a la época en que actualmente estamos viviendo y así no ser tildados de anacrónicos.

Actualidad Juridica 29 final.indd 609 21-01-14 11:45

Conclusiones

Cada día existen nuevos avances tecnológicos, nuevos descubrimientos. La tecnología se inserta con fuerza en nuestro diario vivir, tanto en el ámbito de las comunicaciones, la medicina, etc. Frente a esto, debemos señalar que lamentablemente nuestra disciplina puede, en algunos casos, llegar a ser un obstáculo para el desarrollo, ya que el derecho no se actualiza con la misma rapidez con que lo hace la ciencia, y por lo tanto existen casos en que no encontramos normativa aplicable, como consecuencia de lo lánguido y engorroso del proceso de creación de las leyes.

Estimamos que no se trata de regular exhaustivamente todos los procesos tecnológicos, ya que dicha regulación quedaría obsoleta en un abrir y cerrar de ojos; somos de la opinión de establecer un marco regulatorio, estatuir las bases, y así cumplir con la tarea de regular, dando, a su vez, una amplia libertad para el progreso tecnológico sin caer en el problema del anacronismo legislativo.

En especial, y respecto del tema analizado en la presente ponencia, esto es, las técnicas de reproducción humana asistida y su falta de regulación, es que sostenemos que se presenta un gran desafío para nuestro derecho, tendiente a provocar la regulación con la premura y celeridad que estos procesos biomédicos exigen. Con ello, no queremos plantear como un imperativo el que nuestra legislación se transforme en un paradigma sobre regulación, ya que hay ciertos aspectos que si bien no se encuentran tipificados por el ordenamiento jurídico, son calificados de legítimos o ilegítimos. Lo que señalamos es que, sobre la materia en cuestión, es deber de los órganos colegisladores el recoger la realidad que sobre estas prácticas se ha generado, de manera de instituir, al menos, los marcos, las bases a las cuales deben sujetarse dichos procesos.

Constantemente se presentan diversos desafíos para el derecho, lo cual obedece a su naturaleza de ciencia social y el objeto de su regulación, la conducta humana, de manera que constituye una lucha diaria el ir adecuando nuestra legislación a las necesidades de su tiempo.

Bibliografía

BANDA VERGARA, Alfonso (1998): "*Dignidad de la persona y reproducción humana asistida*". [Fecha de consulta: 23 agosto 2013]. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200001&script=sci_arttext

CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Elena, y BUSTOS LOPEZ, Héctor Hugo (2001): "*La ruta del padecer de mujeres con un diagnostico de infertilidad*" [Fecha de conulta: 12 septiembre 2013]. Disponible en: http://www.medigraphic.com/pdfs/inper/ip-2001/ip012c.pdf

Actualidad Juridica 29 final.indd 610 21-01-14 11:45

CORRAL, Hernán (2010): "*Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil*" [fecha de consulta: 5 septiembre 2013]. Disponible en: http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf

HISTORIA DE LA LEY 19.585

NASCENTIS: "*Técnicas de Reproducción asistida*" [Fecha de consulta:10 septiembre 2013]. Disponible en: http://www.nascentis.com/uploads/File/tecnicas_reproduccion_asistida.pdf

OUELLETTE, Alicia, et al. (2005): "*Lessons across the pond: assisted reproductive technology in the United Kingdom and the United States"*.[Fecha de consulta: 15 agosto 2013]. Disponible en: http://www.rockinst.org/pdf/health_care/2005-lessons_from_across_the_pond.pdf

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999): *El derecho como creación colectiva* (Santiago, Ediciones Jurídicas Universidad del Desarrollo).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2006): "Hacia un nuevo derecho de familia", en *Actualidad Jurídica,* Año VII, Nº 13: pp. 117-136.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (2011): "¿Es constitucional la norma del inciso 2º del artículo 182 del Código Civil chileno, que impide impugnar la filiación determinada del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o reclamar una filiación distinta?", en *Actualidad Jurídica*, Año XII, Nº 23: pp. 161-192.

VITANOVA. "*Fecundación in vitro*" [fecha de consulta: 5 agosto]. Disponible en: http://vitanovaclinic.ru/es/eko/

Actualidad Juridica 29 final.indd 611 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 612 21-01-14 11:45

Documento electrónico, firma electrónica y formación del consentimiento por medios tecnológicos.

Isabel Warnier R.
Profesora auxiliar Derecho Civil IV
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesor patrocinante: Hugo Rosende

Resumen: El presente artículo ofrece una visión general acerca de la ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica, y servicios de certificación de dicha firma, con especial énfasis en la formación del consentimiento mediante documentos suscritos a través de medios tecnológicos.

*****

Introducción.

La Ley Nº 19.799[1] sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicio de certificación de dicha firma[2] contiene diversas disposiciones generales relativas a su objeto, a los principios en que se funda y a definiciones novedosas para el campo jurídico, tales como **"*firma electrónica*", "*documento electrónico*" o "*prestador de servicios de certificación*".**

Asimismo, la ley regula el uso de estas tecnologías en la Administración Estatal, la actividad de las empresas que posibilitarán la generación de firmas digitales, otorga competencia al Ministerio de Economía para fiscalizar a algunas de estas empresas y consagra una serie de derechos y obligaciones para quienes al firmar electrónicamente sean usuarios de los servicios de certificación.

Cabe precisar que el legislador se preocupó de enunciar los principios fundamentales en que se encuentra inspirada la norma, lo cual tiene por objeto darle una aplicación finalista, esto es, una interpretación que privilegie los objetivos

[1] Cada vez que en la presente ponencia se mencione un artículo o ley en general, sin señalar ley o código específico, deberá entenderse referido a la Ley Nº 19.799 sobre "documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma".

[2] La ley Nº 19.799 fue publicada en el Diario Oficial de 12 de abril de 2002 y el Reglamento a que se refiere su artículo 10, se dictó mediante Decreto Supremo Nº 181 de Economía, de 17 de agosto del año 2002.

Actualidad Juridica 29 final.indd 613 21-01-14 11:45

que se ha planteado el cuerpo normativo. En otros términos, los jueces deberán aplicarla con sentido teleológico para lograr satisfacer los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico, dando a cada una de sus disposiciones el sentido que mejor cuadre con aquellos. Se trata de una buena técnica legislativa, que ya se empleó, por ejemplo, en la Ley Nº 19.880 sobre procedimientos administrativos.[3]

Es así como el artículo 1º inciso 2º de la Ley Nº 19.799 dispone que

> "*las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel*".

El legislador a continuación señala de forma expresa que "*toda interpretación de los preceptos de esta ley deberá guardar armonía con los principios señalados*".

Dicho espíritu se desprende asimismo de lo dispuesto en el Mensaje Nº 158-342 en virtud del cual el Presidente de la República inicia el proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, por cuanto dispone:

> "*como reglas especiales, estos principios han de tener prioridad sobre las reglas comunes de interpretación, para evitar que cualquier interpretación demasiado literal perjudique el sentido de fomento que tiene este proyecto, así como para permitir su necesaria interpretación evolutiva y tecnológicamente neutra*".

Sin lugar a dudas, el principio de equivalencia del soporte electrónico al soporte papel debe ser considerado como un principio de la mayor importancia en la mentada Ley.

En el Mensaje del Presidente de la República se señala que

> "*el Proyecto de Ley que se presenta a la Honorable Cámara de Diputados, tiene como propósito principal sentar un marco legal que otorgue a los actos y contratos celebrados por medios electrónicos de comunicación, el mismo reconocimiento y protección ante la ley que reciben los celebrados de manera convencional, es decir, en soporte de papel*".

Dicho criterio fue plasmado, entre otros, en la primera parte del artículo 3º de la Ley Nº 19.799, en cuanto señala que: "*los actos y contratos otorgados o*

[3] A propósito de esta técnica legislativa, utilizada en diversos cuerpos legales, se pronuncia de manera expresa en sentido positivo el profesor Pablo Rodríguez Grez, en revista *Actualidad Jurídica* "Nuevas tendencias en el Derecho Civil", Universidad del Desarrollo, 2004, p. 10.

Actualidad Juridica 29 final.indd 614 21-01-14 11:45

celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel".

Como consecuencia de ello, el inciso final de la norma citada dispone que *"la firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes*".

La consecuencia de que la firma electrónica otorgue efectos jurídicos al documento electrónico se debe a que ésta permite que aquellos sean "fiables", solucionando los problemas que se derivan del tratamiento electrónico de datos, en particular la facilidad con la que pueden ser adulterados, copiados, y la imposibilidad que se tiene de conocer con cierta seguridad de la autoría del contenido del documento.

La importancia de la firma electrónica está dada por la posibilidad de vincular el contenido o declaración de un documento con una determinada persona y, en tal sentido, por el deseo de obligarse con lo que en dicho instrumento consigna. Lo anterior, asociado a la posibilidad de determinar con mayor o menor grado de certeza a la persona que suscribe el documento y la posibilidad de repudiar el mismo, llevó al legislador a reconocer un diferente valor probatorio teniendo en consideración la naturaleza de la firma que fue utilizada para la suscripción del documento.[4]

La finalidad de la norma es sentar un marco legal que otorgue a los actos y contratos celebrados por medios electrónicos de comunicación el mismo reconocimiento y protección ante la ley que reciben los celebrados de manera convencional, es decir, en soporte de papel, recogiendo la experiencia del derecho comparado existente sobre el particular. Empero, tal como se reconoció expresamente en el proyecto de ley, se pretendía recoger esta realidad "*sin alterar el ordenamiento jurídico vigente. La gran mayoría de los contratos señalados son consensuales, esto es, se perfeccionan por el mutuo consentimiento de las partes, consentimiento que, por supuesto, se puede manifestar a través de documentos electrónicos*". Según se verá más adelante, se consideraron excepciones a la homologación referida.

Cabe hacer presente que de acuerdo a la historia fidedigna del establecimiento de esta ley, se tomó como referencia la experiencia comparada internacional, en particular la Ley Modelo y el proyecto de Régimen Uniforme para las Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

[4] CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo. "El documento Electrónico. Aspectos Procesales". *Revista Chilena de Derecho Informático* N°4, Santiago, 2004. p. 93.

Actualidad Juridica 29 final.indd 615 21-01-14 11:45

Internacional (UNCITRAL), así como extensas consultas con expertos de los sectores público y privado.[5]

El documento electrónico y su equivalencia funcional con el instrumento de papel.

Documento electrónico, definido en la letra d) del artículo 2º de la Ley, es "*toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios tecnológicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior*."

Conforme a la normativa existente sobre la materia, los documentos electrónicos poseen los mismos elementos que un documento escrito en soporte papel. De esta manera, es aplicable el **Principio de Equivalencia Funcional,** toda vez que el artículo 3º de la ley ha homologado o equiparado de manera general a los documentos e instrumentos tradicionalmente soportados en papel o escriturados y firmados holográficamente para realizar actos o celebrar contratos, con aquellos que hoy en día se soportan en archivos electrónicos y se envían o intercambian mediante redes computacionales para realizar actos y contratos electrónicos, a distancia y entre ausentes, los que la ley reputa como escritos.

De conformidad con lo dispuesto en la disposición antes señalada,

> "*Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y*

[5] Conforme consta de la historia fidedigna de la ley, se consultaron las siguientes legislaciones extranjeras: a) La ley de Utah, la primera ley sobre firma electrónica que se aprobó en Estados Unidos (1995) y que regula la firma electrónica en base al sistema de criptografía; establece una autoridad licenciante de los certificadores y reconoce las consecuencias jurídicas de las firmas electrónicas, siendo equiparadas a las firmas manuscritas. b) El modelo de Uncitral, de 1996, que tiene como objeto formular ciertas recomendaciones para que los Estados las consideren cuando promulguen o revisen sus leyes que tengan como objeto regular o fomentar el comercio electrónico. Su principal objetivo es superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten el empleo cada vez mayor del comercio electrónico, los que consisten en la imposición de requisitos de documentación tradicional con soporte de papel. La ley modelo adopta un nuevo criterio: el del "equivalente funcional". Asimismo hace equivalente u homologa la firma manuscrita a la electrónica. c) La ley alemana, primer país en Europa en aprobar ley sobre la materia (1997). Dicha ley de firma electrónica se refiere, especialmente, a los requisitos del contenido de los certificados de clave de firma y las condiciones mínimas que ha de satisfacer un servicio de certificación para poder emitir certificados. d) La Directiva de la Unión Europea (1999) sobre un Sistema Común para Firmas Electrónicas. Dicha Directiva señala que la firma electrónica adjuntada a un documento electrónico tiene exactamente el mismo valor legal que la firma manuscrita adjuntada a un documento escrito en soporte de papel. e) La ley española, Real Decreto Ley 14/1999. Esta ley crea un sistema en que los usuarios certifican la firma electrónica avanzada con prestadores de servicios de certificación, quienes llevan el registro de las claves públicas. Los prestadores pueden emitir certificados reconocidos en conformidad con la ley o no, y depende de los usuarios la preferencia por unos u otros; pero los certificados reconocidos para ser tales han de cumplir una serie de requisitos establecidos en la ley. f) La ley federal norteamericana de 2000 (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act). Establece una regla general de validez para todos los actos o transacciones celebrados por medios electrónicos.

Actualidad Juridica 29 final.indd 616 21-01-14 11:45

producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.

En consecuencia, todo aquello contenido en formato electrónico tiene la misma validez, real y jurídica, que un documento en papel, y sólo deberá estarse a la naturaleza del documento y a las partes que han intervenido en su elaboración o suscripción para determinar qué tipo de instrumento se trata.

Resulta especialmente relevante el inciso 2º de la norma precedentemente citada, que señala textualmente que:

"*lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes*:

a) Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documentos electrónico;

b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y

c) Aquellos relativos al derecho de familia.

La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes".

Los documentos electrónicos y su valor como instrumentos públicos.

A su turno, el artículo 4º señala que los documentos electrónicos que tengan la calidad **de instrumento público** deberán suscribirse mediante **firma electrónica avanzada**. Por su parte, el artículo 5º dispone que:

"*Los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio y, en el evento de que se hagan valer como medio de prueba, habrá de seguirse las reglas siguientes:*

1. Los señalados en el artículo anterior, harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales, y

2. Los que posean la calidad de instrumento privado, en cuanto hayan sido suscritos con firma electrónica avanzada, tendrán el mismo valor probatorio

Actualidad Juridica 29 final.indd 617 21-01-14 11:45

señalado en el número anterior. Sin embargo, no harán fe respecto de su fecha, a menos que éste conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado.

En el caso de documentos electrónicos que posean la calidad de instrumento privado y estén suscritos mediante firma electrónica, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales."

Luego, el Título II de la ley refiere al uso de firmas electrónicas por los órganos del Estado, autorizando en el artículo 6º a "*los órganos del Estado a ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolo por medio de firma electrónica*". Hacen excepción a esta regla, las "*actuaciones para las cuales la Constitución Política o la ley exija una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, o requiera la concurrencia personal de la autoridad o funcionario que deba intervenir en ellas*." Como contra excepción, el inciso 3º del artículo 6º, dispone que "*lo dispuesto en este título no se aplicará a las empresas públicas creadas por ley, las que se regirán por las normas previstas para la emisión de documentos y firmas electrónicas por particulares*".

En este sentido, el artículo 7º de la ley dispone expresamente que:

"Los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel.

Con todo, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de éste, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada".

Analizando el tema respecto de los órganos de la Administración del Estado, el Reglamento enumera los siguientes instrumentos públicos que, en el evento de optarse por la firma electrónica respecto de ellos, deben ser suscritos necesariamente utilizando la firma electrónica avanzada:

a. Los decretos y resoluciones;

b. Los acuerdos de órganos colegiados;

c. Los contratos;

d. Cualquier otro documento que exprese la voluntad del órgano o servicio público de la administración del Estado en ejercicio de sus potestades legales;

e. Todo documento que revista la naturaleza de instrumento público o aquellos que deban producir los efectos jurídicos de éstos.

Actualidad Juridica 29 final.indd 618 21-01-14 11:45

En cuanto a las personas, la legislación posibilita que las mismas personas puedan relacionarse con los órganos del Estado a través de técnicas y medios electrónicos con firma electrónica, siempre que se ajusten al procedimiento descrito por la ley y que tales técnicas y medios sean compatibles con los que utilicen dichos órganos.[6]

Algunas nociones acerca de la formación del consentimiento, de las diversas clases de contratos en relación a su perfeccionamiento.

Preliminarmente, cabe señalar que se ha entendido que la formación del consentimiento en un contrato es un proceso que recorre dos etapas distinguibles entre sí: la oferta y la aceptación. La oferta es un acto jurídico unilateral, por el cual una persona le propone a otra la celebración de una determinada convención, mientras que la aceptación es el acto jurídico unilateral por el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella.[7]

Determinar el momento en que se forma el consentimiento tiene importancia práctica, como se desprende de los aspectos que destacamos a continuación, según tradicionalmente se trata: (i) en lo que respecta a la capacidad de las partes; éstas deben ser capaces al momento de perfeccionar el contrato; (ii) en lo que respecta al objeto del contrato; ha de ser lícito al momento de celebrarse la convención; (iii) en lo que respecta a las leyes que se aplicarán al contrato, se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración[8]; (iv) en lo que respecta a los efectos del contrato, él producirá sus efectos desde el momento en que se perfecciona; y (v) en lo que respecta a la retractación del oferente, una vez formado el consentimiento, el oferente no puede retractarse válidamente, estando obligado a cumplir el contrato.[9]

Ahora bien, el lenguaje coloquial para referirse al nacimiento de un contrato usa la expresión "*celebrar*", empero la expresión técnica para decir que un acto jurídico ha nacido en conformidad a la ley y se encuentra en aptitud para producir sus efectos se utiliza el término "*perfeccionar*". Así, al momento de perfeccionarse el contrato, se inicia su vigencia y las partes adquieren sus calidades de tales. Dentro de esta clasificación, se distinguen las siguientes clases de contratos:

---

6 Véase art. 8º de la Ley Nº 19.799.

7 En esta materia el Código Civil chileno mantuvo un total silencio, por lo que el Código de Comercio suple una sensible omisión, reglamentando así la formación del consentimiento en los artículos 97 al 108 de dicho código.

8 Artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes.

9 Cabe hacer presente que esta es la regla general en materia contractual, sin perjuicio de que en aquellas convenciones que se encuentran sujetas a las disposiciones de la Ley Nº 19.496, tiene aplicación lo previsto en el artículo 3º bis, disposición que regla el denominado derecho a retracto, aplicable a la contratación electrónica.

Actualidad Juridica 29 final.indd 619 21-01-14 11:45

a. Contrato consensual: Es el que se perfecciona por el solo consentimiento. Basta con la manifestación concordante de la voluntad del oferente y el aceptante para que el acto jurídico sea perfecto. La manifestación de la voluntad pura y simple es apta para dar el perfeccionamiento al acto. Esta es la regla general del derecho civil, en donde se utiliza el principio de que la palabra empeñada basta para obligar a las personas. Sin embargo, el Código Civil comprendió que las palabras, sin estar formalmente recogidas más allá del propio lenguaje, podían perderse o desdibujarse en el tráfico civil, y por ello impone la escrituración, como regla, en los actos consensuales. Pero lo hace por vía negativa, disponiendo que los actos que deben consignarse por escrito no pueden probarse por testigos[10]. De esta manera, la escrituración recoge el sentido de acuerdo reducido al lenguaje que se convierte en el contenido formal que da cuenta del tenor de la obligación. Con todo, esa limitación probatoria sólo rige en materia civil, y únicamente respecto de obligaciones que han de consignarse por escrito, que son aquellas que provienen de actos jurídicos o contratos que contienen la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de dos unidades tributarias.[11]

b. Contratos solemnes: Para que sean perfectos, se requiere la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen efectos civiles. En el contrato solemne, la sola manifestación de voluntad no es capaz de perfeccionar el contrato, es más, en el acto jurídico solemne la voluntad tiene que manifestarse a través de ciertas formas externas que la contienen, de tal manera que sin estas formas, no hay voluntad. Las formalidades son aquellas que van incorporadas al perfeccionamiento del acto jurídico, que sirven para contener la voluntad. Cuando un acto jurídico es solemne, la solemnidad exigida por ley es necesariamente la manera en que se debe manifestar la voluntad. Las solemnidades legales, en consecuencia, son aquellas que crea la ley, y como tal, son las que dan el carácter de solemne a la realización del acto. Si un acto jurídico es solemne por ley, y si dicha solemnidad no se cumple, el acto se mirará como no celebrado o no ejecutado.[12]

Las formalidades pueden ser de diversa índole: instrumentos públicos o privados, presencia de un funcionario, testigos, etc. Pero sólo son solemnidades aquellas que la ley prescribe en atención a la naturaleza del acto en sí mismo. Las formalidades que se imponen en razón de la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen no son solemnidades, sino

[10] Conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil, "No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido constar por escrito."

[11] Ver Artículo 1709 del Código Civil.

[12] Cabe destacar que las partes también pueden acordar ciertas formalidades, en cuyo caso el origen es voluntario y no legal, tal como lo contempla el artículo 1802 del Código Civil, respecto de la compraventa de cosas diversas a los bienes raíces, censo, servidumbre y las de una sucesión hereditaria.

Actualidad Juridica 29 final.indd 620 21-01-14 11:45

formalidades habilitantes o de protección de determinadas personas. Por eso, no todos los requisitos externos son solemnidades. Se distinguen: solemnidades propiamente tales, formalidades habilitantes e instrumentos "*ad probationem*", cuya omisión produce nulidad absoluta, relativa, ineficacia respecto de terceros o privación de un medio de prueba, respectivamente.

c. Contrato real: Es aquel que se perfecciona con la entrega de la cosa a que se refiere, como sucede por ejemplo en el caso del mutuo, comodato, depósito o prenda. Aquí no basta con el consentimiento, la ley exige la entrega de la cosa a que se refiere el acto. Los contratos reales generan la obligación de restituir, y no puede existir restitución sin entrega. La existencia de esta clase de contratos está subordinada al cumplimiento de una prestación previa de parte del futuro acreedor y puesto que consiste en la entrega de una cosa se les denomina reales. Todos generan la obligación de restituir y la previa entrega de la cosa que ha de restituirse es, por lo tanto, indispensable.[13]

Perfeccionado el contrato de la manera que se ha indicado precedentemente conforme a su naturaleza, de conformidad con el principio de la fuerza obligatoria, previsto en el artículo 1545 del Código Civil, el contrato "*es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".

De esta manera, el Código Civil eleva a la categoría de ley el convenio libre y lícitamente concertado. Por cierto, se exige un mínimo de requisitos: capacidad legal de los contrayentes, el consentimiento no viciado, la existencia de un objeto lícito y de una causa lícita. Cumpliéndose con esas condiciones, los particulares son libres y soberanos para concertar los contratos que deseen.

En este panorama general, la irrupción de nuevas tecnologías permite afirmar que la escrituración en papel no es la única manera de consignar una obligación contractual por escrito. Las nuevas tecnologías permiten la formación del consentimiento por vehículos tecnológicos que permiten consignar el respectivo acuerdo en soportes distintos al papel. En muchos casos, el lenguaje usado es sólo un instrumento de traducción, pues el contenido intrínseco del acuerdo está registrado en un lenguaje informático o electrónico.[14] Estos documentos electrónicos, para efectos procesales, han debido ser homologados respecto de su suscripción (firma) y fecha. A este respecto, deben tenerse presente las normas de la ley y su última reforma, que modifica algunas disposiciones del Código

[13] Por ejemplo, el artículo 2196 del Código Civil define al mutuo o préstamo de consumo como un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosa fungible con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

[14] Sobre el particular, véase a Pinochet Olave, Ruperto, *Derecho Civil y Nuevas Tecnologías. La formación del consentimiento electrónico*, LexisNexis, Santiago, 2007.

Actualidad Juridica 29 final.indd 621 21-01-14 11:45

de Procedimiento Civil. Se trata de establecer un procedimiento para el reconocimiento o "percepción" del documento y su posterior "autentificación".[15]

En el otro extremo, y paradójicamente, hay áreas del comercio en que la escrituración en papel es exigida, al menos para la aceptación que debe dar el aceptante, y se regula minuciosamente hasta el tamaño de la letra, como es el caso de cláusulas contractuales de contratos de adhesión, reguladas por la Ley Nº 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores, cuestión que se salva con la homologación prevista en la ley. El contrato por adhesión es aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes, limitándose la otra sólo a aceptarlas, adhiriéndose al contrato. En consecuencia, en los contratos de adhesión no hay negociación previa, sino que una de las partes simplemente lo acepta. La Ley Nº 19.496 define el contrato de adhesión como "*aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido*".[16]

Jorge López Santa María estima que la característica principal del contrato de adhesión se encuentra en el desequilibrio del poder negociador de las partes[17], lo anterior se debe a que una de ellas está en inferioridad económica y no tiene otra alternativa. En los contratos de adhesión la oferta tiene características especiales: es general, destinada a una colectividad de contratantes; es permanente, se mantiene en vigor mientras el autor no la modifica; y es generalmente detallada.

De manera muy breve, como requisitos de forma de este tipo de contrato, el artículo 17 de la Ley Nº 19.496 establece que: a) Los contratos deben estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico o salvo que el consumidor acepte expresamente el contrato en otro idioma. Esa aceptación debe constar por escrito en un documento anexo al contrato y que debe ser redactado en español; y b) El contrato debe estar firmado por ambas partes.

Dentro de los requisitos de fondo, el artículo 16 de esa ley establece que: a) No puede estipularse una cláusula que otorgue a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su arbitrio el contrato; b) No tienen validez las

[15] Pinochet Olave, Ruperto (n. 16), cit. p. 65, "*ofrece las características básicas que debe tener todo documento electrónico, si quiere cumplir funciones negociables y probatorias. En cuanto a la firma, debe ser un signo personal; debe permitir identificar a su autor y ser personalísima, es decir, de difícil utilización por otros; debe permitir autentificar el texto contenido en el documento, en el sentido de vincularlo al sujeto que lo ha suscrito; debe garantizar la no repudiación, esto es, que el signatario o firmante no pueda fácilmente desconocer su autoría. Respecto del documento mismo, debe garantizar la integridad de los datos que contiene, es decir, debe ser difícil realizar alteraciones en él, o al menos se debe poder, con cierta facilidad, detectar cambios o alteraciones fraudulentas en su contenido y debe perdurar en el tiempo, para cumplir las funciones de archivo, prueba y publicidad*".

[16] Artículo 1° Nº 6 de la Ley Nº 19.496.

[17] López Santa María, Jorge, *Los Contratos, Parte General*, Tomo I, (2005), p. 152.

Actualidad Juridica 29 final.indd 622 21-01-14 11:45

cláusulas que establezcan incrementos en el precio por servicios o accesorios que no están previamente contratados; c) No tienen validez las estipulaciones que pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos cuando ellos no le sean imputables; d) No puede invertirse la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; e) No tienen validez las cláusulas que establezcan una exención de responsabilidad absoluta que priven al consumidor de ser resarcido de los perjuicios que se le irroguen; f) No tienen validez los contratos que incluyan espacios en blanco no llenados o inutilizados antes de suscribir el contrato; g) Si en estos contratos se designa un árbitro, el consumidor puede recusar sin necesidad de expresar causa y puede pedir al juez ordinario competente la designación de un nuevo árbitro.

Firma electrónica en particular y el valor probatorio de los documentos suscritos a través de este medio.

En Chile, la firma electrónica actúa como un mecanismo verificador de la identidad del autor del documento, por lo tanto es un medio para aumentar la confianza en los compromisos que constan en algún soporte. De esta forma, si el documento se firma, pasa a tener un autor conocido, quien acepta su contenido y se responsabiliza de lo que se declare, pasando así a tener un valor probatorio que será mayor o menor dependiendo del tipo de firma que se utilice según la clasificación a la que nos referiremos a continuación.

Se distinguen dos clases de firmas electrónicas, a saber: a) **la Firma Electrónica Simple**, definida en el artículo 2 letra f) como *cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor*, y, b) **la Firma Electrónica Avanzada**, definida en la letra g) del mismo artículo, como *aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría*.

Esta distinción obedece, principalmente, al valor probatorio que tienen los documentos electrónicos suscritos con una u otra clase de firma, pues mientras que el documento suscrito mediante Firma Electrónica Avanzada produce plena prueba, el documento suscrito con Firma Electrónica Simple tendrá el valor probatorio que corresponda según las reglas generales.[18]

Por otra parte, en cuanto a la forma cómo opera la formación del consentimiento en la contratación electrónica, la ley no se pronuncia sobre este tema,

[18] Artículo 5° de la Ley.

Actualidad Juridica 29 final.indd 623 21-01-14 11:45

razón por la cual habrá de recurrirse a las normas contenidas en el Código de Comercio relativas a la formación del consentimiento.

En caso de que el contrato que se pretenda celebrar requiera de la manifestación de voluntad de ambas partes, como sucede en el caso de los contratos consensuales, basta la sola aceptación de la persona a quien vaya dirigida la oferta para que éste se entienda celebrado, razón por la cual, en caso de que el aceptante manifieste su voluntad a través de la firma del documento mediante la firma electrónica, el contrato empezará a producir sus efectos y la prueba del consentimiento será el documento electrónico que la contenga. Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado a propósito de los contratos de adhesión.

Distinta es la situación en el caso de que se requiera para el perfeccionamiento la entrega de la cosa –contrato real– o el cumplimiento de ciertas solemnidades –contrato solemne–, pues, en el primer caso, se requerirá la prueba de la entrega de la cosa, mientras que en el segundo el cumplimiento de la solemnidad respectiva.

Cabe hacer presente que si la solemnidad consistiere en que el contrato conste por escrito, como sucede por ejemplo en el contrato de promesa de celebrar un contrato, la solemnidad se cumple con la suscripción de un documento electrónico, que suple conforme a los términos del artículo 3º al documento con un soporte de papel.

En cuanto a los contratos solemnes, es importante destacar lo señalado en los artículos 4º y 7º de la ley. Estas normas permiten la celebración de instrumentos públicos en los siguientes términos:

> "Artículo 4º. *Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada*."
>
> "Artículo 7º. *Los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel. Con todo, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de éste, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada*".

Corrobora lo que se viene señalando lo indicado en el mensaje del proyecto que dio origen a la Ley, en cuanto al artículo 3º de la Ley, inciso 2º, que no homologa a los documentos electrónicos con los documentos celebrados por escrito o en soporte papel, cuando: a) la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documentos electrónicos; b) la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y c) los relativos al derecho de familia. Al efecto señala el mensaje presidencial, en su parte pertinente:

Actualidad Juridica 29 final.indd 624 21-01-14 11:45

"*… si bien desde el punto de vista estrictamente técnico, es posible celebrar por medio de documentos electrónicos algunos actos y contratos solemnes, como por ejemplo los que requieren escritura pública o inscripción en un registro especial, su reconocimiento legal implicaría reformas más profundas al ordenamiento jurídico, finalidad que es ajena a este proyecto de ley*". "*Con relación a esta excepción, hay que hacer presente que se utiliza el término solemnidad especial, para diferenciarla de la solemnidad que consiste meramente en que el acto o contrato conste por escrito. Ello porque es perfectamente posible, sin alterar las normas del ordenamiento jurídico, que los actos y contratos cuya solemnidad consiste solamente en su constancia por escrito, puedan celebrarse por medio de documentos electrónicos, los que además son documentos escritos*". "*La segunda excepción a esta norma de asimilación, se refiere a los actos y contratos que exigen la comparecencia de los otorgantes, que, obviamente, no puede suplirse a través de un documento electrónico. Por último, la tercera excepción se refiere a los actos de familia, como el reconocimiento de hijo, la adopción, el acuerdo sobre la patria potestad, etc.. Encuentra su explicación en el carácter solemne de dichos actos, por una parte, y, por la otra, en que la mayoría de ellos, por su importancia, son personalísimos*". "*Se ha querido excluir de este proyecto la regulación específica de las escrituras públicas y demás instrumentos públicos, debido a que regularlas conllevaría, de modo contrario al enfoque de esta propuesta, una reforma más amplia de cuerpos legales como el Código Orgánico de Tribunales, el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces y otras normas legales y reglamentarias. Lo anterior con la salvedad de los documentos públicos emanados de la actividad de la Administración del Estado, que se reguló en un título especial del proyecto. Sin embargo, esta normativa recoge la posibilidad de que, una vez autorizada por otra ley la creación de documentos electrónicos públicos, éstos tendrán pleno valor en conformidad a sus disposiciones"*.[19]

Entendemos que se ubica en esta misma línea la Dirección del Trabajo, la que se pronunció positivamente en cuanto al otorgamiento de contrato de trabajo haciendo uso de los medios de firma electrónica, establecidos en la Ley, en tanto su implementación no impida las labores de fiscalización de ese servicio. De igual forma, ha aceptado el manejo de los contratos de forma electrónica y otras documentaciones por este mismo medio, tales como comprobante de feriado.[20]

Ahora bien, la manera de probar un contrato desde un punto de vista sustantivo, está determinada por la naturaleza del contrato: real, solemne o consensual,

[19] Ibíd. (n. 5)

[20] Ord. 3161/064 de 29 de Julio de 2008, que modifica criterio contenido en Ord. 375 de 25 de enero de 2005. Cabe destacar que la opinión de la Dirección del Trabajo no alcanza, por ejemplo, al finiquito laboral, acto unilateral que debe cumplir con ciertas solemnidades legales y resulta ser presencial.

Actualidad Juridica 29 final.indd 625 21-01-14 11:45

y por las limitaciones que a este respecto establece la ley, en relación a determinados medios de prueba.[21]

Por regla general, los contratos consensuales y reales se pueden probar por cualquier medio, pero si contienen la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de dos unidades tributarias, deberán constar por escrito. Tampoco puede admitirse la prueba de testigos, "*en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento….*"[22] Excepcionalmente, la prueba de testigos procede cuando hay un principio de prueba por escrito, cuando ha sido imposible obtener una prueba escrita y en los demás casos exceptuados en el mismo Código y en los Códigos especiales".[23]

Los contratos solemnes deben probarse con la solemnidad que la ley les impone, bajo la sanción que la ley le asocia a su omisión, que por regla general será la nulidad absoluta del acto o contrato. Con todo, debe dejarse constancia de que conforme la doctrina más reciente de la Excelentísima Corte Suprema, el mandato para celebrar un contrato solemne no debe necesariamente otorgarse con la misma solemnidad que la ley exige para la celebración del contrato encomendado[24]. De esta manera, en caso de que se pretenda suscribir un contrato de mandato que contuviera la facultad de suscribir pagarés, dicho contrato perfectamente puede probarse a través de un documento electrónico firmado a través de la firma electrónica simple, precisamente porque no se comunica la solemnidad para la celebración del acto o contrato encomendado.

En opinión de David Stitchkin, el mandato conferido para la celebración de un contrato solemne "*no se halla sujeto a ninguna formalidad, salvo naturalmente en los casos en que la ley lo dispone así. Exigir que el mandato se otorgue con sujeción a las mismas solemnidades que debe llenar el contrato encomendado es un error proveniente de la confusión de dos actos jurídicos distintos: uno, el mandato, otro el contrato cuya celebración se encomienda…*" Agrega el autor que basta la lectura del artículo 1448 del Código Civil para concluir que dentro del concepto de nuestro legislador es el representante o mandatario quien contrata, aun cuando en razón de la modalidad llamada representación se produzcan respecto del mandante "*iguales efectos que si hubiese contratado él mismo*"[25].

---

[21] Las normas probatorias a que nos referimos son las propias del derecho civil, previstas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil.

[22] Ver incisos 1° y 2° del artículo 1709 del Código Civil

[23] Artículo 1711, inciso final, Código Civil.

[24] Corte Suprema, sentencia de 13 de septiembre de 2007, causa Rol N° 3169-2005, mediante la cual se rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto, confirmando así las sentencias de los jueces del fondo, que estimaron que el poder para vender una sucesión hereditaria no debe necesariamente otorgarse por escritura pública, pese a un voto en contra del Ministro Muñoz, quien estimó que el contrato es nulo, si el apoderado del vendedor actúa con poder otorgado por instrumento privado.

[25] Stitchkin Branover, David, *El Mandato Civil*, (1965).

Actualidad Juridica 29 final.indd 626 21-01-14 11:45

Por otra parte, la ley ha regulado minuciosamente el valor probatorio, tanto de los instrumentos públicos como de los instrumentos privados, en los artículos 1699 al 1707 del Código Civil.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1699 del Código Civil, instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Dado que nuestra legislación no define, por su parte, al instrumento privado, aquél se conceptualiza por exclusión de las características del público.

El artículo 1700 del Código Civil señala que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, a que los otorgantes manifestaron lo que en ellos se consigna y a su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, salvo contra los declarantes. En consecuencia, el instrumento público hace plena prueba, tanto respecto de los declarantes cuanto de los terceros, en lo que respecta a su fecha, al hecho de haberse realmente otorgado, y al hecho de haberse efectuado por los interesados las declaraciones que en ellos se consignan. Estas últimas, en cambio, sólo afectan, esto es, solamente obligan a los declarantes o a quienes sus derechos representen.

El instrumento privado, que como se dijo no tiene definición legal, doctrinariamente ha sido concebido como todo escrito que da constancia de un hecho y que ha sido otorgado sin formalidad o solemnidad alguna. Lo importante de esta clase de instrumento es que deje testimonio de un hecho. La ley no sujeta a los instrumentos privados a solemnidad alguna; pueden o no estar firmados por las partes; y pueden, incluso, hasta omitir el lugar y fecha en que han sido otorgados. A diferencia de los instrumentos públicos, los privados, por el hecho de ser tales, no llevan en sí mismos un sello de autenticidad. Para obviar este inconveniente, nuestro legislador acepta que un instrumento privado se le tenga por auténtico, siempre que haya sido reconocido, y le asigna fecha cierta en los casos que él mismo enumera.

Se tendrán por reconocidos estos instrumentos cuando así lo haya declarado en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer. Igualmente se tendrán por reconocidos cuando se declare la autenticidad del instrumento por resolución judicial.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1702 del Código Civil, "*el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado a tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tienen el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo subscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos*." Por su parte, el instrumento privado que no haya sido reconocido carece de

Actualidad Juridica 29 final.indd 627 21-01-14 11:45

valor probatorio; y el tribunal, al ponderarlo en la sentencia definitiva, tendrá que restarle todo mérito, lo mismo que si no se hubiera presentado.

Por consiguiente, un instrumento privado suscrito mediante firma electrónica no tendrá la limitante del artículo 1709 antes referido, toda vez que ha de entenderse cuando esa disposición señala que "*deberán constar por escrito*", que tal expresión incluye no sólo al papel, sino también a los "documentos electrónicos". En este sentido ha de entenderse la exigencia en que se pide una "escrituración" documentada, ya sea en papel o en soporte digital que pueda ser autentificado.

Por último, cabe consignar que con fecha 12 de noviembre de 2007 se publicó y entró en vigencia la Ley N° 20.217 que "*Modifica el Código de Procedimiento Civil y la Ley 19.799 sobre Documento Electrónico, Firma Electrónica y los Servicios de Certificación de dichas Firmas,*" incorporando al catálogo de los documentos que deben ser considerados como instrumentos públicos en juicio del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, un nuevo numeral relativo a: 6° los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada**.**

En virtud de lo anterior, los documentos electrónicos suscritos a través de firma electrónica avanzada hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, de su fecha y, respecto de los otorgantes, de sus declaraciones en él contenidas, concordando de esta manera las disposiciones del Código de Procedimiento Civil al artículo 5° número 1) de la Ley, la que otorga valor de plena prueba a los documentos electrónicos que tuvieren la calidad de públicos, en tanto instrumentos que deben ser suscritos mediante firma electrónica avanzada.

Además de lo anterior, la Ley N° 20.217 incorpora al Código de Procedimiento Civil el artículo 348 bis[26], el cual regula la forma en que los documentos electrónicos, privados o públicos, deben ser aportados al proceso. Para estos efectos se dispone la necesidad de celebrar una "*audiencia de percepción documental*". A esta audiencia se citará a las partes con el objeto de revisar y conocer el contenido y forma de los documentos aportados. En ese sentido, se impone la

[26] El artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil dispone que: "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 autenticidad, 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.

Actualidad Juridica 29 final.indd 628 21-01-14 11:45

carga procesal a la parte que pretende incorporar el medio de prueba al pleito, de aportar los medios necesarios para la adecuada revisión de los documentos electrónicos de que se trate si el tribunal carece de los mismos.

Los documentos electrónicos privados, en conformidad a lo ya señalado, deberán acompañarse bajo el apercibimiento del artículo 346 N°3, plazo que comenzará a correr desde la realización de la audiencia de percepción que ordena el artículo 348 bis recién mencionado, oportunidad en que se pone en conocimiento de la contraria.[27]

Si el documento es objetado, el Tribunal puede disponer una prueba complementaria de autenticidad, la que se llevará a efecto por peritos que en su cometido deberán ajustarse a lo previsto en los artículos 417 a 423 del Código de Procedimiento Civil. El resultado de la prueba complementaria de autenticidad es suficiente "*para tener por reconocido o por objetado el documento, según corresponda*". De esta manera, el resultado de la pericia será determinante para el juez. Por primera vez se admite –según entienden algunos– que la opinión de un tercero extraño al juicio prevalezca por sobre la del juez. Por consiguiente, la norma que establece que "*los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica*", en este caso no tendría aplicación"[28]

Lo anterior opera sólo en caso que se discuta respecto de la autenticidad del instrumento electrónico privado, por cuanto el propio artículo 348 bis en su inciso final indica que para los fines del artículo 346 N° 3 se entiende que ese documento se pone en conocimiento de la contraria en la audiencia de percepción documental, como ya se dijo. De esta forma, el afectado podrá alegar su falsedad o falta de integridad, al margen de la falta de autenticidad a que pudieren haber llegado los peritos tramitando el incidente respectivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil.[29]

Sin perjuicio de ello, si los peritos concluyen que el documento es auténtico, las posibilidades de impugnación quedan reducidas a la alegación de falsedad o falta de integridad y su valor probatorio será el que corresponda conforme a las normas generales, al igual que cualquier instrumento privado acompañado en juicio.

Del mismo modo, esta Ley N° 20.217 introduce modificaciones a la ley, agregando en su artículo 2° el concepto de "fecha electrónica". Además de ello,

[27] Se ha discutido cómo se computa el plazo de 6 días cuando el documento es acompañado en la demanda, en atención a lo previsto en el artículo 255 del mismo código (al vencimiento del término de emplazamiento).

[28] Artículo 425 del Código de Procedimiento Civil.

[29] Es de interés sobre esta materia, el artículo de don Héctor Oberg Yáñez, en revista *Actualidad Jurídica* N°18, Universidad del Desarrollo, julio de 2008.

Actualidad Juridica 29 final.indd 629 21-01-14 11:45

modifica el artículo 5º en el sentido de otorgar pleno valor probatorio a los instrumentos privados suscritos con firma electrónica avanzada y señalar que, respecto de su fecha sólo harán fe cuando ésta conste por fechado electrónico otorgado por prestador autorizado, en plena concordancia, como hemos señalado, con la introducción del numeral 6º del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil.

Normas de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor referentes a los documentos electrónicos.

Cabe hacer presente en esta materia que la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor se preocupó expresamente de la contratación electrónica. Específicamente, las modificaciones que la Ley Nº 19.955[30] introdujo a esa ley, responden a la necesidad de abordar esa materia. Antes de la referida reforma, la Ley del Consumidor señalaba en su artículo 12 que "*todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio*". Y la Ley Nº 19.955 reguló expresamente la contratación electrónica, agregando un artículo 12 A, en los siguientes términos:[31]

> "Artículo 12 A: *En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.*
>
> *La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor.*
>
> *Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato*".

Sin perjuicio de lo pertinente de estas normas, ellas sólo rigen "*las relaciones entre proveedores y consumidores*" y "las infracciones en perjuicio del consumi-

[30] Publicada en el Diario Oficial de 14 de julio de 2004.

[31] La Ley 19.955 también agregó el artículo 3 bis a la Ley del Consumidor, referente al derecho de retracto en esta clase de contratos.

Actualidad Juridica 29 final.indd 630 21-01-14 11:45

dor," en los términos señalados en su artículo 1º. Sin embargo, algunos autores parecen entender que estas normas rigen a toda oferta pública.

En consecuencia, la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor viene en ratificar el criterio de la homologación a que hace referencia el artículo 3º de la Ley Nº 19.799, toda vez que reconoce expresamente el valor del documento electrónico. Lo anterior, sin perjuicio de que es evidente que el contrato de que se trata quedará sometido también a ese cuerpo normativo.

Actualidad Juridica 29 final.indd 631 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 632 21-01-14 11:45

Ley 20.659: La fe pública en entredicho por las nuevas tecnologías

Sebastián Aguayo Rosso
Ayudante Legislación Económica
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesor patrocinante: Francisco Pfeffer

Resumen: La ley N° 20.659, publicada el 2 de febrero de este año, instituye un nuevo sistema de constitución, modificación y disolución de sociedades comerciales, el cual funciona de forma virtual en Internet. Se ha planteado que esto podría atentar contra la fe pública, que es lo que inherentemente se le exige al Derecho. Para analizar esta situación, se hace en primer lugar una revisión al funcionamiento del sistema, y cómo opera en éste la firma electrónica avanzada. En segundo lugar, se analizan las diversas opiniones que se produjeron durante la tramitación del proyecto de ley, respecto a la implementación del sistema y su influencia en la fe pública, para luego dar lugar a reflexiones finales.

*****

I. Introducción.

1) Génesis de la ley.

El 2 de febrero de 2013 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.659, que simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de sociedades comerciales, entrando en vigencia el 2 de mayo del año en curso.

En primer lugar, debemos señalar que esta ley se enmarca dentro de las medidas que el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera ha adoptado con el fin de incentivar el emprendimiento en nuestro país. El mensaje del Ejecutivo a este respecto señala:

> *"El emprendimiento constituye una herramienta fundamental en el nivel de desarrollo de un país, ya que permite entre otros factores crear nuevos empleos, aportar en la innovación e impulsar el crecimiento económico. Por lo tanto, disminuir los tiempos y costos para constituir formalmente una empresa resultan relevantes para incentivar nuevos negocios y contribuir al desarrollo económico de la sociedad en su conjunto"*[1].

[1] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2013) p. 4

Actualidad Juridica 29 final.indd 633 21-01-14 11:45

En segundo lugar, debemos mencionar que los objetivos de esta ley se centran principalmente en abaratar costos y trámites para el emprendimiento. Pero a su vez se pretende masificar el uso de la firma electrónica, una herramienta muy poco usada en nuestro país. Esto sucede, principalmente por no tener muchos usos prácticos. Finalmente, facilita la búsqueda de información, pues esta será gratuita y estará disponible en todo momento en Internet.

Finalmente, hay que destacar que el Ejecutivo es consciente de que es necesario

> "*mejorar los índices de creación de empresas, especialmente profundizando su constitución en sectores que actualmente no conocen o no utilizan sus ventajas, para cumplir la meta de ser un país desarrollado hacia el 2018. El Estado debe facilitar y fomentar el uso de figuras como las personas jurídicas, para que los emprendedores puedan desarrollar en mejores condiciones sus actividades"*[2].

Por ello, a nuestro juicio, es tan importante esta ley, ya que no sólo se enfoca en un tema particular, el cual es simplificar la constitución de sociedades en el país, sino que además constituye una vía para poder ser un país atractivo para emprender no sólo a nacionales, sino también a extranjeros; y así posicionar a Chile en el mundo como un buen lugar donde hacer negocios.

2) Funcionamiento del sistema.

El profesor Hernán Corral en su blog "Derecho y Academia" resume en forma breve el funcionamiento de este nuevo sistema:

> *"El nuevo sistema es de carácter digital. La sociedad se constituye a través de un formulario electrónico que se encontrará disponible en la página web del Ministerio de Economía. El formulario tendrá los campos necesarios para las estipulaciones básicas que permiten la validez de la sociedad respectiva, y a ellos podrán añadirse otros pactos o acuerdos. De esta forma, el formulario contiene el contrato social y el estatuto que regirá a la persona jurídica. A falta de estipulaciones especiales, rigen las reglas supletorias que establece la ley para cada tipo de sociedad. El formulario podrá ser suscrito desde un computador en Chile o en el extranjero, pero usando una firma electrónica avanzada. Si el suscritor carece de este mecanismo, podrá firmar mediante la intervención de un notario que tenga firma electrónica avanzada. Si se desea actuar a través de representante, el mandato debe ser otorgado por escritura pública (en papel) y se necesitará la intervención de un notario en la firma del formulario"*[3].

[2] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2013) p. 24.
[3] CORRAL (2013a) p. 1.

Actualidad Juridica 29 final.indd 634 21-01-14 11:45

El profesor Corral, agrega:

> "*Una vez terminada la suscripción, el formulario automáticamente se "incorpora" al Registro de Empresas y Sociedades que llevará la Subsecretaría de Economía y de Empresas de Menor Tamaño. Al producirse esta incorporación, se perfecciona el contrato de sociedad y se genera la persona jurídica con fines de lucro. Procederán luego los trámites ante el Servicio de Impuestos Internos, el que se informará de la constitución por el mismo Registro"*[4].

Finalmente, es menester destacar que la aplicación de esta ley se encuentra supeditada a la dictación de un reglamento que regule su operatividad. Este reglamento se encuentra contenido en el Decreto 45 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado el 28 de marzo de 2013. Este reglamento establece como principios de la operación del sistema: la gratuidad, la seguridad de la información y la publicidad de la información y protección de datos.

II. Aspectos tecnológicos.

1) Registro digital o electrónico.

Se encuentra alojado en el sitio web www.tuempresaenundia.cl (sitio electrónico al cual también se puede acceder a través de la dirección www.registrosociedades.cl y www.registroempresas.cl). El objeto de dicho registro *"es que a través de este se realicen todas las actuaciones más relevantes relacionadas con una persona jurídica cuyo constituyente, o sus socios o accionistas según corresponda, deseen que se rija por este nuevo régimen"*[5].

Se trata de un registro público y gratuito, tanto para la constitución de la sociedad, para las consultas al sistema y emisión de certificados. Es además un registro único, lo que significa que

> "*existirá un solo registro a nivel nacional y no uno por cada región, ciudad o comuna, como ocurre actualmente con notarios y conservadores; y cuyo objeto es dar publicidad de todas aquellas actuaciones que en él se realicen, reemplazándose así la publicación en el Diario Oficial, como se establece expresamente en el artículo 21 de la ley".*[6]

Finalmente, *"toda inscripción o anotación respecto de una persona jurídica quedará registrada en el mismo, con el objeto de tener información histórica de cada una de las personas incorporadas a este"*[7].

---

4 CORRAL (2013a) p. 1.
5 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 19.
6 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 19.
7 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 19.

Actualidad Juridica 29 final.indd 635 21-01-14 11:45

2) **Trámites y actuaciones.**

Por actuación, de acuerdo a la ley y el reglamento, se entiende todo

> *"acto tendiente a la constitución, modificación, transformación, división, fusión, terminación o disolución de una persona jurídica conforme al régimen simplificado, la migración hacia el régimen simplificado, y el saneamiento de vicios formales que afecten a cualquiera de dichos actos"*[8].

a) Registro y creación de usuario.

Como en todo registro electrónico, la

> "*primera actuación que toda persona debe hacer en el nuevo sistema es el registro, siendo este la obtención de la clave de acceso que permite operar en el sistema. Una vez obtenida la clave de ingreso, la persona puede operar en el sistema mediante la autentificación en el mismo, ingresando su RUN y la clave creada"*[9].

La persona debe *"autenticarse en el sistema y señalar el tipo de actuación que desea efectuar, o viceversa, ya que el sistema permite en primer lugar elegir la actuación y luego solicitar la autentificación"*[10].

b) Llenado de formularios.

Posteriormente, se debe realizar el llenado del correspondiente formulario para ingresar o modificar los datos de la persona jurídica respecto de la cual se realiza la actuación, ingresar los datos de los titulares de la persona jurídica que se crea o modifica y, en caso que sea necesario o se acuerde voluntariamente, adjuntar documentos registrables[11].

Es interesante destacar que quien llena el formulario no necesariamente tiene que ser socio.

El formulario sugerirá las cláusulas más estándar, pero las partes podrán acordar cláusulas diferentes, en ese sentido, sigue rigiendo la autonomía de la voluntad. A su vez, el sitio controlará automáticamente la coherencia mínima de la sociedad (por ejemplo, que los socios estén vivos y que la suma de capitales concuerde). En caso de que falten cláusulas de la esencia, el sistema no permitirá seguir adelante.

8 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 19.
9 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 20.
10 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 20.
11 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 20.

Actualidad Juridica 29 final.indd 636 21-01-14 11:45

c) ***Suscripción de trámites y actuaciones.***

Una vez que se finaliza el procedimiento de llenado del formulario, se debe proceder a la suscripción o firma de ellos.

Sin duda, el mayor avance que presenta este nuevo sistema es la suscripción de operaciones mediante firma electrónica avanzada.

> "*Como antecedentes de contexto, debemos señalar que la firma electrónica avanzada es una firma creada digitalmente mediante medios o datos que el titular mantiene bajo su control; en esencia se trata de un software incluido en un dispositivo de almacenamiento externo USB que se conecta a un computador luego de lo cual se solicita la verificación de la identidad del titular mediante una clave, lo que permite suscribir un documento digital. Dicha firma es certificada por un prestador acreditado de dicho servicio, y la utilización de esta tecnología tiene por objeto que la firma suscrita de esta forma sea inequívocamente vinculable con su titular, impidiéndose así que este desconozca la integridad del documento suscrito, así como su autoría"*[12].

El sistema opera en base a la firma electrónica avanzada (FEA), que se encuentra regulada por la Ley N° 19.799 de 2002. En ella se contemplan dos tipos de firma electrónica: simple y avanzada. Esta ley opera en base a la Equivalencia Funcional, ya que como lo dispone el artículo N° 3 de dicha ley, los actos firmados con firma electrónica tienen el mismo valor que los firmados manuscritamente.

La Firma Electrónica Avanzada es definida por la ley, como

> "*aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría"*[13].

Además, tiene valor probatorio de instrumento público.

En esta nueva ley, en el Registro podrán utilizar la firma electrónica avanzada los socios o el notario público por ellos.

[12] GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 22.
[13] Ley N° 19.799, Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.

Actualidad Juridica 29 final.indd 637 21-01-14 11:45

c.1) Suscripción ante notario.

La suscripción de formularios, generalmente, se lleva a efecto a través de firma electrónica avanzada del constituyente, socios o accionistas, según corresponda. Pero *"en caso que el constituyente, socio o accionista que deba suscribir el formulario no cuente con firma electrónica avanzada, no desee hacer uso de ella, o cuando sea una persona jurídica, o natural que concurra a la suscripción del formulario representado, deberá suscribirlo ante un notario"*[14].

Esta situación no es otra cosa que la sustitución de la persona del constituyente por el notario, para lo cual debe tener habilitada su propia firma electrónica avanzada, quedando el formulario, para todos los efectos legales, firmado por el titular. No es indispensable que todos los titulares firmen ante un mismo notario o en un mismo lugar.

Para el caso en que se suscriba el documento ante notario debido a que el titular firma el formulario mediante representante legal o apoderado, dicho mandato debe haber sido otorgado por escritura pública, debiendo el notario que suscribe el formulario dejar constancia de la fecha, nombre y domicilio del notario ante el cual se otorgó, así como el número de repertorio de la escritura, y debe incorporar al Registro una copia digital íntegra de dicho documento, bajo el número de identificación de la persona jurídica respectiva[15].

a) Actos ante el Servicio de Impuestos Internos y otros servicios.

Por la sola inscripción del formulario correspondiente se entenderá inscrito en el Registro y se informará automáticamente al SII. Sin perjuicio de esto, para el caso de disminución de capital o disolución de una sociedad, previo a la inscripción de dichas actuaciones se requerirá autorización por parte del Servicio.

Es importante esta información automática con el SII en consideración a que por

> "*el solo hecho de informarse la constitución de una sociedad, el Servicio debe asignar de inmediato, sin más trámite, un Rol Único Tributario. El RUT servirá como número de identificación de la correspondiente sociedad en el Registro y así registrar e identificar todos los antecedentes que en el Registro se tengan respecto de dicha persona jurídica"*[16].

[14] GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 23.
[15] GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 23.
[16] GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 24.

Actualidad Juridica 29 final.indd 638 21-01-14 11:45

A su vez,

> "*en el formulario de constitución se podrá solicitar al Servicio el inicio de actividades y el timbraje de documentos tributarios, siendo representada la persona jurídica ante el Servicio por la o las personas que en el formulario correspondiente se hayan designado para dicha función*"[17].

Además, el Registro enviará y recibirá información de forma automática del Servicio de Registro Civil e Identificación y el Diario Oficial, entre otros.

b) De los certificados.

El subsecretario de Economía y Empresas de Menor Tamaño tiene la calidad de ministro de fe del Ministerio de Economía, y por lo tanto podrá emitir, a través de firma electrónica, diversos tipos de certificados. Esta facultad es delegable. Éstos tienen el valor probatorio de instrumento público, constituyendo título ejecutivo[18].

