

ACTUALIDAD JURIDICA



Año I

Nº 1

Enero 2000

FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La inmunidad de Jurisdicción
ante el Derecho Internacional

Libertad económica y las facultades
de organismos antimonopolios

Bases del ejercicio de la jurisdicción

Persona, Familia y Sociedad



Universidad del Desarrollo
Santiago

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año I, N° 1 - Enero 2000



Universidad del Desarrollo

FACULTAD DE DERECHO

Índice de Contenidos

Presentación de <i>Actualidad Jurídica</i>	5
--	---

Controversias Jurídicas

• Resumen y Presentación. Gustavo Cuevas F	7
• Puntos de Vista. Pablo Rodríguez G., Luis Valenzuela, Ximena Fuentes	10
• El Tratado Internacional frente a la Constitución y la Ley. Pablo Rodríguez G.	47
• El principio territorial, juzgamiento penal y estricta jurisdicción. Mario Rojas S.	55

Ensayos y Estudios

• El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios. Olga Feliú S.	71
• Derecho y libre competencia en los mercados ampliados. Rafael Cruz F.	89
• Libre empresa, derecho, humanismo. Jaime Williams B.	95
• Bases del ejercicio de la jurisdicción. Roberto Dávila D.	99
• Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos. Gustavo Cuevas F.	117
• Persona, familia y sociedad. Hugo Rosende A.	133
• La verdadera tercera vía. Hugo Tagle M.	161
• Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo. Cecily Halpern M.	177
• La personalidad jurídica y el poder sancionador de la Administración. Enrique Alcalde R.	183

Actualización en Derecho

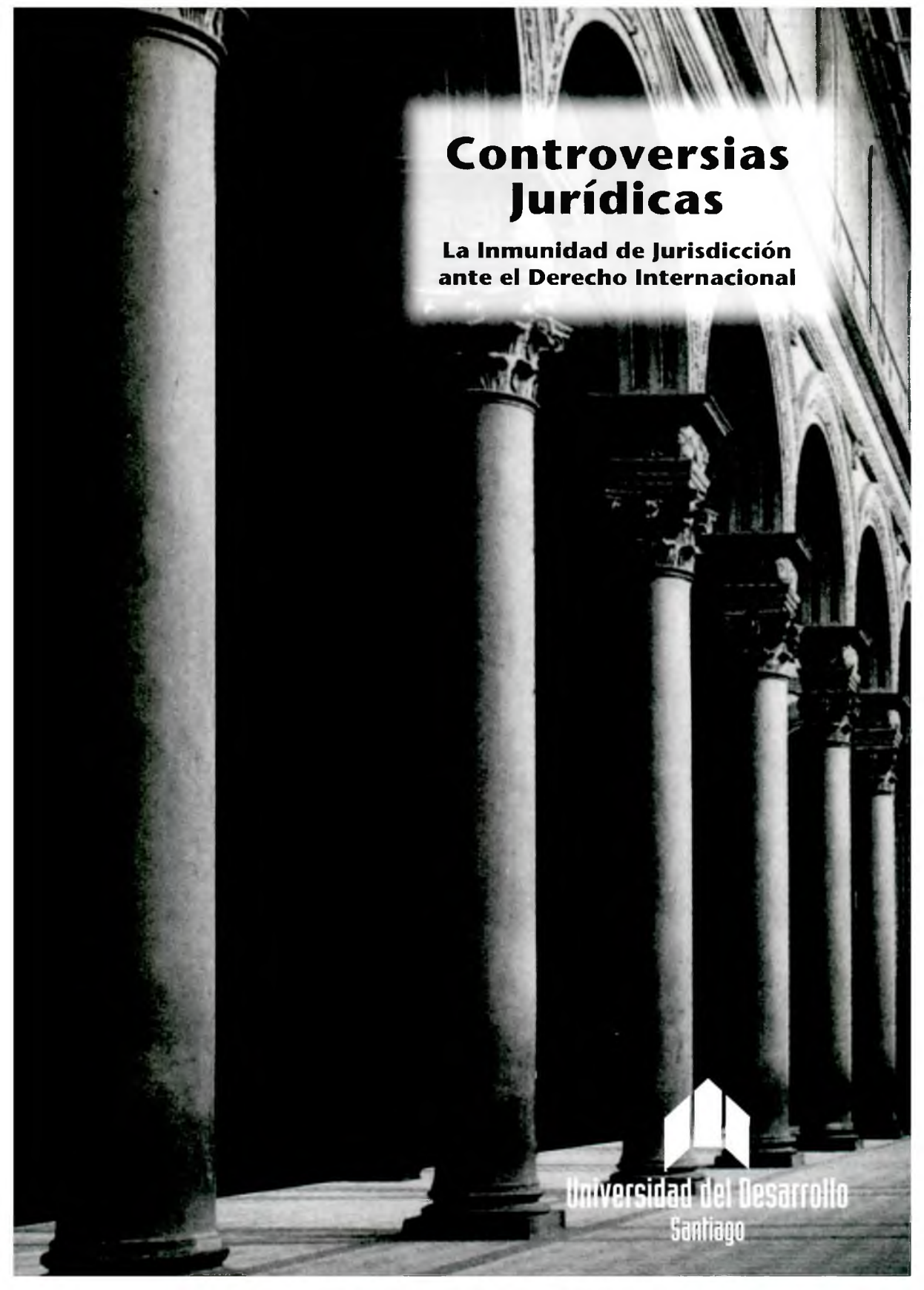
• Innovaciones en materia de regímenes patrimoniales. Pablo Rodríguez G.	193
• Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585. Ramón Domínguez A.	233
• Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación. Hugo Rosende A.	259
• Nuevo régimen de adopción. Ambrosio Rodríguez Q.	283

Actividades de la Facultad

• La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista. Jaime Williams B.	307
• Vida Estudiantil. Hugo Fábrega V.	317

Libros: resúmenes y reseñas

• <i>El derecho como creación colectiva</i> , de Pablo Rodríguez G. – Hugo Rosende A.	321
• <i>Recuerdos de la Mediación Pontificia</i> , de Santiago Benadava C. – Fernando Gamboa S.	333
• <i>Derecho y Ontología Jurídica</i> , de Francisco Carpintero – Julio Alvear T.	335
• <i>I signori della pace</i> , de Danilo Zolo – José Ignacio Vásquez M.	341



Controversias Jurídicas

**La Inmunidad de Jurisdicción
ante el Derecho Internacional**



Universidad del Desarrollo
Santiago

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

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.

De tiempo en tiempo surgen en la vida de nuestro país conflictos importantes que, en lugar de canalizarse a través de los grandes principios e instituciones jurídicas, se politizan, perdiendo de vista su origen y contenido. Es precisamente lo que ha sucedido en lo tocante con la detención y encausamiento en Londres de un ex Presidente de Chile y actual senador vitalicio. Es deber de las Facultades de Derecho examinar esta situación en la perspectiva que nos corresponde, desligándolo, en cuanto ello sea posible, de otras connotaciones que lo enturbian y confunden.

Es indiscutible que el derecho está sufriendo innovaciones trascendentales y que ellas provienen, en su mayoría, de la influencia que en la legislación interna ejerce el derecho internacional. Este fenómeno tiene aspectos políticos, históricos y jurídicos que deben analizarse con visión científica, ajena a prejuicios y consideraciones subalternas. La experiencia aludida, por otra parte, debe orientarse de modo que ella no se vuelva, como parece estar ocurriendo, un arma destinada a someter a algunos Estados a los designios de otros. Esta preocupación, a juicio nuestro, no puede ignorarse ni mucho menos atenuarse su importancia.

No menos significativas resultan las consecuencias que se siguen de la creciente influencia del derecho constitucional en la solución de conflictos intersubjetivos (lo que revela un proceso de "constitucionalización" del derecho privado), y lo que se ha dado en llamar la "judicialización" de muchos problemas de raíz política. Ambas tendencias van configurando una nueva fisonomía del Derecho que, ciertamente, debe gravitar de manera determinante en su creación, su aplicación y su estudio.

ACTUALIDAD JURIDICA pretende poner de relieve esta temática, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro.

Intentaremos, asimismo, realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un “creador” encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

El Director

PUNTOS DE VISTA

Presentación

En esta sección la revista aborda el tema relativo a la detención en Londres y posterior juicio de extradición en contra del senador Augusto Pinochet Ugarte, hecho este cuyo impacto y consecuencias políticas ha relegado a un segundo lugar la significación jurídica de esta controversia internacional, particularmente en lo referido a los alcances de ella en cuanto a la real vigencia y al desarrollo futuro del derecho internacional.

Los documentos que se transcriben a continuación demuestran, precisamente, la relevancia y complejidad que en el campo de lo estrictamente jurídico importan la existencia y evolución del proceso de extradición mencionado.

Además, estos documentos dan cuenta de una interesante polémica habida entre el profesor Pablo Rodríguez Grez, Decano de esta Facultad, y los especialistas en Derecho Internacional Luis Valenzuela V. y Ximena Fuentes T., en la que estos últimos han intentado rebatir las tesis centrales expuestas por el profesor Rodríguez en su artículo "La tesis jurídica de los lores", que obra como verdadera "cabeza de proceso" de este debate jurídico.

En síntesis, los principales puntos de vista del profesor Rodríguez y de sus dos contradictores fueron los siguientes:

1. Profesor Pablo Rodríguez G.

A su juicio, el problema fundamental reside en la calificación y alcance que se debe dar a la denominada "inmunidad de Estado", principio que en su opinión "pone a los jefes de Estado al margen de todo juzgamiento por parte de tribunales extranjeros". En cambio, recuerda el profesor Rodríguez, los lores han restringido la inmunidad del ex gobernante chileno asimilándola a la inmunidad de que gozan los representantes diplomáticos, en una operación dialéctica destinada a convertir la amplia inmunidad de Estado en una inmunidad limitada, en circunstancias que no es posible asimilar funciones substancialmente diversas como son las de Jefe de Estado y las de embajador.

En relación con lo anterior, insiste el profesor Rodríguez que el modo de amparar la soberanía de las naciones como base para la convivencia internacional, es delimitando la jurisdicción extranjera y negándole la facultad de poder juzgar al máximo personero de otro Estado. Por esta razón, en el derecho internacional siempre se ha estimado que un ex Jefe de Estado no puede ser juzgado por tribunales extranjeros respecto de hechos acaecidos mientras ejerció el poder, motivo este que explicaría que al establecerse la Corte Penal Internacional, los Estados debieron renunciar expresamente a sus respectivas inmunidades. A este respecto, concluye el profesor Rodríguez que si este principio de inmunidad no fuere rector en la convivencia internacional, esta situación implicaría transformarnos en vasallos de los países poderosos.

Refiriéndose a la tortura, hace presente que a pretexto de su carácter de "delito internacional", los lores la convierten en un atentado enteramente desvinculado del quehacer del Estado y, por lo mismo, en un ilícito imputable a la conducta privada del ex gobernante. De esta forma, consiguen imputarle al senador Pinochet una responsabilidad "personalísima" en la comisión del delito referido. Por lo demás, puntualiza el profesor Rodríguez, se debe tener presente que la acusación no está fundada en cargos probados, sino en meras imputaciones promovidas por odios políticos.

Siendo la "inmunidad de Estado" un principio de *jus cogens* y siendo ella, por esta razón, irrenunciable (salvo tratándose de la creación de una jurisdicción internacional), el profesor Rodríguez concluye que el general Pinochet "no está siendo juzgado por jueces, sino por sus enemigos políticos", pudiendo afirmarse que el derecho, en este episodio de la extradición, no es mas "que un instrumento acomodaticio para disfrazar un abuso". Está convencido, por todo lo expuesto, que la reseñada jurisprudencia de los lores "no podrá invocarse jamás tratándose de las grandes potencias mundiales".

2. La opinión del señor Luis Valenzuela puede resumirse del siguiente modo:

La Convención contra la Tortura es parte de un nuevo derecho internacional que tiene por objetivo resguardar "la soberanía del individuo frente a la arbitrariedad histórica del poder".

Por ello esta convención, con carácter de *jus cogens*, consagra una verdadera jurisdicción universal por parte de los tribunales de los Estados signatarios.

De lo anterior se desprende, según Valenzuela, que es inconciliable con la plena aplicación de este acuerdo sostener la vigencia de una inmunidad de Estado que contraría el cumplimiento de las obligaciones que dicha convención busca imponer.

Finalmente, recordando los hitos históricos que marcan un progreso ético en la conducta de la humanidad, progreso que se orienta en la creación de instrumentos destinados a proteger al individuo (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención contra la Tortura, etc.), Valenzuela concluye que fue “el peso de la historia y del progreso moral el que emitió su voz de condena” a través del fallo de los lores.

3. Por su parte, Ximena Fuentes argumenta que para dotar de eficacia a la Convención contra la Tortura, la que establece un sistema de jurisdicción universal para el castigo de los infractores, los lores la interpretan afirmando que los funcionarios públicos no pueden ampararse en la inmunidad de Estado cuando se trata de la comisión de delitos de tortura. En buenas cuentas, el criterio de los lores garantiza “la operatividad” de las estipulaciones contenidas en dicha convención.

Agrega Ximena Fuentes que el fallo que se comenta, aun poniéndose en el caso de ejercicio de la autoridad estatal, desconoce la inmunidad respectiva cuando este ejercicio está vinculado con crímenes de lesa humanidad.

Por último, basándose en el contenido de diversas normas del derecho internacional vigente, sostiene que la “inmunidad de Estado” no configura un principio de *jus cogens*, pudiendo los Estados renunciar a ella mediante la suscripción de acuerdos internacionales.

Cerrando esta presentación, nos parece pertinente señalar que de la lectura de los documentos que a continuación se reproducen, cabe inferir que el derecho internacional necesitará recorrer todavía un largo camino de perfeccionamiento antes de convertirse en un cuerpo jurídico confiable y dotado de normas cuyo imperio pueda imponerse, por igual, a países poderosos o débiles.

Gustavo Cuevas Farren
Editor

EL MERCURIO — Martes 11 de Mayo de 1989

La Tesis Jurídica de los Lores

La tesis jurídica sustentada en la sentencia de la Cámara de los Lores que aprobó la extradición de Pinochet a España es una demostración de que se buscó más un pretexto que un argumento para satisfacer las presiones políticas desatadas contra el gobierno militar que puso fin a la tentativa totalitaria del marxismo en Chile.

El problema fundamental que se planteó a ese tribunal reside en la calificación y alcance de la llamada "inmunidad de Estado". Dicha institución pone a los jefes de Estado al margen de todo juzgamiento por parte de tribunales extranjeros, principio que constituye la base de la convivencia internacional entre naciones soberanas. Por lo mismo, ningún gobernante puede ser encausado en otro país por los actos ejecutados durante su administración, ya que todos ellos, sin excepción, están cubiertos por este privilegio especial. Sólo los tribunales nacionales pueden conocer de los delitos que se le imputen mientras ejercía su cargo. De lo contrario, una jurisdicción foránea podría decidir sobre la legitimidad de actuaciones soberanas.

El principio de inmunidad de Estado fue pilotado por Inglaterra y España con argucias legales. Desde luego, se reconoce su plena aplicación hasta el 26 de noviembre de 1988, fecha en que entró en vigencia en Chile la Convención contra la Tortura. Dicho instrumento tipifica delitos definidos por los lores como "crímenes internacionales". Cabe recordar que la petición de extradición sólo incluye un cargo de esta naturaleza, referido a los apremios policiales sufridos por una persona acusada de delitos comunes en Curanilahue. Lo anterior no obsta a que, con el beneplácito de Gran Bretaña, tras conocido el fallo, se multiplicaran las acusaciones para aparentar el cumplimiento de las nuevas exigencias judiciales.

Los lores, admitiendo el principio de inmunidad de Estado, se preguntan qué ocurre cuando su titular deja el cargo o es depuesto. A su juicio, como esta situación no está prevista en las normas del Derecho Internacional, ella debe asimilarse a lo establecido a propósito de los "representantes diplomáticos del estado extranjero". Invocando lo preceptuado en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del año 1961, afirman que esta última confiere al agente diplomático durante su gestión una inmunidad amplísima, otorgada "ratione personae", la cual alcanza a todos sus actos, cubriendo tanto la responsabilidad penal como la responsabilidad civil. Pero esta inmunidad cesa cuando el representante abandona el país o expira el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir del mismo. A partir de entonces, la inmunidad otorgada "ratione personae" se transforma



No puede ser lo mismo y, por ende, estar sujeta a idéntica normativa la responsabilidad de un representante diplomático que la responsabilidad de un Jefe de Estado.

en una inmunidad limitada, "ratione materiae", la cual sólo cubre los "actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión" (artículo 39 N° 2 de la Convención de Viena). De esta manera, confundiendo la inmunidad de que gozan los representantes diplomáticos con la que corresponde a los jefes de Estado extranjeros, se consigue restringir la inmunidad del ex gobernante chileno.

El paso siguiente es igualmente infundado. Se trata, ahora, de esquivar la acusación conforme la cual "durante el régimen de Pinochet la tortura era un arma

zado en sus funciones, pudiendo ser procesado por un delito cometido al margen del desempeño de sus funciones.

En pocas palabras, para desconocer la inmunidad de Estado de que goza el general Pinochet ha sido necesario restringir abusivamente esta institución, asimilándola a la que corresponde a los agentes diplomáticos cuando dejan el país en que ejercen su cometido, e imputarle una responsabilidad personalísima en el delito de tortura, más allá de las políticas que, en materia de derechos humanos, se reprochan a su gobierno.

Los errores, creo yo, quedan de manifiesto. No puede ser lo mismo y, por ende, estar sujeta a idéntica normativa la responsabilidad de un representante diplomático que la responsabilidad de un Jefe de Estado. Este último ha ejercido el mando supremo, y todos sus actos, mientras ejercía el poder, cualesquiera que sea su naturaleza, sólo pueden ser juzgados por los tribunales nacionales, jamás por uno extranjero. Así se ha entendido siempre y así se ha reconocido por la comunidad internacional. La Convención contra la Tortura no hace excepción a este principio, de modo que alterarlo por la vía interpretativa, introduciendo limitaciones no contempladas en su texto, importa una clara infracción de la normativa aplicable. Tanto más grave resulta lo anterior si, para consumir estos abusos, se contradice, incluso, lo afirmado y reiterado en la acusación, en orden a que la tortura fue en Chile una política de Estado.

Advertimos con preocupación que la Cámara de los Lores construyó un adefesio jurídico, sobre bases demasiado frías, con el claro propósito de negar a un ex Jefe de Estado la inmunidad que alega. Si a lo señalado se suma lo ocurrido con un fallo anterior —que debió ser anulado por la concurrencia de un juez implicado— y las numerosas irregularidades que se observan en la tramitación de este proceso, se llega a la conclusión indesmentible de que la justicia británica se ha doblegado a la presión política de los sectores marxista, mostrándose incapaz de aplicar lealmente la ley internacional. Como si todo lo anterior no fuere suficiente, ahora España, para reafirmar su posición, agrega numerosos otros casos a su solicitud de extradición, precisamente porque, para darle curso, no es necesario acreditar nada: basta la acusación.

Lo reflexionado por los lores ingleses es una cabal demostración de que el general Pinochet no está siendo juzgado por jueces, sino por sus enemigos políticos.

Pablo Rodríguez Grex

Decano
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

**Para desconocer la
inmunidad de Estado
de que goza el general
Pinochet, ha sido
necesario restringir
abusivamente esta
institución**

oficial", una política de Estado destinada a acallar a los opositores y controlar el poder. Los lores sostienen, esta vez, que al ser la tortura un delito internacional, no puede admitirse que ella configure una función oficial, puesto que se trata de hacer algo que la ley internacional por sí misma prohíbe y criminaliza. Con esta aserción se transforma la tortura en un atentado desvinculado del Estado y, por lo tanto, imputable a la conducta privada del gobernante, el cual queda, de este modo, sujeto a la inmunidad limitada propia de un representante diplomático que ha ce-

EL MERCURIO - Martes 11 de Mayo de 1999

La Tesis Jurídica de los Lores

La tesis jurídica sustentada en la sentencia de la Cámara de los Lores que aprobó la extradición de Pinochet a España es una demostración de que se buscó más un pretexto que un argumento para satisfacer las presiones políticas desatadas contra el gobierno militar que puso fin a la tentativa totalitaria del marxismo en Chile.

El problema fundamental que se planteó a ese tribunal reside en la calificación y alcance de la llamada "inmunidad de Estado". Dicha institución pone a los jefes de Estado al margen de todo juzgamiento por parte de tribunales extranjeros, principio que constituye la base de la convivencia internacional entre naciones soberanas. Por lo mismo, ningún gobernante puede ser encausado en otro país por los actos ejecutados durante su administración, ya que todos ellos, sin excepción, están cubiertos por este privilegio especial. Sólo los tribunales nacionales pueden conocer de los delitos que se le imputen mientras ejercía su cargo. De lo contrario, una jurisdicción foránea podría decidir sobre la legitimidad de actuaciones soberanas.

El principio de inmunidad de Estado fue pisoteado por Inglaterra y España con argucias legales. Desde luego, se reconoce su plena aplicación hasta el 26 de noviembre de 1988, fecha en que entró en vigencia en Chile la Convención contra la Tortura. Dicho instrumento tipifica delitos definidos por los lores como "crímenes internacionales". Cabe recordar que la petición de extradición sólo incluye un cargo de esta naturaleza, referido a los apremios policiales sufridos por una persona acusada de delitos comunes en Curanilahue. Lo anterior no obsta a que, con el beneplácito de Gran Bretaña, tras conocido el fallo, se multiplicaran las acusaciones para aparentar el cumplimiento de las nuevas exigencias judiciales.

Los lores, admitiendo el principio de inmunidad de Estado, se preguntan qué ocurre cuando su titular deja el cargo o es depuesto. A su juicio, como esta situación no está prevista en las normas del Derecho Internacional, ella debe asimilarse a lo establecido a propósito de los "representantes diplomáticos del estado extranjero". Invocando lo preceptuado en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del año 1961, afirman que esta última confiere al agente diplomático durante su gestión una inmunidad amplísima, otorgada "ratione personae", la cual alcanza a todos

sus actos, cubriendo tanto la responsabilidad penal como la responsabilidad civil. Pero esta inmunidad cesa cuando el representante abandona el país o expira el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir del mismo. A partir de entonces, la inmunidad otorgada "*ratione personae*" se transforma en una inmunidad limitada, "*ratione materiae*", la cual sólo cubre los "actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión" (artículo 39 N° 2 de la Convención de Viena). De esta manera, confundiendo la inmunidad de que gozan los representantes diplomáticos con la que corresponde a los jefes de Estado extranjeros, se consigue restringir la inmunidad del ex gobernante chileno.

El paso siguiente es igualmente infundado. Se trata, ahora, de esquivar la acusación conforme la cual "durante el régimen de Pinochet la tortura era un arma oficial" una política de Estado destinada a acallar a los opositores y controlar el poder. Los lores sostienen, esta vez, que al ser la tortura un delito internacional, no puede admitirse que ella configure una función oficial, puesto que se trata de hacer algo que la ley internacional por sí misma prohíbe y criminaliza. Con esta aseveración se transforma la tortura en un atentado desvinculado del Estado y, por lo tanto, imputable a la conducta privada del gobernante, el cual queda, de este modo, sujeto a la inmunidad limitada propia de un representante diplomático que ha cesado en sus funciones, pudiendo ser procesado por un delito cometido al margen del desempeño de sus funciones.

En pocas palabras, para desconocer la inmunidad de Estado de que goza el general Pinochet ha sido necesario restringir abusivamente esta institución, asimilándola a la que corresponde a los agentes diplomáticos cuando dejan el país en que ejercen su cometido, e imputarle una responsabilidad personalísima en el delito de tortura, más allá de las políticas que, en materia de derechos humanos, se reprochan a su gobierno.

Los errores, creo yo, quedan de manifiesto. No puede ser lo mismo y, por ende, estar sujeta a idéntica normativa la responsabilidad de un representante diplomático que la responsabilidad de un Jefe de Estado. Este último ha ejercido el mando supremo, y todos sus actos, mientras ejercía el poder, cualquiera que sea su naturaleza, sólo pueden ser juzgados por los tribunales nacionales, jamás por uno extranjero. Así se ha entendido siempre y así se ha reconocido por la comunidad Internacional. La Convención contra la Tortura no hace excepción a este principio, de modo que alterarlo por la vía interpretativa introduciendo limitaciones no contempladas en su texto, importa una clara infracción de la normativa aplicable. Tanto más grave resulta lo anterior si, para consumar estos abusos, se contradice, incluso, lo afirmado y reiterado en la acusación, en orden a que la tortura fue en Chile una política de Estado.

Advertimos con preocupación que la Cámara de los Lores construyó un adefesio jurídico, sobre bases demasiado febles, con el claro propósito de negar a un ex Jefe de Estado la inmunidad que alega. Si a lo señalado se suma lo ocurrido con un fallo anterior –que debió ser anulado por la Concurrencia de un juez implicado– y las numerosas irregularidades que se observan en la tramitación de este proceso, se llega a la conclusión indesmentible de que la justicia británica se ha doblegado a la presión política de los sectores marxistas, mostrándose incapaz de aplicar lealmente la ley internacional. Como si todo lo anterior no fuere suficiente, ahora España, para reafirmar su posición, agrega numerosos otros casos a su solicitud de extradición, precisamente porque, para darle curso, no es necesario acreditar nada: basta la acusación.

Lo reflexionado por los lores ingleses es una cabal demostración de que el general Pinochet no está siendo juzgado por jueces, sino por sus enemigos políticos.

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Fallo de los Lores

Señor Director:

Con sumo interés pude leer el artículo de opinión de Pablo Rodríguez Grez (11 de mayo), quien hace un pujante análisis del más reciente fallo de los lores ingleses y que merece, sin embargo, algunos comentarios esclarecedores.

Según las afirmaciones del Sr. Rodríguez, los lores ingleses recurrieron a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas para hacer una inapropiada interpretación de dicha normativa, "confundiendo la inmunidad de que gozan los representantes diplomáticos con la que corresponde a los jefes de Estado extranjeros", y restringiendo así de forma artificiosa la inmunidad de Estado de que gozara el senador Pinochet en tanto ex Jefe de Estado. Sin embargo, según las afirmaciones de Lord Browne-Wilkinson, un análisis de la referida Convención obliga a la siguiente conclusión: "La posición de un ex embajador y de un ex Jefe de Estado pareciera ser prácticamente idéntica... ambos gozan de inmunidad por aquellos actos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales". De tal manera que se usó este razonamiento sobre los privilegios de agentes diplomáticos precisamente con el fin de consagrar la inmunidad del senador (y no para restringirla) por actos cometidos durante el ejercicio de sus funciones como Primer Mandatario.

El problema que, en verdad, aquejaba a los lores, como bien señaló el mismo Browne-Wilkinson, era de otra índole: tratábase, pues, de determinar si el derecho internacional concede inmunidad de Estado en aquellos casos en que se hayan cometido actos de tortura y, de ser así, si la República de Chile, España y el Reino Unido, en tanto signatarios de la Convención contra la Tortura, están obligados a dar expresión concreta a su articulado que limita el principio de inmunidad en este tipo de casos al menos hasta el 8 de diciembre de 1988, fecha en que el Reino Unido ratificó oficialmente dicha Convención.

Así, su afirmación en el sentido de que un Jefe de Estado jamás puede ser juzgado por un tribunal extranjero y paralelamente de que la Convención contra la Tortura "no hace excepción a este principio", constituye desafortunadamente una errónea evaluación de la normativa internacional vigente.

En verdad, y como tuvo a bien señalar

nuevamente Browne-Wilkinson, dicha Convención no hace mención alguna sobre la inmunidad de la que puedan gozar diplomáticos o jefes de Estado. Por el contrario, dicha Convención consagra la jurisdicción universal de los tribunales de todo estado signatario de la misma y obliga al proceso judicial o bien a la extradición para tal efecto. De esta forma, la Convención adquiere el estatus de *jus cogens*, que entrega a dicho acuerdo una cualidad jerárquica dentro de la jurisdicción internacional superior a la de los tratados convencionales o a la del derecho internacional ordinario por cuanto representa un valor absoluto (la prohibición universal a la tortura) que todos sus signatarios están obligados a defender.

Lógicamente, el precedente que dicho caso sienta trasciende inapelablemente las fronteras del territorio nacional, por cuanto reviste claras consecuencias para una nueva comunidad ética formada por los 110 países que suscriben la referida Convención. De tal forma que el caso del senador Pinochet, más que poner de manifiesto la presión política ejercida por "los sectores marxistas", subraya la importantísima transformación del derecho internacional en el sentido de hacer valer finalmente determinados valores humanos y resguardar, así, la soberanía del individuo frente a la arbitrariedad histórica del poder.

Luis Valenzuela V.
Depto. de Relaciones Internacionales
London School of Economics and
Political Science, Londres, Inglaterra

EL MERCURIO - Miércoles 19 de Mayo de 1999

Fallo de los Lores

Señor Director:

Con sumo interés pude leer el artículo de opinión de Pablo Rodríguez Grez (11 de mayo), quien hace un pujante análisis del más reciente fallo de los lores ingleses y que merece, sin embargo, algunos comentarios esclarecedores.

Según las afirmaciones del Sr. Rodríguez, los lores ingleses recurrieron a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas para hacer una inapropiada interpretación de dicha normativa “confundiendo la Inmunidad de que gozan los representantes diplomáticos con la que corresponde a los jefes de Estado extranjeros y restringiendo así de forma artificiosa la inmunidad de Estado de que gozara el senador Pinochet en tanto ex Jefe de Estado”. Sin embargo, según las afirmaciones de Lord Browne-Wilkinson, un análisis de la referida Convención obliga a la siguiente conclusión: “La posición de un ex embajador y de un ex Jefe de Estado pareciera ser prácticamente idéntica... ambos gozan de inmunidad por aquellos actos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales”. De tal manera que se usó este razonamiento sobre los privilegios de agentes diplomáticos precisamente con el fin de consagrar la inmunidad del senador (y no para restringirla) por actos cometidos durante el ejercicio de sus funciones como Primer Mandatario.

El problema que, en verdad, aquejaba a los lores, como bien señaló el mismo Browne-Wilkinson, era de otra índole: tratábase, pues, de determinar si el derecho internacional concede inmunidad de Estado en aquellos casos en que se hayan cometido actos de tortura y, de ser así, si la República de Chile, España y el Reino Unido, en tanto signatarios de la Convención contra la Tortura están obligados a dar expresión concreta a su articulado que limita el principio de inmunidad en este tipo de casos al menos hasta el 8 de diciembre de 1988, fecha en que el Reino Unido ratifica oficialmente dicha Convención.

Así, su afirmación en el sentido de que un Jefe de Estado jamás puede ser juzgado por un tribunal extranjero y paralelamente de que la Convención

contra la Tortura “no hace excepción a este principio”, constituye desafortunadamente una errónea evaluación de la normativa internacional vigente.

En verdad, y como tuvo a bien señalar nuevamente Browne-Wilkinson, dicha Convención no hace mención alguna sobre la inmunidad de la que puedan gozar diplomáticos o jefes de Estado. Por el contrario, dicha Convención consagra la jurisdicción universal de los tribunales de todo estado signatario de la misma y obliga al proceso judicial o bien a la extradición para tal efecto. De esta forma, la Convención adquiere el estatus de *jus cogens* que entrega a dicho acuerdo una cualidad jerárquica dentro de la juridicidad internacional superior a la de los tratados convencionales o a la del derecho internacional ordinario por cuanto representa un valor absoluto (la prohibición universal a la tortura) que todos sus signatarios están obligados a defender.

Lógicamente, el precedente que dicho caso sienta trasciende inapelablemente las fronteras del territorio nacional por cuanto reviste claras consecuencias para una nueva comunidad ética formada por los 110 países que suscriben la referida Convención. De tal forma que el caso del senador Pinochet más que poner de manifiesto la presión política ejercida por “los sectores marxistas” subraya la importantísima transformación del derecho internacional en el sentido de hacer valer finalmente determinados valores humanos y resguardar, así, la soberanía del individuo frente a la arbitrariedad histórica del poder.

Luis Valenzuela V.

Depto. de Relaciones Internacionales
London School of Economics and Political Science,
Londres, Inglaterra

EL MERCURIO - Viernes 28 de Mayo de 1999

Fallo de los Lores

Señor Director:

Me refiero a las interesantes observaciones formuladas por don Luis Valenzuela V., en la edición de "El Mercurio" del 19 del mes en curso, en que se analizan algunos de mis comentarios en relación al fallo de los lores ingleses sobre la extradición del general Pinochet. Deseo puntualizar algunos hechos que pueden contribuir al esclarecimiento de esta decisión:

Los lores ingleses estimaron en su sentencia que la situación de un ex embajador y de un ex Jefe de Estado es idéntica en lo que dice relación con la inmunidad de que gozan. De aquí que hayan aplicado la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas. Este planteamiento me parece absolutamente errado, ya que asimilar ambas funciones importa desconocer que el primero es un mero representante de un país extranjero y el segundo quien dirige y encabeza la política del respectivo Estado. Por lo mismo, una vez que el representante diplomático ha cesado en el ejercicio de sus funciones, podemos distinguir entre sus actos públicos y sus actos privados, sometiendo estos últimos a la jurisdicción extranjera. Pero esta distinción resulta aberrante tratándose de un jefe de Estado, ya que todas sus actividades están indisolublemente ligadas a la naturaleza de sus funciones. Como consecuencia de esta abusiva asimilación fue posible sostener que supuestas conductas privadas atribuidas al general Pinochet durante su mandato quedaban al margen de la inmunidad de Estado y, por lo mismo, podía ser juzgado por un tribunal ordinario de otro país.

Como los delitos de tortura imputados a su administración se presentaban como una "política de Estado" era necesario, ahora, privarlos de este carácter, transformándolos en una acción "privada" sujeta al juzgamiento de cualquier tribunal extranjero. De esa manera se consigue el objetivo final: la inmunidad de que goza el general Pinochet a partir de 1990 sólo cubre los actos y políticas de Estado, y las imputaciones sobre tortura constituyen la comisión de actos privados no oficiales, como afirmaba la acusación.

Ocorre, sin embargo, que ni la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas hace extensivo a los Jefes de Estado sus disposiciones, ni la

Cartas

Fallo de los Lores

Señor Director:

Me refiero a las interesantes observaciones formuladas por don Luis Valenzuela V., en la edición de "El Mercurio" del 19 del mes en curso, en que se analizan algunos de mis comentarios en relación al fallo de los lores ingleses sobre la extradición del general Pinochet. Deseo puntualizar algunos hechos que pueden contribuir al esclarecimiento de esta decisión:

Los lores ingleses estimaron en su sentencia que la situación de un ex embajador y de un ex Jefe de Estado es idéntica en lo que dice relación con la inmunidad de que gozan. De aquí que hayan aplicado la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas. Este planteamiento me parece absolutamente errado, ya que asimilar ambas funciones importa desconocer que el primero es un mero representante de un país extranjero y el segundo quien dirige y encabeza la política del respectivo Estado. Por lo mismo, una vez que el representante diplomático ha cesado en el ejercicio de sus funciones, podemos distinguir entre sus actos públicos y sus actos privados, sometiendo estos últimos a la jurisdicción extranjera. Pero esta distinción resulta aberrante tratándose de un Jefe de Estado, ya que todas sus actividades están indisolublemente ligadas a la naturaleza de sus funciones. Como consecuencia de esta abusiva asimilación fue posible sostener que supuestas conductas privadas atribuidas al general Pinochet durante su mandato quedaban al margen de la inmunidad de Estado y, por lo mismo, podía ser juzgado por un tribunal ordinario de otro país.

Como los delitos de tortura imputados a su administración se presentaban como una "política de Estado" era necesario, ahora, privarlos de este carácter, transformándolos en una acción "privada" sujeta al juzgamiento de cualquier tribunal extranjero. De esa manera se consigue el objetivo final: la inmunidad de que goza el general Pinochet a partir de 1990 sólo cubre los actos y políticas de Estado, y las imputaciones sobre tortura constituyen la comisión de actos privados no oficiales, como afirmaba la acusación.

Ocorre, sin embargo, que ni la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas hace extensivo a los Jefes de Estado sus disposiciones, ni la Convención contra la tortura delimita la inmunidad de Estado. En consecuencia, es ilegítimo desconocer este beneficio, invocando razones que contravienen normas y principios de derecho internacional.

Se sostiene, de manera contradictoria, que la Convención sobre la tortura no hace mención alguna a la inmunidad de que gozan los ex jefes de Estado; que dicha Convención, por lo mismo, consagra la jurisdicción universal de los tribunales de todos los estados signatarios; y que, de esta forma, dicha convención adquiere el estatus de "jus cogens". ¿Cuál es la ilación lógica de estas afirmaciones? Si la Convención sobre la tortura no se refiere a la inmunidad de Estado es, precisamente, porque ésta prevalece sin alteración alguna. La jurisdicción universal de los tribunales de los países signatarios de dicha Convención no importa derogar la inmunidad de Estado que se ha consagrado como base fundamental para la convivencia pacífica entre los estados. La inmunidad de Estado constituye uno de los principios de "jus cogens" (una especie de orden público internacional limitativo de la validez de los tratados internacionales), como lo sostiene, entre otros, Carrillo Salcedo, para quien, entre los principios de "jus cogens" debe considerarse: "La igualdad de estatus jurídico de los Estados y el principio de no intervención en asuntos que sean de jurisdicción interna de los Estados" (Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Madrid. 1976. Pág. 264).

Con lo manifestado queda perfectamente en claro que el fallo de los lores, lejos de constituir un paso adelante en la evolución del derecho internacional, no es más que una pobre construcción destinada a satisfacer las presiones políticas que se ejercieron sobre el Tribunal. Lo anterior queda patente si se recuerda que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala expresamente en el artículo 27.2 que "las inmunidades y las normas de procedimiento especial que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella". Si se ha estimado necesario la renuncia expresa de cada signatario a la inmunidad de Estado, ello revela que mientras esto no ocurra los tribunales extranjeros, incluso una corte internacional, no pueden juzgar a un ex jefe de Estado.

Pablo Rodríguez Grez

Convención contra la tortura delimita la inmunidad de Estado. En consecuencia, es ilegítimo desconocer este beneficio, invocando razones que contravienen normas y principios de derecho internacional.

Se sostiene, de manera contradictoria, que la Convención sobre la tortura no hace mención alguna a la inmunidad de que gozan los ex jefes de Estado; que dicha Convención, por lo mismo, consagra la jurisdicción universal de los tribunales de todos los estados signatarios; y que, de esa forma, dicha convención adquiere el estatus de "jus cogens". ¿Cuál es la ilación lógica de estas afirmaciones? Si la Convención sobre la tortura no se refiere a la inmunidad de Estado es, precisamente, porque ésta prevalece sin alteración alguna. La Jurisdicción universal de los tribunales de los países signatarios de dicha Convención no importa derogar la inmunidad de Estado que se ha consagrado como base fundamental para la convivencia pacífica entre los estados. La inmunidad de Estado constituye uno de los principios de "jus cogens" (una especie de orden público internacional limitativo de la validez de los tratados internacionales), como lo sostiene, entre otros, Carrillo Salcedo, para quien, entre los principios de "jus cogens" debe considerarse: "La igualdad de estatus jurídico de los Estados y el principio de no intervención en asuntos que sean de jurisdicción interna de los Estados" (*Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid. 1976. Pág. 264).