El certificado de vigencia tiene por objeto indicar si la persona jurídica consultada se encuentra vigente, disuelta, terminada o migrada al régimen conservatorio actual; el de estatuto actualizado indica el estatuto actual de la persona jurídica, junto a una referencia a todas las actuaciones realizadas respecto de dicha sociedad desde su constitución o migración al sistema, en forma cronológica. Finalmente, el certificado de anotaciones indica los documentos registrables asociados a una persona jurídica que se encuentren anotados en el Registro, también ordenados cronológicamente[19].

Todo usuario puede solicitar la emisión de certificados de vigencia, estatuto actualizado o de anotaciones respecto de cualquier persona jurídica inscrita en el Registro, siendo éstos emitidos, como ya se señaló, por el subsecretario de Economía y Empresas de Menor Tamaño, o por aquel a quien este delegue dicha facultad, y en la forma establecida en la Ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma[20].

Una situación que resulta problemática es el determinar la naturaleza que tienen los certificados. La ley en su artículo 22 indica que éstos tendrán valor probatorio de instrumento público. Pero debemos preguntarnos si es que efectivamente constituye un instrumento público, o sólo lo será para fines probatorios. La ley nada dice a este respecto, por lo cual debemos aplicar de forma supletoria el

17 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 24.
18 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 24.
19 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 24.
20 GONZÁLEZ y MOTALVA (2013) p. 24.

Actualidad Juridica 29 final.indd 639 21-01-14 11:45

derecho común, y precisamente en el artículo 1699 del Código Civil se señala qué instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Por lo tanto, debemos concluir que realmente constituye un instrumento público, toda vez que el competente funcionario será el subsecretario de Economía y Empresas de Menor Tamaño; y las solemnidades legales serán las que exija el reglamento.

III. Fe pública y tecnología.

Durante la tramitación del proyecto de ley se generó una gran discusión entre quienes estaban de acuerdo y aquellos que se oponían a la modificación del actual sistema de constitución de sociedades.

A continuación, procederemos a realizar una breve síntesis de aquellos que estaban en desacuerdo con el proyecto[21]:

1) Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile.

En opinión de la Asociación es innecesario establecer un mecanismo de constitución de sociedades paralelo al actualmente existente, es mejor solucionar los problemas que presenta el vigente, perfeccionando el actuar de cada uno de los entes que intervienen en el proceso de constitución de una sociedad. Para ellos, el sistema actual de constitución legal de una sociedad funciona eficientemente y con plazos muy breves, sin perjuicio de que siempre habrá espacios para mejorar. Este buen funcionamiento se constata al ver que son muy pocas las sociedades que se ven enfrentadas a nulidades por vicios de fondo en su constitución, ya que su legalidad ha sido controlada primero por un abogado, en seguida por el notario y finalmente por el conservador. Esta seguridad se ha mantenido, no obstante el explosivo aumento en el número de sociedades constituidas, incremento que esa misma seguridad ha incentivado. Si se quiebra esta seguridad que la envuelve, a la sociedad le será casi imposible acceder al sistema financiero.

El mensaje señala que la constitución de una sociedad en nuestro país demora 27 días. A este respecto, se destacó que notarios y conservadores, gracias a la incorporación de las tecnologías adecuadas disponibles, permiten hoy que más del 70% de las sociedades que se constituyen en el país puedan quedar formadas en un plazo no superior a las 48 horas, incluida la publicación del extracto en el Diario Oficial. Las gestiones notarial y registral pueden llegar a

[21] Se realizó una síntesis de las diferentes opiniones contenidas en la Historia de la Ley N° 20.659

Actualidad Juridica 29 final.indd 640 21-01-14 11:45

tomar sólo 24 horas, por lo que la demora de los 25 días restantes hay que buscarla en otro lugar.

2) Conservador de Bienes Raíces de Santiago.

Señala que el actual sistema asegura beneficios que la propuesta no puede garantizar, como la seguridad y la certeza jurídica, la responsabilidad personal de Conservadores y su especialización profesional.

Los Conservadores de Comercio califican la legalidad de las sociedades que se presentan para inscripción, garantizando y protegiendo los intereses y derechos de los socios o accionistas, de los terceros que contratan con la sociedad y de los bancos con que ellas operan. La función del Conservador es preventiva: evita litigios con evidentes costos para las personas y el Estado. El nuevo sistema, por el contrario, y dado que sólo implica un archivo de documentos, no garantiza la legalidad de las actuaciones relacionadas con la creación de empresas.

Además, y desde un doble punto de vista, afecta la certeza y seguridad jurídicas el hecho de que existan dos sistemas paralelos de registrar y constituir una empresa. Por un lado, se hace más engorrosa la búsqueda de sociedades y, por otro, se facilita a personas inescrupulosas la comisión de fraudes.

Finalmente, indica que el Conservador es personalmente responsable de toda omisión, retardo, error y, en general, de toda falta o defecto que en el ejercicio de su cargo pueda serle imputable. En la propuesta no se precisa quién asumirá la responsabilidad de un error.

3) Doña Olga Feliú Segovia, Presidenta del Colegio de Abogados de Chile.

El Colegio de Abogados indica que las disposiciones del proyecto consideraban la existencia de dos sistemas registrales: el actual radicado en los conservadores de comercio y el nuevo bajo la tutela del Ministerio de Economía, es decir, se establecía una duplicidad de registros lo que impediría al sistema contar con la confiabilidad requerida, cuestión que consideraba fundamental toda vez que las instituciones financieras para otorgar créditos o efectuar otro tipo de operaciones propias de su giro, requieren la identificación física y jurídica de sus clientes a fin de resguardarse de efectuar negociaciones con quienes no son solventes. La duplicidad de registros no favorece la seguridad y certeza jurídica, aun cuando pensaba que las instituciones seguirían operando con el actual sistema por cuanto en dichos aspectos no presentaba problemas.

Sobre este mismo punto, recordó que los conservadores cumplían una función preventiva en lo relativo a la seguridad jurídica, por cuanto pueden efectuar

Actualidad Juridica 29 final.indd 641 21-01-14 11:45

observaciones a los títulos que deben inscribir, seguridad que no se apreciaba en el nuevo sistema que se propone.

Por otra parte, sostuvo que las materias relacionadas con el ámbito societario resultan especialmente complejas, cuestión que cualquier abogado que ejerza la profesión puede constatar, y que la llevó a preguntarse si tales complejidades podrían ser comprendidas en formularios previamente diseñados. Citó al efecto las formas que puede adoptar la disolución de una sociedad anónima, distinguiendo, entre otras, entre la disolución por fusión impropia de personas naturales, disolución por fusión impropia de personas jurídicas, disolución por fusión de incorporación, disolución por acuerdo de la junta de accionista, disolución por sentencia judicial ejecutoriada, formas que le parecía dudoso que el funcionario a cargo del registro estuviera capacitado para percatarse frente a qué tipo de acto jurídico se encontraba.

4) Don Francisco Zúñiga, profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile.

Este profesor señala que el procedimiento de constitución de sociedades que se propone alteraría el principio de certeza o seguridad jurídica, elemento basal para construir un juicio de legitimidad constitucional del proyecto, lo que puede dar lugar a inconstitucionalidades de fondo, al desconocerse los valores, principios o reglas sustantivas del principio de certeza o seguridad jurídica, infringiendo de esta forma una norma *iusfundamental* de conducta, cuyo contenido son valores, principios constitucionales, derechos, deberes y garantías constitucionales. Cita a este respecto al profesor Cea Egaña, quien enseña que el artículo 19 N° 26 de la Constitución no sería sólo una norma de hermenéutica constitucional, sino que un derecho de jerarquía constitucional. La certeza jurídica sería una finalidad del derecho y, concretada en los términos con que se hace en el citado artículo 19 N° 26, se erige en un derecho público subjetivo.

Agrega que la fe pública y el ejercicio de la función notarial y registral están ligados en forma estrecha a la vida económica del país y constituyen unos de los pilares fundamentales del orden público económico. De lo anterior que aparezca como contrario a nuestro ordenamiento jurídico la existencia de dos sistemas paralelos y simultáneos de constitución de sociedades basados en principios tan distintos: uno proveniente y fundamentado en nuestro propio ordenamiento jurídico y, otro, que ha sido importado y que se inspira en principios anglosajones que chocan frontalmente con nuestro ordenamiento jurídico y con la legislación que se refiere a esta importante materia.

A continuación, realizaremos una breve reseña de aquellos distinguidos profesores que se presentaron ante la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, y que se mostraron a favor del cambio[22]:

[22] Se realizó una síntesis de las diferentes opiniones contenidas en la Historia de la Ley N° 20.659

Actualidad Juridica 29 final.indd 642 21-01-14 11:45

5) Don Matías Zegers Ruiz-Tagle, Director del Departamento de Derecho Económico Comercial de la Universidad Católica de Chile.

Él afirmó que no veía que la fe pública pudiera verse afectada por este proyecto, en la medida que el mecanismo propuesto fuera de libre acceso y se garantizara su buen funcionamiento. A su juicio, el proyecto era un verdadero aporte en lo relativo a la competitividad y costos.

Haciéndose cargo de las distintas aprensiones manifestadas acerca de la posible afectación de la seguridad jurídica que podría generar esta iniciativa, señaló que las sociedades son contratos celebrados entre particulares respecto de los cuales sólo en algunos casos la legislación mercantil exige solemnidades especiales, por lo que quienes podrían verse perjudicados por el incumplimiento de algunas son las partes y, eventualmente, algún tercero interesado. Al respecto no creía necesaria la existencia de una institución que supervigilara o fiscalizara que las partes hicieran bien su trabajo, por cuanto éstas son responsables de los términos y condiciones que ese trabajo debe contener y, en el caso de los terceros, si éstos conocen las menciones esenciales de cada contrato social, no veía por qué debería verse afectada la seguridad jurídica.

Además de lo anterior, recordó que el sistema de registro que se creaba era complementario del vigente y que comprendía la obligación de certificar el paso de un registro a otro, de tal manera que cualquier tercero estará en condiciones de verificar en qué sistema se encuentra inscrita una determinada sociedad.

En lo que decía relación con las funciones que corresponden a notarios y conservadores, señaló conocer muy pocos casos en que estos funcionarios efectuaran realmente control de la legitimidad de las actuaciones, por lo que podrían existir infinidad de dichas actuaciones viciadas que no serían objeto de observación alguna. En todo caso, reiteró su parecer en el sentido de que tal control era algo por lo que deberían velar los socios, sin perjuicio, además, de que parecía un poco fuera de lugar que las funciones de los conservadores en materia comercial fueran propias de funcionarios auxiliares de la administración de justicia.

6) Don José Antonio Gaspar Candia, profesor de Derecho Comercial en la Universidad Diego Portales e integrante de la Fundación Fueyo.

Estimó que las objeciones que se han planteado en cuanto a que el proyecto no recogería en forma adecuada la complejidad societaria no le parecían tan relevantes, pues aquellas sociedades más sofisticadas no se acogerán al sistema que propone el proyecto.

Actualidad Juridica 29 final.indd 643 21-01-14 11:45

Él no veía inconvenientes en la existencia de dos sistemas paralelos de registro de sociedades, por cuanto la iniciativa era clara en cuanto a la separación de ambos sistemas y el procedimiento de cambio entre uno y otro.

7) Don Arturo Prado Puga, profesor de Derecho Comercial en la Universidad de Chile.

Este profesor apoyó la posibilidad de contar con un sistema rápido y avanzado de constitución de sociedades como el que se proponía y que ya existía en Brasil y Uruguay. Ante las objeciones formuladas acerca del manejo del Registro de Empresas y Sociedades por un organismo estatal como era el Ministerio de Economía, recordó que éste no sería el primer caso en el país, por cuanto la Superintendencia de Valores y Seguros administraba 18 registros públicos para sociedades y el Ministerio de Justicia uno para personas y entidades sin fines de lucro. En consecuencia, no creía que pudiera representar un riesgo ni causar alarma la existencia de un registro dotado de fe pública, al igual que los certificados digitales que de él emanen, los que serán fehacientes respecto de la identidad de los socios. En todo caso, reiteró que se trataba de un sistema alternativo y que sería utilizado por personas que puedan acceder en forma digital a él.

IV. Obligación de pagar el aporte.

Uno de los aspectos que más llaman la atención es la redacción del artículo 8 de la ley, que prescribe:

> *"Sin perjuicio de que se cumpla en el formulario con la mención al capital según la especie de persona jurídica de que se trate, cuando se requiera de formalidades o solemnidades especiales para enterar el aporte, según el tipo de bien, deberá efectuarse conforme a ellas.*
>
> *Mientras no se dé cumplimiento a lo señalado en el inciso anterior, las estipulaciones, pactos o acuerdos que establezcan los interesados no producirán efectos frente a terceros, sin perjuicio de las demás sanciones que a este respecto dispongan las leyes que establecen y regulan a las respectivas personas jurídicas".*

Lo que se desprende del inciso primero del artículo en comento es que si bien el contrato social se entiende perfeccionado cuando el formulario se encuentre suscrito e incorporado en el Registro digital, la obligación de pagar el aporte será regulada en forma supletoria por el derecho común, de forma tal que se exigen las formalidades o solemnidades que éste contempla para realizar la transferencia del dominio a nombre de la sociedad, atendiendo a la naturaleza del bien de que se trate. Es evidente que se está haciendo alusión principalmente

Actualidad Juridica 29 final.indd 644 21-01-14 11:45

al aporte de inmuebles o derechos reales inmuebles, que deberá practicarse mediante la inscripción en el registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces. Para ello, se debe tener un título que tenga el carácter de instrumento público y –tal como lo explicamos anteriormente– el certificado califica como tal.

Compartimos la opinión del profesor Hernán Corral, en el sentido que lo ideal sería que lo que se inscribiera fuera un certificado que incluyera copia del formulario que, según la ley, contiene el contrato social, que es el título traslaticio que justifica la tradición del bien hacia la sociedad. El certificado debería otorgarse en formato papel; de lo contrario podría ser rechazado por el Conservador de Bienes Raíces[23].

Por otra parte, el inciso segundo de este mismo artículo también plantea algunas complejidades. En su sentido literal, la norma estaría estableciendo que el cumplimiento por parte de los socios de la obligación de enterar el aporte es un requisito de oponibilidad a terceros de toda la sociedad. Es decir, mientras no se haya enterado completamente el fondo social o capital, la sociedad no existiría para terceros, ni como contrato ni como persona jurídica[24].

Si la interpretación de la norma fuera ésta, estaríamos en una situación que perjudicaría a los acreedores personales de los socios. Esto, porque no podrían, por ejemplo, embargar las utilidades o acciones. Al mismo tiempo, también resultaría perjudicial para los mismos socios que quisieran operar con la sociedad, ya que no se podría contratar con un tercero, obtener una cuenta corriente o pedir un crédito, a nombre de la sociedad[25].

Tal como lo señala el profesor Corral,

> *"la historia de la ley demuestra que lo que se quería era ratificar el principio de la relatividad contractual, y por ello en sus primeras redacciones la inoponibilidad aparecía referida a la fase de constitución de la sociedad, pero en el transcurso de la discusión parlamentarias se le incluyó, por indicación de un senador, como inciso segundo de la norma, que se refería no a la perfección del contrato, sino al entero del aporte"*[26].

Pensamos que, aunque esta norma presenta un manifiesto error de técnica legislativa, será el juez que resuelva el caso concreto quien tendrá que interpretar la norma de la forma más armónica posible, de forma tal de no dejar en la desprotección a los terceros que fueren acreedores de alguno de los socios.

[23] CORRAL (2013b) p. 1.
[24] CORRAL (2013b) p. 1.
[25] CORRAL (2013b) p. 1.
[26] CORRAL (2013b) p. 1.

Actualidad Juridica 29 final.indd 645 21-01-14 11:45

V. Conclusiones.

A nuestro juicio, la implementación de esta nueva ley es positiva. Esto, porque no sólo es un mecanismo que impulsa los nuevos emprendimientos y sitúa a Chile en una mejor posición para convertirse en un país atractivo para realizar negocios; sino que también esta ley logra un efecto importantísimo: adecuar los antiguos procedimientos a los avances tecnológicos, y lograr que estructuras anquilosadas se vuelvan dinámicas. A nuestro parecer, las opiniones de aquellos que estaban en desacuerdo con la implementación de esta nueva institucionalidad y que esgrimían como fundamento un socavamiento a la fe pública, no advierten que ésta no es otra cosa que la creencia en que un determinado acto tiene el carácter de inamovible y apariencia de verdadero por el sólo hecho de que ha participado un funcionario público. En la tradicional constitución de sociedades, tal funcionario público era el notario y luego el Conservador de Bienes Raíces respectivo. La presencia de un funcionario público no se elimina, sino que se reemplaza en la figura del subsecretario de Economía y Empresas de Menor Tamaño. Ahora bien, que él pueda delegar dicha función no es impedimento para que se conserve la fe pública, ya que esta situación no es más que un trámite administrativo, que permite la celeridad necesaria para emitir los diversos certificados.

Esta institucionalidad ha proporcionado tal confianza que a junio de 2013 ya van 3.812[27] empresas constituidas con este nuevo sistema, y en el sitio web a la misma fecha ya van más de 29.000[28] usuarios registrados. Ha crecido un 17%[29] la constitución de sociedades en junio de este año. La implementación de esta ley no es otra cosa que la adecuación a los tiempos modernos, y por lo tanto, en un par de años, pasaremos de un sistema registral a un sistema digital y virtual, en el cual se aprovechen todas las bondades y beneficios que trae aparejada la nueva tecnología.

Bibliografía

GONZÁLEZ, Natalia, y MONTALVA, Daniel (2013): *Nuevo Régimen de Constitución Simplificada de Sociedades Comerciales.* [Fecha de consulta: 24 de agosto de 2013]. Disponible en: http://www.lyd.com/wpcontent/files_mf/sil35nuevoregimendeconstitucionsimplificadadesocieda-descomercialesngonzalezydmontalvamayo2013.pdf

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2013): *Historia de la Ley Nº 20.659. Simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales.* [Fecha de consulta: 24 de agosto de 2013] Disponible en: www. leychile.cl

[27] MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO y TURISMO (2013) p. 2.
[28] MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO y TURISMO (2013) p. 2.
[29] MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO y TURISMO (2013) p. 2.

Actualidad Juridica 29 final.indd 646 21-01-14 11:45

CORRAL, Hernán (2013): *"Ley de empresas en un día": nuevo sistema de constitución de sociedades.* [Fecha de consulta: 24 de agosto de 2013] Disponible en: http://corraltalciani.wordpress.com/2013/03/03/ley-de-empresas-en-un-dia-nuevo-sistema-de-constitucion-de-sociedades/

CORRAL, Hernán (2013): *"Contrato de sociedad y cumplimiento del aporte en la ley de "empresas en un día".* [Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2013] Disponible en: http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/03/06/Contrato-de-sociedad-y-cumplimiento-del-aporte-en-la-ley-de-empresas-en-un-dia.aspx

MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO (2013): *Constitución de Empresa en un Día: positivos resultados en mayo y junio 2013.* [Fecha de consulta: 24 de agosto de 2013]. Disponible en: http://www.economia.gob.cl/estudios-y-encuestas/estudios-por-tema/

Normas

Ley N° 20.659, Simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales, Diario Oficial, 8 de febrero de 2013.

Ley N° 19.799, Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, Diario Oficial, 12 de abril de 2002.

Código Civil.

Actualidad Juridica 29 final.indd 647 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 648 21-01-14 11:45

La Publicidad Comercial sobre soporte digital. Internet y otras tecnologías como plataformas de la Publicidad Comercial.

Fernando Musso Guerrero
Profesor ayudante de Derecho Comercial I
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesor patrocinante: Alvaro Parra

Resumen: Un sistema legal que fomente el desarrollo de un mercado y un consumo sanos es el que por una parte establece normas de defensa a los intereses de los consumidores y usuarios; el que promueve prácticas sanas entre comerciantes, buscando evitar que entre los competidores de un mercado específico se generen situaciones ajenas al marco de lealtad, veracidad y transparencia en la que se debe dar la competencia comercial, evitando los abusos y distorsiones de mercado; y que contiene normas que tengan por finalidad que el consumidor pueda tomar decisiones bien informadas, las que logra principalmente por medio de la Publicidad Comercial. Por lo mismo, y considerando el tratamiento disperso que se advierte en nuestro ordenamiento jurídico sobre la Publicidad, es que se hace necesario incorporar a nuestra legislación un Estatuto Legal de la Publicidad. Si a lo anterior agregamos que el advenimiento de tecnologías de la información ha supuesto un cambio del paradigma dentro del cual se desarrollan las actividades del mercado, para completar el circuito de normas que regulen un mercado moderno es necesaria una norma general que ordene los derechos y deberes de quienes acuden por y quienes prestan servicios de la Sociedad de la Información.

*****

1. La Publicidad Comercial como fenómeno y materia de estudio del Derecho y en particular del Derecho Comercial.

Si se acepta que el Mercado es el punto de encuentro entre oferentes y demandantes de bienes y servicios, sea este con existencia física concreta o de existencia o realidad virtual, como ya se ha instalado en nuestra sociedad, debemos asimismo aceptar que en nuestros días, y habida cuenta del avance de la economía y de la forma en que se hacen los negocios orientados a las

Actualidad Juridica 29 final.indd 649 21-01-14 11:45

grandes masas de consumidores, la Publicidad[1], entendida como "*…actividad que trata de atraer la atención del público consumidor o de una audiencia hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación…*"[2], viene a ser la bisagra, el detonante o el comburente esencial del consumo de enormes cantidades de bienes y servicios a una masa de individuos dotados de los recursos económico-adquisitivos necesarios para pagar dichos bienes y servicios y que requieren la información, el incentivo o la motivación necesaria para decidir que y a quien adquirirle y qué, cómo y cuánto debe pagar por ellos[3].

La Publicidad, en consecuencia, hoy es un elemento de esencial importancia en cualquier valoración que se pretenda hacer respecto al Mercado, sea este físico o virtual, de bienes, servicios o cualquier otra clasificación que respecto a dicho concepto se pretenda o esboce, de manera tal que se puede afirmar la existencia de una relación simbiótica entre ambos conceptos, Mercado y Publicidad. Por lo anterior, hoy es imposible para el Derecho en general y para el Derecho Mercantil en particular eludir el impacto que la Publicidad tiene en las distintas manifestaciones o formas que adoptan los negocios y cómo esas formas acarrean consigo un amplio espectro de consecuencias y consideraciones jurídicas que nacen de ella.

2. La irrupción de los soportes digitales como plataformas para la Publicidad Comercial. El cambio de paradigma del tipo publicitario sobre soportes digitales y tecnológicos.

Si los primeros antecedentes de comunicaciones con contenido publicitario se encuentran en los Pregoneros en Grecia y Roma, es solo con la irrupción de la imprenta que va adquiriendo poco a poco la forma y desarrollando su técnica tal como la conocemos hoy. Muy especialmente ligada al desarrollo de la técnica publicitaria se encuentra la Prensa, que en las "*Gacetas*" y "*Hojas de Aviso*" da sus primeros pasos hacia lo que hoy entendemos por Publicidad[4]. Se encuentra por tanto íntimamente conectada su evolución y desarrollo, en cuanto a técnica y acervo de conocimientos, a su manifestación y por sobre todo a su

[1] Respecto al concepto de Publicidad, el profesor Arturo Yrarrázabal Cobarrubias la define como "*…Técnicas para dar a conocer a los consumidores las características de los bienes…*". Ver YRARRAZABAL COBARRUBIAS, Arturo, *Diccionario Jurídico Económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, junio 2012, Pág. 617.

[2] SANTAELLA LÓPEZ, Manuel, *Derecho de la Publicidad*, Editorial Civitas, Primera Edición, Madrid 2003, Pág. 30.

[3] En este sentido DE LA CUESTA RUTE, José María, en *Curso de Derecho de la Publicidad*, Editorial Eunsa, Primera Edición, Navarra 2002, Pág. 36. Cuando señala "*…Y es que la Información que procura el mensaje publicitario ha de presentarse persuasivamente para lograr que los destinatarios de la comunicación queden efectivamente informados y tengan, por consiguiente, en cuenta las oportunidades que el mercado les ofrece según aquella información…"*

[4] Véase SANTAELLA LÓPEZ, MANUEL, op. Cit. Pág.23.

Actualidad Juridica 29 final.indd 650 21-01-14 11:45

"*conducción*" en un soporte "*material*"[5] en el cual conste. Hoy esa materialidad ha dado paso a los nuevos espacios que la tecnología progresivamente le ha ido ganado a las distancias, a las fronteras nacionales, a los accidentes geográficos, a los idiomas y por cierto a esa materialidad o corporeidad física de la cual las comunicaciones no verbales eran totalmente dependientes. Y es que, en un fenómeno cuya velocidad vertiginosa lo único que hace es recordarnos a la famosa "*Ley de Moore*", en virtud de la cual los avances tecnológicos permiten que la velocidad de procesamiento de datos se duplique cada dos años[6], sólo hace tres décadas atrás tecnologías de conectividad de redes informáticas bastante más precarias que las que hoy encontramos en nuestros hogares estaban exclusivamente reservadas a círculos militares y científicos sumamente exclusivos pertenecientes a las grandes potencias de la época. Hoy dichas tecnologías ya se encuentran instaladas en las estructuras sociales actuales de tal manera que su alcance es tan transversal como democrático e imposible concebir un mundo, en su sentido más cabal, que sea capaz de prescindir de ellas.

En el escenario actual de desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, del procesamiento de datos, de la irrupción de la hiperconectividad, de la remotización de tareas y actividades, de la domótica, etc., la Publicidad ya se encuentra completamente instalada en cada forma y manifestación tecnológicamente apta para soportarla. Y no podía ser de otra forma si se tiene en cuenta que si en soporte físico la publicidad comenzó a ocupar espacios en los periódicos, revistas y en cuanta publicación impresa fuese posible, aprendidas las lecciones de la iniciación y desarrollo de la Mercadotecnia, los expertos en ella, al ver el nacimiento de Internet y su expansión hacia espacios domésticos de extensión universal, de inmediato hicieron el cambio de paradigma y redefinieron el alcance de su ciencia o arte hasta el punto en que, utilizando las nuevas herramientas tecnológicas, llegaron hasta cada hogar y persona que hoy tenga acceso a ellas.[7]

---

[5] Respecto a la "*materialidad*" del soporte o vehículo que contenga al mensaje publicitario hoy más que nunca ya se ha constatado que es en sí mismo un concepto complejo, muy particularmente respecto del tema que nos convoca, ya que de hecho la materialidad de las comunicaciones electrónicas no es fácil ni de explicar ni de entender, ya que ésta se sustenta, en última instancia, en la transmisión de una serie de "paquetes" de códigos binarios, transmitidos por impulsos electromagnéticos, ya sea por redes de cables o por el espectro radioeléctrico, que descifrados por medio de funciones predeterminadas en los computadores o terminales receptoras son capaces de decodificarlos y "presentarlos" en pantalla tal como los neófitos en programación informática los vemos y percibimos, tal como si fueran impresiones de un periódico.

[6] Respecto a la Ley de Moore y quien la enunció, Gordon Moore, cofundador de Intel, véase "http://www.intel.com/cd/corporate/techtrends/emea/spa/209840.htm."

[7] En este sentido, tal como lo señala el profesor Santiago Muñoz Machado "*…La sociedad de la información trae consigo la pretensión de sustituir el soporte papel por el electrónico para los acuerdos y contratos que se celebran en el mercado cibernético. Lo cual requiere resolver, antes que nada, un dogma tradicional de la galaxia Gutenberg, que niega valor a los documentos electrónicos…*" el advenimiento de las nuevas tecnologías ha obligado a encontrar respuestas en nuestros conceptos jurídicos tradicionales referidos a la contratación comercial, y muy especialmente como veremos respecto a la formación de los contratos que jamás pudieron prever siquiera la existencia de esta nueva "materialidad" o más bien

Actualidad Juridica 29 final.indd 651 21-01-14 11:45

Como consecuencia de la abrumadora penetración de los mensajes publicitarios por medio de los nuevos soportes tecnológicos de comunicaciones, si hace unos años la pregunta que se hacía era respecto de la licitud de llamadas telefónicas de contenido publicitario que se hacían a un universo masivo de clientes, luego la pregunta fue si era jurídicamente aceptable que mensajes con distintos contenidos, publicitario o no, fuesen enviados por vía de correos electrónicos (*Spam*) a cientos de miles de personas que, en su inmensa mayoría inconscientemente, por medio de dispositivos tecnológicos de captación de preferencias por la navegación de cada usuario (Cookies[8] por ejemplo), invisibles e imperceptibles para la inmensa mayoría de ellos, quedaban registrados en gigantescas bases de datos. Hoy el análisis se ha diversificado, y como consecuencia de lo anterior se han generado nuevas preguntas asociadas a cada nuevo soporte tecnológico y a sus peculiaridades.

Si antes fueron las comunicaciones epistolares –entendidas en soporte físico–, luego las emitidas por medio de telegramas, teléfonos, grabaciones magnéticas, ondas electromagnéticas usando el espectro radioeléctrico, televisión etc., el escenario actual es francamente insospechado en cuanto a lo que se podría esperar en el futuro. Hoy distintos soportes tecnológicos confluyen en el espacio de las prestaciones de comunicaciones a los usuarios, haciendo transparente, imperceptible o, en el mejor de los casos, intrascendente cuál es la tecnología que se está usando. Un usuario puede conectarse a Internet sea por medio de su teléfono celular como por medio de su televisor digital o su computador. No es relevante de cara al usuario cual es el vehículo que utiliza para lograr la conectividad, pero sí la consecución del objetivo: conectarse a la red. Y mejor se alcanzará dicho objetivo mientras más altas sean las prestaciones de velocidad de acceso a la información requerida. Es más, tal como ya existe acuerdo tanto en la Doctrina, en las legislaciones especiales de carácter nacional y supranacional, como en la jurisprudencia internacional, el soporte tecnológico no es lo relevante, de hecho el objetivo legislativo-tecnológico relevante para el derecho es que las tecnologías sean "*Neutras*", lo que significa que únicamente debe servir de soporte para el acceso de la información sin importar sus características técnicas, y no definitorias del contenido presentado. De acuerdo a lo antes expresado, de cara al análisis en derecho respecto de los mensajes publicitarios emitidos sobre soportes digitales, el medio tecnológico utilizado, sea este telefonía celular, conexión WAN, LAN, Ethernet, televisión por cable, televisión satelital, wi-Fi, BAM o cualquier otra que exista actualmente o se desarrolle en el futuro, y sin perjuicio de las consideraciones jurídicas

"inmaterialidad" o "virtualidad" documental. Al respecto, véase MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Regulación de la Red*, Editorial Taurus, Primera Edición, Madrid, 2000, Pág. 119.

[8] El Profesor Javier Ribas Alejandro las define como "*…pequeños ficheros de datos que se generan a través de las instrucciones que los servidores web envían a los programas navegadores, y que se guardan en un directorio específico del ordenador del usuario…*" Véase RIBAS ALEJANDRO, Javier, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998, Pág. 50.

Actualidad Juridica 29 final.indd 652 21-01-14 11:45

correspondientes al acceso y uso que se pueda hacer de dichas tecnologías, es indiferente. Lo relevante jurídicamente, para los efectos del presente trabajo, es el contenido del mensaje publicitario y cómo los anunciantes y avisadores han logrado niveles de penetración en sus campañas insospechados hace muy poco tiempo.

Sin perjuicio de lo anterior, y considerando el explosivo aumento de la publicidad en Internet, que supera con creces la expansión de cualquier otro medio de difusión de publicidad habida cuenta del tremendo éxito y ductilidad de la Red para adaptarse a las necesidades de los anunciantes, constituyéndose actualmente en uno de los canales de comunicación o medio de difusión publicitaria más importantes, es conveniente abordar algunos ejemplos concretos de formatos técnicos o tipos por los cuales se puede difundir publicidad en los soportes digitales actualmente:

a) La Página Web:

Tal como se ha configurado, la exposición de productos y servicios en Internet, la forma esencial de publicidad que hará una empresa o una persona que ofrezca dichos productos o servicios en la red, será por medio de una *página web*. De hecho la mayoría de los tipos publicitarios sobre soporte digital que analizaremos a continuación lo que pretenden justamente es conducir al *usuario-visitante* a la *página web* principal del anunciante. Y es que más allá de las consideraciones técnicas y a su conceptualización estricta, la *Página Web* es el soporte en el que el titular –por denominarlo de una forma que lo distinga del anunciante propiamente tal– ubica y expone contenidos. Dichos contenidos normalmente corresponden a información, la que en la mayoría de los casos está dispuesta de una forma estudiada y premeditada, con la intención precisa de capturar la atención del visitante de la página, transmitiéndole una serie de elementos sea en textos, imágenes, colores o sonidos. Si dentro de las actividades que desarrolla el titular se encuentra la oferta de bienes o la prestación de servicios y dentro del contenido de la página web se explicitan de cualquier forma esas actividades o giros, tendrán un efecto persuasivo para motivar o promover la contratación de esos bienes o servicios "informados" por el titular en su página web. El contenido de la información ubicada por el "titular" en su página web en el supuesto anterior será entonces de naturaleza publicitaria, porque promoverá la contratación de bienes o servicios por medio de técnicas de persuasión. En ese momento el "titular" habrá adquirido, además, la calidad de "Anunciante".

Y es que cada vez que el titular de una página web define elementos de la presentación visual y textura de la página, lo que está haciendo es acudir a herramientas que se orientan a la comunicación al visitante de determinadas características que lo ubican dentro de parámetros o categorías que lo harán

Actualidad Juridica 29 final.indd 653 21-01-14 11:45

más o menos atractivo para el éste. Esa comunicación de características a la que apela el anunciante –titular de la página– constituye en si mismo un mensaje de persuasión, una comunicación comercial, un mensaje publicitario.[9]

b) El *Spam*

Corresponde a un mensaje de naturaleza publicitaria "*enviado directamente a las direcciones de los usuarios sin que estos lo hayan autorizado directamente*"[10]. En nuestro país, tal como antes lo hicieron las legislaciones norteamericana[11], de la Unión Europea[12], y española[13], el tema fue abordado en nuestra legislación mediante su incorporación en la Ley del Consumidor, Ley 19.496, la que en su artículo 28 B establece específicamente la regulación de las "*Comunicaciones Promocionales o Publicitarias enviadas por correo electrónico*", obligando a los proveedores que dirijan o envíen dicho tipo de correspondencia electrónica a indicar una dirección de correo electrónico válida a la que el destinatario pueda solicitar la suspensión del envío.

El *Spam* resulta especialmente pernicioso considerando que esta técnica de Marketing Directo es utilizada generalmente por el anunciante sin contar con el consentimiento del destinatario, quien por una parte sufre las molestias del costo del espacio de memoria de sus computadores, de tiempo, y otra porque el creciente abuso que se presentó de este tipo publicitario comenzó a traducirse en una ralentización de los servicios como consecuencia del altísimo tráfico y volumen que representaba en el universo de comunicaciones electrónicas.

c) El *Pop Up*

Su traducción literal es que "salta de repente", sin embargo este tipo publicitario consiste en una "ventana emergente" que requiere previamente del inicio de una sesión o la apertura por parte del usuario de una página web principal en la que, bajo determinadas condiciones predefinidas por el anunciante –y naturalmente por el programador– activa y despliega en la pantalla un cuadro

[9] Al respecto, véase TATO PLAZA, Anxo, "Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones", en *Comercio Electrónico en Internet*, Gómez Segade, José Antonio (Director), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, Pág. 193.

[10] MARTÍNEZ PASTOR, Esther, *Régimen Jurídico del Modo Publicitario en Internet*, Universidad Católica San Antonio, Primera Edición, Murcia, 2005, Pág. 102.

[11] Así la *Electronic Mailbox Protection Act*, luego la *Unsolicited Commercial Electronic Mail Choice Act* y la *Netizens Protection Act,* todas ellas de 1997, y posteriormente *The Hill Email* del año 2001 fueron las primeras leyes que regularon el tema en Estados Unidos.

[12] En el caso de la Unión Europea la reacción legislativa al fenómeno del *Spam* se inicia a partir del año 2000, con la *Directiva 2000/21/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, referida al Comercio Electrónico al interior del propio mercado europeo y luego con la *Directiva 2002/58/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, referida a la privacidad de las comunicaciones electrónicas.

[13] Véase la ley española sobre Servicios de la Sociedad de la Información, Ley 34/2002, de 12 de Julio de 2002.

Actualidad Juridica 29 final.indd 654 21-01-14 11:45

que contiene propiamente la información de carácter publicitario o promocional. Vale la pena hacer presente un par de características técnicas del *Pop Up*, como que para su funcionamiento requiere de un *nombre de dominio*, lo que en principio hace identificable a su titular –que puede no ser la misma persona del anunciante–. Asimismo, para el funcionamiento del *Pop Up* se requiere necesariamente de un Sitio principal que lo aloje, porque el propio código fuente del *Pop Up* debe incluirse en código del Sitio receptor.[14] Es conveniente señalar que el *Pop Up* es un tipo, una herramienta de comunicación de información sobre soporte digital, la que puede o no tener carácter publicitario y que nuestra legislación, como en la totalidad de los tipos que a continuación analizaremos no han sido recogidos ni incorporados conceptualmente al ordenamiento jurídico nacional.

Dentro de los *Pop Ups* cabe distinguir entre aquellos que son "solicitados" por el propio usuario de aquellos que se despliegan sin la autorización de este, generando estos últimos evidentes y notables dificultades en la navegación.

d) El *Banner*

Son pequeños anuncios ubicados en las páginas web que, al ser pulsados por el usuario, remiten a la página web del anunciante. A diferencia de un anuncio publicitario impreso o ubicado en paletas, carteles, totems u otros soportes publicitarios "físicos", el *Banner* tiene la virtud de comunicar el mensaje publicitario –al igual que los antes mencionados– pero además de permitir el acceso directo del usuario a la información sobre el producto o empresa promocionado en él.[15]

e) El *Link*

Desde un punto de vista puramente técnico, consiste en un recurso o herramienta informática de remisión a una página web de determinado titular consistente en la inclusión de una dirección de una página web precisa a la que se pretende redireccionar. Visto así, su contenido y alcance es axiológicamente neutro de cara al fenómeno jurídico-publicitario sobre soporte digital. Según el profesor Alejandro Ribas, el link es un "enlace hipertextual" que al ser pulsado por el usuario lo remite a un sitio que contiene la información indicada.[16]

Pudiese afirmarse además que existe una gran cercanía entre el *Banner* y el *Link,* o a lo menos eso pareciera si intentáramos comparar las características distintivas de ambos. Sin embargo el *Link*, a diferencia del *Banner* que si tiene un contenido, un mensaje de naturaleza jurídico-publicitaria, únicamente con-

[14] MARTÍNEZ PASTOR, Esther, Op. Cit. Pág. 121.
[15] Al respecto, véase TATO PLAZA, Anexo, Op. Cit. Pág. 193.
[16] RIBAS ALEJANDRO, Javier, Op. Cit. Pág. 31.

Actualidad Juridica 29 final.indd 655 21-01-14 11:45

siste, a lo menos desde una perspectiva eminentemente técnica, en un recurso o herramienta informática de remisión a una página web de determinado titular. Dependerá de cuál sea el contenido de la página a la que se remite si es que correspondería discutir o no respecto a la "*naturaleza publicitaria*" del *Link*. Habrá que considerar para definir tal calificación si es que junto al *Link* se encuentran mensajes o información de naturaleza puramente publicitaria, caso en el cual se definiría con nitidez la utilización del recurso propiamente como un *Link Publicitario*.

f) El Patrocinio

Según la profesora Lidia Arnau Raventós, en su obra *El Contrato de Patrocinio Publicitario*, éste puede ser conceptualizado en la práctica mercantil como un contrato en el que una de las partes "*…a cambio de la prestación económica que se ofrece con fines de facilitación del desarrollo de la actividad ajena, se compromete a colaborar publicitariamente a beneficio de dicho oferente…*"[17]. Por su parte, dentro de la doctrina nacional, el profesor Ricardo Sandoval López lo conceptualiza como

> "*…una figura jurídica en virtud de la cual una persona natural, denominada patrocinado, mediando un apoyo económico, para la práctica de un deporte o para la ejecución de una actividad cultural, científica o de beneficencia, se obliga a colaborar por diversos medios a la publicidad del patrocinador, que es generalmente una empresa del tráfico mercantil…*" [18].

Respecto a este último concepto, y guardando el natural respeto por la figura del profesor Sandoval, me permito discrepar en un punto que limita dicho concepto, al circunscribirlo única y exclusivamente a que el Patrocinado pueda ser una "*persona natural*". Y es que justamente el espacio de la contratación sobre recursos digitales, como lo es cualquier forma de manifestación o expresión de contenidos en Internet, en soportes de telefonía celular, redes sociales o cualquier otra forma de canalización de comunicación por vía digital, se hace bastante claro que muchas de las iniciativas, incluso emprendimientos empresariales –por distinguir entre actividades con y sin fines de lucro– que se desarrollan sobre dichos soportes muchas veces no son de titularidad de personas naturales, sino de personas jurídicas y cuentan con el soporte o auxilio financiero de un Patrocinador.

Pero ¿cuál es la relación entre Publicidad y Patrocinio? En estricto rigor son conceptos diferentes, que pueden tener puntos de conexión, coexistencia y

[17] ARNAU RAVENTÓS, Lidia, *El Contrato de Patrocinio Publicitario*, Editorial La Ley, Primera Edición, Madrid, 2001, Pág. 11.
[18] SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contratos Mercantiles*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Tomo II, Santiago, 2003, Pág. 679.

Actualidad Juridica 29 final.indd 656 21-01-14 11:45

diálogo, que se nutren recíprocamente, pero que operan en el tráfico mercantil de manera independiente. Así, mientras la Publicidad tiene por objetivo la comunicación de un mensaje con contenido orientado a informar y persuadir al destinatario de las virtudes o ventajas de un determinado bien o servicio a objeto de generar una operación de contratación sobre dicho bien o servicio, el Patrocinio lo que pretende es apoyar el desarrollo de una iniciativa contra la entrega por parte del Patrocinado de espacios publicitarios en los que el Patrocinador ubica o expone su marca. Ese apoyo normalmente consiste en una ayuda económica, sin embargo, particularmente considerando el impacto gráfico y visual que supone la ubicación de la marca del Patrocinador puede significar además el reforzamiento del contenido de la página del Patrocinado cargándola de una serie de "*valores*" intangibles asociados a la marca del Patrocinador.

Determinado el hecho de que el Patrocinio genera como contraprestación por el auxilio económico prestado por el Patrocinador la concesión de espacios publicitarios por el Patrocinado, normalmente dichos espacios en los que se ubica estrictamente la marca y signos distintivos del Patrocinador, van además asociados a la inclusión en la página del Patrocinado de otros tipos de modos publicitarios sobre soportes digitales como *Banners, Links* y otros de los que revisamos en éste acápite.

g) El Cursor Animado

El Cursor corresponde a una herramienta cuya finalidad es asistir a los usuarios en la navegación, permitiéndoles "*clickear"* o seleccionar determinadas alternativas deseadas por éste, conduciéndolos a ellas. Este dispositivo puede, además de su función práctica de navegación en la red, tener la calidad de tipo o soporte publicitario digital, siendo utilizado por los anunciantes para introducir mensajes o animaciones de naturaleza publicitaria. De esta forma el *Cursor Animado* puede adoptar la forma del logotipo de una marca determinada, el que particularmente cuando se trata de una marca renombrada puede contener una intención promocional o de publicidad comercial. Este tipo publicitario es propiamente digital, dado que no existe otro tipo publicitario, de existencia material, que tenga las características que él tiene, haciéndolo, en alguna medida, similar al *Pop Up*.

h) El *Interstitial*

Es un tipo publicitario propiamente digital, ya que, aun cuando tiene similitudes evidentes con un *Spot,* el vehículo que lo soporta debe necesariamente tener características de operatividad digital, como un *smartphone*, un computador, una *tablet*, televisor digital o cualquier otro dispositivo que le permita al usuario ver el contenido, pero sin privarlo de la posibilidad de detenerlo, adelantarlo,

Actualidad Juridica 29 final.indd 657 21-01-14 11:45

retrocederlo o reproducirlo cuantas veces quiera o esté determinado. El *Interstitial* es un tipo publicitario sobre soporte digital que permite al usuario visualizar anuncios publicitarios como si se tratara de un *Spot*. Un ejemplo de *Interstitial* son los anuncios que se despliegan al ingresar por ejemplo a un periódico *online*, cuando aparecen imágenes que corresponden a un anuncio publicitario tal como si el usuario lo estuviera viendo en el cine o en el formato clásico de televisión. Y es que aunque se puede tratar exactamente del mismo anuncio en cuanto creación y contenido, la gran diferencia entre el *Spot* y el *Interstitial* radica en que esa misma obra ubicada y difundida en soporte digital le permite al usuario acceder directamente a otro sitio, tal como un *Banner* o un *Pop Up*, detener, activar, retroceder y adelantar su contenido, etc.

i) El Viral:

Vistos algunos de los ejemplos más relevantes de tipos publicitarios sobre soporte digital, he reservado las menciones sobre este tipo en particular para el final de esta revisión debido a la importancia y altos niveles de efectividad y penetración que ha alcanzado.

El concepto de Publicidad "*Viral*" fue acuñado en el año 1994 por el profesor de la Universidad de Nueva York *Douglas Rushkoff*, quien en su obra *Media Virus* afirmaba que cada vez que los usuarios de los servicios gratuitos de correo electrónico, como Hotmail y Yahoo, enviaban un correo, estos sitios incorporaban publicidad comercial a dichos mensajes. De acuerdo al postulado de Rushkoff cada vez que ese mensaje publicitario llegaba a una persona sensible o receptiva e interesada en la publicidad del servidor, esa persona se "infectaba", activando una cuenta propia de correo, propagando la infección por todos sus propios destinatarios de correos[19].

Instalado el concepto en el circuito de la Teoría de las Comunicaciones, rápidamente los publicistas no tardaron en hacer las adaptaciones convenientes para desarrollar sus inmensas potencialidades de alto impacto y difusión, transformándolo en un nuevo tipo de publicidad sobre soporte digital.

Hoy la técnica se ha desarrollado a tal nivel que se ha transformado en una eficaz herramienta que trabaja sobre el supuesto de que enviando el mensaje a una cantidad determinada de individuos que califican o coinciden con determinadas características de selección previa –quienes pasan a ser la "primera generación" del mensaje enviado– si un porcentaje de esos individuos reenvía el mensaje ya habrá una propagación epidemiológica. Si por su parte un porcentaje de esa

[19] Al respecto véase el artículo de la profesora de la Universidad Pompeu Fabra doña Mónika JIMENEZ MORALES, "Publicidad Viral: La comunicación por contagio" en http://www.upf.edu/hipertextnet/numero-6/publicidad-viral.html.

Actualidad Juridica 29 final.indd 658 21-01-14 11:45

"segunda generación" de receptores reenvía nuevamente el mensaje a nuevos destinatarios, el éxito y el impacto de la campaña estará prácticamente asegurado, considerando el bajo costo que significa para el anunciante en cuanto a la difusión misma del mensaje publicitario. El foco para el anunciante debería centrarse entonces en la creatividad y persuasividad del mensaje, que en definitiva será lo que permitirá que, como una vez que se transmite de boca en boca, vaya permeando la mayor cantidad de capas de usuarios-consumidores, y que mientras mayor sea el alcance que se logre, mayores serán los réditos económicos que se obtengan. Las ventajas para el anunciante son evidentes: costos mínimos, alto impacto y ausencia de fronteras.

Sólo para graficar la penetración que puede alcanzar un *Viral*, hay que considerar que los usuarios los difunden no sólo por medio del reenvío de correos electrónicos, sino que muy especialmente hoy lo hacen por medio de sus cuentas en redes sociales como Facebook o Twiter. Las empresas, siempre atentas a las señales del mercado, rápidamente han orientado sus esfuerzos publicitarios a ese tipo de plataformas, habida cuenta de las inmensas ventajas que representa para la optimización de sus recursos y la generación de posicionamiento en el mercado.

3. La Publicidad comercial por medio de soportes digitales frente al Derecho.

Constatada la relevancia de la Publicidad por medio de soportes digitales, ha quedado planteada ya la inquietud de cuál es la respuesta del Derecho frente a los eventuales conflictos que se pueden generar en dicha actividad.

La respuesta y experiencia a nivel nacional es compleja. Y la complejidad se encuentra dada por una parte por un grado de dispersión de normas referidas a la actividad publicitaria, por otro lado como consecuencia de la ausencia de una norma de carácter sistematizador que aglutine los principales institutos referidos a la actividad publicitaria, especialmente la comercial, pero sin olvidar otras manifestaciones de ella como es la Publicidad Política o como corresponde denominarla "Propaganda"[20], y finalmente porque en nuestro sistema jurídico-económico el conjunto de leyes que se han dictado para regular algunos aspectos de las operaciones y conductas que se pueden dar en el mercado y entre sus actores se encuentran plenamente operativas y han sido eficientes en la administración de los conflictos surgidos hasta el momento. Ejemplo de ello son la Ley 19.496, *de Defensa de los Derechos del Consumidor*, la Ley 20.169, que *Regula la Competencia Desleal*. A las antes mencionadas deben agregarse

[20] Véase el Párrafo 6º de la Ley 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios, que bajo el epígrafe "*De la Propaganda y Publicidad"* desarrolla el tema desde la perspectiva política y electoral.

Actualidad Juridica 29 final.indd 659 21-01-14 11:45

la Ley 19.628, que *Protege los Datos de Carácter Personal*[21] y algunas normas específicas, como la correspondiente a la que regula la publicidad y promoción de medicamentos, contenida en el D.S. Nº 3 del año 2010[22], la referida al etiquetado de alcoholes, contenida en la Ley 18.455, y las normas referidas a la publicidad de tabacos, contenidas en la Ley 19.419[23], las que complementan el tratamiento legal que en Chile encontramos sobre la actividad publicitaria. En el caso específico de la Ley 19.419 la prohibición a la publicidad de actividades y productos relacionados con el tabaco tiene, además, una referencia y alcance expreso y específico respecto a la publicidad ubicada en "…*páginas de Internet cuyos dominios correspondan a la terminación "punto cl"…*"[24], prohibiendo, tal como lo expresa, cualquier forma de publicidad contenida en páginas web accesibles por medio de la digitación de nombres de dominio de Primer Nivel *".cl*", que son aquellos asignados por el NIC Chile[25], con lo que viene a dar el primer reconocimiento legal expreso a la importancia de Internet como nuevo soporte para la actividad promocional y publicitaria, lo que es un inmenso avance en línea con lo que se sostiene en este trabajo. Cabe señalar, respecto a la norma citada, que ésta pareciera quedar algo estrecha en cuanto a su capacidad de adaptación frente a determinadas variantes o bemoles de la propia red de Internet. En esta línea, surge la duda de qué sucede con situaciones como las de *Twitter* o *Facebook*, en las que pudiendo tratarse de cuentas creadas por usuarios ubicados dentro del territorio nacional, podría interpretarse que no infringen la norma desde el momento en que cualquier publicidad referida al tabaco que difundan, por ejemplo por medio de un *Viral*, pueda quedar fuera del ámbito de acción de la ley por no corresponder

[21] A la fecha se encuentra en Primer Trámite Constitucional un Proyecto de Ley que introduce modificaciones a la Ley 19.628, con indicaciones del Ejecutivo.

[22] Publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de Junio de 2011, y con una vacancia legal de seis meses desde su publicación para entrada en vigencia, el Decreto Supremo Nº 3 de 2010, del Ministerio de Salud, es uno de los mas acabados textos de regulación de la actividad publicitaria en nuestro país. Sus definiciones son precisas y, habida cuenta de la suma importancia de la forma en la que se debe manejar el mercado farmacéutico y como ese mercado se conecta con los consumidores, el Ministerio de Salud elaboró un texto sumamente completo y que contiene los principales principios que deben acompañar a la actividad publicitaria, como son la veracidad, integridad, exactitud y susceptibilidad de comprobación de la información contenida.

Véase http://www.ispch.cl/sites/default/files/u33/DTO%20N°%203-2010%20DIARIO%20OFICIAL.pdf

[23] La Ley 19.419, sobre Actividades Relacionadas con el Tabaco, fue recientemente modificada por la Ley 20.660, en virtud de la cual la publicidad, directa o indirecta, referida al tabaco en cualquier forma fue expresamente prohibida.

[24] Véase el inciso 4º del actual artículo 3º de la Ley 19.419.

[25] Organismo dependiente del Departamento de Ciencias de la Computación de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Chile, que en el año 1986 recibió la delegación de la IANA (*Internet Assigned Number Authority*) la creación y administración de los Nombres de Dominio de Primer Nivel registrados bajo el sufijo ".cl". Véase http://www.nic.cl.

Actualmente, trabajando en forma conjunta con el NIC Chile se encuentra el Consejo Nacional de Nombres de Dominio y Números IP, del cual forman parte el propio NIC Chile, la SUBTEL y la Subsecretaría de Economía, siendo su "…*misión principal formular recomendaciones sobre las políticas aplicables para el buen funcionamiento de la red Internet en Chile en materia de nombres de dominio y de números IP...*" Véase http://www.cnnn.cl.

Actualidad Juridica 29 final.indd 660 21-01-14 11:45

estrictamente al tipo descrito por ella –"…*páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación "punto cl"*…"–, y en consecuencia establecerse una ventana por la cual franquear la prohibición.

Por otra parte el mercado ha tendido a autorregularse en forma más o menos satisfactoria. De hecho, aun no existiendo una norma legal que sistematice la actividad publicitaria, las conductas que han generado conflictos entre partes han sido abordadas y resueltas, bien sea por las normas de la *Ley de Defensa de Derechos del Consumidor,* por la *Ley que Regula la Competencia Desleal* o derechamente las partes afectadas han acudido a las normas deontológicas que al efecto la propia agrupación de anunciantes y medios ligados a la actividad publicitaria, el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria –CONAR–[26] han articulado y consagrado en el *Código Chileno de Ética Publicitaria*[27], texto sobre el que haremos algunas consideraciones hacia el final de este trabajo.

Pero volviendo nuevamente sobre la legislación nacional reiteramos que, no obstante haberse dado un paso importante al reconocer a Internet como un soporte por el cual se puede difundir publicidad y en consecuencia ponerlo dentro del espacio de regulación, a lo menos en lo que a los dominios ".cl" se refiere, ésta no tiene un tratamiento sistemático sobre los puntos que han de ser cubiertos si se pretende dar una regulación armónica a la actividad publicitaria en general, y mucho menos respecto a la Publicidad por soportes digitales en particular. La crítica en este punto no es por la simple inexistencia de la norma, sino porque, aun cuando hasta la fecha el mercado y la jurisprudencia de los tribunales superiores han sabido dar respuestas adecuadas a los conflictos que se han planteado en esta área, la sistematización y estructuración de las materias, la determinación de cuáles son los actores relevantes de dicho mercado, cuáles son sus roles en él y cómo se trazan las relaciones entre ellos, de cuáles son los tipos de publicidad, del contenido y naturaleza de los mensajes publicitarios, de las restricciones y advertencias al público respecto al contenido de los mensajes publicitarios, de la enunciación –tipificación– de los distintos tipos de contratos de naturaleza jurídico-publicitaria, de los procedimientos jurisdiccionales y de las sanciones que deberían ser aplicadas frente a los distintos supuestos de conductas lesivas, tanto al interés general como a intereses particulares, supondría un inmenso avance. Si a una iniciativa como la antes señalada, que regulase la actividad publicitaria, y a efectos de dar consistencia con los avances de la tecnología y de las técnicas de comunicaciones, se agregara una norma especial que regulase los distintos aspectos, variantes y consecuencias a las que nos enfrentamos en una sociedad informatizada, "*hiperconectada*" y "*virtualizada*", aportando en la ordenación que al respecto deben tener aspectos tan relevantes como los roles de los actores que se

[26] Véase http://www.conar.cl
[27] Véase http://www.conar.cl/codigo-etica/

Actualidad Juridica 29 final.indd 661 21-01-14 11:45

desempeñan en el mercado, como los prestadores de servicios de acceso a redes de conexión de cualquier naturaleza (celular, Internet, BAM, Televisión Digital etc.), los usuarios, y los derechos, obligaciones y limitaciones que ellos deberían encontrar para sus actuaciones y actividades ejecutadas en el entorno de la sociedad de la información, debidamente armonizadas y sincronizadas, actuando en forma complementaria a las normas que regulan la Competencia Desleal, las que regulan la Protección de los Derechos de los Consumidores, las referidas a la Protección de Datos de Carácter Personal, unidas a otras regulaciones específicas como las referidas a los alcoholes, tabacos, medicamentos, armamento, materiales corrosivos, explosivos, combustibles o cualquier otra que requiera un tratamiento especial, contribuiría significativamente a hacer del entramado legislativo que se refiere al consumo en Chile un sistema más compacto y armónico todavía, menos susceptible a la generación de distorsiones del mercado, menos permeable a conductas abusivas por las partes más fuertes, colaborando con la introducción en nuestra legislación de conceptos que por ahora únicamente se encuentran en la doctrina o en el ya citado Código de Ética Publicitaria. Tan es así que incluso podría extenderse la regulación a otras actividades, como por ejemplo los servicios de profesionales independientes como los propios abogados, los contadores, médicos etc., porque lo esencial respecto a la actividad publicitaria es comprender que se trata de difusión de información, y su primer reconocimiento legal en nuestro ordenamiento se encuentra en la propia Constitución, en su artículo 19 Nº 12. Tenemos por tanto derecho a ser informados, "*…sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se comentan en el ejercicio de estas libertades…*"[28], o como señala el profesor Lawrence Lessig al referirse a la Libertad de Expresión en la red "*…El derecho a expresarse libremente no conlleva el derecho a expresarse gratis. (Es decir, libertad de expresión no significa expresión libre de consecuencias)…*"[29]. No ha de tenerse miedo por tanto a la existencia de la Publicidad, incluso en el ejercicio de nuestra profesión, en donde nuestras tradiciones y usos profesionales han generado una imagen en la sociedad que nos ha ido encuadrando en un traje de solemnidad mal entendida. Nuestra profesión necesita de profesionales serios, conocedores de las herramientas que presta el derecho para el logro de fines lícitos en defensa de los intereses de sus clientes, cualquiera que sea el ámbito en el que ejerzan la profesión. Nos debemos a la responsabilidad social que significa ser distinguidos dentro de esa misma sociedad por tener una formación de elite y en ese punto nos debemos a un ejercicio serio, eficiente y responsable. Pero lo anterior no obsta a que se produzcan cambios en la forma en la que se aborda tanto en la sociedad como al interior del Foro mismo la promoción o publicidad de los servicios profesionales de abogados independientes y estudios jurídicos. En los hechos cada página web en sí misma

[28] Véase art. 19 Nº 12 de la Constitución Política de la República.
[29] LESSIG, Lawrence, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Editorial TaurusesDigital, Primera Edición en traducción al español, Madrid, 2001, Pág. 303.

Actualidad Juridica 29 final.indd 662 21-01-14 11:45

es una ventana de promoción de servicios profesionales. Cada vez que en esas páginas se insertan los nombres de "*clientes representativos*", incluso agregando las marcas y signos distintivos de dichos clientes, lo que se está haciendo no es otra cosa que, tal como lo señalamos anteriormente, aprovechar la reputación y ciertos "*valores*"[30] asociados a dichos clientes. Cuando se hace referencia a la ubicación de determinados abogados o estudios en rankings internacionales, cada vez que se diseña la imagen corporativa de un Estudio Jurídico, por pequeño que sea, o se "*maquetea*" su página web buscando una tipología de fuente de letra, colores o isotipos determinados, o cómo será el pantallazo y el *look and feel* de ella para el visitante, lo que se está haciendo, en mayor o menor escala, es incorporar un mensaje tendiente a generar un interés, a transmitir determinadas características, valores o derechamente información que capture la atención del visitante y de lograr ser lo más convincente posible, y eso es publicidad. Y no hay nada de malo en ello, solo debe hacerse de manera responsable, transparente y verificable de cara al cliente y al visitante en general.

Considerando entonces a la Publicidad como una actividad inescindible del mercado mismo se constata sin dificultad su importancia en la forma en la que se desenvuelve y funciona ese mercado, orientado muy especialmente a generar y alentar el consumo masivo, la contratación de altísimos volúmenes de bienes y servicios por los consumidores. Y es que ese es justamente el concepto capital que ha de tenerse en cuenta para el análisis de la Publicidad Comercial, incluida por cierto aquella que se difunde sobre soportes digitales, el Consumo, y en lo pertinente a nuestra disciplina las normas jurídicas que lo regulan y que protegen a esas inmensas masas de consumidores. No debe olvidarse que, tal como lo afirma el profesor Juan M. Farina en su obra *Contratos Comerciales Modernos* "*…El derecho comercial es, fundamentalmente, el derecho de la contratación en masa entre las empresas y el público…*"[31]. Pero para que pudiese completarse el circuito normativo necesario para sustentar de la mejor forma el Consumo, a las normas de Protección de Derechos del Consumidor y Regulación de la Competencia Desleal deberían agregarse dos normas de carácter sistematizador y estructurador en sus respectivas áreas: Una Ley General de la Sociedad de la Información y una Ley General de Publicidad. Con la introducción de esos cuerpos normativos, en tanto en cuanto, claro está, sus contenidos sean armónicos con el resto de la legislación general y mercantil en particular, en mi opinión la ordenación del Derecho del Consumo quedaría, si no completa, muy bien perfilada para enfrentar los desafíos que nos planteen las nuevas tecnologías por venir.

[30] Véase supra Pág. 10.
[31] FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires, 2005, Tomo I, Pág. 120.

Actualidad Juridica 29 final.indd 663 21-01-14 11:45

4. Codificación deontológica de la actividad publicitaria: El Nuevo Código de Ética Publicitaria del CONAR.

Me permito hacer una breve mención respecto a cómo han sido los propios actores, anunciantes y medios que participan en el mercado de la Publicidad que, agrupados en el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria –CONAR– han acudido a la elaboración de un Código de Ética y conducta al cual se deben ceñir sus afiliados en el desarrollo de los contenidos de sus trabajos. En el referido Código se establece no sólo una estructuración y descripción de la actividad publicitaria y de los eventuales supuestos de infracción a sus propias normas deontológicas, sino que además se han incorporado procedimientos de reclamación a los cuales pueden acudir todos quienes se puedan considerar dañados u ofendidos por una publicidad determinada.

La regulación frente a la autorregulación en materia publicitaria da para desarrollar una investigación completa por sí sola, pero para los efectos y objetivos del presente trabajo lo que resulta especialmente interesante y destacable es que hace apenas un par de meses el propio Consejo modificó el texto del referido Código de Ética Publicitaria, dando paso a la quinta versión del mismo, siendo una de sus mayores novedades la incorporación de los contenidos difundidos precisamente en Internet, la Publicidad sobre soportes digitales, con lo que se hace eco de la nueva forma de hacer publicidad en esta sociedad *digitalizada* y *virtualizada*.[32]

5. Conclusiones.

Tal como lo he planteado en el desarrollo del presente trabajo, la Publicidad cumple un rol esencial en la articulación y funcionamiento de una sociedad de consumo, en la que bienes y servicios son "ofrecidos" en el mercado para su adquisición en masa por los consumidores.

Si hasta mediados de la década del 90 las formas publicitarias mas innovadoras correspondían a los logros creativos que se elaboraban para ser presentados en televisión análoga, a partir de ese momento y con la masificación del acceso a Internet los anunciantes accedieron a un nuevo espacio en el cual desarrollar la técnica publicitaria. Fue tan rápidamente fecunda la creatividad de los publicistas que en poco tiempo ya habían desarrollado una contundente batería de herramientas, formas y tipos de publicidad diseñados para su ubicación sobre soportes digitales.

[32] Véase http://www.conar.cl/codigo-etica/

Actualidad Juridica 29 final.indd 664 21-01-14 11:45

Frente a ese nuevo escenario, ya consolidado, el Derecho del Consumo debe acudir con respuestas precisas y que tengan una plasticidad y elasticidad que les permitan adaptarse en el tiempo, pero además que logren sincronía y funcionalidad con el ordenamiento jurídico en general y con las normas de su entorno en particular.

Si en nuestra legislación ya se han incorporado Normas de Defensa de los Derechos de los Consumidores, normas que Regulan la Competencia Desleal y normas especiales que se refieren a la Publicidad en determinados ámbitos, en mi opinión el siguiente paso para poner al día nuestro acervo de normas referidas al Consumo debe ir encaminado al desarrollo e incorporación de dos cuerpos normativos que le den un sustrato conceptual y estructural a la actividad publicitaria y especialmente a aquella que se difunde sobre soportes digitales. Por una parte es necesaria una Ley General de Servicios de la Sociedad de la Información, en la que se establezcan los derechos y deberes de quienes ofrecen y prestan servicios, y de quienes accedemos a la amplia gama de servicios y bienes ofrecidos en la red. Asimismo, y tal como lo he sostenido, sería sumamente conveniente a objeto de sistematizar la materia una Ley General de Publicidad. Con la incorporación de los cuerpos legales antes indicados, y particularmente con el que se refiere a la Publicidad, se podría lograr armonizar y estructurar el tratamiento legal disperso que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la actividad publicitaria.

Bibliografía

Libros y Artículos

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, *El Contrato de Patrocinio Publicitario*, Editorial La Ley, Primera Edición, Madrid, 2001.

DE LA CUESTA RUTE, José María, en *Curso de Derecho de la Publicidad*, Editorial Eunsa, Primera Edición, Navarra, 2002.

FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires, 2005, Tomo I.

JIMENEZ MORALES, Mónika, "*Publicidad Viral: La comunicación por contagio*" en http://www.upf.edu/hipertextnet/numero-6/publicidad-viral.html.

LESSIG, Lawrence, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Editorial TaurusesDigital, Primera Edición en traducción al español, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ PASTOR, Esther, *Régimen Jurídico del Modo Publicitario en Internet*, Universidad Católica San Antonio, Primera Edición, Murcia, 2005.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Regulación de la Red*, Editorial Taurus, Primera Edición, Madrid, 2000.

Actualidad Juridica 29 final.indd 665 21-01-14 11:45

RIBAS ALEJANDRO, Javier, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contratos Mercantiles*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Tomo II, Santiago, 2003.

SANTAELLA LÓPEZ, Manuel, *Derecho de la Publicidad*, Editorial Civitas, Primera Edición, Madrid 2003.

TATO PLAZA, Anxo, "Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones", en *Comercio Electrónico en Internet*, Gómez Segade, José Antonio (Director), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

YRARRÁZABAL COBARRUBIAS, Arturo, *Diccionario Jurídico-Económico*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, Santiago, julio 2012.

Legislación

Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Ley 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios.

Ley 19.419, sobre Actividades Relacionadas con el Tabaco.

Decreto Supremo Nº 3 de 2010, Ministerio de Salud.

Ley Española sobre Servicios de la Sociedad de la Información, Ley 34/2002, de 12 de Julio de 2002.

Sitios Web

http://www.nic.cl

http://www.cnnn.cl

http://www.conar.cl

http://www.conar.cl/codigo-etica/

http://www.intel.com/cd/corporate/techtrends/emea/spa/209840.htm

http://www.ispch.cl/sites/default/files/u33/DTO%20N°%203-2010%20DIARIO%20OFICIAL.pdf

http://www.upf.edu/hipertextnet/numero-6/publicidad-viral.html

Actualidad Juridica 29 final.indd 666 21-01-14 11:45

La tecnología – posibles medios de vulneración de derechos fundamentales

María Ignacia Espina L.
Profesora ayudante Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesoras Patrocinantes: Cecily Halpern - Rosa María Mengod

Resumen: En este trabajo se pretende dar a conocer cómo ciertos medios tecnológicos podrían afectar o vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores en caso de tener una aplicación abusiva o desproporcionada por parte del empleador. Se mostrará, además, cómo los nuevos aparatos tecnológicos irrumpen en el área laboral, creando nuevas y poderosas herramientas para poder así controlar de forma más intensa y permanente el quehacer del trabajador. El GPS y GMS serán uno de los ejemplos más claros de cómo los avances tecnológicos al estar al alcance del empleador pueden vulnerar los derechos de los trabajadores al interior de la empresa.

*****

En la actualidad encontramos un sinnúmero de avances tecnológicos que irrumpen en todas las áreas del quehacer humano, y quizás de una forma más avasalladora en el mundo laboral, pues es ahí donde el empleador en virtud de su condición de titular del derecho de propiedad y de la libertad empresarial, hace uso de estos distintos medios para poder controlar y dirigir el quehacer de sus trabajadores, y de consiguiente una mala utilización de los mismos o, más aún, un uso abusivo de ellos puede traer consigo vulneración a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Mucho se ha hablado de los derechos fundamentales, pero aun así no podemos encontrar una definición asumida por el ordenamiento jurídico, el que solo se preocupa de su "reconocimiento" y "desarrollo". Es por ello que para poder dar un concepto de qué se entiende por derechos fundamentales, acudimos a la doctrina, que en palabras del profesor italiano Luigi Ferrajoli, los define como

> "*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto*

Actualidad Juridica 29 final.indd 667 21-01-14 11:45

por una norma jurídica y por estatus la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas".[1]

Ahora, para poder tener quizás una visión más cercana de qué se entiende por derechos fundamentales en nuestra legislación, la Dirección del Trabajo ha adoptado un concepto de los mismos diciendo que

"*son aquellos derechos inherentes a la persona, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente, es decir, son los derechos humanos positivisados. También pueden conceptualizarse –los derechos fundamentales– como aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar"*[2].

A partir de dicha definición, se ha establecido que el titular de dichos derechos, tiene la facultad de exigir su respeto y observancia –cuando éstos sean vulnerados dentro de la empresa– y a acudir al órgano administrativo competente, sin perjuicio de poder recurrir a los Tribunales de Justicia para que se restablezca el imperio del Derecho.

Con todo, debemos preguntarnos ¿cómo surgieron o se reconocieron dichos derechos fundamentales al interior de la empresa?

Para poder entender el fenómeno es necesario tener en cuenta que dicho proceso va de la mano necesariamente con la constitucionalización del derecho, en las primeras décadas del sigo XX. Se ha hablado mucho de este tema, pero aun así no hay término exacto. Tal vez la forma más sencilla de explicar el tema planteado sea entendiéndolo como un proceso que opera al interior de cada sistema jurídico.

Entre los rasgos más fundamentales del proceso de constitucionalización podemos encontrar el discurso de los derechos fundamentales, el cual se caracteriza, según Alexy, "por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objeto, tercero, de la máxima importancia, en cuarto lugar, máxima indeterminación"[3]

Los derechos fundamentales eran considerados en la época europea continental del siglo XIX como principios (no reglas), y que por lo mismo solo se encontraban contenidos en meras "declaraciones", siendo su consecuencia el

[1] FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Quinta Edición, 2006, Madrid, España, pág. 37.
[2] DIRECCIÓN DEL TRABAJO: Concepto Derechos Fundamentales. Disponible en http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-65192.html
[3] ALEXY, (2007) pág. 32.

Actualidad Juridica 29 final.indd 668 21-01-14 11:45

que no tenían fuerza normativa directa para ser litigados en sede judicial. Es decir, estos no se encontraban definidos ni directa ni concretamente, por lo que no se podía definir ni menos establecer en qué ocasiones eran violados, cuándo y cómo se protegerían, etc. Luego en la época de la posguerra, todo esto cambió y se consideró

> "que las normas constitucionales tienen todas –sin distinción– plena eficacia vinculante, incluidas las que estipulan los derechos fundamentales de las personas y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos vinculantes sin necesidad de desarrollo infraconstitucional y, especialmente, sin necesidad de desarrollo legal"[4].

Es por lo anteriormente mencionado que se sostendrá por la doctrina legal desde los inicios de la décadas de los ochenta, que las disposiciones constitucionales tienen un efecto normativo, y por lo mismo, dejan de ser consideradas como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador para poder asentar su valor normativo y operar como una norma jurídica con eficacia directa e inmediata.

En Chile, podemos ver plasmada esta situación en nuestra propia Constitución Política, en los artículos 6º y 7º, los cuales establecen o consagran la idea de la vinculación directa de los órganos y los particulares a las normas de la Constitución. Ocurre lo mismo en el derecho comparado, como es el caso de España, por ejemplo (artículos 9.1, 53.1 CE etc.).

Ahora bien, como se mencinó con anterioridad, era necesario abarcar someramente el tema de la constitucionalización del derecho, para poder entender cómo se produjo la constitucionalización del Derecho del Trabajo, la cual no se dio de forma inmediata, sino que fue necesario que las diversas Constituciones se dieran cuenta de lo trascendente que era el fenómeno laboral.

México fue el primer país que agregó a su Constitución (1907), en el artículo 123, el denominado constitucionalismo social, el cual alude a "la incorporación progresiva de derechos laborales en las normas superiores del sistema legal"[5].

Es así como la constitucionalización del derecho del trabajo corresponderá netamente a la aplicación de las normas constitucionales en la regulación de las relaciones laborales, especialmente referidas a aquellas que configuran derechos subjetivos fundamentales de que es titular el trabajador. El proceso de constitucionalización, por lo mismo, debe ir especialmente relacionado con la expansión de los derechos fundamentales incorporados al ordenamiento jurí-

[4] UGARTE, JOSÉ LUIS (2011), pág. 6.
[5] UGARTE, JOSÉ LUIS (2011), pág. 27.

Actualidad Juridica 29 final.indd 669 21-01-14 11:45

dico, pues son éstos "los componentes estructurales básicos que por decisión del contribuyente han de informar el conjunto de la organización jurídica y política" (Tribunal Constitucional español 53/1985).

Se ha establecido con respecto al tema de la constitucionalización del derecho del trabajo, que se puede abordar de dos sentidos distintos, y que por lo mismo es muy importante su identificación y distinción, ya que, aun cuando en principio pareciere que se trata de un mismo y solo proceso, no es así. Por un lado encontramos la constitucionalización del derecho del trabajo para aquellos casos en que derechos de carácter laboral son reconocidos por las normas constitucionales de un determinado ordenamiento jurídico, lo que se conoce o denomina como "constitucionalismo social", y por el otro, para aquellos casos en que las normas constitucionales que estipulan derechos fundamentales no laborales son recepcionadas por la regulación laboral de un ordenamiento jurídico, lo cual se conoce con el nombre de "ciudadanía en la empresa".

Respecto al constitucionalismo social, o derechos fundamentales específicos (como primera forma o proceso de constitucionalización), podemos decir que surgió con la crisis social de los años 30, "como respuesta político-jurídica frente a un nuevo pico de radicalización social". Luego, se plasmaron en diversos textos los derechos de los trabajadores y las condiciones que éstos debían tener, se tocó lo relacioado a materias de salud, educación, protecciones en materias de vivienda etc., además, esto no fue lo único, sino que además se abarcó el tema de los "compromisos igualitarios", que buscaban enormemente que todos fueran tratados por iguales en la ley. Esto fue uno de los cambios más significativos, y que generó el cambio o transición de un Estado de derecho al estado Social de Derecho. En éste último "se busca que la igualdad no quede radicada exclusivamente a las fuerzas del mercado, sino que fuera dependiente de las autoridades públicas para promover personas, grupos y sectores desfavorecidos".[6]

Es por lo anterior que se ha establecido que para poder lograr esa "igualdad pretendida" es necesario abordar el tema del trabajo, puesto que si éste es el lugar central de integración social, las formas de redistribución de las riquezas deben ir vinculadas a la situación del trabajador asalariado. Es por lo mismo que se ha tomado como pieza fundamental para la consecución de los fines buscados el reconocimiento del derecho a la libertad sindical y los derechos vinculados al conflicto colectivo –negociación colectiva y huelga–. Como vemos, el centro del constitucionalismo social lo encontramos en la libertad sindical y la negociación colectiva.

[6] ARANGO (2005), pág. 68.

Actualidad Juridica 29 final.indd 670 21-01-14 11:45

Encontramos como segunda forma o proceso de constitucionalización la ciudadanía en la empresa o también conocido como "derechos fundamentales inespecíficos". Estos consagran por una parte "los derechos específicamente laborales de que son titulares los trabajadores asalariados o empleadores en tanto son sujetos que forman parte de la relación laboral", como son el derecho a huelga y negociación colectiva; con los "derechos constitucionales laborales que pueden ser ejercidos por sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular).

La ciudadanía en la empresa se da en la segunda mitad del siglo XX, de forma progresiva y bajo "la teoría de la Drittwirkung". A diferencia de los derechos fundamentales específicos, éstos "tienen una naturaleza preponderantemente de derechos de titularidad individual, cuyo contenido es la protección de un espacio de autonomía frente a terceros y en ese sentido corresponden, técnicamente, a los denominamos clásicos derechos de defensa"[7]. Por ello, (pese a su tardía recepción en el derecho laboral) se trata de derechos que pertenecen a la primera generación de derechos fundamentales y que se caracterizan "por reunir un doble requisito de ser derechos de la persona o personalidad, por cuanto pertenecen al trabajador en su condición de tal, aun cuando se ejerzan en el marco del contrato de trabajo, y de ser derechos de libertad, ya que su objeto consiste en la ausencia de intromisiones o interferencias"[8].

De consiguiente, podemos concluir que los derechos fundamentales inespecíficos (no laborales) buscan limitar, en razón de la libertad y la autonomía personal, el poder empresarial, mientras que los derechos fundamentales específicos (laborales) buscan, en razón de la igualdad, repartir ese mismo poder.

Desafíos de los conflictos de derechos entre trabajador-empleador

La constitucionalización del derecho del trabajo significó un fuerte impacto a los derechos y obligaciones recíprocas entre el empresario y el trabajador, lo que trajo consigo una "recomposición constitucional del contrato de trabajo"[9]. Esto podemos verlo expresado de manera evidente en la jurisprudencia comparada –española–:

> *"la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano y cuya protección queda garantizada frente a*

[7] UGARTE, JOSÉ LUIS (2011) pág. 50.
[8] PALOMEQUE, (2004) pág. 138.
[9] DEL REY, (1995) pág. 200

Actualidad Juridica 29 final.indd 671 21-01-14 11:45

eventuales lesiones mediante la posibilidad de impulso de los oportunos medios de reparación, porque ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el Texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional" (SCT 88/1985, fundamento jurídico 2).

Dicho impacto es de tal envergadura que se ha llegado a establecer que el contrato de trabajado se verá condicionado "más que ningún otro contrato privado, por los derechos fundamentales"[10]. Es más, este impacto traerá consigo la difícil labor de discernir en qué medida los derechos constitucionales afectan la relación existente entre trabajador y empleador, y cómo la proyección de los mismos tendrá una capacidad conformadora sobre la relación contractual laboral.

Es en este enfoque, en que "la Constitución va a aparecer como marco delimitador, dentro del cual esos derechos y esos poderes pueden desenvolverse"[11]. Es de ese modo que el trabajador y el empleador quedan ligados desde una doble perspectiva, por una parte la relación laboral que los liga y que genera derechos y obligaciones laborales entre ambos, por otro lado, la relación entre dos ciudadanos vinculados por el ejercicio simultáneo de derechos fundamentales entre ellos.

El proceso de "recomposición constitucional" del contrato de trabajo será el que hará referencia a cómo debe solucionarse el cruce entre ambas dimensiones de la relación entre trabajador y empleador. Esto deberá llevarse a cabo mediante el acomodo entre el ejercicio de los derechos fundamentales de que es titular el trabajador y el cumplimiento de deberes y obligaciones laborales provenientes de la ley y el contrato de trabajo entre las partes.

Con todo, el núcleo problemático entre los derechos del trabajador y el contrato de trabajo se encuentra delimitado en dos aspectos, por un lado se encuentran los límites que los derechos fundamentales oponen a los poderes empresariales –derivado de los derechos fundamentales del empleador– y los límites que esos derechos fundamentales deben soportar por ejercerse dentro del marco normativo del contrato de trabajo.

En la primera situación, los derechos fundamentales operan como límite a los poderes empresariales, concretamente al poder de dirección del empleador. Lo

[10] ORTIZ (1998) pág. 48.
[11] PEDRAJAS (2000) pág. 52.

Actualidad Juridica 29 final.indd 672 21-01-14 11:45

cual cae en medio de la problemática que la teoría constitucional ha rotulado como conflicto de derechos fundamentales y al modo más relevante para su solución, cual es la aplicación de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad. El segundo problema (los límites adicionales que a dichos derechos impone un contrato de trabajo) se sale de la órbita del conflicto entre derechos fundamentales a diferencia de la primera situación, y supondrá efectuar un esfuerzo añadido de argumentación jurídica para sostener si normas de naturaleza infraconstitucional pueden operar como límites a dichos derechos.

Es por eso que debemos necesariamente revisar el problema de colisión de derechos fundamentales entre las partes de la relación laboral, para poder tratar de solucionar los diversos desafíos y conflictos que entre ellos se susciten. Para esto, se deberá utilizar –como así lo ha establecido la doctrina tanto académica como judicial– "la técnica argumentativa de la ponderación y la utilización del principio de proporcionalidad"[12].

La irrupción de los derechos fundamentales inespecíficos en el marco de la relación laboral

Se ha establecido que la irrupción de los derechos fundamentales inespecíficos en el marco de la relación laboral ha gatillado evidentes situaciones problemáticas de adaptación de esos derechos. Se dice que esto ha ocurrido por cuanto éstos no se encuentran específicamente regulados en la ley, y por lo tanto generan conflictos en el ejercicio de los mismos, ya que los poderes empresariales adscritos a derechos fundamentales del empleador (libertad de empresa y/o propiedad) son incompatibles con espacios del trabajador adscritos a derechos fundamentales del mismo (intimidad o libertad de expresión).

Es por ello que dicho conflicto entre empleador/trabajador ha sido entendido, tanto por la jurisprudencia comparada como por la doctrina, como una colisión de derechos fundamentales, cuya solución debe dejarse entregada a la ponderación y al principio de proporcionalidad.

La irrupción de los derechos inespecíficos no se dio sino hasta mediados del siglo XX, pero se debe tener claro que no fue por razones jurídicas, sino que histórico-culturales. Al decir que son razones histórico-culturales, se quiere mostrar la visión que acerca de la empresa se tenía en ese momento en particular. La empresa era entendida como un espacio típicamente privado, de fuerte connotación patrimonial; la relación laboral, por su parte, se manifestaba como una relación entre particulares y, por lo tanto, sin espacio para los llamados "derechos inespecíficos", y esto por la sola razón de que eran concebidos como técnicas de control propias de lo público.

[12] UGARTE, JOSÉ LUIS (2011) pág. 60.

Actualidad Juridica 29 final.indd 673 21-01-14 11:45

Ahora bien, se ha establecido que lo que verdaderamente revolucionó el ingreso de dichos derechos a la empresa fueron razones políticas, y que lo que se buscaba era una "distribución del poder en la relación laboral". Y fue en ese instante –en que el derecho le otorgó al trabajador un espacio de la realidad que queda bajo la cobertura de la intimidad– cuando el empleador quedó despojado de un trozo menos de poder dentro de la relación laboral sobre su trabajador (debemos recordar que antes de la irrupción de los derechos dentro de la empresa, el empleador tenia derecho absoluto sobre su propiedad, el cual lo manifestado por medio de facultades de dirección y mando).

Hoy en día, "cada centímetro que el derecho le otorga a la privacidad del trabajador se lo resta al espacio de la propiedad".[13] La alteración de la distribución del poder (razón política) es lo que manifiesta la verdadera subversión de los derechos fundamentales del trabajador en las relaciones laborales.

Por todo lo anterior, cabe preguntarnos: si la intimidad va a ingresar a la fábrica, ¿cuánta intimidad entra con el trabajador y cómo se arreglará el problema que ese ingreso provocará con la propiedad del empleador?

Para comenzar debemos tener presente que tanto el artículo 5º inciso 1º del Código del Trabajo, como el dictamen 2328/130, de 19.07.2002 de la Dirección del trabajo, establecen que

> "los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador o trabajadora, su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado (a) arbitrariamente".[14]

Con todo, los derechos fundamentales del trabajador habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, las cuales reconocen como su fundamento último la libertad de empresa y el derecho de propiedad, que son garantías constitucionales que apuntan a dotar al empleador de poder de iniciativa económica y el ejercicio mismo de la actividad empresarial.

Como podemos ver, son derechos que por ambos lados se contraponen. Por una parte tenemos los derechos fundamentales del trabajador, y por otra parte los derechos del empleador en su condición de tal. Por lo que para poder conciliar dichos derechos es necesario cumplir con una serie de requisitos, los cuales van encaminados a aclarar si se puede imponer un límite o no a un derecho

[13] UGARTE, JOSÉ LUIS (2011) pág. 72.
[14] DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 2210/35.

Actualidad Juridica 29 final.indd 674 21-01-14 11:45

fundamental. Nos estamos refiriendo aquí al "principio de proporcionalidad", el cual además admite una división en subprincipios: principio de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en su sentido estricto.

La tecnología – Posibles medios de vulneración de derechos fundamentales

Como ya hemos dichos en numerosas ocasiones, los derechos de las partes de la relación laboral se encuentran en constante pugna. Por un lado el trabajador quiere y busca que su intimidad y privacidad sean respetadas por parte del empleador, y por otra, el empleador busca poder ejercer de la forma que mejor le parezca sus facultades de dirección y control.

Dichas facultades de que goza el empleador, a medida que pasan los años, van adquiriendo mayor importancia, pues la "tecnología" de antaño no tiene nada que ver con los medios que hoy en día se pueden encontrar en el mercado. El empleador ve reforzadas sus facultades, puesto que tiene diversos medios con que ejercerlas y así tener un control absoluto dentro de su empresa y por consiguiente sobre sus trabajadores.

Bien sabemos que los derechos fundamentales inespecíficos son diversos y con connotaciones o ámbitos de aplicación distintos, pero todos buscan lo mismo "proteger al trabajador de posibles abusos del empleador".

Uno de los derechos más relevantes quizás puede ser el "derecho a la dignidad humana", el cual se encuentra consagrado en el artículo 1º inciso 1º de la Constitución, el cual dispone "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", por lo que podemos ver que "el ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre de un trato de respeto".[15]

Para no ir más lejos con la explicación de este derecho (pues bien sabemos es muy amplio), lo abordaremos desde el punto de vista de la tecnología como vulneración a la dignidad del trabajador.

Tal es el caso, y muy frecuente por lo demás, de instalación por parte del empleador de dispositivos de control audiovisual como una forma de control o vigilancia permanente y continuada sobre el trabajador.

Respecto a este punto, la Dirección del Trabajo, en su dictamen N° 2328/130 de 19.07.2002, estableció "que tener dispositivos de control audiovisual de

[15] Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol Nº 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008.

Actualidad Juridica 29 final.indd 675 21-01-14 11:45

forma permanente y continuada sobre el trabajador provoca en éste un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana".

Estableció además que,

> *"su utilización únicamente como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad".*[16]

Finalmente la Dirección dictaminó que sólo sería lícita dicha utilización siempre y cuando se hiciera cumpliendo *"los requisitos generales y específicos del medio en análisis".*[17]

Es decir, el empleador no puede utilizar dispositivos de control audiovisual, si no es por razones técnicas o de seguridad de los trabajadores o usuarios. No se acepta como método de control de los trabajadores en ninguna otra circunstancia, por ser desproporcionado y no permite ningún grado de intimidad o privacidad del trabajador.

Por otro lado encontramos el derecho al respeto y protección de la vida privada del trabajador, el cual se encuentra consagrado en el artículo 19 Nº 4 de la Constitución.

La vida privada podemos definirla como "el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo".[18]

Llevado al ámbito laboral, el legislador ampara el derecho de protección a la vida privada, tanto en el inciso 1º del artículo 5º del Código del Trabajo, como en el artículo 154 bis del mismo cuerpo legal, al disponer que el empleador "deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral", y también en el artículo 183 del mismo cuerpo legal, al consignar que la empresa usuaria "de-

[16] Dictamen Nº 2.328/130, de 19 de julio 2002.
[17] Dictamen Nº 2.328/130, de 19 de julio 2002.
[18] Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, 2004, pág. 178.

Actualidad Juridica 29 final.indd 676 21-01-14 11:45

berá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral".

Se ha sostenido además, por parte de la doctrina, que "el empresario no podrá llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere (la ley), intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo, por lo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de este derecho fundamental tendrá que supeditare a la estricta observancia del "principio de proporcionalidad" o "necesario equilibrio" entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador, y el ámbito de su libertad constitucional (…) agrega además "En particular, la instalación y empleo por el empresario de instrumentos de control de la actividad laboral en el centro de trabajo (grabación de sonido, circuito cerrado de televisión) se acomoda a las exigencias del derecho a la intimidad de los trabajadores afectados tan sólo cuando la medida resulte "justificada, idónea para la finalidad perseguida por la empresa, necesaria y equilibrada".[19]

Como podemos ver, por lo expresado con anterioridad, el derecho de protección a la vida privada va ligado estrechamente con el derecho a la dignidad, pues en ambos casos se encuentra prohibida la vigilancia permanente y continua, por medios audiovisuales o de sonido, que no se sujeten estrictamente a necesidades de la empresa, de seguridad y que además sean establecidos por medios idóneos. Es decir, el empleador jamás podrá bajo pretexto alguno (fuera de los casos permitidos por la ley), vigilar al trabajador durante toda su jornada de trabajo, ya que atenta contra su dignidad y contra su vida privada.

Otra forma que podría utilizar el empleador en ejercicio de sus facultades y para vulnerar los derechos de los trabajadores es lo concerniente a la revisión de los correos electrónicos de cada trabajador. Aquí nos encontramos dentro de la órbita del derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 19 Nº 5 de la Constitución, y se ha establecido que la inviolabilidad se refiere a "la cualidad que tienen los bienes protegidos en el sentido que no pueden ser observados, revisados, registrados, visitados, transmitidos, difundidos, ni traspasados para ningún efecto, sin el consentimiento previo del afectado"[20].

Con respecto al tema de los correos electrónicos, la Dirección del Trabajo, en su dictamen Nº 260/19, ha establecido que

> "*De acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los*

[19] PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, ob. cit., pág. 118.
[20] Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, 2004, pág. 194 – 195.

Actualidad Juridica 29 final.indd 677 21-01-14 11:45

correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores".

Este derecho de que goza el trabajador es parte de la exigencia de la privacidad –secreto de las comunicaciones–, por lo que el empleador deberá respetar siempre dicho ámbito, pudiendo solo regular las condiciones, frecuencia y oportunidad para su uso, pero jamás su contenido.

Otro caso muy característico, sobre el cual la Dirección del Trabajo también debió pronunciarse, y que tiene que ver con la inviolabilidad de las comunicaciones, se dio en el dictamen Nº 3441/072, en el cual se consultaba a la Dirección acerca de la "legalidad de la implementación en una empresa de un programa a nivel de la red del sistema de computación, denominado WIN VNC (controlador remoto). Este programa, según entendían los peticionarios, cumple con el fin de solucionar problemas de programación u otro tipo de usos a nivel de red, como las fallas en el sistema o en algún computador, pero también dentro de las funciones del programa aparece aquella según la cual los gerentes de la empresa se encuentran en condiciones de visualizar la pantalla de cada trabajador en cualquier momento de la jornada laboral, aunque, según lo que se les habría informado, lo anterior supondrían visualizar lo escrito por los trabajadores, pero no hacer modificaciones a lo realizado por éstos, habiéndose publicitado la implementación del mencionado programa mediante un letrero ubicado en la oficina del solicitante, con el siguiente contenido: "En los computadores de secretaría, contabilidad y dibujo existe un programa de monitoreo que permite ver remotamente qué (sic) es lo que se está haciendo durante la jornada laboral".

La Dirección del trabajo dictaminó que "El reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales poseen respecto de las facultades que la ley le reconoce al empleador, en especial respecto del derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores, conlleva a la conclusión que el programa a nivel de la red del sistema de computación denominado WIN VNC (controlador remoto) no podrá utilizarse como un control permanente del empleador que suponga la vigilancia y fiscalización de la actividad de los trabajadores en los computadores que les fueren asignados, y en aquellos casos en que resulte lícita su utilización, por requerimientos o exigencias técnicas, objetivamente necesarios, de los procesos productivos o por razones de seguridad, deberán respetarse las directrices contenidas en el cuerpo del presente escrito".

Como podemos apreciar, la Dirección del Trabajo dictaminó de igual forma que en el resto de las situaciones ya abarcadas. Es decir, siempre que una medida adoptada por el empleador pueda perjudicar, invadir, denigrar la dignidad, vida privada o comunicaciones del trabajador, se le estará prohibido a éste llevarla a cabo, salvo que se cumpla con los requisitos establecidos y su utilización sea necesaria e idónea para la actividad de la empresa.

Actualidad Juridica 29 final.indd 678 21-01-14 11:45

Los casos mencionados anteriormente no son los únicos, pero sí los clásicos en nuestra legislación, en relación a vulneración de derechos del trabajador. Diversos dictámenes pueden encontrarse acerca de dichas materias, los cuales siempre apuntan hacia una misma dirección: proteger al trabajador de actos abusivos por parte del empleador.

Es del caso, que estas formas o medios de control no son los únicos. De hecho, no debe ser una sorpresa para nosotros, puesto que el mundo va cambiando constantemente y así también las tecnologías. Hay mecanismos de control de diversas clases alrededor del mundo, y cada legislación, sobre todo la laboral, debería estar preparada (para legislar) en caso de que alguna de ellas penetrara en nuestro país. Ese puede ser el caso del GPS.

El GPS como nuevo mecanismo de control

El GPS es una de las invenciones tecnológicas más importantes del último tiempo. De hecho, en sus inicios sólo era concebido para usos estrictamente militares (1990-1991, Guerra del Golfo), lo que fue modificándose con los años, hasta llegar a nuestros días en que el GPS es uno de los medios más utilizados por las personas en diversas áreas y ámbitos.

En términos sencillos, podemos decir que el GPS es un "sistema de localización, diseñado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, con fines militares, para proporcionar estimaciones precisas de posición, velocidad y tiempo"[21].

Es del caso que este sistema puede estar establecido en diversos instrumentos o aparatos electrónicos, como por ejemplo en un teléfono, en cuyo caso ya no tendrá el nombre de GPS, sino que adoptará el nombre de GSM. Al usar este sistema (GSM), lo que se hace es geocalizar el objeto mediante las señales emitidas por la red de telefonía móvil digital y la señal emitida por el teléfono. En el caso del GPS, se hace mediante las señales emitidas por el satélite.

Ahora bien, debemos recalcar que dadas las ventajas que presenta el sistema, "no es inusual que su utilización se encuentre masificada en diversas áreas. Así, por ejemplo, en estudios de fenómenos atmosféricos, localización y navegación en regiones inhóspitas, modelos geológicos y topográficos, sistemas de alarma automática, entre otros".[22]

[21] PÉREZ DEL PRADO, D. "Instrumentos GPS y poder del empresario", en: *Revista de la contratación electrónica*, Nº 107, pág. 51. España, 2009.

[22] *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 2, Nº 4. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pág. 86, Santiago, 2011.

Actualidad Juridica 29 final.indd 679 21-01-14 11:45

Pero eso no es todo, no solo podemos encontrarlos en diversas áreas, sino que además incorporados a diversos instrumentos, como por ejemplo en camisetas de jugadores de fútbol, por razones "estrictamente deportivas y físicas". Esta situación ya nos lleva a pensar que si se puede incorporar este sistema en ropa deportiva, ¿cuál sería el problema de incorporarlo en ropa de vestir de uso cotidiano, o más aún ser incorporado en indumentaria de trabajo y con ello aumentar el control patronal?

El GPS, dentro del mundo laboral, no solo es un servicio de eficiencia empresarial, sino que ya se está usando como mecanismo de control de los trabajadores. Eso sí, debe tenerse en claro que el GPS como "mecanismo de control no presenta un antecedente directo. Es más, no existiría ningún medio que permitiese al empleador disponer de información al minuto de los desplazamientos que realiza un bien de su propiedad, fuera del recinto de la empresa. Tampoco existirían instrumentos que permitan conocer el movimiento de un trabajador cuando este se encuentra al exterior de la industria"[23]. Con todo, se ha establecido que un posible antecedente del GPS sería la "videovigilancia" (Recordar Dictamen Nº 2.328/130, de 19 de julio 2002). Se dice que puede ser un antecedente, puesto que la videovigilancia es utilizada para aquellos casos en que la actividad desempeñada por el trabajador es móvil, y la idea del GPS es esa, trabajar con objetos que se encuentran en constante movimiento.

Ahora bien, lo complicado del GPS como mecanismo de control es que a diferencia de la videovigilancia (que sólo abarca específicamente lo que enfoca), éste no tiene espacios reservados ni objetos de control, sino que el mecanismo sigue al bien objeto de la supervisión. Así, por ejemplo, si se incorporara el GMS al teléfono del trabajador, el empleador podría saber los lugares que éste visita en su tiempo de descanso, en sus pausas de trabajo, el tiempo que utiliza en el baño etc., por lo que bien se puede apreciar que seria una medida más invasiva aún de las que hemos podido apreciar en los casos anteriores. Por lo anterior, podríamos hablar ya de la existencia de una "monitorización permanente", una "mano alargada" que permite al empleador tener el control absoluto de sus trabajadores.

A pesar de todo lo anteriormente expuesto, es legítimo para el empleador adoptar la decisión de instaurar el GPS o GMS como un mecanismo de control en su organización productiva. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia españoles, en diversos casos han aceptado como medio de prueba por parte del empleador la utilización de la información que dicho sistema arroja; más aún, se han acogido algunas de las demandas interpuestas por parte del

[23] *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 2, Nº 4. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pág. 88, Santiago, 2011.

Actualidad Juridica 29 final.indd 680 21-01-14 11:45

empleador. Tal es el caso plasmado en la Sentencia del Juzgado de lo Social, Nº 32, Madrid, de 1 octubre 2003. En ella:

> "se estimó procede el despido de un trabajador que ante la tardanza en los desplazamientos que efectuaba en su condición de montador y en el número de horas extraordinarias, se decidió la instalación de un sistema de control GPS en su vehículo para comprobar el tiempo dedicado a los desplazamientos así como el invertido en el descanso de los quince minutos del desayuno. No siendo considerada la medida adoptada por parte empresarial como excesiva dadas las continuas advertencias de las que había sido objeto el trabajador".[24]

Como se indicó anteriormente, es legítimo para el empleador adoptar la decisión de instaurar GPS o GMS, como mecanismo de control del trabajador. Es por dicha razón que la doctrina ha establecido algunas soluciones para lograr armonía entre la instalación de este medio de control y el derecho a la intimidad de que es titular el trabajador.

La primera solución que se plantea es la sustituir el código individual del GPS por uno grupal, otorgándosele a todo un grupo de trabajadores que realicen la misma función o una semejante. De esa forma se lograría cierta impersonalidad del medio de control, "evitándose la posibilidad reconstruir los movimientos y desplazamientos llevados a cabo por un trabajador en particular".[25]

En segundo lugar se establece la limitación de su carácter permanente por medio de la fijación de límites en cuanto a los momentos en que debe regir este mecanismo de control. Mediante la implementación de esta solución, se le estaría permitiendo al trabajador "desconectarse" del monitoreo que se le realiza y poder así tener los momentos de intimidad que le corresponden.

Estas soluciones lo que buscan es aminorar el sistema de control, y limitarlo exclusivamente a un fin en específico, el cual no puede en caso alguno invadir la intimidad y privacidad del trabajador sujeto a dicho mecanismo.

El GPS o GMS, quizás aún no sea un medio de control o de vigilancia utilizado por los empleadores en nuestro país, pero analógicamente podríamos verlo asimilado a lo que sucede en las empresas con los sistemas de videovigilancia. Este sistema está centrado a diferentes zonas de la empresa, a diversos trabajadores y de forma permanente y continua, lo que significa una invasión a la intimidad

[24] SANPEDRO GULLON, V. "Facultades empresariales de vigilancia y control en los centros de trabajo".
[25] *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 2, Nº4. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pág. 93, Santiago, 2011.

Actualidad Juridica 29 final.indd 681 21-01-14 11:45

y dignidad del trabajador, quizás en menor grado que lo que significaría un GMS en un teléfono móvil, pero invasivo al fin y al cabo.

Por todo lo señalado con anterioridad es necesario plantearse cómo podrían verse afectados los derechos fundamentales de los trabajadores si llegasen a nuestro país dichos medios de vigilancia y control. ¿Fallarían los tribunales de forma similar a como lo han hecho hasta ahora, protegiendo los derechos inespecíficos de los trabajadores o permitirían al empleador la implementación de dichos sistemas dentro de sus empresas? El tema invita a una serena meditación jurídica.

Actualidad Juridica 29 final.indd 682 21-01-14 11:45

"Entre las butacas y el telón": Rol contribuyente-colaborador del ayudante en el uso de TIC como herramienta metodológica de enseñanza

Claudia Godoy Pérez
Ayudante de cátedra Derecho Penal I y II
Universidad Católica del Norte

Profesor patrocinante: Christian Scheechler Corona

Resumen: La era de la globalización y el uso de tecnologías han transformado nuestra forma de comunicarnos. La enseñanza del Derecho no está exenta de esta realidad. En este contexto es válido cuestionar el desempeño en nuestro rol como ayudantes –entes colaboradores del proceso educativo– en torno a la implementación de TIC. En el siguiente texto se expone una significativa experiencia, desde la óptica del ayudante, del aprovechamiento metodológico de diversas tecnologías en la cátedra Derecho Penal II.

*****

I. Introducción

Los alumnos que se formaban hace 50 años en las diversas Facultades y Escuelas de Derecho del país no son los de hoy. A nosotros la era de la globalización nos gestó y somos hijos de la Sociedad de la Información. Lo que ha implicado cambios significativos a nivel cultural, social y por supuesto educacional. Porque nuestra forma de comunicarnos ha mutado y la esfera de la docencia jurídica no está exenta de los efectos de esta transformación.

Es en este contexto que durante la última década se ha vuelto una preocupación constante dentro de quienes ejercen la docencia del Derecho el complementar la enseñanza con diversas herramientas. Algunas de estas modificaciones van de la mano con volcar el modelo tradicional del Derecho a uno en que se desarrollan competencias, no sólo conocimientos. Otras, aun manteniendo un método de enseñanza tradicional, implementan cambios en la forma de difundir la información y en esa labor resulta vital la aplicación de tecnologías, poderosa herramienta a la hora comunicar el saber, particularmente atractiva para dar a conocer aquellos contenidos tediosos, densos y confusos, ya que se abre la posibilidad de transmitirlos y recibirlos de otra forma. En la recepción

Actualidad Juridica 29 final.indd 683 21-01-14 11:45

de los mismos, desde nuestra tribuna de ayudantes, podemos comprender bien y colaborar para implementar de la forma más óptima posible.

II. Las TIC en la enseñanza del Derecho

Las TIC (Tecnologías de la información y las comunicaciones) tienen doble injerencia en el mundo jurídico. La primera es la regulación de diversos fenómenos consistente en construir el marco legal de una nueva realidad –como ocurre con la contratación electrónica, teletrabajo, criminalidad informática, propiedad intelectual, entre otros–. La segunda implicancia se relaciona con la enseñanza del Derecho, considerándose ésta instrumento aplicable a la docencia e investigación.[1]

Nos centraremos en la segunda implicancia, particularmente en la introducción de TIC en el proceso de enseñanza, éstas se han incorporado con el objeto de incrementar la variedad metodológica, aumentar la accesibilidad y flexibilidad, promover el protagonismo del alumno, mejorar la presentación y comprensión de ciertos tipos de información.[2]

En Chile su aplicación como herramienta pedagógica en el campo del derecho ha sido escasamente tratada como objeto de estudio[3]. Llama la atención porque no es un elemento menor a considerar en la estructura de las relaciones comunicacionales.

En cualquier proceso de comunicación participan emisor, receptor, mensaje, medio o canal y la retroalimentación en que aseguran la eficacia de un proceso bidireccional. En el proceso de enseñanza particularmente, esta retroalimentación se compone de la información de qué es correcto y qué no, por qué lo es y las posibles alternativas de solución o estrategias de mejoramiento[4]. En este contexto se vuelve relevante la buena codificación y decodificación del mensaje, porque en el modelo tradicional de enseñanza no existe interactividad entre emisor-profesor y receptor-alumnos ya que el objetivo del mensaje es que sea reproducido fielmente por los últimos. Es lo que conocemos tradicionalmente como método de enseñanza en las aulas de derecho y se ha arraigado fuertemente, amparado por la libertad de cátedra.

Lo que propone un modelo democrático, a contrario sensu del tradicional, es aprovechar el potencial de las nuevas tecnologías para generar comunicacio-

1 DELGADO, OLIVER (2003).
2 DÍAZ (2004).
3 SHEECHLER (2011) p. 138.
4 CHACÓN (2007) p. 34.

Actualidad Juridica 29 final.indd 684 21-01-14 11:45

nalmente intercambio de roles. Así el profesor es mediador-crítico-orientador y el alumno activo investigador y constructor de su proceso de aprendizaje y no un mero receptor.[5]

Bajo este modelo, es amplio el espacio de participación que se abre a otro interventor, como el ayudante, sin interferir en la labor del docente ni del alumnado, ya que no hay rigidez ni verticalidad en la comunicación, por lo tanto se va generando un enriquecedor entorno de aprendizaje, recíproco.

Las principales críticas que genera este entorno de aprendizaje particularmente se refieren a la información y a creer que existe paralelismo entre información y conocimiento o la falsa idea que tener acceso a más información significa estar más informado[6]. Esa es la razón de fondo por la que se vuelve imprescindible la integración de los medios bajo ciertos condicionamientos. Los más relevantes son: 1) El profesor no puede ser sustituido por los medios, 2) el uso de los recursos debe ser reflexivo, crítico y adaptado a la realidad, 3) cada medio tiene sus potencialidades y limitaciones, por lo tanto cada medio es idóneo para un determinado contexto no para todos, 4) las TIC que se implementen deben integrarse a los nuevos modelos de enseñanza-aprendizaje, y 5) la finalidad de estos es lograr aprendizajes significativos.[7]

La importancia de las TIC es mucho más trascendental de lo que aparentan, pues han tenido una sigilosa participación en diversos ámbitos pertenecientes a la enseñanza del Derecho. A modo de ejemplo, el proceso de acreditación de carreras y programas de pregrado se realiza sobre la base de dos parámetros[8], el primero de ellos analiza el perfil de egreso, se considera el desarrollo y actualización de fundamentos científicos, disciplinarios o tecnológicos y las orientaciones hacia la misión, propósitos y fines de la institución, y el segundo los recursos y procesos mínimos que permiten asegurar este perfil.

No es menor la injerencia que ha tenido la tecnología en el ámbito jurídico práctico, los propios sistemas informáticos con que trabajan los tribunales y estudios jurídicos del país, los cambios que han generado en materia probatoria las redes sociales son claros ejemplos de que si un abogado no sabe manejar herramientas mínimas de conectividad se limitará en el desempeño de su profesión, de ahí la necesidad de acercar estas herramientas al alumnado.

Otro ejemplo decidor han sido los Proyectos Mecesup[9], su financiamiento especial destinado a implementar herramientas tecnológicas y los proyectos

5 CHACÓN (2007) p. 34.
6 CABERO (2007) p. 5.
7 CHACÓN (2007) p. 36.
8 Ley 20.129, Establece un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, Art. 28.
9 En la Escuela de Derecho UCN se han llevado a cabo dos: UCNO201 y UCNO802.

Actualidad Juridica 29 final.indd 685 21-01-14 11:45

internos de cada Universidad enfocados particularmente a mejorar la enseñanza, adaptándola a los requerimientos de esta era, algunas en centros especializados que constantemente asesoran y motivan estas iniciativas.[10]

III. La significativa experiencia del uso de TIC en la cátedra Derecho Penal II.

Durante los últimos 3 arios me he desempeñado como ayudante de Cátedra del curso Derecho Penal II-Universidad Católica del Norte, que se imparte en el tercer año de la carrera, 6° semestre de la malla curricular. Es un curso que se ha caracterizado por su alto índice de reprobación[11], debido a la densidad, cantidad y complejidad de los contenidos.

El año 2010 comenzó por parte del profesor de la Cátedra[12] un profundo análisis de los problemas y la búsqueda de soluciones metodológicas bajo el prisma que cada una de estas dificultades representaba un caldo de cultivo para la aplicación de TIC. La implementación de estas contemplaba un trabajo colaborador activo de los ayudantes, particularmente la interiorización en el manejo de herramientas tecnológicas virtuales y audiovisuales.

A cada una de las falencias se le asignó una herramienta específica y se estableció que la efectividad de la metodología utilizada debía reflejarse en que el 60% del curso aprobara sin bajar la exigencia que hasta ese entonces caracterizaba a la cátedra.

Se implementaron una serie de acciones concretas para superar las debilidades detectadas y en cada una de estas el rol protagónico del profesor, en otras, de los cuatro ayudantes o la actuación conjunta. Fue necesario generar un equipo de trabajo, por la cantidad de alumnos que cursaban la asignatura y porque muchos de ellos lo hacían en segunda o tercera oportunidad. El imprescindible uso de *Educa* –plataforma virtual UCN, tecnología *Claroline*– como medio oficial de difusión y participación tanto para los ayudantes, con facultades especiales de interacción, como para los alumnos en el uso de ciertas herramientas que permitía la plataforma, pero no habían sido utilizadas anteriormente.

A continuación se explica la participación del equipo de trabajo, particularmente de los ayudantes en cada una de estas acciones

[10] En la Universidad Católica del Norte el Centro de Innovación Tecnológica y Metodológica (CIMET).
[11] Durante el año 2011 aprobó el 38% del curso, los años anteriores no superó el 45% de aprobación.
[12] Sr. Christian Scheechler Corona. DEA en Derecho Penal, Universidad de Deusto. Diplomado en enseñanza del Derecho. Secretario Académico y profesor de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Católica del Norte.

Actualidad Juridica 29 final.indd 686 21-01-14 11:45

1. Difusión de la planificación semanal del curso a través de la *Agenda* de la plataforma virtual de la universidad, con el objeto de que los alumnos pudieran preparar los contenidos oportunamente antes de cada clase. Se complementaba con un recordatorio extraoficial en redes sociales de alta interacción del alumnado, particularmente Facebook resultó el más efectivo.

2. Organización visual de los contenidos a través de esquemas y mapas conceptuales. Todos los miembros del equipo creamos esquemas y mapas conceptuales oficiales del curso, de aquellos contenidos complejos y necesarios de ordenar y uniformar, que fueron revisados y complementados por el profesor. Para su realización utilizamos plataformas virtuales gratuitas, como la de los programas Xmind, Mindnode y Cacoo. En estos programas aprovechamos las instancias de interacción entre usuarios para enriquecer el resultado final, su difusión fue a través del medio oficial, la plataforma virtual de la universidad y el extraoficial ya señalado en el punto 1.

3. La elaboración de lo que denominamos: *Quiz* –cuestionarios de los textos obligatorios de lectura del curso–, particularmente los más complejos. El objetivo de esta medida era familiarizar a los alumnos con el tipo de preguntas que encontrarían en una prueba y ayudarles a comprender el contenido de dichas lecturas. Nuestra labor en particular implicó un estudio profundo de los mismos, la interiorización esquemática del contenido de estos. La materialización de esta acción fue a través de dos herramientas tecnológicas: 1. Un ítem de nuestra plataforma virtual –hasta este curso inexplorado por cualquier usuario– en que se le permite al alumno contestar, verificar la exactitud o inexactitud de su respuesta con la explicación de la correcta y finalmente obtener el puntaje que reflejaba su desempeño, y 2. El uso de "tecleras digitales" *(Turning Point),* cuyo software permitía generar la estadística casi inmediata del resultado de la votación, que era comparado con la respuesta correcta en una sesión especial que tenía por finalidad esclarecer los asuntos contradictorios de la materia. El ejercicio se realizaba de forma individual, primeramente, y luego se invitaba a debatir en duplas para que en conjunto manifestaran una respuesta, lo que indudablemente enriqueció la experiencia.

4. Siguiendo la metodología de la exposición de los contenidos de la cátedra, para las ayudantías expositivas de los temas que debíamos tratar se estableció el requisito *sine qua non* de crear material de apoyo visual, de la calidad suficiente que sirviera para complementar y ordenar el estudio del curso. Por esa razón la presentación debía tener además de los contenidos doctrinales, jurisprudencia para analizar el razonamiento del Tribunal y llevar eso a discusión. Se privilegió la elaboración usando el programa Prezi, en su defecto Power Point y con la modalidad de clase expositiva de alta interacción del alumnado el material generado era efectivamente de apoyo y no la clase en sí.

Actualidad Juridica 29 final.indd 687 21-01-14 11:45

5. Se organizó el curso en grupos de 8 alumnos, durante todo el semestre debían trabajar investigando un caso designado, al término entregar un informe y una defensa oral. El seguimiento progresivo y constante del trabajo fue realizado a través de la herramienta Google Docs, lo que nos permitía detectar progresivamente los avances, problemas o errores que tuvieron, guiarles en pos de los objetivos del mismo y verificar que el aporte de todos los integrantes fuera lo más equilibrado posible.

6. Resolución de casos. La modificación de un modelo tradicional de enseñanza ha llevado a implementar en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Norte la formación por competencias[13], esta formación se lleva a cabo a través de la metodología de casos, entre otras, y en esta experiencia particular fue por 2 vías:

   6.1 El uso de casos escritos, basados en jurisprudencia nacional, adaptados en aquellos elementos que resultaran interesantes de analizar desde el punto de vista de la cátedra. Su difusión fue en talleres a cargo de ayudantes y otros cargados a la sección *Foro* de la plataforma virtual en que se produjo la interacción virtual entre profesor, ayudantes y alumnos. Muchas de estas simultáneas.