Con lo manifestado queda perfectamente en claro que el fallo de los lores, lejos de constituir un paso adelante en la evolución del derecho internacional, no es más que una pobre construcción destinada a satisfacer las presiones políticas que se ejercieron sobre el Tribunal. Lo anterior queda patente si se recuerda que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala expresamente en el artículo 27.2 que "las inmunidades y las normas de procedimiento especial que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella". Si se ha estimado necesario la renuncia expresa de cada signatario a la inmunidad de Estado, ello revela que mientras esto no ocurra los tribunales extranjeros, incluso una corte internacional, no pueden juzgar a un ex jefe de Estado.

Pablo Rodríguez Grez

Cartas

Fallo de los Lores

Señor Director:

Agradezco la gentileza que tuvo don Pablo Rodríguez Grez al dar respuesta (en la edición de "El Mercurio" del 28 de mayo de 1999) a mi análisis de sus comentarios respecto del último fallo de la Cámara de los Lores.

Debo, sin embargo, hacer algunas últimas observaciones a propósito de la defensa que el señor Rodríguez hace del principio de inmunidad de Estado de que supuestamente fue privado el senador.

Por cierto, su última misiva sostiene e insiste en que 1) los lores asimilaron las funciones de un Jefe de Estado con la de un agente diplomático y, en esa forma, crearon las condiciones para poder sostener que "supuestas conductas privadas atribuidas al general Pinochet durante su mandato quedaban al margen de la inmunidad de Estado y, por lo mismo, podía ser juzgado por un tribunal ordinario de otro país"; y que 2) si ni la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas ni la Convención contra la Tortura hacen mención de la inmunidad de Estado, "es, precisamente, porque ésta prevalece sin alteración alguna..." Es decir, un Jefe de Estado, por la naturaleza de sus funciones, según señala el señor Rodríguez, goza de inmunidad de Estado ad infinitum.

Respecto del primer punto, el fallo revela inapelablemente lo contrario. El senador, por resolución de los lores, no podrá ser juzgado por actos, públicos o privados, cometidos durante el período en que cumplió labores como Primer Mandatario. Se recurrió a la Convención sobre Relaciones Diplomáticas precisamente para establecer esta inmunidad. El senador pierde su inmunidad, sin embargo, a partir del 8 de diciembre de 1988, fecha en que Chile, el Reino Unido y España firman la Convención contra la Tortura que establece la jurisdicción universal de los tribunales de todo país signatario. A la luz del argumento del señor Rodríguez, conviene precisar que la referida Convención no busca procesar a personas por actos "privados" sino sólo por actos cometidos, como bien establece el artículo primero, "...por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas..."

En lo que al segundo punto se refiere, es perfectamente razonable suponer, particularmente en relación con la Convención contra la Tortura, que de haber existido la intención de reivindicar la inmunidad de Estado a beneficio de un jefe o ex jefe de Estado, ello hubiese sido objeto de un artículo explícito en tal sentido. Se creó con la referida Convención, por cierto, un marco legal que pudiese imposibilitar el recurrir a la inmunidad como medida para escapar a la voluntad de la

justicia. Como nos enseña Lord Millet, es ilógico suponer que el derecho internacional hubiese establecido un crimen con carácter "jus cogens" y al mismo tiempo haber hecho posible una inmunidad que contrariase las obligaciones que dicha Convención busca imponer. Por lo que, el sentido y fuerza de la Convención contra la Tortura se entiende, primero, por el hecho de que establece explícitamente la tortura como crimen internacional y, segundo, porque facilita la aprehensión y procesamiento de las personas acusadas.

Así, que la tortura sea considerada como crimen internacional e incluso, para recordar a Lord Millet, como un "ataque contra el orden internacional", refleja no un retroceso sino indudablemente la emergencia de un nuevo sentido ético que busca consolidar el valor del individuo frente al poder soberano e inextinguible. El siglo XX, y el perfilamiento de ideologías extremas que fueron capaces de someter al hombre indefenso a la lógica del poder y que, al mismo tiempo, llevaron el mundo al borde de su propio aniquilamiento, fue un período aleccionador en este sentido. Necesario fue crear principios éticos universales destinados a proteger al hombre y a la familia frente a la arbitrariedad del poder y transformar la soberanía del individuo en algo anterior a la soberanía del Estado. En este sentido, las palabras de San Agustín ("En ausencia de la justicia, la soberanía no es sino un bandolerismo organizado") cobran un particular significado. Nos hacen pensar que si bien es indiscutible la obligación del Estado chileno de velar por la soberanía del país, no es menos cierto que Chile debe acatar los principios universales de justicia de los que oficialmente ya participa.

Luis Valenzuela V.
Departamento de
Relaciones Internacionales
London School of
Economics and Political Science

EL MERCURIO - Viernes 4 de Junio de 1999

Fallo de los Lores

Señor Director:

Agradezco la gentileza que tuvo don Pablo Rodríguez Grez al dar respuesta (en la edición de "El Mercurio" del 28 de mayo de 1999) a mi análisis de sus comentarios respecto del último fallo de la Cámara de los Lores.

Debo, sin embargo, hacer algunas últimas observaciones a propósito de la defensa que el señor Rodríguez hace del principio de inmunidad de Estado de que supuestamente fue privado el senador.

Por cierto, su última misiva sostiene e insiste en que 1) los lores asimilaron las funciones de un Jefe de Estado con la de un agente diplomático y, en esa forma, crearon las condiciones para poder sostener que "supuestas conductas privadas atribuidas al general Pinochet durante su mandato quedaban al margen de la inmunidad de Estado y, por lo mismo podía ser juzgado por un tribunal ordinario de otro país"; y que 2) si ni la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas ni la Convención contra la Tortura hacen mención de la inmunidad de Estado, "es, precisamente, porque ésta prevalece sin alteración alguna..." Es decir, un Jefe de Estado, por la naturaleza de sus funciones, según señala el señor Rodríguez, goza de Inmunidad de Estado ad infinitum.

Respecto del primer punto, el fallo revela inapelablemente lo contrario. El senador, por resolución de los lores, no podrá ser juzgado por actos, públicos o privados cometidos durante el período en que cumplió labores como Primer Mandatario. Se recurrió a la Convención sobre Relaciones Diplomáticas precisamente para establecer esta inmunidad. El senador pierde su inmunidad, sin embargo, a partir del 8 de diciembre de 1988, fecha en que Chile, el Reino Unido y España firman la Convención contra la Tortura que establece la jurisdicción universal de los tribunales de todo país signatario. A la luz del argumento del señor Rodríguez, conviene precisar que la referida Convención no busca procesar a personas por actos "privados" sino sólo por actos cometidos, como bien establece el artículo primero, " ... por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas...".

En lo que al segundo punto se refiere, es perfectamente razonable suponer, particularmente en relación con la Convención contra la Tortura, que de haber existido la intención de reivindicar la inmunidad de Estado a beneficio de un jefe o ex jefe de Estado, ello hubiese sido objeto de un artículo explícito en tal sentido. Se creó con la referida Convención, por cierto, un marco legal que pudiese imposibilitar recurrir a la inmunidad como medida para escapar a la voluntad de la justicia. Como nos enseña Lord Millet es ilógico suponer que el derecho internacional hubiese establecido un crimen con carácter "jus cogens" y al mismo tiempo haber hecho posible una inmunidad que contrariase las obligaciones que dicha Convención busca imponer. Por lo que, el sentido y fuerza de la Convención contra la Tortura se entiende, primero, por el hecho de que establece explícitamente la tortura como crimen internacional y, segundo, porque facilita la aprehensión y procesamiento de las personas acusadas.

Así, que la tortura sea considerada como crimen internacional e incluso, para recordar a Lord Millet, como un "ataque contra el orden internacional", refleja no un retroceso sino indudablemente la emergencia de un nuevo sentido ético que busca consolidar el valor del individuo frente al poder soberano e inexpugnable. El siglo XX, y el perfilamiento de ideologías extremas que fueron capaces de someter al hombre indefenso a la lógica del poder y que, al mismo tiempo, llevaron el mundo al borde de su propio aniquilamiento, fue un período aleccionador en este sentido. Necesario fue crear principios éticos universales destinados a proteger al hombre y a la familia frente a la arbitrariedad del poder y transformar la soberanía del individuo en algo anterior a la soberanía del Estado. En este sentido las palabras de San Agustín ("En ausencia de la justicia, la soberanía no es sino un bandolerismo organizado") cobran un particular significado. Nos hacen pensar que si bien es indiscutible la obligación del Estado chileno de velar por la soberanía del país, no es menos cierto que Chile debe acatar los principios universales de justicia de los que oficialmente ya participa.

Luis Valenzuela V.

EL MERCURIO - Lunes 7 de Junio de 1999

Fallo de los Lores

Señor Director:

En un artículo de opinión aparecido en su diario con fecha 11 de mayo, y en una carta publicada el 28 de ese mes, el señor Pablo Rodríguez Grez ofrece algunos comentarios acerca del fallo de los lores en el caso Pinochet. Ha rebatido las opiniones del señor Rodríguez el señor Luis Valenzuela, y he querido sumarme a este debate para hacer ver que el señor Rodríguez está equivocado en su análisis del fallo.

El primer error en que incurre es pensar que los lores han equiparado la función de un embajador con la función de un Jefe de Estado, con el objeto de aplicar la restringida inmunidad que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas reconoce a los ex embajadores. La verdad es que en ninguna parte del fallo puede leerse que los lores hayan estimado que la función de un embajador sea la misma que la función de un Jefe de Estado. Lo que los lores hacen es comparar la situación de un ex embajador con la de un ex Jefe de Estado a fin de determinar el verdadero alcance de la Inmunidad establecida en la State Immunity Act de 1978. Si se parte de la base de que la inmunidad es una institución necesaria para proteger la independencia e igualdad entre los Estados y que las funciones del Estado se materializan a través de funcionarios, se llega a la conclusión de que es necesario que la inmunidad de Estado se aplique también a funcionarios tales como embajadores y Jefes de Estado. Mientras el embajador o el Jefe de Estado ejercen el cargo, la inmunidad en materias criminales es absoluta y se dice que es una inmunidad "ratione personae". Pero cuando el embajador o el Jefe de Estado cesan en sus funciones, es decir, dejan de representar al Estado en tal calidad, la inmunidad "ratione personae" no tiene ya razón de ser. Sin embargo, como explica Lord Browne-Wilkinson, con el objeto de proteger la integridad de los actos del Estado, se hace necesaria la institución de la inmunidad "ratione materiae", es decir, una inmunidad funcional otorgada en razón de la calidad oficial del acto y no ya de la persona. Esta es la regla general existente en derecho internacional. Por lo tanto, no se ha tratado aquí de equiparar la función de un embajador con la de un Jefe de Estado, sino de hacer una comparación analógica, que es perfectamente legítima cuando se trata de interpretar el derecho.

Fallo de los Lores

Señor Director:

En un artículo de opinión aparecido en su diario con fecha 11 de mayo, y en una carta publicada el 28 de ese mes, el señor Pablo Rodríguez Grez ofrece algunos comentarios acerca del fallo de los lores en el caso Pinochet. Ha rebatido las opiniones del señor Rodríguez el señor Luis Valenzuela, y he querido sumarme a este debate para hacer ver que el señor Rodríguez está equivocado en su análisis del fallo.

El primer error en que incurre es pensar que los lores han equiparado la función de un embajador con la función de un Jefe de Estado, con el objeto de aplicar la restringida inmunidad que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas reconoce a los ex embajadores. La verdad es que en ninguna parte del fallo puede leerse que los lores hayan estimado que la función de un embajador sea la misma que la función de un Jefe de Estado. Lo que los lores hacen es comparar la situación de un ex embajador con la de un ex Jefe de Estado a fin de determinar el verdadero alcance de la inmunidad establecida en la State Immunity Act de 1978. Si se parte de la base de que la inmunidad es una institución necesaria para proteger la independencia e igualdad entre los Estados y que las funciones del Estado se materializan a través de funcionarios, se llega a la conclusión de que es necesario que la inmunidad de Estado se aplique también a funcionarios tales como embajadores y Jefes de Estado. Mientras el embajador o el Jefe de Estado ejercen el cargo, la inmunidad en materias criminales es absoluta y se dice que es una inmunidad "ratione personae". Pero cuando el embajador o el Jefe de Estado cesan en sus funciones, es decir, dejan de representar al Estado en tal calidad, la inmunidad "ratione personae" no tiene ya razón de ser. Sin embargo, como explica Lord Browne-Wilkinson, con el objeto de proteger la integridad de los actos del Estado, se hace necesaria la institución de la inmunidad "ratione materiae", es decir, una inmunidad funcional otorgada en razón de la calidad oficial del acto y no ya de la persona. Esta es la regla general existente en derecho internacional. Por lo tanto, no se ha tratado aquí de equiparar la función de un embajador con la de un Jefe de Estado, sino de hacer una comparación analógica, que es perfectamente legítima cuando se trata de interpretar el derecho.

El señor Rodríguez incurre en un error adicional cuando señala que los lores han transformado los actos de Pinochet en actos privados no oficiales, para de esta manera quitarle la inmunidad que lo ampara. La verdad es que el argumento de los lores es un poco más sofisticado. Una pregunta que los lores se formulan es si la tortura organizada por el Estado puede ser considerada como una función propia de éste. A esta pregunta, Lord Browne-Wilkinson responde que la

tortura en la forma en que se define en la Convención contra la Tortura no puede ser considerada una función del Estado para los efectos de aplicar la inmunidad. Es en este contexto que Browne-Wilkinson señala: "Tengo dudas de si antes de la entrada en vigencia de la Convención contra la Tortura, la existencia del crimen internacional de tortura como *jus cogens* bastaba para justificar la conclusión de que la organización de la tortura por parte del Estado no podía calificar como una función oficial del Estado para los efectos de aplicar la inmunidad". De este modo no debe confundirse el desconocimiento de la inmunidad con una simple calificación de los actos de tortura de los que se acusa al senador Pinochet como actos privados desligados del Estado. De hecho, Lord Hutton dice claramente que "Está claro que los actos de tortura que habrían sido cometidos por el senador Pinochet no eran actos que hubieran sido llevados a cabo en su capacidad privada o para su beneficio personal".

El argumento que se contiene en el fallo, aun cuando se esté en contra de él, suena bastante lógico. La Convención contra la Tortura define la tortura como aquellos actos cometidos por funcionarios públicos o por personas en el ejercicio de funciones públicas por los cuales se provoque dolor o sufrimiento grave para castigar o lograr una confesión. Además, la Convención establece un sistema de jurisdicción universal para el castigo de estas personas. Si estos funcionarios pudieran beneficiarse con la inmunidad del Estado, la Convención sería letra muerta, ya que cada vez que quisiera ponerse en práctica el sistema de jurisdicción universal contemplado en ese instrumento, los acusados invocarían su inmunidad. Por lo tanto, los lores deciden efectuar una interpretación según la cual la Convención puede tener reales efectos jurídicos: los funcionarios públicos no pueden ampararse en la inmunidad del Estado cuando se trata de tortura.

Ximena Fuentes Torrijo
Doctora en Derecho Internacional
University of Oxford

El señor Rodríguez incurre en un error adicional cuando señala que los lores han transformado los actos de Pinochet en actos privados no oficiales, para de esta manera quitarle la inmunidad que lo ampara. La verdad es que el argumento de los lores es un poco más sofisticado. Una pregunta que los lores se formulan es si la tortura organizada por el Estado puede ser considerada como una función propia de éste. A esta pregunta Lord Browne-Wilkinson responde que la tortura en la forma en que se define en la Convención contra la Tortura no puede ser considerada una función del Estado para los efectos de aplicar la inmunidad. Es en este contexto que Browne-Wilkinson señala: "Tengo dudas de si antes de la entrada en vigencia de la Convención contra la Tortura, la existencia del crimen internacional de tortura como *jus cogens* bastaba para justificar la conclusión de que la organización de la tortura por parte del Estado no podía calificar como una función oficial del Estado para los efectos de aplicar la inmunidad". De este modo no debe confundirse el desconocimiento de la inmunidad con una simple calificación de los actos de tortura de los que se acusa al senador Pinochet como actos privados desligados del Estado. De hecho, Lord Hutton dice claramente que "Está claro que los actos de tortura que habrían sido cometidos por el senador Pinochet no eran actos que hubieran sido llevados a cabo en su capacidad privada o para su beneficio personal".

El argumento que se contiene en el fallo, aun cuando se esté en contra de él, suena bastante lógico. La Convención contra la Tortura define la tortura como aquellos actos cometidos por funcionarios públicos o por personas en el ejercicio de funciones públicas por los cuales se provoque dolor o sufrimiento grave para castigar o lograr una confesión. Además, la Convención establece un sistema de jurisdicción universal para el castigo de estas personas. Si estos funcionarios pudieran beneficiarse con la inmunidad del Estado, la Convención sería letra muerta, ya que cada vez que quisiera ponerse en práctica el sistema de jurisdicción universal contemplado en ese instrumento, los acusados invocarían su inmunidad. Por lo tanto, los lores deciden efectuar una interpretación según la cual la Convención puede tener reales efectos jurídicos: los funcionarios públicos no pueden ampararse en la inmunidad del Estado cuando se trata de tortura.

Ximena Fuentes Torrijo

Doctora en Derecho Internacional

University of Oxford

Profesora de Derecho Internacional

Universidad de Talca

Fallo de los Lores

Señor Director:

Nuevamente el señor Luis Valenzuela V., del Departamento de Relaciones Internacionales del London School of Economics and Political Science, en carta publicada el día 4 de junio, vuelve en defensa del fallo de los lores que rechazó la inmunidad de Estado alegada por el general Pinochet en su calidad de ex Presidente de la República de Chile. No parece posible guardar silencio ante errores manifiestos contenidos en su réplica.

No advierte el señor Valenzuela que los lores, al asimilar la situación de los representantes diplomáticos con la que corresponde a un ex Jefe de Estado, lo que procuran es someter a este último a la jurisdicción española por la eventual responsabilidad que pudiera derivarse de actos no oficiales ejecutados al margen de sus funciones durante el período en que ejerció el poder. La inmunidad de Estado excluye la jurisdicción extranjera respecto de todos los hechos realizados por un ex Jefe de Estado mientras desempeñaba el mando supremo de la nación, cualquiera que sea su naturaleza, como se analiza circunstanciadamente en mi carta anterior. Es erróneo sostener, en consecuencia, que yo propicio, como dice el señor Valenzuela, una especie de "inmunidad de Estado ad infinitum". Para restringir este amplio beneficio que cubre todo el período presidencial del general (r) Pinochet, los lores tropezaban con el hecho de que la acusación sólo comprendía actos oficiales, supuestas políticas de Estado, amparados todos por la amplísima inmunidad reconocida por el derecho internacional. Para esquivar esta institución, la sentencia acoge la tesis de que la inmunidad de que goza un ex Jefe de Estado es similar a la que corresponde, conforme con la Convención de Viena, a los agentes diplomáticos, todos los cuales, una vez que cesan en sus cargos, pueden ser juzgados por aquellos hechos no oficiales realizados en el mismo período (inmunidad "*ratione materiae*").

Sobre esta base, como se dijo, el segundo paso fue transformar la tortura (que la acusación presenta como una política de Estado) en un acto no oficial y atribuible, por lo tanto, a la conducta privada del gobernante. Esta exigencia se logró con el simple expediente de afirmar que la tortura no puede configurar una "función oficial, puesto que se trata de hacer algo que la ley internacional por sí misma prohíbe y criminaliza". De este modo se ha conseguido el fin último, cual es desconocer la inmunidad de Estado a un ex Presidente (*ratione personae*), al menos respecto de un delito, perpetrado en Curanilahue por apremios ilegítimos en un cuartel policial. ¿Cómo puede desconocerse que se vulneró una institución que es la base misma de la igualdad entre los estados y se restringió, sobre supuestos falsos, la inmunidad que corresponde a un ex gobernante que comprende, insisto, todos los actos ejecutados durante su mandato?

En síntesis, el esfuerzo dialéctico de los lores está destinado a transformar la amplia inmunidad de Estado en una inmunidad limitada, que sólo comprende los actos derivados de su función oficial, quedando los demás entregados —en lo que concierne a la Convención sobre la Tortura— a la jurisdicción de cualquier Estado signatario.

Afirma el señor Valenzuela que para que subsistiera la inmunidad de Estado en relación con la Convención sobre la tortura, habría sido necesario un artículo explícito en tal sentido. Si la referida inmunidad de Estado es un principio básico de derecho internacional, sólo podría eliminarse mediante una disposición expresa, en que Chile renunciara a este privilegio. Así ocurre, como se dijo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Con el pretexto de que se ha establecido un crimen con carácter de "jus cogens" (Convención sobre la Tortura), se señala que ésta se superpone a toda otra disposición de derecho internacional. Olvida el señor Valenzuela que la inmunidad de Estado ha sido reconocida como principio de "jus cogens", de suerte que no puede ella ser quebrantada por otro principio de igual entidad. No está de más agregar que este concepto relativiza el derecho internacional al extremo de adecuarlo a todo lo que quiera concluir el intérprete.

La sentencia de los lores, insisto, es un adefesio jurídico que busca justificar un atropello a Chile, al desconocerse la inmunidad de que goza un ex Jefe de Estado. Los únicos tribunales que pueden juzgar al general Pinochet por los actos ejecutados durante su administración son los tribunales instituidos en las leyes chilenas. Un atentado contra la jurisdicción de nuestros tribunales es un atentado contra la soberanía. Nadie ignora en el mundo que esta sentencia sólo pudo dictarse contra un país que no tiene mayor gravitación en el concierto internacional, lo cual ratifica que el derecho, en este episodio, carece de importancia y no es más que un instrumento acomodaticio para disfrazar un abuso.

Pablo Rodríguez Grez

EL MERCURIO - Lunes 14 de Junio de 1999

Fallo de los Lores

Señor Director:

Nuevamente el señor Luis Valenzuela V., del Departamento de Relaciones Internacionales del London School of Economics and Political Science, en carta publicada el día 4 de junio, vuelve en defensa del fallo de los lores que rechazó la inmunidad de Estado alegada por el general Pinochet en su calidad de ex Presidente de la República de Chile. No parece posible guardar silencio ante errores manifiestos contenidos en su réplica.

No advierte el señor Valenzuela que los lores, al asimilar la situación de los representantes diplomáticos con la que corresponde a un ex Jefe de Estado, lo que procuran es someter a este último a la jurisdicción española por la eventual responsabilidad que pudiera derivarse de actos no oficiales ejecutados al margen de sus funciones durante el período en que ejerció el poder. La inmunidad de Estado excluye la Jurisdicción extranjera respecto de todos los hechos realizados por un ex Jefe de Estado mientras desempeñaba el mando supremo de la nación, cualquiera que sea su naturaleza, como se analiza circunstanciadamente en mi carta anterior. Es erróneo sostener, en consecuencia, que yo propicio, como dice el señor Valenzuela, una especie de "inmunidad de Estado ad infinitum". Para restringir este amplio beneficio que cubre todo el período presidencial del general (r) Pinochet, los lores tropezaban con el hecho de que la acusación sólo comprendía actos oficiales, supuestas políticas de Estado, amparados todos por la amplísima inmunidad reconocida por el derecho internacional. Para esquivar esta institución, la sentencia acoge la tesis de que la inmunidad de que goza un ex Jefe de Estado es similar a la que corresponde, conforme con la Convención de Viena, a los agentes diplomáticos, todos los cuales, una vez que cesan en sus cargos, pueden ser juzgados por aquellos hechos no oficiales realizados en el mismo período (inmunidad "ratione materiae").

Sobre esta base, como se dijo, el segundo paso fue transformar la tortura (que la acusación presenta como una política de Estado) en un acto no oficial y atribuible, por lo tanto, a la conducta privada del gobernante. Esta exigencia se logró con el simple expediente de afirmar que la tortura no puede configurar una "función oficial, puesto que se trata de hacer

algo que la ley internacional por si misma prohíbe y criminaliza". De este modo se ha conseguido el fin último, cual es desconocer la inmunidad de Estado a un ex Presidente (*ratione personae*), al menos respecto de un delito, perpetrado en Curanilahue por apremios ilegítimos en un cuartel policial. ¿Cómo puede desconocerse que se vulneró una institución que es la base misma de la igualdad entre los estados y se restringió, sobre supuestos falsos, la inmunidad que corresponde a un ex gobernante que comprende, insisto, todos los actos ejecutados durante su mandato?

En síntesis, el esfuerzo dialéctico de los lores está destinado a transformar la amplia inmunidad de Estado en una inmunidad limitada, que sólo comprende los actos derivados de su función oficial, quedando los demás entregados –en lo que concierne a la Convención sobre la Tortura– a la jurisdicción de cualquier Estado signatario.

Afirma el señor Valenzuela que para que subsistiera la inmunidad de Estado en relación con la Convención sobre la tortura, habría sido necesario un artículo explícito en tal sentido. Si la referida inmunidad de Estado es un principio básico de derecho internacional, sólo podría eliminarse mediante una disposición expresa, en que Chile renunciara a este privilegio. Así ocurre, como se dijo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Con el pretexto de que se ha establecido un crimen con carácter de "jus cogens" (Convención sobre la Tortura), se señala que ésta se superpone a toda otra disposición de derecho internacional. Olvida el señor Valenzuela que la inmunidad de Estado ha sido reconocida como principio de "jus cogens", de suerte que no puede ella ser quebrantada por otro principio de igual entidad. No está de más agregar que este concepto relativiza el derecho internacional al extremo de adecuarlo a todo lo que quiera concluir el intérprete.

La sentencia de los lores, insisto, es un adefesio jurídico que busca justificar un atropello a Chile, al desconocerse la inmunidad de que goza un ex Jefe de Estado. Los únicos tribunales que pueden juzgar al general Pinochet por los actos ejecutados durante su administración son los tribunales instituidos en las leyes chilenas. Un atentado contra la jurisdicción de nuestros tribunales es un atentado contra la soberanía. Nadie ignora en el mundo que esta sentencia sólo pudo dictarse contra un país que no tiene mayor gravitación en el concierto internacional, lo cual ratifica que el derecho, en este episodio, carece de importancia y no es más que un instrumento acomodaticio para disfrazar un abuso.

EL MERCURIO - Sábado 19 de Junio de 1999

Fallo de los Lores

Señor Director:

Debo agradecer una vez más la gentileza de Pablo Rodríguez Grez al dar respuesta a mi última misiva.

Empero, más allá de sus explicaciones legalistas que, por cierto, creo que están equivocadas, tanto el argumento del señor Rodríguez como el fallo de la Cámara de los Lores invitan a reflexionar sobre cómo es posible que se limite la soberanía de un Estado. Es posible. Y la respuesta reside tanto en la evolución histórica de la soberanía como en el progreso moral del hombre a lo largo de la historia.

La historia en torno al principio de soberanía es de larga data. Es posible, no obstante, señalar que con el Tratado de Westfalia (1648), que dió término a las nefastas guerras religiosas de la época, se consagró al mismo tiempo la soberanía como principio universal para resguardar la integridad territorial, afirmar el principio de no-intervención así como también para consagrar la libertad religiosa que habíase visto amenazada al menos desde las pretensiones hegemónicas del Rey Felipe II de España. Resultado de este proceso fue la consolidación y crecimiento tanto del estilo diplomático como del derecho internacional. Ello había sido necesario para limitar la desastrosa violencia y destrucción que había engendrado la Guerra de los Treinta Años (1618-1648).

Este ejemplo nos enseña que el derecho internacional que se formuló y los principios que se establecieron fueron producto de imperativos históricos precisos. En este famoso caso, se buscó insertar un elemento de racionalidad en las relaciones entre los estados así como también establecer determinados principios éticos y garantías universales. Así, el estado monárquico pudo escudarse tras la égida de nuevos principios que lo protegían contra agresiones foráneas. Sin embargo, nada protegía al hombre común contra las agresiones e injusticias cometidas en nombre de una u otra corona. Por el contrario, las apologías al despotismo absoluto (cómo la que hizo Bodin en el siglo XVI) y el desarrollo del poder del estado territorial sirvieron para consolidar los intereses inexpugnables de la monarquía.

Fallo de los Lores

Señor Director:

Debo agradecer una vez más la gentileza de Pablo Rodríguez Grez al dar respuesta a mi última misiva.

Empero, más allá de sus explicaciones legalistas que, por cierto, creo que están equivocadas, tanto el argumento del señor Rodríguez como el fallo de la Cámara de los Lores invitan a reflexionar sobre cómo es posible que se limite la soberanía de un Estado. Es posible. Y la respuesta reside tanto en la evolución histórica de la soberanía como en el progreso moral del hombre a lo largo de la historia.

La historia en torno al principio de soberanía es de larga data. Es posible, no obstante, señalar que con el Tratado de Westfalia (1648), que dio término a las nefastas guerras religiosas de la época, se consagró al mismo tiempo la soberanía como principio universal para resguardar la integridad territorial, afirmar el principio de no-intervención así como también para consagrar la libertad religiosa que habíase visto amenazada al menos desde las pretensiones hegemónicas del Rey Felipe II de España. Resultado de este proceso fue la consolidación y crecimiento tanto del estilo diplomático como del derecho internacional. Ello había sido necesario para limitar la desastrosa violencia y destrucción que había engendrado la Guerra de los Treinta Años (1618-1648).

Este ejemplo nos enseña que el derecho internacional que se formuló y los principios que se establecieron fueron producto de imperativos históricos precisos. En este famoso caso, se buscó insertar un elemento de racionalidad en las relaciones entre los estados así como también establecer determinados principios éticos y garantías universales. Así, el estado mo-

nárquico pudo escudarse tras la égida de nuevos principios que lo protegían contra agresiones foráneas. Sin embargo, nada protegía al hombre común contra las agresiones e injusticias cometidas en nombre de una u otra corona. Por el contrario, las apologías al despotismo absoluto (como la que hizo Bodin en el siglo XVI) y el desarrollo del poder del estado territorial sirvieron para consolidar los intereses inexpuñables de la monarquía.

Pero el siglo XX conoció la ideología extrema y se puso de manifiesto lo que el Estado estaba dispuesto a hacer en defensa de un ideal totalitario. Las guerras mundiales y la Guerra Fría dieron expresión concreta al abuso y a la destrucción de la dignidad y de la integridad del hombre. Fue necesario crear tanto nuevos principios éticos como nuevos instrumentos legales que pudieran proteger finalmente al individuo frente a la arbitrariedad del poder y, así, elevar al individuo mismo por sobre los intereses de Estado soberano. Es por este motivo que la sociedad internacional estimó necesaria la creación de una Declaración Universal de Derechos Humanos o de una Corte Internacional de Justicia o bien de una Convención contra la Tortura. Fue la razón de la historia y del hombre la que fue imponiendo nuevos criterios universales sobre la sociedad internacional.

Este constituye el telón de fondo histórico y moral de la decisión de la Cámara de los Lores. Y aunque la jurisprudencia a la que se recurrió para decidir el caso del senador trajo a colación la tortura como crimen con carácter *jus cogens* y se vio, como consecuencia, la posibilidad de que este principio efectivamente contradijera un principio más antiguo, el de inmunidad de Estado, fue finalmente el peso de la historia y del progreso moral el que emitió su voz de condena. En esta forma, el derecho, al igual que en los tiempos de los conflictos religiosos, tuvo que sentar precedentes, crear principios nuevos y establecer una nueva racionalidad legal basada en los derechos del individuo y de la familia. Ello nos enseña que el carácter ético de una sociedad y del sistema de justicia que impera sobre ésta es reflejo y vara irresistible del progreso histórico de la razón moral del Estado y del hombre.

Luis Valenzuela V.
Depto. de Relaciones Internacionales
London School of Economics and
Political Science

Pero el siglo XX conoció la ideología extrema y se puso de manifiesto lo que el Estado estaba dispuesto a hacer en defensa de un ideal totalitario. Las guerras mundiales y la Guerra Fría dieron expresión concreta al abuso y a la destrucción de la dignidad y de la integridad del hombre. Fue necesario crear tanto nuevos principios éticos como nuevos instrumentos legales que pudieran proteger finalmente al individuo frente a la arbitrariedad del poder y, así, elevar al individuo mismo por sobre los intereses del Estado soberano. Es por este motivo que la sociedad internacional estimó necesaria la creación de una Declaración Universal de Derechos Humanos o de una Corte Internacional de Justicia o bien de una Convención contra la Tortura. Fue la razón de la historia y del hombre la que fue imponiendo nuevos criterios universales sobre la sociedad internacional.

Este constituye el telón de fondo histórico y moral de la decisión de la Cámara de los Lores. Y aunque la jurisprudencia a la que se recurrió para decidir el caso del senador trajo a colación la tortura como crimen con carácter *jus cogens* y se vio, como consecuencia, la posibilidad de que este principio efectivamente contradijera un principio más antiguo, el de inmunidad de Estado, fue finalmente el peso de la historia y del progreso moral el que emitió su voz de condena. En esta forma el derecho, al igual que en los tiempos de los conflictos religiosos, tuvo que sentar precedentes, crear principios nuevos y establecer una nueva racionalidad legal basada en los derechos del individuo y de la familia. Ello nos enseña que el carácter ético de una sociedad y del sistema de justicia que impera sobre ésta es reflejo y vara irresistible del progreso histórico de la razón moral del Estado y del hombre.

Luis Valenzuela V.

Fallo de los Lores

Señor Director:

Me refiero a las cartas de doña Ximena Fuentes, publicada el día 7 de junio en curso, y de don Luis Valenzuela V. publicada el día 19 del mismo mes, ambas relativas al fallo de los lores sobre la inmunidad alegada por la defensa del general Pinochet. La primera me atribuye dos errores. Uno consistiría en que los lores no han "equiparado la función de un embajador con la función de un Jefe de Estado, con el objeto de aplicar la restringida inmunidad que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas reconoce a los embajadores". La respuesta a esta observación se la da la propia doctora Fuentes, cuando reconoce que la sentencia hace "una comparación analógica, que es perfectamente legítima cuando se trata de interpretar el derecho". Al parecer ella no repara en que si la tarea de los lores fue la de integrar una laguna legal, empleando, como ella dice, la analogía, esto conduce, precisamente, a asimilar ambas cosas. Tampoco ella advierte que no es posible emplear este argumento analógico, atendida la diversidad sustancial de dichas funciones.

El otro error que se me atribuye es aún más tosco. He sostenido que el fallo de los lores, al limitar la Inmunidad de Estado y asimilarla a la inmunidad que corresponde a un agente diplomático, requería, para hacer posible el procesamiento del general Pinochet, declarar que el delito de tortura no podía configurar un acto oficial. De lo contrario la inmunidad "ratione materiae" hacía imposible mantener los cargos en que se sustenta el pedido de extradición. La doctora Fuentes afirma que el "argumento es un poco más sofisticado". Esta sofisticación consiste en invocar "la existencia de un crimen internacional de tortura como *jus cogens*", razón por la cual se resuelve que éste no puede calificarse "como una función oficial del Estado para los efectos de aplicar la inmu-

nidad". Sin embargo, la misma convención sobre la tortura deja al margen de la jurisdicción extranjera a los jefes de Estado (o ex jefes de Estado) por los hechos ocurridos durante el ejercicio de su mandato. En efecto, el artículo 1 circunscribe el delito de tortura al "funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia". Si la norma no hizo referencia a la Inmunidad de Estado, ello es claramente indicativo de que prevalece este beneficio cuando se trata de juzgar a quien haya ejercido o ejerza la jefatura de la nación, porque a esta función pública va siempre aparejado el referido privilegio.

Por último, para caricaturizar mis argumentos la doctora Fuentes recurre a un garlito. Se concluye que con la interpretación que yo propugno "la convención sería letra muerta". Olvida ella que esta inmunidad sólo beneficia a quien ejerce o ejerció el mando supremo de un Estado y que, en todo caso, se trata de delimitar la jurisdicción extranjera para juzgar al máximo personero de otro Estado. Lo anterior en virtud de que en este caso se ampara la soberanía de las naciones como base de la convivencia internacional.

En relación con la carta de don Luis Valenzuela V. es bien poco lo que resta por decir. Ante la imposibilidad de justificar el fallo de los lores, se recurre a un argumento mágico: la evolución histórica y moral de la Humanidad. El admite expresamente que esta sentencia, que trajo consigo la posibilidad de la sanción a un crimen con carácter *jus cogens*, "efectivamente contradijera un principio más antiguo, de inmunidad de Estado". Se reconoce, entonces, que se ha violado una norma fundamental de la misma entidad que hace posible la igualdad y soberanía de los Estados en su vida de relación. Resta señalar que el "avance" que celebra mi contradictor sólo ha podido lograrse a costa de una nación sin peso en el concierto internacional, y que esta "jurisprudencia" no podrá invocarse jamás tratándose de las grandes potencias mundiales. No puede omitirse tampoco que la acusación que afecta al general Pinochet no está fundada en cargos probados, sino en meras imputaciones promovidas por odios políticos que se han cultivado a lo largo de un cuarto de siglo.

Pablo Rodríguez Grez

EL MERCURIO - Martes 29 de Junio de 1999

Fallo de los Lores

Señor Director:

Me refiero a las cartas de doña Ximena Fuentes, publicada el día 7 de junio en curso y de don Luis Valenzuela V. publicada el día 19 del mismo mes, ambas relativas al fallo de los lores sobre la inmunidad alegada por la defensa del general Pinochet. La primera me atribuye dos errores. Uno consistiría en que los lores no han "equiparado la función de un embajador con la función de un Jefe de Estado, con el objeto de aplicar la restringida inmunidad que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas reconoce a los embajadores". La respuesta a esta observación se la da la propia doctora Fuentes, cuando reconoce que la sentencia hace "una comparación analógica, que es perfectamente legítima cuando se trata de interpretar el derecho". Al parecer ella no repara en que si la tarea de los lores fue la de integrar una laguna legal, empleando, como ella dice, la analogía, esto conduce, precisamente, a asimilar ambas cosas. Tampoco ella advierte que no es posible emplear este argumento analógico, atendida la diversidad sustancial de dichas funciones.

El otro error que se me atribuye es aún más tosco. He sostenido que el fallo de los lores, al limitar la inmunidad de Estado y asimilarla a la inmunidad que corresponde a un agente diplomático, requería, para hacer posible el procesamiento del general Pinochet, declarar que el delito de tortura no podía configurar un acto oficial. De lo contrario la inmunidad "ratione materiae" hacía imposible mantener los cargos en que se sustenta el pedido de extradición. La doctora Fuentes afirma que el "argumento es un poco más sofisticado". Esta sofisticación consiste en invocar "la existencia de un crimen internacional de tortura como *jus cogens*" razón por la cual se resuelve que éste no puede calificarse "como una función oficial del Estado para los efectos de aplicar la inmunidad". Sin embargo, la misma convención sobre la tortura deja al margen de la jurisdicción extranjera a los jefes de Estado (o ex jefes de Estado) por los hechos ocurridos durante el ejercicio de su mandato. En efecto, el artículo 1 circunscribe el delito de tortura al "funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia". Si la norma no hizo referencia a la inmunidad de Estado, ello es claramente

indicativo de que prevalece este beneficio cuando se trata de juzgar a quien haya ejercido o ejerza la jefatura de la nación, porque a esta función pública va siempre aparejado el referido privilegio.