   6.2 El uso de casos audiovisuales. En que se aprecian situaciones reales, extraídas de los ejemplos más clásicos de doctrina o jurisprudencia y otras adaptadas para los contenidos de Derecho Penal II. Las fuentes de estos casos fueron dos:

      a) Videos de YouTube.

      b) Material audiovisual, resultado de un Proyecto Docente al que se postuló durante el año 2010, su producción, por los colaboradores de la cátedra, fue durante el año 2011 y su aplicación el 2012. Contó con un importante soporte técnico-profesional de diversas áreas: audiovisual, criminalística, procedimientos policiales, entre otros. Su objetivo era enseñar a través del método de casos, que no ha sido muy explotado en la enseñanza jurídico-penal chilena (el método es profusamente usado en los países del *common law*, tales como EEUU y el Reino Unido), sin embargo, hacerlo a través de la utilización de casos audiovisuales de producción propia y no solamente escritos implicaría un ejercicio único.

La originalidad del proyecto estuvo en la implementación del mismo, ya que el material audiovisual se complementó con un *dossier* en que constaba la prueba

[13] Apoyado por los 2 Proyectos Mecesup.

Actualidad Juridica 29 final.indd 688 21-01-14 11:45

documental de lo que relataba el caso, con un formato similar al de la carpeta de investigación de un fiscal, con una impronta forense que acercaba al alumno al manejo práctico de los contenidos penales y los situaba o en la labor de Fiscal o Defensor para incentivar la importancia práctica que tiene conocer la prueba documental y testimonial en el proceso penal. Si bien el Proyecto se aplicó a alumnos de Derecho Penal II y este año a los que cursan Derecho Penal I, por su rico contenido en la parte general es un material de uso transversal perfectamente aplicable a Derecho Penal III y IV, las asignaturas procesales o de práctica forense.

El resultado final de los esfuerzos centrados en la implementación de todas las herramientas metodológicas y tecnológicas tuvo resultados cuantitativos y cualitativos[14].

Dentro de los resultados cuantitativos, el más destacable es que la meta propuesta fue lograda con un 64% de aprobación.

Se pudo establecer una relación directa entre el porcentaje de participación de los alumnos y el aumento del rendimiento académico, a través de las estadísticas que se obtienen de la plataforma virtual, comparando el mismo curso con el año anterior, las visitas incrementaron en un 300%. En los ejercicios –*quiz*– el promedio de participación fue de un 62%, del 38% que no participó el 86% de ese grupo de alumnos reprobó –la estadística se vio incrementada en este punto por aquellos que no pudieron renunciar a la asignatura y la reprobaron sin rendir evaluaciones–. De aquellos que participaron al menos del 75% de estos ejercicios aprobó el 90%.

La experiencia cualitativa se reflejó en los índices de satisfacción que mostró la evaluación docente de la Universidad y en lo que respecta al trabajo de ayudantes– coincidimos que el uso de las herramientas tecnológicas, de forma estratégica, permite la sistematización de los contenidos de forma tal que puede ser aplicado en otras materias. Que la exigencia de rendimiento que demandaba nuestra labor contribuyó favorablemente a profundizar conocimientos y que todo el material creado y utilizado hoy nos permite contar con nuestra modesta pero propia base de datos, de acceso virtual.

IV. Conclusiones

Es relevante comprender la naturaleza transversal de las TIC, como objeto de estudio, herramienta en la enseñanza e instrumento organizador dentro de un proceso comunicacional tan activo y dinámico como lo es que ocurre dentro de las aulas.

[14] CIMET (2013) p. 6.

Actualidad Juridica 29 final.indd 689 21-01-14 11:45

Por lo mismo es relevante conocer cuáles son las ventajas y circunscribir su aplicación dentro de un cuadro metodológico específico.

El análisis del uso de estas herramientas ha permitido establecer que la labor del ayudante puede ser activa y colaboradora dentro del proceso de enseñanza del Derecho. Con la debida orientación, abriendo un espacio interactivo de enseñanza y sobre todo generando la instancia de participación de este en una planificación de la estrategia a utilizar dentro de un curso, comprendiendo que las TIC son herramientas y no la enseñanza en sí.

Es importante para cualquier usuario conocer cuáles son las herramientas virtuales con las que se cuenta en cada casa de estudios, como también descubrir aquellas a las que gratuitamente se puede acceder –en sus versiones básicas al menos, son muchísimas–, pues la implementación de TIC no siempre requiere desembolso económico y eso no puede convertirse en una limitante.

El uso de TIC acorta la brecha generacional a la hora transmitir conocimientos. Transforma estos en interesantes y atractivos, por muy antiguos que sean. Son beneficios, no sólo han sido experimentados en la docencia jurídica, sino también en otras áreas, y la experiencia ha sido positiva[15].

Sin duda alguna en estos 3 años que he colaborado como ayudante de cátedra la implementación de metodológica de TIC ha marcado un antes y un después, tanto así que ese es el modelo que replicamos el año 2013 y el *modus operandi* utilizado en esa cátedra es el adoptado como la metodología oficial de trabajo en las asignaturas penales –parte general–.

La tribuna del ayudante es privilegiada, útil y enriquecedora "entre las butacas y el telón", porque al transformar el paradigma tradicional de la comunicación en la enseñanza se genera una instancia que no interfiere con la labor de nadie, donde se puede aprender más que cualquiera y colaborar activamente para que otros aprendan.

Bibliografía

BAUTISTA, José Manuel (2002): "Las tecnologías de la información y comunicación y su divorcio con la educación actual", en *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica,* N° 96 (*online*) [Fecha de consulta: 22 de agosto de 2013]. Disponible en: http ://revistaciencias sociales .ucr. ac. cr/wpcontent/revi stas/96/08-.pdf.

CABERO, Julio (2007): "Las necesidades de las TICs en el ámbito educativo: oportunidades, riesgos y necesidades", en *Tecnología y Comunicación Educativas Año 21,* N° 45 (*online*)

[15] RODRÍGUEZ (2013).

Actualidad Juridica 29 final.indd 690 21-01-14 11:45

[Fecha de consulta 27 de agosto de 2013]. Disponible en: http://investigacion.ilce.edu.mx/tyce/45/articulo1.pdf

CENTRO DE INNOVACIÓN METODOLÓGICA Y TECNOLÓGICA- CIMET (2013): Evaluación de satisfacción innovación docente en curso de Derecho Penal II. Informe interno.

CHACÓN, Antonio (2007): "La tecnología educativa en el marco de la didáctica", en ORTEGA, José Antonio-CHACÓN, Antonio (coord.), *Nuevas tecnologías para la educación en la era digital* (Madrid, Ediciones Pirámide) pp. 25-40.

DELGADO, Ana M.ª; OLIVER, Rafael (2003): "Enseñanza del Derecho y tecnologías de la información y la comunicación" UOC (*online*) [Fecha de consulta: 25 de agosto de 2013]. Disponible en: http://www.uoc.edu/dt/20310/index.html.

DÍAZ, Paloma (2004): "Las TIC como apoyo en el proceso de enseñanza/aprendizaje". 1ª Jornada Camus Virtual, Universidad Carlos III de Madrid (*online*) [Fecha de consulta 12 de agosto de 2013]. Disponible en: www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-10766/PDiaz.ppt

RODRÍGUEZ, Carlos (2013): "Análisis didáctico de las aulas virtuales. Una investigación en un contexto de educación superior", en *Revista Electrónica de Tecnología Educativa,* N° 44 (*online*). [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2013]. Disponible en: http://edutec.rediris.es/Revelec2/Revelec44/pdf/Edutec-e_n44-Rodriguez-Alvarez.pdf

SCHEECHLER, Christian (2011): "TIC'S y enseñanza del Derecho: una deuda pendiente", en AEDO Cristián-DELPIANO Cristián (ed.), *Nuevos Desafíos de la Enseñanza del Derecho en Chile* (Santiago de Chile, Editorial Libromar) pp. 133-139.

SCHEECHLER, Christian (2012): "Uso de casos como recurso didáctico y formación por competencias en Derecho Penal", en ELGUETA, María Francisca (coord.), *Actas del Primer Congreso Nacional de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* (Universidad de Chile-Facultad de Derecho) pp. 271-289.

Leyes

Ley 20.129. Establece un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, Diario Oficial 17 de noviembre de 2006.

Actualidad Juridica 29 final.indd 691 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 692 21-01-14 11:45

Nuevas tecnologías aplicadas a la docencia del Derecho

Sebastián Mattatall Tapia
Profesor ayudante Derecho Procesal III
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesora patrocinante: Carolina Coppo

Resumen: Esta ponencia trata de distintos recursos tecnológicos existentes en la actualidad, tales como material audiovisual, cinematográfico o dispositivos de control remoto inalámbricos que permitan la participación activa del alumno durante el proceso educativo.

*****

Introducción

La Universidad del Desarrollo, hace ya algún tiempo, ha adoptado un cambio en la forma y metodología de enseñanza del Derecho, que la convierten en una institución pionera en este sentido. Este cambio se centra en reemplazar, o al menos conjugar, la metodología tradicional de enseñanza del Derecho, basada en la clase magistral, con una metodología de enseñanza por competencia, que busca no solo transmitir los conocimientos sustantivos de cada cátedra, sino que además busca transmitir competencias o habilidades, útiles e incluso necesarias, en el ejercicio de la profesión. Pero toda esta transformación supone cambios más profundos en la forma de comprender la pedagogía del Derecho, pues el papel del profesor, sus métodos y sus estrategias didácticas, los materiales de apoyo y los procesos de evaluación de los aprendizajes cobran nuevo sentido y actúan bajo una nueva perspectiva en la que el profesorado deja de ser mero depositario del conocimiento para convertirse en un mediador hacia este, del que debe ser artífice el propio alumno. En este nuevo contexto, el docente no ha de olvidar ese papel de transmisor de conocimientos que ha venido realizando, pero parte de su tiempo se dedicará ahora a un abanico metodológico más diversificado como el trabajo por objetivos o por proyectos, el empleo del método del caso y el uso de las tutorías personalizadas.

En este mismo sentido, el escenario por excelencia hasta ahora, la clase, cede protagonismo a otros espacios y otros recursos: bibliotecas, aulas de informática, campus virtuales, etc. Y en esta nueva realidad que demanda serias transformaciones metodológicas, las nuevas tecnologías cobran un papel relevante al revelarse como

Actualidad Juridica 29 final.indd 693 21-01-14 11:45

un complemento adecuado para cubrir las posibles deficiencias que las metodologías tradicionales puedan tener o para extraer el mayor rendimiento a las mismas.

La metodología de enseñanza por competencia tiende a impulsar el autoaprendizaje del alumno, situándolo de esta forma en el centro del proceso educativo. Comienza a adquirir especial relevancia el aprendizaje de las llamadas competencias genéricas, que permitirá una mejor integración social del estudiante, entre estas últimas y en relación estrecha con el ejercicio profesional, se abre paso la necesidad de estimular la capacidad para el trabajo cooperativo de los estudiantes universitarios. Desde otra perspectiva, la enseñanza por competencia no se enfatiza en la persona del profesor y el conocimiento que él entrega, sino que por el contrario se centra en la persona del alumno y el conocimiento que adquiere, sea este proveniente del docente o de otro medio, entre los que encontramos las nuevas tecnologías.

Si bien es cierto que el avance de las tecnologías nos proporciona un abanico innumerable de nuevos recursos que podemos incorporar para complementar la enseñanza del Derecho, en esta ponencia me referiré solo a algunos de ellos, particularmente a la utilización del cine como método pedagógico y la utilización de "clickers" en la sala de clases.

Clase Magistral Participada

Heredera de la "*lectio*" medieval, la lección magistral sigue siendo uno de los métodos docentes más utilizado en enseñanza universitaria. Bien realizada, es pertinente para el logro de ciertos objetivos: adquirir información actualizada y bien organizada procedente de fuentes diversas y de difícil acceso al estudiante, facilitar la comprensión y aplicación de los procedimientos específicos de la asignatura y elevar los niveles motivacionales de los estudiantes hacia ella.

A pesar de las duras críticas de que ha sido objeto en los últimos tiempos, la lección magistral sigue siendo el método más usado y las razones que explican esta permanencia obedecen sobre todo a su mayor eficacia, en comparación con otros métodos, para la transmisión de información, para la facilitación de la comprensión de temas complejos, para elevar el nivel motivacional de los alumnos, para sintetizar fuentes informativas diversas y de difícil acceso para los estudiantes. Por razones de economía y esfuerzo en el momento actual y en atención a las exigencias que demanda el nuevo modelo instaurado es necesario actualizarla para mejorar la efectividad de este método.

Hemos de ser conscientes que el proceso de aprendizaje de nuestras asignaturas universitarias es complejo. El estudiante tiene que poner en funcionamiento un amplio repertorio de capacidades para asimilar y reconstruir la información que

Actualidad Juridica 29 final.indd 694 21-01-14 11:45

le llega procedente de diversas fuentes, y la labor del docente consiste en facilitar al estudiante este aprendizaje y propiciar las experiencias oportunas para hacer posible la construcción personal y social del conocimiento. Para llegar al nivel de "dominio" de los conocimientos, destrezas y actitudes, el camino más corto e interesante es a través del aprendizaje activo (aprender a hacer haciendo) y cooperativo (aprendiendo con los pares), según esto, nuestra preocupación será cómo planificar y realizar una lección magistral participativa que facilite a nuestros estudiantes este aprendizaje activo y cooperativo.

En este sentido es necesario abandonar las tradicionales exposiciones orales y reemplazarlas por lo que debería ser una lección magistral participada. Para esto el docente puede apoyarse en una serie de instrumentos tecnológicos que permiten una participación activa del alumno, y que sirven como material complementario a la clase magistral. En este punto nos encontramos con una herramienta bastante efectiva, que es la utilización de PowerPoint, en el que el docente puede apoyarse para generar un esquema general de la materia de forma detallada, con títulos y subtítulos, para que de esta forma el alumno pueda obtener una visión generalizada de la estructura y contenido de la materia a tratar. Esta misma herramienta sirve además como apoyo a la exposición oral que el profesor pueda realizar, para complementar y enfatizar las ideas principales de la materia, de manera que el alumno centre su atención en los aspectos relevantes, apoyándose en las directrices que esta herramienta pueda proporcionar.[1]

No obstante lo anterior, a mi entender es necesario incorporar un método o recurso tecnológico que implique una mayor participación activa del alumno durante la clase magistral, y aquí es donde los "clickers" juegan un rol fundamental de acuerdo a las experiencias mostradas principalmente en España y EEUU, no obstante que en Chile recién comienzan aparecer. Para explicar de mejor manera en qué consiste este recurso, cómo se utiliza y cuáles son los beneficios que proporciona, me remitiré al trabajo realizado por los profesores Ibon Hualde López (Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Navarra) y Mª Victoria Sánchez Pos (Profesora Ayudante de la Universidad de Navarra), en el cual señalan:

> *"…Estos métodos de comunicación en el aula hacen posible que el docente plantee una pregunta a la audiencia y que cada estudiante pueda responderla a través de un dispositivo electrónico, resumiendo el propio sistema de manera instantánea todas las respuestas de los alumnos y presentando al docente un histograma de las mismas. Así, los «clickers» constituyen dispositivos de respuesta remota que trasmiten por radiofrecuencia o infrarrojo las respuestas que los alumnos envían desde un mando* («clicker») al receptor US*B en el ordenador del profesor.*

[1] Coral Arangüena Fanego (Catedrática acreditada de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid), *El aprendizaje del Derecho Procesal* (octubre 2011), "Las nuevas tecnologías aplicadas a la docencia del Derecho Procesal".

Actualidad Juridica 29 final.indd 695 21-01-14 11:45

Las preguntas que el docente pretende plantear a la clase han de haber sido previamente incluidas en una presentación interactiva. El programa de software que permite al profesor preparar las preguntas se denomina «Turning Point» y está completamente integrado en «Power Point», así, la inserción de las preguntas en la presentación de «Turning Point» es una función asimilable a la creación de una plantilla de «Power Point». Una vez incluida la pregunta en la presentación, se ha de indicar cuál es la respuesta correcta con el fin de que, tras recibir las contestaciones de los alumnos, el programa pueda emitir los informes. La utilización de los «clickers» impone que el aula esté dotada de un proyector con el fin de que los alumnos puedan visualizar tanto las preguntas como las respuestas emitidas por toda la clase y que aparecerán en porcentajes".

De esta manera, la experiencia de incorporar este recurso a la labor docente, ha permitido observar en su utilización una serie de beneficios, entre los cuales es posible señalar:

- Motiva a los alumnos e incrementa su participación en clase, aunque solo sea ante la posibilidad de que se le plantee una pregunta acerca de lo que se está explicando.

- Fomenta el diálogo alumno-profesor y la discusión de un problema entre alumnos, pues las respuestas entregadas generan, con posterioridad, un debate que implica el análisis de las mismas.

- Aportación de *feedback* a los alumnos, ya que les permite adquirir conciencia de su nivel de conocimiento respecto a la materia, y de igual forma retroalimenta al profesor, permitiéndole ver cuáles son los conceptos que no han sido comprendidos a cabalidad, y reforzarlos.

- El programa permite llevar un registro por alumno de las respuestas entregadas, lo que a la vez permite contabilizar la asistencia a clases.[2]

No obstante lo anterior, para obtener estos beneficios es necesario que el profesor conozca el potencial y el funcionamiento de este recurso y que a la vez tenga muy claro cuáles son los objetivos que con él, pretende alcanzar. Para esto, el profesor debe aprender a planificar sus clases en base a las preguntas que realizara a los alumnos y deberá guiar y moderar el debate que se pudiera generar, por lo que muchas veces la utilización de este recurso requiere que el profesor reciba una instrucción previa acerca del uso de los "clickers", para que pueda obtener de ellos, el mejor provecho posible.

[2] Ibon Hualde López - Mª Victoria Sánchez Pos, "La utilización de los «clickers» como herramienta de apoyo a la docencia del Derecho Procesal", *El aprendizaje del Derecho Procesal* (octubre 2011)

Actualidad Juridica 29 final.indd 696 21-01-14 11:45

Lo anterior es necesario debido a que los "clickers" como recurso pedagógico permiten perseguir distintos objetivos dependiendo de la forma en que se utilicen, y en este sentido los autores mencionan

> "*…En grandes líneas, los expertos coinciden en subrayar y recomendar la utilización de los «clickers» para fomentar la discusión y el debate en clase, así como para mejorar la interacción entre los alumnos y entre los alumnos y el profesor, no obstante, el sistema permite otras prácticas con fines diversos:*
>
> *1) El uso de «clickers» al comienzo de la clase puede ser provechoso para revisar las cuestiones explicadas en clases anteriores, las opiniones que tienen los alumnos sobre un determinado tema o preguntar sobre actividades que se ha pedido a los alumnos que trabajen por su cuenta (por ejemplo, los «clickers» pueden constituir una forma rápida y sencilla de evaluar si los alumnos han leído el material para preparar la clase) además, los «clickers» constituyen un eficaz y rápido sistema para contabilizar la asistencia.*
>
> *2) El uso de «clickers» durante la clase puede ser* útil *para subrayar las ideas principales o recapitular lo explicado hasta el momento. Por otra parte, su utilización a lo largo de las explicaciones del profesor puede servir para evaluar de forma continua a los alumnos, tomando en consideración la participación y/o lo acertado de la respuesta.*
>
> *3) Se puede recurrir al empleo de «clickers» también al final de la clase tanto para sintetizar o extraer conclusiones como para lanzar al aire una pregunta sobre los contenidos que serán tratados en la siguiente sesión o, finalmente, para realizar encuestas sobre la marcha de la asignatura".*[3]

Claros son ambos profesores al señalar la utilidad que proporciona la incorporación de este medio a la metodología de enseñanza dentro de la sala de clases y en lo personal considero que es un recurso que nos permite trabajar en la metodología de enseñanza por competencia, impulsando la participación activa del alumnado durante la lección magistral, que precisamente debe ser "participada", lo que a su vez permite una mayor internalización del alumno a la cátedra, proporcionando los beneficios anteriormente señalados.

No obstante lo anterior, los "clickers" no son el único medio tecnológico que es posible incorporar a la sala de clases, sino que existe un abanico de múltiples recursos que permiten al profesor transmitir de una u otra manera, no solo conocimientos, sino que además competencias y habilidades. Dentro de este abanico múltiple de recursos, encontramos el cine como recurso pedagógico que a mi entender requiere especial explicación.

[3] Ibon Hualde López - Mª Victoria Sánchez Pos, "La utilización de los «clickers» como herramienta de apoyo a la docencia del Derecho Procesal", *El aprendizaje del Derecho Procesal* (octubre 2011).

Actualidad Juridica 29 final.indd 697 21-01-14 11:45

Cine como recurso pedagógico

Ya la sola mención de la idea parece innovadora, el hecho de utilizar el recurso cinematográfico para, a través de él, transmitir conocimientos y habilidades es una iniciativa bastante original, que permite no solo la trasmisión de conocimientos, sino que además rompe con la monotonía de la exposición oral, lo que a su vez permite captar en mayor medida la atención del alumno. Para explicar de mejor manera las condiciones necesarias para su utilización, así como también la manera en que debe emplearse y las actividades que, antes, durante y después de la proyección se pueden realizar para aprovechar de mejor manera este recurso, me remito a la ponencia realizada por los profesores Ignacio José Cubillo López (Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid) y Clara Fernández Carron Mercedes de Prada Rodríguez (Profesora Ayudante de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid – Profesora de Derecho Procesal y Directora del Centro Universitario Villanueva), en la cual señalan que para utilizar este recurso es necesario contar con una serie de condiciones materiales que permitan hacer efectiva su utilización. Entre tales condiciones, encontramos que es necesario contar con una sala que disponga de los medios que permitan llevar a cabo la proyección. De contarse con ella, se debe instruir a los alumnos acerca de la seriedad de la actividad y de lo vital que resulta su participación, ya que el potencial pedagógico de ella se centra en el protagonismo de los alumnos. Luego, el material cinematográfico que se proyectará deberá tratar temas relativos a la materia que ya ha sido explicada, para que los alumnos comprendan de mejor manera el material. Finalmente a la hora de proyectar la película, el profesor debe decidir si esta se verá por completo o solo se proyectarán escenas de ella y además deberá indicar a los alumnos, los puntos relevantes en los que le interesa que estos centren su atención.

Al finalizar la proyección de la película, los autores mencionan una serie de actividades que se pueden llevar a cabo, entre las que encontramos:

- responder a un cuestionario en el que se aluda a escenas y diálogos de la película, puestos en relación con conceptos estudiados de la asignatura.

- identificar en la película diferentes elementos del proceso, tales como: a) los sujetos y el *petitum*; b) los hechos relevantes para la causa y su calificación jurídica; c) la pretensión ejercitada y el tipo de procedimiento utilizado, etc.

- analizar los personajes de la película con relevancia, así como las profesiones jurídicas que desempeñan; clarificar las posiciones procesales de las partes; estudiar las argumentaciones jurídicas que se ofrecen, etc.

Actualidad Juridica 29 final.indd 698 21-01-14 11:45

- determinar los medios de prueba empleados en el proceso, estudiar su validez y su efectividad, etc.

- requerir el comentario sobre algunas afirmaciones o escenas de la película que resulten aprovechables desde un punto de vista docente.

- Plantear algunos puntos de debate sobre cuestiones de índole jurídica que aparezcan tratadas de forma conveniente en la película.

Sin embargo, ambos autores coinciden en que resulta provechoso también encomendar tareas a realizar, con posterioridad a la clase, y que requieran de un estudio más detenido y que guarden relación con la película visualizada. Ejemplos de estos trabajos son:

- la búsqueda y el comentario de jurisprudencia sobre las materias analizadas;

- la redacción de escritos forenses como la demanda, la contestación a la demanda, una nota sobre la prueba propuesta o un escrito de conclusiones;

- a elaboración de un trabajo monográfico sobre un tema de entre varios que se ofrecen y que son abordados en la película;

- la comparativa entre el sistema procesal del país donde se desarrollan los hechos de la película y el chileno, en los temas concretos a que se refiera;

- la recomendación de lecturas u otras películas relacionadas con la proyectada, etc.

Finalmente me remito a la parte final de la ponencia realizada por ambos autores donde indican *"…Para explicar de forma práctica cómo llevar a cabo la actividad propuesta, exponemos a continuación dos ejemplos de películas, una relativa al proceso civil y otra referente al proceso penal, en los que se aplica el esquema recién enunciado.*

Primer Ejemplo:

Película: "Acción civil".

1. Sinopsis.

Ocho familias de Wobum, Massachusetts, emprenden un proceso judicial contra dos poderosas corporaciones, a las que acusan de haber contaminado el agua del pueblo con residuos químicos que han causado la muerte por leucemia

Actualidad Juridica 29 final.indd 699 21-01-14 11:45

a sus hijos. Un abogado especializado en lesiones, Jan Schlichtmann, se hace cargo del caso.

2. Temática jurídica:

- *Derecho a la tutela judicial efectiva.*
- Prohibición de indefensión.
- *Delito medioambiental.*
- Muerte por negligencia.
- *Indemnización por daños y perjuicios.*
- *Responsabilidad civil por actos ilícitos.*
- *Daño moral.*

3. Actividades para hacer en clase tras la visualización de la película.

a) Se pedirá a los alumnos que respondan individualmente a las siguientes cuestiones:

   - Cuáles han sido los hechos producidos; cuál es su calificación jurídica.
   - Identifique el *petitorio de la demanda.*
   - Indique las posiciones procesales de los sujetos que intervienen.
   - *Cuál es el procedimiento que se sigue.*
   - Señale los medios de prueba utilizados.
   - Identifique las conclusiones de cada una de las partes: relación causa-*efecto.*

b) Trabajo en el aula y por equipos:

   - Analizar los perso*najes que intervienen; ¿cuáles son las características que más le han llamado la atención?*
   - ¿Qué le parecen los interrogatorios realizados*? ¿son las preguntas realizadas realmente útiles, pertinentes, hábiles, claras o sencillas?*

Actualidad Juridica 29 final.indd 700 21-01-14 11:45

- *¿Está de acuerdo con la siguiente apreciación de Facher? "El abogado de un demandante no debe involucrarse nunca con el dolor de su cliente. Si lo hace, le causa un perjuicio tan grande que debería quitarle la licencia de abogado, le enturbia el criterio, y eso es tan útil para su cliente como un médico que se espanta al ver la sangre"*

c) Debate:

- ¿Existe realmente justicia en la reparación económica del daño causado en este caso?
- ¿Dónde está situado el umbral de la justicia cuando hay que responder por daños morales?
- ¿Considera motivo de ofensa el poner un precio a la vida? ¿Por qué?

4. Ejercicios para realizar en casa:

a). Juego de rol y redacción de escritos forenses se formarán equipos para integrar la posición de los demandantes, de los demandados, del jurado y del Tribunal cada equipo de trabajo deberá formalizar los respectivos escritos de demanda, contestación y dictará sentencia. Se escenificará, en función del tiempo disponible, bien la audiencia previa, el desarrollo del juicio y/o las conclusiones.

b). Tema monográfico: Se puede proponer el estudio y el análisis de uno de los siguientes temas:

- *Delitos medioambientales.*
- *Responsabilidad por daños personales.*
- La evolución del pacto de *cuota litis desde el derecho romano a la actualidad.*

Segundo Ejemplo

Película: "Fracture"

1. Sinopsis:

Cuando Ted Crawford descubre que su esposa, Jennifer, tiene una relación amorosa con otra persona, planifica su asesinato. Ted decide actuar en su propia casa pegándole un tiro en la cabeza a sangre fría y con premeditación. Lo hace y no huye, simplemente espera. Entre los policías que llegan a la escena del crimen se encuentra el detective Rob Nunally, que es el único oficial a quien

Actualidad Juridica 29 final.indd 701 21-01-14 11:45

Ted le permite la entrada a la casa sorprendentemente, Crawford le confiesa rápidamente y de manera espontánea haber disparado a su esposa, confesión que más tarde reproducirá por escrito en la comisaría de policía inmediatamente después de su confesión oral en el lugar de los hechos, Nunally mira con detenimiento a la víctima y observa que la mujer que yace en el suelo es Jennifer, su amante. Aunque el disparo de Jennifer se hizo a quemarropa, Nunally se da cuenta de que no está muerta, Crawford es arrestado inmediatamente y acusado de intento de homicidio después de confesar.

Willy Beachum, un exitoso Fiscal de distrito, está a punto de finalizar su última semana de trabajo en la Fiscalía. Gracias a su reputación de no haber perdido nunca un caso, ha conseguido un empleo en Wooton Sims, un prestigioso despacho de abogados aunque tiene un pie fuera del despacho del Fiscal de distrito, Willy Beachum tiene que lidiar todavía con un caso más antes de comenzar su nueva vida: el caso Crawford. Parece que este caso no va a presentar problemas, ya que, además de que el acusado renuncia a ser defendido por un abogado y decide representarse y defenderse por sí mismo, la policía tiene el arma homicida y una confesión firmada por el acusado, por lo que, teniendo pruebas incriminatorias claras, la condena parece "estar garantizada". Sin embargo, en el juicio las cosas no salen tan bien. Por muy difícil que parezca, el arma de Crawford resulta no ser aquella con la que se disparó a Jennifer; y además, cuando se descubre que Rob Nunally mantenía relaciones con la víctima, la esposa del acusado, el Juez declara inadmisible su confesión. Willy Beachum, el Fiscal, se queda sin pruebas que permitan sostener la acusación ante esta situación, Crawford presenta en el acto del juicio una moción de fallo de absolución por entender que las pruebas que tienen frente a él son insuficientes para lograr su condena, el Juez acepta la moción de fallo de absolución, y declara que el Jurado queda liberado de su responsabilidad y el acusado queda en libertad.

Tras ello, Crawford, que es el representante legal de su mujer, decide pedir autorización para poder "desconectar" la máquina que la mantiene con vida. Tras concederle tal autorización, Crawford ordena al personal del hospital que "desconecte" la máquina, a consecuencia de lo cual su esposa fallece. Willy Beachum, que está convencido de que fue Crawford quien disparó a su esposa, se niega a admitir que él mismo "ha dejado que un asesino no sea condenado". Aun sabiendo que no se puede juzgar a la misma persona dos veces por lo mismo, logrará la apertura de un nuevo proceso frente a Crawford.

2. Temática jurídica:

- Ministerio Público y *Fiscal.*

- Fase de instrucción en el proceso penal.

Actualidad Juridica 29 final.indd 702 21-01-14 11:45

- *Derecho a la representación y defensa del acusado por si mismo.*
- *Confesiones bajo coacción. Teoría de los frutos del árbol envenenado.*
- Pruebas de cargo. Presunción de inocencia.
- Proceso ante el Tribunal del Jurado. Veredicto.
- *Eficacia negativa de la cosa juzgada material. Non bis in idem.*

3. Actividades para realizar en el aula.

a) Se pedirá a los alumnos que respondan individualmente a las siguientes cuestiones:

   - ¿A qué se refiere el Juez cuando afirma que al acusado se le "imputa" un delito de intento de homicidio?
   - *¿En manos de quién está la instrucción en el proceso penal? ¿Cuál es el papel del Juez instructor y del Fiscal en esta fase del proceso?*
   - *¿Qué funciones tiene encomendadas el Fiscal en relación con el proceso penal?*
   - *¿Podría el acusado renunciar a su abogado de oficio y llevar él mismo su propia defensa si se hubiera tratado de un proceso penal en Chile?*
   - *¿A qué se refiere el Fiscal cuando afirma que representa al Estado? ¿Se puede apartar a un Fiscal de un proceso una vez abierto y sustituirlo por otro?*

b) Para trabajar por equipos:

   - comente con sus compañeros las siguientes afirmaciones extraídas de la película:

     – "si no puede presentar algo al tribunal, no existe realmente".

     – "soy inocente hasta que no se demuestre lo contrario".

     – "nunca se acaba un juicio hasta el veredicto".

   - ¿Qué opinión le merece que *Crawford pueda renunciar a un abogado de oficio alegando "tener derecho a representarse y defenderse por sí mismo"?*

Actualidad Juridica 29 final.indd 703 21-01-14 11:45

c) Debate:

1° ¿Qué opinión le merece que un jurado popular pueda declarar culpable o inocente a un acusado?

2°. Explique la frase final del Fiscal: "La primera vez que le procesaron por intento de homicidio su mujer aún estaba viva, pero se empeñó en desconectarla y murió, eso es asesinato, hay pruebas nuevas; habrá otro juicio".

4. Tema monográfico

Se puede proponer el estudio y el análisis de los siguientes temas:

- Representación y defensa en el proceso penal.
- La presunción de inocencia.
- *Cosa juzgada material en el proceso penal.*[4]

Tal como es posible apreciar de lo señalado por ambos profesores, es perfectamente posible utilizar el cine como recurso pedagógico para tratar temas contingentes al derecho, pues, como ya sabemos, el derecho existe y rige prácticamente todos los actos que el hombre externalice, por lo que evidentemente en una película podemos encontrar múltiples aspectos jurídicos que los alumnos pueden analizar, discutir e investigar a partir de la proyección de un material cinematográfico y con las directrices que, para un mejor aprovechamiento del recurso, el profesor pueda establecer.

Por otro lado, el cine no solo permite presentar un determinado tema jurídico, sino que además permite al alumno desarrollar competencias necesarias para el ejercicio de la profesión, como por ejemplo la capacidad para reconocer instituciones dentro del argumento, la capacidad para separar los aspectos jurídicamente relevantes de aquellos que no lo son, así como adquirir un conocimientos o entendimiento general de cómo funcionan las instituciones y procedimientos en un sistema distinto como el de EE.UU., por ejemplo.

Finalmente, para concluir, podemos resumir señalando que tanto el medio cinematográfico como los "clickers" mencionados anteriormente son nuevas tecnologías que el docente puede incorporar a la cátedra, tanto para apoyarse en ellos, como para trabajar habilidades que en una exposición oral que es difícil trasmitir.

[4] Ignacio José Cubillo López - Clara Fernández Carron Mercedes de Prada Rodríguez, "Utilización del cine en la docencia del derecho procesal", *El aprendizaje del Derecho Procesal* (octubre 2011).

Actualidad Juridica 29 final.indd 704 21-01-14 11:45

Bibliografía

Coral Arangüena Fanego, "Las nuevas tecnologías aplicadas a la docencia del derecho procesal", *El aprendizaje del Derecho Procesal* (octubre 2011)

Carmen Cuadrado Salinas, "La enseñanza y el aprendizaje del Derecho Procesal. Reflexiones acerca de las nuevas vías de enseñanza y un aporte critico", *El aprendizaje del Derecho Procesal* (octubre 2011).

Ignacio José Cubillo López-Clara Fernández-Carron Mercedes de Prada Rodríguez, "Utilización del cine en la docencia del derecho procesal", *El aprendizaje del Derecho Procesal* (octubre 2011).

Ibon Hualde López - Mª Victoria Sánchez Pos, "La utilización de los «clickers» como herramienta de apoyo a la docencia del Derecho Procesal", *El aprendizaje del Derecho Procesal* (octubre 2011)

Actualidad Juridica 29 final.indd 705 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 706 21-01-14 11:45

El mundo no necesita más economistas ni tecnología sin filósofos y humanidad.

Winfried Hempel M.
Profesor ayudante Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Profesor patrocinante: Julio Alvear T.

Resumen: Ha concluido la globalización y vivimos el mundo globalizado. Terminó un proceso de reducción de dos factores, propios del mundo tridimensional: Espacio y Tiempo. Sin embargo, contradictoriamente hoy nos faltan Espacio y Tiempo. Hemos cambiado los medios por los fines, la tecnología es un medio, pero que, sin embargo, se ha independizado de su propio creador, el hombre, y esta autonomía sin control crea situaciones de riesgo que el derecho debe prevenir. Hemos puesto la tecnología y la máquina, al igual que en el siglo de la industrialización, por encima del hombre. La cátedra de la Filosofía (del Derecho), hoy por hoy vista como anticuada y obsoleta, es más relevante que nunca para contrarrestar el efecto alienante de la postmodernidad. La tecnología y el positivismo alejan en su forma de ser al alumno de sí mismo y del entorno y no enseñan a reflexionar, ni dan respuestas a las grandes preguntas filosóficas que siguen siendo las mismas hoy por hoy. Se debe enseñar a razonar, reflexionar, profundizar y no solo mediante medios tecnológicos trasmitir información. Además al avance tecnológico se asocian otros males aún no del todo abordados, como por ejemplo la "especialización llevada al extremo".

*****

"El olor de un libro lleno de sabiduría y no un dispositivo electrónico, nos induce a ciertos estados mentales reflexivos e invita ahondar en sus páginas y palabras y hasta en sus letras, para sacar de la antigua sabiduría nuevas enseñanzas. Soñar es necesario, es una necesidad del alma. Hoy vivimos en la superficie de las cosas, en una nueva forma de materialismo con un aumento de relaciones intersubjetivas, pero en cantidad en detrimento de la calidad. Esta antigua relación de amistad profunda se ha perdido en un frío bosque informático y electrónico. Hablamos de "Contacto" en vez de "Amistad"."

Actualidad Juridica 29 final.indd 707 21-01-14 11:45

Introducción

El presente trabajo no versará sobre la tecnología desde el punto de vista netamente legal, no sobre si el "lugar del click" hace aplicable o no una u otra legislación o si determina a la competencia de uno u otro tribunal, ni sobre su regulación ni su marco jurídico aplicable. Es un trabajo que pretende abordar el tema de la TECNOLOGÍA desde la perspectiva de la Filosofía y todos los problemas que su evidente avance puede causar.

El fin del derecho ha de ser el hombre y la regulación de las relaciones interpersonales y la pretensión de transformar el mundo en cuanto ES, a como DEBE SER (o creemos como debería ser).

Además, tiene el derecho una función subsidiaria de la moral, regula coercitivamente la vida interpersonal o en sociedad, respecto de aquellas conductas que transgreden la moralidad, siempre que esta transgresión importa la afectación de la esfera de derechos de otro individuo y siempre que esta transgresión sea lo suficientemente grave como para activar la intervención de un tercero que tiene en su poder el monopolio de la fuerza, por convención social, que se llama Estado.

En último término regula el derecho las conductas y actos interpersonales porque le interesa la PERSONA. Así el SER HUMANO, en cuanto tal y en cuanto sujeto del derecho, ha de ser el centro de toda preocupación jurídica y filosófica y el derecho ha de contribuir a crear las condiciones necesarias y a proporcionarle a cada persona las mejores condiciones para lograr sus propios fines generales y específicos.

Estos fines pueden ser muchos y tan variados como las personas que componen a la sociedad y al Estado, pero hay denominadores comunes o constantes que se repiten desde hace siglos, como, por ejemplo, pretender ser feliz, ser libre o ser una mejor persona, etc. Surge la pregunta, ¿satisface la tecnología estas necesidades, como por ejemplo las enumeradas, de Bondad, Felicidad o Libertad o por lo menos crea las condiciones para conseguirlas? O, más aún, ¿nos responde la Tecnología, con todo el juego ilusorio que la acompaña, las grandes preguntas que inquietan al alma humana, como por ejemplo, ¿De dónde venimos?, ¿A dónde vamos?, ¿Quiénes somos? La pregunta cae por su propio peso. La tecnología no nos da profundidad. No nos ayuda ni enseña a razonar ni a usar el poder del intelecto humano. Es una creación humana, que sin lugar a dudas contribuye al mundo civilizado, acorta distancias y tiempo, pero como un sistema integral que formado como una verdadera red "neuronal" que envuelve al planeta y lo transforma en aldea global, puede ser un sistema que atenta contra su propio creador, el hombre.

Actualidad Juridica 29 final.indd 708 21-01-14 11:45

Así y todo, este trabajo pretende desmitificar a la Tecnología en un mundo moderno (o posmoderno) y en especial a la Electrónica y la Informática y romper la burbuja artificial, la cual nos envuelve a todos de una u otra forma, que desde que se habla de Modernidad, no ha dejado por un lado de sorprendernos con sus avances y por otro lado de fastidiar por su imparable intromisión hasta en la esfera más privada de cada ser, burbuja que en definitiva nos separa de nuestras preguntas más elementales e inquietudes filosóficas, y que hoy son las mismas que hace miles de años atrás: ¿De dónde venimos?, ¿A dónde vamos?, ¿Quiénes somos?

Desarrollo

Tiempo, Espacio y Globalización

El hombre desde que es hombre vive en un mundo tridimensional y desde que habita este mundo y como resultado de tal tridimensionalidad no puede estar en dos lugares a la vez, fenómeno conocido como *bilocación,* ni mucho menos tiene *ubicuidad* (estar en todas partes a la vez), porque no es Dios. Por lo tanto, está limitado por el ESPACIO y el TIEMPO.

El ser humano ha buscado reducir estos dos factores, Espacio y Tiempo, por razones obvias, porque tiende a eliminar o reducir sus limitaciones.

Hoy vivimos en un mundo GlobaliZADO (como un Estado), terminó la GlobaliZACIÓN (como un proceso).

La Globalización, en cuanto proceso, la inició el hombre en la búsqueda de reducir el Tiempo y el Espacio y se inició con la construcción del primer sendero por el bosque, el primer camino, las primeras embarcaciones, luego se valió de animales, caravanas, trenes, autos, aviones. Todo para acortar distancias y recorrer el mayor Espacio en el menor Tiempo posible. Fue un largo camino que emprendió el hombre, que hoy día prácticamente ha culminado con un mundo transformado en una Aldea Global. No era posible figurarse tal mundo, hace miles de años, por un hombre cavernícola.

Si bien fue un largo camino que emprendió de manera más o menos inconsciente el primer constructor de un sendero, de una embarcación o el inventor de la rueda y este camino de milenios está marcado por siglos enteros sin evidentes cambios o avances, hay varios hitos en este proceso, verdaderos saltos, casi "saltos cuánticos", es decir, inventos que provocaron avances muy repentinos dentro de este largo proceso. Así pasamos desde la invención de la rueda, por la aplicación de la mecánica en el siglo XIX, y el paso al mundo dominado

Actualidad Juridica 29 final.indd 709 21-01-14 11:45

por la aplicación de la corriente eléctrico-magnética, hasta la aplicación de tal corriente a la electrónica y un mundo dominado por la Tecnología.

Hoy con la electrónica y el uso de todo tipo de ondas y radiaciones transmitidas en códigos uno se puede comunicar prácticamente a todos lados de manera instantánea, se rompió la última barrera que redujo el tiempo y el espacio, factores propios de un mundo tridimensional, a su más mínima expresión.

Se produce así una INSTANTANEIDAD y esto me hace sostener que el proceso de GlobaliZACIÓN ha terminado y el mundo hoy está GlobaliZADO.

Un terremoto en Japón es prácticamente una noticia en las pantallas nacionales en menos de 2 minutos. Sin embargo, esta "cercanía" creada por nosotros y que hizo reducir el espacio nos asusta. Quizá los dioses han creado este espacio de propósito y no deberíamos haber matado al dios CRONOS, y este dios griego, que nos hace vivir de manera CRONOlógica, era más sabio de lo que pensábamos y un humilde filósofo o relator de mito ateniense tuvo mejor previsión que nosotros.

Este espacio que nos dio con respecto del otro y que constituye una esfera privada y hasta íntima, fue quizá un espacio que nos dio a los seres humanos, seres mortales, para estar con nosotros mismos en vez de estar con el otro. Y quizá este espacio de estar con uno mismo, de silencio, nos proporciona respuestas más nítidas a las grandes inquietudes del alma: ¿Quiénes Somos? ¿A dónde vamos? ¿De dónde venimos?

No cabe duda que las distancias que separan a los seres humanos, las culturas, los países y los continentes pueden haber sido inconmensurables en otros tiempos y que es un logro muy grande reducir estas distancias considerablemente. Así, para conseguir esto, es decir, para reducir el Espacio y el Tiempo la Tecnología es un maravilloso MEDIO, y de verdad un excelente Medio, pero a fin de cuentas un "Medio", nada más, aunque tampoco menos, pero nunca es un FIN.

Por otro lado puede ser muy útil la Tecnología y de hecho lo es, pero al exagerar tal utilidad se hace utilitario nuestro entorno y mundo y nos hacemos esclavos de este MEDIO.

Tecnología y Enseñanza

Junto con estos problemas brevemente enunciados más arriba hay otro muy importante: La Tecnología no nos hace razonar. Aunque se hable de máquinas "inteligentes", estas no piensan, y no razonan, ni mucho menos fomentan una actitud reflexiva frente a los problemas de la vida y mucho menos crean una

Actualidad Juridica 29 final.indd 710 21-01-14 11:45

"Constante Actitud Filosófica", hablando en términos siúticos, pero ciertos. ¿Después de dar el paso del Mito al Logos, y haber avanzado por la senda del razonamiento por siglos, ¿pasamos del Logos al Automatismo (alienante)? Cuando mucho se puede mediante los medios tecnológicos acumular y transmitir conocimiento, que en sentido estricto ni siquiera es conocimiento, sino que simplemente un montón de información. Internet, como un gigantesco aljibe de información con su motor de búsqueda más conocido, Google, equivale a que al pedir un simple vaso de agua a uno lo conectan a un grifo. Uno se ahoga en información, cuya veracidad y fuentes ni siquiera son fiables y que en el mejor de los casos nos da opiniones, Doxa, pero no nos hace pensar, no nos hace más inteligentes, ni nos da la actitud filosófica ni mucho menos nos hace ser sabios, incluso, por el contrario, según las últimas investigaciones paraliza derechamente ciertas zonas del cerebro humano.

Tampoco hace que el abogado, conocido socialmente como una persona culta, de amplia mente y persona prudente y buen criterio, sea tal.

Tampoco crea capacidad de asombro, sino por el contrario, la hace perder, a lo más un asombro momentáneo ante el último chiche presentado por alguna compañía japonesa. Atrofia nuestra mente y nuestras capacidades.

En el aula universitaria, una herramienta tan común hoy como PowerPoint y su famoso proyector "imprimen" en la mente, por un efecto de "visualización", MOLDES MENTALES prefabricados por el docente y le IMPONE al alumno sus IDEAS. Reduce la Imaginación, facultad tan importante de la mente humana. Los grandes descubrimientos se han hecho o por accidente o por mentes que creaban verdaderas nubes de imaginación, que son el suelo más fértil para la capacidad inventiva, porque no hay limitaciones.

Por supuesto que Internet sirve para transmitir información o conocimiento pero no transforma el alumno en maestro.

La especialización al extremo

El mundo vertiginoso sin espacio y tiempo creado por nosotros mismos, que no deja tiempo suficiente, acarrea otros problemas aún no del todo visualizados, como por ejemplo la ESPECIALIZACIÓN llevada al extremo, que es una especie de hermano siamés de la Tecnología y el mundo posmoderno, que en la vida diaria crea casos tan ridículos, como por ejemplo, que un vendedor ambulante sabe más sobre los requisitos de procedencia del divorcio que un prestigioso abogado penalista.

La Especialización nos hace perder el horizonte y nos hunde en el bosque en vez de elevarnos por encima de él, hace perder la perspectiva integral de las

Actualidad Juridica 29 final.indd 711 21-01-14 11:45

distintas disciplinas de una ciencia y olvidar que ésta a su vez se relaciona con otras ciencias. Tal vicio de la sociedad actual lo fomenta la Tecnología. La extrema Especialización es un problema poco abordado.

Hoy a un médico general se le consulta al instante en qué se va a especializar. Resulta que en el antiguo Egipto se le daba el nombre de Médico General a aquel que había aprendido todas y cada una de las especialidades existentes.

El abogado tiene que ser por antonomasia, y por la particular función social que tiene un hombre con una perspectiva especialmente amplia, esto porque el derecho es una ciencia social y compleja que se relaciona con otras ciencias también muy complejas, como la psicología, la sociología, etc. No existe causa judicial alguna ni acto o contrato que se celebre que no tenga un efecto irradiador que va desde el acto particular y concreto hasta todo el mundo relacionado de alguna forma directa o indirecta con este acto o los individuos que intervienen en él.

A modo de ejemplo: Un "simple" divorcio que hoy por hoy se tramita masivamente en oficinas de abogados "especializadas" en la materia sin lugar a dudas tiene efectos y se relaciona con el derecho civil, el derecho tributario, el derecho constitucional, hasta puede tener implicancias en el derecho penal, etc.

El mismo "simple" divorcio, a su vez, tiene efectos profundos en la psicología de los implicados y no solo ellos, sino que en todo su entorno familiar y social, hasta en la vida laboral y futuras relaciones afectivas y familiares.

La psicología a su vez tiene efectos en la biología de los individuos, como es, por ejemplo, el caso de la somatización de enfermedades emocionales y éste a su vez incide en la sociedad. Está comprobado que un estado depresivo produce alteraciones en las células del paciente produciendo modificaciones histológicas profundas.

Cada acto da origen a una cadena de causas y efectos que se prolonga hasta el infinito, que conforman una verdadera red, porque todo está interconectado, y esto no lo asume el profesional especializado.

Así como todo lo que puede producir un "simple" divorcio, surge el problema que el abogado debe conocer todos los efectos que causa un acto en el cual interviene. Por falta de tiempo y muchas veces por falta de medios no puede estar consultando un especialista tras otro. Además una concatenación de mentes especializadas no es lo mismo que una mente que, a lo menos a modo global, conozca de manera más o menos científica los profundos efectos que causa un "simple" divorcio.

Actualidad Juridica 29 final.indd 712 21-01-14 11:45

Esto suena a utopía y a una imposibilidad, pero no es así.

La especialización llevada al extremo lleva a mentes atrofiadas que pierden la visión holística del mundo en el cual todo se desenvuelve. Antiguamente se hablaba del "SABIO", como por ejemplo de Leonardo Da Vinci, a los cuales se les llamaba así no por una simple siutiquería, sino porque eran precisamente las mentes de los Grandes Sabios las que nos proporcionaron los grandes avances intelectuales, porque el Sabio a la vez era Médico, Abogado, Astrónomo, Arquitecto, Pintor, Escultor, Matemático, Físico y hasta Astrólogo. Es lo que hoy algunos llaman el "Hombre Renacentista", que no es más que un individuo que estudia sin parar y no descansa nunca en la especialización con su tentación de masividad, comodidad e ingreso fácil, sin la suficiente conciencia de todos los efectos que causa si se quiere "un simple cambiar de una piedra de un lugar a otro en todo el universo", por decirlo de manera exagerada. La misma Tecnología, tan endiosada, aplicada a otros ámbitos, hace rato comprobó que todo está interconectado y que "No Hay Espacio Vacío". Especializarse es ignorar el mundo holístico en el cual nos desenvolvemos.

Quiero llamar la atención sobre este problema todavía poco visualizado, pero muy cierto y que quizá hasta ahora se ha hecho más evidente en el mundo de la medicina más que en el mundo de los abogados, y que hasta ahora se ha afrontado parcialmente solo por la Psicología en su rama de Psicología Transpersonal.

La Tecnología y este mundo inmediato, la competencia desenfrenada y el mundo en que redujimos el tiempo y el espacio al mínimo, contradictoriamente se ha hecho más pequeño que más grande, que nos impulsan a hacer todo rápido sin reflexionar sobre todas las implicancias de un solo acto.

El abogado a lo largo de su vida profesional tendría que tener a lo menos cierta actividad constantemente en todas las ramas del derecho al margen de su preferencia, para su formación profesional, y además debería estudiar ciertas ciencias relacionadas directamente con el derecho, como la psicología, la sociología, la política, la historia y la filosofía, sólo por mencionar las más próximas, pero no le hace mal tampoco estudiar ciencias exactas que por ejemplo fomentaran su mentalidad lógica, su capacidad analítica y racional.

¿Cómo lograr esto? Hoy no hay tiempo para ello. A modo de humilde recomendación práctica puedo sugerir, por ejemplo, leer un semestre sobre cada disciplina distintos autores. Así, por ejemplo, después de 5 semestres ya se habrá acumulado una gigantesca información de 5 materias "vecinas" a nuestra profesión. Otra recomendación, que me la dio un distinguido profesor de esta facultad alguna vez y que nunca olvidé, es estudiar y memorizar los 20

Actualidad Juridica 29 final.indd 713 21-01-14 11:45

conceptos principales de cada ciencia relacionada, que a decir verdad produce en muy poco tiempo resultados sorprendentes.

Problemas relacionados con el uso o abuso de la Tecnología, en especial la Informática:

a) Afectación de la vida privada e íntima y el mal uso de datos privados

El derecho parece ser la única ciencia que está presente en toda la vida del individuo, desde el nacimiento hasta la muerte e incluso más allá. Nuestro decano siempre ha dado el ejemplo en sus clases de que en la mañana al abrir la primera llave de agua celebro un contrato, al subir y pagar la locomoción, otro, y así sucesivamente. Este sitial de omnipresencia del derecho se lo está arrebatando la Tecnología y sobre todo en su versión electrónica e informática. Hoy está presente en todos los aspectos de la vida cotidiana y nos ha invadido hasta la esfera más íntima. Pero junto con lo que parece ser interesante en un principio, produce la interconexión la invasión mutua de espacios privados de las personas o incluso íntimos.

Ha aumentado la cantidad de relaciones interpersonales de forma hiperbólica y le importa al derecho que estas no han sido reguladas. Siempre los hechos y los cambios van antes que el derecho, y recién al enfrentarse el legislador con situaciones y problemas fácticos determinados reacciona para destrabar y regular nuevos y antes desconocidos problemas intersubjetivas.

Hoy en los países europeos surgen con fuerza movimientos que buscan proteger la esfera privada de los individuos y proteger los "Datos Personales". En ciertos países se puede rastrearle a una persona su vida completa. Solo tomando los datos bancarios y el uso de medios electrónicos de un consumidor se puede elaborar un completo perfil de un sujeto. Como, por ejemplo, qué libros compra, qué comida prefiere, qué estilo de música le gusta, incluso qué vicios privados tiene, etc. Surge ahí el problema del límite y hasta qué punto un tercero tiene el derecho de correr este límite o rasgar este necesario velo que cubre las intimidades de cada uno.

Muchas personas optan hoy día por exponerse voluntariamente por las redes sociales y sólo cuando ya se hastían de esta abundante interrelación y quieren salirse de las redes se dan cuenta que toda la información sigue de alguna forma dando vuelta en la red, sobre todo en Google, así como otros motores de búsqueda y que es muy fácil entrar y mucho más difícil o imposible salir de este mundo virtual. Es un campo que requiere regulación urgente y lo que se

Actualidad Juridica 29 final.indd 714 21-01-14 11:45

ha hecho hasta ahora es claramente insuficiente.

b) "Oportunidades" para el mundo delictual

El lado B de estas relaciones intersubjetivas nuevas es el **anonimato** que da este mundo electrónico y virtual. Se forman nuevos escenarios para cometer delitos de manera anónima, mayoritariamente delitos sexuales, económicos, o contra la honra de una persona, que ponen a las instituciones prosecutoras frente a nuevos desafíos y aristas delictuales no antes vistas. Se puede cometer un delito sexual estando la víctima en Asia y el victimario en América. Es tarea del derecho cibernético y la creación de tipos penales informáticos que deben dar certeza y seguridad jurídica en este campo tan importante.

c) Afectación de la honra

Otro problema que acarrea el anonimato de las redes sociales es la posibilidad de manchar la honra o buen nombre de una persona mediante todo tipo de injurias y calumnias que pueden verterse prácticamente de manera impune a la red, pudiendo cubrir con un manto de lodo a cualquier persona. Es otro flanco que abre este mundo y que hace vulnerable a cualquier individuo.

d) El uso en la política y por el Estado de la Tecnología

También el mundo político, que es sinónimo de poder, puede valerse y se vale de la Tecnología a fin de hacer más eficiente su desempeño. Pero poder y Tecnología pueden ser una mezcla altamente peligrosa.

Quiero advertir especialmente sobre el **latente peligro que dice relación con gobiernos totalitarios** y el uso de la Tecnología. De monopolizar esta herramienta de doble filo, puede llegarse a un control de las personas nunca antes visto. De imaginarse los gobiernos totalitarios del siglo pasado con las herramientas tecnológicas del siglo XXI, estos habrían sido mucho más eficaces en su control total y su perversión y en buena hora no tuvieron la Rusia de Stalin, por ejemplo, ni la Alemania de Hitler, tales herramientas, y de haberlas tenido a su disposición el mundo de hoy sería, sin lugar a dudas, otro.

El mundo panóptico de George Orwell sólo habría sido un pálido reflejo de lo que podría haber sido y que ojalá nunca será un mundo dominado hasta el detalle por maquinas calibradas a favor de unos pocos, es decir, el control de todo un país mediante un sistema de control electrónico y de fácil implementación al alcance de su presupuesto.

Actualidad Juridica 29 final.indd 715 21-01-14 11:45

Conclusión

Hoy la Tecnología en su versión de informática ha multiplicado hiperbólicamente las relaciones interpersonales, cuya regulación es tarea propia del Derecho.
El hombre en su afán por reducir las variables tiempo y espacio ha creado un mundo instantáneo y una simultaneidad, en su afán por controlar la naturaleza ha llevado los avances de la tecnología al extremo que no nos deja de pasmar. Se puede hablar **del paso de un mundo civilizado a un mundo tecnologizado**, un gran circuito cerrado que barre con los distintos velos que cubren nuestra intimidad y nos desnuda frente a la sociedad, a la vez que contemplamos morbosamente desde el anonimato la vida privada de otra persona, que ha sido descubierta gracias a una trampa tecnológica y que nos develó, en contra de la voluntad de la víctima, aspectos de su vida que ignorábamos, que nos gusta saber sin tener la más mínima necesidad de saberlo, pero que causa un daño gigantesco al expuesto. Se abren nuevos campos de acción al mundo delictual, nuevas situaciones de hecho que ha de regular el derecho. Hay una catarata de relaciones intersubjetivas cuya regularización es urgente.

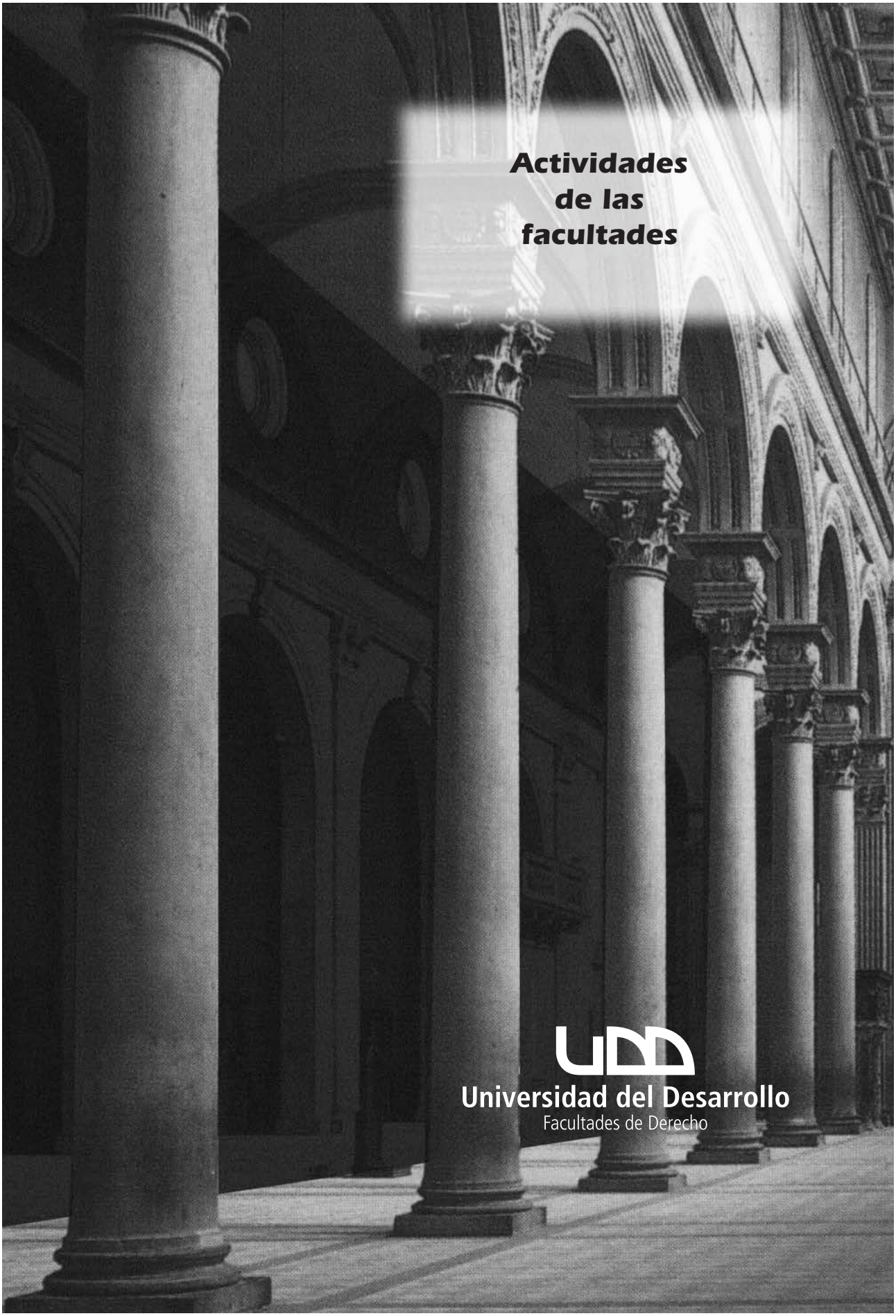
La tecnología ha reducido tiempo y espacio y ahora nos falta tiempo y espacio, todo es vertiginoso y consecuentemente superficial. Estamos "sucios" de tecnología y nos hemos puesto "capas de tecnología" que en vez de acercarnos al prójimo nos distancian de él y de nosotros mismos.

Surgen muchos problemas nuevos en el horizonte, y es la cátedra de la Filosofía, (del Derecho) que antes de debatir y legislar sobre una materia determinada, la que ha de reivindicar los valores y principios que han de inspirar la actividad legislativa y la posterior aplicación de las leyes, que ha de analizar los valores imperantes en la sociedad en un momento histórico determinado, velando porque el hombre tal cual es y sus valores inherentes a él sean lo primero y lo último que debe tenerse en cuenta, tratando de trasponer el mundo que es, del SER, al mundo del DEBER SER.

Primero es el HOMBRE, luego sus FINES, y luego sus MEDIOS, para lograr SUS Fines.

*****

Actualidad Juridica 29 final.indd 716 21-01-14 11:45



Actualidad Juridica 29 final.indd 717 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 718 21-01-14 11:45

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Santiago

Segundo semestre de 2013

Trinidad Siles del Valle
Coordinadora de Carrera
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

I.- Actividades de Admisión.

Segunda Jornada Vocacional 2013

En agosto se realizó la segunda Jornada Vocacional "Vive UDD" y que contó con la participación de más de 70 alumnos de tercero y cuarto medio en un taller de análisis práctico de la aplicación de la Ley N° 20.000 .

Los profesores Pablo Huidobro y Mario Vargas llevaron a cabo esta actividad, en la que se aclaró de qué manera la ley sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, específicamente en el caso del proceso que se llevó en contra del productor Manuel Lagos.

Se mostraron los distintos roles y actuaciones de los intervinientes en el procedimiento y su interacción a lo largo de las distintas etapas que se realizaron.

El objetivo pretendió recalcar las distintas labores en que se puede desenvolver el abogado y que se vieron reflejadas en un caso de actualidad y con connotación mediática.

Taller Ciberbullying y las redes sociales

En el marco de las actividades dirigidas a promocionar y dar a conocer nuestra Facultad, en octubre se llevó a cabo una clase magistral acerca del Ciberbullying en las redes sociales, esta actividad estuvo a cargo de los profesores Ignacio Covarrubias y Sergio Huidobro y contó con la participación de alumnos de tercero y cuarto medio.

Actualidad Juridica 29 final.indd 719 21-01-14 11:45

Torneo Interescolar de Debate

Durante los meses de agosto a noviembre se efectuó el Torneo Interescolar de Debate, organizado por nuestra Facultad cada año y que en esta ocasión contamos con la participación de los siguientes colegios: Colegio Tabancura, Liceo Carmela Carvajal de Prat, Bradford School, Colegio Apoquindo, Instituto Nacional, The Newland School y Villa María Academy.

El objetivo de esta actividad fue brindar un espacio de convivencia a la comunidad escolar para que los alumnos desarrollaran, de manera práctica, las técnicas de lógica y argumentación, pudiendo aplicar las habilidades y destrezas orales, fomentando así la competencia sana entre instituciones educacionales en un clima de respeto y compañerismo.

El formato de debate fue parlamentario, es decir, de tiempos breves y evaluado por un jurado colegiado y por el público asistente a través de tecleras. Debatieron en la modalidad "todos contra todos" y en cada jornada se otorgaron puntos a cada equipo.

II.- Actividades de la Facultad

Clínica Jurídica recibió el nombre de "Profesor Carlos Pecchi Croce"

Una placa con la inscripción "Profesor Carlos Pecchi Croce" fue el motivo del homenaje que en julio pasado se realizó en la Clínica Jurídica de Renca, entidad de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, con el cual dicha casa de estudios pasó a llamarse con el nombre del docente fallecido en febrero.

El Decano de la Facultad de Derecho, don Pablo Rodríguez Grez, expresó su orgullo por la labor académica desarrollada por el profesor Pecchi y destacó el legado que él dejó como formador de juventudes. Asimismo, la vicedecana, Cecily Halpern Montecino, pronunció unas palabras que hicieron referencia principalmente a la calidad humana del homenajeado, así como a la forma tan especial en que él cumplía como profesor. Finalmente, el profesor y ex alumno de don Carlos Pecchi, Alejandro Leiva, señaló que tanto él como sus compañeros lo recordarán siempre "con esa humanidad y nobleza que lo caracterizaba".

Luego la señora Alma Sánchez Silvester –viuda de don Carlos Pecchi– y don Pablo Rodríguez descubrieron la placa, ubicada en el frontis de la Clínica Jurídica. En la ceremonia también estuvieron presentes representantes de su familia, el alto mando de Carabineros de Chile, autoridades universitarias, profesores, colaboradores y alumnos de la UDD.

Actualidad Juridica 29 final.indd 720 21-01-14 11:45

"Derecho a Celebrar".

El 4 de octubre del año en curso, en el Hotel Intercontinental, se desarrolló el segundo "Derecho a Celebrar", fiesta organizada por la Facultad en la cual comparten alumnos y profesores.

Se trató de un encuentro académico y recreacional. En primer término se premió a los alumnos ganadores por sus ponencias en el Tercer Congreso de Ayudantes y posteriormente se compartieron recitales de dos grupos de alumnos, concursos, sorteos y una comida especial.

Actualidad Juridica 29 final.indd 721 21-01-14 11:45

Programa de Perfeccionamiento Docente para Ayudantes, correspondiente al segundo semestre del año 2013.

Entrega de Diplomas

Actualidad Juridica 29 final.indd 722 21-01-14 11:45

Entrega de Diplomas

Nathalie Costa

Actualidad Juridica 29 final.indd 723 21-01-14 11:45

Entrega de Diplomas

Actualidad Juridica 29 final.indd 724 21-01-14 11:45

Entrega de Diplomas

Durante el segundo semestre, el Programa de Perfeccionamiento Docente para Ayudantes, a cargo de la profesora Carolina Devoto, se efectuó los días 31 de julio, 1 y 8 de agosto de 2014. En esta versión participaron 14 ayudantes de distintas asignaturas. El Programa tiene una duración aproximada de 9 horas cronológicas divididas en 3 días, y se les induce al modelo educativo de la UDD y al perfil de egreso de la Facultad, se les enseña a elaborar calendarizaciones, instrumentos de evaluación y se trabajan las estrategias de enseñanza más comúnmente utilizadas en nuestra carrera, además de proporcionarles herramientas comunicacionales y de manejo de grupo

Congreso de Ayudantes 2013

Durante el 2 y 3 de octubre se realizó un Congreso de Ayudantes conformado por mesas de trabajo de Derecho Público-Derecho Penal, Ciencias del Derecho-Metodología, Derecho Privado y Derecho de la Empresa. 33 alumnos expusieron sus trabajos, 4 de ellos provinieron de otras Universidades (San Sebastián, Andrés Bello, U. de Talca y Católica del Norte). Se contó con la participación de los profesores Armando Massarente y Enrique Alcalde, quienes dictaron clases magistrales en distintas mesas, además de la que dictó el Decano en la sesión inaugural.

En todas las mesas se permitió la votación del público asistente, con carácter consultivo. En dos de ellas se hizo con voto impreso y en las otras dos mediante el uso de tecleras, lo que fue positivamente evaluado por el público.

Actualidad Juridica 29 final.indd 725 21-01-14 11:45

Posteriormente se premió a 15 ayudantes por sus trabajos, los que se publicarán en un número especial de la revista *Actualidad Jurídica*, entregándoseles un diploma. Además, entre los ganadores se sorteó un iPad en el marco del evento "Derecho a Celebrar" de la Facultad.

Distinción a los docentes destacados 2012.

El Rector de la Universidad del Desarrollo, Federico Valdés, distinguió a 46 docentes de Santiago y Concepción, quienes se destacaron por su trabajo y por transmitir el sello UDD durante el período 2012.

En esta ocasión el profesor de Derecho Civil señor Fernando Rabat Celis recibió el premio 2012 como mejor docente de la Facultad de Derecho.

Actividades con los alumnos

Visita con los alumnos de segundo año al Conservador de Bienes Raíces de Santiago en el marco de una clase práctica de Derecho Civil con el profesor Felipe Amenabar.

Visita de los primeros años a los Juzgados de Garantía de Santiago en el marco de clases de Derecho Romano con la profesora Ximena Pulgar.

Visita de los primeros años al Congreso Nacional en Valparaíso acompañados por la profesora Ximena Pulgar.

Charla organizada por el Centro de alumnos.-

El Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho organizó una charla con los candidatos a diputados por el sector oriente Enrique Accorsi Opazo y Ernesto

Actualidad Juridica 29 final.indd 726 21-01-14 11:45

Silva Méndez. Ambos invitados expusieron sus tesis, aclararon sus posiciones y respondieron a las preguntas de los alumnos en un ambiente distendido el 21 de octubre de 2013

Actividades de los docentes.

Seminario de la Fiscalía del Medio Ambiente,
FIMA, agosto de 2013.

Participación del profesor R. Campusano D.

Seminario de Enseñanza del Derecho, II versión. "Nuevos paradigmas e innovaciones en la enseñanza del derecho" .
Universidad católica del Norte, noviembre de 2013.

Participaron los profesores Carolina Devoto B. y Raúl Campusano D.

Coloquios de Derecho Internacional.
Universidad Católica. Septiembre de 2013.

Presentación de la ponencia "Medio Ambiente y Derechos Humanos", a cargo del profesor Raúl Campusano D.

Jornadas de Derecho Público,
Universidad de Concepción, Concepción. Octubre de 2013.

Presentación del trabajo "Medio Ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia", a cargo de Raúl Campusano D.

El profesor Jorge Reyes Riveros se despide de sus alumnos.

Después de una larga y destacada carrera docente, el profesor de la asignatura de Derecho Administrativo Jorge Reyes Riveros se despidió de sus alumnos. Realizó su última clase en la Universidad y en ella aprovechó de agradecer a las autoridades de la Facultad la oportunidad de haber realizado su actividad académica. El profesor Reyes Riveros se tituló de abogado de la Universidad de Chile en 1960, es autor de numerosas publicaciones, desarrolló durante 40 años una importante carrera en la Contraloría General de la República.

La Facultad de Derecho junto a algunos alumnos le hicieron un pequeño reconocimiento a su trayectoria y dedicación.

Actualidad Juridica 29 final.indd 727 21-01-14 11:45

Ciclo "Derecho a Conversar"

"La Coyuntura Política del país"

El presidente de Imaginación Consultores, Sr. Enrique Correa Ríos, y el Director Ejecutivo del Instituto Libertad y Desarrollo, Sr. Luis Larraín Arroyo, analizaron la situación electoral de noviembre de 2013 en Chile y plantearon sus juicios de realidad del año del plebiscito, del golpe de Estado y de la proyección internacional de nuestro país en el contexto internacional.

Fue una buena oportunidad de reflexión y análisis político para nuestros alumnos de Derecho.

Concurso de cuentos organizado por derecho a conversar.

En su afán por contribuir con la cultura de nuestro país, "Derecho a Conversar" realiza anualmente un concurso de cuentos para todos los alumnos de la Universidad. Forman parte del jurado calificador los profesores de la Facultad Raúl Campusano y José Manuel Díaz de Valdés; la profesora de la carrera de Literatura Srta. Gabriela Gateño y la Coordinadora de la carrera de Derecho, Sra. Trinidad Siles . Este año participaron 32 cuentos y los tres alumnos ganadores serán distinguidos con un Kindle y dos iPods.

Ceremonia de Premiación Beca Santander

El 7 de octubre , en el Centro de Extensión de la Pontificia Universidad Católica de Chile se formalizó la ceremonia de entrega de becas Movilidad Internacional Santander Universidades 2013; en esta ocasión el beneficio recayó en la alumna Camila Herrera Cremaschi, una de las 100 alumnas de la Red Universia

Actualidad Juridica 29 final.indd 728 21-01-14 11:45

que podrá realizar estudios en el extranjero por un semestre en enero del año 2014, con el apoyo de esta Institución.

III.- Actividades de la Dirección de Postgrado - Santiago

Durante el segundo semestre del año académico 2013, la Dirección de Postgrado continuó ejecutando su programa de Magíster 2013, el cual durante su segundo semestre dio inicio a los cursos de especialización de sus alumnos en las 3 áreas ofrecidas: Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente, Derecho Tributario y Derecho Económico.

Asimismo, y con fecha 6 de noviembre de 2013, se puso término al programa de Magíster en Derecho versión 2012-2013, contando esta generación con más de 30 nuevos egresados prontos a titularse.

Por otro lado, se dio inicio a los 3 programas de postítulo propios del segundo semestre, a saber: Postítulo en Derecho Ambiental, Postítulo en Derecho Tributario, y Postítulo en Derecho Económico.

A lo largo del año, se ha hecho un esfuerzo significativo por traer personalidades y especialistas que complementen la labor de los profesores y permitan a los alumnos ampliar sus conocimientos y perspectivas sobre materias relacionadas directamente con sus estudios. Esta participación se ha dado principalmente a través de paneles adicionales a las clases. Así, cabe destacar los siguientes paneles realizados durante este segundo semestre:

Actualidad Juridica 29 final.indd 729 21-01-14 11:45

Conferencistas invitados

- Gonzalo Cordero, socio de AZERTA y ex Decano de la Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello.

- Alejandro Vergara Blanco, profesor de Derecho Regulatorio de la Universidad Católica.

Panel sobre regulaciones económicas

- Raul Letelier, Doctor en Derecho y Director del Departamento de Derecho Público, U. Alberto Hurtado.

- René Muga, Gerente General de la Asociación Gremial de Generadoras de Chile.

- Fernanda Juppet, Decana de la facultad de Derecho de la Universidad UNIACC.

- Eduardo Escalona, abogado del estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner.

Panel sobre desafíos de política ambiental

- Ana Lya Uriarte, ex Ministra de Medio Ambiente.

- Ricardo Katz, Presidente de GAC e investigador del Centro de Estudios Público, CEP.

- Fernando Dougnac, Presidente de la Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA.

Actualidad Juridica 29 final.indd 730 21-01-14 11:45

- Rolando Franco, ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Temuco (moderador).

Panel sobre normativas y nueva jurisdicción ambiental

- Rafael Asenjo, Ministro del Segundo Tribunal Ambiental.

- Waldemar Coutts, Ministro Consejero de la Dirección de Medio Ambiente del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Metodología docente

A lo largo del magister los alumnos deben realizar diversas actividades en que se debe simular una situación propia de las materias que se están estudiando: un proceso de negociación, alegatos de una causa ante la Corte Internacional de Justicia, una Conferencias de las Partes de una Convención de Naciones Unidas, etc. En estas actividades los alumnos se organizan en grupos de trabajo, preparan informes escritos y participan en la simulación, asumiendo los roles asignados con anterioridad.

También forma parte de la metodología del magíster la participación en cuatro talleres de desarrollo de habilidades y competencias determinadas. Los talleres son: Taller de negociación; Taller de argumentación jurídica; Taller de formación de abogados analistas y el Taller de inglés jurídico.

Para finalizar el magíster, los alumnos deben aprobar una tesina, que es un trabajo de aplicación profesional.

Actualidad Juridica 29 final.indd 731 21-01-14 11:45

A continuación detallamos los programas que actualmente se imparten:

4ª Versión Magíster en Derecho – Universidad del Desarrollo

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. El programa actualmente se encuentra en su segundo semestre, dentro del cual los alumnos ya iniciaron sus respectivas especializaciones.

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

Actualidad Juridica 29 final.indd 732 21-01-14 11:45

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.

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 Ambiental – 4ª Versión

A contar del 17 de julio de 2013, hemos dado la cuarta versión de nuestro Postítulo en Derecho Ambiental.

El Derecho del Medio Ambiente ha experimentado un significativo y acelerado desarrollo en los últimos años, tanto en el mundo como en nuestro país. Por una parte, desafíos globales como el cambio climático, la pérdida de diversidad biológica, la contaminación de aguas, aire y suelo, la desertificación y la disminución significativa de recursos naturales han gatillado la proliferación de regulaciones internacionales y nacionales que deben ser cumplidas por gobiernos, empresas y personas.

Por otra parte, el crecimiento económico de Chile, su creciente participación en la comunidad internacional a través del comercio, la política y la cooperación, su ingreso a la OCDE, su nueva institucionalidad ambiental y la progresiva participación de la ciudadanía en la toma de decisiones con efectos en el medio ambiente, configuran un escenario inédito en que se hace cada vez más necesaria la labor de abogados y otros profesionales especialistas en Derecho

Actualidad Juridica 29 final.indd 733 21-01-14 11:45

del Medio Ambiente que desde la empresa, el Gobierno, las organizaciones o el ejercicio liberal aporten con conocimientos, ideas, valores, competencias y habilidades acordes con los desafíos y oportunidades del siglo XXI.

El Postítulo en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo, ya en su cuarta versión, entrega las herramientas para que sus alumnos sean actores competentes en los escenarios descritos.

Postítulo en Derecho Tributario – 7ª Versión

Por séptimo año, la Dirección de Postgrados de la Facultad de Derecho de la UDD imparte este programa de Postítulo en Derecho Tributario.

El postítulo cuenta con profesores de excelencia, con sólidos conocimientos y extensa experiencia práctica en derecho tributario. A lo largo de sus versiones el contenido de las materias se ha ido perfeccionando para entregar de mejor manera los temas actualizados que se requieren para una adecuada asesoría en la materia.

El Postítulo en Derecho Tributario tiene por finalidad entregar conocimientos especializados y competencias en la disciplina a abogados y otros profesionales que deseen desarrollar su actividad asesorando personas y empresas, o trabajar desde el sector público en temas tributarios. Así, el postítulo entrega conocimientos especializados en tributación de los impuestos finales (trabajo dependiente e independiente, impuesto global complementario e impuesto adicional), tributación de la empresa (impuesto a la renta, ingresos no renta, casos prácticos), imposición al consumo (hecho gravado básico de ventas y servicios, hechos gravados especiales) y defensa tributaria (Código Tributario, procedimientos, derecho penal tributario). También se analiza el fondo de utilidades tributables y la reorganización de empresas.

Postítulo en Derecho Económico – 3ª Versión

El Postítulo en Derecho Económico tiene por finalidad entregar conocimientos y competencias a los profesionales que se desempeñan o les interesa desempeñarse asesorando empresas en materias relacionadas con el derecho económico y el derecho de la empresa.

El postítulo aborda el tema de los mercados regulados tratando sobre las limitaciones a la libertad económica, la regulación legal de los mercados, los modelos de solución de controversias regulatorias y temas de regulación sectorial: Modelos teóricos y aplicación por industria. Telecomunicaciones, Sanitarias, Gas Natural.

Actualidad Juridica 29 final.indd 734 21-01-14 11:45

También se analiza el tema de gobiernos corporativos y creación de valor, estudiando el problema de agencia y la separación entre propiedad y administración como antecedente de las normas sobre Gobierno Corporativo.

El derecho de la libre competencia es otra de las materias centrales del postítulo, como también la inversión extranjera y el ordenamiento cambiario. El postítulo también trata en forma central el tema de financiamiento de proyectos.

Se ha reunido a un grupo de profesores de excelencia con sólidos conocimientos teóricos y extensa experiencia práctica en derecho económico aplicable a la empresa.

Programas de postgrado para el 2014

La Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo continuará durante el período 2014 impartiendo su programa de Magíster en Derecho, el cual ya se encuentra en su 5ª versión.

Asimismo, se impartirán durante el primero y segundo semestre los Postítulos en Recursos Naturales, Planificación Tributaria, Derecho Ambiental, Derecho Económico y Derecho Tributario.

Las postulaciones a los programas 2014 ya se encuentran abiertas.

IV.- Actividades de Extensión.

Seminario:
Modernización de la Industria de los Seguros

La actividad se realizó el 27 de junio y contó con la participación del Superintendente de Valores y Seguros, quien se refirió a los recientes cambios regulatorios efectuados a la Ley 20.667 y los que se encuentran en proceso de cambio.

Entre los otros panelistas, cabe destacar la participación de los abogados Osvaldo Contreras, Carlos Concha, Javier Carvallo, Osvaldo Lagos, Carlos Molina y Emilio Sahurie, quienes trataron, entre otros temas, las nuevas modalidades de contratación de seguros y las novedades que plantea la Ley 20.667.

Seminario:
¿Es necesaria una nueva Constitución?

Actividad realizada el 7 de agosto y contó con un importante panel: Rodolfo Figueroa García Huidobro, Fernando Atria Lemaitre, José Francisco García y José Manuel Díaz de Valdés, todos expertos en Derecho Constitucional.

Actualidad Juridica 29 final.indd 735 21-01-14 11:45

Entre los temas analizados, estuvieron: los desafíos y problemáticas del actual régimen constitucional, los derechos sociales y las "asambleas constituyentes" como paradigma de la legitimidad de origen de la Constitución.

Seminario:
Reforma Procesal Civil ¿es necesario un nuevo código?

Actividad realizada el 29 de agosto, instancia en la que participaron el Decano de nuestra Facultad de Derecho UDD, Pablo Rodriguez Grez; el Subsecretario de Justicia, Juan Ignacio Piña Rochefort; el profesor de la Pontifica Universidad Católica José Pedro Silva Prado; el Decano de la Facultad de Derecho U. Andes, Alejandro Romero Seguel, y el Juez del 22º Juzgado Civil, Pedro García Muñoz.

Durante el encuentro, el Decano UDD expuso sobre los principios que inspiraron la propuesta de reforma alternativa al Código de Procedimiento Civil presentado por la Facultad de Derecho, mientras que los expositores invitados analizaron la necesidad de actualizar el Código y la propuesta desarrollada por el Gobierno de Sebastián Piñera.

Seminario:
Luces y sombras del Gobierno Corporativo en Chile

La actividad se realizó el 22 de octubre, instancia en la cual participaron Alejandro Ferreiro, ex superintendente de SVS y ex Ministro de Economía, Francisco Pfeffer, Director de Extensión y Educación Continua Facultad de Derecho UDD, y Enrique Alcalde, Director del Centro de Gobierno Corporativo UC.

Durante el seminario el profesor Juan Esteban Puga presentó su libro: *La Sociedad Anónima y Otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado.*

V.- Actividades de la Dirección de Investigación

Publicaciones académicas

– "Una nueva limitación administrativa al derecho de propiedad: la modificación sobre el volumen autorizado de extracción", *Actas de Derecho de Aguas*, Nº 2, de I. Covarrubias.

– "¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?", *Actualidad Jurídica*, N° 28, de J.M. Díaz de Valdés

– "El poder absolutista de la democracia moderna, una lectura actualizada de Tocqueville", *Actualidad Jurídica*, N° 28, de J. Alvear.

Actualidad Juridica 29 final.indd 736 21-01-14 11:45

– "La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional", *Actualidad Jurídica*, N° 28, de S. Verdugo.

– Libro: *La Vida Privada de las Figuras Públicas*", Thomson Reuters. I. Covarrubias

– Capítulo en obra colectiva: "Le pivot principal. Approche politique de la Déclaration Dignitatis humanae", en *Église et Politique. Changer de paradigme* (ed. por Bernard Dumont), Editorial Artege (Francia), pp. 77-117. J. Alvear.

– Artículo: "La Jurisprudencia del Amparo Económico. Los tres grandes déficits de la última década", *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 1, pp. 167-220. J. Alvear.

– Libro: *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?*, Ediciones Libertad y Desarrollo (con J. F. García). S. Verdugo.

– Publicación del tercer volumen de *Derecho Público Iberoamericano,* del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo.

Congresos y Seminarios

– Participación en coloquio, "Diálogo sobre aguas, energía y medio ambiente con Carl Bauer", Universidad Diego Portales, C. Boettiger.

– Participación en coloquio, "Los Tribunales Ambientales desde la perspectiva de las políticas públicas y la reforma judicial: problemas y desafíos", Universidad Diego Portales, C. Boettiger.

– Ponencia en "¿Asamblea Constituyente o Reforma Constitucional?", Universidad de Los Andes, S. Verdugo.

– Ponencia en "¿Es necesaria una nueva Constitución?", UNIAC, S. Verdugo.

– Participación en IV Conversatorio de Derecho Constitucional, Universidad de Viña del Mar. J.M. Díaz de Valdés y S. Verdugo.

– Ponencia sobre "Justicia y tribunales ambientales", en Seminario "Instrumentos de protección del medio ambiente en el escenario global y nacional", Universidad Alberto Hurtado. C. Boettiger.

– Ponencia sobre "El conflicto entre el derecho a la vida y la libertad de conciencia", en Seminario sobre "Temas Constitucionales de Actualidad", P. Universidad Católica de Chile. I. Covarrubias.

Actualidad Juridica 29 final.indd 737 21-01-14 11:45

– Ponencia sobre "Cuotas Electorales para Mujeres", coloquio de Justicia Constitucional, U. Diego Portales. J.M. Díaz de Valdés.

– Ponencia en seminario "¿Es Necesaria una Nueva Constitución?", Facultad de Derecho, U. del Desarrollo. J.M. Díaz de Valdés.

– Mesa Redonda en torno al libro "El Otro Modelo", de los autores Atria, Benavente, Couso, Joignant y Larraín. Facultad de Ingeniería Comercial, U. del Desarrollo.

– Clase sobre "El Derecho Constitucional a la Salud", Magíster en Bioética, U. del Desarrollo. S. Verdugo.

– Ponencia en Jornadas de Derecho Público, de la Universidad de Concepción, S. Verdugo.

Columnas y cartas al director

– "Acuerdo por farmacias", *El Mercurio*, de J. Alvear.

– "¿Qué pasa con la derecha?", *El Mercurio*, de J. Alvear.

– "El Informe de Derechos Humanos para Estudiantes", carta en *El Mercurio.* I. Covarrubias, J. Alvear, J.M. Díaz de Valdés y S. Verdugo.

– "Los Peligros del Activismo Judicial", ensayo, en *La Tercera*. S. Verdugo.

Reuniones de Departamento de Derecho Público

– "Crisis del Estado y derechos sociales". Invitado: Antonio-Carlos Pereira Menaut.

– "La Constitución de Bachelet". Invitado: Francisco Zúñiga.

Otros

– Entrevista dada a *El Mercurio*, Cuerpo E, por caso farmacias, 9 de julio, J. Alvear.

– Viaje promoción de redes y contactos académicos en Max Planck (Alemania), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (España) y U. de Oxford (UK), I. Covarrubias y J.M. Díaz de Valdés.

Actualidad Juridica 29 final.indd 738 21-01-14 11:45

– Participación en IV Conversatorio de Derecho Constitucional, Universidad de Viña del Mar. J.M. Díaz de Valdés y S. Verdugo.

– Entrevista dada a *El Mercurio*, Cuerpo C, sobre "Activismo Judicial". S. Verdugo.

– Entrevista dada a Radio Duna, sobre "Activismo Judicial", S. Verdugo.

– Entrevista dada a Canal NTN24, de Colombia, sobre el programa presidencial de Bachelet, S. Verdugo.

– Participación en el retiro de investigación de la Universidad del Desarrollo. C. Boettiger, J.M. Díaz de Valdés, S. Verdugo.

– Charla a alumnos de colegio sobre el "Bullying en los medios electrónicos", S. Verdugo.

Actualidad Juridica 29 final.indd 739 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 740 21-01-14 11:45

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción

Segundo Semestre 2013

Soledad Arcas Acevedo
Coordinadora Titulación y Minor
Facultad de Derecho - Concepción.

I. Actividades de Admisión

Pasantías

Como una manera de ayudar a los alumnos a encontrar su vocación, la Facultad de Derecho invitó a estudiantes de cuarto medio de distintos colegios de la Región del Bío-Bío a vivir una experiencia universitaria en una iniciativa que se enmarca dentro de las actividades de admisión organizadas por nuestra Facultad en conjunto con la Dirección de Admisión de la UDD.

De esta forma, alumnos del Colegio Concepción de San Pedro de la Paz asistieron a clases de Derecho Romano con la profesora Gina Samith y a una clase de Evolución de las Instituciones Jurídicas, con el profesor Eduardo Andrades. Los estudiantes valoraron la actividad y señalaron que estas experiencias son una gran motivación para continuar su preparación para el ingreso a la universidad.

Por su parte, alumnos del Colegio Arturo Prat participaron de una clase práctica de Derecho Romano con la profesora Gina Samith.

Talleres vocacionales para alumnos de cuarto año de enseñanza media

Los talleres denominados "El Campo Laboral del Abogado" tuvieron como objetivo explicar cómo se estudia Derecho en la UDD y dar a conocer las distintas alternativas que existen para ejercer la profesión de abogado.

Éstos se dividieron en dos jornadas: el taller local, que se realizó el día miércoles 14 de agosto, en el cual participaron alumnos de distintos colegios de Concepción y sus alrededores y que estuvo a cargo del abogado y docente de nuestra Facultad Jordi Fosalba Henry. El expositor destacó el rol clave del

Actualidad Juridica 29 final.indd 741 21-01-14 11:45

abogado en la sociedad, enfocado en la responsabilidad social, sello de la UDD, y su experiencia como ex alumno de la Facultad y abogado independiente.

Por su parte, el taller regional se realizó el día jueves 5 de septiembre, a cargo del abogado y profesor de la UDD Javier Molina Gómez, quien profundizó a los alumnos en los contenidos de la carrera y distintas posibilidades de la abogacía. Los estudiantes, provenientes de distintas ciudades, como San Carlos, Chillán, Los Ángeles y Angol, participaron activamente en el taller y lo calificaron como un gran aporte a su orientación vocacional.

II. Actividades de la Facultad

Abogada UDD nombrada Gobernadora de la Provincia de Concepción

Claudia Hurtado Espinoza asumió el viernes 30 de agosto como nueva gobernadora.

Claudia Hurtado es abogada y Magíster en Derecho de la Empresa de la Universidad del Desarrollo, sede Concepción. Además, es docente de Bases del Orden Jurídico de nuestra Facultad. Desde marzo del año 2012 se desempeñaba como Seremi de Desarrollo Social del Bío-Bío y anteriormente fue Directora Regional del Servicio Nacional de la Mujer.

Andrés Kuncar Oneto recibió distinción como Profesor de Excelencia de la carrera de Derecho

El profesor de nuestra Facultad Sr. Andrés Kuncar Oneto recibió un reconocimiento como Profesor de Excelencia del período académico 2012. Andrés Kuncar es abogado de la Universidad de Concepción, Magíster en Derecho de la Empresa de la Universidad del Desarrollo y profesor de la cátedra de Derecho Civil.

Este reconocimiento premia a aquellos profesores que han destacado por su trabajo, compromiso y dedicación en su actividad docente y que además representan fielmente el espíritu de nuestra Universidad y el amor al trabajo bien hecho.

La premiación se llevó a cabo durante la ceremonia de la Cuenta Anual 2012 del Rector de la Universidad del Desarrollo, realizada el jueves 3 de octubre en el centro de eventos Suractivo.

XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Entre el 3 y el 5 de octubre se llevaron a cabo las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas este año por la Universidad Austral de Chile.

Actualidad Juridica 29 final.indd 742 21-01-14 11:45

Como cada año, algunos docentes de nuestra Facultad formaron parte del cuerpo de académicos que participaron como ponentes, entre ellos, el Sr. Bruno Caprile Biermann, Sr. Andrés Kuncar Oneto y Sr. Cristián Larraín Páez. Además, más de 20 alumnos de distintas promociones y egresados de la Facultad asistieron con gran entusiasmo al evento.

El profesor Bruno Caprile presentó la ponencia "El derecho a la oportuna liberación de las garantías (Análisis del art. 3 lt.c) de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores". Por su parte, el profesor Andrés Kuncar expuso sobre "El principio de conservación de los actos jurídicos", y por último don Cristián Larraín abordó el tema del "Daño moral a personas jurídicas: prevenciones teóricas y propuesta de solución".

Directora de Carrera fue invitada a exponer en Seminario Internacional sobre Protección de los Derechos Humanos

Los días 10 y 11 de octubre se realizó en Santiago el seminario internacional denominado "*La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y al derecho internacional de los derechos humanos",* organizado en conjunto por el Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, La Fundación Konrad Adenauer y la Universidad de los Andes, al que asistieron exponentes de Perú, Argentina, Bolivia, Colombia y Brasil, ministros de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional chileno y destacados profesores de Derecho Constitucional.

En el seminario se analizaron temas como el diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales, el control de constitucionalidad por los tribunales nacionales y el cumplimiento por el Estado chileno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este último panel fue invitada a exponer la Directora de Carrera de nuestra Facultad, Sra. Bárbara Ivanschitz, junto a los profesores Claudio Nash, director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, y Claudio Troncoso, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Chile.

La ponencia de la profesora Bárbara Ivanschitz dio cuenta del estado de cumplimiento de las cinco sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado en contra del Estado de Chile y de las medidas de reparación que en ellas se han impuesto a nuestro país.

Profesor de Derecho Civil culmina estancia de investigación en Montreal

Renzo Munita, profesor de nuestra Facultad, terminó recientemente una estancia de investigación en la Universidad McGill en Montreal. La actividad, que fue

Actualidad Juridica 29 final.indd 743 21-01-14 11:45

realizada entre los días 7 y 18 de octubre, se enmarca dentro de la investigación correspondiente a su tesis de Doctorado en Derecho Privado que desarrolla en la Universidad de Grenoble, sobre la responsabilidad civil vinculada a las innovaciones científicas y tecnológicas.

Durante su estancia el profesor Munita tuvo la posibilidad de reunirse con destacados profesores y de acceder a bases de datos especializadas para el Derecho del *Common Law*, pudiendo recopilar un importante material que le permitirá dar un mayor alcance comparativo a su tesis de Doctorado, en la cual pretende referirse al tratamiento legal y jurisprudencial que recibe el daño en diversas latitudes y frente a diversos supuestos, tales como medioambientales o sanitarios.

Todo lo anterior, guiado por la profesora Lara Khoury, importante autora canadiense, que fue quien guió la estancia de investigación.

Visita del Juez de Letras del Segundo Juzgado Civil de Concepción

Patricio Gómez Eriz, profesor de la cátedra de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y encargado del curso de Destrezas en Litigación Oral, invitó a una de sus clases al Juez de Letras Asiento de Corte de Apelaciones, titular del Segundo Juzgado Civil de Concepción, Sr. Camilo Álvarez Órdenes.

El objeto de su visita fue explicar a los alumnos los alcances del proyecto de la Reforma Procesal Civil, sobre todo en relación a los principios de publicidad, oralidad e inmediación. Además, analizó brevemente el contenido de un oficio de la Corte Suprema sobre los alcances de la Reforma Procesal Civil.

Los alumnos tuvieron ocasión de formular preguntas sobre el tema expuesto y complementar los conocimientos adquiridos durante el semestre.

Además, en el marco del mismo curso y como una forma de contribuir con la formación práctica de nuestros estudiantes, se realizaron visitas al Juzgado de Garantía de Talcahuano y al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción. De esta forma, los alumnos de 5° año de la carrera pudieron presenciar audiencias penales programadas, audiencias de control de detención y juicios orales efectivos e íntegros.

Clínica Jurídica suscribió convenio de colaboración con UDD VENTURES

Con la presencia de autoridades de la Universidad del Desarrollo, encabezadas por la Vicerrectora de Pregrado, Sra. Florencia Jofré M., y el Vicerrector de In-

Actualidad Juridica 29 final.indd 744 21-01-14 11:45

novación y Desarrollo, Sr. Daniel Contesse S., el Decano y Vicedecano de la Facultad de Derecho y de otros invitados, el pasado 30 de octubre se suscribió un convenio de colaboración entre la Clínica Jurídica y UDD Ventures.

Mediante este acuerdo, ambas instituciones desde sus respectivos ámbitos de acción acordaron realizar acciones conjuntas destinadas a que los emprendedores que sean derivados por UDD Ventures puedan ser orientados o asesorados jurídicamente por los profesionales abogados y alumnos de la Clínica Jurídica para colaborar a fin de materializar de manera exitosa el respectivo proyecto de emprendimiento.

Este convenio de colaboración se agrega a otros convenios que la Clínica Jurídica ha suscrito con instituciones y organizaciones del ámbito público y privado y se inserta en la visión y misión de la Universidad del Desarrollo y de la Facultad de Derecho, para desarrollar la vinculación con el medio y crear lazos de colaboración con instituciones que intervienen o actúan particularmente en el ámbito del fomento y apoyo al emprendimiento.

Alumnos de la Facultad participaron en el primer operativo Forja UDD

El sábado 15 de junio tuvo lugar el primer operativo social de Forja UDD en la Población Teniente Merino II. Forja UDD es un voluntariado liderado por alumnos que buscan poner a disposición de las personas más vulnerables del Gran Concepción los conocimientos adquiridos en las aulas de las diversas carreras.

Este primer operativo de salud y asesoramiento jurídico se realizó en conjunto con la Ilustre Municipalidad de Concepción y el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (Minvu) y contó con la participación de más de 50 alumnos de las carreras de la salud y de Derecho. Representando a nuestra Facultad estuvieron presentes los alumnos José Ignacio Chaparro, Cristian Pinochet, Yessenia Pinochet, Carla Urra, Iván Estrada y Sebastián Concha.

Alumnos de Derecho son parte de "Vive la Calle" y "Huella UDD"

"Vive la Calle" es un proyecto impulsado por Asuntos Estudiantiles en coordinación con el Hogar de Cristo, que tiene por objeto llevar comida, compañía y cariño a quienes más lo necesitan, mientras que "Huella UDD" es un voluntariado organizado por la Pastoral de la Universidad del Desarrollo.

Con modalidades distintas en su forma, comparten, de manera absoluta, su fondo: ayudar al que más lo necesita. En el voluntariado asociado al Hogar de Cristo participan jóvenes de distintas carreras de la UDD, quienes dos sábados

Actualidad Juridica 29 final.indd 745 21-01-14 11:45

al mes recorren nuestra ciudad para compartir momentos de alegría con personas en situación de calle. Además, visitan las Hospederías de Adultos Jóvenes y Adultos Mayores de esta institución, con el fin de entregarles alimentos, realizar actividades y compartir con ellos.

Por su parte, "Huella UDD" 2013, Misión y Construcción, este invierno se llevó a cabo en la localidad de Alerce, en la X Región, entre el 13 y el 21 de julio, donde cerca de 120 alumnos de las sedes de Santiago y Concepción recorrieron puerta a puerta la localidad, compartiendo experiencias de vida y entregando la palabra de Dios.

Claudia Muñoz, Matías Osses, Mario Sabag, Andrés Ogalde, Constanza Standen, Zoe Kuhn, Yessica Vega, Caterina Gajardo y Manuel Donoso, entre otros alumnos de la carrera de Derecho, forman parte del grupo de estudiantes que participaron de estas iniciativas.

Liga de Fútbol "Decano Eduardo Fernández Florez"

Durante el primer semestre se llevó a cabo la primera versión de la liga "Decano Eduardo Fernández Florez". En la final Villalegal CF se impuso por un contundente 7-2 frente a FC Interdictos, cerrando así una participación redonda en el campeonato de baby fútbol organizado por el Centro de Alumnos de la carrera.

El campeonato, que tuvo como objetivo promover el deporte e integrar a los alumnos de las distintas generaciones, también premió a los mejores jugadores. El mejor arquero del torneo fue Víctor Bobadilla, y el goleador, Ignacio Poblete, ambos de Villalegal CF.

La competencia, que tuvo una gran participación a lo largo del semestre, finalizó con una premiación en la que se entregaron medallas y la gran copa Derecho UDD al equipo campeón.

Alumno de Derecho participó en operativo jurídico en Lebu

Fundación Pro Bono en alianza con la Fundación para la Superación de la Pobreza realizaron el viernes 8 de agosto en la ciudad de Lebu un masivo operativo jurídico cuyo objetivo fue acercar el derecho a personas de escasos recursos, en los que "Servicio País", dependiente de la FSUPO, se encuentra actualmente ejecutando programas de intervención.

En dicho operativo participaron los abogados Pro Bono Carolina Díaz, de "Álvarez, Caro, Rojas & Torres Abogados"; Patricia Castro, de "Schultz & Solano"; Sergio Quezada, de "Elgueta y Asoc"; Juan Pablo Gallardo, de "Saenger &

Actualidad Juridica 29 final.indd 746 21-01-14 11:45

Asoc", y las abogadas independientes y egresadas de nuestra Facultad Anisia Toledo y Brenda Núñez. Al trabajo de los abogados de la Fundación se sumaron estudiantes de Derecho, entre los cuales participó Danilo Carvajal Romero, alumno de segundo año.

Al comenzar el operativo los abogados y estudiantes fueron recibidos por el alcalde de la ciudad, Cristián Peña Morales, quien dio la bienvenida y facilitó las dependencias de la I. Municipalidad, a fin de que se concretara el trabajo que culminó con más de 50 habitantes asesorados en diversas materias.

Seminario de Liderazgo y Trabajo en Equipo

Con diversos desafíos, ejercicios y juegos se llevó a cabo, los días 9 y 10 de octubre en el Cajón del Maipo, el Seminario de Liderazgo y Trabajo en Equipo, al que asistieron cerca de 100 alumnos que participan activamente en los programas que organiza la Subdirección de Asuntos Estudiantiles de las sedes de Santiago y Concepción (Trabajos Voluntarios, Huella, Selecciones Deportivas y Programa de Líderes), entre los cuales figuran los estudiantes de la carrera de Derecho Zoe Kuhn, Sebastián Concha y Mario Sabag.

Durante las dos jornadas los alumnos realizaron diversas dinámicas en grupos como un *trekking* de autoliderazgo y un circuito aventura con actividades que buscaban fomentar la integración y trabajar en diversos desafíos.

Además recibieron la visita del Rector, Federico Valdés, y otras autoridades de la UDD, entre ellos el Decano de la Facultad de Derecho de Concepción, Gonzalo Rioseco, quien compartió con los alumnos y se integró a las actividades.

Semana de la Facultad de Derecho

Diversas actividades organizadas por el Centro de Alumnos de la carrera tuvieron lugar entre el 7 y el 11 de octubre, en el marco de nuestra semana de aniversario.

La semana comenzó con una charla del profesor Mario Bugmann denominada "La última clase", además se realizaron entretenidas competencias por generaciones y el jueves se llevó a cabo una tarde cinematográfica, donde se exhibió la película argentina "Tesis de un Homicidio".

Como ya es tradición, la fiesta de gala, que tuvo lugar el viernes 11 de octubre, en el Centro de Eventos Los Castaños, cerró las actividades de la Semana de Derecho UDD. En ésta alumnos de las distintas promociones y algunos profesores de la carrera conmemoraron el aniversario número 22 de nuestra Facultad y se realizó la premiación, donde se coronó a la alianza ganadora.

Actualidad Juridica 29 final.indd 747 21-01-14 11:45

III. Actividades de Extensión y Educación Continua

Charla sobre las Elecciones Primarias

El 28 de junio se realizó la Charla "Elecciones Primarias ¿para qué?", la que estuvo a cargo del abogado y docente de nuestra Facultad Eduardo Andrades Rivas, quien analizó las características de los sufragios preliminares para elegir a los candidatos de cada bloque.

Seminario "Nuevos procedimientos de fiscalización y sanción ambiental ante la Superintendencia"

Con gran éxito y una gran concurrencia de público, el miércoles 7 de agosto, en el auditorio principal de nuestra casa de estudios, se llevó a cabo el Seminario denominado "Nuevos procedimientos de fiscalización y sanción ambiental ante la Superintendencia", ocasión en la que expusieron los abogados Felipe Riesco Eyzaguirre, Asesor Jurídico de la Superintendencia del Medio Ambiente, y Cristóbal Osorio Vargas, Jefe de la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios de la misma Superintendencia.

Seminario "La Crisis en España y en el Sur de Europa"

El jueves 22 de agosto se realizó el seminario internacional denominado "La Crisis en España y en el Sur de Europa", a cargo del profesor español Dr. José Díaz Nieva. Esta actividad estuvo dirigida a todo púbico y su objetivo fue ofrecer a los asistentes una visión testimonial de los principales aspectos de la crisis económica y política de los países del Sur de Europa con espacial énfasis en España.

Presentación del libro de Jaime González Orrico, Abogado UDD y docente de nuestra Facultad

En la Facultad de Derecho, sede Concepción, se realizó el martes 27 de agosto la presentación de la segunda edición del libro *Juicio Ejecutivo Tributario*, cuyo autor es el profesor de nuestra Facultad, Sr. Jaime González Orrico, Abogado UDD, Magíster en Gestión Tributaria de la Universidad del Bío-Bío, ex Abogado de la Tesorería General de la República y actual Secretario Abogado del Tribunal Tributario y Aduanero de la Región del Bío-Bío.

La presentación de esta interesante obra jurídica estuvo a cargo del Sr. Jean Pierre Latsague Lightwood, abogado UDD y profesor de Derecho Tributario, y contó con la asistencia de alumnos, docentes, autoridades de la Facultad, funcionarios del Tribunal Tributario y destacados abogados.

Actualidad Juridica 29 final.indd 748 21-01-14 11:45

Charla sobre la Ley de Tuición Compartida

"Ley de Tuición Compartida" se denominó la charla que se dictó el 3 de septiembre en la Facultad de Derecho, con el fin de dar a conocer los alcances de la Ley 20.680, también denominada "Ley Amor de Papá".

El expositor, Cristian Gutiérrez Lecaros, juez de familia desde el año 2005 a 2010, explicó que esta ley tiene por objeto equilibrar la posición de padres y madres que viven separados respecto a los hijos en lo que dice relación al cuidado personal, destacando las novedades introducidas en esta materia por la Ley 20.680, así como aquellos aspectos en los que pueden presentarse dificultades de interpretación.

Seminario "Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, normativa e intervención con jóvenes en conflicto con la ley penal"

Los aspectos sustantivos relevantes de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y los Modelos de Intervención con jóvenes en conflicto con la ley penal, fueron los temas que se abordaron en el seminario denominado "Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, normativa e intervención con jóvenes en conflicto con la ley penal", cuyo objetivo fue proporcionar a los asistentes los criterios normativos y de intervención psicosocial en orden a la idoneidad y cumplimiento de la sanción.

Esta actividad de educación continua tuvo lugar el jueves 5 de septiembre y estuvo a cargo del docente de nuestra Facultad Sr. Jaime Pacheco Quezada, abogado asesor de la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública; y Fabiola Díaz Rabanal, asistente social de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la misma institución.

Charla "La regulación de Internet en Chile: entre propiedad intelectual, datos personales y telecomunicaciones"

El martes 10 de septiembre se realizó una charla dirigida a todo público, denominada "La regulación de Internet en Chile: entre propiedad intelectual, datos personales y telecomunicaciones", a cargo del abogado Felipe Burgos Osorio, Master in Law (LL.M) in Competition, Innovation & Information Law, New York University.

Seminario sobre las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Judicial en los últimos cincuenta años

El jueves 28 de septiembre, dentro de las actividades de extensión de la Facultad, se llevó a cabo el seminario denominado "Las relaciones entre el Poder Ejecutivo

Actualidad Juridica 29 final.indd 749 21-01-14 11:45

y el Judicial en los últimos cincuenta años. Algunas reflexiones y perspectivas", dirigido a todo público.

Esta actividad estuvo a cargo del catedrático Sr. Enrique López Bourasseau, profesor de Evolución de las Instituciones Jurídicas y Derecho Constitucional de nuestra Facultad.

Cursos de Perfeccionamiento Academia Judicial

La Facultad de Derecho dictó este semestre dos cursos en el marco del Programa de Perfeccionamiento para funcionarios de la Academia Judicial:

– "Taller de Procedimiento ante Corte de Apelaciones", que se desarrolló entre el 22 y 24 de octubre, a cargo de los profesores María José Menchaca, Javier Molina y Juan Carlos Tapia.

– "Taller de Normativa Básica en Materia de Ley de Drogas", que se dictó los días 28 al 30 de octubre por los profesores Andrés Cruz y Eduardo Carrasco.

Columnas de Opinión

Nuestros docentes han participado activamente como columnistas de los principales medios de comunicación de la Región del Bío-Bío, aportando con sus conocimientos al desarrollo de una sociedad más informada y participativa:

– "Nuevo reglamento del Seia: ¿Reglas claras para la inversión?". Diario *El Sur* (23 agosto 2013). Marcelo Sandoval Zambrano.

– "Tribunales Ambientales: contrapeso a la actuación administrativa ambiental". Diario *El Sur* (5 octubre 2013). Marcelo Sandoval Zambrano.

– "La autoridad en las elecciones, un concepto desvirtuado". Diario *El Sur* (12 noviembre 2013). Gina Samith Vega.

– "Gratuidad o…¿magia?". *Diario de Concepción* (30 mayo 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De ogros y pensiones". *Diario de Concepción* (6 junio 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "Curas choros y humildad". *Diario de Concepción* (13 junio 2013). Eduardo Andrades Rivas.

Actualidad Juridica 29 final.indd 750 21-01-14 11:45

– "De la plebeya República". *Diario de Concepción* (20 junio 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De molotovs e inmunidades". *Diario de Concepción* (27 junio 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De alzas y bufonadas". *Diario de Concepción* (4 julio 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De olvidos y tonterías". *Diario de Concepción* (11 julio 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De reformas y urgencias". *Diario de Concepción* (18 julio 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De crisis y esperanzas". *Diario de Concepción* (25 julio 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De abortos y mentiras". *Diario de Concepción* (1 agosto 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De arte y fealdad". *Diario de Concepción* (8 agosto 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "Gobiernos y mentalidades regionales". *Diario de Concepción* (22 agosto 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De píldoras, dólares y vejez". *Diario de Concepción* (29 agosto 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "Reflexiones anacrónicas". *Diario de Concepción* (5 septiembre 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De perdones y reparaciones". *Diario de Concepción* (12 septiembre 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "De la defensa de la vida". *Diario de Concepción* (19 septiembre 2013). Eduardo Andrades Rivas.

– "Del respeto de la ley". *Diario de Concepción* (26 septiembre 2013). Eduardo Andrades Rivas.

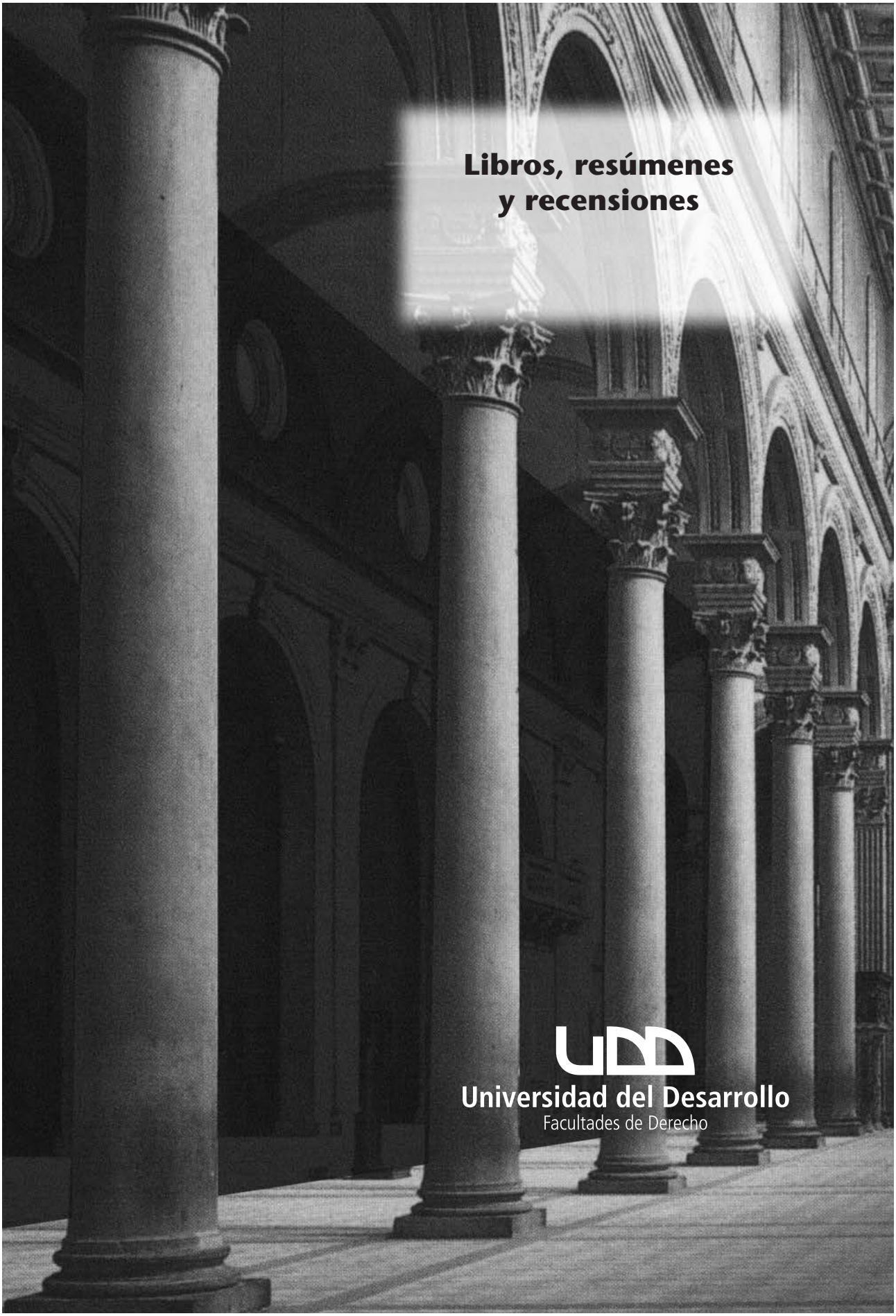
Actualidad Juridica 29 final.indd 751 21-01-14 11:45

IV. Programas de Postgrado de la Facultad

El 6 de diciembre de 2013 concluyó el año lectivo correspondiente al décimo séptimo año académico de los Programas de Postgrados de la Facultad de Derecho de Concepción, con 50 alumnos en primer año y segundo año del Magíster en Derecho de la Empresa. A ellos se sumaron otros 35 alumnos que participaron en otros programas más breves, como postítulos, diplomados o cursos.