Por último, para caricaturizar mis argumentos la doctora Fuentes recurre a un garlito. Se concluye que con la interpretación que yo propugno “la convención sería letra muerta”. Olvida ella que esta inmunidad sólo beneficia a quien ejerce o ejerció el mando supremo de un Estado y que, en todo caso, se trata de delimitar la jurisdicción extranjera para juzgar al máximo personero de otro Estado. Lo anterior en virtud de que en este caso se ampara la soberanía de las naciones como base de la convivencia internacional.

En relación con la carta de don Luis Valenzuela V. es bien poco lo que resta por decir. Ante la imposibilidad de justificar el fallo de los lores, se recurre a un argumento mágico: la evolución histórica y moral de la Humanidad. El admite expresamente que esta sentencia, que trajo consigo la posibilidad de la sanción a un crimen con carácter *jus cogens*, “efectivamente contradijera un principio más antiguo, de inmunidad de Estado”. Se reconoce, entonces, que se ha violado una norma fundamental de la misma entidad que hace posible la igualdad y soberanía de los Estados en su vida de relación. Resta señalar que el “avance” que celebra mi contradictor sólo ha podido lograrse a costa de una nación sin peso en el concierto internacional, y que esta “jurisprudencia” no podrá invocarse jamás tratándose de las grandes potencias mundiales. No puede omitirse tampoco que la acusación que afecta al general Pinochet no está fundada en cargos probados, sino en meras imputaciones promovidas por odios políticos que se han cultivado a lo largo de un cuarto de siglo.

Pablo Rodríguez Grez

EL MERCURIO - Miércoles 7 de Julio de 1999

Fallo de los Lores

Señor Director:

En su carta de fecha 29 de junio el señor Pablo Rodríguez se refiere a los argumentos que yo he presentado para rebatir su tesis de que el fallo de los lores en el caso Pinochet constituye un "adefesio jurídico". He leído con detención el texto completo del fallo, y si bien no comparto todos los argumentos jurídicos invocados por los lores, creo que se trata de una sentencia que ningún jurista podría calificar de adefesio jurídico.

En un principio el señor Rodríguez señaló que los lores habían examinado la conducta atribuida a Pinochet como si se hubiera tratado de actos privados totalmente desvinculados del Estado. Esta aseveración fue fácil de desmentir por medio de la simple cita textual del fallo que se contiene en mi carta del 7 de junio. Pero él insiste en otro punto: que los jueces debieron haber dado un trato privilegiado a Pinochet en virtud de su calidad de ex Jefe de Estado. El profesor Rodríguez considera que los Jefes de Estado gozan de privilegios personales perpetuos. Sin embargo, esta opinión no se sostiene en el derecho internacional contemporáneo en que la inmunidad de los Jefes y ex Jefes de Estado no se analiza desde el punto de vista de la persona individualmente considerada, sino que desde la perspectiva del Estado mismo. Hoy ya no es posible ver en la persona del gobernante, a diferencia de lo que sucedía en los tiempos de Luis XIV, la encarnación misma del Estado. Es por esto que Lord Saville señaló claramente que: "Estas inmunidades no pertenecen al individuo sino al Estado en cuestión". Lord Millet, por su parte, señaló: "La inmunidad del Estado no es un derecho personal. Ella es un atributo de la soberanía estatal. Por lo tanto, la inmunidad que se cuestiona en este caso pertenece a la República de Chile, no al senador Pinochet".

El señor Rodríguez dice que yo "olvido" que la inmunidad en cuestión "sólo beneficia" a Jefes o ex Jefes de Estado. De acuerdo con el derecho internacional, sin embargo, la inmunidad estatal no sólo beneficia a los Jefes de Estado sino a todos los funcionarios del Estado, sin importar su rango. Ella protege al Estado y por eso se extiende a todos los actos oficiales de sus funcionarios. En relación a este punto, Lord Millet señaló: "La posición

Fallo de los Lores

Señor Director:

En su carta de fecha 29 de junio el señor Pablo Rodríguez se refiere a los argumentos que yo he presentado para rebatir su tesis de que el fallo de los lores en el caso Pinochet constituye un "adefesio jurídico". He leído con detención el texto completo del fallo, y si bien no comparto todos los argumentos jurídicos invocados por los lores, creo que se trata de una sentencia que ningún jurista podría calificar de adefesio jurídico.

En un principio el señor Rodríguez señaló que los lores habían examinado la conducta atribuida a Pinochet como si se hubiera tratado de actos privados totalmente desvinculados del Estado. Esta aseveración fue fácil de desmentir por medio de la simple cita textual del fallo que se contiene en mi carta del 7 de junio. Pero él insiste en otro punto: que los jueces debieron haber dado un trato privilegiado a Pinochet en virtud de su calidad de ex Jefe de Estado. El profesor Rodríguez considera que los Jefes de Estado gozan de privilegios personales perpetuos. Sin embargo, esta opinión no se sostiene en el derecho internacional contemporáneo en que la inmunidad de los Jefes y ex Jefes de Estado no se analiza desde el punto de vista de la persona individualmente considerada, sino que desde la perspectiva del Estado mismo. Hoy ya no es posible ver en la persona del gobernante, a diferencia de lo que sucedía en los tiempos de Luis XIV, la encarnación misma del Estado. Es por esto que Lord Saville señaló claramente que: "Estas inmunidades no pertenecen al individuo sino al Estado en cuestión". Lord Millet, por su parte, señaló: "La inmunidad del Estado no es un derecho personal. Ella es un atributo de la soberanía estatal. Por lo tanto, la inmunidad que se cuestiona en este caso pertenece a la República de Chile, no al senador Pinochet".

El señor Rodríguez dice que yo "olvido" que la inmunidad en cuestión "sólo beneficia" a Jefes o ex Jefes de Estado. De acuerdo con el derecho internacional, sin embargo, la inmunidad estatal no sólo beneficia a los Jefes de Estado sino a todos los funcionarios del Estado, sin importar su rango. Ella protege al Estado y por eso se extiende a todos los actos oficiales de sus funcionarios. En relación a este punto, Lord Millet señaló: "La posición en que se encuentra un ex Jefe de Estado... no es

diferente a la posición de cualquier otra persona que alegue haber actuado en el ejercicio de la autoridad estatal". Este mismo juez agrega que la inmunidad puede ser invocada por ex Jefes de Estado, ex Jefes de misiones diplomáticas y por cualquier otra persona que ejerza autoridad estatal y cuyos actos sean posteriormente cuestionados, ya sea que se trate de un ministro de gobierno, de un militar, de un policía o de un funcionario público subalterno. En este contexto, los lores estimaron que en este caso era necesario desconocer la inmunidad estatal a fin de garantizar la operatividad del sistema de jurisdicción universal establecido en la Convención contra la Tortura.

Por último, en otra carta de 14 de junio el señor Rodríguez plantea que la inmunidad del Estado es un principio de "ius cogens". Esta afirmación contiene un grueso error. No todos los principios importantes del derecho internacional constituyen normas de "ius cogens". Estas últimas son aquellas normas imperativas de derecho internacional que no admiten acuerdo en contrario ni pueden ser modificadas ni derogadas por la aquiescencia, renuncia o reconocimiento por parte de los mismos. En esta categoría caen, por ejemplo, la prohibición de la trata de esclavos, el principio de la no discriminación racial, la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la prohibición del uso ilegítimo de la fuerza. Ciertamente no cae el principio de la inmunidad del Estado, ya que los Estados son libres para pactar que la inmunidad no opere entre ellos, y el Estado afectado siempre puede renunciar a este beneficio. Así lo explica Lord Saville al decir que las inmunidades "pueden desde luego, ser modificadas o derogadas por acuerdo entre los Estados o renunciadas por el Estado en cuestión".

Ximena Fuentes Torrijo
D.Phil. (Oxford)
Profesora de Derecho Internacional
Universidad de Talca

en que se encuentra un ex Jefe de Estado ... no es diferente a la posición de cualquier otra persona que alegue haber actuado en el ejercicio de la autoridad estatal". Este mismo juez agrega que la inmunidad puede ser invocada por ex Jefes de Estado, ex Jefes de misiones diplomáticas y por cualquier otra persona que ejerza autoridad estatal y cuyos actos sean posteriormente cuestionados, ya sea que se trate de un ministro de gobierno, de un militar, de un policía o de un funcionario público subalterno. En este contexto, los lores estimaron que en este caso era necesario desconocer la inmunidad estatal a fin de garantizar la operatividad del sistema de jurisdicción universal establecido en la Convención contra la Tortura.

Por último, en otra carta de 14 de junio el señor Rodríguez plantea que la inmunidad del Estado es un principio de "ius cogens". Esta afirmación contiene un grueso error. No todos los principios importantes del derecho internacional constituyen normas de "ius cogens". Estas últimas son aquellas normas imperativas de derecho internacional que no admiten acuerdo en contrario ni pueden ser modificadas ni derogadas por la aquiescencia, renuncia o reconocimiento por parte de los mismos. En esta categoría caen, por ejemplo, la prohibición de la trata de esclavos, el principio de la no discriminación racial, la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la prohibición del uso ilegítimo de la fuerza. Ciertamente no cae el principio de la inmunidad del Estado, ya que los Estados son libres para pactar que la inmunidad no opere entre ellos, y el Estado afectado siempre puede renunciar a este beneficio. Así lo explica Lord Saville al decir que las inmunidades "pueden, desde luego, ser modificadas o derogadas por acuerdo entre los Estados o renunciadas por el Estado en cuestión".

Ximena Fuentes Torrijo

Cartas

Fallo de los Lores

Señor Director:

En carta publicada el 7 de julio en curso, doña Ximena Fuentes Torrijos responde mis anteriores observaciones respecto del fallo de los lores sobre la inmunidad de Estado del general (R) Pinochet. Me parece oportuno reconstruir el escenario de la discusión para evitar confusiones. Sostengo yo que este fallo es un "adefesio jurídico", porque incurre en gruesos errores para restringir la inmunidad de que goza un ex Jefe de Estado y facilitar con ello, si no su extradición, al menos una condenación pública del régimen que presidió. En efecto, hay dos tipos diversos de inmunidad que el mismo fallo reconoce: la que corresponde a un representante diplomático y la que corresponde a un ex Jefe de Estado. Ambas impiden que éstos sean juzgados por un tribunal foráneo (el primero por los tribunales del país en que se desempeña, el segundo en cualquier tribunal que no sea el de su propio Estado). El problema se suscita cuando estos personeros cesan en sus funciones, cuestión ésta sólo regulada tratándose de representantes diplomáticos.

Ahora bien, los lores advierten en su sentencia que existe en la materia un vacío legal, razón por la cual aplican a los ex Jefes de Estado el mismo estatuto que la Convención de Viena reconoce a los ex representantes diplomáticos. Estos últimos, durante su gestión gozan de inmunidad "ratione personae" (que cubre todos sus actos, tanto oficiales como no oficiales) y cuando cesan en sus cargos, de inmunidad "ratione materiae" (que cubre sólo los actos oficiales ejecutados durante su misión). De lo anterior se sigue que el fallo asimila, por medio de la integración analógica, ambas situaciones, en circunstancias, sostengo yo, de que se trata de cuestiones sustancialmente diversas.

En el derecho internacional se ha estimado siempre que un ex Jefe de Estado no puede ser juzgado por tribunales extranjeros en relación a los hechos acaecidos mientras ejerció el poder. De aquí que cuando se atribuye competencia a un "tribunal internacional" (no nacional de otro Estado) deba renunciarse expresamente a la inmunidad, como sucede, por ejemplo, en el proyecto sobre Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En consecuencia, todo lo obrado por un Jefe de Estado queda cubierto por la inmunidad "ratione personae", porque es imposible dividir su gestión fijando un límite arbitrario entre actos oficiales y actos no oficiales. Por consiguiente, de dichos actos, cualquiera que sea su naturaleza, sólo pueden conocer los tribunales internos.

En otro aspecto, mi contradictora afirma que la inmunidad de Estado que corresponde a un ex Presidente de la República no es un principio de "ius cogens". Para demostrar un supuesto error de mi parte, ella define estos principios y fija sus efectos. Olvida que la Comisión de Derecho Internacional y la Conferencia de Viena que preparó la Convención de 1969 sobre Derecho de Tratados, como reconocen los autores, decidió no incluir ni siquiera un ejemplo de normas de "ius cogens", admitiendo así su enorme relatividad. La mayoría de los tratadistas admite como tales, sin perjuicio de otros, los principios básicos de la Carta de las Naciones Unidas, entre ellos la plena soberanía y autodeterminación de cada Estado. Carrillo Salcedo sostiene que éstos responden al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su pervivencia, aludiendo, concretamente, a los derechos fundamentales de la persona humana, el derecho de los pueblos a la libre determinación, la prohibición del recurso de la fuerza, y destacando "la igualdad de status jurídico de los Estados y el principio de no intervención en asuntos que sean de jurisdicción interna de los Estados". (Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Madrid, 1976, Pág. 284).

Si el principio de la inmunidad de Estado no fuere rector en la convivencia internacional, ello implicaría abdicar de nuestra soberanía y transformarnos en vasallos de los países poderosos. De allí que el adefesio jurídico de los lores no sea más que un aparente esfuerzo por hacer avanzar el mal llamado derecho internacional a costa de la dignidad e independencia de los países más débiles, satisfaciendo, de paso, antiguos odios políticos.

Pablo Rodríguez Grez

EL MERCURIO - Lunes 12 de julio de 1999

Fallo de los Lores

Señor Director:

En carta publicada el 7 de julio en curso, doña Ximena Fuentes Torrijos responde mis anteriores observaciones respecto del fallo de los lores sobre la inmunidad de Estado del general (R) Pinochet. Me parece oportuno reconstruir el escenario de la discusión para evitar confusiones. Sostengo yo que este fallo es un “adefesio jurídico”, porque incurre en gruesos errores para restringir la inmunidad de que goza un ex Jefe de Estado y facilitar con ello, si no su extradición, al menos una condenación pública del régimen que presidió. En efecto, hay dos tipos diversos de inmunidad que el mismo fallo reconoce: la que corresponde a un representante diplomático y la que corresponde a un ex Jefe de Estado. Ambas impiden que éstos sean juzgados por un tribunal foráneo (el primero por los tribunales del país en que se desempeña, el segundo en cualquier tribunal que no sea el de su propio Estado). El problema se suscita cuando estos personeros cesan en sus funciones, cuestión ésta sólo regulada tratándose de representantes diplomáticos.

Ahora bien, los lores advierten en su sentencia que existe en la materia un vacío legal, razón por la cual aplican a los ex Jefes de Estado el mismo estatuto que la Convención de Viena reconoce a los ex representantes diplomáticos. Estos últimos, durante su gestión gozan de inmunidad “*ratione personae*” (que cubre todos sus actos, tanto oficiales como no oficiales) y cuando cesan en sus cargos, de inmunidad “*ratione materiae*” (que cubre sólo los actos oficiales ejecutados durante su misión). De lo anterior se sigue que el fallo asimila, por medio de la integración analógica, ambas situaciones, en circunstancias, sostengo yo, de que se trata de cuestiones sustancialmente diversas.

En el derecho internacional se ha estimado siempre que un ex Jefe de Estado no puede ser juzgado por tribunales extranjeros en relación a los hechos acaecidos mientras ejerció el poder. De aquí que cuando se atribuye competencia a un “tribunal internacional” (no nacional de otro Estado) deba renunciarse expresamente a la inmunidad, como sucede, por ejemplo, en el proyecto sobre Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En consecuencia, todo lo obrado por un Jefe de Estado queda cubierto por la inmunidad "*ratione personae*", porque es imposible dividir su gestión fijando un límite arbitrario entre actos oficiales y actos no oficiales. Por consiguiente, de dichos actos, cualquiera que sea su naturaleza, sólo pueden conocer los tribunales internos.

En otro aspecto, mi contradictora afirma que la inmunidad de Estado que corresponde a un ex Presidente de la República no es un principio de "*ius cogens*". Para demostrar un supuesto error de mi parte, ella define estos principios y fija sus efectos. Olvida que la Comisión de Derecho Internacional y la Conferencia de Viena que preparó la Convención de 1969 sobre Derecho de Tratados, como reconocen los autores, decidió no incluir ni siquiera un ejemplo de normas de "*ius cogens*", admitiendo así su enorme relatividad. La mayoría de los tratadistas admite como tales, sin perjuicio de otros, los principios básicos de la Carta de las Naciones Unidas, entre ellos la plena soberanía y autodeterminación de cada Estado. Carrillo Salcedo sostiene que éstos responden al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su pervivencia, aludiendo, concretamente, a los derechos fundamentales de la persona humana, el derecho de los pueblos a la libre determinación, la prohibición del recurso de la fuerza, y destacando "la igualdad de status jurídico de los Estados y el principio de no intervención en asuntos que sean de jurisdicción interna de los Estados". (Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Madrid, 1976, Pág. 284).

Si el principio de la inmunidad de Estado no fuere rector en la convivencia internacional, ello implicaría abdicar de nuestra soberanía y transformarnos en vasallos de los países poderosos. De allí que el adefesio jurídico de los lores no sea más que un aparente esfuerzo por hacer avanzar el mal llamado derecho internacional a costa de la dignidad e independencia de los países más débiles, satisfaciendo, de paso, antiguos odios políticos.

Pablo Rodríguez Grez

EL MERCURIO - Domingo 18 de Julio de 1999

Ultima Réplica

Señor Director:

En su carta de fecha 12 de julio, don Pablo Rodríguez Grez insiste en su muy peculiar interpretación del fallo de los Lores en el caso Pinochet. Alega ahora que "en el derecho internacional se ha estimado siempre que un ex Jefe de Estado no puede ser juzgado por tribunales extranjeros en relación a los hechos acaecidos mientras ejerció el poder", y agrega que "todo lo obrado por un Jefe de Estado queda cubierto por su inmunidad *ratione personae*, porque es imposible dividir su gestión fijando un límite arbitrario entre actos oficiales y actos no oficiales".

Ese argumento no resiste el más mínimo análisis. Cualquiera puede distinguir entre el acto oficial de promulgar una ley y el acto no oficial de otorgar testamento o de contraer matrimonio o de cometer un crimen pasional. Varios tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto. Sólo a modo de ejemplo, puedo mencionar el caso entre el ex Rey Farouk de Egipto y Christian Dior, S.a.r.l., que fue conocido por los tribunales franceses y en que se estimó que la compra de ropa por el rey para su reina no había sido un acto oficial (*International Law Reports*, vol. 24, 1957). En todo caso, es importante recordar que en el caso Pinochet los Lores no se refirieron a su conducta privada. Es por eso que este fallo es tan interesante, ya que se desconoce la inmunidad en caso de ejercicio de la autoridad estatal cuando ésta está vinculada con crímenes de lesa humanidad.

En cuanto a los criterios que se deben aplicar al calificar un principio de derecho internacional como "*ius cogens*", hay que ser precavido. Los autores son a veces demasiado entusiastas al calificar cualquier principio que les parece importante como "*ius cogens*". Seamos prácticos y busquemos los criterios en las propias normas de derecho internacional. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país, dispone: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)". Esta disposición define las normas de "*ius cogens*" como aquellas que "no admiten acuerdo en contrario y sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de

Cartas

Ultima Réplica

Señor Director:

En su carta de fecha 12 de julio, don Pablo Rodríguez Grez insiste en su muy peculiar interpretación del fallo de los Lores en el caso Pinochet. Alega ahora que "en el derecho internacional se ha estimado siempre que un ex Jefe de Estado no puede ser juzgado por tribunales extranjeros en relación a los hechos acaecidos mientras ejerció el poder", y agrega que "todo lo obrado por un Jefe de Estado queda cubierto por su inmunidad *ratione personae*, porque es imposible dividir su gestión fijando un límite arbitrario entre actos oficiales y actos no oficiales".

Ese argumento no resiste el más mínimo análisis. Cualquiera puede distinguir entre el acto oficial de promulgar una ley y el acto no oficial de otorgar testamento o de contraer matrimonio o de cometer un crimen pasional. Varios tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto. Sólo a modo de ejemplo, puedo mencionar el caso entre el ex Rey Farouk de Egipto y Christian Dior, S.a.r.l., que fue conocido por los tribunales franceses y en que se estimó que la compra de ropa por el rey para su reina no había sido un acto oficial (*International Law Reports*, vol. 24, 1957). En todo caso, es importante recordar que en el caso Pinochet los Lores no se refirieron a su conducta privada. Es por eso que este fallo es tan interesante, ya que se desconoce la inmunidad en caso de ejercicio de la autoridad estatal cuando ésta está vinculada con crímenes de lesa humanidad.

En cuanto a los criterios que se deben aplicar al calificar un principio de derecho internacional como "ius cogens", hay que ser precavido. Los autores son a veces demasiado entusiastas al calificar cualquier principio que les parece importante como "ius cogens". Seamos prácticos y busquemos los criterios en las propias normas de derecho internacional. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país, dispone: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)".

Esta disposición define las normas de "ius cogens" como aquellas que "no admiten acuerdo en contrario y sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Por lo tanto, si, como el mismo señor Rodríguez reconoce, los estados son libres para pactar que la inmunidad estatal no opere entre ellos, está más que claro que el principio de inmunidad no es "ius cogens".

Por último, quisiera agradecer al diario "El Mercurio" que ha permitido este debate sobre el fallo de los Lores, un debate público que en general ha estado ausente en nuestros círculos académicos.

Ximena Fuentes Torrijo (D.Phil.)
Profesora de Derecho Internacional
Universidad de Talca

derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Por lo tanto, si, como el mismo señor Rodríguez reconoce, los estados son libres para pactar que la inmunidad estatal no opere entre ellos, está más que claro que el principio de inmunidad no es "ius cogens".

Por último, quisiera agradecer al diario "El Mercurio" que ha permitido este debate sobre el fallo de los Lores, un debate público que en general ha estado ausente en nuestros círculos académicos.

Ximena Fuentes Torrijo

Cartas

Fallo de los Lores

Señor Director:

En una última réplica publicada el 18 de julio en curso, la profesora Ximena Fuentes Torrijo insiste en sus apreciaciones sobre el fallo de los lores que restringió la inmunidad de Estado que corresponde al general (r) Pinochet, respecto de hechos ocurridos mientras ejerció la Presidencia de Chile.

Creo indispensable abordar muy brevemente tres cuestiones que ella soslaya o enfrenta erradamente.

La inmunidad de Estado (*"ratione personae"*) impide que un tribunal extranjero pueda juzgar a un Jefe de Estado, cualquiera sea el carácter del hecho que da origen al procesamiento. Así lo reconocen los lores en su sentencia. El problema surge cuando éste cesa en el ejercicio de sus funciones. A este respecto los lores advierten un vacío, razón por la cual optan por aplicar analógicamente la inmunidad *"ratione materiae"*, que corresponde a los representantes diplomáticos, los cuales conforme a la Convención de Viena sólo pueden ser juzgados por actos no oficiales (privados), pero nunca por actos propios del ejercicio de su misión. Este es, a mi juicio, el primer error del fallo, al que adhiere tan entusiastamente mi contradictoria. Sostengo yo, entre otras razones, que las actividades de un Jefe de Estado no pueden dividirse porque todas ellas están condicionadas por la naturaleza del cargo. Los actos que se citan como "privados o no oficiales" están o pueden estar ligados al estatuto jurídico excepcional que corresponde a quien ejerce el poder supremo de la nación. El caso que ella invoca, relativo al ex Rey Farouk de Egipto, corresponde a una sentencia de un tribunal nacional (francés) que carece, por lo mismo, de toda significación en el ámbito del derecho internacional.

La inmunidad de Estado, a juicio de los tratadistas, es un principio de *"jus cogens"*, como queda de manifiesto en mi carta anterior. Ella es irrenunciable, sin perjuicio de que se acepte la jurisdicción de un tribunal internacional, caso en el cual no se afecta la soberanía, puesto que no es otro Estado el llamado a juzgar los actos del gobernante, sino un ente supranacional. Admitir que los tribunales extranjeros puedan juzgar los actos soberanos de las autoridades chilenas es un atropello que ningún país independiente podría tolerar.

El fallo de los lores, para esquivar la soberanía de Estado, una vez asimilada ésta a la que corresponde a un representante diplomático, se ve forzado a descartar que la tortura sea un acto oficial. En esta parte se desdice la acusación y la larga campaña desatada internacionalmente contra el ex Presidente Pinochet. Si se hubieran admitido los términos originales de este reproche y aplicando incluso la inmunidad *"ratione materiae"*, habría debido acogerse la alegación de la defensa del general (r) Pinochet, por tratarse de hechos oficiales atribuibles a su gobierno.

En suma, la sentencia de los lores restringe indebidamente la inmunidad de Estado que corresponde a un ex Presidente de la República; la asimila, por la vía de la interpretación analógica, a la que corresponde a un agente diplomático; desconoce que esta inmunidad constituye un principio de *"jus cogens"*; y, finalmente, para eludir sus efectos se califica un caso de tortura (ocurrido en un cuartel policial de Curacautín), como un acto no oficial imputable personalmente al entonces Presidente de Chile. Creo que esta sucesión de errores, que ciertamente no son casuales ni fruto de la ignorancia, permiten calificar la sentencia de los lores como un adfeso jurídico y un agravio inexcusable a la soberanía de Chile.

Pablo Rodríguez Grez

EL MERCURIO - Viernes 23 de Julio de 1999

Fallo de los Lores

Señor Director:

En una última réplica publicada el 18 de julio en curso, la profesora Ximena Fuentes Torrijo insiste en sus apreciaciones sobre el fallo de los lores que restringió la inmunidad de Estado que corresponde al general (r) Pinochet, respecto de hechos ocurridos mientras ejerció la Presidencia de Chile.

Creo indispensable abordar muy brevemente tres cuestiones que ella soslaya o enfrenta erradamente.

La inmunidad de Estado (*"ratione personae"*) impide que un tribunal extranjero pueda juzgar a un Jefe de Estado, cualquiera sea el carácter del hecho que da origen al procesamiento. Así lo reconocen los lores en su sentencia. El problema surge cuando éste cesa en el ejercicio de sus funciones. A este respecto los lores advierten un vacío, razón por la cual optan por aplicar analógicamente la inmunidad *"ratione materiae"* que corresponde a los representantes diplomáticos, los cuales conforme a la Convención de Viena sólo pueden ser juzgados por actos no oficiales (privados), pero nunca por actos propios del ejercicio de su misión. Este es, a mi juicio, el primer error del fallo al que adhiere tan entusiastamente mi contradictora. Sostengo yo, entre otras razones, que las actividades de un Jefe de Estado no pueden dividirse porque todas ellas están condicionadas por la naturaleza del cargo. Los actos que se citan como "privados o no oficiales" están o pueden estar ligados al estatuto jurídico excepcional que corresponde a quien ejerce el poder supremo de la nación. El caso que ella invoca, relativo al ex Rey Farouk de Egipto, corresponde a una sentencia de un tribunal nacional (francés) que carece, por lo mismo, de toda significación en el ámbito del derecho internacional.

La inmunidad de Estado, a juicio de los tratadistas, es un principio de "jus cogens", como queda de manifiesto en mi carta anterior. Ella es irrenunciable, sin perjuicio de que se acepte la jurisdicción de un tribunal internacional, caso en el cual no se afecta la soberanía, puesto que no es otro Estado el llamado a juzgar los actos del gobernante, sino un ente supranacional. Admitir que los tribunales extranjeros puedan juzgar los

actos soberanos de las autoridades chilenas es un atropello que ningún país independiente podría tolerar.

El fallo de los lores, para esquivar la soberanía de Estado, una vez asimilada ésta a la que corresponde a un representante diplomático, se ve forzado a descartar que la tortura sea un acto oficial. En esta parte se desdice la acusación y la larga campaña desatada internacionalmente contra el ex Presidente Pinochet. Si se hubieren admitido los términos originales de este reproche y aplicando incluso la inmunidad "*ratione materiae*", habría debido acogerse la alegación de la defensa del general (r) Pinochet, por tratarse de hechos oficiales atribuibles a su gobierno.

En suma, la sentencia de los lores restringe indebidamente la inmunidad de Estado que corresponde a un ex Presidente de la República; la asimila, por la vía de la interpretación analógica, a la que corresponde a un agente diplomático; desconoce que esta inmunidad constituye un principio de "*jus cogens*"; y, finalmente, para eludir sus efectos se califica un caso de tortura (ocurrido en un cuartel policial de Curacautín), como un acto no oficial imputable personalmente al entonces Presidente de Chile. Creo que esta sucesión de errores, que ciertamente no son casuales ni fruto de la ignorancia, permiten calificar la sentencia de los lores como un adefesio jurídico y un agravio inexcusable a la soberanía de Chile.

Pablo Rodríguez Grez

El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley

Pablo Rodríguez Grez

Decano de la Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Uno de los problemas jurídicos actuales más relevantes en el orden práctico y teórico consiste en determinar el valor de los tratados internacionales ante la Constitución y la ley. En otras palabras, definir cuál es la jerarquía de un tratado cuando éste se enfrenta a la Carta Fundamental o a la norma legal interna.

Este problema está íntimamente asociado a la existencia y evolución del derecho internacional y a la manera en que el derecho interno recepciona sus diversas fuentes y disposiciones.

Es indudable que en el mundo actual parece estar surgiendo un **derecho supranacional**, fruto del llamado proceso de “**globalización**”. Como quiera que se analicen las tendencias de la comunidad universal, se llegará a la conclusión de que el portentoso desarrollo tecnológico ha provocado un acercamiento entre los diversos Estados, tanto en el plano económico como político, haciendo surgir nuevas concepciones que deberán plasmarse en un futuro no lejano en renovadas normas jurídicas capaces de expresar aquellas tendencias. Como sucede siempre, tan pronto la realidad social –nacional o universal– cambia, arrastra con ella a la regulación jurídica. Todas las transformaciones que se observan en el mundo (tanto materiales como morales) irán haciendo surgir, qué duda cabe, otro derecho, hoy día apenas en pañales. Nadie, creemos nosotros, puede desconocer esta realidad ni las positivas expectativas que se abren.

Sin desatender, insistimos, la importancia de lo manifestado, debemos reconocer, sin embargo, que los ordenamientos jurídicos internos no están concebidos para recepcionar un derecho supranacional de manera uniforme y fluida, puesto que todos ellos, unos más y otros menos, han consagrado normas destinadas a incorporar el derecho internacional sin desmedro o bajo estricta subordinación a la soberanía nacional de cada Estado. Así sucede en Chile. En nuestra legislación constitucional, como principio general, todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso y esta aprobación someterse “**a los trámites de una ley**” (art. 50 N° 1). El carácter legal del tratado internacional queda plenamente confirmado si

se atiende a lo previsto en los incisos segundo y tercero de la misma disposición constitucional, en los cuales se reitera que no está permitido al Presidente de la República dictar normas para el cumplimiento de un tratado internacional cuando éstas traten de materias propias de ley, pero que bien puede el Congreso autorizarlo para dictar disposiciones con fuerza de ley (decretos con fuerza de ley), salvo cuando se trate de materias en que no procede la delegación de facultades legislativas. Por otra parte, nos parece evidente que el Congreso al aprobar un tratado no podría dotarlo sino de fuerza legal, puesto que, siguiéndose los trámites propios de una ley, resultaría absurdo conferirle fuerza constitucional.

A este respecto, conviene recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 21 de diciembre de 1987, cuando estableció que "las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales", agregando que la prevalencia "de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionadísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario".

Finalmente, no existe inconveniente alguno en deducir recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de lo previsto en una norma incorporada a un tratado internacional, precisamente por el principio de supremacía constitucional, que hace prevalecer lo dispuesto en la Carta Fundamental por sobre la ley y el tratado.

Con ocasión de la reforma constitucional de 1989 (Ley de Reforma Constitucional N° 18.825), algunos comentaristas han sostenido que ciertos tratados internacionales (los que versan sobre derechos humanos) tienen la misma jerarquía, o incluso una jerarquía superior a la constitucional.

Nosotros discrepamos abiertamente de esta tesis.

El inciso segundo del artículo 5°, introducido por la referida reforma constitucional, establece: **"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"**.

La disposición transcrita plantea una primera cuestión esencial. ¿Pudo el constituyente "**delegar**" su potestad a fin de facultar al Presidente de la República (art. 32 N° 17) y el Congreso Nacional (art. 50 N° 1) para integrar o modificar la Constitución Política de la República, mediante la suscripción de un tratado y su aprobación siguiendo los trámites de una ley? Si esto fuere posible, se habría alterado sustancialmente toda la estructura jurídica del Estado y desvirtuado el "**poder constituyente**" que conforma la fuente primigenia del Estado de Derecho. Lo anterior nos ha hecho calificar a la Constitución como "**hermética**", puesto que ella sólo puede modificarse o ampliarse por el "**poder constituyente**" y siguiendo los trámites instituidos en la misma Carta Política para estos efectos.

Es cierto que el **tratado internacional** reconoce dos fuentes paralelas: una de origen **contractual** (acuerdo entre los Estados que lo suscriben) y otra de carácter **legal** (valor interno de ley desde que es aprobado por el Congreso siguiendo los trámites de una ley y es ratificado por el Jefe del Estado). Ahora bien, su infracción, por lo mismo, tiene dos efectos también paralelos. Por una parte, compromete la **responsabilidad internacional** del Estado y, por la otra, faculta a los particulares afectados para reclamar las reparaciones que correspondan por el incumplimiento de una disposición legal. De este doble enfoque, que confluye en el tratado internacional, se sigue la confusión de creer que éste tiene mayor poder vinculante que una ley.

Volviendo al contenido del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, debe reconocerse que en materia de "**derechos humanos**", el Estado chileno ha asumido el deber de respetar y promover tales derechos, no sólo los garantizados en la propia Constitución, sino también los garantizados en los tratados internacionales ratificados por Chile, siempre que ellos se encuentren vigentes. De lo anterior se sigue que frente al quebrantamiento de los derechos humanos garantizados por la Constitución o por los tratados internacionales, el Estado deberá responder ante sus súbitos y ante los Estados extranjeros con quienes se encuentra contractualmente ligado. Esta responsabilidad surgirá siempre que al Estado le sea imputable la violación de dichos derechos, así ello derive de una infracción (no se respetan los derechos humanos) o de la falta de promoción (no se da a éstos un tratamiento adecuado a su fin).

La cuestión, entonces, no dice relación con el valor de la norma constitucional, sino con la **responsabilidad** que asiste al Estado frente a los particulares (cuando se quebrantan los derechos humanos garantizados) y con la **responsabilidad** que pesa sobre el Estado nacional frente al otro Estado contratante (cuando se quebrantan los derechos garantizados en el trata-

do). La extensión de la responsabilidad del Estado sobre esta materia, incorporada a la Carta Fundamental, ha hecho pensar erradamente a varios comentaristas que la Constitución ha quedado a merced del Presidente y del Congreso, pudiendo ellos, por medio de un simple tratado, alterar su contenido.

Creemos nosotros que en esta materia impera lo que hemos denominado **"hermetismo constitucional"**. Este consiste en reconocer que la supremacía que corresponde a las normas de la Carta Fundamental hace imperativo admitir, simultáneamente, que ella no tiene otra fuente que no sea el **"poder constituyente"**, definido y caracterizado en la propia Constitución. Por lo mismo, las disposiciones de este cuerpo legal, que es la base de todo el ordenamiento normativo y del cual arrancan su valor jurídico las demás normas y reglas que componen el sistema legal, sólo pueden tener como fuente el ejercicio de la potestad constituyente, la cual es una manifestación esencial e indelegable de la soberanía. Cualquier limitación a las normas constitucionales que no emane de esta potestad carece de toda eficacia jurídica.

Si el mismo problema se analiza a la luz del valor jurídico, se llegará a la necesaria conclusión que es la Constitución la que confiere valor jurídico a las demás fuentes a través de las cuales se manifiesta el derecho. Por lo tanto, es la Constitución la que confiere valor a la ley y el tratado internacional. De aquí que ambos deban ajustar sus prescripciones al mandato constitucional y que ante una eventual contradicción con cualquiera de ellos, prevalezca sin contrapeso la primera.

Tampoco puede desdeñarse el hecho de que en Chile la ley tiene diversas categorías que se expresan en los diferentes requisitos para aprobar, modificar o derogar la respectiva disposición legal. Si un tratado internacional, sujeto a su aprobación en el Congreso a los trámites de una ley, se refiere a materias reguladas en una ley orgánica constitucional o de quórum calificado, debe él, para no trastocar todo el ordenamiento jurídico, contar con las mayorías descritas en la Constitución (cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio y mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio, según se trate de una ley orgánica constitucional o de quórum calificado). Lo señalado revela que el tratado tiene, precisa y justamente, el valor que la propia Constitución atribuye a una ley. Si el tratado se desvinculara de este último efecto, es obvio que las normas particulares sobre la aprobación de una ley no tendrían aplicación en la especie, y este trámite expresaría un requisito genérico, propio y diverso.

Finalmente, el derecho de los tratados, que se manifiesta principalmente

en la Convención de Viena, conduce a la misma conclusión. En efecto, el artículo 27 señala que **“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”**. A su vez, este último dispone que **“El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio del consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”**. Agrega la misma norma que **“Una violación es manifiesta, si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”**.

La recta interpretación de estas prescripciones no admite error. Si un tratado internacional invade, por la naturaleza y sentido de sus disposiciones, el ámbito constitucional, ello será excusa suficiente para dejar de dar aplicación al tratado, puesto que se trata de una violación manifiesta de una norma de importancia fundamental (no puede existir norma más fundamental que la Constitución). Los poderes del Estado carecen de **“competencia”** para suscribir y aprobar tratados internacionales sobre materias de carácter constitucional, puesto que ello, como se dijo y lo prescribe la propia Constitución, es atribución exclusiva y excluyente de la potestad constituyente.

De lo manifestado se desprende que, como quiera que se analice, la conclusión será siempre la misma. Los tratados internacionales tienen en Chile la misma fuerza jurídica vinculante de una ley y no se incorporan ni mucho menos modifican la Carta Política Fundamental. La conclusión contraria es consecuencia de confundir la **“responsabilidad”** asumida por el Estado que suscribe y ratifica un tratado internacional, y el ejercicio de la **soberanía**, que, conforme el principio de legalidad, no puede excederse de los límites precisos asignados en la propia Constitución y las leyes.

Sostener que al celebrarse un tratado internacional se limita tanto la potestad constituyente como legislativa posterior, representa un error. El tratado, en el ordenamiento jurídico interno, compromete la responsabilidad de la autoridad y de los particulares de la misma manera que lo hace una norma legal, quedando ella subordinada a las prescripciones constitucionales. Pero esta responsabilidad se extiende en el ámbito contractual propio del derecho internacional, haciendo al Estado reo de la violación del tratado frente al otro Estado contratante o la comunidad internacional en su caso.

Hacia un derecho supranacional

En verdad, tras todas estas discusiones se esconde el propósito de abrir camino a la existencia de un **derecho supranacional**, al cual se subordine el derecho interno de cada Estado. Esta tendencia parece ser el resultado inmediato de lo que hemos llamado el portentoso desarrollo tecnológico que ha desencadenado el proceso de globalización.

No hay duda que el derecho no puede permanecer estático frente a un comercio internacional cada día más intenso, comunicaciones instantáneas entre todos los países, desarrollo de acuerdos de toda índole, incluso políticos, destinados a unificar los esfuerzos en tareas productivas, culturales, científicas, financieras, policiales, etc. Todo revela que el mundo marcha hacia la construcción de un derecho supranacional.

Sin embargo, esta loable intención debe abordarse de modo que todos los Estados en un mismo acto o en actos paralelos vayan limitando su soberanía en función de una **soberanía universal**. La construcción de un derecho supranacional a partir de la renuncia de ciertos Estados, por regla general los más débiles, a su soberanía, puede abrir camino al sojuzgamiento y el sometimiento de unos en beneficio de otros.

Es altamente indicativo de lo que se señala lo ocurrido al General (R) Augusto Pinochet, detenido desde hace más de un año en Londres. Se ha sobrepasado en este lamentable episodio la inmunidad de Estado, la inmunidad diplomática, la jurisdicción de los tribunales chilenos, y se ha admitido toda suerte de irregularidades y estropicios, para sostener la jurisdicción de los tribunales españoles, aun cuando se encuentra establecido que se persigue la responsabilidad por presuntos delitos cometidos por chilenos en contra de nacionales de este Estado y ejecutados en su propio territorio. No obstante ello, se persiste en mantener un proceso de extradición a requerimiento de un juez español con el concurso de las autoridades políticas de esa nacionalidad.

A estos extremos arrastra la construcción de un derecho universal cuando sólo algunos países admiten la tesis de que los tratados internacionales se sobreponen, incluso, en materia de derechos humanos, a sus propias constituciones. Por este camino, bajo el pretexto de lograr un avance en el desarrollo del derecho, sólo se conseguirá el establecimiento de nuevas formas de sometimiento y, muy probablemente, un moderno y más eficaz neocolonialismo.

El anhelo de construir un derecho universal no puede inducirnos al disparate de renunciar a parte sustancial de nuestra soberanía, si no hacen lo

propio simultáneamente los demás Estados, atajando cualquier peligro de que unos se impongan, en nombre del progreso del derecho, a los otros, como ocurre actualmente en un caso que nos concierne directa y dolorosamente.

Un derecho supranacional no puede sino fundarse en la **igualdad irrestricta de todos los Estados** y en una **jurisdicción internacional** que asegure dicha igualdad. Pero es estúpido fundarlo en la diferencia entre Estados poderosos y Estados débiles, o en la extensión de una jurisdicción nacional capaz de juzgar los actos ocurridos en el territorio de otra nación y entre sus propios súbditos. La situación actual, lejos de representar un avance, es expresión de una novedosa modalidad de neocolonialismo repugnante y retrógrada.

Vivimos, sin duda, un momento crucial en la evolución del derecho. Cuando comienza a visualizarse un nuevo orden jurídico, parece acertado resguardar las bases más fundamentales de la igualdad entre los diversos Estados, puesto que sin ellas retrocederemos con el estigma de hacerlo en nombre del progreso. Es esto lo que algunos juristas no quieren o no pueden comprender al aceptar que, al margen de este acuerdo matriz, pueda construirse un derecho supranacional al cual subordinan por entero el derecho interno.

Un derecho universal, unido a una jurisdicción internacional, al menos en los campos más sensibles del progreso humano, constituye una conquista de inestimable valor para el destino de la Humanidad. La renuncia unilateral de la soberanía, como contribución a este propósito, no pasa de ser una aberración política y jurídica imperdonable.

El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal*

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

La globalización o mundialización de los diversos tipos de relaciones sociales constituye, en los días que corren, una constatación fáctica de evidencia, impuesta por la realidad. Poco tiempo atrás, la idea de la extensión de la órbita de influencia de un sujeto, hasta más allá de las fronteras territoriales sujetas al fenómeno de la unidad de un poder organizado y potencialmente ejecutivo, constituía una vivencia de escasa frecuencia, en la medida que suponía, casi necesariamente, un traslado físico, usualmente dificultoso. Actualmente, en notable contraste, una persona emplazada en una remota nación, al sur del mundo, como la nuestra, puede generar múltiples y complejas manifestaciones de voluntad en reducido lapso y comunicarlas, en todo tipo de direcciones, a través de medios prácticamente instantáneos, e, incluso, conectados a redes mundiales interactivas de transmisión.

Esta realidad de hecho avanza con una progresividad que supera, con mucho, a todo proceso reflexivo y todavía a uno de mínima profundidad, pese a la obvia relevancia de sus consecuencias en el campo de las relaciones humanas.

Así, verbigracia, se ha dicho entre nosotros que la mundialización, lejos de conducir a una interacción humana plena, puede llevar a la asociación de soledades individuales. Para constatarlo, piénsese en los medios de comunicación pública, que tienden a la formación de cadenas mundiales de información. El fenómeno es de evidente necesidad, toda vez que, en una sociedad globalizada, es menester que las personas conozcamos los hechos que ocurren en los más variados lugares. Pero esa necesidad impone, a la vez, una imprescindible y extrema síntesis de los hechos, toda vez que mientras más hechos necesitamos que sean conocidos, menor es el tiempo que a esa aprehensión intelectual podemos dedicar. La síntesis del hecho humano transmitido tiene, entonces, la ventaja de la cantidad de hechos que podemos conocer. Presenta, sin embargo, una notable debilidad: el hecho no puede ser conocido y aprehendido en su plenitud humana vivencial.

* Artículo escrito con colaboración del profesor ayudante don Julián Muñoz Riveros.

En otra perspectiva, el modo de vida actual nos otorga la posibilidad de comunicarnos, en poco tiempo, con muchísimas más personas de aquellas con que nuestros ancestros podían tomar contacto en extensos lapsos de su vida. Pero, por lo mismo, la riqueza y contenido del contacto humano disminuye en inversa proporción. Estas y otras connotaciones similares del proceso que vivimos puede llevar, como se venía diciendo, en contrario de cuanto podía esperarse de la mundialización, a la concepción de la vida como una simple asociación de soledades individuales. ¿Qué consecuencias podemos esperar para las relaciones humanas?

Otra cuestión de especial importancia se orienta hacia las repercusiones en el entendimiento y alcance de la idea de la diversidad de nacionalidades y consecuente organización de unidades sociales, emplazadas dentro de territorios determinados, sujetos a poderes soberanos y equivalentes entre sí. Porque parece palmario que, en un contexto mundializado, la intensidad del principio puede tender a un progresivo debilitamiento, en la medida que a un grupo de individuos emplazado, por ejemplo, en Francia, le interesará en mayor dimensión lo que ocurra, verbigracia, en Bolivia, que en un tipo de sociedad integrada en menor proporción. Y, desde siempre, el concepto de interés sirve de cimiento al de mandato obligatorio, que, en síntesis, lo tutela. De esta idea se derivan enormes problemáticas. Primero, ¿tiene verdadero sentido el debilitamiento del principio de nacionalidad y de su proyección jurídica en organizaciones soberanas, independientes y equivalentes entre sí? Segundo, si lo tiene, ¿puede llegar a tener sentido, incluso, la destrucción del principio? Tercero, ¿qué traumas y conflictos habrán de ser enfrentados en este camino y qué reacciones nacionalistas podemos esperar? Y, cuarto, ¿qué puede esperarse de este tipo de procesos para la libertad del hombre, la igualdad de oportunidades y la satisfacción de las necesidades espirituales y materiales, esto es, en resumen, para el bien humano?

Hemos querido comenzar la exposición con estas ideas, porque sentimos que la globalización o mundialización de las relaciones sociales, que es una cuestión de hecho, evidente a todos los ojos, ha venido dando lugar a la introducción de una serie de ideas, que no se encuentran necesaria y conceptualmente asociadas, pero que se vienen asumiendo sin reflexión, sin meditación, como una moda que invade las conciencias, adormeciéndolas. El fenómeno es parecido a otro coetáneo y probablemente ligado: cada día contamos con mayores cantidades de información y de conocimiento, en inversa proporción a aquella en que reflexionamos y meditamos en torno a esas bases. Así, actualmente, el Congreso Nacional debate acerca de la aprobación o rechazo del Tratado Internacional de Roma, acordado el 17 de julio de 1998, que erige el Estatuto de una Corte Penal Internacional, que deriva, obviamente, en una relevante transferencia de las soberanías nacionales.

¿Hemos reflexionado y meditado en Chile acerca de las implicancias de su aprobación o rechazo? ¿Tiene sentido que algunos parlamentarios lo justifiquen simplemente sobre la base de la realidad de hecho de la “globalización”? La mundialización jurídica ¿se cimienta en una identidad valórica fundamental o, en vez de ello, implica la imposición de los valores de unas nacionalidades más poderosas sobre otras más débiles y, por ende, constituye la antítesis del fenómeno jurídico, que, en nítido contraste, debiera conducir al equilibrio entre unas y otras?

Las líneas que aquí se contienen deben entenderse, entonces, como una revisión de los criterios tradicionales en el orden de la eficacia en el espacio de las normas penales y del alcance de la jurisdicción interestatal asociada y una alusión a sus convulsiones actuales, en la pretensión de contribuir, entre nosotros, a unos procesos reflexivos que estimamos urgentes e imprescindibles.

II. El Caso Penal Multinacional, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal

En términos clásicos de teoría general, una relación o situación jurídica constituye un caso multinacional en la medida que se haya vinculado a una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales, en razón de factores que pueden revestir naturaleza subjetiva –atinerencia a características personales de los sujetos involucrados, sean ellas permanentes o accidentales– u objetiva –conexión a otra clase de elementos.¹

Cuestión diversa es que la multinacionalidad del caso pueda o no, en relación con una determinada soberanía nacional, implicar alguna consecuencia substantiva o procesal, circunstancia que depende, también en términos tradicionales, del contenido de las reglas que fijen el ámbito de aplicación de su aparato jurisdiccional y de su normativa material. Empero, el caso jurídico es multinacional cada vez que tiene lugar la anotada vinculación a una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales.

La aludida caracterización, en la medida que corresponde a un concepto de teoría general de derecho, tiene plena aplicación en el orden de los hechos jurídicos criminales, toda vez que éstos pueden imbricarse, a la vez, con diversas soberanías nacionales, por razón de nacionalidad, domicilio, residencia o habitación de partícipes y víctimas, o bien por causa del lugar de ejecución de la conducta o, digamos por ahora, del bien jurídico tutelado o interés jurídico protegido.

¹ Boggiano, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Páginas 1 y ss.

Pues bien, el caso jurídico multinacional tiene pertinencia con dos tipos de sistemas jurídicos, siendo ellos los de orden nacional y los de esfera internacional.²

En cuanto a lo primero, a cuyo contexto limitamos estas reflexiones, cada poder soberano puede generar su propio ordenamiento penal sustantivo, y fijar, por medio de normas indirectas de atribución de eficacia, que seleccionan determinados factores de conexión, el ámbito de su aplicación, determinando, igualmente, el espacio de alcance de sus órganos de investigación y juzgamiento criminal. Se trata, entonces, de los sistemas jurídicos internos de las colectividades soberanas, que son esencialmente nacionales y que originan, en terminología tan habitual como discutida, la disciplina jurídica del Derecho Penal Internacional, cuya denominación se atribuye originariamente a Bentham.³

En esta órbita, cada ordenamiento penal nacional fija el alcance de su eficacia sustantiva y jurisdiccional y su aplicación efectiva dependerá de una cuestión de hecho, determinada por posibilidades prácticas de coerción directa, o bien indirecta, esto último por medio del auxilio judicial internacional. La multinacionalidad, entonces, es resuelta, en uno u otro sentido y en principio, por los criterios propios de cada Estado.

En cuanto a lo segundo, el Derecho Internacional Penal "tiene por misión crear tipos penales internacionales (delitos contra la humanidad, crímenes de guerra, etcétera) y proveer a su castigo, de preferencia a través de una jurisdicción internacional (por ejemplo, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que contaba incluso con un recinto carcelario en Spandau, o el actual Tribunal Internacional para conocer de los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia, constituido por decisión de las Naciones Unidas y con sede en La Haya)".⁴ En lo que dice relación a esta disciplina, la multinacionalidad del caso penal, en los cánones tradicionales, resulta abandonada, desde que la cuestión se enfoca en otra perspectiva. El caso tiene multinacionalidad por razón de la internacionalidad de las fuentes jurídicas de que deriva –acuerdos entre Estados– y de la universalidad del interés jurídico protegido, que se estima esencialmente vinculado a la comunidad supranacional y, por ende, desvinculado de la individualidad de una u otra soberanía.

Evidentemente, la disciplina del Derecho Internacional Penal, en una formulación estable y permanente, origina diversas perplejidades, desde

² Politoff L., Sergio. *Derecho Penal*. Ediar Conosur. Tomo I. Página 137.

³ Díez S., Juan. *El Derecho Penal Internacional*. Colex. Madrid. Página 15.

⁴ Politoff, Obra citada. Página 137

que viene a constituir un nuevo orden jurídico, cuya formación viene emprendiéndose aceleradamente, con especial relevancia a partir del Tratado Internacional de Roma de 1998. Recién en 1990 se escribía: "Es incontestable la ausencia de disposiciones penales dictadas por la Comunidad Internacional y con ello la ausencia, en sentido estricto, de delitos y penas internacionales o de Derecho Internacional, y menos aún la existencia de órganos supranacionales capaces de sostener una hipotética Justicia Internacional".⁵

III. Derecho Penal Internacional

III.1. Principio de Inescindibilidad del Ambito de Eficacia de la Ley Penal Substantiva y del Alcance de la Jurisdicción Penal. Orden Público Nacional y Estricta Jurisdiccionalidad como Fundamentos Jurídicos del Principio.

Como se enseña uniformemente, "a diferencia de lo que ocurre en Derecho Internacional Privado,⁶ nunca un Estado aplicará directamente, por medio de sus Tribunales, un Derecho Penal Extranjero",⁷ conformándose, así, el principio de inescindibilidad de la eficacia de la ley penal substantiva y de la potestad jurisdiccional de la soberanía que la genera.

Esta inescindibilidad substantiva y jurisdiccional deriva de dos órdenes de consideraciones.

En primer lugar, el método indirecto, que consiste en la elección de una u otra ley nacional, por medio de variados criterios de atribución o conexión, propio de la técnica clásica del Derecho Internacional Privado,⁸ y que supone, ergo, la hipotética aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero, tiene una limitación, constituida por la defensa del orden público interno, que surge claramente con la Escuela Estatutaria Holandesa del

⁵ Díez. Obra citada. Página 18.

⁶ Esta observación del Profesor Etcheberry corresponde a los entendimientos clásicos, a cuya conformidad el Derecho Internacional Privado es un conjunto de reglas indirectas de atribución o conexión normativa, en términos tales que supone la posibilidad que un juez de determinado Estado pueda aplicar un ordenamiento jurídico extranjero, de modo que esa disciplina queda definida por un método, que lo es de la regla de conflicto. Contemporáneamente, se ha entendido que el Derecho Internacional Privado queda definido por su objeto jurídico, constituido por la regulación jurídica del caso multinacional, que puede resolverse a través de métodos indirectos o directos y estos últimos no suponen que el Juez aplique un ordenamiento jurídico extranjero, puesto que el caso puede regularse, también, a través de normas jurídicas materiales, de origen internacional o nacional.

⁷ Etcheberry O., Alfredo. *Derecho Penal*. Jurídica. Tomo I. Página 117.

⁸ Aunque en teoría general de derecho lo es de toda disciplina de fijación de ámbito de eficacia normativa, como el Derecho Intertemporal.

Siglo XVI⁹ y que resulta, en síntesis, en que “se empezará por rechazar la aplicación de la ley extranjera (efecto negativo), para luego aplicar a la cuestión la ley del Tribunal, la *lex fori* (efecto positivo), la que, recuperando la plenitud de su competencia, sustituirá a la ley extranjera no aplicada”.¹⁰

Pues bien, en la medida que las normas penales nacionales constituyen la ultima ratio en la defensa de los bienes jurídicos fundamentales de las colectividades nacionales, lo son, por definición, de orden público interno. De consiguiente, en el orden criminal, el juez nacional habrá de aplicar siempre la *lex fori*, desde que no es concebible, por razón de orden público, la hipótesis de eficacia de un ordenamiento jurídico extranjero. La anotada inescindibilidad, entonces, tiene uno de sus fundamentos en el concepto jurídico del orden público estatal.

En segundo lugar, como recuerda Ferrajoli, en moderno e interesantísimo desarrollo, “la principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad, expresada en el axioma *nulla culpa sine iudicio*”,¹¹ de modo que la operación punitiva de la regla penal supone imprescindiblemente la previa formación jurisdiccional del juicio de derecho. De este modo, agrega, “la correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en materia penal”.¹²

La operación de la pena, que constituye una institución jurídica única e indivisible, tiene, entonces, unos presupuestos substantivos y otros presupuestos procesales, entre los que existe un nexo necesario, y, por ende, han de quedar atribuidos a una sola soberanía. Si así no fuere, por un lado, quedaría quebrada la obvia indivisibilidad jurídica de la pena, y, por el otro, se arriesgarían las garantías que la alejan del arbitrio.

Así, entonces, el principio de inescindibilidad que comentamos encuentra su segundo fundamento en el axioma de jurisdiccionalidad de la sanción penal.

El principio que analizamos tiene, entonces, sólidos fundamentos jurídicos, atinentes, en una óptica, a la tutela de bienes jurídicos fundamentales que informan a la norma penal, y, de otra, a las garantías del juzgamiento penal, de modo que no hay razones para introducir variaciones, mientras tengan subsistencia las soberanías nacionales y dentro de sus marcos propios.

⁹ Guzmán L., Diego. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Jurídica. Página 226.

¹⁰ Guzmán. Obra citada. Página 381.

¹¹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Trotta. Página 538.

¹² Ferrajoli. Obra citada. Página 538.

III.2. Carácter Nacional de la Fijación del Ambito de Eficacia de la Ley Penal Substantiva y del Alcance de la Jurisdicción Penal. Limitaciones en la Determinación Competencial. Derecho Internacional Público. Derecho Público Interno. Mecanismos de Solución de Controversias Jurisdiccionales.

Es principio comúnmente aceptado, derivado de la plenitud de las soberanías nacionales, atribuidas a los Estados, el que conduce al carácter nacional de la determinación del ámbito de eficacia substantiva y jurisdiccional de cada ordenamiento jurídico. Cada Estado, de consiguiente, puede fijar los límites internacionales de las potestades de sus propios órganos jurisdiccionales, así como los que circunscriben el alcance de sus reglas materiales, cuyas órbitas, en el orden que analizamos, como se ha dicho, son inescindibles. Es en este sentido que Welzel anotaba que “las reglas... de Derecho Penal Internacional... no son ‘Derecho Penal Internacional’, sino Derecho Nacional”.¹³

En el ejercicio de este criterio, verbigracia, el ordenamiento jurídico chileno ha forjado las reglas previstas en los artículos 5° y 6° del Código Penal, 6° del Código Orgánico de Tribunales, 3° del Código de Justicia Militar, 106 del Código Penal, 1° de la Ley N° 5.478, y en la Ley N° 12.927.

El caso que actualmente ocupa a la doctrina jurídica internacional, que ha afectado al General del Ejército de Chile don Augusto Pinochet Ugarte, ha venido a poner de moda la cuestión de la eventual existencia de limitaciones jurídicas, sean ellas de carácter metapositivo o positivo,¹⁴ a la potestad de que venimos tratando.

Así, Quintano Ripollés, en España, se ha referido a la figura del abuso de derecho en la determinación competencial, que impone la interdicción de reglas invasoras del ámbito de soberanía de otro Estado,¹⁵ en términos tales que la referida potestad nacional encuentra su límite, en concepto de este autor, sólo en la circunscripción del interés jurídico estatal en la punición y de su coordinación con otros intereses nacionales de jerarquía equivalente.

En nuestro concepto, debe distinguirse un ámbito de Derecho Internacional Público y otra órbita de Derecho Público Nacional.

En el ámbito del Derecho Internacional Público, se ha entendido que nos encontramos, con la sola excepción de aquellos ámbitos regulados por

¹³Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Jurídica. Página 45.

¹⁴Anunciamos uno y otro tipo de eventuales limitaciones, sin pronunciarnos aquí acerca de tendencias jusfilosóficas.

¹⁵Citado por Díez. Obra citada. Página 17.

Tratados Internacionales de Derecho Jurisdiccional, frente a la ausencia de una formulación normativa y, con mayor claridad todavía, de órganos interestatales de jurisdicción necesaria.

Pero de lo expresado resultan dos principios fundamentales. Primero, es posible entender que la potestad de determinación competencial queda sujeta a limitaciones derivadas de los principios de interés estatal y de sujeción a la doctrina del debido proceso, que impone garantías de racionalidad y justicia en el juzgamiento, puesto que un entendimiento contrario implicaría, por definición, la negación del fenómeno propiamente jurídico. La cuestión es antigua e implica opciones jusfilosóficas en que no profundizaremos: como enseña Hart, "no hay manera de saber qué soberanía tienen los Estados hasta que conocemos cuáles son las formas del Derecho Internacional y si ellas son o no meras formas vacías".¹⁶ Segundo, la posibilidad de cautela efectiva de esas limitaciones, de entenderse a éstas existentes, suponen el consenso directo entre los Estados o la atribución por éstos de jurisdicción a órganos internacionales, como la Corte Permanente de Justicia de La Haya. En defecto, la cuestión queda gobernada por los hechos, esto es, por el poder político y económico internacional de cada nación interesada.

En la órbita del Derecho Público Nacional, la cuestión presenta bastante interés, en función del principio de jerarquía de fuentes jurídicas, toda vez que los ordenamientos jurídicos constitucionales contemporáneos consagran garantías de juzgamiento, con diversas formulaciones normativas, relacionadas con la conocida doctrina del debido proceso. Así, en Chile, el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado impone al legislador el deber de asegurar un procedimiento judicial dotado de garantías de racionalidad y justicia, fórmula con la que el constituyente quiso recoger la doctrina del debido proceso legal. En España, los artículos 9 y 24 de la Constitución de 1978 establecen las garantías de interdicción de la arbitrariedad, esto es, del mero capricho, y de tutela judicial efectiva. La cuestión es relevante, toda vez que el principio fundamental de territorialidad, como se verá, en nuestro entendimiento, se justifica en razón de motivos de posibilidades de un juzgamiento adecuado de la conducta concreta del imputado. Si ello es así, puede sostenerse que las bases constitucionales de los ordenamientos nacionales imponen la necesidad de cautela de unas garantías procesales que quedan arriesgadas por criterios exagerados de extraterritorialidad y de ese razonamiento puede colegirse la inconstitucionalidad de normas legales de excesiva extensión, así como la necesidad de interpretar las reglas legales, a la hora de la aplicación casuística, con sujeción a tal criterio supremo. Evidentemente, la solución

¹⁶ *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Página 276.

de esta clase de cuestiones corresponde a los órganos internos de decisión de controversias acerca de límites internacionales de la propia jurisdicción.

III.3. Principio de Territorialidad. Examen de sus Fundamentos Jurídicos. Soberanía. Debido Proceso y Derechos Humanos. Limitaciones a las Excepciones de Extraterritorialidad, sobre la base del Derecho al Debido Proceso. Supletoriedad de la Jurisdicción Interestatal.

Con la excepción de algunas tesis radicales, el principio de territorialidad como factor de atribución de competencia en el orden jurisdiccional penal, "representa el punto de partida, el criterio de conexión fundamental y básico para la aplicación de las normas penales en el espacio",¹⁷ cuestión que no admite mayores discusiones en la doctrina contemporánea, basada en los ordenamientos jurídicos generados con posterioridad a la Revolución Francesa,¹⁸ que establecieron los principios de *lex certa* y de legalidad del juzgamiento penal.

Interesa especialmente la determinación del fundamento jurídico en que el principio se asienta, toda vez que si aquél se relaciona con garantías procesales de juzgamiento recogidas por ordenamientos constitucionales o por convenciones internacionales de derechos humanos, entonces es posible sostener la existencia de limitaciones jurídicas al alcance de las excepciones de extraterritorialidad.

La doctrina ha puesto usualmente énfasis en la justificación de la territorialidad en el planteamiento político jurídico de la soberanía. Así, enseña Polaino Navarrete, reflejando el sentir de la doctrina dominante: "En cuanto el Derecho Penal es esencialmente emanación de la soberanía estatal, su vigencia aparece condicionada a la extensión del territorio de cada Nación, manifestando precisamente su ámbito de validez dentro del marco territorial de referencia respecto del conjunto de actos delictivos en el mismo realizados por cualesquiera delincuentes, tanto nacionales como extranjeros".¹⁹ En realidad, esta aseveración no admite discusiones razonables.

Sin embargo, la doctrina admite otros fundamentos al principio, que presentan gran interés, como se verá, a la hora de enfocar las eventuales limitaciones jurídicas a las excepciones de extraterritorialidad del orden jurídico penal nacional.

¹⁷ Díez. Obra citada. Página 31.

¹⁸ Polaino N., Manuel. *Derecho Penal*. Tomo I. Bosch. Página 452.

¹⁹ Obra citada. Página 452.

En este sentido y en cuanto puede resultar atinente a estas últimas, agrega Polaino Navarrete que el principio se asienta igualmente en “razones de carácter puramente empírico, aludiéndose en este plano pragmático a la práctica facilitación de la posibilidad y, en todo caso, a la mejor exactitud en la verificación de las pruebas requeridas en el proceso para la garantía de un correcto enjuiciamiento, precisamente en el lugar de comisión de los hechos delictivos, en que la inmediata tangibilidad de la comprobación y valoración de los actos de significación penal propicia un adecuado servicio a la justicia penal”.²⁰

Esta clase de justificaciones son calificadas por la doctrina como simplemente “prácticas” o “utilitarias”,²¹ calificación que, en nuestro concepto, como se verá, es notablemente errónea.

En relación con las limitaciones jurídicas a las excepciones de extraterritorialidad, el fundamento en la soberanía impide determinar claramente su existencia y circunscripción, desde que las concepciones de la soberanía siempre han admitido la vigencia de otros criterios de conexión del orden penal y jurisdiccional de los Estados,²² fundadas en pautas de personalidad, de defensa de intereses jurídicos específicos y de universalidad. Empero, como el contenido político jurídico de la noción de soberanía es cuestión siempre discutida y discutible, también lo es su alcance, en términos que imposibilitan o al menos dificultan sensiblemente la fijación de claras limitaciones.

En cambio, la consideración de la fundamentación que la doctrina usualmente llama “pragmática” o “utilitarista”, sí permite, en nuestro concepto, advertir horizontes más claros.

En efecto, para reflejarla hemos citado a Polaino Navarrete, entre otros muchos doctrinadores, porque su párrafo demuestra que su calificación en orden a tratarse de unos motivos “puramente empíricos” no es coherente con las ideas que expresa a renglón seguido, toda vez que manifiesta claramente que tienen que ver: i) con la mejor exactitud en la verificación de las pruebas requeridas en el proceso para la garantía de un correcto enjuiciamiento, que admite precisamente el forjamiento del juicio en el lugar de comisión de los hechos delictivos; y, ii) con la adecuada valoración de los actos de significación penal, relacionada con un correcto servicio a la justicia penal.

²⁰ Obra citada. Páginas 452 y 453.

²¹ Ver, por todos, Díez. Página 36 y la bibliografía que cita.

²² Goldschmidt, Werner. *Derecho Internacional Privado*. Depalma. Página 524.

De esto resulta que los motivos de que venimos tratando no son sólo “empíricos”, “utilitaristas” o “prácticos”. En contrario, tienen que ver con la aptitud de formación idónea del raciocinio jurisdiccional de derecho penal que ha de contenerse en la sentencia definitiva, y, por lo mismo, con la garantía de estricta jurisdiccionalidad, que se imbrica, por su parte, en la doctrina del debido proceso legal. La aplicación de la pena supone un proceso judicial previo, pero no cualquier proceso: ha de tratarse de uno dotado de garantías orgánicas y procesales de idoneidad en la formación del juicio de hecho y de derecho.

Siendo así, la fundamentación del principio de territorialidad, en esta perspectiva, se encuentra, a nuestro juicio, en la doctrina garantística del debido proceso legal, y, por lo mismo, entronca directamente en la defensa de los derechos humanos, enfocados en el área jurisdiccional, que tiene una especial relevancia en el orden penal, en razón del ya aludido axioma *nulla culpa sine iudicio*, en términos tales que el proceso judicial es presupuesto imprescindible en la operación de la sanción criminal.

En el Derecho Contemporáneo, entonces, no puede afirmarse que se trate de una cuestión de segundo orden, meramente “práctica”, “empírica” o “utilitarista”.

Postulamos, entonces, el rescate de esta fundamentación del principio de territorialidad, como un elemento del debido proceso jurisdiccional, en el orden de la defensa de los derechos humanos procesales.

En efecto, el juicio jurisdiccional que ha de preceder necesariamente a la pena, como anota la doctrina española, no puede constituirse en “una farsa o simulacro”,²³ desde que esta última concepción es incompatible con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo.²⁴

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma, ratificación y adhesión en diciembre de 1966, en su artículo 14 asegura a todas las personas la igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, esto es, por un órgano jurisdiccional apto para formarse idóneo juicio fáctico y jurídico. En nuestro concepto, el principio de territorialidad de la jurisdicción penal tiende a la consecución efectiva del derecho a la igualdad procesal del imputado y a la idónea formación del juicio de derecho punitivo, esto es, al juzgamiento con las debidas garantías.

²³ Esparza L., Iñaky. *El principio del proceso debido*. Ed. Bosch. Página 174.

²⁴ Esparza. Obra citada. Página 175.

En efecto, la inserción de la o las personas que sirven el Tribunal en el ambiente histórico y normativo en que las conductas tuvieron lugar permite una idónea acreditación de los hechos constitutivos del presunto ilícito y de las eventuales causas de exculpación, en función de las posibilidades amplias y ciertas y no meramente formales de recogida de pruebas, así como posibilita una adecuada ponderación de credibilidad de las probanzas –cuestión sujeta a la inteligencia y sentido crítico del Magistrado– y de los elementos de valoración jurídica que son imprescindibles en el proceso penal.

Durante este siglo, la doctrina y la jurisprudencia han avanzado notablemente en la profundización del juicio jurídico penal, por la vía de situar al ser humano imputado en el ambiente histórico en que obró y en las particulares vicisitudes que pudieron influir en sus decisiones volitivas, así como en las percepciones psicológicas precedentes: sólo de este modo puede forjarse adecuadamente el juicio de reproche que implica la sanción penal.

Piénsese, en similar perspectiva, en la valoración de los elementos normativos del tipo penal o del examen de antijuridicidad de la conducta y de lesividad del resultado, que constituyen juicios de ponderación. Si las personas obramos en determinados ambientes valorativos –que son distintos en cada una de la pluralidad de naciones, muy especialmente al relacionarlos con la casuística– y sobre la base de éstos generamos nuestras decisiones volitivas, ¿cómo podemos ser juzgados por personas enteramente ajenas a esos mismos ambientes, que corren, por ende, el riesgo de ponderar sobre la base de valoraciones que el imputado no pudo tener en cuenta al decidir y obrar?

En síntesis, retornando a las ideas introductorias, nosotros entendemos que la idea de globalización o mundialización que frecuentemente se esgrime para justificar la extensión de los criterios de conexión extraterritorial de la jurisdicción penal, trasunta necesariamente un notable riesgo de superficialidad en el forjamiento del juicio de reproche, tanto desde el punto de vista acreditativo, desde que dificulta la recogida de pruebas y el examen crítico de su credibilidad, como en la perspectiva estrictamente jurídico ponderativa, porque impide la ubicación del juez en el ambiente histórico en que los hechos se produjeron. Esta tendencia, ergo, se inserta en un camino contrapuesto a la garantía de estricta jurisdiccionalidad, en que la doctrina venía avanzando con rigor. Con ello, se atenta en contra de la doctrina del debido proceso y del estatuto internacional de los derechos humanos.

Así, en nuestro concepto, el principio de territorialidad encuentra relevante fundamento en la doctrina del debido proceso legal, y, por ende, en el

ámbito de los derechos humanos del imputado, de manera que las excepciones de extraterritorialidad tienen un límite preciso, en el sentido que podrán tener lugar sólo en la medida que el distanciamiento del juez respecto del lugar de ocurrencia de los hechos resulte ser uno de tal carácter que no ponga en riesgo la labor de recogida de pruebas de cargo y descargo, el examen de su credibilidad y la necesaria inserción del magistrado en el ambiente histórico de ponderación normativa y psicológica en que obró el imputado.

Esta noción permite encontrar también sustento al carácter supletorio de la jurisdicción penal extraterritorial, toda vez que, siendo evidente que el derecho humano del imputado a un adecuado forjamiento del juicio jurisdiccional de reproche o exculpación se respeta de mejor manera por el *iudex loci*, sólo puede acudir a la jurisdicción interestatal en virtud de imposibilidad de juzgamiento en el lugar de ejecución de las conductas cuestionadas.

III.4. Enunciación de Criterios de Conexión Extraterritorial. Comentarios al Principio de Universalidad. Limitaciones Jurídicas a su Operación.

Como antes se dijo, las conexiones de extraterritorialidad que conocen los sistemas jurídicos nacionales, se estructuran, con mayor o menor alcance, sobre tres principios fundamentales, que lo son el de personalidad –que puede ser activa, pasiva o mixta–, el de defensa, o real o de protección de determinados intereses, y el de justicia universal.

La legislación chilena, por ejemplo, admite estas tres categorías, en los artículos 6° del Código Penal, 6° del Código Orgánico de Tribunales, 3° del Código de Justicia Militar, 106 del Código Penal, 1° de la Ley N° 5.478 y en algunas disposiciones del Código de Justicia Militar.

Formularemos algunos comentarios al principio de justicia universal o de universalidad, como criterio de conexión interestatal de las jurisdicciones penales, sobre la base de consideraciones generales de Derecho Comparado, desde que no es nuestra pretensión ingresar al análisis dogmático y particularizado de uno u otro sistema jurídico nacional.

En primer lugar, la operatividad del principio “no persigue la represión universal de cualquier tipo de infracciones que puedan cometerse en el extranjero”,²⁵ sino de aquellas que reúnan dos características fundamentales: i) en lo formal, la definición de infracciones determinadas

²⁵ Díez. Obra citada. Página 173.

en “acuerdos internacionales”,²⁶ es decir, en convenciones internacionales entre Estados; y, ii) en lo substantivo, la protección de “ciertos bienes jurídicos de carácter internacional o universal, cuya infracción lesiona o pone en peligro, no el específico marco de un valor estatal o individual, sino, por el contrario, el amplio espectro de intereses jurídicos reconocidos y amparados por la comunidad internacional”.²⁷

En segundo lugar, la represión delictiva cosmopolita encuentra su fundamento en la naturaleza de los bienes jurídicos afectados –*delicta iuris gentium*–, en relación con la solidaridad internacional, que redundaría en la representación por órganos de cualquiera nacionalidad de intereses jurídicos universales y en la consecuente jurisdicción del juez del lugar de aprehensión del imputado. Por ende, la legitimación de la figura supone una “otorgada por la comunidad internacional para actuar como representante de ella en defensa de bienes jurídicos en cuya protección existe un interés común de todos los Estados”.²⁸ El principio encuentra sustento, así, en la idea de cooperación internacional, que supone, por ende, la fuente formal de autorización interestatal. Por ello, supone la fuente formal de la descripción y autorización en convenciones internacionales, ideas que recoge estrictamente, en Chile, el artículo 6° de nuestro Código Orgánico de Tribunales.

En tercer lugar, la doctrina anota que “esta potestad del *iudex de apprehensionis* debe matizarse en la medida en que se considere el carácter secundario o supletorio de la misma”,²⁹ toda vez que “debe preferirse que sea el Estado del lugar de comisión quien juzgue y aplique sus leyes, utilizando para ello, verbigracia, la extradición”,³⁰ puesto que lo contrario constituiría “un derecho penal por representación”.³¹ Por ello, parece evidente que es necesario “restringir la aplicación del principio de justicia universal cuando existan posibilidades de utilizar otros mecanismos de colaboración interestatal, que depuren con mejores garantías la responsabilidad del sujeto”,³² como resulta de los Códigos Penales alemán, italiano y portugués.

En cuarto lugar, la doctrina anota que la operación del principio de universalidad no puede poner en riesgo las garantías substantivas y procesales del juzgamiento, peligro derivado de “la distinta configuración

²⁶ Díez. Obra citada. Página 173.

²⁷ Díez. Obra citada. Página 173.

²⁸ Díez. Obra citada. Página 176.

²⁹ Díez. Obra citada. Página 176.

³⁰ Miklitzansky, citado por Díez. Obra citada. Página 176.

³¹ Stratenwerth, citado por Díez. Obra citada. Página 176.

³² Díez. Obra citada. Página 178.

de la realidad substantiva y procesal de las legislaciones nacionales".³³ Este último comentario demuestra, como veníamos diciendo, que el principio de territorialidad tiene fundamento en la disciplina garantística del juicio jurisdiccional y no en meras cuestiones "prácticas", "empíricas" o "utilitarias", calificación que, en nuestro sentir, la doctrina ha venido formulando inadvertidamente.

Las ideas que hemos anotado, correspondientes al tratamiento de la cuestión en la doctrina del Derecho Contemporáneo, permiten determinar varias clases de limitaciones jurídicas al principio de represión universal.

La primera deriva de su propio fundamento, radicado categóricamente en las ideas de comunidad internacional de intereses y de colaboración interestatal, en el sentido que el principio no puede aplicarse en aquellos casos en que la pacífica y civilizada convivencia entre las naciones resulte deteriorada, toda vez que tal resultado es contradictorio con el bien que se pretende alcanzar. En síntesis, entonces, la operación de la universalidad carece de sustento allí donde el Estado presuntamente afectado queda categóricamente opuesto, desde que no es razonable, en función de una idea de colaboración jurídica, arribar a situaciones de grave conflictividad interestatal.

La segunda tiene que ver, otra vez, con la defensa de los derechos humanos del imputado, cuestión ya abordada y que puede reproducirse aquí en idénticos términos: no es razonable destituir al imputado del juzgamiento natural en el ambiente histórico territorial en que obró.

Estas dos limitaciones culminan en la idea técnica de supletoriedad o subsidiariedad de la aplicación del principio, que resulta entonces razonable en aquellos eventos en que no es posible el juzgamiento en el lugar natural, verbigracia, en evento de destrucción de la estructura estatal correspondiente. Por lo mismo, la operación resulta improcedente en el caso de subsistencia de esa estructura jurídica, con normal funcionamiento democrático, en el lugar de ejecución de los hechos. Resta anotar que no es imprescindible la solicitud de extradición, del Estado loci, toda vez que ésta tendrá lugar sólo en el evento que sus órganos de persecución penal estimen cumplidos sus requisitos substantivos. Entenderlo en sentido contrario, como se ha sugerido, derivaría en un resultado antinatural, puesto que la ponderación de concurrencia de dichos requisitos, que en Chile son, básicamente, los de *lex certa* y los acreditativos de hechos y participación propios del procesamiento, constituye, precisamente, un acto de ponderación, constitutiva de una fase en la estructuración gradual del juzgamiento.