Como novedad, a partir del año 2013 se consideró el egreso de los alumnos bajo tres posibles modalidades distintas, cursando asignaturas de la mención en Derecho Tributario o bien ramos de la mención en Derecho Laboral, ambas alternativas adicionales al programa de estudio en general sobre Derecho de la Empresa. Asimismo, se inició un nuevo sistema de actividad de titulación consistente en un Seminario de Titulación, que reemplazó la tradicional tesis.

Actualidad Juridica 29 final.indd 752 21-01-14 11:45



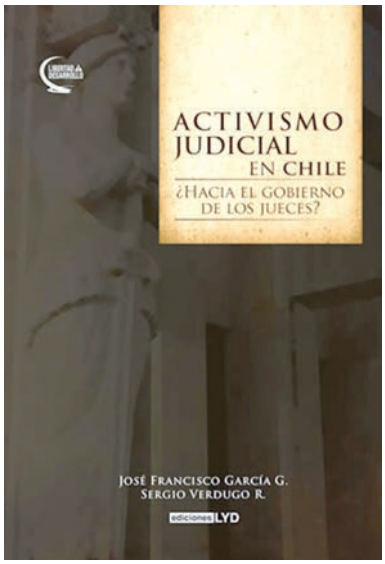
Actualidad Juridica 29 final.indd 753 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 754 21-01-14 11:45

"Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?"

De José Francisco García G. y Sergio Verdugo R. Ediciones LYD, Santiago de Chile, 2013.

Los autores del libro han detectado verdaderos "focos judiciales" de activismo en Chile.



Alejandro Leiva López
Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile.
Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas,
Universidad del Desarrollo.
Profesor de Criminología,
Facultad de Derecho,
Universidad del Desarrollo.

El libro que comento tiene por objeto poner de manifiesto conductas impropias de jueces chilenos que han antepuesto a la aplicación expresa de la ley sus convicciones e ideologías personales. Con ello, los autores buscan reducir los espacios de lo que denominan "activismo judicial" en nuestro país, reforzando así el Estado de Derecho.

En efecto, el libro *Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?* constituye un valioso aporte a la judicatura y sociedad chilenas, pues permite

Actualidad Juridica 29 final.indd 755 21-01-14 11:45

transparentar prácticas que pese a ser más o menos recientes, son extremadamente peligrosas para un poder que por sobre todo debe dar vigencia a la Constitución y las leyes.

Así, y en plena concordancia con los postulados de los profesores García y Verdugo, nuestro país ha sido testigo de manifiestas prácticas activistas por parte de jueces que, en muchos casos y de manera osada y arbitraria, han preferido sus ideas particulares, por sobre el texto de la ley.

Como señala el profesor Romero[1]

> *"(…) la imparcialidad del juzgador es un elemento esencial del debido proceso, que afecta la actitud del juez con las partes del proceso. No se debe confundir con la independencia, ya que esta última se refiere a una cuestión previa, de organización, a través de la cual se pretende liberar al juez de toda subordinación que no sea la que el juez debe estrictamente al Derecho.*
>
> *En cambio, la imparcialidad apunta a la forma como ejerce el juez su actividad en los casos concretos que se le someten a su conocimiento.*
>
> *La imparcialidad busca que no se desdibuje en el ánimo del juez su carácter de tercero imparcial, evitando que concurra a resolver un asunto si existe la mera sospecha que, por determinadas circunstancias, favorecerá una de las partes, dejándose llevar por sus vínculos de parentesco, amistad, enemistad, interés en el objeto del proceso o estrechez en el trato con uno de los justiciables, sus representantes o sus abogados*[2].

La imparcialidad se diferencia asimismo de la independencia por la distinta forma de tutela jurídica que admiten una y otra. La independencia se garantiza a través de una adecuada organización política, que permita a los magistrados estar libres de interferencias de los otros poderes o del mismo Poder Judicial; la imparcialidad, en cambio, *se cautela excluyendo al juez del caso concreto, por existir en su contra sospechas que no actuará objetivamente en la decisión del conflicto*".

Por su parte, y en cuanto al contenido del debido proceso, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que "se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de

[1] ROMERO SEGUEL, Alejandro, "La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, No. 3, julio-septiembre, 2001, Santiago, Chile.
[2] En adelante, la cursiva es nuestra.

Actualidad Juridica 29 final.indd 756 21-01-14 11:45

la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto *por un tribunal imparcial e idóneo* y establecido con anterioridad por el legislador"[3].

En concreto, el artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales consagra la prohibición de los funcionarios judiciales de inmiscuirse en actividades políticas, con el objeto de lograr un arquetipo de *juez neutro, apolítico, alejado de las contiendas y eventuales presiones políticas*, para asegurar su tranquilidad de juicio al momento de la decisión.

En otras palabras, lo que prohíbe nuestro Código es precisamente la práctica, entre otras, del activismo en la función jurisdiccional. En este sentido, el referido artículo señala:

> "*Se prohíbe a los funcionarios judiciales:*
>
> *1° Dirigir al Poder Ejecutivo, a funcionarios públicos o a corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos;*
>
> *2° Tomar en las elecciones populares o en los actos que las precedan más parte que la de emitir su voto personal; esto, no obstante, deben ejercer las funciones y cumplir los deberes que por razón de sus cargos les imponen las leyes;*
>
> *3° Mezclarse en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político, o efectuar cualquiera actividad de la misma índole dentro del Poder Judicial;*
>
> *4° Publicar, sin autorización del Presidente de la Corte Suprema, escritos en defensa de su conducta oficial o atacar en cualquier forma la de otros jueces o magistrados*".

Así, el libro de García y Verdugo muestra como recientemente se ha puesto en duda la imparcialidad de los jueces en casos emblemáticos. Uno de ellos es el conocido caso del Cabo de Carabineros Luis Moyano, asesinado en 2007 por miembros de un grupo terrorista de influencia marxista, en que el juez a cargo del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago (Sr. Patricio Álvarez) rechazó incluir en el juicio contra los imputados –Marcelo Villarroel, Freddy Fuentevilla y Juan Aliste Vega– los testimonios de la viuda del Carabinero, Paola Riveros, y de dos de sus hijas por estimar que son impertinentes.

La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió inhabilitar al juez mencionado, determinando que el magistrado ya emitió opinión al excluir pruebas que

[3] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006) Rol 481-2006.

Actualidad Juridica 29 final.indd 757 21-01-14 11:45

afectaron a la querellante, las que fueron incorporadas tras un fallo del Tribunal Constitucional sobre la materia, sin perjuicio de que la causa de fondo, reconocida por las partes del proceso y la prensa, fue *su conocida simpatía política con los imputados, lo que lo llevó a interpretar en contra del texto expreso de la ley determinadas normas jurídicas.*

En este sentido, el libro aquí en comento es prodigioso, y a través de un estudio acabado logra recopilar faltas por parte de miembros de la judicatura que no pueden sino considerarse activistas.

Y es que han detectado verdaderos "focos judiciales" de dichas prácticas.

Uno de ellos lo constituye, como bien –y *proféticamente*– lo destacan los autores, el ya mencionado Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, el cual recientemente (tan reciente que no alcanzó a ser integrado al libro) y conociendo de la causa el Juez Sr. Cristián Sánchez, decretó como medida de Suspensión Condicional del Procedimiento para los imputados (a solicitud del Fiscal de la zona Centro Norte Sr. Víctor Vidal), la de "**hacer charlas a favor del movimiento** Marca tu Voto**, el cual promueve el llamado a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución**".

Los imputados –el candidato ecologista Luis Mariano Rendón y el activista Osvaldo Tello– habían sido formalizados por los delitos de desacato y atentado contra la autoridad, por la toma de la sede del Senado en Santiago, en octubre de 2011, con el objeto de exigir una reforma constitucional que abriera paso a un plebiscito, y así lograr una nueva Constitución.

Sin perjuicio de éstos y otros casos que se dan cuenta en el libro bajo el título de "garantismo penal al activismo judicial", los autores logran poner en el debate público un tema sensible, pues afecta, a nuestro juicio injustamente, a la totalidad del Poder Judicial, pese a que se trata de conductas excepcionales, pero no por ello menos relevantes.

Por ello es destacable el trabajo de los profesores García y Verdugo, quienes de manera seria y responsable dan inicio y sustentan la obra analizando y proponiendo ciertos supuestos previos y teóricos que son necesarios para reconocer conductas constitutivas de activismo. Para ello revisan sus orígenes y proponen ciertos acuerdos terminológicos, los cuales les permiten detectar de manera sistemática y objetiva conductas activistas.

Así, la obra muestra al lector cómo en diversos ámbitos de la judicatura el activismo ha tomado cabida, entregando ejemplos reales y de alta connotación

Actualidad Juridica 29 final.indd 758 21-01-14 11:45

pública, ello tanto en materia de medio ambiente y energía, justicia penal, salud, como en causas vinculadas al movimiento estudiantil, entre otras.

Continúa el libro estudiando las que a juicio de los autores serían condicionantes internas y externas que llevarían al nacimiento o proliferación de este fenómeno, con especial énfasis en la estructura institucional de Poder Judicial. Finalizan el trabajo entregando propuestas que buscan reducir el activismo en Chile, muchas de las cuales son plenamente aplicables a nuestra realidad nacional.

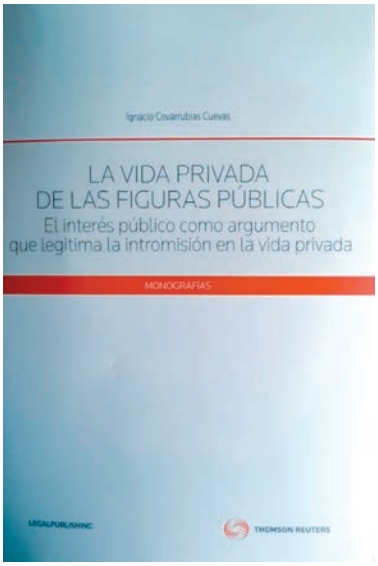
La obra permite, mediante un lenguaje amable con el lector, conocer desde la teoría a la práctica los mecanismos para detectar, disminuir y prevenir esta anomalía que parece tomar fuerza en nuestros tribunales y que corroe la *imparcialidad* como pilar fundamental de la judicatura.

Actualidad Juridica 29 final.indd 759 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 760 21-01-14 11:45

Presentación del libro: La vida privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada.

De Ignacio Covarrubias Cuevas.



Con fecha 5 de noviembre último, en el Edificio de Postgrado de nuestra Universidad, se llevó a cabo la ceremonia de presentación del libro *LA VIDA PRIVADA DE LAS FIGURAS PÚBLICAS. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada*.

Esta obra, escrita por el profesor Dr. Ignacio Covarrubias Cuevas, Director del Centro de Justicia Constitucional de nuestra Facultad, fue comentada por el Dr. Rodolfo Figueroa García Huidobro, profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y por el profesor Álvaro Caviedes Barahona, Presidente de la Asociación Nacional de la Prensa. Este último se refirió al desarrollo de la prensa en nuestro país, argumentó la dificultad de regular los límites de los medios y la importante labor que desarrollan a diario.

El libro analiza las razones de por qué los personajes públicos gozan de un menor resguardo de su derecho a la vida privada, exhibiendo la problemática de la

Actualidad Juridica 29 final.indd 761 21-01-14 11:45

intimidad y de la invocación del interés informativo y de la libertad de prensa por parte de los medios de comunicación. El texto destaca las experiencias comparadas de Estados Unidos, España y Chile.

A continuación, transcribimos la presentación del profesor Dr. Rodolfo Figueroa García Huidobro.

I. Introducción.

1. El libro del profesor Covarrubias (Ignacio) corresponde a su tesis doctoral.

Esto es relevante, porque entonces no se trata de un libro de divulgación. Es un libro que da cuenta del tipo de trabajo intelectual que satisface los estándares de una tesis doctoral, esto es, una investigación profunda sobre un tema o problema propio de una disciplina, respecto del cual se pretende producir un avance o aumento en el conocimiento acumulado. Entonces estamos ante un texto de reflexión y análisis detenido y detallado sobre un aspecto del derecho constitucional.

Concretamente, el libro versa sobre un derecho constitucional –la vida privada– y lo que hace es analizar ese derecho, contribuyendo a nuestra compresión del mismo, de su sentido y límites. Esto hace que el libro sea un texto de dogmática constitucional. Por tanto, tenemos un libro de dogmática con la profundidad de una tesis doctoral. Esto lo hace, en mi opinión, un libro especialmente valioso.

Ahora bien, el libro no se limita a hablar de privacidad, sino que, con ocasión del desarrollo de sus tesis sobre el derecho a la privacidad, avanza en consideraciones propias de la teoría de los derechos fundamentales, como veremos más delante. Por ejemplo, se refiere a las limitaciones a los derechos, internas y externas, a los conflictos entre derechos, incluso propone rechazar una cierta idea, muy difundida, sobre el concepto de derecho fundamental, según veremos.

2. El contenido.

Desde un punto de vista ilocucionario, el libro tiene dos partes estructurales: una es descriptiva y la otra es normativa. Ambas se distribuyen a través de los diversos capítulos del libro, que para efectos expositivos se divide en dos partes. La parte descriptiva está destinada a explicar la doctrina, la tradición y la jurisprudencia de tres países sobre el derecho a la privacidad: Estados Unidos, España y Chile, con especial dedicación a Estados Unidos. Yo creo que esa parte por sí sola es especialmente valiosa, porque pone al alcance del lector información de difícil acceso, partiendo por la barrera del idioma. Además, creo que está muy bien lograda.

Actualidad Juridica 29 final.indd 762 21-01-14 11:45

La parte normativa corresponde a todos aquellos pasajes en los cuales Ignacio despliega alguna tesis sobre cómo debemos entender el derecho a la privacidad y otros temas de derechos fundamentales. Son varias esas tesis y a ellas vamos ahora. Me voy a limitar a presentarlas; no a analizarlas ni a discutirlas.

II. Tesis de Ignacio.

Aclaraciones terminológicas.

Comencemos con algunas precisiones terminológicas, para poder entender adecuadamente las diversas tesis del libro. Además, esto es necesario porque algunas de las tesis del libro consisten en precisiones estipulativas.

1ª precisión: Privacidad.

Por *privacidad* Ignacio alude a *secreto*.

Si consideramos una amplia variedad de autores, tanto nacionales como extranjeros, podemos concluir que el derecho a la privacidad se puede relacionar con diversos conceptos. Yo creo que hay tres conceptos centrales: secreto, tranquilidad –o seclusión, que nos dejen solos– y autonomía. De ellos, sólo el primero, el secreto, relaciona la privacidad con información. Los otros dos no: tranquilidad y autonomía no apuntan a información. Pues bien, Ignacio:

i) Entiende el derecho a la privacidad como el derecho al secreto de cierta información personal. Es decir, Ignacio se refiere a privacidad informativa.

ii) Rechaza expresamente la idea de concebir el derecho a la privacidad como autonomía, que es una dimensión típica del derecho estadounidense.

iii) No sabemos qué opina sobre la privacidad como seclusión, pero le podemos preguntar luego.

Por tanto, Ignacio trabaja con una noción restringida de privacidad, limitada al aspecto informativo. Este no es reproche, sino una precisión terminológica estipulativa, que refleja una tesis de Ignacio: la privacidad es un derecho que se debe entender sólo en una dimensión informativa.

2ª precisión: Vulneración del derecho.

Cuando Ignacio alude al daño o violación de la privacidad, emplea las palabras *intromisión* o *invasión*. Con esas palabras Ignacio quiere decir *divulgación*, *revelación*, esto es, dar a conocer a terceros algún aspecto de la vida privada.

Actualidad Juridica 29 final.indd 763 21-01-14 11:45

Si pensamos en Solove –un autor estadounidense–, él distingue 4 grandes dimensiones de trasgresión a la privacidad: Recolección de Información, Procesamiento de Información, Diseminación de Información e Invasión. Cada una, a su vez, comprende varias subcategorías, dando lugar a un total de 16 hipótesis de infracción del derecho a la privacidad. De esos 4 grupos, los tres primeros se refieren a información, en tanto el cuarto apunta a autonomía y seclusión.

Pues bien, Ignacio desarrolla su tesis en torno a una de esas tres formas de trasgresión que tiene que ver con información: la revelación. En efecto, Ignacio aborda el derecho a la privacidad desde la perspectiva de la revelación, pero no de la captación o recolección de información ni del procesamiento. Por tanto, Ignacio centra su tesis en una de varias formas posibles de vulnerar el derecho a la privacidad: la revelación.

Entonces, cuando Ignacio alude a intromisión en la privacidad está afirmando que la vulneración del derecho consiste en revelar a terceros asuntos de la vida privada de una persona.

3ª precisión: Funcionario público.

Si bien el libro se titula "privacidad de figuras públicas", se refiere más específicamente a *funcionarios públicos*. Por ejemplo, un líder político o religioso puede ser una figura pública, pero no necesariamente es un funcionario público.

La tesis de Ignacio apunta a funcionarios públicos: debe tratarse de una persona que desempeña algún cargo en el Estado. Más aún, cuando Ignacio señala que se justifica la invasión de la vida privada de dicho funcionario por consideración del interés público o bien público, sostiene decir que no puede tratarse de cualquier situación del funcionario, sino que deben cumplirse dos requisitos: La conducta debe incidir directamente en la función pública.

Se debe afectar la sociedad en su conjunto (p. 395); se debe verificar una seria amenaza o daño al orden público, la salud, la seguridad pública o cualquier otro aspecto del bien común (p. 421).

Aquí tenemos no sólo una precisión terminológica sobre qué se entiende por funcionario público, sino, además, una tesis: no se justifica la vulneración del derecho a la privacidad de un funcionario público cuando algún aspecto de su vida privada pueda tener injerencia en su desempeño público. Se requiere más que una injerencia; ese aspecto de la vida privada debe ser susceptible de producir una seria amenaza o daño al bien común.

Así, puedo adelantar la tesis principal del libro: se justifica la revelación a terceros de un aspecto de la vida privada de un funcionario del Estado cuando

Actualidad Juridica 29 final.indd 764 21-01-14 11:45

está comprometido el interés público real, lo que significa que un aspecto de la vida privada del funcionario pueda afectar a la sociedad en su conjunto, causando un serio daño al bien común.

Veamos ahora una serie de tesis más específicas a lo largo del libro:

1. El derecho a la privacidad lo tienen todas las personas por igual.

   Ignacio rechaza la tesis de que el derecho a la privacidad se pueda graduar o dependa del titular. Algunos sostienen –y me incluyo entre ellos– que el derecho a la privacidad varía en su intensidad o extensión dependiendo del titular. Así, un funcionario público tiene menor protección de su vida privada que un particular, en la medida en que algún aspecto de su vida privada afecte el desempeño del cargo. Ignacio rechaza esta postura, y sostiene que todos tienen el mismo derecho a la privacidad y para todos se protege en igual medida.

2. Los derechos constitucionales pueden ser derechos absolutos o relativos.

   Ignacio no emplea esa expresión, pero yo entiendo que ella se desprende de aquella afirmación contenida en el libro de que hay derechos constitucionales que no pueden ser sometidos a una flexibilización. Ejemplos señalados en el libro: el derecho a la vida, el derecho a no padecer torturas, el derecho a no ser sometido a esclavitud, o no ser discriminado en razón del color de la piel (p. 388). En cambio, otros derechos sí pueden ser flexibilizados, como el derecho de propiedad y el derecho a la vida privada, entre otros.

   Con esta tesis, Ignacio se aleja de Alexy, para quien no existen derechos absolutos. Como sabemos, Alexy entiende que los derechos constituyen mandatos de optimización. Alexy señala que los derechos ordenan hacer algo "en la mayor medida posible." Por ende, son flexibles. En consecuencia, no pueden ser absolutos.

   Bueno, Ignacio cree que sí. Los ejemplos mencionados son casos en que no hay optimización. Añade Ignacio que quizá los bienes sujetos a escasez de recursos naturales son optimizables, pero no los bienes humanos básicos. Esta frase, "bienes humanos básicos", sugiere que algunos derechos no lo son. Pues bien, el derecho a la privacidad no sería un bien humano básico. Esto nos lleva a la 3ª tesis:

3. Ignacio rechaza en términos explícitos la tesis de Alexy de que los derechos constitucionales se deban entender como mandatos de optimización. Esto es coherente con lo que señaló antes: si existen derechos absolutos, entonces no se pueden entender como mandatos flexibles de optimización.

Actualidad Juridica 29 final.indd 765 21-01-14 11:45

En materia de derechos fundamentales, Ignacio parece acercarse más a la idea de derecho de Dworkin, como cartas de triunfo. No estoy seguro, pero le podemos preguntar luego. Vamos a la 4ª tesis:

4. Alexy sostiene que entender los derechos como mandatos de optimización permite que exista la posibilidad de realizar una ponderación de derechos en caso de conflicto. Pues bien, Ignacio rechaza esa idea: los derechos fundamentales no pueden entrar en conflicto entre sí y no es aceptable que unos derechos cedan en beneficio de otros. Con esto, Ignacio se aleja de la postura dominante, llamada conflictivista, y rechaza la tesis de la ponderación de derechos.

   En relación con el derecho a la vida privada, este no puede entrar en conflicto con el derecho a la libertad de expresión, pues es posible ejercer este derecho sin mermar la privacidad. Esto va a quedar claro en la tesis 5ª. Por ahora, me interesa llamar la atención sobre un punto: Cuando Ignacio explica el caso Martorell, repara en un detalle que me parece que la mayoría no ha advertido: que existe cierta ambigüedad en el fallo en cuanto por una parte reconoce un conflicto de derechos, pero, por otra, sugiere que la controversia entre la vida privada y la honra vs. la libertad de expresión podría resolverse por la vía de determinar el contenido y límites de los derechos involucrados; o sea, el fallo se sugiere que puede no haber conflicto.

   En opinión de Ignacio, lo que algunos llaman conflicto de derechos es más bien un conflicto de pretensiones. Cuando eso ocurre, se debe determinar qué pretensión cabe acoger; ello dependerá de si está fundada en un derecho, para lo cual se debe determinar el contenido del derecho. Las supuestas colisiones entre derechos se resuelven acudiendo al contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos fundamentales. Así, un supuesto conflicto entre privacidad y libertad de expresión se resuelve determinando los límites de ambos derechos; no efectuando una ponderación entre ellos y menos haciendo prevalecer uno sobre otro.

   Ignacio aclara que sí se permite, sin embargo, una ponderación o balanceo entre un derecho y los límites externos, como por ejemplo, entre el interés público y el derecho a la privacidad. Esto nos lleva a la 5ª tesis:

5. Los derechos están, obviamente, delimitados internamente y la mayoría de ellos están sometidos a limitaciones externas. Los derechos constitucionales tienen un cierto contenido, fuera del cual no existe derecho. Así, Ignacio rechaza la tesis del ejercicio ilegítimo de los derechos. El derecho a la privacidad está delimitado, de modo que hay conductas que no quedan cubiertas por la vida privada. Además, el derecho a la intimidad está sometido a una limitación externa: el interés público.

Actualidad Juridica 29 final.indd 766 21-01-14 11:45

Pasamos, ahora, a la 6ª tesis:

6. Los derechos fundamentales se dividen en dos grupos: por una parte, están los que constituyen bienes humanos básicos (la vida) o manifestaciones de ellos (libertad de conciencia). Por otra, están los que corresponden a bienes humanos instrumentales, como la intimidad y la reputación (pp. 361-362). Esta tesis, supongo yo, no se debe distanciar mucho de aquella que ya he mencionado, de que algunos derechos son absolutos y otros no. La intimidad sería un derecho relativo, un bien instrumental.

Esta distinción es importante para llegar a la 7ª tesis:

7. Los derechos básicos no pueden ser afectados en su esencia. En cambio, los derechos instrumentales, como la privacidad, sí. El derecho a la privacidad es un derecho instrumental y puede ser sacrificado en aras del interés público real. En la p. 338, Ignacio señala expresamente que en el caso de la vida privada, procede admitir la afectación en su esencia por motivos de interés público como límite externo, atendida la especial naturaleza del derecho en cuestión. En la p. 365 vuelve sobre el punto, aludiendo a una excepción calificada, respecto de la intimidad sexual: cualquier invasión en la intimidad sexual elimina el derecho por completo, lo afecta en su esencia, pero debe tolerarse cuando se ejerce con fines inmorales o ilegales. Esto nos conduce a la 8ª tesis:

8. El interés público tiene dos dimensiones o cumple dos roles. Una es interna: el interés público forma parte del derecho a la libertad de información y en algún sentido es lo que justifica su ejercicio. La otra dimensión es externa: el interés público constituye una limitación externa a los derechos fundamentales; entre ellos, el derecho a la intimidad. Esta forma de concebir el interés público es fundamental para comprender la tesis central del trabajo, que aparece aquí en 9º lugar:

9. Si el derecho a la privacidad, en ciertos casos, puede ser invadido en virtud del interés público, ello ocurre no porque el interés público sea parte de la libertad de información, sino porque es un límite externo a la privacidad. Por tanto, cuando el derecho a la privacidad cede ante el interés público no está cediendo ante otro derecho, como sería la libertad de expresión, sino ante una limitación externa, aplicable a cualquier derecho. En relación con esta idea viene una tesis, la 10ª, que ya adelantamos:

10. El ejercicio de la libertad de expresión es compatible con el derecho a la privacidad, sin vulnerar este último. Más aún, Ignacio enfatiza que nunca la libertad de expresión se puede ejercer invadiendo la privacidad, pues eso

Actualidad Juridica 29 final.indd 767 21-01-14 11:45

significaría que un derecho cede en beneficio de otro, y ya se ha indicado que eso no es admisible.

Como dijimos, cuando la privacidad cede ante el interés público lo hace ante una restricción que no forma parte de la libertad de expresión. Por tanto, el derecho constitucional a la privacidad de un funcionario público no puede ceder ante otro derecho, como la libertad de información, sino ante un interés público, entendiendo este sin relación alguna con la libertad de información, sino como una limitación externa, equivalente a otras limitaciones como la seguridad nacional, la moral o la salubridad pública. De hecho, la expresión interés público comprende a todas ellas, sostiene Ignacio. En relación con las limitaciones externas, pasemos a la 11ª y última tesis que mencionaré:

11. Todos los derechos constitucionales están sometidos a limitaciones externas; no sólo la privacidad.

Como sabemos, el texto constitucional señala limitaciones externas para algunos derechos. Pues bien, no sólo son limitables aquellos derechos para los cuales el texto constitucional señala una limitación. Para que un derecho pueda ser sometido a una limitación externa no es necesario que la Constitución señale o autorice dicha limitación externa. Dicho de otro modo: que la Constitución haga eso en algunos casos no implica que está prohibido para los demás.

Como se puede apreciar, el libro contiene muchas sugerencias interesantes y no sólo habla de privacidad, sino que toca diversos aspectos de la teoría de los derechos fundamentales.

Me he limitado a presentar estas tesis porque no hay tiempo para analizarlas o discutirlas. No tenemos que estar de acuerdo con todas estas tesis, pero si no estamos, entonces tenemos que escribir libros para discutir con ellas.

¡Qué mejor reconocimiento para un libro el que incentive a otros a escribir nuevos libros!

Por tanto, solo cabe felicitar a Ignacio por su espléndido trabajo.

Muchas gracias.

Actualidad Juridica 29 final.indd 768 21-01-14 11:45

La vida privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada

De Ignacio Covarrubias Cuevas
Santiago, Legal Publishing Chile, 2013

Sergio Verdugo R.
Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho,
Universidad del Desarrollo

El libro que comento en esta recensión es la obra más completa que se ha divulgado en Chile sobre la relación existente entre el derecho a la vida privada e intimidad, y el respeto por el interés público. Si bien este libro tiene un argumento que se dirige más específicamente a tratar el problema del resguardo de la vida privada de las "figuras públicas" (funcionarios y personajes públicos en general), la cantidad de información que trata y los razonamientos que emplea serán útiles para cualquier abogado o juez interesado en profundizar en esta materia más general.

La obra denota una investigación profunda, y entrega opiniones bien fundadas en antecedentes nacionales y comparados, que sin duda serán un referente para el estudio de los derechos fundamentales en Chile, en general, y de la vida privada, la intimidad y la libertad de información, en particular.

El autor utiliza perspectivas académicas y prácticas que son de mucho interés. Utiliza el método comparado (estudia con bastante profundidad el debate en EE.UU. y España), y razona sobre supuestos derivados del Derecho Constitucional y de la teoría de los derechos fundamentales, donde el autor no vacila en tomar posiciones específicas debidamente contextualizadas, y analizando también algunas leyes especiales con las categorías jurídicas respectivas (destaca especialmente la regulación de los medios de comunicación y la ley de acceso a la información pública). En este ejercicio, el autor logra combinar adecuadamente el análisis práctico (que agradecen sobre todo los abogados y jueces) y un robusto marco teórico (que agradecen los académicos).

Para lograr la combinación comparada, teórica y práctica descrita en el párrafo anterior, el libro utiliza una interesante división del trabajo. En general, se di-

Actualidad Juridica 29 final.indd 769 21-01-14 11:45

vide en dos partes. La primera de ellas (*Questionae*) es más descriptiva que la segunda (*Respondeo*), y le sirve de marco teórico y como discusión bibliográfica nacional y comparada. Si bien en la segunda parte está probablemente lo más original y enriquecedor del análisis del profesor Covarrubias, la primera será de mucho interés debido a exitosa recopilación y sistematización de materias que en Chile han sido tratadas de manera, hasta hoy, bastante incompleta. Si bien la lectura de esta parte es algo lenta debido a la cantidad de información que se entrega, su utilidad es, en mi opinión, evidente.

La primera parte (*Questionae*) se subdivide en cuatro capítulos, y el lector podrá apreciar que todas las materias elegidas se encuentran bien seleccionadas. En el primer capítulo, el libro se refiere al contexto norteamericano, donde sintetiza de manera breve la jurisprudencia más relevante y atingente, desde aquella que discute el *privacy* en general hasta otras materias más específicas (como los *torts* y el nombre o imagen) insertando debidamente alguna doctrina especializada. En el capítulo II, el libro discute el problema del carácter ilícito de la revelación de hechos privados, donde el autor continúa profundizando algunos temas extraídos de la discusión norteamericana, intentando determinar de manera más extensa los contornos del interés público en el *case-law.* El capítulo III comienza con el análisis de la intimidad en España bajo la Constitución de 1978. A diferencia del análisis norteamericano, la doctrina (y en cierta medida algunas leyes complementarias) pasa a tener un rol más protagónico en esta parte del libro, sin descuidar, por supuesto, la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. En el capítulo IV, el autor entra al derecho constitucional chileno con el examen del derecho a la vida privada a partir de la Constitución de 1980. Comienza revisando la historia del artículo 19, N° 4, continúa con un análisis de la doctrina que se ha elaborado bajo el mismo y sigue con una selección de jurisprudencia y de leyes atingentes. La revisión de la literatura es profunda y completa, por lo que el lector que busca información probablemente quedará complacido. El análisis pasa por casos paradigmáticos como el del *juez Calvo,* como también por otros menos conocidos. Particular interés reviste el análisis de algunas decisiones del Consejo para la Transparencia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La segunda parte del libro (*respondeo*) desarrolla la tesis del autor. Ella se divide en cinco capítulos que, continuamente, vuelven (normalmente de manera crítica) sobre varios de los aspectos ya desarrollados en la primera parte. En las diversas subsecciones, el autor evalúa críticamente las nociones descritas de interés público y propone argumentos derivados de la libertad de información y de los límites de los derechos fundamentales, para proponer una noción constitucional de interés público. El capítulo I se centra en algunas objeciones a la manera que aproximarse a la libertad de expresión y la doctrina de las "figuras públicas" en EE.UU y el criterio de "figura pública" para la intromisión en la intimidad, en España. En esta parte, el libro parece ambicioso ya que teoriza

Actualidad Juridica 29 final.indd 770 21-01-14 11:45

de una manera relativamente universal. En el capítulo II el autor propone tratar el problema del interés público como límite interno de la libertad de informar. Para ello, el autor vuelve sobre las críticas a la noción norteamericana (en especial la que prefiere derechos por sobre otros en abstracto *(preferred freedoms*), llamando especialmente la atención acerca de la denuncia que hace del efecto de inmunizar a la prensa. En seguida, critica la versión española del problema y luego lo analiza bajo la aproximación de las distintas escuelas que explican la forma de resolver los conflictos de derechos. Revisa parte de la doctrina extranjera que ha escrito en este punto y toma partido por teorías más tradicionales que aparecen revitalizadas con mucha persuasión por el autor. También, se examina uno de los problemas más importantes de la relación entre la libertad de información y la intimidad en estos días: la divisibilidad del interés público informativo; y se vuelve a algunos casos que ilustran el problema, incluyendo también los del Consejo para la Transparencia chileno.

En el capítulo III de la segunda parte el autor se aproxima al interés público como límite externo a la privacidad. Trata el problema en EE.UU. y en España, y revisa la doctrina de los límites a los derechos fundamentales. En el capítulo IV el autor propone, derechamente, tratar al interés público como límite externo de la intimidad, manifestándose como contrario a las teorías favorables al conflicto de derechos y conciliando esta idea con una eventual ponderación excepcional en casos calificados. Particularmente interesante resulta el vínculo que realiza con la idea de bien común y el análisis de límites que suelen estimarse como jurídicamente indeterminados, como ocurre con el "orden público", por ejemplo. En el capítulo siguiente (V) el autor evalúa las posibilidades del Derecho Constitucional Chileno de acoger la propuesta del libro. Para ello, se analizan algunos aspectos de la Constitución de 1980 y en seguida se examinan dos fallos y algunos aspectos de la ley de prensa.

En mi opinión, este libro será importante por dos razones. En primer lugar, se trata de la obra más completa escrita en Chile sobre la materia, lo que la vuelve un material de consulta relevante para especialistas y practicantes. En segundo lugar, el libro toma posiciones frente a materias moralmente complejas y constitucionalmente discutibles, lo que lo hace especialmente interesante como expositor de posiciones definidas. En ello, el autor le da fuerza a la tradicional doctrina que sostiene que hay que armonizar los derechos fundamentales antes de explorar una forma de solucionar su conflicto. Y lo hace con talento.

Actualidad Juridica 29 final.indd 771 21-01-14 11:45

Índice
Revista Derecho Público Iberoamericano
Facultad de Derecho UDD
N° 3 - Octubre de 2013

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Ricardo Dip, A Vida, um bem não negociável.

Julio Alvear Téllez, "Los derechos humanos como Ideología. Una lectura desde el pensamiento anti-moderno".

Andrea Iñiguez Manso, "Los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y el margen de apreciación".

ESTUDIOS SOBRE INSTITUCIONALIDAD POLÍTICO-JURÍDICA

Cristián García, "Contiendas de competencia entre órganos políticos o administrativos y tribunales inferiores de justicia: ¿Inconstitucionalidad sobrevenida o derogación tácita por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 191 del COT?"

Sergio Raúl Castaño, "Un hito en la historia del pensamiento político: La refutación neoescolástica de la tesis del pueblo como sujeto originario del poder".

Actualidad Juridica 29 final.indd 773 21-01-14 11:45

ESTUDIOS SOBRE DERECHO REGULATORIO

Manfred Zink, "Regulación de la neutralidad de la red en los Estados Unidos y Chile: Aspectos relevantes referidos a la regulación en mercados tecnológicos a partir del análisis de dos experiencias regulatorias concretas".

ENSAYO SOBRE LA TEORÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Danilo Castellano, "Il diritto tra fonte e fondamento".

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Juan Ignacio Contardo González, "Comentario de sentencia Sernac con Cencosud".

José Manuel Díaz de Valdés, "Primera Sentencia Ley Antidiscriminación: Zapata y de la Fuente con Sociedad Comercial Marín Limitada".

RECENSIONES

Jaime Arancibia Mattar, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, de Eduardo Soto Kloss

Rafael A. Martín Rivera, *Historia del análisis político*, de Pablo Sánchez Garrido, Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda (Editores)

Julio Alvear Téllez, *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, de José Francisco García y por el abogado Sergio Verdugo.

Actualidad Juridica 29 final.indd 774 21-01-14 11:45

Índice
Revista Ius Publicum N° 31/2013
Escuela De Derecho
Universidad Santo Tomás

Estudios

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO: *El derecho en Santo Tomás de Aquino*

SERGIO R. CASTAÑO: *Justicia general (o legal)*

MARIO CORREA BASCUÑAN: *La religión como fuente de hegemonía en Antonio Gramsci*

CONFERENCIA NACIONAL DE OBISPOS DE BRASIL: *La nueva estrategia mundial de la cultura de la muerte*

MILAGROS OTERO PARGA: *De nuevo sobre el* iter mediatoris

EDUARDO SOTO KLOSS: *La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente (Segunda parte)*

FELIPE LIZAMA ALLENDE: *La iniciativa individual y la propiedad en entredicho (la sobreinterpretación de los conflictos de interés)*

MARTA SALAZAR SÁNCHEZ: *La castración quirúrgica u orquiectomía como medida preventiva en el caso de delitos sexuales en el derecho alemán. La reprensión del Comité Europeo de Prevención de la Tortura*

Crónica

Reflexiones tomistas: E. GÓMEZ DE PEDRO. *Reflexiones éticas:* MERCATORNET, JAIME ORPIS BOUCHON, MONSEÑOR JUAN IGNACIO GONZALEZ E., ACCION FAMILIA, ACEPRENSA. *Reflexiones fuertes:* HERNÁN CORRAL TALCIANI, P. RAÚL HASBÚN, GONZALO ROJAS S.

Documentos

S.S. BENEDICTO XVI: *Discursos* a *profesores universitarios y en la Comisión Teológica Internacional*

Actualidad Juridica 29 final.indd 775 21-01-14 11:45

SANTO PADRE FRANCISCO: *Discursos en la jornada Mundial de la Juventud de Rio de Janeiro*

CHILEB: *El lucro en la actividad de las "políticas reproductivas"*

Actualidades

I. 11 DE SEPTIEMBRE DE 1973: *Un recuento histórico. Acuerdo de la Cámara de Diputados/22.8.1973. El Colegio de Abogados* y *el nuevo Gobierno de Chile. Entrevista del* ex *Presidente E. Frei Montalva al "ABC" de Madrid. Discurso del presidente del Senado Patricio Aylwin Azócar, en la Marcha por la democracia* (12.4.1972). *Carta del presidente del Senado, E. Frei Montalva, a M. Rumor* (8.11.1973).

II. VARIA: L. Ríos A., P. Carvajal, A. Kaiser, M. Pavez, J. J. Brunner, A. Oppenheimer

Jurisprudencia

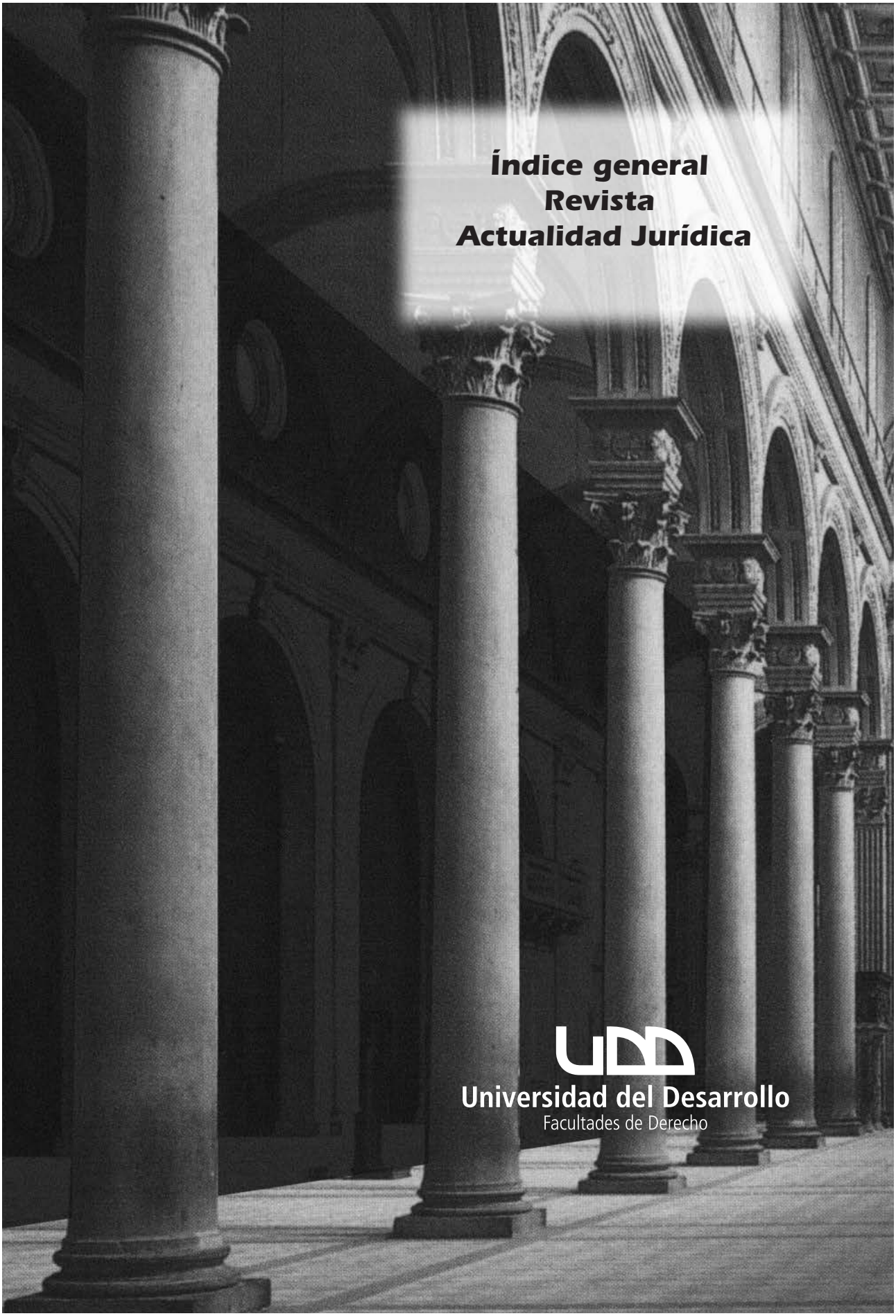
C. Suprema, 20.11.2012. Productos Fernández S.A. c/Fisco (Comentario de E. Soto Kloss)

C. Suprema, 3.1.2013. Inmobiliaria El Plomo c/Municipalidad de Algarrobo (Comentario de E. Soto Kloss)

C. de Apelaciones de La Serena, 24.7.1851. Ex Municipales de Vallenar (Comentario de G. Bocksang H.)

Recensiones y reseñas bibliográficas

Actualidad Juridica 29 final.indd 776 21-01-14 11:45



Índice general
Revista
Actualidad Jurídica

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Juridica 29 final.indd 777 21-01-14 11:45

Índice de la Revista Actualidad Jurídica Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo Concepción-Santiago

Números 1 (2000) a 28 (2013)

Presentación:

> *"Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Intervienen en ella tanto la Facultad de Santiago como la de Concepción, ciudad esta última en que nació nuestra casa de estudios."*
>
> *(Prof. Pablo Rodríguez Grez, Decano Facultad de Derecho, Sede Santiago).*

La revista tiene carácter misceláneo, pero cada uno de sus números dedica uno o más dossieres a algunos temas centrales predefinidos por su Consejo Editorial.

Periodicidad:

Actualidad Jurídica es una publicación semestral que se edita en Enero y Julio de cada año, caracterizada por la rigurosidad en las fechas de su cierre editorial y publicación.

Autoridades responsables:

Director: Profesor Pablo Rodríguez Grez, Decano de la Facultad de Derecho, sede Santiago.
Editor: Profesor Hugo Fábrega Vega.
Representante Legal: Federico Valdés Lafontaine, Rector de la Universidad del Desarrollo.

Consejo editorial:

Éste órgano científico tiene a su cargo el estudio, evaluación y selección de las colaboraciones destinadas a publicarse como, asimismo, la determinación del tema central de cada número de la Revista:

Sus integrantes son:
Presidente: Profesor Gonzalo Rioseco Martínez, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Casa Central Concepción.

Actualidad Juridica 29 final.indd 779 21-01-14 11:45

Integrantes:
Prof. Julio Alvear Téllez.
Prof. Bruno Caprile Biermann.
Prof. Ignacio Covarrubias Cuevas.
Prof. Cecily Halpern Montecino.
Prof. Jorge Ogalde Muñoz.
Prof. Hugo Rosende Álvarez.

Índice de la revista:

En formatos por materias y por autor, se encuentra a disposición del público interesado en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad, Casa Central Concepción: http://derecho-ccp.udd.cl/derecho/trabajos-y-publicaciones/revista-actualidad-juridica/

Haciendo click en "Índice de la Revista Actualidad Jurídica, N° 1 a 28".

Recepción de colaboraciones académicas:

Actualidad Jurídica está abierta a recibir colaboraciones académicas de los profesores y especialistas en las distintas áreas del estudio jurídico. Dichos aportes pueden ser dirigidos a:

CONCEPCIÓN: Prof. Bruno Caprile Biermann
SANTIAGO: Prof. Hugo Fábrega Vega.

Una vez que el estudio o artículo sea publicado en la Revista, el autor recibirá un ejemplar del número correspondiente en forma gratuita.

Los originales de las comunicaciones remitidas a la revista no serán devueltos a los autores.

ISSN N° 0717-5914

Ventas y suscripciones:

Informaciones sobre venta de ejemplares atrasados puede obtenerse mandando un correo, fax o email a **Ediciones Universidad del Desarrollo:**

CONCEPCIÓN: Ainavillo N° 456, Fono 56-41-2268690, Fax 56-41-2268669, Email: cferrando@udd.cl
SANTIAGO: Avda. La Plaza N° 700, Fono 56-2-2999271, Fax 56-2-2999271, Email: bsepulveda@udd.cl

Las solicitudes de suscripción pueden dirigirse remitiendo el formulario pertinente a **Ediciones Universidad del Desarrollo** a las direcciones indicadas.

Actualidad Juridica 29 final.indd 780 21-01-14 11:45

Índice general

I.- Índice por materias

A. Estudios

1. Historia y Filosofía del Derecho
Derecho romano
Historia del derecho europeo
Historia del derecho indiano
Historia de los derechos indígenas
Historia de los derechos patrios hispanoamericanos
Historia del Derecho Patrio y Constitucional de Chile
Historia del Pensamiento Jurídico
Introducción al Derecho
Filosofía del Derecho
Pensamiento Jurídico
Enseñanza del Derecho

2. Derecho Público
Derecho Político
Derecho Constitucional
Derecho Administrativo
Derecho Internacional Público
Derecho del Medio Ambiente
Derecho Penal

3. Derecho Privado
Derecho Civil
Derecho Comercial
Derecho Minero
Derecho de Aguas
Derecho Urbano
Derecho Informático
Derecho Internacional Privado

4. Derecho Procesal
Derecho Procesal Orgánico
Derecho Procesal Civil
Derecho Procesal Penal

5. Derecho Económico y Tributario

6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Derecho del Trabajo General
Derecho del Trabajo Individual

Actualidad Juridica 29 final.indd 781 21-01-14 11:45

Derecho Colectivo del Trabajo
Derecho Procesal Laboral
Seguridad Social

B. Vida académica

C. Análisis jurisprudencial

D. Recensiones, publicaciones e índices

E. Separatas

F. Semblanzas y homenajes

Ii.- Índice alfabético de autores

Siglas:

(CJ) Comentario de Jurisprudencia
(R) Recensión
(H) Semblanzas y homenajes
(S) Separata
(VA) Vida Académica

I.- Índice por Materias

A. Estudios

1. Historia y Filosofía del Derecho

Derecho Romano

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones,* N° 3, 2001, 123.

MORGADO M., Claudia, *La responsabilidad del* pater *por los delitos cometidos por sus dependientes,* N° 7, 2003, 83.

SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana,* N° 9, 2004, 71.

2. Historia del Derecho Europeo

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas,* N° 13, 2006, 371.

Actualidad Juridica 29 final.indd 782 21-01-14 11:45

3. Historia del Derecho Indiano

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias*, Nº 16, 2007, 89.

CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa,* N° 3, 2001, 309.

CATTAN ATALA, Ángela y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano,* N° 2, 2000, 151.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano,* N° 3, 2001, 95.

4. Historia de los derechos indígenas

5. Historia de los derechos patrios hispanoamericanos

6. Historia del Derecho Patrio y Constitucional de Chile

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924),* N° 11, 2005, 181.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Constitucionalismo chileno y su evolución*, Nº 20, 2009, 547.

DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX,* N° 14, 2006, 255.

GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973,* N° 6, 2002, 340.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil),* N° 8, 2003, 165.

7. Historia del Pensamiento Jurídico

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales,* N° 9, 2004, 143.

HECKER PADILLA, Carlos, *Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos*, N° 23, 2011, 395.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del Ius Publicum Europaeum,* N° 13, 2006, 343.

8. Introducción al Derecho

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno,* N° 9, 2004, 273.

Actualidad Juridica 29 final.indd 783 21-01-14 11:45

FEMENIAS SALAS, Jorge Andrés, *Reflexiones sobre la teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas*, Nº 21, 2010, 209.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estructura funcional del Derecho (prólogo del autor),* N° 6, 2002, 367.

9. Filosofía del Derecho

ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica,* N° 3, 2001, 159.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno*, Nº 16, 2007, 143.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira,* N° 10, 2004, 69.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Hobbes, precursor del estado laico*, Nº 19, 2009, 423.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Libertad moderna y divinización del Estado constitucional: Las dos caras del pensamiento político de Hegel,* N° 24, 2011, 173.

BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia,* N° 10, 2004, 79.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado,* N° 7, 2003, 211.

GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica,* N° 3, 2001, 149.

MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores,* N° 10, 2004, 27.

QUINTERO FUENTES, David, *Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls*, Nº 18, 2008, 371.

QUINTERO FUENTES, David, *La importancia de la "Teoría de la Justicia" de John Rawls para la solución de problemas de ética normativa*, Nº 26, 2012, 339.

RODRÍGUEZ CÁCERES, Andrés, *Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas,* Nº 17, 2008, 433.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?,* N° 10, 2004, 13.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional),* N° 6, 2002, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento,* N° 9, 2004, 175.

ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico,* N° 6, 2002, 45.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La pugna valórica en la ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria,* N° 26, 2012, 31.

Actualidad Juridica 29 final.indd 784 21-01-14 11:45

SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio,* N° 12, 2005, 177.

SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación,* N° 10, 2004, 83.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?,* N° 6, 2002, 13.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje,* N° 7, 2003, 263.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino,* N° 3, 2001, 135.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El principio de probidad: análisis ético-político*, N° 27, 2013, 327.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo,* N° 1, 2000, 95.

10. Pensamiento Jurídico

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso,* N° 3, 2001, 21.

BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados,* N° 8, 2003, 327.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común*, Nº 18, 2008, 395.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato*, Nº 16, 2007, 65.

CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales,* N° 4, 2001, 257.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho,* N° 3, 2001, 233.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado*, Nº 16, 2007, 23.

DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados,* N° 14, 2006, 55.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Normas "circunstanciales"*, Nº 25, 2012, 217.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Algunos antecedentes sobre el juicio ciudadano respecto de cuestiones jurídicas relevantes,* N° 24, 2011.

MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado*, Nº 16, 2007, 75.

PAUL DÍAZ, Álvaro y SOTO VELASCO, Sebastián, *Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes*, Nº 19, 2009, 585.

Actualidad Juridica 29 final.indd 785 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abogados forenses,* Nº 16, 2007, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años,* N° 10, 2004.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia,* N° 5, 2002, 345.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Abogados Forenses),* Nº 16, 2007, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Principales reformas jurídicas del decenio),* N° 20, 2009, 5.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho, de Pablo Rodríguez Grez, discurso de presentación,* N° 5, 2002, 329.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La interpretación judicial de la ley*, Nº 17, 2008, 89.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España,* Nº 16, 2007, 51.

11. Enseñanza del Derecho

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Ética Jurídica,* N° 6, 2002, 27.

ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética,* N° 6, 2002, 63.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Formando abogados analistas,* N° 19, 2009, 579.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?,* N° 2, 2000, 127.

CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano,* N° 5, 2002, 317.

DEVOTO BERRIMAN, Carolina, *El método de resolución de casos en la enseñanza del derecho*, N° 25, 2012, 503.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Renovación de los estudios de Derecho,* N° 2, 2000, 117.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Una experiencia de examen de casos,* N° 22, 2010, 167.

2. Derecho Público

1. Derecho Político

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Contra-razones de la declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno,* N° 22, 2010, 497.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Democracia morbosa y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset,* N° 11, 2005, 273.

Actualidad Juridica 29 final.indd 786 21-01-14 11:45

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El poder absolutista de la democracia moderna. Una lectura actualizada de Tocqueville*, N° 28, 2013, 473.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Tolerancia y Estado laico en el liberalismo de John Locke: un desposorio incómodo,* N° 20, 2009, 649.

BATES HIDALGO, Luis, *Derecho en la Educación,* N° 21, 2010, 153.

DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales,* N° 4, 2001, 317.

OÑATE VERA, Emilio A., *La importancia del control en la administración del Estado*, N° 25, 2012, 343.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho,* N° 11, 2005, 47.

ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial,* N° 11, 2005, 39.

TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, *La verdadera tercera vía*: N° 1, 2000, 161.

2. Derecho Constitucional

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová,* N° 19, 2009, 615.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico,* N° 4, 2001, 77.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *El Convenio 169 y el Código de Conducta Responsable. Una primera aproximación crítica*, Nº 20, 2009, 789.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Ley reservada del Cobre. Visión jurídica y política*, Nº 16, 2007, 331.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Libertad de expresión, bien jurídico protegido*, Nº 26, 2012, 443.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación: Análisis de una incógnita,* N° 25, 2012, 29.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital,* N° 4, 2001, 189.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y CISTERNA ROJAS, Vanessa, *La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después: ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?,* N° 18, 2008, 23.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación" (Y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación),* N° 26, 2012, 9.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos,* N° 15, 2006, 261.

Actualidad Juridica 29 final.indd 787 21-01-14 11:45

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español (un análisis desde el entorno hispanoamericano),* Nº 18, 2008, 219.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la república a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80,* N° 4, 2001, 173.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto,* N° 13, 2006, 11.

BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980,* N° 4, 2001, 131.

BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional,* N° 12, 2005, 29.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980,* N° 4, 2001, 223.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional,* N° 13, 2006, 97.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia,* N° 10, 2004, 117.

CAMPUSANO, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005,* N° 13, 2006, 25.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano*, Nº 20, 2009, 635.

CEA CIENFUEGOS, Sergio y CORONADO DONOSO, Ricardo, *La constitucionalización de las fuerzas armadas,* N° 23, 2011, 435.

CEA EGAÑA, José Luis, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos*, Nº 17, 2008, 165.

CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico,* N° 10, 2004, 43.

CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial,* N° 11, 2005, 25.

CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después,* N° 4, 2001, 241.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Discriminación y género en la jurisprudencia de los EE.UU.,* N° 26, 2012, 137.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza*, N° 25, 2012, 13.

Actualidad Juridica 29 final.indd 788 21-01-14 11:45

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?*, N° 24, 2011, 155.

CRUZ FABRES, Rafael, *La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, la discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998,* N° 6, 2002, 75.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena,* N° 4, 2001, 211.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional,* N° 6, 2002, 137.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional,* N° 13, 3006, 43.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público,* N° 2, 2000, 165.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos,* N° 1, 2000, 117.

DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria*, Nº 18, 2008, 55.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos"*, Nº 18, 2008, 69.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general adntidiscriminación?*, Nº 28, 2013, 279.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*, Nº 20, 2009, 35.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos"*, Nº 17, 2008, 163.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action)*, Nº 17, 2008, 195.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4º de la Ley Chilecompra*, Nº 21, 2010, 225.