³³ Díez. Obra citada. Página 179.

La tercera se relaciona con la concurrencia de los requisitos previstos en las convenciones internacionales atinentes, como el de supletoriedad o subsidiariedad previsto en algunos tratados, porque, en contrario caso, la jurisdicción nacional obraría con deslegitimación internacional.

Finalmente, interesa poner énfasis en la idea central de este trabajo. Si bien cada ordenamiento nacional puede definir extensiones extraterritoriales de su jurisdicción penal, éstas encuentran siempre límite en la excepcionalidad estricta, toda vez que el juzgamiento por órgano de otra nación pone en riesgo el derecho al debido proceso y, con ello, los derechos humanos del imputado. Efectuando una afirmación de contingencia jurídica, usualmente extraña a los propósitos académicos, pero que creemos sólidamente fundada, no puede, en función de los derechos humanos, violentarse los que naturalmente corresponden al imputado, que ha de ser presumido inocente, como lo manda el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

IV Ideas Finales

Retornando *ad initium*, en el contexto de la mundialización, los días que corren imponen la necesidad de meditar seriamente acerca de una adecuada coordinación internacional de la determinación competencial en el orden penal, sustantivo y jurisdiccional, con imperativa protección de los derechos humanos del imputado. Especialmente, de su derecho a ser juzgado por un órgano jurisdiccional dotado de aptitud práctica de recogida de pruebas, de evaluación crítica de credibilidad de probanzas y de ponderación jurídica conforme a los criterios predominantes en el ambiente histórico en que el imputado decidió y ejecutó la conducta cuestionada.

En nuestro concepto, la globalización, plena en información, conocimiento y comunicación, origina mengua en la profundización de los raciocinios, probablemente porque la necesidad de considerar una multiplicidad de aquéllas, resta tiempo a la acabada reflexión.

La mundialización en el orden del derecho, inadecuadamente concebida y entendida, resta profundidad y sutileza al forjamiento del juicio jurisdiccional, tanto en el orden acreditativo, como en el plano jurídico ponderativo, y, si aquél es esencial a la cautela de la libertad, de la justicia, de la igualdad y del pluralismo, los hombres de derecho, en las diversas latitudes, debemos reaccionar en defensa del principio de estricta jurisdiccionalidad del raciocinio jurídico de reproche o exculpación. En síntesis, debemos accionar con rigor, en cautela de la esencia de justicia y racionalidad, propia del verdadero fenómeno jurídico.

El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios

Olga Feliú Segovia

Consejera del

COLEGIO DE ABOGADOS

Es de interés analizar el libre ejercicio de la libertad económica, garantizado por la Constitución Política, y las atribuciones que la ley confiere a los organismos antimonopolios con el objeto de preservar la libre competencia.

Es necesario desentrañar el verdadero sentido de las normas constitucionales pertinentes, y atendida la disparidad de interpretaciones que se presentan, es conveniente iniciar el análisis del tema teniendo presente la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución Política.

1. Bases Generales de la Constitución Política de 1980.

1.1. Principios que informan la Constitución Política y orden público económico.

Si se examinan con detención las distintas intervenciones de los comisionados de la Comisión Constituyente y lo expuesto en la obra *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos* es posible determinar los principios que informan la Constitución Política de 1980 y la noción del "orden público económico". Respecto de esta materia hubo dos elementos esenciales inspiradores de la nueva institucionalidad: a) Consagrar que los derechos de las personas son anteriores y superiores al Estado y b) establecer reglas que impidieran que volvieran a repetirse en la historia patria la estatización y los desbordes de la economía dirigida.

Sobre lo primero –derechos de las personas anteriores y superiores al Estado– se expresa en la obra recordada sobre *Anteproyecto Constitucional* que "El nuevo régimen político institucional descansa en la concepción humanista del hombre y de la sociedad, propia de la civilización occidental y cristiana a la que pertenecemos, y según la cual los derechos del ser son anteriores y superiores al Estado, el que tiene el deber de darles segura y eficaz protección".

Este concepto aparece expresamente consagrado en las normas vigentes sobre "Bases de la institucionalidad" de la Constitución Política, que

reconocen que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común", que "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución" y actuar "dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley".

Sobre el segundo punto, relativo a las normas que se propusieron para evitar la repetición de la estatización y de la intervención en la economía, el *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos* le dedica un capítulo denominado "Orden Público Económico".

En este capítulo, luego de un recuento de la historia política de los 40 años anteriores a ese momento, la inflación crónica y la cada vez mayor estatización, se plantea que estos antecedentes llevaron "a la Comisión a la convicción de que en el nuevo ordenamiento jurídico tienen el deber de contemplar algunas normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común". Más adelante se agrega que "la naturaleza y variedad de las materias que comprende el orden público económico exige que los preceptos correspondientes se contengan al tratar cada uno de ellos".

Varias fueron las disposiciones que en esta materia se propusieron en el anteproyecto. Entre ellas, "en relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así".

La subsidiariedad del Estado y el reconocimiento de los grupos intermedios también son aspectos fundamentales relacionados con el "orden público económico y que inciden en el correcto alcance que debe atribuirse a la "libertad económica" reconocida constitucionalmente.

"El principio de subsidiariedad constituye condición esencial para que exista una sociedad realmente libre, ya que cuanto mayor sea el estatismo que la afecte, menor será la libertad que ofrezca a la capacidad creadora del hombre, por amplio que sea el reconocimiento que se haga de sus derechos políticos" (*Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos*).

La Carta Fundamental, en su Capítulo I, "Bases de la Institucionalidad", reconoce y ampara a los grupos intermedios de la sociedad en los siguientes

términos: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Esta norma constitucional admite que la sociedad se organiza dando origen a grupos intermedios, los que son vitales para su progreso y desarrollo. Por ello, el constituyente, expresamente y nada menos que en las Bases de la Institucionalidad, establece que el Estado reconoce la existencia de estos grupos intermedios y que, además, les debe garantizar una adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos.

Sobre el fundamento de la inclusión de este precepto en la Carta Fundamental se manifiesta en la obra *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos* que “Una sociedad libre supone el respeto por parte del Estado a estos cuerpos intermedios que constituyen una verdadera proyección de la vida del hombre en comunidad. Ello no es sino la consecuencia del principio de que en definitiva, el Estado debe estar al servicio del hombre y no el hombre al servicio del Estado”.

Por su parte, los profesores Mario Verdugo M., Emilio Pfeffer U. y Humberto Nogueira A. sostienen que los grupos intermedios “constituyen elementos esenciales del tejido orgánico de la sociedad, constituyendo instancias intermedias entre la persona y el Estado” y “que el principio de subsidiariedad tiene una dimensión negativa para el Estado: no debe intervenir en las actividades de las sociedades intermedias cuando desarrollan su actividad y fines real y eficazmente dentro del bien común” (*Derecho Constitucional*, Tomo I, pág. 112).

Luego, la existencia de estos grupos intermedios entre las personas y el Estado no sólo es reconocida por la Constitución, sino que ésta, además, impone al Estado la obligación de garantizarles la autonomía necesaria para cumplir sus fines propios, obligación que conlleva una prohibición al Estado de interferir en sus actividades.

Este amparo constitucional a los grupos intermedios alcanza a todo tipo de entes, incluso a los que tienen fines mercantiles. Así lo ha reconocido la jurisprudencia. En sentencia emitida el 23 de enero de 1985 por la Excm. Corte Suprema, en el recurso de inaplicabilidad interpuesto por la Bolsa de Valores de Santiago y otros en contra de determinados artículos de la Ley N° 18.045, sobre mercado de valores, dice como sigue: “Que la autonomía garantizada por la Constitución tiende al amparo de los grupos intermedios que organizan y estructuran la sociedad -algunos de los cuales son los entes mercantiles que contribuyen a esa organización en lo económico y...” (*Gaceta Jurídica* N° 55, pág. 40).

En suma, a la luz de la historia del establecimiento de la Constitución se puede concluir, en un análisis general y en primer término, que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a la ley y sólo pueden actuar dentro de su competencia. Luego la finalidad básica de los preceptos contenidos en los números 21, 22 y 24 del artículo 19 de la Carta, que consagran derechos comprendidos en el **Orden Público Económico** es la de **garantizar los derechos de las personas para emprender actividades económicas, limitar la acción del Estado sobre la base del principio de la subsidiariedad, entregar sólo al legislador la regulación de esta materia y reconocer y amparar los grupos intermedios de la sociedad.**

2. De los organismos antimonopolios

Los organismos antimonopolios que contempla el ordenamiento legal y que integran este sistema son los siguientes:

- Las Comisiones Preventivas Regionales y Central.
- La Comisión Resolutiva.
- La Fiscalía Nacional Económica.

Las Comisiones Preventivas son “organismos administrativos que forman parte de la administración central del Estado... y cuya finalidad esencial es la de dar a los particulares la interpretación administrativa de la Ley de Defensa de la Competencia” (Jorge Streeter P., *Naturaleza Jurídica y Atribuciones de los Organismos y el Servicio creados por la Ley de Defensa de la Libre Competencia*, Apuntes, Facultad de Derecho, U. de Chile, pp. 3 y 4).

Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado, independiente de todo organismo o servicio, relacionado con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Economía. (Artículo 21 del Decreto Ley N° 211 de 1973, reemplazado por la Ley N° 19.610, de 15 de mayo de 1999)

La Comisión Resolutiva, en cambio, “es propiamente un órgano jurisdiccional... que resuelve conflictos intersubjetivos de intereses de relevancia jurídica, mediante sentencias” (Jorge Streeter, ob. cit. p. 4), conforme con lo dispuesto en la letra a) del artículo 17 del Decreto Ley N° 211, de 1973, sin perjuicio de ciertas atribuciones administrativas.

Todos estos órganos, en sus respectivos ámbitos, están llamados por la ley especialmente a decidir, acordar o resolver todo lo que diga relación con la libre competencia. Las atribuciones que tienen esos órganos excluye del conocimiento de estas materias especializadas a otros organismos

administrativos y, en su caso, a los tribunales ordinarios, y todos ellos conforman un sistema congruente en el que la definición última de todas las controversias que se susciten queda entregada al órgano jurisdiccional.

3. Jurisprudencia de los organismos antimonopolios respecto de la regulación de mercados.

3.1. Jurisprudencia que reconoce la falta de competencia de las Comisiones Antimonopolios para regular mercados.

Existe importante jurisprudencia de los organismos de la competencia que reconoce incompetencia para regular mercados. Entre ellas cabe mencionar la siguiente:

3.1.1. Resolución N° 349, de 20 de Noviembre de 1990, de la Comisión Resolutiva.

Esta Resolución recayó en una reclamación de la Unión de Dueños de Farmacias de Chile contra un dictamen de la Comisión Preventiva Central, que había llegado a la conclusión de que no existían distorsiones graves en el mercado, que hicieran necesario redefinir pautas o criterios contenidos en anteriores dictámenes.

Estableció la Comisión Resolutiva que **no les correspondía regular** los mercados a los organismos de la **libre competencia** y que esta última es la que en **mejor forma protege al consumidor**.

Sus considerandos 1° y 3° son del siguiente tenor:

“1°. Esta Comisión Resolutiva comparte plenamente la declaración previa formulada por la Comisión Preventiva Central en el N° 5 de su dictamen recurrido, en cuanto no corresponde a los organismos encargados de velar por la libre competencia regular los mercados sino sólo para alcanzar la debida transparencia con que deben actuar los agentes económicos para que, en beneficio de los consumidores, prevalezcan los más eficientes”.

“3°. Contrariamente a lo que sostiene el reclamante, la libre competencia no se protege imponiendo condiciones arbitrarias a los agentes económicos, no transformando la libertad de precios en que se encuentran los productos farmacéuticos en un cúmulo de obligaciones que importan desconocer esa libertad de precios con el pretexto de que el usuario final se verá beneficiado. Es precisamente la política social del mercado, aplicada realmente, la que protege al consumidor, pues ella permite que exista la necesaria competencia entre los agentes económicos y mejoren, por tanto, los precios y la calidad de la atención que se presta al consumidor”.

3.1.2. Recurso de queja N° 7.810-92, interpuesto por el Fiscal Nacional Económico contra la Resolución N° 372, de 1992.

En su informe dirigido a la Excm. Corte Suprema, la H. Comisión Resolutiva señaló: "Es fácil comprender que por mucha discrecionalidad que pudiéramos atribuirnos los sentenciadores, no podemos imponer sanciones que consistan en limitar un derecho garantizado por la Constitución, basándonos en conductas que objetivamente se ajustan a las normas legales sobre cuyas pretendidas intenciones ilícitas no existe prueba en los autos ni en otros antecedentes que obren en poder de este tribunal".

3.1.3. Dictamen N° 933, de 28 de abril de 1995, de la H. Comisión Preventiva Central, y Resolución N° 448, de 10 de octubre de 1995, de la H. Comisión Resolutiva.

En el dictamen de la Comisión Preventiva se señaló, ex ante, las condiciones en que, a juicio de esa Comisión, se debían otorgar las concesiones para el transporte y distribución en el país del gas natural proveniente de Argentina. Si bien en él se reconocen facultades de la Comisión Preventiva Central para dar su opinión al ser requerida por una autoridad administrativa, se informa que **las regulaciones de un mercado deben ser dispuestas por ley.**

En efecto, en su número 5 se expresa textualmente: "Finalmente, esta Comisión Preventiva Central debe dejar constancia que, sin perjuicio de las facultades privativas del Sr. Superintendente de Electricidad y Combustibles para resolver las solicitudes que se le han formulado, las condiciones para cautelar la debida observancia de los principios de la libre competencia que hasta ahora se aprecian en este nuevo mercado debieran recogerse, a su juicio, **en un marco normativo que esté dotado de la adecuada jerarquía e imperio en el ordenamiento jurídico nacional**, en relación con la naturaleza y características de las actividades y situaciones a las que afectan o pudieran afectar, así como a las garantías que el mismo ordenamiento contempla en este orden de materias".

Por su parte, la Comisión Resolutiva, que confirmó este dictamen, en su considerando 12 textualmente expresó: "que en tal virtud no es posible sostener, como lo hace el recurso, que la Comisión Preventiva Central haya invadido el campo propio del legislador y menos que haya violentado las garantías constitucionales de los derechos supuestamente atropellados con el Dictamen, porque, precisamente, este pronunciamiento **reconoce expresamente que algunas de sus recomendaciones son materias propias del dominio de la ley, como también lo reconocen los informes de las autoridades que rolan a fs. 196 y 205.** La prevención consignada en el citado numeral 5 alude determinadamente a la necesidad de que la normativa legal que pueda ser necesario dictar para llevar a la práctica las

condiciones indicadas, debe considerar entre otros puntos las garantías que el ordenamiento jurídico contempla en ese orden de materias”.

“A mayor abundamiento, en el informe con que la Comisión Preventiva Central eleva el recurso interpuesto, se insiste y reconoce que ella no pretendió arrogarse funciones ni potestades exclusivas de ninguna otra autoridad y menos las del legislador, aseveración que funda en transcripciones literales de su propio Dictamen”.

3.1.4. Resolución N° 488, de 11 de Junio de 1997, de la Comisión Resolutiva.

En esta resolución, respecto del mercado de la energía eléctrica, se expresa: “La autoridad debe promulgar a la brevedad el reglamento del sector y **promover las modificaciones legales que correspondan** con el objeto de resolver los problemas de ambigüedad hoy existentes y que dicen relación, muy especialmente, con la regulación del proceso de uso, tarifas y peajes de las redes de transmisión, tanto troncales como de los distribuidores. De igual modo, la autoridad deberá estar siempre atenta a ampliar los espacios de competencia en el sector, cada vez que ello sea posible”.

3.1.5. Resolución N° 494, de 14 de Octubre de 1997, de la Comisión Resolutiva.

Esta resolución se pronunció sobre la conveniencia de establecer **por ley** restricciones a la integración horizontal del mercado de las empresas sanitarias con otras empresas que atienden servicios públicos.

En sus considerandos quinto y sexto expresa lo siguiente: “... que la autoridad ha resuelto **regular por la vía legislativa la integración de las empresas** de servicio público y su superposición en áreas geográficas comunes, **por estimar que dicha materia es propia del dominio de la ley**... Esta Comisión cumple con expresar que comparte el criterio manifestado por el señor Fiscal Nacional Económico, en cuanto a la necesidad de que en el futuro no se autorice, **en virtud de texto expreso de ley, la integración horizontal** entre empresas concesionarias de servicios públicos en una misma área territorial, con el objeto de prevenir los riesgos de que se cometan abusos de posición dominante por parte de las empresas que actúan en los mercados eléctricos, sanitarios e inmobiliarios...”.

Al igual que en las Telecomunicaciones, en este mercado las restricciones, prohibiciones y limitaciones fueron establecidas por el legislador en los casos y situaciones que soberanamente estimó conveniente. Tales normas fueron materia de un consenso político, propuestas por la Comisión Mixta de Diputados y Senadores y aprobadas con quórum calificado, de acuerdo con el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política.

4. Jurisprudencia de los organismos antimonopolios que han ejercido facultades de regulación de mercados.

4.1. Mercado de las Telecomunicaciones. Resolución N° 389, de 16 de abril de 1993, de la Comisión Resolutiva.

La Comisión Resolutiva se pronunció en este caso sobre el mercado de la telefonía local. La situación tuvo su origen en una consulta de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, formulada antes de otorgar las concesiones que habían solicitado las empresas telefónicas locales y de larga distancia, en que le planteó la interrogante de la participación de empresas de telefonía local en la larga distancia teniendo presente que, a juicio de la Subsecretaría, era conveniente introducir la libre competencia en el mercado de larga distancia.

Esta resolución propuso una serie de restricciones para que los prestadores de servicios de telefonía local pudieran participar en los servicios de larga distancia. Sin embargo, se debe aclarar que las restricciones del correspondiente mercado se establecieron por la Ley N° 19.302, que en la parte relativa a las limitaciones de participación en el mercado fue aprobada con quórum calificado.

De esta manera fue el propio legislador quien dispuso las limitaciones que procuraban impedir la falta de competencia.

4.2. Privatización de los puertos.

Con motivo de la aplicación de la ley sobre privatización de los puertos se planteó la regulación de los mercados por la vía administrativa.

Las normas sobre modernización de los puertos fueron aprobadas en la Ley N° 19.542. En esta ley se crearon trece empresas estatales cuyo objeto es administrar y explotar los puertos que el Estado conservó en su patrimonio.

Para incorporar capital privado en esta actividad económica se dispuso que las empresas portuarias debían licitar las concesiones para su explotación. La misma ley estableció directamente diferentes limitantes para preservar la libre competencia. Así, dispuso la licitación obligatoria para otorgar las concesiones, la obligatoriedad de constituirse como sociedades anónimas de giro exclusivo, de consignar claramente los elementos de los contratos de concesión, de tener precios públicos no discriminatorios, prohibiciones de concesiones de puertos estatales por el mismo licitante, etc.

Esta ley, además, consideró tres situaciones especiales en las que estableció que la empresa portuaria respectiva debía solicitar un informe de la

Comisión Preventiva Central y que, en tal caso, las concesiones debían realizarse en los términos establecidos en el correspondiente informe.

Los casos de que se trata están contemplados en los artículos 14, incisos segundo y tercero número dos, y 23, inciso segundo, de la Ley N° 19.542.

Varias empresas portuarias, encontrándose en las situaciones en que se requería el informe previo de la Comisión Preventiva Central, le solicitaron su informe y le propusieron múltiples normas de regulación del mercado respectivo.

La Comisión Preventiva Central, por informe N° 1045, de 21 de agosto de 1998, emitió el informe pertinente y dispuso diferentes restricciones y prohibiciones que debían contenerse en las bases de licitación, regulando en esta forma el correspondiente mercado.

En lo fundamental, el informe creó la calidad de “usuario relevante”, estimando que tienen tal condición “las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadoras, importadoras, consignatarias, fletadoras, portadoras, transportistas... o a cualquier otro tipo o modalidad”, con los porcentajes de actividad que indica. A tales usuarios relevantes el informe los sometió a reglas de prohibición de integración vertical y horizontal. También estableció reglas sobre precio y calidad de los servicios.

De esta manera, administrativamente, la Comisión Preventiva Central estableció limitaciones y regulaciones en el mercado de la actividad portuaria que conllevan prohibiciones de adquisición del dominio de ciertos bienes e impedimentos para el ejercicio de actividades económicas lícitas.

En el informe pertinente de la Comisión Preventiva hubo un voto de minoría, el que en relación con las integraciones vertical y horizontal sostuvo que la Comisión carecía de facultades para restringir y limitar la propiedad de los concesionarios, necesitándose para este efecto una norma legal. Igualmente, estimó que no podían disponerse prohibiciones y limitaciones afectando el derecho de propiedad y a terceros ajenos a los contratos (voto del integrante de la Comisión abogado don Rodemil Morales Avendaño).

Respecto de lo resuelto por la Comisión Preventiva Central recurrieron los particulares a la Comisión Resolutiva, tribunal que no se pronunció sobre el fondo, pues consideró que la competencia de la Comisión Preventiva era exclusiva. Sin embargo, la Comisión Resolutiva emitió su opinión sobre esta materia, la que se analiza en los números 5 y 6 siguientes.

5. Fundamentos para reconocer competencia para regular mercados a los organismos de defensa de la libre competencia.

Como se señaló en los números precedentes, con anterioridad a la privatización portuaria no había pronunciamientos de los organismos antimonopolios que se atribuyeran facultades para regular mercados.

Con motivo de la aplicación de la Ley N° 19.542, sobre modernización de puertos, se emitieron diferentes informes por los organismos antimonopolios, en los cuales se fundamenta su propia competencia sobre la materia.

5.1. La Comisión Preventiva Central.

La Comisión Preventiva Central rechazó las observaciones que en su oportunidad le plantearon los interesados y fundamentó su propia competencia señalando que el D.L. N° 211, de 1973, es de rango constitucional y tiene el carácter de ley orgánica constitucional por mandato de la disposición quinta transitoria de la Constitución, constituyendo un ordenamiento jurídico especial que prevalece sobre cualquier otro en materia de competencia y **otorga a la Comisión Preventiva Central amplias facultades reguladoras de la actividad económica.**

5.2. La Comisión Resolutiva.

La Comisión Resolutiva, por su parte, informando un recurso de queja, en el caso de la modernización portuaria, reiteró conceptos similares a los indicados en el número 5.1. precedente. Sostuvo en su informe que “las funciones del Tribunal de la libre competencia encuentran su respaldo expreso en la Constitución Política que dan contenido al derecho que se aplica en protección de la libre competencia en materias económicas. Que antes de la Constitución Política de 1980, su sustento se encontraba en el Decreto Ley N° 211, de 1973, “y que según lo aclaró el Decreto ley N° 788, de 1974, tiene rango constitucional. La disposición Quinta transitoria de la Constitución de 1980, por su parte, confirmó el carácter constitucional del Decreto Ley N° 211, de 1973”.

5.3. Consideraciones de las empresas portuarias.

Las empresas portuarias, que fueron parte en el procedimiento de los organismos antimonopolios en la modernización de los puertos, para fundamentar la competencia de éstos para regular mercados hicieron presente que el sistema de economía de mercado funciona sobre la base de reglas que “posibilitan una competencia ordenada”. Que “la economía de mercado reconoce la libertad para participar en él, pero para que ello conduzca a resultados justos y eficientes, consagra la facultad esencial del Estado para establecer reglas que limiten la consolidación de posiciones privadas de poder que afecten la libre competencia, en perjuicio del bien

general". Que "la lógica económica del sistema de mercado fue recogida expresamente en la Carta Fundamental de 1980, que dio rango constitucional al principio de subsidiariedad, reconociendo como parte esencial la tarea del Estado de establecer un orden público que garantice la libertad económica efectiva en todos los órdenes de la economía. Por eso, la ley reconoce el ejercicio del derecho a la iniciativa privada dentro de los límites del orden público que rigen la economía, en un marco de las normas legales que la regulan (art. 19 N° 21)".

"Entre las principales normas que establecen ese orden público de la economía están precisamente las que rigen la libre competencia, establecidas mediante el Decreto Ley N° 211, de 1973, que ha resultado ser la pieza jurídica fundamental para la consolidación de un sistema basado en la libertad de emprendimiento que esa norma constitucional garantiza".

Que la Constitución Política reconoce la actividad empresarial, que ella "garantiza, pero acepta situaciones en que las características del mercado justifican establecer resguardos en beneficio del interés de la comunidad. De esta manera, el orden público económico materializa, por un lado, la función social de la propiedad; y, por otro, la potestad normativa estatal que confiere un marco de legitimidad al ejercicio de la libre iniciativa económica".

"El orden público económico tiene importancia crítica en la regulación de mercados imperfectos, como forma de proteger la competencia. Este objetivo se ha logrado, en Chile y en el extranjero, con leyes breves, que contienen bases o principios esenciales (Constitución, art. 60 N° 20), que prohíben los monopolios y cualquier acuerdo que tienda a afectar la libre competencia, **atribuyendo a organismos especializados la fijación de los resguardos concretos para el desarrollo de ciertos mercados o actividades**".

6. Alcance constitucional y legal de las facultades de los organismos de defensa de la libre competencia para regular mercados.

A la luz de los antecedentes antes expuestos, cabe examinar la procedencia de la nueva doctrina de los organismos antimonopolios.

Los órganos de la competencia integran la administración del Estado y, como tales, también están sometidos, directamente, a la Constitución y a la ley.

Las normas constitucionales de los artículos 6° y 7° de la Carta sobre primacía constitucional, legalidad y vinculación directa de sus normas les resultan plenamente aplicables.

Como consecuencia de lo anterior, no tienen más facultades y atribuciones que las expresamente previstas por el legislador, las que se encuentran limitadas o restringidas por las garantías constitucionales.

Las garantías constitucionales sólo se pueden regular, limitar o restringir **por el legislador** en los casos en que la Constitución **autoriza** y con las **limitantes** que ella misma ordena. Además, el legislador no podrá, en caso alguno, afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

El Decreto Ley N° 211, de 1973, que otorga competencia, facultades y atribuciones a los órganos de la libre competencia no permite, ni podría constitucionalmente hacerlo, que dichos órganos, en ejercicio de sus facultades legales, puedan regular, limitar o restringir las garantías constitucionales.

Tales facultades legislativas no son delegables en el Presidente de la República por expreso mandato de la Carta Fundamental. En otros términos, aquellas garantías ni siquiera pueden ser reguladas por un D.F.L., que tiene un plazo máximo para su dictación y parámetros determinados específicamente, como dice el artículo 61 de la Carta Fundamental. Menos entonces podrían serlo por un órgano de la Administración, en cualquier tiempo y sobre la base de completa discrecionalidad.

Tratándose de actividades económicas lícitas, sólo es posible regular su **ejercicio**, y ello siempre por ley. El derecho de dominio, sus facultades esenciales y la posibilidad de adquirir bienes consagrados en los números 21, 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución, sólo pueden ser limitados o restringidos por un texto expreso de la ley, sin que ésta pueda entregar o delegar tal facultad en órganos de la Administración.

Las regulaciones de mercados importan limitar, e incluso prohibir, la adquisición de determinados bienes o derechos, en circunstancias que la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes está garantizada por el artículo 19 N° 23 de la Carta Fundamental. Esta norma sólo permite establecer limitaciones o requisitos para la adquisición de bienes cuando lo requiera el interés nacional, y, en tal caso, por ley y, más aún, de quórum calificado.

Sin perjuicio de lo señalado, la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental asegura que los preceptos legales que, por mandato de la Constitución, regulen o complementen las garantías constitucionales o las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Como se señaló anteriormente, de las normas constitucionales pertinentes, que por cierto son claras en su sentido, y que a la luz de la historia fidedigna de su establecimiento resultan aun más categóricas, fluye que el ejercicio de las actividades económicas constituye un derecho de las personas que el Estado debe respetar y proteger.

Las personas jurídicas de cualquier naturaleza constituidas por las personas naturales para desarrollar sus actividades constituyen grupos intermedios que, igualmente, merecen la protección del Estado.

Si se admitiera la tesis que reconoce las facultades reguladoras administrativas, ¿cuáles serían los límites de las mismas? Se dirá que ellas se inspiran en satisfacer el bien común, pero ¿quién lo deberá apreciar?

Carecen, a nuestro juicio, de suficiente fundamento las argumentaciones de las Comisiones Resolutiva y Preventiva, referidas en el número 5, anterior.

En cuanto a que el Decreto Ley N° 211, de 1973, tendría rango constitucional en virtud del Decreto Ley N° 788, de 1974, resulta actualmente inoficioso plantearlo o sostenerlo, pues ello lo sería de la Constitución Política de 1925, que está derogada, al igual que sus modificaciones por la Constitución Política de 1980, reformada por la Ley N° 18.825, de 1989, y las diferentes modificaciones aprobadas por el Parlamento.

En lo que dice relación con la disposición quinta transitoria de la Carta Fundamental, es menester señalar, como lo indica su texto, que ella se aplica a las leyes que requieren quórum especiales, las que seguirán aplicándose **en lo que no sean contrarias a la Constitución**.

Las consideraciones sobre el "Orden Público Económico", que fundamentarían la legalidad de las decisiones de los organismos antimonopolios que hicieron presente las empresas portuarias son igualmente improcedentes.

Como se dijo con anterioridad (N° 1, precedente), el concepto de orden público económico que consideró el constituyente dice relación claramente con los derechos de las personas frente al Estado y jamás podría convertirse en un medio para impedirles e imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales.

Todas las regulaciones de mercado importan limitaciones y prohibiciones. Tales reglas, que podrían adoptarse en cualquier momento y respecto de cualquier mercado, dejan los derechos de las personas en completa incertidumbre.

Lo dicho anteriormente no significa desconocer a los órganos de la competencia las funciones que les son propias.

Las facultades exclusivas que tiene la Comisión Resolutiva para resolver si un acto o conducta constituye un atentado a la libre competencia es propia de su calidad de órgano jurisdiccional, de tribunal especial de la competencia. Esta competencia es similar a la que tienen los tribunales ordinarios para resolver soberanamente cuando una conducta es constitutiva de delito. En el caso de la libre competencia se trata de conductas complejas que deben apreciarse en relación con las condiciones económicas del mercado de que se trata, por eso el legislador asignó la facultad de apreciar la existencia de un ilícito a un tribunal especial.

Sin embargo, así como los tribunales ordinarios no resuelven de modo general para todos los casos, porque ésta es tarea del legislador, el tribunal antimonopolios no puede tampoco reemplazarlo.

Las facultades de las Comisiones Preventivas, regionales y central, para dar a los particulares la interpretación **administrativa** de la ley de defensa de la competencia al absolver las consultas que éstos le formulen en cuanto a la celebración de acuerdos o la ejecución de actos atentatorios contra la competencia, son congruentes y similares con las que poseen todas las superintendencias y organismos fiscalizadores especializados. Administrativamente, se establece una interpretación sobre la base de un conjunto de hechos determinados que se aprecian de acuerdo con la ley y a la luz de las reglas de la competencia.

Esta interpretación administrativa tiene una enorme importancia para las personas y para el dinamismo de las actividades económicas: los actos o contratos ejecutados o celebrados en conformidad con las decisiones de estos organismos no conllevan responsabilidad, salvo que posteriormente y sobre la base de nuevos antecedentes sean calificados como contrarios a la libre competencia por las mismas comisiones o por la Comisión Resolutiva, pero sólo a partir de la notificación de la resolución que haga tal calificación (D.L. N° 211, art. 14).

Además, las Comisiones Preventivas deben velar porque dentro de su jurisdicción se mantenga el juego de la libre competencia y no se cometan abusos de una situación monopólica y les corresponde proponer los medios para corregirlos.

Tales funciones no les autorizan, por consiguiente, para adoptar ninguna medida regulatoria del mercado por sí mismas.

Respecto de la Comisión Resolutiva, la letra d) del articulado 17 del Decreto

Ley N° 211, de 1973, la faculta para requerir la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que limitando o eliminando la libre competencia los estime perjudiciales para el interés común. Tampoco esta norma la faculta para que, por sí sola, prescinda de normas positivas y establezca sus propias reglas. Ella deberá analizar el pertinente mercado y sobre la base de ese estudio especializado apreciará si se producen las consecuencias que la ley señala y sobre ese supuesto requerirá la modificación o derogación de las normas pertinentes.

El texto original del Decreto Ley N° 211, de 1973, facultó a la Comisión Resolutiva para dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieren atentar contra la libre competencia.

Esta norma es claramente incompatible con las normas constitucionales antes señaladas, con el espíritu de la Constitución y con la naturaleza de la función jurisdiccional, por lo que debe concluirse que quedó derogada en el momento mismo en que entró en vigencia la Carta de 1980.

Pretender que se cumple el mandato constitucional del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, que exige “norma legal” para regular el ejercicio de las actividades económicas, con el fundamento de que el Decreto Ley N° 211, de 1973, permite a los órganos antimonopolios normar sin límite las actividades económicas, importa prescindir del artículo 19 N° 21 y desconocer absolutamente el fundamento que se tuvo para su establecimiento. El constituyente, a través de esta norma y de las otras contenidas en el conjunto del “Orden Público Económico”, quiso asegurar a las personas que el ejercicio de sus derechos a emprender actividades económicas sólo podía ser regulado por el legislador.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido también esta tesis en diferentes fallos:

i) **Sentencia de 21 de abril de 1992 (Rol 146)**, que declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial el 19 de febrero de 1992. De sus considerandos cabe reproducir los siguientes:

“11. ...estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura “respetando las normas legales que la regulen”. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse”.

"17. Que, del texto expresado de la disposición del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, se desprende con toda claridad que solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

"Más aún, esa garantía importa, además, que en ningún caso, ni aun por ley, se pueda afectar la esencia del derecho con medidas como privar o reducir gravemente el derecho de uso, goce o disposición. Ello resulta con toda nitidez del artículo 19 N° 26 de la Constitución Política, que establece: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

ii) **Sentencia de 6 de abril de 1993 (Rol 167)**, recaída en el Decreto N° 327, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial del 29 de diciembre de 1992. En este fallo se señaló:

"12 Que si bien por "regular", conforme al diccionario de la Real Academia, debe entenderse: "Ajustado y conforme a reglas", ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse **por ley** y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión "las normas legales que la regulen", pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución".

iii) **Sentencia de 28 de febrero de 1994 (Rol 185)**. Este fallo, refiriéndose al artículo 49 del proyecto de ley relativo a las situaciones de Emergencia Ambiental, declaró:

"Dicho precepto vulnera la Constitución en cuanto dispone que las regulaciones especiales que se establezcan conforme al artículo 32 del mismo proyecto, **por decreto supremo y de acuerdo a un reglamento**, "podrán comprender restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas, actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental" (inciso tercero). Y la vulnera:

"c) Porque al establecer el referido artículo 49 del proyecto "restricciones" totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes, infringe el artículo 19, N° 24, de la Constitución, que permite que sólo la ley pueda "establecer" el modo de usar gozar y disponer de los bienes sobre los cuales se tiene derecho de propiedad, y "establecer" limitaciones que deriven de su función social, función que comprende entre otros cuanto exija "la conservación del patrimonio ambiental" (inciso segundo). **Aquí no es la "ley" la que establece las condiciones o requisitos, sino que se reenvía ello a la determinación que haga el Presidente de la República mediante un "acto administrativo reglamentario"** (inciso cuarto, en relación con el artículo 32 del proyecto); ello vulnera, además, los artículos 6° y 7°, y los artículos 1°, inciso cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

"d) Porque el establecer "prohibiciones totales o parciales" de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental, viola el artículo 19, N° 21, inciso primero, de la Constitución Política, que reconoce a todas las personas el "derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen". La regulación de la actividad referida es materia de reserva legal y el artículo 49 **del referido proyecto no es precisamente quien regula el punto, sino que expresamente reenvía a regulaciones dictadas por la autoridad administrativa, por medio de un reglamento administrativo;** por ello mismo vulneran también los artículos 6° y 7°, 1°, inciso cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución".

Finalmente, se debe recordar que el legislador al aprobar normas restrictivas del ejercicio de la actividad empresarial, que conllevan limitaciones para adquirir el dominio de ciertos bienes, lo ha dispuesto así, claramente, y las ha aprobado con quórum calificado, dando así cumplimiento, además, al artículo 19 N° 23 de la Carta Fundamental.

Así se aprobaron las normas modificatorias de los artículos 63, 65 y 67 del D.F.L. N° 382, de 1988, sobre empresas sanitarias, por la Ley N° 19.549. Cabe llamar la atención que tales normas fueron discutidas en profundidad en el Parlamento y sus términos definitivos acordados en la Comisión Mixta de Diputados y Senadores.

Especialmente resulta ilustrativa la aprobación de la Ley N° 19.302, que legitima una sentencia, a nuestro juicio excesiva, de la Comisión Resolutiva del D.L. N° 211, que incorporó en su texto todas las regulaciones del mercado de las telecomunicaciones que dicha Comisión había impuesto en su Resolución N° 389, de 16 de abril de 1993.

Por todo lo anterior, resulta imposible sostener que las mismas reglas hubieran podido aprobarse, sin ley, por decisión de algún organismo de la libre competencia.

Derecho y libre competencia en los mercados ampliados

Rafael Cruz Fabres

Profesor Titular de Derecho Económico

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

y UNIVERSIDAD DE CHILE

El tema que desarrollaremos –regulación jurídica de la libre competencia– es de aquellos que pueden ser considerados como uno de los pilares básicos de una moderna institucionalidad económica, que siguiendo modelos aplicados en Estados Unidos o Europa, existe en nuestro ordenamiento desde 1959 con la Ley N° 13.305.

Muchos años después, se dictó el Decreto Ley N° 211, de 1973, el que ha sido objeto de diversas modificaciones, la última de ellas ocurrida este año por medio de la Ley N° 19.610, del 19 de mayo de 1999, y que tuvo por objeto principal fortalecer el rol de la Fiscalía Nacional Económica.

No obstante lo anterior, es importante señalar que el derecho antimonopolios tiene un marcado carácter jurisprudencial tanto en nuestro derecho como en las normativas extranjeras.

Este carácter jurisprudencial tiene una formidable importancia, ya que en el caso de nuestros textos legales se ha omitido dar una definición de libre competencia, la que en definitiva se va plasmando a través de la interpretación que van construyendo los organismos tanto preventivos como resolutivos.

Por lo señalado, es esencial la solvencia técnica de los fallos, ya que ellos van configurando líneas de interpretación que constituyen señales de certeza y eficacia en el derecho protector de la libre competencia. Por esta misma razón resulta también esencial que los integrantes de estos organismos sean independientes del poder central y los profesionales que los componen tengan el máximo grado de idoneidad posible.

Sin embargo, creemos importante destacar que para que se produzcan los efectos esperados de esta legislación es necesario que además ella se exprese en un marco institucional adecuado, que permita eficacia a la labor de los órganos antimonopolios.

Para dar un ejemplo de lo ocurrido en nuestro país, podemos señalar que las disposiciones del Título Quinto de la Ley N° 13.305 cayeron en un verdadero vacío, ya que desde 1965 y en un camino cada vez más pronunciado, el Estado empezó a desplazar a las empresas productivas privadas y los precios pasaron a ser fijados en forma casi universal por la autoridad económica, prescindiendo en absoluto de las señales del mercado.

A partir del momento en que nuestras políticas económicas fueron cimentadas en bases institucionales que reconocían la libre competencia, el funcionamiento de los mercados, el rol subsidiario del Estado y los derechos de propiedad, el crecimiento de nuestra economía se elevó a los más altos niveles de nuestra historia económica. Resulta oportuno recoger en este punto la opinión del señor Douglas North, Premio Nobel de Economía, en el sentido que en las sociedades, las instituciones son el determinante subyacente del desempeño de las economías.

De esta forma la presencia del derecho resulta esencial para que a través de los valores que él encarna –justicia, seguridad jurídica, permanencia– se proyecte en el tiempo un horizonte de largo plazo que permita a los agentes económicos tomar sus decisiones.

Unos de los aspectos más interesantes para el estudio del derecho sobre la libre competencia, es el que existe con motivo de la creación de mercados ampliados a través de la supresión de barreras aduaneras, y de la eliminación de todo tipo de restricciones al comercio recíproco.

Estos mercados ampliados han creado los grandes bloques comerciales que configuran el mundo globalizado de hoy.

Una de las experiencias más innovadoras de nuestro mundo contemporáneo es la de la Unión Europea, que empezó en 1951 con el tratado de París, que instituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y que se prepara para llegar a la Unión Económica y Monetaria en los próximos años.

En la materia que nos interesa, el Tratado de Roma de 1957 vino a plasmar lo que algunos autores han calificado con el nombre de “Derecho Antitrust Europeo”, el que plantea complejos problemas en su aplicación, por la superposición de las normas de derecho comunitario por sobre el derecho interno de los Estados.

En el mercado común, la aplicación del derecho de la competencia comercial está bajo el control jurisdiccional de la Corte de Justicia Europea,

sin perjuicio de las facultades que en su caso puedan corresponder a la Comisión y al Consejo. A partir de noviembre de 1989 empieza a funcionar el Tribunal de Primera Instancia, que es competente para examinar en esa instancia recursos de personas naturales o jurídicas, en especial en el ámbito del derecho de la competencia, con el objeto de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho comunitario.

La delimitación en la aplicación de este derecho plantea una serie de delicadas materias, ya que existen situaciones derivadas de la naturaleza de los intercambios (nacionales, comunitarios o extra mercado común), en las que puede quedar excluida la aplicación del derecho comunitario.

Dentro de estos espacios se ha emprendido una política de competencia comercial fundada en los artículos 85 y siguientes del Tratado de Roma de 1957.

El artículo 85 inciso primero expresa que “son incompatibles con el mercado común y prohibidos todos los acuerdos entre empresas, todas las resoluciones de asociaciones de empresas y todas las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tienen como finalidad o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. La jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado a través de innumerables fallos la noción de empresa, la naturaleza de sus acuerdos, las prácticas concertadas y sus efectos, orientando claramente sobre los distintos alcances de esta normativa.

Sin embargo, el mismo artículo 85 en su inciso tercero, permite ciertos acuerdos entre empresas “si se constata que ellos pueden producir efectos económicos favorables”, lo que desde un punto de vista jurídico constituye una declaración de inaplicabilidad del inciso primero del artículo 85. El inciso tercero señalado ha sido objeto también de interpretaciones tanto por parte de la Comisión como de la Corte de Justicia.

El artículo 86 del Tratado de Roma establece que en la medida que el comercio entre Estados sea afectado, es incompatible con el mercado común y prohibido el hecho de una o varias empresas de explotar en forma abusiva una posición dominante sobre el mercado común o una parte sustancial de éste.

Esta noción de posición dominante corresponde a una situación de hecho que puede ser enfocada desde un enfoque económico o geográfico y también ha sido objeto de interpretaciones por la Comisión y la Corte dentro de sus respectivas esferas de atribuciones.

Es necesario destacar que la libre competencia dentro del mercado común también puede verse afectada por ciertas acciones de los Estados, en los casos previstos en el artículo 92 del Tratado de Roma. Estos casos son: a) Las ayudas financieras acordadas por los Estados o con recursos del Estado, salvo las excepciones que señala el inciso segundo del mismo artículo 92 y que se refieren a ayudas de carácter social otorgadas a consumidores individuales, ayudas destinadas a reparar perjuicios causados por "acontecimientos extraordinarios" (fundamentalmente calamidades naturales) y ayudas otorgadas a ciertas regiones de la C.E.E.; b) Discriminaciones fiscales o tributarias; y c) Ciertas divergencias legislativas y administrativas entre los Estados partes. Estas deben ser evitadas mediante la armonización legislativa establecida en los artículos 100 a 102.

En todos los casos de construcción de mercados únicos o ampliados, vemos surgir la necesidad de evitar que por la vía de inconvenientes prácticas comerciales lleguen a anularse o limitarse muy severamente las ventajas derivadas de una liberación comercial, reducción arancelaria o armonización de legislaciones.

En esta perspectiva, aparece indispensable la existencia de un derecho anti-monopolios con los correspondientes procedimientos de aplicación, que sean capaces de mantener una sana competencia en un marco de libertad de transacciones que asegure la libre circulación de los factores productivos.

Las elaboraciones que permite el derecho de la integración en su expresión como un derecho comunitario y de un cierto carácter supranacional, constituyen el marco institucional a partir del cual los órganos creados en los tratados pueden aplicar políticas eficaces de promoción y vigilancia de la libre competencia y de la eliminación de ayudas estatales que pueden causar distorsiones en perjuicio de los señalados mercados ampliados.

Por su reciente asociación con el Mercosur a través del acuerdo suscrito en San Luis (República Argentina) el 26 de junio de 1996, entre Chile y los países integrantes del acuerdo, consideramos de interés examinar en forma somera el derecho de defensa de la libre competencia que existe en Mercosur.

Desde luego, es necesario destacar que tanto Argentina como Brasil están dotados de un derecho interno que con distintos enfoques incluye leyes específicas que aseguran la libre competencia. Por el contrario, en Uruguay sólo existen normas generales, que han permitido elaborar una doctrina y jurisprudencia sobre la materia.

En el Tratado de Asunción de 1991, el artículo cuarto, párrafo final, establece: "Los estados partes coordinarán sus respectivas políticas

nacionales con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial”.

En cumplimiento de esta disposición, el Consejo del mercado común creó un comité técnico para el tratamiento de políticas públicas que distorsionan la competitividad y también aprobó las pautas generales de armonización de normas para la defensa de la competencia. Finalmente, por Decisión 18/96 aprobó el “Protocolo de defensa de la competencia del Mercosur”. Este protocolo que se considera parte integrante del tratado de Asunción, se aplica a los actos privados con efectos a través de las fronteras y que afectan el comercio de los Estados partes.

La regulación de los actos nacionales practicados en territorios de los Estados partes con efecto sobre la competencia restringida a dicho territorio, son de competencia exclusiva de cada Estado parte.

El protocolo adopta el modelo normativo de prohibición y represión de conductas y prácticas que se manifiestan por acuerdos, decisiones individuales o concertadas que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituya abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados partes.

Se establecen también los órganos y procedimientos de aplicación. Entre los órganos se destaca el “Comité de defensa de la competencia” (CDC) de naturaleza intergubernamental, integrado por órganos nacionales de aplicación del protocolo en cada parte (ONA)

Para asegurar la aplicación del protocolo, los Estados partes por medio de sus ONA adoptarán mecanismos de cooperación y consultas técnicas.

Se dispone la aplicación del protocolo de Brasilia para la solución de divergencias relativas a la aplicación, interpretación o incumplimiento del protocolo y el procedimiento general para reclamaciones.

Es indispensable señalar que a nuestro juicio la normativa sobre libre competencia del Mercosur, examinada precedentemente, se ve también afectada por las debilidades institucionales que el tratado del Mercosur tiene desde sus orígenes y que no obstante el interés de sus miembros por consolidarlo y extenderlo, razones fundamentalmente políticas lo han impedido.

Hemos destacado las normas vigentes en Mercosur, porque dentro del acuerdo de Complementación Económica Chile Mercosur de 1996, se

establece el compromiso de las partes de adoptar un marco adecuado para disciplinar eventuales prácticas anticompetitivas. Esto significa que encontramos aquí el camino para que el Mercosur, reforzado en sus aspectos institucionales, cuente con un "Derecho antimonopolios" que permita una expansión de los intercambios y de las inversiones con reglas claras y definidas que sirvan de sustento a las grandes tendencias que se asoman a partir del siglo 21.

Libre empresa, derecho, humanismo

Jaime Williams Benavente

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

y UNIVERSIDAD DE CHILE

Los vientos científico-tecnológicos soplan con fuerza hinchando las velas del barco de la humanidad, pero no queremos que el hombre sea desplazado del timón. La técnica es un hecho universal que trasciende culturas e ideologías. Esto es un hecho del que ya nadie puede prescindir. El ha permeado estructuras y mentalidades configurando una civilización tecnológica, precisamente porque el *mero hacer cosas* ha pasado a sustituir el *ser mismo de las cosas*. Esta mentalidad ya no se inquieta por averiguar qué es una cosa, sino sólo por precisar *para qué sirve*.

Nuestra visión del mundo ha cambiado, y ¡qué cambios! La Física de Aristóteles ha sido superada, pero su Lógica, su Polítika, su Metafísica, aún permanecen vigentes. ¿Qué queda, por otra parte, de las ciencias naturales de la época de Jorge Manrique? Nada. Pero las "Coplas a la muerte de su padre" siguen estremeciéndonos. ¿Qué queda de aquella rudimentaria máquina calculadora inventada por Pascal? Nada. Pero sus "Pensamientos" continúan fustigándonos con las contradicciones del hombre, haciéndonos presente sus grandezas y miserias. Es que el espejo de Sócrates nos refleja el mismo rostro. El oráculo de Delfos sigue en pie y nos recuerda, con más vehemencia que entonces, que el hombre es un desconocido para el hombre.

La civilización actual ha conquistado los espacios siderales y hasta el microcosmos del átomo le ha revelado el tesoro íntimo de sus secretos.

Pero los signos de su poder son ambiguos. En efecto, parecen sugerirle como el tentador en el paraíso: "seréis como Dios". Pero ¡cuidado! Al dominio sobre la naturaleza lo acechan la contaminación y los desequilibrios ecológicos; los beneficios de la economía de mercado son, a su vez, amenazados por la soledad y el aburrimiento que genera el consumismo; los progresos de la medicina y de la higiene, por su parte, son sobrepasados por el apareamiento de enfermedades pandémicas, y frente a la educación y la cultura se alza la valla de la mediocridad.

Han caído los muros ideológicos desplomados por la picota de la libertad. La libre empresa se ha impuesto en el mercado, y las relaciones internacionales son cada vez más globales e interdependientes. La sociedad que ha emergido demanda eficiencia.

Este es el nuevo horizonte, el que constituye un reto, un auténtico desafío para la inteligencia y para el ejercicio de la libertad. Por eso es el hombre el principal activo de la sociedad. No es ni el capital, ni el trabajo, ni la tecnología, sino el hombre mismo, que con sus conocimientos modifica y crea. Se advierte, pues, que el humanismo es la savia del futuro. Pero nosotros no queremos que él, siendo persona, se reduzca al individuo y que éste no sea sino un grano de arena en el vasto desierto de la sociedad.

Los avances científico-tecnológicos producen una espiral de acelerados cambios. Un destino cambiante es a la postre un destino desconocido que, como tal, desorienta. El derecho, en estas circunstancias, es un proyecto de destino que convoca a la coincidencia de voluntades.

Se me viene a la cabeza lo que leí en una obra de Víctor Hugo. El poeta imagina un diálogo con un propugnador del igualitarismo social cuyo paradigma es una sociedad sin clases. Con mucha paciencia le hace ver que por encima del equilibrio está la armonía, que por encima de la balanza está la lira. Es que en el equilibrio los efectos de las fuerzas se anulan. En la armonía, en cambio, las diversas partes de un todo concurren a un mismo fin. En aquél las cantidades se contrapesan; en ésta, las cualidades se complementan. Así, mientras el fiel de la balanza oscila equilibrando igualdades que se enfrentan, las cuerdas de la lira, al emitir sonidos diferentes, que en proporción se corresponden, producen la delicada belleza de la música. Del mismo modo el derecho y las estructuras políticas por él reguladas no han de uniformar; al contrario, deben armonizar los distintos roles e intereses sociales.

Pues bien, es desde la perspectiva de la libertad como mejor se captan las dinámicas transformaciones socioculturales. Es que sólo a la luz de las humanidades aquéllas cobran sentido y justificación. Tener presente la dignidad humana nos recuerda que nuestro puesto en el cosmos es superior al de la materia, que somos protagonistas de la historia y no víctimas de un destino inexorable, que somos sujetos cuyas potencialidades de desarrollo están lejos de agotarse, y que, en fin, somos artífices y no instrumentos del mercado.

En el campo económico, en los últimos años se ha pasado de estructuras dominadas por el dirigismo y la planificación centralizada a otras

presididas por la inventiva humana. En aquéllas el plan de desarrollo económico impuesto por la autoridad política era decisivo para el aumento cuantitativo de la producción. En las segundas, en cambio, los valores cualitativos y la capacidad psicosocial de apreciarlos son prevalecientes. Es lo que está ocurriendo en la sociedad post-industrial, en donde la oferta, adelantándose a descubrir la demanda, convierte en valor emergente el ancho campo de los servicios. Este es el nuevo horizonte.

El tránsito de un modelo social a otro aparece caracterizado por la globalización y la interdependencia crecientes que tornan cada vez más complejas las sociedades, por lo que el aislamiento y la autosuficiencia de los agentes económico-sociales perturban su desarrollo.

Estos nuevos modelos son un reto, un auténtico desafío para la inteligencia y para el ejercicio de la libertad de los hombres.

Estos cambios son aun más evidentes en las relaciones internacionales; de ahí que las perspectivas de apertura, de intercambio y de complementación sean una exigencia.

Se aprecia ya que en la sociedad emergente la cultura personal es más protagónica. Ella demanda colaboración y convergencia, por sobre separación y enfrentamiento; confianza en la persona por sobre la sospecha; capacidad y destrezas personales por sobre la rutina anónima; trabajo creador por sobre el trabajo mercancía. En definitiva, valoración de la persona humana por sobre el Estado.

La informática, por su parte, ha puesto en evidencia que el conocimiento personal es el recurso económico más eficiente y valioso, que no es ni el capital ni el trabajo en sí, sino el hombre, quien con sus conocimientos modifica y crea, proyectando su libertad. Se advierte, pues, que el humanismo es la savia del futuro. Y la mejor forma de adelantarse al futuro es inventarlo.

Aristóteles, tal vez el más práctico de los filósofos, advierte: "Si quieres saber lo que debes hacer, has de hacer lo que quieres saber". Esto significa: estimula la creatividad, incentiva la imaginación, date cuenta de que sólo las ideas nuevas y buenas son el modo de hacer un producto mejor y con menos recursos.

Pues bien, la exigencia del mercado ha incrementado la imaginación creadora y ha priorizado el lema de "calidad total", mutando los esquemas económicos tradicionales, orientados a la producción masiva

de bienes, hacia los de una economía moderna, más selectiva y diversificada. En aquéllos basta con producir, y la producción se consume; en la economía de mercado, en cambio, hay que producir no sólo lo que necesitan, sino también lo que quieren los hombres. De ahí que la población de cualquier país aspire hoy a satisfacer sus necesidades de bienestar procurándose los bienes y servicios que se le ofrecen en las mejores condiciones de calidad y de precio, sin parar mientes en que sean originarios de su propio país, o procedan del extranjero. El proteccionismo económico obstaculiza estas nuevas exigencias, y no sólo distorsiona el mercado, sino que altera las bases mismas de esta nueva dimensión de la libertad.

He aquí otro factor que destaca la importancia de la educación que cualifica a la persona, que potencia su humanismo.

Entre nosotros, el constituyente de 1980 intuyó certeramente estos cambios. Por eso consagró los principios básicos de este nuevo orden, el que, en el contexto de que hablamos, no puede sino llamarse Orden Público Económico. Su eje es la libertad creadora. Por eso la resguarda mediante las garantías a la propiedad privada, a la igualdad ante la ley, a la no discriminación arbitraria, y al reconocimiento del rol subsidiario del Estado, que favorece la libertad empresarial en aras del bien común.

Chile ha optado jurídica y políticamente por la economía de libre mercado. Ella requiere de normas claras, seguras, estables, permeadas de un criterio de justicia. De ahí la consagración de sus principios en la propia Constitución Política de la República, lo que los dota de una supremacía jurídica indiscutida. En consonancia con ellos se ha dictado toda una nueva legislación económica que se ha afianzado por la jurisprudencia judicial y administrativa, y por lo que es más importante aún: por la nueva mentalidad ciudadana, más solícita hoy a asumir los riesgos de la libertad.

Bases del ejercicio de la Jurisdicción

Roberto Dávila Díaz

Profesor Titular de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.

Ministro de la Corte Suprema de Justicia

Desde que Chile naciera a la vida independiente, en las diversas Constituciones Políticas que se ha dado nuestra patria a contar de 1810 se ha venido considerando la administración de justicia, tanto en los Reglamentos Constitucionales de 1811, 1812 y 1814, como en las diversas normas de las Cartas Fundamentales que se han dictado, particularmente de 1833, 1925 y la actual.

Bastaría la lectura de esos cuerpos normativos para ver cómo se viene desarrollando la materia antes citada, de modo que hoy se habla sencillamente del **"Poder Judicial"**

Ello surge del texto del artículo 73 de la actual Constitución, que prescribe: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos".

"Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión".

"Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la Ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine".

"La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar."

En la norma antes citada encontramos que “la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Acto seguido el precepto impide la intervención del Presidente de la República y del Congreso en asuntos de la competencia de los tribunales de justicia.

Agrega que los tribunales de justicia no pueden excusarse de ejercer su autoridad ni aun en el caso de faltar ley decisoria de la materia, lo que obliga a recurrir a los principios de la equidad.

Y para que no exista duda de la absoluta independencia de los tribunales en el ejercicio de la jurisdicción, le otorga la facultad de “imperio”, que no era tan amplia anteriormente, lo que permitió en el pasado algunas situaciones difíciles en el cumplimiento de resoluciones judiciales. Hoy la autoridad requerida no puede calificar el fundamento y oportunidad de un mandato judicial.

Ello significa que ahora el juez da las órdenes directamente a la fuerza pública sin recabar ninguna manifestación previa de la autoridad administrativa.

El inciso tercero fue modificado por la reforma constitucional incluída en la ley que incorporó con rango constitucional el capítulo VI-A, el Ministerio Público, órgano que dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinan la participación punible y los que acreditan la inocencia del imputado, y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, con una limitante: “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

De ello fluye que corresponde al Poder Judicial conocer de las causas civiles y criminales en forma exclusiva y excluyente, correspondiendo ahora al Ministerio Público la investigación de los delitos en la forma que se ha dejado expuesta, sin que ello importe el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales.

Para robustecer las disposiciones de la actual Carta Fundamental basta leer en la Constitución de 1925 la facultad que entregaba al Poder Judicial.

¿Qué debemos entender por bases fundamentales de la organización de los tribunales?

Son aquellas normas indispensables sobre las que debe descansar todo Poder Judicial para que exista, sin lugar a dudas, una correcta y eficiente administración de justicia. Ese es el concepto que recuerdo desde la primera clase de Derecho Procesal en años que han quedado atrás, pero cada vez que la cito me recuerda a mi profesor, quien, a continuación de un brillante ejercicio profesional, falleció después de haber sido senador. Esos principios fundamentales han llegado a asentarse como normas inmutables a través del tiempo y del espacio, porque siempre se ha considerado la administración de justicia como una función estatal, porque existen en numerosas Constituciones o leyes en muchos países, con variantes según la idiosincrasia y cultura de los pueblos que así los consideran. Los encontramos en nuestra Carta Fundamental y en el Código Orgánico de Tribunales.

Puede que estas noticias sean propias de los inicios de un estudio de otra cátedra, pero con tantas reformas que exigen nuestros Códigos parece necesario efectuar una breve exposición de ellas, particularmente por la trascendencia que puedan tener en la administración de justicia en materia penal, que es aquella que consideramos más afecta al ser humano, porque por encima de todo está siempre en juego la libertad del individuo.

Aquellas bases, según se viene diciendo, las encontramos regladas en la Constitución Política de la República (Carta Fundamental, Carta Magna, Ley Fundamental) y en el Código Orgánico.

Son las siguientes:

- 1. Legalidad**
- 2. Independencia**
- 3. Territorialidad**
- 4. Jerarquía o Grado**
- 5. Publicidad**
- 6. Sedentariedad**
- 7. Pasividad**
- 8. Competencia común**
- 9. Inavocabilidad**
- 10. Gratuidad**
- 11. Inexcusabilidad**
- 12. Autogeneración relativa o incompleta**
- 13. Continuidad o continuación del ejercicio de la jurisdicción**
- 14. Responsabilidad**
- 15. Inamovilidad**

Algunos profesores, entre ellos mi maestro, las clasificaban en dos grupos:

- a) Las que tienen carácter constitucional.
- b) Las que consagra el Código Orgánico de Tribunales.

Entre las primeras encontramos la independencia, la legalidad, la inamovilidad de los jueces, la jerarquía, la responsabilidad. Las restantes que hemos señalado tienen su origen en la ley recién indicada.

DE LA INDEPENDENCIA.

Personalmente pensamos que es el requisito o base del ejercicio de la jurisdicción de mayor importancia y trascendencia, desde que asegura a toda persona que la decisión que el órgano jurisdiccional tome será libre y no producto de la presión sobre el juez de alguna autoridad o persona, y garantiza un verdadero Estado de Derecho.

A) En la Carta Fundamental:

Genéricamente la encontramos en el artículo 7°, en cuanto prohíbe a cualquier órgano del Estado inmiscuirse en las atribuciones de otro, aun cuando existan circunstancias extraordinarias, lo que acarrea la nulidad de todo acto en contravención, lo que naturalmente originará responsabilidades y sanciones que establezca la ley.

Lo que se complementa con la prohibición que se contiene en el artículo 73, primer inciso, de la Constitución Política, que dice: "Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos".

Con motivo de algunas acusaciones judiciales en contra de ministros de la Corte Suprema deducidas en el último tiempo, se cree ver en ello una intromisión de los parlamentarios con dichas acusaciones, las que no han prosperado, pero no pueden olvidarse los sinsabores de quienes han sido acusados, lo que también afecta a su grupo familiar.

B) En la Ley:

El artículo 12 del C.O.T: "el poder judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones".

Por su parte, el artículo 42 del C.O.T. le prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en el C.O.T.

El artículo 222 del Código Penal resguarda ampliamente la independencia al señalar que el empleado del orden judicial que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas o impidiera a éstas el ejercicio de las suyas, sufrirá la pena de suspensión de el empleo.

En igual sanción incurrirá el empleado administrativo que se arrogare funciones judiciales o impidiera la ejecución de una providencia dictada por tribunal competente.

En la actual Carta Magna, como también denominan algunos a la Constitución Política, encontramos una norma que resulta fundamental para la independencia total de los jueces, y ese precepto es el artículo 78, que dispone: "Los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que debe conocer del asunto en conformidad a la ley".

Agreguemos a ello que el legislador a través de la institución de "la querrela de capítulo" regla el procedimiento que debe observarse para hacer efectivas las responsabilidades civil y penal de los jueces, para asegurar de este modo su independencia mientras se substancian las causas en que las partes puedan ver un motivo de alguna clase de responsabilidad.

Preponderancia de funciones:

Siempre refiriéndonos a la independencia, digamos que hoy día en esta materia no se habla de separación de poderes del Estado en una forma absoluta, sino que actualmente existe una relación entre todos ellos, atendiendo para ella a la competencia de cada uno de los poderes. Se habla por algunos de la heterotutela, que implica en términos generales un control de los actos de uno de los poderes en su relación con los otros.

• Poder Ejecutivo.

Nombramiento de los funcionarios judiciales (Arts. 75 C.P.R. y 279 y ss. C.O.T.). Le corresponde al Presidente de la República el nombramiento de los funcionarios del Escalafón Primario y Secundario del Poder Judicial, debiendo ajustarse para ello a lo que previenen los citados preceptos.

A través de los indultos, la Constitución Política faculta al Jefe del Estado para otorgarlos en favor de aquellas personas que están cumpliendo condenas.

- **Poder Legislativo.**

Leyes de indultos y amnistía.

Leyes con arreglo a las cuales el Presidente de la República debe ejercer sus facultades para conceder indultos y pensiones de gracia (Art. 60 N° 16 C.P.R.).

Conoce de las acusaciones constitucionales a que se refiere el numeral segundo del artículo 48 de la Constitución Política.

- **Poder Judicial.**

Recurso de inaplicabilidad de las leyes. La Corte Suprema está facultada para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que ha sido aprobado por el Legislativo y promulgado como ley de la República por el Jefe de Estado, con la sola limitación de que no puede hacerlo si el vicio que se invoca fue sometido en su oportunidad a consulta ante el Tribunal Constitucional.

En las funciones del Ejecutivo a través del conocimiento de los negocios contencioso-administrativos, según ha de concluirse de la lectura del artículo 79 de la Constitución, que prescribe "La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los Tribunales Electorales Regionales y los Tribunales Militares de Tiempo de Guerra".

"Conocerá, además, de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no corresponda al Senado".

DE LA LEGALIDAD.

1. Desde un punto de vista orgánico, tanto la Constitución Política como el Código Orgánico de Tribunales señalan que la jurisdicción sólo puede ser ejercida por los tribunales establecidos por la Ley, según se desprende de los artículos 73 y 74 de la C.P.R. y 1° del C.O.T.

El artículo 74 de la Carta Fundamental dispone: "Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados".

"La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema".

Creo sí oportuno dejar constancia de que el informe que debe evacuar el máximo tribunal no tiene carácter vinculante, esto es, no tiene el carácter obligatorio para el Congreso, cuya única limitación constitucional es solicitar la referida opinión.

2) Desde el punto de vista funcional, la organización de los Tribunales se fija por ley. Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido anteriormente, porque de otro modo se estaría violando una de las garantías individuales contemplada en el artículo 19 de la Constitución Política, numeral tercero inciso segundo, que entre los llamados Derechos y Deberes Constitucionales, dispone: "Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta".

3) Los tribunales tramitan y fallan de acuerdo a la ley, e incluso deben apreciar la prueba sujetándose a las reglas que ha dado al efecto el legislador.

O sea, deben encuadrarse dentro del marco que fija la Ley, esto es, debe aplicarse en todos los casos que se solicite por petición de parte o se le ordene actuar de oficio.

Ello se desprende categóricamente de los artículos 6° y 7° de la Carta fundamental, y la sanción de que habla este último precepto, nulidad de derecho público, se lleva a la práctica por el recurso de casación en el fondo (art. 767 C.P.C. y 546 C.P.P.). Los preceptos constitucionales disponen: "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio".

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Finalmente digamos que el legislador vela por el respeto del principio de la legalidad en los fallos judiciales por medio del recurso de casación en la forma, que autoriza para anularlos si se ha incurrido en vicios en la tramitación del proceso o en la sentencia misma.

El artículo 170 del C.P.C. señala requisitos de la sentencia, y su legalidad la protege el recurso de casación en la forma.

Por otra parte, el artículo 500 del C.P.P. entre los requisitos de la sentencia exige la cita de las leyes y de los principios jurídicos en que se funda el fallo. También lo protege el recurso de casación en la forma.

En el texto constitucional, como hemos dicho, aparecen en el artículo 19 N° 3 desarrolladas una serie de garantías vinculadas al ejercicio de la jurisdicción, de las cuales interesa fundamentalmente su inciso cuarto, que ya hemos citado: prohíbe el juzgamiento por comisiones especiales, estableciendo que ello debe hacerse por el tribunal que se haya establecido por la ley con anterioridad.

DE LA INAMOVILIDAD.

La consagra el artículo 77 inciso 1° de la Constitución Política, esto es, los jueces permanecen en sus cargos mientras dure el buen comportamiento.

En todo caso, cesan en sus cargos al cumplir 75 años de edad, norma que desde el mes de diciembre de 1997 es aplicable a todos los que ejercen jurisdicción, llámense Jueces, Ministros de Corte de Apelaciones y Ministros de la Corte Suprema, porque fue derogada la norma transitoria que eximía de esa obligación a quienes eran miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, al entrar en vigencia en marzo de 1981 la actual Constitución Política de la República. Sólo quien ejerce la Presidencia de la Corte Suprema no está afecto a la exigencia que citamos, porque puede seguir hasta el término de su mandato.

La limitación de edad no rige para los fiscales, relatores, secretarios, notarios, etc., porque ellos no son jueces, sino simples auxiliares de la administración de justicia.

También cesan por renuncia o incapacidad legal sobreviniente.

Finalmente, termina la carrera judicial si los jueces, tomada la palabra en sentido amplio, son depuestos de sus destinos por causa legalmente sentenciada (juicios de amovilidad, arts. 338 y 339 C.O.T.).

A ello agreguemos la calificación anual deficiente.

Aparte de ello, el precepto constitucional autoriza al Supremo Tribunal, a solicitud de parte interesada, o de oficio, para declarar que los jueces no han tenido el buen comportamiento y, previo informe de la Corte de Apelaciones respectiva, acordar su remoción por la mayoría total de sus componentes. Estos acuerdos debe cumplirlos el Presidente de la República.

La propia disposición constitucional disponía que los jueces inferiores desempeñaran sus cargos por el tiempo que determinara la Ley. Eran los llamados jueces de distrito y de subdelegación, que hoy no existen.

DE LA JERARQUIA o GRADO.

Importa que los tribunales están organizados tanto desde el punto de vista constitucional como legal en forma jerárquica y piramidal:

- Corte Suprema
- Corte de Apelaciones
- Jueces letrados

Tiene importancia para la distribución de la competencia, según se verá, y mantener la disciplina judicial.

Al hablar del grado debemos recordar el concepto de "instancia", vinculado fundamentalmente al recurso de la apelación y también al trámite de la consulta (arts. 188 y 189 C.O.T.).

Debe recordarse que el recurso de casación en el fondo no es una instancia, porque no hay revisión de los hechos, sino que sólo del derecho.

Recusaciones.

Ellas son de conocimiento del tribunal superior jerárquico. Estas son normas que están destinadas a inhabilitar a los jueces para intervenir en el

conocimiento de un negocio jurídico y el legislador se ha encargado de señalar las causales o motivos para ello. Cobran importancia en los tribunales colegiados, porque los ministros ausentes son reemplazados por "abogados integrantes" que pueden ser recusados sin expresión de causa pagando un impuesto. Asegura la neutralidad del juez o jueces en el conocimiento de un determinado negocio.

DE LA INEXCUSABILIDAD.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 73 de la Constitución Política del Estado vigente desde 1981, y ya lo encontrábamos en el artículo 10 inciso 20 del Código Orgánico de Tribunales, y más de una vez lo hemos mencionado. Este principio se traduce en que todos los tribunales están obligados a ejercer su autoridad aun en caso de falta de ley que resuelva la contienda sometida a su conocimiento.

¿ Qué pasa si no hay ley?

Ya lo hemos dicho, el juez está en tal caso obligado a aplicar los principios de equidad (Art. 170 C.P.C.). En Chile sólo se aplica en materia civil, y en ningún caso en materia penal, porque podría importar estar aceptando la analogía como fuente del Derecho penal, lo que no permite nuestra legislación.

DE LA RESPONSABILIDAD.

Está consagrada como principio fundamental de la organización de los tribunales en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, que en síntesis expresa que los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia, y, en general de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

División de la responsabilidad.

Común: como individuo particular (arts. 46 y 50 N° 3 C.O.T.).

Disciplinaria: originada por actos que realiza un juez con falta de abuso incurriendo en indisciplina o por faltar al orden interno (título XVI C.O.T.).

Política: es aquella que se manifiesta en el ejercicio de la acusación consti-

tucional en contra de los Tribunales Superiores de Justicia en el Congreso Nacional.

Ministerial: ella dice relación con los actos o resoluciones que un juez haya pronunciado en el ejercicio de sus funciones.

Puede ser "civil" y "penal".

Se refiere a ella el Art. 76 de la C.P.R. en relación con los artículos 324 y siguientes del C.O.T., 223 y siguientes del C.P., y 623 y siguientes del C.P.P.

Ella afecta a todos los jueces, con una limitación respecto de los ministros de la Corte Suprema, contenida en el artículo 324: no se les aplica en lo que dice relación con la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento, ni en cuanto a la denegación ni la torcida administración de la justicia.

Desde el punto de vista de la doctrina, se sostiene que el artículo 324 inciso 2° no excluye de responsabilidad a los ministros de la Corte Suprema, sino que señala dos casos en que puede hacerse efectiva la responsabilidad.

Razón del precepto : No existe tribunal superior a la Corte Suprema que pueda calificar o declarar responsabilidad por esas causales, aparte de que el legislador presume que los ministros no van a incurrir en tal clase de faltas tan graves, pero ello no significa que queden excluidos de una eventual responsabilidad política (art. 76 inc. 2° C.P.R.).

Resguardos legales de la actividad judicial:

Para evitar que los jueces puedan ver entorpecidas sus actuaciones por acusaciones o demandas precipitadas o injustas, el legislador contempla diversas medidas en amparo de ellos:

A) La querrella de capítulos: Para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces se necesita de esta gestión previa, que importa un examen de calificación de los antecedentes presentados que afectan a un juez. Solo si prospera la gestión de querrella de capítulos podrá continuar con un proceso criminal.

B) Si se trata de hacer efectiva la responsabilidad civil, la causa debe estar terminada por sentencia ejecutoriada.

C) En su oportunidad deben haberse interpuesto todos los recursos que autorice la ley para la reparación del agravio.

Plazo: seis meses desde la notificación al reclamante de la sentencia firme de la causa en que se supone sufrió el agravio (Arts. 328, 329 y 330).

El resultado del juicio de responsabilidad no afecta al fallo dictado en la causa que motivó el reclamo (Art. 331).

DE LA PUBLICIDAD.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 9° y 380 inciso 3° del C.O. T., puede concluirse que todos los miembros de la comunidad tienen derecho a saber cómo se desarrolla un proceso, cómo actúan los jueces y que el fallo pronunciado cumpla con tener la característica de juicio con decisión lógica.

Excepciones:

1) Secreto absoluto, como sucede con el sumario en el proceso criminal, los acuerdos en los tribunales colegiados, el libro de pasajes abusivos.

2) Secreto relativo: juicios de nulidad de matrimonio y divorcio perpetuo (Art. 756 C.P.C.)

3) En el plenario del proceso criminal cuyas audiencias son públicas, el juez puede privarlas de ese carácter por resolución fundada, si la publicidad fuere peligrosa para las buenas costumbres (Art. 454 C.P.P.)

4) Proceso por crimen o simple delito de acción privada: sus actuaciones en el sumario son públicas, salvo que el juez ordene lo contrario.

5) Distribución de causas en las Cortes: se deja constancia en un libro, que no puede ser revisado sin autorización del presidente.

6) Las causas sobre legitimación adoptiva: todas sus gestiones administrativas y judiciales son secretas (Art. 11 Ley N° 16.346).

DE LA TERRITORIALIDAD.

La consagra el artículo 7° del C.O.T.

Los tribunales podrán ejercer su potestad en los negocios y dentro del territorio que la ley les hubiere respectivamente asignado.

Lo cual no impide que en los negocios de que conocen puedan dictar providencias que hayan de llevarse a efecto en otro territorio.

La territorialidad dice relación, pues, con el lugar geográfico en que ejercen sus funciones.

Excepciones:

A) El inciso 2° del Art. 7 del C.O.T.: permite decretar resoluciones para ser cumplidas por el juez de otro territorio, para lo cual se remite un oficio que se denomina "exhorto".

B) Inspección personal (Art. 403 C. Proc. Civil). Este precepto dispone: "Fuera de los casos expresamente señalados por la ley, la inspección personal del tribunal sólo se decretará cuando éste la estime necesaria; y se designará día y hora para practicarla, con la debida anticipación, a fin de que puedan concurrir las partes con sus abogados".

La inspección podrá verificarse aun fuera del territorio señalado a la jurisdicción del tribunal.

C) Jueces del Crimen (Art. 43 C.O.T.).

D) Código del Trabajo.

E) Art. 170 bis C.O.T., que dispone: "El juez que conozca de un proceso por delitos cometidos en diversas comunas o por delitos cuyos actos de ejecución se realizaron en varias comunas, podrá practicar directamente actuaciones judiciales en cualquiera de ellas. En este caso deberá designar un secretario ad hoc que autoriza sus diligencias".

DE LA SEDENTARIEDAD.

Comúnmente se dice de una persona que realiza un oficio o vida de poca agitación.

Desde el punto de vista que nos interesa, significa que el juez tiene la obligación de permanecer en el lugar para el cual ha sido nombrado para el ejercicio de la jurisdicción. Ello se traduce en el deber de residencia que le impone el artículo 311 del Código Orgánico de Tribunales.

Como consecuencia de ello, la ley le impone el deber de asistencia, obligación de concurrir diariamente a sus labores.

Los jueces pueden solicitar, para tener residencia transitoria, un permiso de su superior, la Corte de Apelaciones (falta de inmuebles).

Cual es ese lugar: muy simple, la comuna que sirve de asiento al tribunal para el cual ha sido nominado.

DE LA PASIVIDAD.

Este principio lo consagra el artículo 10 del C.O.T. al disponer que "los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo en aquellos casos que la ley permite proceder de oficio".

Esta norma cobra fundamentalmente importancia en materia civil, como consecuencia del principio dispositivo.

En materia penal, por ahora, mientras no se apruebe el nuevo Código de Procedimiento Penal, rige ampliamente la excepción de la norma, porque el juez del crimen está legalmente facultado para proceder de oficio, el que como recordaremos debe regir su actuar conforme al sistema inquisitorio en el sumario y sólo en el plenario se vuelve a la pasividad.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal el fiscal que practique la investigación podrá recabar que se decrete el secreto de ella en algunos casos, sobre lo cual no ahondaremos para no dilatar esta exposición.

Excepciones civiles:

- 1) Declaración de la nulidad absoluta (Art. 1683 del C.C.).
- 2) Declaración de oficio de la implicancia (Art. 200 C.P.C.).
- 3) Declaración de oficio de la incompetencia absoluta.
- 4) Declaración de oficio de la inadmisibilidad de los recursos de apelación y casación (Arts. 213 y 781 C.P.C.).
- 5) Decretar de oficio medidas para mejor resolver (Arts. 159 y 320 C. Proc. Civil).
- 6) Corrección de oficio de errores (Art. 84 inc. 4° C.P.C.).
- 7) Casación de forma y fondo de oficio (arts. 775 C.P.C. y 544 C.P.P.).

8) El Juez puede de oficio negarse a dar curso a la demanda (Art. 256 del C.P.C.).