DÍAZ NIEVA, José y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980,* N° 4, 2001, 57.

FELIÚ SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios,* N° 1, 2000, 71.

Actualidad Juridica 29 final.indd 789 21-01-14 11:45

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, Nº 17, 2008, 175.

HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena,* N° 4, 2001, 107.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso,* N° 24, 2011, 371.

MARSHALL BARBERÁN, Pablo, *Notas sobre la unidad del Estado como principio constitucional*, Nº 21, 2010, 429.

MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales,* N° 4, 2001, 149.

MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005*, N° 25, 2012, 237.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Notas sobre su evolución histórica en Chile*, N° 22, 2010, 21.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 26, 2012, 63.

PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad,* N° 4, 2001, 233.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Constitucionalización del derecho,* N° 22, 2010, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El "debido proceso" a la luz de la ley chilena,* N° 3, 2001, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios Pendientes (Presentación),* N° 4, 2001, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Constitución de 1980, hija de su tiempo,* N° 4, 2001, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Efectos de la Jurisdicción Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno),* N° 22, 2010, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema fallo del Tribunal Constitucional, sobre la llamada "píldora del día después"),* N° 18, 2008, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Independencia del Poder Judicial),* N° 11, 2005, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema ¿Nuevas normas constitucionales sobre la educación? Los proyectos pendientes),* N° 25, 2012, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna valórica y errores de la ley antidiscriminación),* N° 26, 2012, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Reformas Constitucionales Ley N° 20.050),* N° 13, 2006, 5.

Actualidad Juridica 29 final.indd 790 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre discriminación arbitraria,* N° 28, 2013, 187.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre un fallo del Tribunal Constitucional*, N° 18, 2008, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial,* N° 11, 2005, 11.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *¿Igualdad jurídica en Chile?,* N° 4, 2001, 199.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo y ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La participación ciudadana y el derecho de asociación en la ley N° 20.500 de 2011,* N° 24, 2011, 85.

SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional,* N° 3, 2001, 51.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las asociaciones gremiales*, Nº 22, 2010, 155.

SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?*, N° 15, 2007, 161.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo*, Nº 16, 2007, 203.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional*, Nº 22, 2010, 55.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Inconstitucionalidad por omisión del legislador*, Nº 19, 2009, 373.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos*, Nº 18, 2008, 247.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional*, Nº 28, 2013, 299.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Problemas del plebiscito como instrumento democrático y como decisor de políticas públicas*, Nº 25, 2012, 257.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales*, Nº 20, 2009, 597.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al Instituto nacional de DD.HH.: entre la política y el derecho*, Nº 26, 2012, 193.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos*, Nº 25, 2012, 175.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980,* N° 4, 2001, 31.

Actualidad Juridica 29 final.indd 791 21-01-14 11:45

3. Derecho Administrativo

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa*, Nº 24, 2011, 69.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Eficacia administrativa, obligación legal incumplida*, Nº 21, 2010, 387.

ALVEAR TELLEZ, Julio, *Responsabilidad extracontractual/responsabilidad constitucional del Estado: El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna*, N° 23, 2011, 69.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria,* N° 12, 2005, 113.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos,* N° 15, 2007, 171.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros,* N° 20, 2009, 569.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La actividad jurídica de la Administración del Estado*, Nº 28, 2013, 261.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La Contraloría hoy*, Nº 16, 2007, 127.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos,* N° 6, 2002, 191.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación,* N° 13, 2006, 291.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa,* N° 14, 2006, 149.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho,* N° 4, 2001, 379.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Nº 20, 2009, 577.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística*, Nº 19, 2009, 309.

BRAVO ROJAS, Mauricio y SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Comentario sobre el proceso de reforma del Estado en Chile en el periodo 1999-2009*, Nº 20, 2009, 11.

CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública,* N° 7, 2003, 437.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Tributos a la importación,* N° 6, 2002, 217.

Actualidad Juridica 29 final.indd 792 21-01-14 11:45

DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas,* N° 14, 2006, 233.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *El fundamento de la Responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)*, Nº 23, 2011, 109.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento*, Nº 17, 2008, 293.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*, Nº 19, 2009, 327.

MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones),* N° 8, 2003, 273.

MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A. y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación,* N° 14, 2006, 161.

MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado,* N° 9, 2004, 187.

OLIVARES GUZMÁN, Isabel, *Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de Compras Públicas*, N° 25, 2012, 481.

OÑATE VERA, Emilio A., *Las licencias de conducir profesionales y la implementación del sistema por puntos en la Ley de Tránsito*, N° 26, 2012, 459.

REYES RIVEROS, Jorge, *Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado,* N° 3, 2001, 319.

SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial,* N° 3, 2001, 303.

SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad,* N° 7, 2003, 183.

VILLAGRÁN ABARZÚA, Marcelo, *La descentralización en Chile*, N° 23, 2011, 383.

4. Derecho Internacional Público

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena,* N° 2, 2000, 33.

ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?,* N° 8, 2003, 31.

BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico,* N° 3, 2001, 275.

Actualidad Juridica 29 final.indd 793 21-01-14 11:45

BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario*, N° 15, 2007, 203.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis,* N° 8, 2003, 15.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur,* N° 24, 2011, 133.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La opción y modalidades de integración de la variable ambiental en tratados de libre comercio,* N° 21, 2010, 113.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile,* N° 2, 2000, 55.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y AGUAYO VARGAS, Macarena, *Chile y La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cumplimiento de sentencias,* N° 28, 2013, 351.

CEA CIENFUEGOS, Sergio y CORONADO DONOSO, Ricardo, *Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos,* N° 24, 2011, 259.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Controversias Jurídicas, La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho Internacional, Puntos de Vista:* N° 1, 2000, 7.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno,* N° 2, 2000, 23.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional,* N° 6, 2002, 155.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú,* N° 10, 2004, 199.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional,* N° 8, 2003, 49.

HECKER PADILLA, Carlos, *El acceso a la justicia y la inversión extranjera*, Nº 22, 2010, 205.

MANCIAUX, Sebastien (Trad. cast de Carlos Hecker), *La implicación de inversionistas extranjeros en ciertas violaciones a los derechos humanos,* N° 21, 2010, 71.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional,* N° 3, 2001, 87.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales,* N° 6, 2002, 147.

PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión,* N° 4, 2001, 351.

PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo,* N° 8, 2003, 57.

Actualidad Juridica 29 final.indd 794 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V, Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores,* N° 1, 2000, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central,* N° 2, 2000, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley,* N° 1, 2000, 47.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?,* N° 8, 2003, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema, la crisis del derecho internacional),* N° 8, 2003, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal,* N° 2, 2000, 9.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad,* N° 1, 2000, 55.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público,* N° 11, 2005, 281.

5. Derecho del Medio Ambiente

ARÓSTICA MALDONADO, Iván y CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, Nº 16, 2007, 171.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Nueva institucionalidad ambiental*, Nº 22, 2010, 429.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera,* N° 4, 2001, 277.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *El aporte del derecho blando a la actividad minera en el siglo XXI: Aspectos sociales y ambientales,* N° 27, 2013, 259.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos,* N° 23, 2011, 193.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Obligaciones ambientales de chile derivadas de su ingreso a la OCDE,* N° 22, 2010, 411.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental,* N° 26, 2012, 279.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay,* N° 14, 2006, 179.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC*, Nº 19, 2009, 651.

Actualidad Juridica 29 final.indd 795 21-01-14 11:45

CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad*, N° 25, 2012, 421.

CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes,* N° 7, 2003, 425.

LEIVA SALAZAR , Felipe, *A propósito de Hidroaysén: notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental,* N° 27, 2013, 279.

RIQUELME PALLAMAR, Paulina; MEDINA FUENTES, Paula y BUSTOS PEÑAILILLO, Daniela, *Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio,* N° 23, 2011, 229.

VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *Los acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia,* N° 21, 2010, 89.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, Nº 24, 2011, 355.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental*, Nº 22, 2010, 377.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Desarrollo sustentable, ¿un paradigma en crisis*, Nº 26, 2012, 497.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Evaluación ambiental estratégica: instrumento sustantivo de regionalización*, Nº 26, 2012, 301.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Fundamentos de la relación entre ambiente y energía. Derecho Ambiental: el factor de equilibrio entre ambos*, Nº 25, 2012, 513.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Gran reforma ambiental legislativa e institucional. Lo más relevante para las empresas*, Nº 28, 2013, 513.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *La protección ambiental en el ámbito constitucional*, Nº 27, 2013, 221.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva, instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno*, Nº 21, 2010, 49.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación*, Nº 23, 2011, 281.

WINTER DEL RÍO, Federico, *La regulación sectorial de la energía geotérmica en Chile. Problemas y propuestas*, N° 25, 2012, 315.

Actualidad Juridica 29 final.indd 796 21-01-14 11:45

6. Derecho Penal

BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales,* N° 6, 2002, 35.

BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, Nº 16, 2007, 107.

CEA CIENFUEGOS, Sergio y MORALES CONTARDO, Patricio, *Los delitos aeronáuticos: El bien jurídico protegido,* N° 28, 2013, 335.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno,* N° 7, 2003, 359.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley Nº 20.253 en materia de reincidencia,* Nº 18, 2008, 491.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?,* N° 14, 2006, 219.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (periodo 1999-2009),* N° 20, 2009, 347.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN,* N° 11, 2005, 139.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Parricidio: visión histórica del tipo y crítica a la actual doctrina dominante en Chile,* N° 23, 2011, 259.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Posiciones de garante en la dogmática penal: en especial crítica al principio de injerencia a la luz de la teoría de imputación objetiva de Roxin,* N° 25, 2012, 439.

MEDINA JARA, Rodrigo, *De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles*, Nº 16, 2007, 291.

MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible,* N° 10, 2004, 223.

NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal*, N° 15, 2007, 191.

NOVOA ZEGERS, Juan Pablo, *Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa*, N° 18, 2008, 431.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad,* N° 8, 2003, 309.

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *Distinción jurisprudencial entre autoría y complicidad en el delito de tráfico de drogas*, Nº 25, 2012, 457.

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La Ley de responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia*, Nº 17, 2008, 273.

Actualidad Juridica 29 final.indd 797 21-01-14 11:45

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La pluralidad de infracciones en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor en España y Chile*, Nº 21, 2010, 493.

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La víctima en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor. Especial consideración de su derecho de participación y reparación*, Nº 23, 2011, 313.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción,* N° 11, 2005, 87.

3. Derecho Privado

1. Derecho Civil

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno*, Nº 24, 2011, 239.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido,* N° 8, 2003, 69.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El error de derecho como causal eximente de la responsabilidad extracontractual*, Nº 28, 2013, 235.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La cláusula de "declaraciones y garantías" en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos*, Nº 17, 2008, 243.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica el poder sancionador de la Administración,* N° 1, 2000, 183.

ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana,* N° 9, 2004, 65.

AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad,* N° 7, 2003, 105.

ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Innovación, investigación y desarrollo (I+D), y propiedad industrial*, N° 25, 2012, 469.

BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho,* N° 7, 2003, 293.

BRAVO VALLEJOS, Rodrigo y JUPPET EWING, María Fernanda, *Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión*, N° 25, 2012, 489.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada,* N° 7, 2003, 339.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y FAHRENKRUG, Conrad, *Régimen jurídico de la propiedad intelectual a través de los tratados de libre comercio suscritos por Chile,* N° 25, 2012, 531.

Actualidad Juridica 29 final.indd 798 21-01-14 11:45

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución),* N° 8, 2003, 95.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión*, N° 15, 2007, 141.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados,* Nº 20, 2009, 509.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile,* Separata Nº 16, 2007, 53.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los hechos jurídicos,* Nº 22, 2010, 457.

CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos,* N° 5, 2002, 255.

CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, N° 15, 2007, 125.

CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *El matrimonio entre personas del mismo sexo*, N° 18, 2008, 205.

CRUCHAGA GANDARILLAS, Ángel, *Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil*, Nº 19, 2009, 43.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *La filiación matrimonial,* N° 7, 2003, 241.

CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, *Responsabilidad civil de los establecimientos de salud,* N° 3, 2001, 169.

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago, *El Código Civil y sus principales cambios,* N° 12, 2005, 65.

DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla*, Separata Nº 16, 2007, 35.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil,* N° 2, 2000, 327.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, N° 15, 2007, 83.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585,* N° 1, 2000, 233.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata Nº 16, 2007, 7.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?,* N° 2, 2000, 347.

Actualidad Juridica 29 final.indd 799 21-01-14 11:45

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?,* N° 9, 2004, 31.

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces*, Nº 18, 2008, 333.

GOÑI GARRIDO, Carlos, *El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad,* N° 19, 2009, 25.

GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio,* N° 14, 2006, 201.

HECKER PADILLA, Carlos, *El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado*, Nº 19, 2009, 139.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las dirigen*, Nº 24, 2011, 209.

JUPPET EWING, María Fernanda, *¿El orden de los factores altera el producto?: Nuevos riesgos de expropiación en América Latina*, Nº 26, 2012, 421.

LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La prenda sin desplazamiento de la Ley Nº 20.190*, Nº 17, 2008, 403.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano,* Separata Nº 16, 2007, 17.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano,* N° 13, 2006, 209.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual,* N° 11, 2005, 213.

MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia*, Separata Nº 16, 2007, 89.

MIHOVILOVIC BONARDI, Ariel, *Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura*, Nº 19, 2009, 535.

MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos,* N° 10, 2004, 151.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena,* N° 9, 2004, 111.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual,* N° 6, 2002, 163.

MUNITA MARAMBIO, Renzo, *El impacto del riesgo derivado de avances científicos y tecnológicos en el derecho de la responsabilidad civil en Francia: evolución y algunas ilustraciones (antenas, conflictos de vecindad, hepatitis, etc.)*, N° 27, 2013, 387.

MUNITA MARAMBIO, Renzo, *La pérdida de una chance. Nota desde una perspectiva comparada*, N° 28, 2013, 395.

Actualidad Juridica 29 final.indd 800 21-01-14 11:45

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas,* N° 9, 2004, 371.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento Contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?,* N° 10, 2004, 287.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar,* N° 14, 2006, 215.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia,* N° 11, 2005, 267.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello,* N° 12, 2005, 99.

PALACIOS MENA, Patricio, *Alcances sobre la responsabilidad objetiva,* N°, 2003, 385.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios, un intento de precisar su fundamento y extensión,* N° 13, 2006, 245.

PARADA GUZMÁN, César, *La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva,* N° 2, 2000, 299.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?,* N° 9, 2004, 25.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno,* Separata N° 16, 2007, 113.

PICASSO, Sebastián, *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino,* Separata Nº 16, 2007, 73.

PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto",* N° 11, 2005, 255.

PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El valor de las sentencias condenatorias penales del nuevo derecho procesal penal en materia civil*, Nº 18, 2008, 299.

RABAT CELIS, Fernando José, *Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos,* N° 6, 2002, 305.

RABAT CELIS, Fernando José y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Algunas reflexiones acerca de la acción de demarcación,* N° 24, 2011, 227.

RABAT CELIS, Fernando José y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Teoría de la posesión inscrita,* N° 26, 2012, 357.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido,* N° 10, 2004, 295.

RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata Nº 16, 2007, 13.

Actualidad Juridica 29 final.indd 801 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abuso circunstancial y laguna legal,* N° 19, 2009, 79.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A propósito de la excepción del contrato no cumplido,* N° 10, 2004, 299.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acerca del artículo 1679 del Código Civil,* N° 12, 2005, 189.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Daño moral: un laberinto jurídico*, Nº 25, 2012, 83.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial,* N° 26, 2012, 169.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia una nueva concepción del contrato (Cinco ideas para su renovación),* N° 27, 2013, 157.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia un nuevo derecho de familia,* N° 13, 2006, 117.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales,* N° 1, 2000, 193.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999,* N° 7, 2003, 219.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias,* N° 20, 2009, 365.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Matrimonio y divorcio vincular,* N° 9, 2004, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pacta sunt servanda,* Nº 18, 2008, 107.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema El divorcio vincular),* N° 9, 2004, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Las nuevas fuentes de responsabilidad civil),* N° 21, 2010, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Responsabilidad extracontractual del Estado),* N° 23, 2011, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Responsabilidad profesional del abogado),* N° 19, 2009, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual colectiva,* N° 21, 2010, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad profesional,* N° 22, 2010, 103.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido,* N° 9, 2004, 121.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado,* N° 23, 2011, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad profesional,* N° 19, 2009, 9.

Actualidad Juridica 29 final.indd 802 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción,* N° 1, 2000, 283.

RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico,* N° 3, 2001, 181.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradictor en las acciones de filiación,* N° 13, 2006, 137.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado,* N° 5, 2002, 163.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación,* N° 1, 2000, 259.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual,* N° 2, 2000, 277.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia,* N° 20, 2009, 195.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Es constitucional la norma del inciso 2° del artículo 182 del Código Civil chileno, que impide impugnar la filiación determinada del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o reclamar una filiación distinta?*, N° 23, 2011, 161.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La naturaleza de las obligaciones de los médicos,* N° 9, 2004, 131.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La simulación y la jurisprudencia,* N° 11, 2005, 53.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos,* N° 8, 2003, 171.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez,* N° 21, 2010, 171.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad,* N° 1, 2000, 133.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?,* N° 10, 2004, 55.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo; RABAT CELIS, Fernando José y WARNIER READI, María Isabel, *Algunos alcances sobre la protección de los datos de carácter personal,* N° 28, 2013, 207.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato de opción*, Nº 17, 2008, 351.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato swap*, Nº 18, 2008, 413.

SCHMIDT HOTT, Claudia, *Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad*, Nº 20, 2009, 483.

Actualidad Juridica 29 final.indd 803 21-01-14 11:45

SCHMIDT HOTT, Claudia, *Procedencia de la compensación económica en juicio de divorcio por culpa y cese de convivencia por petición unilateral por más de tres años*, Nº 24, 2011, 123.

SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?,* N° 9, 2004, 83.

TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo,* N° 4, 2001, 299.

TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "concurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separara Nº 16, 2007, 65.

THOMAS, Vincent (Trad. de Carlos Hecker Padilla), *La entrada, contrato de acceso al estadio en el derecho francés*, N° 26, 2012, 479.

UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble,* N° 9, 2004, 37.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil,* N° 9, 2004, 197.

VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales,* N° 9, 2004, 321.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica,* N° 13, 2006, 171.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno,* N° 13, 2006, 189.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suiza*, N° 20, 2009, 445.

VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral,* N° 2, 2000, 177.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvención,* N° 6, 2002, 327.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado,* N° 19, 2009, 33.

2. Derecho Comercial

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, Nº 16, 2007, 115.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima,* N° 2, 2000, 233.

Actualidad Juridica 29 final.indd 804 21-01-14 11:45

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado,* N° 14, 2006, 117.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales,* N° 6, 2002, 203.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima,* N° 5, 2002, 243.

CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile,* N° 3, 2001, 243.

CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva,* N° 2, 2000, 253.

CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaria chilena a tratados internacionales,* N° 2, 2000, 81.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003,* N° 8, 2003, 113.

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, *Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima,* N° 20, 2009, 741.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado,* N° 7, 2003, 129.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias*, Nº 16, 2007, 299.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas*, Nº 19, 2009, 263.

GUTIÉRREZ IRARRÁZAVAL, Juan Francisco y SANTANA HERNÁNDEZ, Nicolás, *Notas sobre la responsabilidad civil de los directores de Sociedades anónimas*, N° 25, 2012, 283.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Contrato de agencia comercial,* N° 27, 2013, 357.

JUPPET EWING, María Fernanda, *El mandato y responsabilidad del gerente general en las sociedades anónimas*, Nº 23, 2011, 355.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca*, Nº 17, 2008, 371.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra,* N° 9, 2004, 225.

OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío, *Las denominaciones de origen en México*, Nº 17, 2008, 385.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho,* N° 7, 2003, 325.

Actualidad Juridica 29 final.indd 805 21-01-14 11:45

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink,* N° 8, 2003, 249.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas,* N° 12, 2005, 145.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Nuevos deberes informativos y precisiones en torno al concepto de información privilegiada en el contexto de la ley que perfecciona el gobierno corporativo en empresas privadas,* N° 22, 2010, 181.

PUGA VIAL, Juan Esteban, *Comentarios sobre la nueva ley concursal sobre reorganizaciones y liquidaciones*, N° 27, 2013, 377.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura,* N° 12, 2005, 123.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario y ROJAS SEPÚLVEDA, Eduardo, *Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas,* N° 5, 2002, 275.

SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada,* N° 8, 2003, 123.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada,* N° 8, 2003, 143.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio,* N° 9, 2004, 235.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *Comentarios relativos al proyecto de ley que establece un régimen simplificado para la constitución y modificación de sociedades comerciales*, Nº 24, 2011, 387.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las sociedades por acciones SpA*, Nº 21, 2010, 515.

UBILLA GRANDI, Luis, *El registro de accionistas. (En especial en las sociedades anónimas cerradas)*, N° 28, 2013, 383.

VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *La administración de la Sociedad por Acciones, o de cómo ha sido reivindicada la libertad contractual en la tipología societaria chilena,* N° 23, 2011, 139.

3. Derecho Minero

1. Derecho de Aguas

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de agues subterráneas en Chile*, Nº 18, 2008, 259.

MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas,* N° 3, 2001, 285.

MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas,* N° 11, 2005, 231.

Actualidad Juridica 29 final.indd 806 21-01-14 11:45

2. Derecho urbano

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena,* N° 4, 2001, 393.

3. Derecho Informático

PAIVA HANTKE, Gabriela, *Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet,* N° 2, 2000, 265.

SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet,* N° 7, 2003, 201.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático,* N° 10, 2004, 175.

4. Derecho Internacional Privado

CORNELOUP, Sabine, *Lo no mercantil en el derecho internacional privado*, Nº 24, 2011, 325.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena,* N° 9, 2004, 111.

4. Derecho Procesal

1. Derecho Procesal Orgánico

BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia,* N° 14, 2006, 43.

CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso*, N° 15, 2007, 19.

DÁVILA DÍAZ, Roberto, *Bases del ejercicio de la Jurisdicción,* N° 1, 2000, 99.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Corte Suprema y gobierno judicial, un programa de reformas*, Nº 20, 2009, 81.

GARCÍA ODGERS, Ramón, *Reformas judiciales. Algunas claves para su entendimiento*, Nº 17, 2008, 75.

MUÑOZ, JUAN ÁNGEL, *Modernización y cambio en el poder judicial*, N° 15, 2007, 21.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Jurisprudencia, ¿sirve para algo?,* N° 21, 2010, 403.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez,* N° 19, 2009, 397.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?,* N° 12, 2005, 25.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT),* N° 7, 2003, 317.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?,* N° 12, 2005, 11.

Actualidad Juridica 29 final.indd 807 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Dependencia estructural*, Nº 17, 2008, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Diez reformas a la administración de justicia,* N° 24, 2011, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?,* N° 14, 2006, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia),* N° 12, 2005, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Debilidades estructurales del Poder Judicial),* Nº 17, 2008, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Grandes reformas pendientes en la Administración de Justicia),* N° 24, 2011, 3.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial),* N° 14, 2006, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Pugna Generacional),* N° 15, 2007, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema,* N° 20, 2009, 71.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y OTTONE LAPOSTOL, Carla, *Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del Poder Judicial*, Nº 27, 2013, 199.

2. Derecho Procesal Civil

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Observaciones constitucionales al proyecto de nuevo Código Procesal Civil,* N° 27, 2013, 29.

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo,* N° 5, 2002, 91.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos,* N° 8, 2003, 195.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Perspectiva general del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil,* N° 21, 2010, 413.

DELGADO CASTRO, Jordi, *El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*, Nº 22, 2010, 361.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil*, N° 28, 2013, 11.

KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio,* N° 5, 2002, 79.

LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral*, Nº 20, 2009, 541.

Actualidad Juridica 29 final.indd 808 21-01-14 11:45

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo*, Nº 17, 2008, 29.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia,* N° 13, 2006, 233.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia,* N° 10, 2004, 167.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Nuevo procedimiento para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores,* N° 27, 2013, 317.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Otra innovación en la protección de los derechos de los consumidores (SERNAC FINANCIERO),* N° 26, 2012, 323.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal,* N° 5, 2002, 99.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Procedimiento electrónico?,* N° 25, 2012, 359.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Protección de datos de carácter personal,* N° 23, 2011, 375.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Proyecto de Código Procesal Civil, Prolegómeno,* N° 27, 2013, 101.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil*, Nº 17, 2008, 49.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Un desastre procesal* (Documento electrónico Arts. 342 Nº 6 – 348 bis C.P.C.), N° 18, 2008, 239.

ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil,* N° 5, 2002, 47.

OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia,* N° 14, 2006, 25.

PECCHI CROCE, Carlos y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil,* N° 5, 2002, 25.

RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?,* N° 5, 2002, 109.

RAMÍREZ HERRERA, Rodrigo, *La distribución de la carga de la prueba en los procesos civiles sobre marca comunitaria en España, notas contextuales,* N° 21, 2010, 451.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La reforma procesal civil en materia probatoria,* N° 21, 2010, 407.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil),* Nº 28, 2013, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Aspectos constitucionales del proyecto de reforma procesal civil),* Nº 27, 2013, 3.

Actualidad Juridica 29 final.indd 809 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil,* N° 5, 2002, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil, errores e inviabilidad,* N° 27, 2013, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: Reforma procesal civil),* N° 5, 2002, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Claves de la Reforma Procesal Civil*, N° 20, 2009, 143.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil*, N° 22, 2010, 315.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 41.

ROMERO SEGUEL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno*, Nº 20, 2009, 163.

ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La Corte Suprema y la reforma procesal civil*, Nº 27, 2013, 63.

SILVA PRADO, José Pedro, *Aspectos fundamentales del proyecto de Código Procesal Civil*, N° 27, 2013, 105.

TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación,* N° 5, 2002, 53.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *El principio de facilidad de la prueba en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil para Chile: una propuesta de conciliación*, Nº 27, 2013, 137.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez,* N° 5, 2002, 349.

VERGES, Etienne, *El derecho francés de la prueba civil: una carga compartida entre las partes y el juez,* N° 27, 2013, 81.

3. Derecho Procesal Penal

CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile,* N° 3, 2001, 225.

CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Reforma a la justicia militar de Chile,* N° 19, 2009, 403.

FIEGELIST VENTURELLI, Boris, *Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal*, Nº 17, 2008, 59.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Limitaciones a la facultad de exclusión de prueba del juez de garantía: una reforma necesaria al Código Procesal Penal,* N° 27, 2013, 299.

MANASEVICH LÓPEZ, Cristián, *Artículo 258 del Código Procesal Penal. Una enmienda que se hace necesaria*, N° 25, 2012, 451.

Actualidad Juridica 29 final.indd 810 21-01-14 11:45

MARITANO VÁSQUEZ, Miguel, *Inaplicabilidad de la ley penal adolescente en tribunales militares*, Nº 18, 2008, 473.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso,* N° 3, 2001, 69.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal,* N° 2, 2000, 131.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil*, N° 15, 2007, 181.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad,* N° 11, 2005, 245.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?,* N° 6, 2002, 295.

PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal,* N° 11, 2005, 119.

PECCHI CROCE, Carlos y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal,* N° 7, 2003, 47.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes,* N° 2, 2000, 401.

POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal,* N° 7, 2003, 61.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema, la reforma procesal penal),* N° 7, 2003, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal,* N° 7, 2003, 13.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal,* N° 12, 2005, 47.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral,* N° 9, 2004, 207.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal,* N° 6, 2002, 265.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal,* N° 6, 2002, 227.

SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal,* N° 10, 2004, 133.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos*, Nº 19, 2009, 127.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal*, Nº 20, 2009, 127.

Actualidad Juridica 29 final.indd 811 21-01-14 11:45

5. Derecho Económico y Tributario

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Incentivos a la innovación tecnológica: la Ley 20.241*, Nº 23, 2011, 453.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Lecciones para el sistema de garantías en Chile: El modelo argentino*, Nº 22, 2010, 307.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica,* N° 21, 2010, 317.

BERNSTEIN PORCILE, Benjamín, *Principio de legalidad y vigencia de las modificaciones legales al DFL N° 2 introducidas por la ley 20.455*, Nº 23, 2011, 345.

BLANCHE REYES, Cristián, *Diez años de reformas tributarias,* N° 20, 2009, 237.

BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis,* N° 13, 2006, 267.

BLANCHE REYES, Cristián, *El recurso de casación en materia tributaria,* N° 21, 2010, 375.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos,* N° 12, 2005, 161.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre,* N° 3, 2001, 207.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea,* N° 10, 2005, 155.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate*, Nº 17, 2008, 453.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos,* N° 9, 2004, 355.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio,* N° 10, 2004, 267.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado*, N° 15, 2007, 219.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno,* N° 10, 2004, 209.

CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados,* N° 1, 2000, 89.

DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria,* N° 2, 2000, 189.

DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones,* N° 8, 2003, 241.

Actualidad Juridica 29 final.indd 812 21-01-14 11:45

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Ley N° 20.322: avances y desafíos respecto de la inspección y sanción de infracciones administrativas en materia tributaria*, Nº 26, 2012, 259.

FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia,* N° 5, 2002, 187.

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria,* N° 5, 2002, 123.

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal,* N° 20, 2009, 801.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura,* N° 13, 2006, 275.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?,* N° 9, 2004, 349.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario,* N° 5, 2002, 143.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria,* N° 2, 2000, 211.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria,* N° 9, 2004.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios,* N° 14, 2006, 285.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?,* N° 11, 2005, 175.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *Tratamiento tributario de la compensación económica*, Nº 17, 2008, 257.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile*, Nº 21, 2010, 255.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*, Nº 22, 2010, 263.

GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *Notas sobre la recaudación del impuesto territorial,* N° 28, 2013, 443.

HECKER PADILLA, Carlos, *La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales*, N° 26, 2012, 125.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, Nº 16, 2007, 391.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados,* N° 21, 2010, 325.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Competencia desleal. ¿Cuándo optar entre aplicar el derecho de la libre competencia y la Ley N° 20.169?,* N° 28, 2013, 315.

Actualidad Juridica 29 final.indd 813 21-01-14 11:45

JUPPET EWING, María Fernanda, *La función social del mercado de valores,* N° 13, 2006, 393.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia,* N° 20, 2009, 759.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas,* N° 19, 2009, 513.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundametal del derecho corporativo,* N° 22, 2010, 215.

MORALES GODOY, Misael, *La responsabilidad ante el Código Tributario,* N° 7, 2003, 173.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores*, Nº 18, 2008, 539.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, Nº 16, 2007, 247.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, Nº 17, 2008, 315.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes*, Nº 20, 2009, 297.

REYES GARCÍA-HUIDOBRO, Juan Pablo, *Espacio costero marino de pueblos originarios y la suspensión de las concesiones marítimas*, N° 26, 2012, 437.

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria,* N° 8, 2003, 227.

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria,* N° 5, 2002, 129.

UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Plazos de prescripción en materia tributaria*, Nº 18, 2008, 499.

VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación*, Nº 22, 2010, 237.

VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Organización del regulador de los mercados financieros. Derecho Comparado*, Nº 24, 2011, 297.

6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. Derecho del Trabajo General

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo C., *Problemática laboral en la empresa actual, aplicada a la empresa de servicios transitorios*, N° 23, 2011, 423.

Actualidad Juridica 29 final.indd 814 21-01-14 11:45

CATALDO MUÑOZ, Hugo y FLORES JOPIA, Eduardo, *Breve reflexión en torno al caso fortuito o fuerza mayor en el derecho del trabajo*, N° 26, 2012, 399.

CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo,* N° 4, 2001, 271.

FUENZALIDA REYES, Eugenia Paz, *La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances*, N° 26, 2012, 97.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica,* N° 13, 2006, 315.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *La mujer en el trabajo y la familia: roles en conflicto,* N° 24, 2011, 49.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile,* N° 2, 2000, 103.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo,* N° 1, 2000, 177.

HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009*, N° 20, 2009, 215.

THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena,* N° 4, 2001, 261.

2. Derecho del Trabajo Individual

BARRIOS BAUDOR, Guillermo L., *Un nuevo concepto de trabajador autónomo: el "económicamente dependiente"*, Nº 24, 2011, 273.

BERNALES ERRÁZURIZ, Daniel, *Informe sobre ley que modifica duración de descanso postnatal*, N° 25, 2012, 369.

FÁBREGA VEGA, Hugo y YÁNEZ TERÁN, Dora, *Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones,* N° 20, 2009, 697.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Sobre la actual "semana corrida" en Chile,* N° 19, 2009, 493.

FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, Nº 16, 2007, 407.

FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia*, Nº 18, 2008, 555.

FRAGA YOLI, Andrea, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo*, Nº 20, 2009, 713.

Actualidad Juridica 29 final.indd 815 21-01-14 11:45

FRAGA YOLI, Andrea, *Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile*, Nº 19, 2009, 479.

GUIDI MOGGIA, Caterina, *Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico,* N° 19, 2009, 459.

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España,* N° 10, 2004, 229.

SERÓN MÖLLER, Natalia, *Implementación del permiso postnatal parental: ¿una solución?*, N° 25, 2012, 385.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral,* N° 8, 2003, 293.

3. Derecho Colectivo del Trabajo

DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la ley N° 19.759),* N° 5, 2002, 211.

GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero,* N° 7, 2003, 147.

GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Noguer, discurso de presentación,* N° 5, 2002, 333.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001),* N° 5, 2002, 203.

POBLETE JIMÉNEZ, Carlos y PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos,* N° 20, 2009, 675.

4. Derecho Procesal Laboral:

AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra,* N° 14, 2006, 67.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Presentación (del tema la Reforma Procesal Laboral)*, N° 14, 2006, 65.

HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: el recurso de unificación de jurisprudencia*, N° 21, 2010, 345.

HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087),* N° 14, 2006, 73.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Apelación laboral,* N° 14, 2006, 91.

ROMÁN DÍAZ, Fernando, *El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)*, Nº 18, 2008, 535.

Actualidad Juridica 29 final.indd 816 21-01-14 11:45

SALDÍAS CÁRCAMO, Camila Odette, *Recurso de unificación de jurisprudencia desde el análisis comparado,* N° 27, 2013, 437.

THAYER ARTEAGA, William, *El Nuevo procedimiento laboral, Proyecto antiguo y ley precipitada*, Nº 18, 2008, 519.

5. Seguridad Social

MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, *El sistema español de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto responsable*, Nº 19, 2009, 209.

ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC)*, Nº 20, 2009, 729.

B. Vida académica

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2010*, N° 22, 2010, 543.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2010*, N° 23, 2011, 561.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2011*, N° 24, 2011, 439.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2011*, N° 25, 2012, 649.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2012*, N° 26, 2012, 617.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2012*, N° 27, 2013, 537.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2013*, N° 28, 2013, 607.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción),* N° 2, 2000, 387.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción),* N° 3, 2001, 347.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2001,* N° 4, 2001, 455.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer (SIC)*[1] *Semestre 2001,* N° 5, 2002, 337.

[1] Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

Actualidad Juridica 29 final.indd 817 21-01-14 11:45

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002,* N° 6, 2002, 359.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002,* N° 7, 2003, 459.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003,* N° 8, 2003, 339.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003,* N° 9, 2004, 397.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004,* N° 10, 2004, 359.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004,* N° 11, 2005, 331.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005,* N° 12, 2005, 241.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005,* N° 13, 2006, 435.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2006*[2]*,* N° 14, 2006, 307.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 341.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2009,* N° 20, 2009, 857.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2009,* N° 21, 2010, 567.

CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago),* N° 3, 2001, 337.

CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003,* N° 9, 2004, 393.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad,* N° 1, 2000, 317.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho,* N° 7, 2003, 77.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004,* N° 10, 2004, 351.

[2] Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

Actualidad Juridica 29 final.indd 818 21-01-14 11:45

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004,* N° 11, 2005, 325.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005,* N° 12, 2005, 231.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005,* N° 13, 2006, 419.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006,* N° 14, 2006, 301.

GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina,* N° 9, 2004, 389.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 337.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI,* N° 13, 2006, 425.

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2007*, Nº 16, 2007, 509.

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2007*, Nº 17, 2008, 537.

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2008*, Nº 18, 2008, 629.

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2008*, Nº 19, 2009, 791.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Inauguración del año académico, Facultad de Derecho, (Sede Concepción),* N° 23, 2011, 575.

RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso año académico 2000 (Sede Concepción),* N° 2, 2000, 395.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2004, Facultad de Derecho,* N° 10, 2004, 355.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2005, Facultad de Derecho,* N° 12, 2005, 237.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2007, Facultad de Derecho,* N° 16, 2007, 504.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2008, Facultad de Derecho,* Nº 18, 2008, 626.

Actualidad Juridica 29 final.indd 819 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso del Decano de la Facultad en el acto de graduación de los nuevos licenciados,* N° 19, 2009, 787.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002,* N° 6, 2002, 334.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2007,* Nº 16, 2007, 497.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2007,* Nº 17, 2008, 529.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2008,* Nº 18, 2008, 619.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2008,* Nº 19, 2009, 779.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2009,* Nº 20, 2009, 847.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2009,* Nº 21, 2010, 559.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2010,* Nº 22, 2010, 535.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2010,* Nº 23, 2011, 551.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2011,* Nº 24, 2011, 427.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2011,* Nº 25, 2012, 633.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2012,* Nº 26, 2012, 591.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2012,* Nº 27, 2013, 515.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2013,* Nº 28, 2013, 593.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2001,* N° 4, 2001, 441.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2001,* N° 5, 2002, 325.

Actualidad Juridica 29 final.indd 820 21-01-14 11:45

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2002,* N° 6, 2002, 333.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2002,* N° 7, 2003, 455.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2003,* N° 8, 2003, 333.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago),* N° 2, 2000, 371.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista,* N° 1, 2000, 307.

C. Análisis jurisprudencial

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica,* N° 12, 2005, 197.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿Libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico,* N° 21, 2010, 535.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad,* Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar,* 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso, notas a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable el art. 169 del Código Sanitario,* rol Nº 1518-09 de 21 de octubre de 2010, N° 23, 2011, 531.

ARAYA FUENTES, Álvaro y PACHECO QUEZADA, Jaime, *Tribunal Oral Penal Chillán, La autoría en comisión por omisión. La injerencia como fuente del deber de garantía*, Rol N° 179-2011, 24 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 583.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?*, Tribunal Constitucional, rol Nº 505-06, 6 de marzo de 2007, Nº 16, 2007, 423.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante (a propósito del Dictamen 28.226 de 2007 de la Contraloría General de la República)*, Contraloría, dictamen 28.226, 11 de junio de 2007, Nº 17, 2008, 467.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, embalse Pitama: jurisprudencia de daño ambiental*, rol Nº 396-2009, Nº 24, 2011, 405.

Actualidad Juridica 29 final.indd 821 21-01-14 11:45

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 28 de mayo de 2007, Nº 17, 2008, 497.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Puerto y Central Castilla: comentarios a la sentencia de la Corte Suprema*, 28 de agosto de 2012, Nº 27, 2013, 477.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila y LEIVA SALAZAR, Felipe, *Corte Suprema, Caso Central Termoeléctrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones*, rol Nº 7167-2010 de 15 de noviembre de 2010, Nº 23, 2011, 513.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Tribunal Constitucional, Del Catastro público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional*, rol Nº 1578-2009 de 02 de junio de 2011, Nº 25, 2012, 557.

CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia,* 29 de junio de 2000, N° 2, 2000, 415.

CORTE SUPREMA, *Rivas con Castillo,* 24 de mayo de 2000, N° 2, 2000, 419.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Tribunal Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 (¿La formulación de un derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el de partida?)*, rol N° 1710/2010, Nº 23, 2011, 463.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Desprotección constitucional frente a los derechos municipales*, Fallo del Tribunal Constitucional, rol Nº 1034-08, de 7 de octubre de 2008, Nº 19, 2009, 757.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal*, Sentencia del Tribunal Constitucional, rol Nº 681-2006, de 26 de marzo de 2007, Nº 16, 2007, 435.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *De la ejecución de oficio de los actos administrativos desfavorables. Comentario de la sentencia rol N° 2996-2012 de la Corte Suprema*, Nº 27, 2013, 491.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa*, *Corte de Apelaciones de Chillán*, Rol 39-2009, 6 de mayo de 2009, Nº 20, 2009, 837.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Asignaciones de colación y movilización. Unificación Jurisprudencial en materia laboral*, *Corte Suprema*, 21 de abril de 2010, Nº 22, 2010, 527.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Comentario de Jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral*, *Corte Suprema,* 28 de septiembre de 2006, N° 15, 2007, 325.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *La cosa juzgada en materia procesal laboral*, *Corte Suprema, Casación*, Rol 3862-2006, 11 de septiembre de 2007, Nº 17, 2008, 517.

Actualidad Juridica 29 final.indd 822 21-01-14 11:45

FÁBREGA VEGA, Hugo, *La otra mirada de la ley. Comentario sobre sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable en gestión pendiente el artículo 26 bis del Código del Trabajo, Tribunal Constitucional,* Rol 1852-10-INA, 26 de julio de 2011, N° 26, 2012, 559.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario, Corte Suprema*, 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos,* 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, La extraviada juridicidad en materia tributaria,* 02 de enero de 2003 (sic), N° 26, 2012, 539.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Una sentencia que acoge un recurso por ultrapetita que jurídicamente es indiscutible y además… justa,* 02 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 571.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime y UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los "jueces delegados", Corte de Apelaciones de Santiago*, 3 de enero de 2003, N° 20, 2009, 823.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic",* 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.,* 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones,* 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Requisitos de procesabilidad de la empresa mandante o dueña de la obra en la subcontratación laboral,* 25 de septiembre de 2010, N° 23, 2011, 491.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno ala prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria*, Nº 19, 2009, 683.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?*, Nº 18, 2008, 567.

HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.,* 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos*, Nº 18, 2008, 593.

Actualidad Juridica 29 final.indd 823 21-01-14 11:45

MUJICA ESCOBAR, Francisco Javier, *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*, *Tribunal Constitucional*, varias sentencias, N° 28, 2013, 531.

MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular,* N° 4, 2001, 423.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Aplicación de los artículos 48, 49 y 53 de Código de procedimiento Civil* (sic), *Corte de Apelaciones de Concepción*, sentencia de protección rol 356-2009, de 7 de septiembre de 2010, Nº 23, 2011, 541.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ausencia de notificación del auto de prueba, Corte de Apelaciones de Concepción*, Rol 1530-2011, 01 de diciembre de 2011, N° 26, 2012, 551.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia*, Nº 19, 2009, 697.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia*, *Corte de Apelaciones de Concepción*, 10 de abril de 2013, Rol N° 50-2013, Nº 28, 2013, 525.

OLAVARRÍA RODRÍGUEZ, Cristián, *El abuso de derechos constitucionales y de la personalidad jurídica en materia penal. Comentario a sentencia sobre el "Sindicato del Día Después". Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago*, Rit N° S-50-2010, 30 de diciembre de 2010, N° 27, 2013, 503.

OTERO, Jorge Miguel y POHL I, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo,* N° 9, 2004, 425.

PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable, Corte de Apelaciones de Concepción,* 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada, Corte Suprema,* 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet,* N° 4, 2001, 429.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?*, fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2008, N° 18, 2008, 577.

RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional,* 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305.

RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil*, 6 de junio, 4 de julio y 13 de noviembre de 2007, Nº 17, 2008, 489.

Actualidad Juridica 29 final.indd 824 21-01-14 11:45

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal, Casación en el fondo,* 21 de julio de 2005, N° 18, 2008, 477.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes, Casación en el fondo,* 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada, Casación en el fondo,* 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria, Casación en el fondo,* 26 de marzo de 2007, N° 20, 2009, 813.

RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa,* 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada*, 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral*, Nº 19, 2009, 703.

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa,* 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417.

UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios*, Nº 16, 2007, 479.

D. Recensiones, publicaciones e índices

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho Público Iberoamericano,* N° 27, 2013, 551.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y justicia. Lo suyo de cada uno. Vigencia del Derecho natural, de Gonzalo Ibáñez Santa María,* N° 24, 2011, 451.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y Ontología Jurídica, de Francisco Carpintero,* N° 1, 2000, 335.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Estructura funcional del Derecho, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 6, 2002, 373.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Historia del Derecho Natural, un Ensayo, de Francisco Carpintero Benitez,* N° 2, 2000, 441.

Actualidad Juridica 29 final.indd 825 21-01-14 11:45

ALVEAR TELLEZ, Julio, *La sentencia de la CIDH en el caso Atala: Una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales. Notas breves a la sentencia del 24 de febrero del 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos,*24 de febrero de 2012, N° 26, 2012, 577.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente,* N° 2, 2000, 449.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¡Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización, de Miguel Ayuso T.,* N° 15, 2007, 353.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 15, 2007, 347.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Bibliografía Jurídica Chilena, 2007, de Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado,* N° 19, 2009, 797.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano, de Antonio Dougnac Rodríguez,* N° 9, 2004, 435.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias, de Javier Barrientos Grandón,* N° 11, 2005, 337.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales, de Javier Barrientos Grandón,* N° 4, 2001, 473.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 11 (2005)*, N° 12, 2005, 259.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 15 (2007)*, N° 16, 2007, 533.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 16 (2007)*, N° 17, 2008, 611.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 19 (2009)*, N° 20, 2009, 877.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 20 (2010)*, N° 21, 2010, 607.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 21 (2010)*, N° 21, 2010, 559.

Actualidad Juridica 29 final.indd 826 21-01-14 11:45

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 24 (2011)*, N° 25, 2012, 679.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 26 (2012)*, N° 27, 2013, 567.

BECA INFANTE, Juan Pablo y ASTETE ÁLVAREZ, Carmen, *Bioética Clínica, de Juan Pablo Beca y Carmen Astete (editores)*, N° 27, 2013, 561.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde,* N° 13, 2006, 441.

CAMPUSANO, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca,* N° 12, 2005, 247.

CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba, de Hernán Larraín Fernández,* N° 20, 2009, 863.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 2, 2000, 455.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez,* N° 8, 2003, 351.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Nuevo Derecho de Familia. Diversas tendencias*, *de Hugo Rosende Álvarez*, Nº 17, 2008, 551.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Teoría general del negocio jurídico, de Ramón Domínguez Águila*, N° 26, 2012, 627.

CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón,* N° 10, 2004, 403.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004,* N° 10, 2004, 415.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? (Una aproximación inicial, de Héctor Humeres Noguer,* N° 16, 2007, 525.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer,* N° 12, 2005, 251.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller,* N° 6, 2002, 479.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller,* N° 15, 2007, 357.

FÁBREGA VEGA, Hugo y YÁNEZ TERÁN, Dora, *La responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Tendencias actuales, de Varios Autores,* Nº 23, 2011, 595.

Actualidad Juridica 29 final.indd 827 21-01-14 11:45

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Publicaciones de la Facultad de Derecho*, Nº 17, 2008, 543.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras, de Aldo Monsálvez Müller,* N° 3, 2001, 365.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador, de José Luis Ugarte Cataldo,* N° 20, 2009, 869.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso,* N° 5, 2002, 359.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 3, 2001, 357.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 5, 2000 y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 4, 2001, 476.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 5, 2002, 357.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 7, 2003, 481.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 8, 2003, 355.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 10, 2004, 411.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 12, 2005, 256.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 13, 2006, 447.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 14, 2006, 319.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 15, 2007, 528.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 18-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 16, 2007, 529.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 19-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 17, 2008, 607.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 20-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 18, 2008, 639.

Actualidad Juridica 29 final.indd 828 21-01-14 11:45

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 21-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 19, 2009, 805.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 22-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 20, 2009, 873.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 23-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 21, 2010, 603.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 24-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 22, 2010, 555.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 25-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 23, 2011, 599.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 26-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 24, 2011, 457.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 27-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 25, 2012, 675.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 28-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 26, 2012, 633.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 29-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 27, 2013, 563.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 30-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 28, 2013, 623.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Benadava Cattan,* N° 1, 2000, 333.

GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, Nº 18, 2008, 637.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *El derecho de Quiebras, de Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart*, Nº 21, 2010, 597.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer,* N° 11, 2005, 341.

HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.*, Nº 17, 2008, 565.

MALDONADO F., Francisco, "*Derechos Fundamentales de los privados de Libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*", *de Álvaro Castro, Miguel Cillero y Jorge Mera F.*, Nº 23, 2011, 587.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *"Derecho procesal penal chileno" de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle*, Nº 17, 2008, 587.

Actualidad Juridica 29 final.indd 829 21-01-14 11:45

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi,* N° 3, 2001, 369.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 10, 2004, 393.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre,* N° 17, 2008, 545.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro "Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su Homenaje"*, Nº 17, 2008, 562.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las Obligaciones, de René Abeliuk Manasevich,* N° 19, 2009, 801.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez,* N° 8, 2003, 345.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 1, 2000, 321.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias*, Nº 17, 2008, 550.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 10, 2004, 365.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *Derecho Internacional Privado de Aldo Monsálvez Müller*, Nº 17, 2008, 601.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico, de Danilo Zolo,* N° 1, 2000, 341.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Derecho Público Iberoamericano de VV.AA Año 1, N° 2,* N° 28, 2013, 619.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La resistencia de las Constituciones Nacionales, de Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton,* N° 25, 2012, 663.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *"Schools for Misrule. Legal Academia and Overlawyered America", de Walter Olson,* N° 27, 2013, 557.

VV.AA. (Varios Autores), *Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, Nº 17, 2008, 544.

VV.AA. (Varios Autores), *Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su homenaje*, Nº 17, 2008, 560.

VV.AA. (Varios Autores), *Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno"*, Nº 17, 2008, 549.

Actualidad Juridica 29 final.indd 830 21-01-14 11:45

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *China, el imperio de las mentiras, de Guy Sorman*, Nº 16, 2007, 515.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho, de Agustín Squella Narducci,* N° 2, 2000, 437.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado, de José Luis Cea Egaña,* N° 3, 2001, 359.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista, de Joseph Ratzinger,* N° 14, 2006, 313.

YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo, de William Thayer Arteaga,* N° 22, 2010, 551.

YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer,* N° 21, 2010, 599.

YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Las Facultades y Deberes del Juez en materia probatoria en el Proceso Laboral. Análisis Crítico, de Raúl Fernández Toledo,* N° 25, 2012, 673.

E. Separatas

FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, Separata Revista Nº 16, *Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant*, Julio de 2007.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional,* N° 4, Noviembre de 2003.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia,* N° 6, Julio de 2005.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía,* N° 3, Mayo de 2003.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Delincuencia, tribunales y corrupción,* N° 17, Septiembre de 2007.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial,* N° 5, Julio de 2004.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados,* N° 7, Julio de 2006.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Opinión ciudadana ante la emergencia,* N° 11, Abril de 2010.

Actualidad Juridica 29 final.indd 831 21-01-14 11:45

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Preferencias y enjuiciamiento ciudadano a las instituciones,* N° 12, julio de 2011.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado,* N° 2, Diciembre de 2002.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios,* N° 1, Octubre de 2002.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Mundo Laboral, "La Realidad del Trabajo Hoy"*, Nº 1, Diciembre de 2007.

F. Semblanzas y homenajes

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez,* N° 21, 2010, 575.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky*, N° 19, 2009, 61.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 35.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Miguel Schweitzer Speisky: Penalista,* N° 19, 2009, 63.

PECCHI CROCE, Carlos, *¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!*, N° 15, 2007, 39.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A la memoria de Ernesto Silva Bafalluy*, Nº 25, 2012, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de agradecimiento al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Nº 21, 2010, 589.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Discurso de presentación al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Nº 21, 2010, 577.

II.- Índice alfabético de autores

ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica,* N° 3, 2001, 159.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Incentivos a la innovación tecnológica: la Ley 20.241*, Nº 23, 2011, 453.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Lecciones para el sistema de garantías en Chile: El modelo argentino*, Nº 22, 2010, 307.

Actualidad Juridica 29 final.indd 832 21-01-14 11:45

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno*, Nº 24, 2011, 239.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido,* N° 8, 2003, 69.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, Nº 16, 2007, 115.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa*, Nº 24, 2011, 69.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová,* N° 19, 2009, 615.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El error de derecho como causal eximente de la responsabilidad extracontractual*, Nº 28, 2013, 235.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado,* N° 14, 2006, 117.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica,* N° 12, 2005, 197. (CJ).

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La cláusula de "declaraciones y garantías" en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos*, Nº 17, 2008, 243.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica el poder sancionador de la Administración,* N° 1, 2000, 183.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima,* N° 2, 2000, 233.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales,* N° 6, 2002, 203.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico,* N° 4, 2001, 77.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima,* N° 5, 2002, 243.

ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana,* N° 9, 2004, 65.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Eficacia administrativa, obligación legal incumplida*, Nº 21, 2010, 387.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *El Convenio 169 y el Código de Conducta Responsable. Una primera aproximación crítica*, Nº 20, 2009, 789.

Actualidad Juridica 29 final.indd 833 21-01-14 11:45

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Ley reservada del Cobre. Visión jurídica y política*, Nº 16, 2007, 331.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Libertad de expresión, bien jurídico protegido*, Nº 26, 2012, 443.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo C., *Problemática laboral en la empresa actual, aplicada a la empresa de servicios transitorios*, N° 23, 2011, 423.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Ética Jurídica,* N° 6, 2002, 27.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿Libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico,* N° 21, 2010, 535. (CJ).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad,* Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409. (CJ).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Contra-razones de la declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno,* N° 22, 2010, 497.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar,* 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467. (CJ).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Democracia morbosa y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset,* N° 11, 2005, 273.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho Público Iberoamericano,* N° 27, 2013, 551. (R).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y justicia. Lo suyo de cada uno. Vigencia del Derecho natural, de Gonzalo Ibáñez Santa María,* N° 24, 2011, 451. (R).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y Ontología Jurídica, de Francisco Carpintero,* N° 1, 2000, 335. (R).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno*, Nº 16, 2007, 143.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira,* N° 10, 2004, 69.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso,* N° 3, 2001, 21.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El poder absolutista de la democracia moderna. Una lectura actualizada de Tocqueville*, N° 28, 2013, 473.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso, notas a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable el art. 169 del Código Sanitario,* rol Nº 1518-09 de 21 de octubre de 2010, N° 23, 2011, 531. (CJ).

Actualidad Juridica 29 final.indd 834 21-01-14 11:45

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Estructura funcional del Derecho, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 6, 2002, 373. (R).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Historia del Derecho Natural, un Ensayo, de Francisco Carpintero Benitez,* N° 2, 2000, 441. (R).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Hobbes, precursor del estado laico*, Nº 19, 2009, 423.

ALVEAR TELLEZ, Julio, *La sentencia de la CIDH en el caso Atala: Una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales. Notas breves a la sentencia del 24 de febrero del 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos,*24 de febrero de 2012, N° 26, 2012, 577. (CJ).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente,* N° 2, 2000, 449. (R).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Libertad moderna y divinización del Estado constitucional: Las dos caras del pensamiento político de Hegel,* N° 24, 2011, 173.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación: Análisis de una incógnita,* N° 25, 2012, 29.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital,* N° 4, 2001, 189.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización, de Miguel Ayuso T.,* N° 15, 2007, 353. (R).

ALVEAR TELLEZ, Julio, *Responsabilidad extracontractual/responsabilidad constitucional del Estado: El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna*, N° 23, 2011, 69.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales,* N° 9, 2004, 143.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 15, 2007, 347. (R).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Tolerancia y Estado laico en el liberalismo de John Locke: un desposorio incómodo,* N° 20, 2009, 649.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y CISTERNA ROJAS, Vanessa, *La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después: ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?,* N° 18, 2008, 23.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación" (Y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación),* N° 26, 2012, 9.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Observaciones constitucionales al proyecto de nuevo Código Procesal Civil,* N° 27, 2013, 29.

Actualidad Juridica 29 final.indd 835 21-01-14 11:45

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos,* N° 15, 2006, 261.

ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética,* N° 6, 2002, 63.

AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad,* N° 7, 2003, 105.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español (un análisis desde el entorno hispanoamericano),* Nº 18, 2008, 219.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Bibliografía Jurídica Chilena, 2007, de Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado,* N° 19, 2009, 797. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano, de Antonio Dougnac Rodríguez,* N° 9, 2004, 435. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la república a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80,* N° 4, 2001, 173.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias, de Javier Barrientos Grandón,* N° 11, 2005, (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales, de Javier Barrientos Grandón,* N° 4, 2001, 473. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 11 (2005)*, N° 12, 2005, 259. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 15 (2007)*, N° 16, 2007, 533. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 16 (2007)*, N° 17, 2008, 611. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 19 (2009)*, N° 20, 2009, 877. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 20 (2010)*, N° 21, 2010, 607. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 21 (2010)*, N° 21, 2010, 559. (R).