DE LA COMPETENCIA COMÚN.

En el concepto de nuestro legislador se pretende, se desea que los tribunales de primera instancia puedan conocer de toda clase de asuntos o negocios o conflictos, comprendiendo en esa premisa tanto los asuntos de naturaleza civil como penal

Sin embargo, generalmente por la densidad de la población, por el alto ingreso de causas de una determinada materia, la ley ha considerado la posibilidad de crear tribunales especiales o bien dividir la competencia.

Así, por una parte hablamos de jueces de menores, jueces del trabajo y por otra, de jueces del crimen y jueces civiles.

Actualmente la competencia común se mantiene en los juzgados de letras de comuna o agrupaciones de comuna, sean estos con asiento en comuna propiamente tal (Yungay) o sede en comuna capital de provincia (Illapel).

En los juzgados, comúnmente llamados de asiento de Cortes, que tienen la sede en la comuna en que está la Corte de Apelaciones, generalmente la competencia común se mantiene, a excepción de Valparaíso, Santiago y Temuco, en que hay juzgados civiles y juzgados del crimen. Ello se está extendiendo a juzgados de letras de capital de provincia.

Lo excepcional lo podemos encontrar en aquellas comunas en que fuera del juez de letras existe o un juzgado de menores o un juzgado del trabajo.

DE LA INAVOCABILIDAD.

Tanto el texto constitucional como el artículo 8° del Código Orgánico de Tribunales consagran este principio: "ningún Tribunal puede avocarse al conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esta facultad".

Avocar, según el diccionario, es "atraer o llamar a sí un juez o tribunal superior, sin que medie apelación, la causa que se estaba litigando o debía litigarse ante otro inferior."

DE LA GRATUIDAD.

Esta base o garantía de una buena administración de justicia está muy de moda actualmente, porque a través de algunos proyectos de ley se busca facilitar el acceso a la justicia a aquellas personas que les resulta difícil, desde que el constituyente del año 1981, en el artículo 19 N° 3 incs. 2° y 3°, estableciera como garantía individual que toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado.

Como se manifiesta este principio:

A) Los jueces no son remunerados por las partes, sino que lo son por el Estado, a excepción de los jueces árbitros.

B) Privilegio de pobreza.

C) Funcionarios auxiliares de turno.

DE LA AUTOGENERACION INCOMPLETA

(Sistema de nombramiento).

Materia muy de actualidad en estos momentos, porque se han enviado proyectos constitucionales y legales que buscan modificar el sistema actual. Cabe recordar que desde el mes de diciembre de 1997 la Corte Suprema ha quedado integrada por 21 miembros, de los cuales en el futuro 5 de ellos deberán provenir siempre de abogados que hayan destacado en el ejercicio de la profesión o de la cátedra universitaria.

Esta base de la administración de justicia guarda relación, pues, con el sistema establecido por la Constitución y las leyes para el nombramiento de los jueces, debiendo entenderse dicho vocablo como comprensivo de jueces propiamente tales y de ministros.

El sistema para nombrar el resto del personal del Poder Judicial es similar al usado hasta hoy.

Sistemas de nombramiento:

1. Generación completa: Esto significa que todo el procedimiento de nombramientos se sigue al interior del propio Poder Judicial, que de este

modo resulta soberano en la designación de los jueces. Hoy día no existe, porque puede llegar a constituir una casta, según sus detractores.

2. Elección popular: es decir, los jueces se deben elegir en elecciones públicas, al igual que los parlamentarios (Estados Unidos). Son nombrados por elección por el pueblo en algunos Estados; otros por la legislatura y otros por el Ejecutivo, que con acuerdo del Senado nombra a los jueces federales. En Estados Unidos el Senado ha rechazado en muchas oportunidades los nombres propuestos por el Presidente para integrar la Corte Suprema, porque allá se efectúa un profundo estudio de los antecedentes de los candidatos

3. Autogeneración relativa o incompleta: se caracteriza por intervenir en ella por lo menos dos poderes del Estado. Ya hemos mencionado cómo se nombran los Ministros de la Corte Suprema en el país del Norte.

Sistema chileno.

Es de generación incompleta, con intervención del Poder Judicial y del Ejecutivo.

Titulares: Artículo 75 C.P.R., mediante quinas y ternas.

Suplentes: Artículo 75 C.P.R., inciso final, faculta a la Corte Suprema para nombrar ministros suplentes en las Cortes de Apelaciones hasta por sesenta días, y a las Cortes de Apelaciones para nombrar jueces suplentes por igual período. Se estima que esos plazos son improrrogables. Con el resto de los suplentes en el Poder Judicial, incluidos fiscales, secretarios, defensores, deben seguirse las mismas normas que para los titulares.

Relatores suplentes: Son nombrados a proposición personal de la respectiva Corte, por ser un cargo de la confianza exclusiva del tribunal colegiado.

DE LA CONTINUIDAD EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN.

Para poder ejercer la jurisdicción, la persona que haya sido nominada juez debe instalarse, lo que implica dos elementos: nombramiento y juramento.

Ello significa que desde que se instala un tribunal con el nombramiento de un juez, si es Juzgado de Letras, o con el nombramiento de los ministros, si es una Corte, no podrá dejar de funcionar. Pero como los jueces somos

seres humanos, que como todos pueden enfermarse, que tienen derecho a feriado, etc., el legislador para facilitar la continuidad de la jurisdicción contempla dos instituciones:

A) Subrogación: Llamado que hace la ley a un funcionario judicial para que reemplace automáticamente a otro que está inhabilitado. Artículos 211 a 214 C.O.T. (respecto de los jueces).

B) Integración: Llamado que dispone la ley en el orden que señala a determinados funcionarios o abogados para que completen una sala de un Tribunal Colegiado (Artículos 215 a 219 C.O.T.).

Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos

Gustavo Cuevas Farren

Profesor Titular de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

y de Instituciones Políticas

UNIVERSIDAD NACIONAL ANDRÉS BELLO

I. Consideraciones previas.

1. La expansión sostenida del recurso de protección así como el ejercicio frecuente de otras acciones en el ámbito de la jurisdicción constitucional (recurso de inaplicabilidad, por ejemplo), han puesto de relieve la responsabilidad que han debido asumir los tribunales para el resguardo seguro y oportuno de los derechos de la persona garantizados en la Ley Fundamental. Se ha comprobado a través de esta actividad jurisdiccional, además, que es posible la existencia de conflictos entre dos o más de estos derechos cuando, simultáneamente, ellos se invocan para ser aplicados en la resolución de un mismo asunto, debiendo el juez, en tales casos, decidir cuál de esos derechos en pugna es el que mejor protege el bien jurídico que se considere más relevante.

En otro sentido, también es evidente que el aporte jurisprudencial de los tribunales en las causas en las que deben dilucidar estos aparentes conflictos de intereses constitucionales, ha significado una contribución importante al fortalecimiento del principio de supremacía constitucional, puesto que la doctrina judicial ha optado por asegurar la plena vigencia de aquellos derechos constitucionales que más directamente protegen a la persona o a la familia, y que el constituyente ordena promover y respetar.

2. No se debe olvidar que los valores constitucionales principalmente consagrados en los Capítulos I y III de la Carta Fundamental configuran una sólida doctrina que sitúa a la persona en el centro del sistema político, y que ordena al Estado colocarse al servicio de los legítimos intereses de esta persona humana (Estado instrumental), siendo lógico que esta obligación de servicio deba ser cumplida, con igual vigor, por los órganos jurisdiccionales del Estado encargados de asegurar el respeto irrestricto de aquellos derechos que más estrechamente se vinculan con la existencia y el desarrollo pleno de los integrantes de la sociedad civil.

3. Según las ideas anteriores, y por constituir lo que sigue un marco de referencia valórico del que la jurisdicción constitucional no debiera apartarse, nos parece necesario recordar, muy sucintamente, los aspectos más relevantes de la regulación constitucional que otorga protección a los derechos fundamentales de la persona:

a) Como puntualiza Evans en su libro *Los Derechos Constitucionales*,¹ en el Capítulo III de la Carta se han incorporado diversos principios y normas consagrados igualmente por los principales pactos internacionales sobre derechos humanos, lo cual ciertamente realza la transcendencia del catálogo contenido en este Capítulo III, el que a la vez amplía y fortalece el conjunto de derechos que en nuestra época resguardan al individuo de los abusos o desbordes del poder, o de actuaciones ilegítimas de los mismos particulares.

b) A su vez el Capítulo I, denominado certeramente como “Bases de la Institucionalidad”, suma otras normas de observancia obligatoria por los órganos que deben velar por la supremacía constitucional.

Se trata de principios fundamentales que orientan la Constitución, guían al intérprete e incluso actúan como una limitación al ejercicio del poder constituyente instituido (en especial, por lo preceptuado en el artículo 5°).

En definitiva, ambos capítulos comprenden lo que llamaremos la “idea de derecho” del constituyente de 1980, preocupado por reconocer y asegurar la existencia de derechos que, por su naturaleza, son superiores y anteriores al Estado y por ello no derivan su obligatoriedad de una decisión puramente soberana del Poder Público. En estricto rigor, nuestra Constitución en su carácter de documento solemne convierte en eje central de sus disposiciones la parte dogmática por sobre la relacional u orgánica.

c) En todo caso, la jurisdicción constitucional o incluso los propios abogados deberían tener presente el valor normativo que se ha dado al Capítulo I, cuyos diferentes artículos no son meras declaraciones de principios o simples aspiraciones del constituyente, sino que conforman reglas jurídicas con fuerza obligatoria para gobernantes y gobernados, y en particular, como recuerda Evans, las del artículo 1°, el que referido a la persona, a los grupos intermedios y al Estado, consagra un “precepto rector esencial”² para la correcta inteligencia y aplicación de todo el orden constitucional.

¹ Enrique Evans de la Cuadra. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1986. Páginas 18 y 19.

² Ob. cit., página 21.

4. Conviene completar estas breves consideraciones previas recordando lo afirmado por Jorge Iván Hübner³ al caracterizar estos derechos esenciales; señala que "Los derechos fundamentales de la persona humana se fundan en su carácter racional y libre, en la necesidad ontológica de conservar, desarrollar y perfeccionar su ser, para cumplir sus finalidades específicas. El hombre supera y trasciende a la sociedad de que forma parte".

"Cada persona es un mundo íntimo, un microcosmos, que tiene un fin en sí mismo. No es una ruedecilla de la colectividad o del Estado: tiene un destino propio autónomo en el universo, sin perjuicio de sus deberes con respecto a sus semejantes y a la colectividad en que se desenvuelve su existencia histórica".

"Su eminente dignidad exige que se respete su legítima esfera de independencia y autonomía y que no se intente convertirlo en instrumento o en víctima de objetivos ajenos a la verdadera esencia de su vida. No se puede atropellar al hombre a pretexto de defender a la sociedad, porque el hombre no ha sido hecho para servir al Estado, sino el Estado para servir al hombre".

Las controversias examinadas en este estudio en buena medida han exigido de la judicatura una definición sobre la trascendencia del tema que envuelve la cita anterior.

II. La Jurisprudencia: importancia y alcance.

En el último decenio no han sido escasos los fallos de nuestros tribunales superiores en los que, frente a un eventual conflicto entre intereses constitucionalmente protegidos, han optado por preferir aquel que mejor resguarda a la persona humana.

Compulsados la mayor parte de estos fallos, nos ha sido posible agruparlos en dos categorías: a) asuntos en los que concurren el derecho a la honra o a la intimidad en conflicto con la libertad de expresión u otros derechos análogos de rango constitucional; y b) controversias que han obligado a un pronunciamiento sobre el alcance del derecho a la vida.

Sobre este particular, hemos hecho una selección de las sentencias respectivas, escogiendo para su estudio las que nos han parecido más relevantes y con valor pedagógico.

³ Citado por Evans, ob. cit, página 27.

1. Asuntos relativos al derecho a la honra y a la intimidad (Artículo 19 N° 4 de la Constitución).

1.1. Recurso de protección para evitar la circulación del libro *Impunidad diplomática*.

1.1.1 Los hechos

En el año 1993 el periodista chileno Francisco Martorell terminaba la preparación de un libro que se editaría en Buenos Aires, por la Editorial Planeta, bajo el título *Impunidad Diplomática*. Con el objeto de promover la venta de este libro en nuestro país, a través de trascendidos en los medios de comunicación y de la publicación anticipada, en diarios y revistas, de parte del contenido de algunos de sus capítulos, el autor consiguió atraer la atención pública sobre la obra y los hechos por ella relatados.

Ahora bien, en el libro se daba cuenta del comportamiento, presuntamente escandaloso o inmoral, de conspicuos personajes de nuestra vida pública o del mundo empresarial, con ocasión de su asistencia a recepciones o a fiestas íntimas ofrecidas por el embajador de Argentina Oscar Spinosa Melo, diplomático este ampliamente controvertido por su forma de vida extraña y tortuosa. En esta obra, precisamente, se relatan los intentos reiterados de Spinosa para extorsionar a un dirigente político chileno y a otras importantes figuras, bajo la amenaza de dar a conocer antecedentes o documentos muy comprometedores para los extorsionados.

En síntesis, todo el libro obedece a un estilo escogido para escandalizar y asombrar por medio del relato de hechos francamente inmorales y aberrantes, cuya verdadera ocurrencia no tiene por lo general un respaldo sólido, pero siendo todos ellos lesivos para la honra y prestigio de conocidos personajes tanto chilenos como argentinos.

Así las cosas, un respetado empresario de este país interpuso un recurso de protección con el objeto de impedir la circulación en Chile de este libro, evitándose de este modo un daño irreparable a su honra y a la de su familia.

Lógicamente que, en su defensa, el recurrido invocó el derecho a la libertad de expresión y la improcedencia de la censura previa, como antecedentes calificados para que la Corte ordenara el rechazo del recurso aludido.

1.1.2. Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (31 de mayo de 1993)

El Tribunal de Alzada acogió el recurso, respaldando su decisión en los siguientes argumentos:*

a) La Constitución debe ser interpretada en forma sistemática, y según esta forma de interpretación es necesario considerar que el artículo 1° es la fuente de interpretación más relevante, porque refleja la filosofía que inspira a la Carta Fundamental. En ese artículo se señala a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad (6).

b) El derecho a la honra de la persona y de su familia es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, debiendo los Tribunales de Justicia promover el respeto a la persona y a su familia (6).

c) Además, el derecho a la intimidad del N° 4 del art 19 de la Constitución protege el patrimonio moral de la persona y es una proyección de la dignidad del ser humano (7).

d) Los derechos constitucionales no son absolutos; ellos llevan implícito el deber de ser usados para el desarrollo personal y el progreso social. Debe tratarse del ejercicio "legítimo" del derecho (7).

e) Las Actas de la Comisión Ortúzar testimonian que en opinión de los comisionados, la vida privada constituía un límite al ejercicio del derecho a la información (7).

f) Que desde el punto de vista anterior, cabe concluir que el derecho a la libertad de expresión del autor del libro está "restringido" por un derecho de mayor jerarquía, como es el derecho consagrado en el art. 19 N° 4. Ello, porque existe un orden de prelación entre las garantías y derechos que consagra el artículo 19 (8).

g) El libro, además, lesiona en su esencia la dignidad e integridad síquica de la persona afectada, e importa un ilícito grave (8).

A este respecto, la Corte estimó que la prohibición de circulación de esta obra no constituía una "censura previa", sino tan sólo el ejercicio de la acción cautelar prevista en la Constitución con el objeto de asegurar la debida protección del afectado en sus legítimos derechos privados. Para reforzar su argumentación, el tribunal aportó un concepto o noción de lo que, en sentido técnico y estricto, debía entenderse como "censura previa" (7).

* Los números entre paréntesis indican el considerando del fallo relativo al argumento que se examina.

h) Afirma la Corte, asimismo, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos confiere “mayor jerarquía” a los derechos a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información.

Recuerda, al efecto, que el Pacto Internacional permite restringir en casos excepcionales el derecho a la libertad de expresión, pero no se puede hacer ello con la privacidad ni la honra (9).

i) Concluye la Corte decidiendo que Martorell ha incurrido en un acto arbitrario e ilegal que importa una privación del legítimo ejercicio del derecho consagrado por el art.19 N° 4 (10), y declarando igualmente que el ilícito constitucional representado por el libro además significa un atentado contra el bien común amparado por el artículo 1° de la Constitución Política (11).

1.1.3. Sentencia de la Corte Suprema (15 de junio de 1993)

Confirmando el fallo apelado, el Tribunal Supremo expone algunos razonamientos destinados a reforzar la tesis implícitamente asumida por la Corte de Apelaciones; así, enfrentando la objeción de la defensa del inculpado en cuanto a que no habría existido violación de derechos constitucionales, toda vez que el libro no había sido puesto a la venta en Chile, por lo que sus contenidos tampoco habían sido difundidos en forma pública, la Corte expone con claridad que el recurso de protección sólo requiere de la existencia de un “temor razonable” a la violación de una garantía Constitucional, para que pueda ser invocado en defensa de ésta (1).

Sostiene, además, que ninguna concepción del bien común permite aceptar el sacrificio de los derechos a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia (3), y que precisamente son estos valores, que exigen el mayor respeto, los amagados por el libro (4).

1.1.4. Sintetizando la doctrina jurisprudencial que emana de ambos fallos, podríamos señalar que los jueces han afirmado que por su vinculación más estrecha y esencial con una vida segura y tranquila para el individuo y su familia, los derechos a la honra personal y a la privacidad ciertamente prevalecen sobre otros derechos también constitucionalmente protegidos, como sería el caso del derecho a la libertad de opinión e información, prevalecencia que corresponde a los tribunales declarar y asegurar cada vez que tales derechos principales sean amagados por el ejercicio abusivo de otros con menor rango al interior del catálogo constitucional. Creemos, al efecto, que se trata de una doctrina concordante con la inspiración personalista de la Carta Fundamental.

1.2. Recurso de protección para dejar sin efecto un acuerdo del Consejo de Calificación Cinematográfica, que autorizó la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*.

1.2.1. Los hechos.

Un grupo de abogados católicos recurrió de protección por considerar arbitrario e ilegal un acuerdo del Consejo de Calificación Cinematográfica que dispuso la revisión de una resolución anterior del mismo Consejo, adoptada el 29 de noviembre de 1988, que prohibió la internación y exhibición en nuestro país de la película antes mencionada.

Aportando diversos argumentos jurídicos, los recurrentes concluyen que el referido Consejo carecía de competencia para dejar sin efecto la aludida resolución de 1988, y por tanto solicitan a la Corte se prohíba la internación y exhibición de la película "La última tentación de Cristo".

En respuesta a los planteamientos precedentes, el representante de la empresa comercializadora de esta película sostiene que el citado Consejo está facultado para proceder a la revisión de acuerdos anteriormente adoptados, lo que en este caso resulta necesario, puesto que este filme, después de superar críticas iniciales, ha sido apreciado como una obra artística que podría entregarse sin temor al discernimiento de criterios maduros. Iguaes argumentos a favor de la actuación del Consejo utiliza el Subsecretario de Educación don Jaime Pérez de Arce A., en su condición de presidente de este organismo.

1.2.2. Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (20 de enero de 1997).

Este tribunal acogió el recurso en una extensa sentencia en la que, junto con las consideraciones estrictamente jurídicas, se incluyen otras de carácter histórico, sociológico e incluso teológico. El siguiente es un resumen del fallo:

a) La doctrina cristiana forma parte de los valores esenciales de la tradición chilena que la Constitución manda preservar en su artículo 22 (8). Desde esta perspectiva, la película vulnera la honra de Cristo, de la Iglesia Católica y de los recurrentes como abogados cristianos (11) y el respeto y protección de la honra, sostiene la Corte, prevalece sobre la libertad de emitir opinión o de informar (14).

b) Deja de ser información o expresión legítima la deformación histórica de un hecho o de una persona (18). Por tanto, la decisión del Consejo de permitir la exhibición de la película conculca el artículo 19 N° 4 de la Constitución respecto de la honra de la Iglesia Católica (17).

c) La Corte desestimó, en cambio, que el acto administrativo impugnado pudiera menoscabar la libertad de conciencia del artículo 19 N° 6 de la Constitución, en relación a los recurrentes o a las personas por quienes accionan (12).

d) Teniendo presente que con fecha 14 de marzo de 1989 el respectivo Tribunal de Apelación había confirmado el acuerdo anterior del Consejo, que dispuso no autorizar la exhibición de la película, la Corte estimó que el Consejo de Calificación carecía de atribuciones para revisar y eventualmente revocar su resolución de 29 de noviembre de 1988, al haber sido ésta confirmada mediante una decisión jurisdiccional emanada del tribunal establecido por la propia ley. En consecuencia dicho Consejo incurrió en un acto ilegal al decidir revocar la resolución recién mencionada (9).

Además la sentencia sostiene que el acto que se impugna resulta arbitrario, puesto que no se justifica la conveniencia ni la oportunidad de la resolución revocatoria de que se trata, la que carece por ello de razonabilidad y de fundamento valedero (10).

e) Haciéndose cargo de los argumentos presentados por el presidente del Consejo justificando, desde un punto de vista jurídico, lo obrado por este organismo, la Corte los rechaza insistiendo en su criterio en cuanto a que no existe norma alguna que autorice al referido Consejo a revisar decisiones ya adoptadas y emanadas de un órgano jurisdiccional, como lo es el Tribunal de Apelaciones, el cual confirmó el rechazo de la película en cuestión, en marzo de 1989 (16).

f) Por el motivo anterior, la sentencia que examinamos desestimó igualmente que se hubiese vulnerado el derecho de la empresa distribuidora a desarrollar sus actividades económicas, presuntamente coartadas por la aludida prohibición, toda vez que en su oportunidad la empresa ejerció el derecho de apelar de la resolución del Consejo y que por decisión definitiva del referido Tribunal de Apelación competente, se rechazó la apelación (15).

g) La Corte declaró, asimismo, que esta acción cautelar de protección no significa implantar una forma de censura previa, citando al efecto la opinión de un reputado constitucionalista respecto a lo que debe entenderse, estrictamente, como una censura previa (14).

h) Por todo lo anterior, la sentencia bajo análisis revoca la resolución del Consejo de noviembre de 1996, que había autorizado la exhibición de la mencionada película, dejando a firme el acuerdo de rechazo de noviembre de 1988 (18).

1.2.3. Sentencia de la Corte Suprema (17 de junio de 1997)

El máximo tribunal confirmó el fallo, reforzando con sus argumentos los criterios de la Corte de Apelaciones. Precisó lo siguiente:

a) Que la película en cuestión vulnera gravemente la honra de Jesucristo (11), y que este agravio a la honra de Cristo repercute o trasciende en la honra de los propios recurrentes (13-14).

b) Que la honra de la persona y de su familia es inherente a la dignidad del ser humano (12).

c) Que la prohibición de exhibición de la película no vulnera la garantía del N° 12 del artículo 19 (libertad de opinión), por cuanto esta disposición constitucional remite a la ley para efectos de la censura a la producción cinematográfica (4).

d) En armonía con el criterio de la Corte de Apelaciones, sostuvo que la calificación de rechazo quedó firme o definitiva con la dictación del fallo por el Tribunal de Apelación (6), y por tanto, que la resolución de noviembre de 1996 del Consejo, que levantó el rechazo, resultaba manifiestamente ilegal (7). Afirmó, asimismo, que la mencionada resolución revocatoria del Consejo de Calificación Cinematográfica también contraviene el artículo 7° de la Constitución.

e) Que no es pertinente aplicar en la especie los artículos 8° y 9° de la ley sobre Bases de la Administración del Estado (8), como lo pretendía el imputado a fin de justificar la existencia de una presunta facultad para poder revisar, y eventualmente anular, las resoluciones del organismo de calificación cinematográfica.

f) En precisiones redactadas por el ministro Toro, se reitera a efectos de afirmar la procedencia del recurso de protección, que la recalificación de la película con el fin de autorizar su exhibición constituyó una amenaza cierta a la honra de los recurrentes (considerando 4 de las mencionadas precisiones del ministro Toro).

1.2.4. Estos fallos son reiterativos de la doctrina sintetizada cuando analizamos las sentencias recaídas en el libro *Impunidad Diplomática*, comprobándose de este modo que para nuestros Tribunales Superiores es un hecho indubitable que hay una jerarquía entre los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, ubicándose el derecho al honor y a la privacidad entre aquellos a los que se debe reconocer una jerarquía superior.

1.3. Otras sentencias

En diversas otras sentencias, la Corte Suprema o las Cortes de Apelaciones han reafirmado la trascendencia y el valor superior que corresponde atribuir a los derechos a la honra y a la privacidad. El siguiente es un recuento sucinto de algunos de estos fallos:

1.3.1. Corte Suprema (2 de noviembre de 1982).

Conociendo de un recurso de protección interpuesto por tres abogados en contra del diario "El Mercurio" de Antofagasta, periódico que a juicio de los recurrentes había montado una campaña atentatoria a su honor y prestigio, luego de revocar el fallo de la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema teniendo presente lo expuesto en el voto disidente de un Ministro del Tribunal de Alzada, resolvió acoger la protección. Ahora bien, en substancia el voto disidente afirmaba que la garantía del inciso 1° del N° 4 del art. 19 de la Constitución Política, "tiene una mayor amplitud que las normas penales que configuran los delitos contra el honor de las personas, ya que, además, consagra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y de su familia", constituyendo las publicaciones del diario un atentado a estos derechos esenciales.

1.3.2. Corte de Apelaciones de Concepción (6 de agosto de 1985).

El asunto objeto de la litis es el siguiente: desde el domicilio de la recurrente, por un error y en forma arbitraria, incluso con descerrajamiento de su propiedad, fueron embargadas y retiradas algunas especies para proceder a su remate posterior, según lo ordenado en un juicio ejecutivo en el que la reclamante era absolutamente ajena, puesto que el deudor efectivo era otra persona que incluso registraba un domicilio situado en una dirección muy distinta a la de la afectada. Por todo ello, ésta recurrió de protección a fin de que se dejara sin efecto el embargo y se dispusieron las medidas adecuadas para restablecer el imperio del derecho.

La Corte de Apelaciones de Concepción, acogiendo la acción cautelar, en lo que nos interesa destacar señaló lo siguiente:

a) Que el recurso de protección puede ser usado, incluso, en contra de acciones emanadas de un proceso judicial;

b) Que las garantías constitucionales son de la esencia del ser humano y, por tanto, superiores al ordenamiento procesal común, y

c) Que descerrajar una propiedad para embargar bienes de un tercero

ajeno al juicio ejecutivo, atenta contra el derecho de propiedad, la inviolabilidad del hogar y la honra personal del afectado.

1.3.3. Corte Suprema (15 de diciembre de 1986).

Con ocasión de la aplicación, por parte del Colegio Médico A.G., de la medida disciplinaria de eliminación de los registros del médico recurrente, la Corte Suprema resuelve revocar el fallo de la Corte de Apelaciones acogiendo el voto disidente del Ministro de esa Corte don José Bernales. Dicho voto contiene dos afirmaciones importantes:

a) Que el Colegio Médico, al juzgar la actuación funcionaria del recurrente y decidir su expulsión, se ha constituido en una "comisión especial" prohibida por el art. 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política; y

b) Que la sanción ilegal de expulsión infringe, además, la garantía del art. 19 N° 4 de la Carta Fundamental.

1.3.4. Corte Suprema (22 de marzo de 1988).

Sostuvo que la información entregada por DICOM señalando que el recurrente era deudor de letras de cambio sin serlo en realidad, constituía un acto arbitrario que vulneraba la garantía constitucional del art. 19 N° 4 de la Constitución Política.

1.3.5. Corte Suprema (19 de marzo de 1991).

En este caso, el solicitante de protección había sido presentado en un reportaje de la revista "Qué Pasa", como sospechoso de los delitos de narcotráfico y lavado de dinero. Sobre el particular y revocando una sentencia de la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema dispuso que la publicación de la revista "Que Pasa" dando cuenta de presuntas actividades ilícitas del recurrente, infringía el art. 19 N° 4 de la Constitución Política sobre derecho a la honra, resolviendo igualmente que no empecé a esta conclusión la circunstancia de existir la posibilidad de recurrir, judicialmente, por la comisión de los delitos de injuria o de calumnia.

1.3.6. La doctrina que emana del recuento anterior es igualmente reiterativa de la que hemos resumido anteriormente, y en el sentido de que los Tribunales, uniformemente, le han asignado al derecho contenido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, en cuanto se regula una garantía de la esencia del ser humano, un valor jerárquico que es superior al de otros derechos igualmente contemplados en el respectivo catálogo constitucional.

2. Sentencias relativas al derecho a la vida y a la integridad psíquica y física establecido en el artículo 19 N° 1 de la Constitución.

Nuestros tribunales también han sido claros y enérgicos al garantizar la plena vigencia del derecho referido, aun en situaciones en las que la decisión judicial ha entrado en pugna con la propia voluntad del titular del derecho, como veremos enseguida:

2.1. Corte de Apelaciones de Santiago (9 de agosto de 1984)

Un grupo de estudiantes de la Universidad Católica de Santiago había iniciado una huelga de hambre indefinida con el fin de presionar a los Directivos de la Universidad, forzándolos a revocar medidas disciplinarias dispuestas en contra de los ayunantes.

Un grupo de académicos recurrió de protección, sosteniendo que esta huelga ponía en peligro el derecho a la vida, y la Corte acogió la acción cautelar resolviendo, en síntesis, lo siguiente:

a) Que el ayuno de dichos estudiantes, destinado a presionar a las autoridades de su Casa de Estudio, atentaba contra su integridad física y psíquica, constituyendo por ello un acto arbitrario e ilegal. Agrega el tribunal que se trata de un hecho que, por sus características, infringe asimismo todo nuestro sistema social y jurídico;

b) Que se debía tener presente que las personas no tienen dominio sobre su propia vida, y por ende no pueden destruirla. Mas bien el derecho a la vida debe ser considerado como la facultad que tenemos para exigir de los otros el respeto a la inviolabilidad de nuestra vida, reiterando la Corte que el derecho bajo análisis no consiste en un dominio directo sobre la vida.

c) Recuerda el tribunal, asimismo, que la concepción actual que se tiene de este derecho, con sus caracteres de absoluto e inviolable, es fruto de la civilización judeocristiana que nutre nuestra cultura y tradiciones; y

d) Que el ayuno de que se trata atentaba, además, contra el honor de las autoridades de la Universidad presionadas en sus prerrogativas por esta medida de fuerza.

2.2. Corte de Apelaciones de Santiago (6 de agosto de 1985).

Se reclamó la protección del Tribunal en razón del secuestro temporal, apremios y amenazas sufridos por un estudiante universitario, así como

por las acciones de intimidación en contra de un párroco presuntamente vinculado con el estudiante y sus actividades.

La Corte acogió el recurso declarando, categóricamente, que el secuestro de que había sido víctima el estudiante recurrente, así como las amenazas proferidas en su contra e igualmente en contra del sacerdote, constituían un peligro real para la vida e integridad física y psíquica de las personas mencionadas.

2.3. Corte Suprema (9 de mayo de 1992).

Un enfermo internado en el Hospital de Copiapó por sufrir de hemorragia intestinal, se negó a recibir transfusiones de sangre sosteniendo que se lo impedía su religión.

El Tribunal Supremo no titubeó en ordenar que se procediera a realizar las transfusiones, por cuanto tratándose de conflictos entre el derecho a la vida y la libertad de conciencia (invocada ésta por el enfermo como justificación de su conducta) en su opinión debía prevalecer el primero de estos derechos.

2.4. Corte Suprema (8 de nov. de 1991 y 12 de nov. de 1992).

Ambas sentencias acogen recursos de protección presentados por los responsables de la disciplina en la Penitenciaría y en el Centro de Detención Preventiva de Santiago, en los que piden se ordene poner fin, incluso con el apoyo de la fuerza, a las huelgas de hambre indefinidas iniciadas por internos de estos recintos como medio de presión para obtener su libertad u otras medidas favorables a su condición.

En el fallo de 1991 la Corte decidió que la negativa de los reos a ingerir alimentos configuraba un atentado contra sus propias vidas, por lo que Gendarmería podía forzar el término de la huelga de hambre incluso mediante el uso de la fuerza, si fuere ello necesario.

En la sentencia de 1992, el Tribunal Supremo reafirmó el mismo criterio, declarando nuevamente que mantener una huelga de hambre constituía un acto ilegal en contra del derecho a la vida de los ayunantes voluntarios.

Cabe señalar que esta última sentencia revocó la de la Corte de Apelaciones, que no había dado lugar a la protección, por cuanto, a su entender, el ayuno no tenía en sí mismo relevancia jurídica y, por lo tanto, no podía ser considerado un acto ilegal.

2.5. La doctrina que emana de los fallos antes seleccionados es perfectamente coherente con la relativa a la vigencia del derecho a la honra y a la privacidad, en cuanto ambas doctrinas proclaman la primacía de algunos derechos constitucionalmente protegidos sobre otros del mismo carácter, fundándose esta afirmación en el hecho cierto de que existen determinados derechos esenciales de la persona que, si son desconocidos, la privan de su dignidad, de su vida, o la destruyen en su integridad física o psíquica.

Por tanto, el criterio jurisprudencial indicado al reconocer la distinta jerarquía que existe entre los derechos fundamentales que el constituyente garantiza, en verdad confirma y proyecta los valores humanistas que la Carta Fundamental proclama en resguardo de la persona y de la familia.

Incluso, tratándose del derecho a la vida, como se ha visto, los tribunales consideran ineludible asegurar su plena protección aun en contra de la voluntad del titular del derecho, al cual por lo mismo se le niega la potestad de poder disponer a su arbitrio de su propia vida.

III. Comentarios finales.

1. Hemos destacado que en general la jurisprudencia se ha orientado en la dirección correcta, por cuanto ella ha hecho un esfuerzo por desentrañar y sistematizar la voluntad del constituyente, particularmente reflejada en el Capítulo I de la Carta Fundamental.

Es decir, se ha ido esbozando un “modelo hermenéutico” construido desde “dentro” de la Constitución, con sujeción a los valores y finalidades del régimen constitucional, especialmente en cuanto a la naturaleza y alcance de los derechos consagrados en su bloque dogmático.

Lo anterior, ciertamente, favorece la consolidación de una doctrina jurisprudencial previsible, estable y moderadamente evolutiva.

2. Con todo, es posible reclamar por la concreción de una mayor y más creativa utilización del Capítulo I en cuanto fuente primera de interpretación de la voluntad del constituyente, y fuente también para poder avanzar en el perfeccionamiento de un modelo hermenéutico original. El propio Tribunal Constitucional ha reafirmado, con su jurisprudencia, la importancia interpretativa del Capítulo I, recordando que en él se contienen disposiciones normativas y no programáticas, que son generadoras de consecuencias jurídicas.

3. Se debe tener presente que la observancia práctica del Capítulo I es particularmente obligatoria de cumplir por los órganos encargados de velar por la supremacía constitucional, por ser éste el único camino a través del cual se consigue fortalecer la vigencia del referido bloque “dogmático” de la Carta Fundamental y, por esta vía, garantizar el respeto a la inspiración personalista del presente régimen constitucional.

4. En suma, el intérprete jurisdiccional no puede prescindir del Capítulo I, complementándolo o reforzándolo cuando sea del caso con las disposiciones del Capítulo III, y sin perder de vista la garantía básica del N° 26 del artículo 19 en cuanto a la protección de la esencia de los derechos que asegura la Ley Fundamental.

5. En definitiva, y tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional italiana, es necesario reconocer la existencia de un “núcleo esencial” de derechos de la persona constitucionalmente protegidos, que están constituidos por el derecho a la libertad personal, por el derecho a la vida e integridad física y por el derecho a la intimidad personal, todos éstos con un valor intrínsecamente superior al de otros derechos constitucionales también garantizados.

Por tanto, hacia el reconocimiento definitivo de la existencia de este núcleo debería progresar nuestra construcción jurisprudencial.

Con todo, tampoco se puede descartar la alternativa de incluir en la propia Constitución, quizás encabezando el Capítulo III, una nueva disposición que asegurando la existencia e importancia de dicho núcleo esencial, ayude adicionalmente a dilucidar la controversia en torno a la jerarquía que deba reconocerse entre estos derechos fundamentales.

Persona, Familia y Sociedad

Hugo Rosende Alvarez

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En el último decenio se han introducido diversas reformas a nuestro ordenamiento jurídico que alcanzan a la familia. La variedad de las materias específicas que se modifican y su secuencia en el tiempo impiden tener una visión global acerca del objetivo que persiguen tales enmiendas, motivo por el cual resulta conveniente hacer una revisión retrospectiva de lo acontecido.

A. La familia

1. Un primer paso en el cambio del concepto de familia se produce con motivo de la reforma constitucional del año 1989, que modificó el artículo 5° y derogó el artículo 8° de la Constitución Política de la República.

a) El primitivo artículo 5° decía: "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio".

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

La reforma introdujo un nuevo inciso al artículo 5°, que establece:

"Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.¹

b) En resguardo de la familia el artículo 8° de la Constitución establecía, en lo pertinente, que: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar

¹ Este inciso fue modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, N° 1, de la ley de reforma constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

doctrinas que atenten contra la familia (...), es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República". Y en su inciso 2° decía: "Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales".

Este precepto fue derogado² y paralelamente se modificó el N° 15 del artículo 19 de la Constitución, conforme al cual se garantizó el pluralismo político y el régimen democrático y constitucional, mas no la familia, como lo establecía el antiguo artículo 8°.³

2. De acuerdo con las Bases de la Institucionalidad, en la forma prevista en el texto primitivo de la Constitución, existen –en lo que aquí interesa– dos principios fundamentales amparados en ella: el respeto de la dignidad de la persona humana y el reconocimiento de los grupos intermedios, cuyo principal exponente es la familia. Ambos aparecen recogidos en el artículo 1° de la Carta Política que dice: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (Inciso 1°);⁴ y "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (Inciso 2°)".

3. En la estructura de la Constitución, antes de la reforma del año 1989, el respeto y protección de la familia se configuraba mediante la declaración que: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad" (Artículo 1°, inciso 2°); que "Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta..." (Artículo 1°, inciso 5°); y que "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia (...) es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República"(Artículo 8°, derogado).

Asimismo, en el ámbito de las garantías constitucionales, la Carta Política asegura a todas las personas: "El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia" (Artículo 19, N° 4, inciso

² El artículo 8° fue derogado por el artículo único, N° 2, de la ley de reforma constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

³ El N° 15 del artículo 19 de la Constitución fue modificado por el artículo único, N° 8, de la citada Ley N° 18.825. El inciso 6° del número 15 del artículo 19, establece:

"La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad".

⁴ El inciso 1° del artículo 1° de la Constitución fue modificado como aparece en el texto por la ley de reforma constitucional N° 19.611, de 16 de junio de 1999, reemplazando el texto primitivo que decía: "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

1°); que “los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”. (artículo 19, N° 10, inciso 3°, primera parte);⁵ y que “Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos” (Artículo 19, N° 11, inciso 4°).