Actualidad Juridica 29 final.indd 836 21-01-14 11:45

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 24 (2011)*, N° 25, 2012, 679. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 26 (2012)*, N° 27, 2013, 567. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto,* N° 13, 2006, 11.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924),* N° 11, 2005, 181.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas,* N° 13, 2006, 371.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias*, Nº 16, 2007, 89.

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena,* N° 2, 2000, 33.

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo,* N° 5, 2002, 91.

ARAYA FUENTES, Álvaro y PACHECO QUEZADA, Jaime, *Tribunal Oral Penal Chillán, La autoría en comisión por omisión. La injerencia como fuente del deber de garantía*, Rol N° 179-2011, 24 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 583. (CJ).

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2010*, N° 22, 2010, 543. (VA).

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2010*, N° 23, 2011, 561. (VA).

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2011*, N° 24, 2011, 439. (VA).

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2011*, N° 25, 2012, 649. (VA).

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2012*, N° 26, 2012, 617. (VA).

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2012*, N° 27, 2013, 537. (VA).

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2013*, N° 28, 2013, 607. (VA).

Actualidad Juridica 29 final.indd 837 21-01-14 11:45

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria,* N° 12, 2005, 113.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos,* N° 15, 2007, 171.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros,* N° 20, 2009, 569.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Formando abogados analistas,* N° 19, 2009, 579.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La actividad jurídica de la Administración del Estado*, Nº 28, 2013, 261.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La Contraloría hoy*, Nº 16, 2007, 127.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos,* N° 6, 2002, 191.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica,* N° 21, 2010, 317.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación,* N° 13, 2006, 291.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?*, Tribunal Constitucional, rol Nº 505-06, 6 de marzo de 2007, Nº 16, 2007, 423. (CJ).

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa,* N° 14, 2006, 149.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante (a propósito del Dictamen 28.226 de 2007 de la Contraloría General de la República)*, Contraloría, dictamen 28.226, 11 de junio de 2007, Nº 17, 2008, 467. (CJ).

ARÓSTICA MALDONADO, Iván y CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, Nº 16, 2007, 171.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho,* N° 4, 2001, 379.

ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC)*, Nº 20, 2009, 729.

ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Innovación, investigación y desarrollo (I+D), y propiedad industrial*, N° 25, 2012, 469.

ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?,* N° 8, 2003, 31.

Actualidad Juridica 29 final.indd 838 21-01-14 11:45

AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra,* N° 14, 2006, 67.

BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia,* N° 10, 2004, 79.

BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho,* N° 7, 2003, 293.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo L., *Un nuevo concepto de trabajador autónomo: el "económicamente dependiente"*, Nº 24, 2011, 273.

BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales,* N° 6, 2002, 35.

BATES HIDALGO, Luis, *Derecho en la Educación,* N° 21, 2010, 153.

BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados,* N° 8, 2003, 327.

BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia,* N° 14, 2006, 43.

BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, Nº 16, 2007, 107.

BECA INFANTE, Juan Pablo y ASTETE ÁLVAREZ, Carmen, *Bioética Clínica, de Juan Pablo Beca y Carmen Astete (editores)*, N° 27, 2013, 561. (R).

BERNALES ERRÁZURIZ, Daniel, *Informe sobre ley que modifica duración de descanso postnatal*, N° 25, 2012, 369.

BERNSTEIN PORCILE, Benjamín, *Principio de legalidad y vigencia de las modificaciones legales al DFL N° 2 introducidas por la ley 20.455*, Nº 23, 2011, 345.

BLANCHE REYES, Cristián, *Diez años de reformas tributarias,* N° 20, 2009, 237.

BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis,* N° 13, 2006, 267.

BLANCHE REYES, Cristián, *El recurso de casación en materia tributaria,* N° 21, 2010, 375.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de agues subterráneas en Chile*, Nº 18, 2008, 259.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 28 de mayo de 2007, Nº 17, 2008, 497. (CJ).

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Nº 20, 2009, 577.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística*, Nº 19, 2009, 309.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, embalse Pitama: jurisprudencia de daño ambiental*, rol Nº 396-2009, Nº 24, 2011, 405. (CJ).

Actualidad Juridica 29 final.indd 839 21-01-14 11:45

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Nueva institucionalidad ambiental*, Nº 22, 2010, 429.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Puerto y Central Castilla: comentarios a la sentencia de la Corte Suprema*, 28 de agosto de 2012, Nº 27, 2013, 477. (CJ).

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Tribunal Constitucional, Del Catastro público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional*, rol Nº 1578-2009 de 02 de junio de 2011, Nº 25, 2012, 557. (CJ).

BOETTIGER PHILLIPS, Camila y LEIVA SALAZAR, Felipe, *Corte Suprema, Caso Central Termoeléctrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones*, rol Nº 7167-2010 de 15 de noviembre de 2010, Nº 23, 2011, 513. (CJ).

BRAVO ROJAS, Mauricio y SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Comentario sobre el proceso de reforma del Estado en Chile en el periodo 1999-2009*, Nº 20, 2009, 11.

BRAVO VALLEJOS, Rodrigo y JUPPET EWING, María Fernanda, *Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión*, N° 25, 2012, 489.

BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980,* N° 4, 2001, 131.

BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional,* N° 12, 2005, 29.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980,* N° 4, 2001, 223.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional,* N° 13, 2006, 97.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia,* N° 10, 2004, 117.

BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico,* N° 3, 2001, 275.

BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario*, N° 15, 2007, 203.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos,* N° 12, 2005, 161.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera,* N° 4, 2001, 277.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis,* N° 8, 2003, 15.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur,* N° 24, 2011, 133.

Actualidad Juridica 29 final.indd 840 21-01-14 11:45

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *El aporte del derecho blando a la actividad minera en el siglo XXI: Aspectos sociales y ambientales,* N° 27, 2013, 259.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca,* N° 12, 2005, 247. (R).

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre,* N° 3, 2001, 207.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta,* N° 5, 2002, 305.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La opción y modalidades de integración de la variable ambiental en tratados de libre comercio,* N° 21, 2010, 113.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos,* N° 23, 2011, 193.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Obligaciones ambientales de Chile derivadas de su ingreso a la OCDE,* N° 22, 2010, 411.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental,* N° 26, 2012, 279.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile,* N° 2, 2000, 55.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada,* N° 7, 2003, 339.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005,* N° 13, 2006, 25.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y AGUAYO VARGAS, Macarena, *Chile y La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cumplimiento de sentencias,* N° 28, 2013, 351.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea,* N° 10, 2005, 155.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y FAHRENKRUG, Conrad, *Régimen jurídico de la propiedad intelectual a través de los tratados de libre comercio suscritos por Chile,* N° 25, 2012, 531.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate*, Nº 17, 2008, 453.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay,* N° 14, 2006, 179.

Actualidad Juridica 29 final.indd 841 21-01-14 11:45

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado*, N° 15, 2007, 219.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano*, Nº 20, 2009, 635.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC*, Nº 19, 2009, 651.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común*, Nº 18, 2008, 395.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos,* N° 9, 2004, 355.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio,* N° 10, 2004, 267.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?,* N° 2, 2000, 127.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción),* N° 2, 2000, 387. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción),* N° 3, 2001, 347. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2001,* N° 4, 2001, 455. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer (SIC)*[3] *Semestre 2001,* N° 5, 2002, 337. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002,* N° 6, 2002, 359. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002,* N° 7, 2003, 459. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003,* N° 8, 2003, 339.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003,* N° 9, 2004, 397. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004,* N° 10, 2004, 359. (VA).

[3] Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

Actualidad Juridica 29 final.indd 842 21-01-14 11:45

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004,* N° 11, 2005, 331. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005,* N° 12, 2005, 241. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005,* N° 13, 2006, 435. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2006*[4]*,* N° 14, 2006, 307. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 341. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2009,* N° 20, 2009, 857. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2009,* N° 21, 2010, 567. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución),* N° 8, 2003, 95.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión*, N° 15, 2007, 141.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados,* Nº 20, 2009, 509.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile,* Separata Nº 16, 2007, 53.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los hechos jurídicos,* Nº 22, 2010, 457.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato*, Nº 16, 2007, 65.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde,* N° 13, 2006, 441. (R).

CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos,* N° 5, 2002, 255.

CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública,* N° 7, 2003, 437.

[4] Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

Actualidad Juridica 29 final.indd 843 21-01-14 11:45

CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad*, N° 25, 2012, 421.

CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba, de Hernán Larraín Fernández,* N° 20, 2009, 863. (R).

CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile,* N° 3, 2001, 243.

CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva,* N° 2, 2000, 253.

CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso*, N° 15, 2007, 19.

CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes,* N° 7, 2003, 425.

CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaria chilena a tratados internacionales,* N° 2, 2000, 81.

CATALDO MUÑOZ, Hugo y FLORES JOPIA, Eduardo, *Breve reflexión en torno al caso fortuito o fuerza mayor en el derecho del trabajo*, N° 26, 2012, 399.

CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano,* N° 5, 2002, 317.

CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa,* N° 3, 2001, 309.

CATTAN ATALA, Ángela y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano,* N° 2, 2000, 151.

CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile,* N° 3, 2001, 225.

CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Reforma a la justicia militar de Chile,* N° 19, 2009, 403.

CEA CIENFUEGOS, Sergio y CORONADO DONOSO, Ricardo, *La constitucionalización de las fuerzas armadas,* N° 23, 2011, 435.

CEA CIENFUEGOS, Sergio y CORONADO DONOSO, Ricardo, *Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos,* N° 24, 2011, 259.

CEA CIENFUEGOS, Sergio y MORALES CONTARDO, Patricio, *Los delitos aeronáuticos: El bien jurídico protegido,* N° 28, 2013, 335.

CEA EGAÑA, José Luis, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos*, Nº 17, 2008, 165.

CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico,* N° 10, 2004, 43.

Actualidad Juridica 29 final.indd 844 21-01-14 11:45

CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial,* N° 11, 2005, 25.

CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después,* N° 4, 2001, 241.

CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, N° 15, 2007, 125.

CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *El matrimonio entre personas del mismo sexo*, N° 18, 2008, 205.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Discriminación y género en la jurisprudencia de los EE.UU.,* N° 26, 2012, 137.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno,* N° 9, 2004, 273.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno,* N° 10, 2004, 209.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Tributos a la importación,* N° 6, 2002, 217.

CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales,* N° 4, 2001, 257.

CORNELOUP, Sabine, *Lo no mercantil en el derecho internacional privado*, Nº 24, 2011, 325.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 2, 2000, 455. (R).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *La filiación matrimonial,* N° 7, 2003, 241.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez,* N° 8, 2003, 351. (R).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Nuevo Derecho de Familia. Diversas tendencias*, *de Hugo Rosende Álvarez*, Nº 17, 2008, 551. (R).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Teoría general del negocio jurídico, de Ramón Domínguez Águila*, N° 26, 2012, 627. (R).

CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo,* N° 4, 2001, 271.

CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia,* 29 de junio de 2000, N° 2, 2000, 415. (CJ).

CORTE SUPREMA, *Rivas con Castillo,* 24 de mayo de 2000, N° 2, 2000, 419. (CJ).

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos,* N° 8, 2003, 195.

Actualidad Juridica 29 final.indd 845 21-01-14 11:45

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Perspectiva general del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil,* N° 21, 2010, 413.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza*, N° 25, 2012, 13.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?*, N° 24, 2011, 155.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Tribunal Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 (¿La formulación de un derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el de partida?)*, rol N° 1710/2010, Nº 23, 2011, 463. (CJ).

CRUCHAGA GANDARILLAS, Ángel, *Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil*, Nº 19, 2009, 43.

CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago),* N° 3, 2001, 337. (VA).

CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003,* N° 9, 2004, 393. (VA).

CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados,* N° 1, 2000, 89.

CRUZ FABRES, Rafael, *La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, la discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998,* N° 6, 2002, 75.

CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón,* N° 10, 2004, 403. (R).

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena,* N° 4, 2001, 211.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Constitucionalismo chileno y su evolución*, Nº 20, 2009, 547.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional,* N° 6, 2002, 137.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional,* N° 13, 3006, 43.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Controversias Jurídicas, La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho Internacional, Puntos de Vista:* N° 1, 2000, 7.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho,* N° 3, 2001, 233.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público,* N° 2, 2000, 165.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos,* N° 1, 2000, 117.

Actualidad Juridica 29 final.indd 846 21-01-14 11:45

CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, *Responsabilidad civil de los establecimientos de salud,* N° 3, 2001, 169.

DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX,* N° 14, 2006, 255.

DÁVILA DÍAZ, Roberto, *Bases del ejercicio de la Jurisdicción,* N° 1, 2000, 99.

DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria*, Nº 18, 2008, 55.

DELGADO CASTRO, Jordi, *El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*, Nº 22, 2010, 361.

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago, *El Código Civil y sus principales cambios,* N° 12, 2005, 65.

DEVOTO BERRIMAN, Carolina, *El método de resolución de casos en la enseñanza del derecho*, N° 25, 2012, 503.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos"*, Nº 18, 2008, 69.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Desprotección constitucional frente a los derechos municipales*, Fallo del tribunal Constitucional, rol Nº 1034-08, de 7 de octubre de 2008, Nº 19, 2009, 757. (CJ).

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general adntidiscriminación?*, Nº 28, 2013, 279.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal*, Sentencia del Tribunal Constitucional, rol Nº 681-2006, de 26 de marzo de 2007, Nº 16, 2007, 435. (CJ).

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*, Nº 20, 2009, 35.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos"*, Nº 17, 2008, 163.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action)*, Nº 17, 2008, 195.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado*, Nº 16, 2007, 23.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4º de la Ley Chilecompra*, Nº 21, 2010, 225.

Actualidad Juridica 29 final.indd 847 21-01-14 11:45

DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la ley N° 19.759),* N° 5, 2002, 211.

DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales,* N° 4, 2001, 317.

DÍAZ NIEVA, José y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980,* N° 4, 2001, 57.

DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados,* N° 14, 2006, 55.

DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla*, Separata Nº 16, 2007, 35.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil,* N° 2, 2000, 327.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, N° 15, 2007, 83.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585,* N° 1, 2000, 233.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata Nº 16, 2007, 7.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?,* N° 2, 2000, 347.

DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas,* N° 14, 2006, 233.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano,* N° 3, 2001, 95.

DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria,* N° 2, 2000, 189.

DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones,* N° 8, 2003, 241.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *De la ejecución de oficio de los actos administrativos desfavorables. Comentario de la sentencia rol N° 2996-2012 de la Corte Suprema*, Nº 27, 2013, 491. (CJ).

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *El fundamento de la Responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)*, Nº 23, 2011, 109.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento*, Nº 17, 2008, 293.

Actualidad Juridica 29 final.indd 848 21-01-14 11:45

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Ley N° 20.322: avances y desafíos respecto de la inspección y sanción de infracciones administrativas en materia tributaria*, Nº 26, 2012, 259.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Normas "circunstanciales"*, Nº 25, 2012, 217.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004,* N° 10, 2004, 415.

FÁBREGA VEGA, Hugo y YÁNEZ TERÁN, Dora, *Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones,* N° 20, 2009, 697.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa*, *Corte de Apelaciones de Chillán*, Rol 39-2009, 6 de mayo de 2009, Nº 20, 2009, 837. (CJ).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Asignaciones de colación y movilización. Unificación Jurisprudencial en materia laboral*, *Corte Suprema*, 21 de abril de 2010, Nº 22, 2010, 527. (CJ).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral*, *Corte Suprema,* 28 de septiembre de 2006, N° 15, 2007, 325. (CJ).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? (Una aproximación inicial, de Héctor Humeres Noguer,* N° 16, 2007, 525. (R).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer,* N° 12, 2005, 251. (R).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado de Aldo Monsálvez Müller,* N° 6, 2002, 479. (R).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller,* N° 15, 2007, 357. (R).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado,* N° 7, 2003, 211.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez,* N° 21, 2010, 575. (H).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *La cosa juzgada en materia procesal laboral*, *Corte Suprema, Casación*, Rol 3862-2006, 11 de septiembre de 2007, Nº 17, 2008, 517. (CJ).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *La otra mirada de la ley. Comentario sobre sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable en gestión pendiente el artículo 26 bis del Código del Trabajo, Tribunal Constitucional,* Rol 1852-10-INA, 26 de julio de 2011, N° 26, 2012, 559. (CJ).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Publicaciones de la Facultad de Derecho*, Nº 17, 2008, 543.

Actualidad Juridica 29 final.indd 849 21-01-14 11:45

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras, de Aldo Monsálvez Müller,* N° 3, 2001, 365. (R).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Sobre la actual "semana corrida" en Chile,* N° 19, 2009, 493.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador, de José Luis Ugarte Cataldo,* N° 20, 2009, 869. (R).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad,* N° 1, 2000, 317. (VA)

FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho,* N° 7, 2003, 77. (VA).

FÁBREGA VEGA, Hugo y YÁNEZ TERÁN, Dora, *La responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Tendencias actuales, de Varios Autores,* Nº 23, 2011, 595. (R).

FÁBREGA VEGA, Hugo y OSSANDÓN BRAVO, Pelayo, *Vida estudiantil en la Facultad,* N° 2, 2000, 383. (VA).

FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, Separata Revista Nº 16, *Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant*, Julio de 2007.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Algunos antecedentes sobre el juicio ciudadano respecto de cuestiones jurídicas relevantes,* N° 24, 2011.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional,* N° 4, Noviembre de 2003. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia,* N° 6, Julio de 2005. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía,* N° 3, Mayo de 2003. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Delincuencia, tribunales y corrupción,* N° 17, Septiembre de 2007. (S).

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial,* N° 5, Julio de 2004. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados,* N° 7, Julio de 2006. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Opinión ciudadana ante la emergencia,* N° 11, Abril de 2010. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Preferencias y enjuiciamiento ciudadano a las instituciones,* N° 12, julio de 2011. (S)

Actualidad Juridica 29 final.indd 850 21-01-14 11:45

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado,* N° 2, Diciembre de 2002. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios,* N° 1, Octubre de 2002. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Mundo Laboral, "La Realidad del Trabajo Hoy"*, Nº 1, Diciembre de 2007. (S).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso,* N° 5, 2002, 359. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil*, N° 28, 2013, 11.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky*, N° 19, 2009, 61. (H).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 3, 2001, 357. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 5, 2000 y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 4, 2001, 476. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 5, 2002, 357. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 7, 2003, 481. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 8, 2003, 355. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 10, 2004, 411. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 12, 2005, 256. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 13, 2006, 447. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 14, 2006, 319. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 15, 2007, 528. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 18-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 16, 2007, 529. (R).

Actualidad Juridica 29 final.indd 851 21-01-14 11:45

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 19-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 17, 2008, 607. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 20-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 18, 2008, 639. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 21-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 19, 2009, 805. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 22-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 20, 2009, 873. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 23-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 21, 2010, 603. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 24-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 22, 2010, 555. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 25-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 23, 2011, 599. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 26-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 24, 2011, 457. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 27-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 25, 2012, 675. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 28-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 26, 2012, 633. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 29-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 27, 2013, 563. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum Nº 30-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 28, 2013, 623. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 35.

FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia,* N° 5, 2002, 187.

FELIU SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios,* N° 1, 2000, 71.

FEMENIAS SALAS, Jorge Andrés, *Reflexiones sobre la teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas*, Nº 21, 2010, 209.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, Nº 17, 2008, 175.

Actualidad Juridica 29 final.indd 852 21-01-14 11:45

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno,* N° 7, 2003, 359.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Miguel Schweitzer Speisky: Penalista,* N° 19, 2009, 63. (H).

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003,* N° 8, 2003, 113.

FIEGELIST VENTURELLI, Boris, *Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal*, Nº 17, 2008, 59.

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria,* N° 5, 2002, 123.

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena,* N° 4, 2001, 393.

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal,* N° 20, 2009, 801.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?,* N° 9, 2004, 31.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004,* N° 10, 2004, 351. (VA).

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004,* N° 11, 2005, 325. (VA).

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005,* N° 12, 2005, 231. (VA).

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005,* N° 13, 2006, 419. (VA).

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006,* N° 14, 2006, 301. (VA).

FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, Nº 16, 2007, 407.

FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia*, Nº 18, 2008, 555.

FRAGA YOLI, Andrea, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo*, Nº 20, 2009, 713.

FRAGA YOLI, Andrea, *Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile*, Nº 19, 2009, 479.

FUENZALIDA REYES, Eugenia Paz, *La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances*, N° 26, 2012, 97.

Actualidad Juridica 29 final.indd 853 21-01-14 11:45

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno,* N° 2, 2000, 23.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional,* N° 6, 2002, 155.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú,* N° 10, 2004, 199.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional,* N° 8, 2003, 49.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Benadava Cattan,* N° 1, 2000, 333. (R).

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica,* N° 13, 2006, 315.

GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, Nº 18, 2008, 637. (R).

GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina,* N° 9, 2004, 389. (VA).

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura,* N° 13, 2006, 275.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario, Corte Suprema*, 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297. (CJ).

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos,* 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299. (CJ).

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, La extraviada juridicidad en materia tributaria,* 02 de enero de 2003 (sic), N° 26, 2012, 539. (CJ).

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Una sentencia que acoge un recurso por ultrapetita que jurídicamente es indiscutible y además… justa,* 02 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 571. (CJ).

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?,* N° 9, 2004, 349.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario,* N° 5, 2002, 143.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria,* N° 2, 2000, 211.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria,* N° 9, 2004.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios,* N° 14, 2006, 285.

Actualidad Juridica 29 final.indd 854 21-01-14 11:45

GARCÍA ESCOBAR, Jaime y UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los "jueces delegados", Corte de Apelaciones de Santiago*, 3 de enero de 2003, N° 20, 2009, 823. (CJ).

GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?,* N° 11, 2005, 175.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *Tratamiento tributario de la compensación económica*, Nº 17, 2008, 257.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Corte Suprema y gobierno judicial, un programa de reformas*, Nº 20, 2009, 81.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile*, Nº 21, 2010, 255.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*, Nº 19, 2009, 327.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*, Nº 22, 2010, 263.

GARCÍA ODGERS, Ramón, *Reformas judiciales. Algunas claves para su entendimiento*, Nº 17, 2008, 75.

GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973,* N° 6, 2002, 340.

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, *Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima,* N° 20, 2009, 741.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado,* N° 7, 2003, 129.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *El derecho de Quiebras, de Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart*, Nº 21, 2010, 597. (R).

GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias*, Nº 16, 2007, 299.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas*, Nº 19, 2009, 263.

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces*, Nº 18, 2008, 333.

GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero,* N° 7, 2003, 147.

GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *Notas sobre la recaudación del impuesto territorial,* N° 28, 2013, 443.

Actualidad Juridica 29 final.indd 855 21-01-14 11:45

GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Noguer, discurso de presentación,* N° 5, 2002, 333.

GOÑI GARRIDO, Carlos, *El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad,* N° 19, 2009, 25.

GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica,* N° 3, 2001, 149.

GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio,* N° 14, 2006, 201.

GUIDI MOGGIA, Caterina, *Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico,* N° 19, 2009, 459.

GUTIÉRREZ IRARRÁZAVAL, Juan Francisco y SANTANA HERNÁNDEZ, Nicolás, *Notas sobre la responsabilidad civil de los directores de Sociedades anónimas*, N° 25, 2012, 283.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones,* N° 3, 2001, 123.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 337. (VA).

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic", 29* de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307. (CJ).

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.,* 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319. (CJ).

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Requisitos de procesabilidad de la empresa mandante o dueña de la obra en la subcontratación laboral,* 25 de septiembre de 2010, N° 23, 2011, 491. (CJ).

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones,* 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405. (CJ).

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer,* N° 11, 2005, 341. (R).

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno ala prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria*, Nº 19, 2009, 683. (CJ).

HALPERN MONTECINO, Cecily, *La mujer en el trabajo y la familia: roles en conflicto,* N° 24, 2011, 49.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile,* N° 2, 2000, 103.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?*, Nº 18, 2008, 567. (CJ).

Actualidad Juridica 29 final.indd 856 21-01-14 11:45

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Presentación (del tema la Reforma Procesal Laboral)*, N° 14, 2006, 65.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001),* N° 5, 2002, 203.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo,* N° 1, 2000, 177.

HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.,* 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403. (CJ).

HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: el recurso de unificación de jurisprudencia*, N° 21, 2010, 345.

HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009*, N° 20, 2009, 215.

HECKER PADILLA, Carlos, *El acceso a la justicia y la inversión extranjera*, Nº 22, 2010, 205.

HECKER PADILLA, Carlos, *El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado*, Nº 19, 2009, 139.

HECKER PADILLA, Carlos, *Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos*, N° 23, 2011, 395.

HECKER PADILLA, Carlos, *La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales*, N° 26, 2012, 125.

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España,* N° 10, 2004, 229.

HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.*, Nº 17, 2008, 565. (R).

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley Nº 20.253 en materia de reincidencia,* Nº 18, 2008, 491.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI,* N° 13, 2006, 425. (VA).

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?,* N° 14, 2006, 219.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (periodo 1999-2009),* N° 20, 2009, 347.

Actualidad Juridica 29 final.indd 857 21-01-14 11:45

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN,* N° 11, 2005, 139.

HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087),* N° 14, 2006, 73.

HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena,* N° 4, 2001, 107.

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2007*, Nº 16, 2007, 509. (VA).

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2007*, Nº 17, 2008, 537. (VA).

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2008*, Nº 18, 2008, 629. (VA).

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2008*, Nº 19, 2009, 791. (VA).

JUPPET EWING, María Fernanda, *Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las dirigen*, Nº 24, 2011, 209.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, Nº 16, 2007, 391.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados,* N° 21, 2010, 325.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Competencia desleal. ¿Cuándo optar entre aplicar el derecho de la libre competencia y la Ley N° 20.169?,* N° 28, 2013, 315.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Contrato de agencia comercial,* N° 27, 2013, 357.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos*, Nº 18, 2008, 593. (CJ).

JUPPET EWING, María Fernanda, *El mandato y responsabilidad del gerente general en las sociedades anónimas*, Nº 23, 2011, 355.

JUPPET EWING, María Fernanda, *¿El orden de los factores altera el producto?: Nuevos riesgos de expropiación en América Latina*, Nº 26, 2012, 421.

JUPPET EWING, María Fernanda, *La función social del mercado de valores,* N° 13, 2006, 393.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca*, Nº 17, 2008, 371.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia,* N° 20, 2009, 759.

Actualidad Juridica 29 final.indd 858 21-01-14 11:45

JUPPET EWING, María Fernanda, *Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas,* N° 19, 2009, 513.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundametal del derecho corporativo,* N° 22, 2010, 215.

KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio,* N° 5, 2002, 79.

LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La prenda sin desplazamiento de la Ley Nº 20.190*, Nº 17, 2008, 403.

LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral*, Nº 20, 2009, 541.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso,* N° 24, 2011, 371.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Limitaciones a la facultad de exclusión de prueba del juez de garantía: una reforma necesaria al Código Procesal Penal,* N° 27, 2013, 299.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Parricidio: visión histórica del tipo y crítica a la actual doctrina dominante en Chile,* N° 23, 2011, 259.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Posiciones de garante en la dogmática penal: en especial crítica al principio de injerencia a la luz de la teoría de imputación objetiva de Roxin,* N° 25, 2012, 439.

LEIVA SALAZAR , Felipe, *A propósito de Hidroaysén: notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental,* N° 27, 2013, 279.

MALDONADO F., Francisco, "*Derechos Fundamentales de los privados de Libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*", *de Álvaro Castro, Miguel Cillero y Jorge Mera F.*, Nº 23, 2011, 587. (R).

MANASEVICH LÓPEZ, Cristián, *Artículo 258 del Código Procesal Penal. Una enmienda que se hace necesaria*, N° 25, 2012, 451.

MANCIAUX, Sebastien (Trad. cast de Carlos Hecker), *La implicación de inversionistas extranjeros en ciertas violaciones a los derechos humanos,* N° 21, 2010, 71.

MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas,* N° 3, 2001, 285.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*, Separata Nº 16, 2007, 17.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano,* N° 13, 2006, 209.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual,* N° 11, 2005, 213.

Actualidad Juridica 29 final.indd 859 21-01-14 11:45

MARITANO VÁSQUEZ, Miguel, *Inaplicabilidad de la ley penal adolescente en tribunales militares*, Nº 18, 2008, 473.

MARSHALL BARBERÁN, Pablo, *Notas sobre la unidad del Estado como principio constitucional*, Nº 21, 2010, 429.

MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, *El sistema español de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto responsable*, Nº 19, 2009, 209.

MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales,* N° 4, 2001, 149.

MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia,* Separata Nº 16, 2007, 89.

MEDINA JARA, Rodrigo, *De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles*, Nº 16, 2007, 291.

MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible,* N° 10, 2004, 223.

MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones),* N° 8, 2003, 273.

MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A. y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación,* N° 14, 2006, 161.

MIHOVILOVIC BONARDI, Ariel, *Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura*, Nº 19, 2009, 535.

MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado*, Nº 16, 2007, 75.

MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005*, N° 25, 2012, 237.

MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos,* N° 10, 2004, 151.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena,* N° 9, 2004, 111.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional,* N° 3, 2001, 87.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales,* N° 6, 2002, 147.

Actualidad Juridica 29 final.indd 860 21-01-14 11:45

MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado,* N° 9, 2004, 187.

MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas,* N° 11, 2005, 231.

MORALES GODOY, Misael, *La responsabilidad ante el Código Tributario,* N° 7, 2003, 173.

MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores,* N° 10, 2004, 27.

MORGADO M., Claudia, *La responsabilidad del* pater *por los delitos cometidos por sus dependientes,* N° 7, 2003, 83.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual,* N° 6, 2002, 163.

MUJICA ESCOBAR, Francisco Javier, *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*, *Tribunal Constitucional*, varias sentencias, N° 28, 2013, 531. (CJ).

MUNITA MARAMBIO, Renzo, *El impacto del riesgo derivado de avances científicos y tecnológicos en el derecho de la responsabilidad civil en Francia: evolución y algunas ilustraciones (antenas, conflictos de vecindad, hepatitis, etc.)*, N° 27, 2013, 387.

MUNITA MARAMBIO, Renzo, *La pérdida de una chance. Nota desde una perspectiva comparada*, N° 28, 2013, 395.

MUÑOZ, JUAN ÁNGEL, *Modernización y cambio en el poder judicial*, N° 15, 2007, 21.

MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular,* N° 4, 2001, 423. (CJ).

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Notas sobre su evolución histórica en Chile*, N° 22, 2010, 21.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 26, 2012, 63.

NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal*, N° 15, 2007, 191.

NOVOA ZEGERS, Juan Pablo, *Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa*, N° 18, 2008, 431.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *"Derecho procesal penal chileno" de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle*, Nº 17, 2008, 587. (R).

Actualidad Juridica 29 final.indd 861 21-01-14 11:45

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo*, Nº 17, 2008, 29.

OBERG YÁNEZ, Héctor, *Apelación laboral,* N° 14, 2006, 91.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Aplicación de los artículos 48, 49 y 53 de Código de procedimiento Civil* (sic), Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de protección rol 356-2009, de 7 de septiembre de 2010, Nº 23, 2011, 541. (CJ).

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ausencia de notificación del auto de prueba, Corte de Apelaciones de Concepción*, Rol 1530-2011, 01 de diciembre de 2011, N° 26, 2012, 551. (CJ).

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia*, Nº 19, 2009, 697. (CJ).

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia, Corte de Apelaciones de Concepción*, 10 de abril de 2013, Rol N° 50-2013, Nº 28, 2013, 525. (CJ).

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia,* N° 13, 2006, 233.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil*, Nº 17, 2008, 49.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso,* N° 3, 2001, 69.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal,* N° 2, 2000, 131.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Jurisprudencia, ¿sirve para algo?,* N° 21, 2010, 403.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez,* N° 19, 2009, 397.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil),* N° 8, 2003, 165.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra,* N° 9, 2004, 225.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil*, N° 15, 2007, 181.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi,* N° 3, 2001, 369. (R).

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia,* N° 10, 2004, 167.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?,* N° 12, 2005, 25.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Nuevo procedimiento para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores,* N° 27, 2013, 317.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Otra innovación en la protección de los derechos de los consumidores (SERNAC FINANCIERO),* N° 26, 2012, 323.

Actualidad Juridica 29 final.indd 862 21-01-14 11:45

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal,* N° 5, 2002, 99.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad,* N° 11, 2005, 245.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Procedimiento electrónico?,* N° 25, 2012, 359.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Protección de datos de carácter personal,* N° 23, 2011, 375.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Proyecto de Código Procesal Civil, Prolegómeno,* N° 27, 2013, 101.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?,* N° 6, 2002, 295.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT),* N° 7, 2003, 317.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Un desastre procesal* (Documento electrónico Arts. 342 Nº 6 – 348 bis C.P.C.), N° 18, 2008, 239.

OLAVARRÍA RODRÍGUEZ, Cristián, *El abuso de derechos constitucionales y de la personalidad jurídica en materia penal. Comentario a sentencia sobre el "Sindicato del Día Después". Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago*, Rit N° S-50-2010, 30 de diciembre de 2010, N° 27, 2013, 503. (CJ).

OLIVARES GUZMÁN, Isabel, *Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de Compras Públicas*, N° 25, 2012, 481.

OÑATE VERA, Emilio A., *La importancia del control en la administración del Estado*, N° 25, 2012, 343.

OÑATE VERA, Emilio A., *Las licencias de conducir profesionales y la implementación del sistema por puntos en la Ley de Tránsito*, N° 26, 2012, 459.

OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío, *Las denominaciones de origen en México*, Nº 17, 2008, 385.

ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil,* N° 5, 2002, 47.

OTERO, Jorge Miguel y POHL I, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo,* N° 9, 2004, 425. (CJ).

OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia,* N° 14, 2006, 25.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas,* N° 9, 2004, 371.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento Contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?,* N° 10, 2004, 287.

Actualidad Juridica 29 final.indd 863 21-01-14 11:45

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar,* N° 14, 2006, 215.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho,* N° 11, 2005, 47.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia,* N° 11, 2005, 267.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad,* N° 8, 2003, 309.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 10, 2004, 393. (R).

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho,* N° 7, 2003, 325.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello,* N° 12, 2005, 99.

PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable, Corte de Apelaciones de Concepción,* 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313. (CJ).

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *Distinción jurisprudencial entre autoría y complicidad en el delito de tráfico de drogas*, Nº 25, 2012, 457.

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La Ley de responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia*, Nº 17, 2008, 273.

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La pluralidad de infracciones en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor en España y Chile*, Nº 21, 2010, 493.

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La víctima en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor. Especial consideración de su derecho de participación y reparación*, Nº 23, 2011, 313.

PAIVA HANTKE, Gabriela, *Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet,* N° 2, 2000, 265.

PALACIOS MENA, Patricio, *Alcances sobre la responsabilidad objetiva,* N°, 2003, 385.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores*, Nº 18, 2008, 539.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios, un intento de precisar su fundamento y extensión,* N° 13, 2006, 245.

PAUL DÍAZ, Álvaro y SOTO VELASCO, Sebastián, *Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes*, Nº 19, 2009, 585.

Actualidad Juridica 29 final.indd 864 21-01-14 11:45

PARADA GUZMÁN, César, *La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva,* N° 2, 2000, 299.

PECCHI CROCE, Carlos, *¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!*, N° 15, 2007, 39. (H).

PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal,* N° 11, 2005, 119.

PECCHI CROCE, Carlos y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil,* N° 5, 2002, 25.

PECCHI CROCE, Carlos y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal,* N° 7, 2003, 47.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?,* N° 9, 2004, 25.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno,* Separata N° 16, 2007, 113.

PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad,* N° 4, 2001, 233.

PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión,* N° 4, 2001, 351.

PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo,* N° 8, 2003, 57.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada, Corte Suprema,* 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255. (CJ).

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet,* N° 4, 2001, 429. (CJ).

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink,* N° 8, 2003, 249.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?*, fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2008, N° 18, 2008, 577. (CJ).

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, Nº 16, 2007, 247.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, Nº 17, 2008, 315.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas,* N° 12, 2005, 145.

Actualidad Juridica 29 final.indd 865 21-01-14 11:45

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Nuevos deberes informativos y precisiones en torno al concepto de información privilegiada en el contexto de la ley que perfecciona el gobierno corporativo en empresas privadas,* N° 22, 2010, 181.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes*, Nº 20, 2009, 297.

PICASSO, Sebastián, *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino*, Separata Nº 16, 2007, 73.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes,* N° 2, 2000, 401.

PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto",* N° 11, 2005, 255.

PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El valor de las sentencias condenatorias penales del nuevo derecho procesal penal en materia civil*, Nº 18, 2008, 299.

POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal,* N° 7, 2003, 61.

POBLETE JIMÉNEZ, Carlos y PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos,* N° 20, 2009, 675.

PUGA VIAL, Juan Esteban, *Comentarios sobre la nueva ley concursal sobre reorganizaciones y liquidaciones*, N° 27, 2013, 377.

QUINTERO FUENTES, David, *Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls*, Nº 18, 2008, 371.

QUINTERO FUENTES, David, *La importancia de la "Teoría de la Justicia" de John Rawls para la solución de problemas de ética normativa*, Nº 26, 2012, 339.

RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda.. y Banco Internacional,* 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305. (CJ).

RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil*, 6 de junio, 4 de julio y 13 de noviembre de 2007, Nº 17, 2008, 489. (CJ).

RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?,* N° 5, 2002, 109.

RABAT CELIS, Fernando José, *Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos,* N° 6, 2002, 305.

Actualidad Juridica 29 final.indd 866 21-01-14 11:45

RABAT CELIS, Fernando José y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Algunas reflexiones acerca de la acción de demarcación,* N° 24, 2011, 227.

RABAT CELIS, Fernando José y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Teoría de la posesión inscrita,* N° 26, 2012, 357.

RAMÍREZ HERRERA, Rodrigo, *La distribución de la carga de la prueba en los procesos civiles sobre marca comunitaria en España, notas contextuales,* N° 21, 2010, 451.

REYES GARCÍA-HUIDOBRO, Juan Pablo, *Espacio costero marino de pueblos originarios y la suspensión de las concesiones marítimas*, N° 26, 2012, 437.

REYES RIVEROS, Jorge, *Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado,* N° 3, 2001, 319.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal, Casación en el fondo,* 21 de julio de 2005, N° 18, 2008, 477. (CJ).

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes, Casación en el fondo,* 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401. (CJ).

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada, Casación en el fondo,* 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413. (CJ).

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria, Casación en el fondo,* 26 de marzo de 2007, N° 20, 2009, 813. (CJ).

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La reforma procesal civil en materia probatoria,* N° 21, 2010, 407.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido,* N° 10, 2004, 295.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Inauguración del año académico, Facultad de Derecho, (Sede Concepción),* N° 23, 2011, 575. (VA).

RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura,* N° 12, 2005, 123.

RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso año académico 2000 (Sede Concepción),* N° 2, 2000, 395. (VA)

RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata Nº 16, 2007, 13.

Actualidad Juridica 29 final.indd 867 21-01-14 11:45

RIQUELME PALLAMAR, Paulina; MEDINA FUENTES, Paula y BUSTOS PEÑAILILLO, Daniela, *Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio,* N° 23, 2011, 229.

RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa,* 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317. (CJ).

RODRÍGUEZ CÁCERES, Andrés, *Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas*, Nº 17, 2008, 433.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abogados forenses,* Nº 16, 2007, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abuso circunstancial y laguna legal,* N° 19, 2009, 79.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A la memoria de Ernesto Silva Bafalluy*, Nº 25, 2012, 9. (H).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A propósito de la excepción del contrato no cumplido,* N° 10, 2004, 299.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acerca del artículo 1679 del Código Civil,* N° 12, 2005, 189.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años,* N° 10, 2004.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Constitucionalización del derecho,* N° 22, 2010, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada*, 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239. (CJ).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?,* N° 12, 2005, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?,* N° 10, 2004, 13.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Daño moral: un laberinto jurídico*, Nº 25, 2012, 83.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Dependencia estructural*, Nº 17, 2008, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia,* N° 5, 2002, 345.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Diez reformas a la administración de justicia,* N° 24, 2011, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de agradecimiento al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Nº 21, 2010, 589. (H).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2004, Facultad de Derecho,* N° 10, 2004, 355. (VA).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2005, Facultad de Derecho,* N° 12, 2005, 237. (VA).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2007, Facultad de Derecho,* N° 16, 2007, 504. (VA).

Actualidad Juridica 29 final.indd 868 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2008, Facultad de Derecho,* Nº 18, 2008, 626. (VA)

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso del Decano de la Facultad en el acto de graduación de los nuevos licenciados,* N° 19, 2009, 787. (VA).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre,* N° 17, 2008, 545. (R).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro "Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su Homenaje",* Nº 17, 2008, 562. (R).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002,* N° 6, 2002, 334. (VA).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial,* N° 26, 2012, 169.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El "debido proceso" a la luz de la ley chilena,* N° 3, 2001, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central,* N° 2, 2000, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley,* N° 1, 2000, 47.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estructura funcional del Derecho (prólogo del autor),* N° 6, 2002, 367.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios Pendientes (Presentación),* N° 4, 2001, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?,* N° 8, 2003, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?,* N° 14, 2006, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia una nueva concepción del contrato (Cinco ideas para su renovación),* N° 27, 2013, 157.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia un nuevo derecho de familia,* N° 13, 2006, 117.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales,* N° 1, 2000, 193.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Constitución de 1980, hija de su tiempo,* N° 4, 2001, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las Obligaciones, de René Abeliuk Manasevich,* N° 19, 2009, 801. (R).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999,* N° 7, 2003, 219.

Actualidad Juridica 29 final.indd 869 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias,* N° 20, 2009, 365.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez,* N° 8, 2003, 345. (R).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Matrimonio y divorcio vincular,* N° 9, 2004, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pacta sunt servanda,* Nº 18, 2008, 107.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Abogados Forenses),* Nº 16, 2007, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil),* Nº 28, 2013, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Aspectos constitucionales del proyecto de reforma procesal civil),* Nº 27, 2013, 3.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia),* N° 12, 2005, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Debilidades estructurales del Poder Judicial),* Nº 17, 2008, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Efectos de la Jurisdicción Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno),* N° 22, 2010, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema El divorcio vincular),* N° 9, 2004, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional),* N° 6, 2002, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema fallo del Tribunal Constitucional, sobre la llamada "píldora del día después"),* N° 18, 2008, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Grandes reformas pendientes en la Administración de Justicia),* N° 24, 2011, 3.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Independencia del Poder Judicial),* N° 11, 2005, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema La crisis del derecho internacional),* N° 8, 2003, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La reforma procesal penal),* N° 7, 2003, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Las nuevas fuentes de responsabilidad civil),* N° 21, 2010, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial),* N° 14, 2006, 5.

Actualidad Juridica 29 final.indd 870 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema ¿Nuevas normas constitucionales sobre la educación? Los proyectos pendientes),* N° 25, 2012, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Principales reformas jurídicas del decenio),* N° 20, 2009, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Pugna Generacional),* N° 15, 2007, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna valórica y errores de la ley antidiscriminación),* N° 26, 2012, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Reformas Constitucionales Ley N° 20.050),* N° 13, 2006, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Responsabilidad extracontractual del Estado),* N° 23, 2011, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Responsabilidad profesional del abogado),* N° 19, 2009, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema,* N° 20, 2009, 71.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil,* N° 5, 2002, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil, errores e inviabilidad,* N° 27, 2013, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Renovación de los estudios de Derecho,* N° 2, 2000, 117.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual colectiva,* N° 21, 2010, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad profesional,* N° 22, 2010, 103.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre discriminación arbitraria,* N° 28, 2013, 187.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido,* N° 9, 2004, 121.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad profesional,* N° 19, 2009, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre un fallo del Tribunal Constitucional*, N° 18, 2008, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial,* N° 11, 2005, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: reforma Procesal Civil),* N° 5, 2002, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V, Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores,* N° 1, 2000, 11.

Actualidad Juridica 29 final.indd 871 21-01-14 11:45

RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción,* N° 1, 2000, 283.

RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico,* N° 3, 2001, 181.

ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial,* N° 11, 2005, 39.

ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento,* N° 9, 2004, 175.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal,* N° 7, 2003, 13.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Claves de la Reforma Procesal Civil*, N° 20, 2009, 143.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal,* N° 2, 2000, 9.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal,* N° 12, 2005, 47.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral,* N° 9, 2004, 207.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad,* N° 1, 2000, 55.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal,* N° 6, 2002, 265.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil*, N° 22, 2010, 315.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *¿Igualdad jurídica en Chile?,* N° 4, 2001, 199.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 41.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal,* N° 6, 2002, 227.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario y ROJAS SEPÚLVEDA, Eduardo, *Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas,* N° 5, 2002, 275.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción,* N° 11, 2005, 87.

ROMÁN DÍAZ, Fernando, *El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)*, Nº 18, 2008, 535.

ROMERO SEGUEL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno*, Nº 20, 2009, 163.

ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La Corte Suprema y la reforma procesal civil*, Nº 27, 2013, 63.

Actualidad Juridica 29 final.indd 872 21-01-14 11:45

ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico,* N° 6, 2002, 45.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradictor en las acciones de filiación,* N° 13, 2006, 137.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado,* N° 5, 2002, 163.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación,* N° 1, 2000, 259.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual,* N° 2, 2000, 277.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia,* N° 20, 2009, 195.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Discurso de presentación al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Nº 21, 2010, 577. (H).

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral*, Nº 19, 2009, 703. (CJ).

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva de Pablo Rodríguez Grez,* N° 1, 2000, 321. (R).

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Es constitucional la norma del inciso 2° del artículo 182 del Código Civil chileno, que impide impugnar la filiación determinada del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o reclamar una filiación distinta?*, N° 23, 2011, 161.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho, de Pablo Rodríguez Grez, discurso de presentación,* N° 5, 2002, 329. (R).

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La interpretación judicial de la ley*, Nº 17, 2008, 89.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La naturaleza de las obligaciones de los médicos,* N° 9, 2004, 131.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La pugna valórica en la ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria,* N° 26, 2012, 31.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La simulación y la jurisprudencia,* N° 11, 2005, 53.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos,* N° 8, 2003, 171.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias*, Nº 17, 2008, 550. (R).

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez,* N° 21, 2010, 171.

Actualidad Juridica 29 final.indd 873 21-01-14 11:45

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad,* N° 1, 2000, 133.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 10, 2004, 365. (R).

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?,* N° 10, 2004, 55.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Una experiencia de examen de casos,* N° 22, 2010, 167.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo y ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La participación ciudadana y el derecho de asociación en la ley N° 20.500 de 2011,* N° 24, 2011, 85.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo; RABAT CELIS, Fernando José y WARNIER READI, María Isabel, *Algunos alcances sobre la protección de los datos de carácter personal,* N° 28, 2013, 207.

SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada,* N° 8, 2003, 123.

SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional,* N° 3, 2001, 51.

SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal,* N° 10, 2004, 133.

SALDÍAS CÁRCAMO, Camila Odette, *Recurso de unificación de jurisprudencia desde el análisis comparado,* N° 27, 2013, 437.

SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana,* N° 9, 2004, 71.

SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet,* N° 7, 2003, 201.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada,* N° 8, 2003, 143.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático,* N° 10, 2004, 175.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio,* N° 9, 2004, 235.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *Comentarios relativos al proyecto de ley que establece un régimen simplificado para la constitución y modificación de sociedades comerciales*, Nº 24, 2011, 387.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *Derecho Internacional Privado de Aldo Monsálvez Müller*, Nº 17, 2008, 601. (R).

SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato de opción*, Nº 17, 2008, 351.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato swap*, Nº 18, 2008, 413.

Actualidad Juridica 29 final.indd 874 21-01-14 11:45

SARROCA POBLETE, , José Miguel, *Las asociaciones gremiales*, Nº 22, 2010, 155.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las sociedades por acciones SpA*, Nº 21, 2010, 515.

SCHMIDT HOTT, Claudia, *Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad*, Nº 20, 2009, 483.

SCHMIDT HOTT, Claudia, *Procedencia de la compensación económica en juicio de divorcio por culpa y cese de convivencia por petición unilateral por más de tres años*, Nº 24, 2011, 123.

SERÓN MÖLLER, Natalia, *Implementación del permiso postnatal parental: ¿una solución?*, N° 25, 2012, 385.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2007,* Nº 16, 2007, 497. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2007,* Nº 17, 2008, 529. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2008,* Nº 18, 2008, 619. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2008,* Nº 19, 2009, 779. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2009,* Nº 20, 2009, 847. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2009,* Nº 21, 2010, 559. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2010,* Nº 22, 2010, 535. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2010,* Nº 23, 2011, 551. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2011,* Nº 24, 2011, 427. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2011,* Nº 25, 2012, 633. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2012,* Nº 26, 2012, 591. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2012,* Nº 27, 2013, 515. (VA).

Actualidad Juridica 29 final.indd 875 21-01-14 11:45

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2013,* Nº 28, 2013, 593. (VA).

SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio,* N° 12, 2005, 177.

SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?,* N° 9, 2004, 83.

SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación,* N° 10, 2004, 83.

SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Introducción a la Economía Política Constitucional*, Nº 18, 2008, 189.

SILVA PRADO, José Pedro, *Aspectos fundamentales del proyecto de Código Procesal Civil*, N° 27, 2013, 105.

SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?*, N° 15, 2007, 161.

SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial,* N° 3, 2001, 303.

SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad,* N° 7, 2003, 183.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?,* N° 6, 2002, 13.

TAGLE MARTÍNEZ, Hugo*, La verdadera tercera vía*: N° 1, 2000, 161.

TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo,* N° 4, 2001, 299.

TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación,* N° 5, 2002, 53.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *El principio de facilidad de la prueba en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil para Chile: una propuesta de conciliación*, Nº 27, 2013, 137.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos*, Nº 19, 2009, 127.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal*, Nº 20, 2009, 127.

TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "concurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separara Nº 16, 2007, 65.

THAYER ARTEAGA, William, *El Nuevo procedimiento laboral, Proyecto antiguo y ley precipitada*, Nº 18, 2008, 519.

THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena,* N° 4, 2001, 261.

Actualidad Juridica 29 final.indd 876 21-01-14 11:45

THOMAS, Vincent (Trad. de Carlos Hecker Padilla), *La entrada, contrato de acceso al estadio en el derecho francés*, N° 26, 2012, 479.

UBILLA GRANDI, Luis, *El registro de accionistas. (En especial en las sociedades anónimas cerradas)*, N° 28, 2013, 383.

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria,* N° 8, 2003, 227.

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria,* N° 5, 2002, 129.

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa,* 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417. (CJ).

UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Plazos de prescripción en materia tributaria*, Nº 18, 2008, 499.

UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble,* N° 9, 2004, 37.

UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios*, Nº 16, 2007, 479. (CJ).

VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *La administración de la Sociedad por Acciones, o de cómo ha sido reivindicada la libertad contractual en la tipología societaria chilena,* N° 23, 2011, 139.

VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *Los acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia,* N° 21, 2010, 89.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil,* N° 9, 2004, 197.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje,* N° 7, 2003, 263.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, Nº 24, 2011, 355.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental*, Nº 22, 2010, 377.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Desarrollo sustentable, ¿un paradigma en crisis*, Nº 26, 2012, 497.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Evaluación ambiental estratégica: instrumento sustantivo de regionalización*, Nº 26, 2012, 301.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Fundamentos de la relación entre ambiente y energía. Derecho Ambiental: el factor de equilibrio entre ambos*, Nº 25, 2012, 513.

Actualidad Juridica 29 final.indd 877 21-01-14 11:45

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Gran reforma ambiental legislativa e institucional. Lo más relevante para las empresas*, Nº 28, 2013, 513.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *La protección ambiental en el ámbito constitucional*, Nº 27, 2013, 221.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva, instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno*, Nº 21, 2010, 49.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación*, Nº 23, 2011, 281.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del Ius Publicum Europaeum,* N° 13, 2006, 343.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico, de Danilo Zolo,* N° 1, 2000, 341. (R).

VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales,* N° 9, 2004, 321.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica,* N° 13, 2006, 171.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno,* N° 13, 2006, 189.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España,* Nº 16, 2007, 51.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suiza*, N° 20, 2009, 445.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo*, Nº 16, 2007, 203.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Derecho Público Iberoamericano de VV.AA Año 1, N° 2,* N° 28, 2013, 619. (R).

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional*, Nº 22, 2010, 55.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Inconstitucionalidad por omisión del legislador*, Nº 19, 2009, 373.

Actualidad Juridica 29 final.indd 878 21-01-14 11:45

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos*, Nº 18, 2008, 247.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional*, Nº 28, 2013, 299.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La resistencia de las Constituciones Nacionales, de Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton,* N° 25, 2012, 663. (R).

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Problemas del plebiscito como instrumento democrático y como decisor de políticas públicas*, Nº 25, 2012, 257.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales*, Nº 20, 2009, 597.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *"Schools for Misrule. Legal Academia and Overlawyered America", de Walter Olson,* N° 27, 2013, 557. (R).

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al Instituto nacional de DD.HH.: entre la política y el derecho*, Nº 26, 2012, 193.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos*, Nº 25, 2012, 175.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y OTTONE LAPOSTOL, Carla, *Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del Poder Judicial*, Nº 27, 2013, 199.

VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral,* N° 2, 2000, 177.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2001,* N° 4, 2001, 441. (VA).

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2001,* N° 5, 2002, 325. (VA).

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2002,* N° 6, 2002, 333. (VA).

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2002,* N° 7, 2003, 455. (VA)

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2003,* N° 8, 2003, 333. (VA)

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral,* N° 8, 2003, 293.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez,* N° 5, 2002, 349.

Actualidad Juridica 29 final.indd 879 21-01-14 11:45

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvención,* N° 6, 2002, 327.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado,* N° 19, 2009, 33.

VERGES, Etienne, *El derecho francés de la prueba civil: una carga compartida entre las partes y el juez,* N° 27, 2013, 81.

VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación*, Nº 22, 2010, 237.

VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Organización del regulador de los mercados financieros. Derecho Comparado*, Nº 24, 2011, 297.

VILLAGRÁN ABARZÚA, Marcelo, *La descentralización en Chile*, N° 23, 2011, 383.

VV.AA. (Varios Autores), *Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, Nº 17, 2008, 544. (R).

VV.AA. (Varios Autores), *Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su homenaje*, Nº 17, 2008, 560. (R).

VV.AA. (Varios Autores), *Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno"*, Nº 17, 2008, 549.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago),* N° 2, 2000, 371. (VA)

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *China, el imperio de las mentiras, de Guy Sorman*, Nº 16, 2007, 515. (R).

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino,* N° 3, 2001, 135.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El principio de probidad: análisis ético-político*, N° 27, 2013, 327.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho, de Agustín Squella Narducci,* N° 2, 2000, 437. (R).

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista,* N° 1, 2000, 307. (VA).

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980,* N° 4, 2001, 31.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público,* N° 11, 2005, 281.

Actualidad Juridica 29 final.indd 880 21-01-14 11:45

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo,* N° 1, 2000, 95.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado, de José Luis Cea Egaña,* N° 3, 2001, 359. (R).

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista, de Joseph Ratzinger,* N° 14, 2006, 313. (R).

WINTER DEL RÍO, Federico, *La regulación sectorial de la energía geotérmica en Chile. Problemas y propuestas*, N° 25, 2012, 315.

YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo, de William Thayer Arteaga,* N° 22, 2010, 551. (R).

YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer,* N° 21, 2010, 599. (R).

YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Las Facultades y Deberes del Juez en materia probatoria en el Proceso Laboral. Análisis Crítico, de Raúl Fernández Toledo,* N° 25, 2012, 673. (R)

Actualidad Juridica 29 final.indd 881 21-01-14 11:45

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. E–mail

Tipo de Suscripción

Nueva Renovación 1 Año 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCION*	**1 AÑO (2 Revistas)**	**2 AÑOS (4 Revistas)**
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e–mail a:
EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56–2–299 92 71
Fax: 56–2–299 92 71
E–mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56–41–268690
Fax: 56–41–268669
E–mail: cferrando@udd.cl

Actualidad Juridica 29 final.indd 883 21-01-14 11:45

Actualidad Juridica 29 final.indd 884 21-01-14 11:45