4. Los antecedentes de las normas sobre respeto y protección de la familia fueron los siguientes:⁶

a) El 11 de marzo de 1974, la Junta Militar de Gobierno hizo pública la Declaración de Principios del Gobierno de Chile, en la cual se señalan como pilares básicos de la reconstrucción nacional: “La familia, la mujer y la juventud”. En lo tocante a la familia, se puntualiza: “El actual Gobierno considera que toda la tarea antes reseñada ha de encontrar en la familia su más sólido fundamento, como escuela de formación moral, de entrega y generosidad hacia los semejantes y de acendrado amor a la Patria”. Concluye expresando: “En la familia, la mujer se realza en toda la grandeza de su misión, que la convierte en la roca espiritual de la Patria”.

b) Posteriormente, en el documento “Objetivo Nacional de Chile”, de 23 de diciembre de 1975, se explica la Política General, cuyo propósito es de formar una persona y dar vida a una sociedad que puedan cumplir con el Objetivo Nacional de respeto a la familia y a la dignidad de la persona humana. Agrega el documento: “Ello debe lograrse a través de un nuevo sistema político nacional, y a partir de una nueva institucionalidad que dé solidez democrática al Chile del porvenir, teniendo siempre presente que sólo una formación de las nuevas generaciones dentro de los conceptos de amor a Dios, a la patria y a la familia, junto a un acendrado sentido del deber, el esfuerzo personal y la solidaridad social, asegurarán que el nuevo sistema institucional dé frutos de progreso libre y estable para la nación”.

“El nuevo Estado definirá los principios esenciales de su institucionalidad, tendientes a garantizar la dignidad de la persona humana, la sociedad en que ésta debe desarrollarse, y la fidelidad a la tradición o identidad histórico cultural de la patria. Dicha definición constituirá el marco del pluralismo ideológico admisible”.

Por su parte, en el capítulo relativo a la educación se afirma:

“La educación deberá profundizar y transmitir el amor a la patria y a los valores nacionales, el respeto a la vocación libre y trascendente del ser

⁵ La ley N° 19.634, de 2 de octubre de 1999, modificó el número 10 del artículo 19, intercalando como párrafo cuarto, nuevo, el siguiente: “El Estado promoverá la educación parvularia”.

⁶ Enrique Navarro Beltrán, *El divorcio y la dignidad de la persona humana a la luz de la Constitución de 1980*, publicado en las Actas de la “XXVª Jornada Chilena de Derecho Público”, páginas 161 y ss., año 1994, Universidad de Valparaíso.

humano y a los derechos y deberes que de ella se derivan, el aprecio por la familia como célula básica de la sociedad, la adhesión al concepto de la unidad nacional, y la valoración del saber y de la virtud como elementos de progreso del hombre y de la nación”.

c) El Decreto Ley N° 1551, de 11 de septiembre de 1976, que promulgó el Acta Constitucional N° 2, que establece como Bases de la Nueva Institucionalidad lo siguiente:

“Que entre los valores esenciales en que estas bases se sustentan, coincidentes con la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de Chile de 11 de marzo de 1974, cabe destacar:

“Dentro de esta concepción, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es deber del Estado protegerla y propender a su fortalecimiento, como asimismo es deber suyo reconocer a los grupos intermedios entre el hombre y el Estado, conforme el principio de subsidiaridad”.

“La concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad que considera a aquél como un ser dotado de una dignidad espiritual y de una voluntad trascendentes, de las cuales se derivan para la persona derechos naturales anteriores y superiores al Estado, que imponen a éste el deber de estar a su servicio y de promover el bien común”.

Como corolario de lo anterior, el penúltimo inciso del artículo 2° del Acta Constitucional N° 2 dice:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado la protegerá y propenderá a su fortalecimiento”.

d) Finalmente, los postulados antedichos quedaron plasmados en los ya citados artículos 1°, 5°, 8° y 19 N°s 4, 10 y 11 de la Constitución del año 1980.

B. Los tratados

5. Consumada la reforma constitucional del año 1989, y teniendo en cuenta la modificación del artículo 5° de la Constitución, surgió el debate acerca de la forma y manera en que se debía adaptar nuestra legislación interna a lo estatuido en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La discusión se centró, entonces, en si los tratados se imponen a la Constitución y el ordenamiento jurídico interno, por un lado, y por el otro, si pueden incorporarse a nuestro sistema normativo principios o reglas contempladas en las convenciones internacionales cuando éstas alteran las bases de la institucionalidad de nuestro país.

6. En una interesante polémica pública,⁷ los profesores Pablo Rodríguez y Alfredo Etcheberry plantearon sus visiones sobre la fuerza obligatoria de los tratados y su jerarquía frente a la Constitución.

El profesor Rodríguez Grez defendió el hermetismo constitucional y planteó su posición en los siguientes términos: "La Constitución Política de la República conforma el marco en el cual se inserta y desarrolla todo el sistema legal". En consecuencia, "toda disposición con fuerza normativa y poder vinculante... debe ceñirse a la Constitución y adecuar a ella tanto su validez formal como material". De allí que la regla del inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental, que establece: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se consagran en el artículo 19), garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes", no pueda interpretarse en el sentido que lo consignado en los tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre derechos humanos se ha incorporado a la Constitución y que dichos preceptos tienen el mismo valor que aquellos que integran el texto de la Carta Política. Razones de soberanía, jerarquía de las normas y forma de ejercicio de las potestades del Estado hacen inaceptable dicha inteligencia. A ello se agrega lo antijurídico que sería entender que un principio vale por sí mismo, sin relación alguna con las disposiciones que integran el sistema normativo. Tal predicamento significaría desplazarse al campo moral, ideológico o técnico, marginándose del derecho, todo lo cual abona el criterio del hermetismo constitucional.

A su turno, el profesor Etcheberry opinó que las normas jurídicas de validez universal, *jus cogens*, son perentorias y sólo pueden ser cambiadas por la aparición de una nueva norma imperativa distinta, reconocida como tal por la comunidad internacional. Agrega a estos respectos: "Las naciones individuales, por soberanas que sean, no pueden sustraerse a ellas por propia decisión, ni someterlas al tamiz de su derecho interno para darles el visto bueno a fin de que tengan fuerza legal. No respetarlas expondría a la nación infractora al aislamiento y al mecanismo de las sanciones internacionales". En su parecer "tanto las normas imperativas (*jus cogens*) como los tratados prevalecen sobre el derecho interno...".

7. Don Ramón Domínguez Aguila⁸ señala que desde un ángulo formal o

⁷ Véase El Mercurio de Santiago, ediciones de 12 de octubre, 26 de noviembre y 10 de diciembre de 1994; y de 22 de enero, 20 de febrero, 28 de marzo, 11 de abril, 15 de mayo y 31 de mayo de 1995.

⁸ Profesor de las Universidades de Concepción y del Desarrollo, en su artículo *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, publicado en el tomo 93 de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, sección derecho, páginas 107 y ss., plantea las materias indicadas en el texto de esta nota.

técnico, las normas jurídicas forman parte de un orden coherente y jerárquicamente sistematizado, lo cual configura un estado de derecho. Siguiendo a Kelsen, en la cúspide del orden normativo ubica a la Constitución y bajo su subordinación a las demás reglas de grado inferior. Concluye que así se conforma el principio de juridicidad o de legalidad constitucional.

Refiriéndose a la integración de los tratados internacionales como fuente directa de derecho, este autor expresa que los gestores de la reforma constitucional de 1989 quisieron introducir en la Carta Política de 1980 los mismos principios ya admitidos en otros países.⁹ Ellos consisten en entender incorporadas al derecho interno las prescripciones de los tratados internacionales relativos a derechos de la persona, tales como Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, y otros semejantes. Pero agrega este tratadista que esa incorporación plantea un problema de jerarquía de norma: si esos tratados se incorporan, ¿qué rango toman dentro del orden jurídico chileno? ¿Tienen rango meramente legal? ¿Quedan situados entre la Constitución y la ley? O bien, ¿no tendrán incluso rango aun superior al de la propia Constitución?

Las respuestas que ha dado la doctrina son variadas.¹⁰ Por consiguiente, es un tema abierto a la discusión.

⁹ Ibid, página 116, nota 21. En Argentina, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución.

En Francia, el artículo 55 de la Constitución ordena que los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de leyes. Sobre ello, F. Ferraud, *La Convention européenne des droits de l'homme et la cour de cassation française*, en Rev. Inter. de Droit Comparé, 1995, págs. 691 y sgts. La Corte ha resuelto que si hay oposición, prevalece el tratado: Cass. 24 mayo 1975, AJDA, 1975, II, 567, nota Boulouis, y 3 de junio de 1975, Bull. Crim. N° 141. Entre 1980 y 1993 en no menos de 810 sentencias se ha invocado la aplicación de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

¹⁰ El profesor Domínguez dice textualmente: "Sobre ello, entre otros, H. Nogueira A. *Dignidad de la Persona y Derechos Humanos: Constitución, Tratados y Ley de Amnistía*, XXV Jornadas de Derecho Público, t. 2, págs. 51 y sgts. y los autores citados en nota 16 a la pág. 70; Crisólogo Bustos Valderrama, *Naturaleza Jurídica de los Tratados y su Relación Jerárquica con la Ley*, ídem., t. 3, pág. 195, Edeval, Valparaíso, 1994; *Los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno*. Recopilación de J. Mera, F. Cristián Riego y J.E. Varas para Curso sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos para Jueces, 1990; S. Mohor A. y G. Fiamma, *La jerarquía normativa de los tratados internacionales*, en Revista de Derecho Público, N° 55 y 56 (1994); M.A. Fernández, *La reforma del artículo 5 de la Constitución*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 16 (1989), págs. 809 y 115. En cuanto a la jurisprudencia, algunas sentencias han permitido fundar un recurso de protección en la infracción de un tratado, aunque es verdad que en esas situaciones las normas del mismo coinciden o se las hace coincidir con garantías constitucionales. Ejs.: C. Suprema, 19 de marzo de 1992, Rev. de Der. y Jurisp., t. 89, sec. 5ª, pág. 113. Incluso en la sentencia de la C. Suprema, 7 de septiembre de 1993, Rev. de Der. y Jurisp., t. 90, sec. 1ª, pág. 96, se acoge un recurso de queja con fundamentos en la Carta de la ONU y en el Pacto de Costa Rica. En sentencia 10 de julio de 1990, Fallos del Mes 380, N° 7, pág. 353, que confirma a fallo de C. Santiago, 31 de mayo de 1990, se desestima la protección porque el actuar de la administración en el caso ha sido lícito, al poner precisamente en ejecución un acuerdo internacional, con lo que entonces no ha podido

8. En nuestro parecer, si se examinan los tratados, se advertirá en ellos, por una parte, el interés por promover el respeto de todos los derechos y libertades esenciales de la persona humana, y por la otra, se afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, como se pasará a constatar:

a) Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Art. 2.1: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

Art. 7: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

Art. 16: 1. "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

2. "Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio".

3. "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

vulnerarse el derecho de propiedad. Más precisamente, el derecho es afectado; pero no hay acto ilícito, por tratarse del acatamiento a un tratado. En la sentencia de la C. Santiago de 7 de septiembre de 1994, confirmada por la de C. Suprema, de 13 de septiembre de 1994, Fallos del Mes 430, N° 11, pág. 639, se contiene un interesante voto disidente del abogado integrante profesor H. Nogueira, que compartimos plenamente y de acuerdo al cual el tratado se incorpora al derecho interno; pero no como una simple ley, sino con su particular naturaleza de acto múltiple que, por lo mismo, no puede quedar sujeto en su derogación a las normas que rigen la derogación del derecho interno, sino a los procedimientos de denuncia previstos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Sería por lo demás absurdo que un país, luego de suscribir un tratado, pudiera derogarlo o modificarlo por el solo hecho de dictar una ley posterior. No hay en el caso ni siquiera derogación tácita, ya que si los estados son libres o no de ratificar un tratado, una vez efectuada la ratificación quedan ligados por una voluntad que es común a los estados intervinientes y que, por lo mismo, no queda entregada a la voluntad individual de cada uno, ya que lo contrario sería lo mismo que decir que los tratados no obligan seriamente".

Art. 25: 1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

2. "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966) (Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49).

Art. 23: 1. "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

2. "Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello".

3. "El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes".

4. "Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de los derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".

Art. 24: 1. "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

2. "Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre".

"Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

Art. 26: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo,

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969)

Art. 10.3: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquiera otra condición”.

d) Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (Aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969).

Art. 17: 1. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

2. “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

3. “El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”.

4. “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

5. “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

Art. 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Art. 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

e) Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

Art. 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Art. 2: 1. "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

2. "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

9. Del examen efectuado, es posible colegir lo siguiente:

El artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece: "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".

Ello da a entender que la Convención no es autoejecutoria y que, por ende, no existe una incorporación automática de su texto al ordenamiento interno del país. La autoejecutoriedad de los tratados resulta a nuestro parecer inaceptable, porque importaría la abdicación por parte de los órganos del Estado de sus potestades legislativas e incluso constituyentes. Estas ya no serían ejercidas por los órganos que establece la Constitución, sino por los representantes chilenos para suscribir los tratados, siendo de advertir que la aprobación de éstos por el Congreso no está sujeta a la detallada tramitación que tienen las leyes. Es de señalar, además, que en el caso de los tratados, el Parlamento sólo puede aprobarlos o rechazarlos, sin que pueda discutir separadamente su contenido ni introducir modificaciones a su texto.

De allí entonces que sea preciso un examen de constitucionalidad de los proyectos de ley que procuran adecuar nuestra legislación interna a convenciones internacionales de las cuales es parte nuestro país.

b) Los tratados que se recuerdan ponen el énfasis en la igualdad de los niños en razón del nacimiento, para darles la debida protección, y reconocen el matrimonio como fuente de familia. En un tono ambiguo y que carece de precedentes, el Art. 17 N° 5 del Pacto de San José de Costa habla de la igualdad de derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio con los nacidos dentro del mismo. Si se quiere dar coherencia a esta norma en

relación a los demás tratados, debería entenderse como una regla de igualdad entre los hijos legítimos y los legitimados por matrimonio posterior de sus padres.

c) Los intereses entre la persona humana y la familia no entran en conflicto ni se contradicen si se entiende por familia aquella cimentada en el matrimonio.

La unión de un hombre y una mujer por toda la vida tiene la permanencia suficiente para garantizar la sana constitución de la familia, que permita calificarla de célula fundamental de la sociedad. Las uniones de hombres y mujeres que no tengan la calidad de indisolubles, si bien es cierto que pueden constituir una familia de hecho, no tienen la aptitud de conformar una familia ante el derecho, por la carencia de estabilidad y permanencia. Por lo mismo, no tiene la cualidad de transformarse en núcleo esencial de la sociedad. Finalmente, aunque se invoquen motivos de tolerancia o aceptación, no resulta posible admitir como familia a personas del mismo sexo que hagan vida marital, pues esta clase de uniones son contrarias a la naturaleza.¹¹

C. Ideas que subyacen en las reformas legislativas del decenio acerca de la familia y réplica de ellas

10. En nuestro país las reformas han avanzado por dos vías paralelas: la una, centrada en modificar el concepto de familia y el orden familiar, y la otra, que propicia el divorcio vincular como un mecanismo de disolución del matrimonio.

11. Las ideas que subyacen en la modificación de la familia aparecen expresadas por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, quien sostiene:

a) La Constitución considera que tanto la familia legítima como la familia ilegítima constituyen el núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de una y otra. Agrega, además, que no se encuentra en la Carta Fundamental mención alguna al matrimonio, que es la base de la familia legítima.¹²

b) La doctrina civil ha denominado "concubinato" a la unión estable de un hombre y una mujer que comparten una vida común y mantienen relaciones

¹¹ Véase Dr. Clifton Chadwick en *Tolerancia versus Aceptación*, artículo publicado en El Mercurio, en la edición del 3 de noviembre de 1999, página 12.

¹² Gonzalo Figueroa Yáñez, *Persona, pareja y familia*, página 72, Editorial Jurídica de Chile, año 1995.

sexuales. El profesor Figueroa prefiere denominarla “convivencia” y estima que en la actual evolución jurídica chilena, las relaciones de convivencia se encuentran suficientemente institucionalizadas a nivel constitucional, legal y jurisprudencial.¹³

c) El estatuto jurídico de las distintas categorías de hijos (legítimos, naturales y simplemente ilegítimos) estaba vigente cuando se promulgó la actual Constitución Política. A juicio del profesor Figueroa Yáñez, no es de extrañarse que la mencionada legislación haya resultado sobrepasada y entrado en contradicción con las nuevas disposiciones constitucionales. Así sucede, en su opinión, en relación con el Art. 19 N° 2 inc.2° de la Constitución, que dispone que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. A su entender, esa disposición constitucional deroga tácitamente toda la normativa civil preexistente, en tanto dicha normativa contenga “diferencias arbitrarias”. Las diferencias entre las distintas clases de hijos parten de un hecho preciso: si el hijo se generó dentro o fuera del matrimonio de sus padres. Esta distinción le parece arbitraria, frente a la disposición del Art. 19 N° 1 de la Constitución, que declara que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En este caso, explica el profesor Figueroa, la ley discrimina contra los hijos ilegítimos, que no nacen iguales en derechos a los legítimos y esta discriminación es una diferencia arbitraria.

d) Dice el autor: “Nos parece que, para la ley, todas las relaciones entre padres e hijos deben regirse por un mismo estatuto jurídico, y en consecuencia, deben producir los mismos efectos. Esto no significa que deban unificarse los medios para determinar la filiación. En efecto, si los padres se encuentran casados, la paternidad y maternidad pueden determinarse de manera diferente que si ellos no han contraído matrimonio, puesto que en la primera posibilidad el hecho mismo del matrimonio puede convertirse en prueba convincente. En el segundo caso, la determinación de la filiación, especialmente de la paternidad, puede resultar más difícil”.

“Sostenemos que –luego de determinar la filiación por distintos medios– los hijos que son producto de matrimonio y los que no lo son deben recibir un trato igualitario. La denominación misma de “hijos naturales” o de “hijos ilegítimos” debe desaparecer porque es discriminatoria y peyorativa: pensamos que la ley debe denominar simplemente “hijos” a unos y a otros. Este trato igualitario debe complementarse con la posibilidad de una amplia investigación de la paternidad y de la maternidad, pues de nada serviría que la ley suprimiera las discriminaciones entre unos hijos y otros, si negara

¹³ *Ibíd*, pág. 72. En sentido contrario, véase Hernán Corral Talciani, *Constitución, Pareja y Familia*, El Mercurio, viernes 3 de noviembre de 1995, para quien el modelo de familia que la ley propone (no impone) es el de la familia organizada por medio del matrimonio.

a los que nacieron fuera de matrimonio acreditar su verdadera filiación. En esta materia, nos parece que debe aceptarse todo tipo de pruebas, incluso las biológicas”.

“La igualdad de trato que preconizamos -continúa el autor- entre los hijos actualmente llamados legítimos y los que la ley denomina ilegítimos (naturales e ilegítimos propiamente tales) no se fundamenta tan sólo en la letra del Art. 19 N° 2 de la Constitución Política, que rechaza las diferencias arbitrarias. La proposición rebasa con mucho los límites de una interpretación literal del precepto constitucional. En efecto, es toda una concepción de persona la que está en juego en este asunto. Estimamos que cada persona nace revestida de la dignidad de la especie, y goza de la igualdad y libertad consustanciales con su esencia, sin que pueda ser discriminada en razón de su origen (o de su raza, sexo, nacionalidad, profesión, religión o cultura). La discriminación de la ley chilena respecto de los hijos es una discriminación en razón de su origen, esto es, si los padres estaban o no casados al momento de nacer el hijo. La discriminación es aun más aberrante si se considera que éste es un hecho externo al hijo, del que no puede resultar responsable”.

e) Concluye el profesor Figueroa diciendo: “Algunos autores han pensado que el fundamento de esta discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio de sus padres es el deseo del legislador de proteger por esta vía “la institución del matrimonio”. “Nosotros creemos que si se trata de una colisión de diversos intereses jurídicos, deben predominar los principios de dignidad e igualdad entre las personas, la protección a su intimidad y a su honor, e incluso el principio de libre búsqueda de la verdad, a través de la investigación de la paternidad y de la maternidad. Especialmente trascendente parece, en el orden de los principios, el de protección y defensa de todos los niños, cualquiera que sea su origen. Creemos, además, que el valor del matrimonio no se disminuye por el hecho de reconocer derechos igualitarios a la filiación extramatrimonial”.¹⁴

12) Esta corriente de pensamiento encontró acogida en el Poder Ejecutivo durante la discusión de la Ley N° 19.585, en la cual la señora Ministra del Servicio Nacional de la Mujer,¹⁵ “consultada sobre el concepto de familia, aclaró que en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución no quedó claro que ella debía basarse en el matrimonio”. Y agregó: “La Comisión Nacional de la Familia, en la cual participó el Sernam, concluyó que familia es aquel grupo humano ligado por vínculos de parentesco, de

¹⁴ Ibíd, págs.104 a 106.

¹⁵ La intervención de doña Josefina Bilbao Mendezona aparece en el Acta de la Sesión 33ª, del martes 30 de agosto de 1994, página 3.697, publicada en el Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados.

matrimonio o por uniones estables durante un período de tiempo, concepto con el cual está de acuerdo”.

Las opiniones de la señora Ministra son, en nuestro parecer, equivocadas, según lo pasaremos a demostrar:

a) La Constitución Política de la República atiende a la familia basada en el matrimonio, según aparece por vía ejemplar en la Sesión N° 191 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, efectuada el 19 de Marzo de 1976, de la cual se pueden extraer las siguientes afirmaciones de los señores Comisionados: “El señor Evans: “el fundamento legal de la familia es el matrimonio”. El señor Díez: “la legislación sí debe tender a que marido y mujer vivan, con sus hijos”. El señor Ovalle: “la familia puede derivar de un matrimonio o de matrimonios sucesivos”.

b) Don Pedro Lira Urquieta, en su libro “El Código Civil y su época”, pág.63, dice: “El legislador del Código Civil no vaciló en admitir el matrimonio monógamo e indisoluble como la base única de la familia, y por ende, como el fundamento de la sociedad”.

c) Por eso, el Título V de la Ley sobre Registro Civil establece “Medidas que favorecen la Constitución Legal de la Familia”, disponiendo el artículo 51: “Los Oficiales del Registro Civil visitarán su respectiva comuna o sección, en la forma que determine el reglamento, a fin de procurar la celebración del matrimonio del hombre y la mujer que, haciendo vida marital, tengan hijos comunes”.

“Durante su visita, harán las inscripciones de nacimiento que procedan, denunciarán aquellos que no se hubieren inscrito en época oportuna y cuidarán de que esas inscripciones se verifiquen”.

d) La Ley N° 19.335 de 1994, creó la institución de los bienes familiares con el ánimo de amparar la familia fundada en el matrimonio, como lo demuestran los nuevos artículos 141 y siguientes del Código Civil. Curiosamente, para los fines de la Ley N° 19.585, se cambió radicalmente el concepto de familia, ampliándola a aquella formada sin que medie matrimonio entre los padres.

13. Los distintos credos religiosos expresaron su criterio sobre estas materias durante el debate parlamentario de la Ley N° 19.585, y entre ellos, representantes de la Iglesia Católica.

El sacerdote jesuita Tony Mifsud manifestó ante la Comisión del Senado “que el argumento de mantener la actual legislación para defender a la

familia resulta éticamente contradictorio, porque el fin no puede justificar cualquier medio: “no se defiende la familia por medio de la mentira (no reconociendo al hijo como hijo sin adjetivos) y la injusticia (no otorgar a este hijo sus derechos correspondientes), sino mediante la fidelidad (teniendo al hijo dentro del matrimonio). En el fondo, el fin de proteger la familia mediante la institución del matrimonio no puede lesionar los derechos y dañar el buen nombre del hijo inocente”. Terminaba preguntándose el Padre Mifsud: “¿Cómo es posible proteger a la familia (fin) a costa de hijos inocentes (medio)?”.¹⁶

El Obispo de San Bernardo, Monseñor Orozimbo Fuenzalida, en carta de 2 de junio de 1998,¹⁷ manifestó:

“Todo el país –creo sin excepción– reconoce la necesidad de legislar con el fin de terminar injustas discriminaciones que quizá en otro tiempo no chocaban, pero que hoy gracias a la mayor sensibilidad que existe sobre temas que pueden afectar la dignidad humana, se estiman insostenibles. La distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, contenida en nuestra legislación civil, es uno de aquellos aspectos que hoy muchas personas consideran necesario modificar, porque crea odiosas diferencias. En tal sentido pienso que la iniciativa que el Poder Ejecutivo ha tenido al promover la dictación de esta ley es positiva y va en el camino de una mayor justicia entre los chilenos, especialmente respecto de aquellos que puedan sentirse injustamente discriminados”.

“Sin embargo, me parece que el establecimiento en la ley de un régimen de filiación es una decisión que no puede adoptarse sin tener en cuenta el tipo de familia considerado como propio de un país y que recibimos como herencia de nuestra historia y de la cultura cristiana de la que formamos parte. Desde siempre la perpetuación de la especie humana se ha considerado que es una misión que corresponde efectuar al interior de la familia legalmente constituida y por ello el ordenamiento jurídico que valora un tipo de familia fundado en el matrimonio y no en otra clase de uniones, vinculó a ese modelo la filiación, regulando la misma de modo diverso según que una persona viniera a la vida dentro o fuera del matrimonio. En tal sentido, la distinción entre los hijos viene exigida por la misma existencia o no de un vínculo matrimonial entre los padres y no resulta posible hacer desaparecer tal distinción por un simple artificio legal, sin fundamentos en la realidad de lo que las cosas son”.

“Como se ha señalado, aun cuando se cambie la denominación jurídica de

¹⁶ Boletín del Senado, sesión 24ª, martes 14 de enero de 1997, página 2749; sesión 17, martes 4 de agosto de 1998, página 1614; y sesión 12ª, anexo de documentos, página 1593.

¹⁷ Sesión 17ª del Senado, del martes 4 de agosto de 1998, Diario de Sesiones del Senado.

los hijos, nunca podrá ser igual nacer dentro del matrimonio que fuera. En este sentido, **el proyecto, me parece, abandona una tradición jurídica asentada y provocará una grave crisis moral al desincentivar el matrimonio legal. Por ello, pienso que era muy adecuado el intento de introducir una distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, que, por desgracia, no ha prosperado**".

"En efecto, tal como será aprobada esta ley, provocará trastornos muy serios en la certeza con que nuestra legislación afirma la validez del vínculo matrimonial y de la familia que nace del mismo, como un elemento esencial de nuestra vida social. Como pastor, puesto por Dios para llevar a los hombres por el camino del bien moral, creo que dicha ley no contribuirá a reafirmar esos valores. Por el contrario, introducirá inseguridades morales y jurídicas que podrían haberse evitado y que afectarán, sobre todo, a quienes no han tenido acceso a la cultura y a una adecuada formación moral. En este sentido, los parlamentarios que han dado su aprobación a este proyecto se harán responsables ante la historia de los males que para la constitución de la familia se seguirán de la aprobación de esta ley".

"No es mi objeto entrar en análisis jurídicos que no son de mi competencia y que no van al punto central de las preocupaciones de la Iglesia. Creo que en toda la discusión de la ley, tanto a nivel parlamentario como de opinión pública, se han introducido razonamientos que más han mirado aspectos sentimentales, de por sí importantes, pero no únicos, que razones verdaderas y de fondo para defender los postulados del proyecto de ley."

"Para cualquier persona razonable no se puede esconder que desde ciertos ambientes ideológicos se ha pretendido con esta ley afirmar un concepto de familia diverso al que constituye nuestra tradición ética y –según conocidos constitucionalistas– distante de la concepción de familia afirmada en la Carta Fundamental".

"Como señalé en un artículo publicado en El Mercurio, aquí ha existido silencio, un silencio cómplice de un cambio ideológico que se pretende introducir en nuestras concepciones. No soy un jurista y no me corresponde dar explicaciones de ese tipo, pero las relaciones jurídicas para que sean justas deben estar fundadas en los valores verdaderos y en la justicia para con unos y otros. Si no, no habrá paz en Chile, porque no la habrá en la familia. Y no la habrá en las familias por los ideologismos de algunos, que intentan imponernos desde posiciones de poder otros valores culturales y morales muy distintos a los que han formado la nación chilena".

"El punto moral que plantea esta ley es de difícil solución, pues se trata de conjugar adecuadamente el término de una distinción que se estima odiosa

con la necesidad de que dicho proceder no reste fuerza a la familia fundada en el matrimonio. Sin excepción, en la discusión parlamentaria que ha tenido lugar se señala que con esta legislación en nada se pretende modificar las bases de una concepción de familia fundada en el vínculo legal”.

“Desde un punto de vista ético, en el juego de dichos valores no es suficiente afirmar que siendo la dignidad del hijo superior al bien del matrimonio, un cambio legal que mejore y respete esa dignidad puede hacerse, sin más, aun cuando tengamos certeza de que provocará un mal cierto en la constitución de la familia. Se trata de una postura simplista y no exenta de error”.

“Dicha opinión, que consta en las actas de la Cámara de Diputados y del Senado como sostenida por el sacerdote **Tony Mifsud s.j.**, que acudió a las respectivas comisiones enviado por la Conferencia Episcopal, **fue dada a título personal**, según se señala en ellas, y no representa mi pensamiento ni el de una mayoría importante de mis hermanos en el Episcopado. Esta circunstancia la hice presente en una carta a El Mercurio, en marzo de 1997, sin que nadie en el Senado se haya preocupado de pedir una opinión autorizada de los Obispos de Chile en esta materia. Por el contrario, he sabido que en diversos foros y lugares, algunos senadores han dicho que la opinión de la Iglesia es la de este sacerdote. Quiero dejar muy claro que ella no me representa, por ser, como han señalado varios pastores –entre ellos Monseñor Antonio Moreno, Arzobispo de Concepción, Monseñor Bernardo Cazzaro, Arzobispo de Puerto Montt– contraria al pensamiento de muchos pastores de la Iglesia”.

“Asimismo, se ha afirmado que no es posible que para mantener la institución matrimonial fundada en el vínculo legal, se establezcan en la ley distinciones que afectan la dignidad del hijo, mediante la diferenciación entre legítimos e ilegítimos. Todos compartimos la afirmación de que el fin no justifica los medios. No se puede defender la familia legalmente constituida a costa de la dignidad y derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se ha señalado. Se trataría de un medio ilícito e inhumano para su defensa. **Lo que subyace en esta afirmación es una falsa disyuntiva: la oposición entre la “persona” y la “institución”. Parecería que la defensa de la “institución” se hiciera a costa de la “persona”. La incomprensión de esta relación recíproca es grave. La institución no es algo que se añade ‘desde fuera’ a la comunión de personas que integran la familia, sino que se trata más bien de una institucionalización del amor conyugal y filial en su dinamismo inmanente. De ahí que la defensa del matrimonio y de la familia tenga por fin el bien de las personas que lo constituyen, y no al revés. Los hijos, como personas que son, tienen el derecho a nacer de un matrimonio y crecer en una familia estable, como lo ha recordado recientemente la Conferencia Episcopal**

(*La Iglesia Católica y la ley de filiación*, n. 5, 30 de junio de 1998). Esa garantía se la debe dar y asegurar el legislador a través de la defensa del matrimonio y la familia. No hacerlo sería una discriminación. Lo que sería ilícito e inmoral es, pues, destruir o impedir aquello a que los hijos tienen derecho. La adecuada jerarquía de valores exige que la defensa del "fin" de la persona pase por el fortalecimiento del matrimonio y de la familia como "medio". Me parecen luminosas en este sentido unas palabras del Papa Juan Pablo II: "La familia como institución ¿qué espera de la sociedad? Ante todo, que sea reconocida en su identidad y aceptada en su naturaleza de sujeto social. Esta va unida a la identidad propia del matrimonio y de la familia. El matrimonio, que es la base de la institución familiar, está formado por la alianza "por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de los hijos". Sólo una unión así puede ser reconocida y confirmada como "matrimonio" en la sociedad. En cambio no lo pueden ser otras uniones interpersonales que no responden a las condiciones recordadas antes, a pesar de que hoy día se difunden, precisamente sobre este punto, corrientes bastante peligrosas para el futuro de la familia y de la misma sociedad" (**Juan Pablo II, Carta a las Familias, 1994, Año de la Familia, n.17**).

"Por otra parte, el intentar probar que el legislador civil quiso amparar el matrimonio legal mediante la distinción entre los hijos, es cuestión que no resiste un análisis lógico, pues lo que el legislador ampara con la distinción es el simple hecho de que por su misma naturaleza existe una realidad diversa entre un hijo que nace en un matrimonio legítimo y los que nacen en otro tipo de uniones. Todos merecen vivir dignamente, pero distinguir entre unos y otros no es discriminación: es solamente atenerse a la realidad. No hay discriminación, por ejemplo, en la diferencia existente entre un hijo matrimonial y otro adoptado: la diferencia la exige la distinta realidad de uno y otro. **La verdad no es discriminatoria. La justicia exige dar a cada uno lo suyo, y "lo suyo" en este caso viene establecido por la misma naturaleza y no de manera artificiosa.** El mismo Tribunal Constitucional chileno ha señalado que "el principio de igualdad significa que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes", y resulta evidente que existe una desigualdad entre el hijo que nace dentro de un matrimonio legal y el que nace fuera de esa relación, desigualdad que por ser antecedente, no puede la ley hacer desaparecer".

"Resulta, por el contrario, muy peligroso el desincentivo que se dará con este proyecto de ley al matrimonio, pues éste ya no sería el camino normal para la procreación responsable y humana, a la altura de la dignidad de los hijos. De ahí el convencimiento de la Iglesia de que la defensa de la dignidad

humana pasa primariamente por el fortalecimiento del matrimonio y la familia. El proyecto de ley al ordenar la filiación sólo en base a la realidad biológica reduce a un mínimo las exigencias éticas y jurídicas exacerbando con ello injusticias que ya existen y promoviendo otras nuevas. Se requiere, por tanto, perfeccionar el análisis legislativo de este proyecto para que se atenga al rigor jurídico y moral que Chile espera”.

“La Iglesia ha defendido siempre la igualdad radical de todas las personas, oponiéndose así a las diversas inercias históricas, enseñando que cualquier discriminación es aberrante y eliminando de sus normas tales distinciones. A modo de ejemplo, la legislación canónica (1983) ha mantenido la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. Así, “Son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo” (canon 1137 del Código de Derecho Canónico). Sin embargo, tal distinción no tiene efectos sobre los derechos y deberes de los fieles cristianos en la Iglesia. La historia de la humanidad no puede sino confirmar que la Iglesia ha sido siempre pionera en la defensa de la dignidad de todas las personas, y de la intangibilidad de sus derechos. Hay, pues, una igualdad esencial entre los hijos legítimos e ilegítimos en cuanto a su dignidad personal, en su condición de ciudadanos, y de miembros de la Iglesia, como la hay, por ejemplo, entre hombres y mujeres. Sin embargo, dicha igualdad esencial no debe confundirse con la diversidad accidental de cada uno de ellos en la situación familiar concreta que les ha tocado vivir. Igualar lo diferente es injusto. A cada uno de ellos hay que darle lo que corresponda, de manera que se consiga una verdadera igualdad en la diversidad. El solo hecho de no existir matrimonio entre sus padres es ya una diferenciación; es el hecho que se impone al Derecho, y que éste no puede desconocer sin desconocer a la vez el matrimonio”.

“No se puede hacer responsables a los hijos de la moral sexual de los padres, haciéndolos caer sobre ellos el estigma de la ilegitimidad, ha sido otro de los argumentos que se han dado. Efectivamente, la responsabilidad de los padres debe ser, al respecto, total. La moral cristiana siempre lo ha enseñado así: los pecados y las virtudes son personales, y de ello habrá que dar cuenta estrecha. El legislador debe ser por ello muy acucioso al momento de exigir a dichos padres que reconozcan en sus hijos su propia paternidad, con todos los derechos inherentes: patria potestad, alimentos, herencia. Una filiación con paternidad desconocida es atentatoria a la dignidad humana. Los padres deben, por tanto, reconocer el status pleno que estos hijos tienen, y, a la vez, deben ser conscientes, por la fuerza de los hechos y circunstancias, que el status familiar de un hijo traído a la vida fuera del matrimonio es diferente. Querer igualarlos arbitrariamente es atentatorio contra los hijos matrimoniales: es imponer sobre los hijos legítimos la injusticia de sus irresponsabilidades, produciendo luego entre

todos ellos una tensión ficticia. Cabe aplicar aquí aquella sentencia lógica: **“distinguir sin separar, unir sin confundir”**. Desde una perspectiva sociológica, una legislación que simplemente elimina estos elementos, haciendo desaparecer todo tipo de sanción moral al respecto, es un llamado a no asumir las responsabilidades. Más aún, considerando que en el ámbito de la moral sexual venimos sufriendo una confusión de ideas no pequeña, una legislación como la que se está a punto de aprobar, será, sin duda, un nuevo elemento para aumentar dicha promiscuidad. Creo que en una materia tan delicada como ésta, no se puede olvidar **el valor pedagógico, orientativo, que por su propia naturaleza debe tener toda ley, especialmente entre las personas con menos cultura, que identifican el bien moral con lo que manda o permite la ley.**”

“Otro argumento señalado para aprobar la legislación en trámite es aquel que se funda en las estadísticas. Se preguntan sus promotores si acaso en el actual régimen filiativo cerca del 40% de los hijos nace fuera del matrimonio: ¿No será acaso un indicio de que la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos es inútil, ya que no es un incentivo a favor de la familia legalmente constituida a través del matrimonio? Me parece que se trata de un análisis positivista y funcionalista, en una materia donde no se puede razonar y legislar sólo en base a los datos estadísticos, no pocas veces mañosamente adulterados o manipulados. **Este argumento no se pregunta sobre lo que las cosas son en sí mismas, sino a lo sumo cómo funcionan.** Se confunde así entre la estructura intrínseca de una realidad –en este caso la familia fundada en el matrimonio–, y su falencia funcional, coyuntural. La ley no puede limitarse a “fotografiar” la realidad tal cual se da; sino encauzarla pedagógicamente a lo que debe ser, tras la defensa del derecho de los hijos a nacer en una familia estable, producto de un matrimonio indisoluble”.

D. Las reformas legislativas

14. En el último decenio se han dictado diversas leyes que inciden en la familia y en el orden familiar, las que se pasarán a enumerar a continuación:

a) La despenalización del adulterio, por el artículo 34 de la Ley N° 19.335, de 1994;

b) Los efectos unitarios de la filiación matrimonial y no matrimonial, según la Ley N° 19.585, de 1998;

c) La filiación de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, de acuerdo con el artículo 182 de la Ley N° 19.585 de 1995, sin que previamente se dictase una ley de protección del genoma humano;

d) La despenalización de la sodomía de los mayores de 18 años, conforme lo establece la Ley N° 19.617, de 1999, que modificó el artículo 365 del Código Penal;¹⁸

e) La despenalización de las relaciones incestuosas entre parientes por afinidad, según la Ley N° 19.617, de 1999, que modificó el artículo 364 del Código Penal y lo reemplazó por el nuevo artículo 375 del mismo cuerpo legal;¹⁹

f) Desde la óptica procesal de las acciones penales, la Ley N° 19.617, de 1999, produjo un mejoramiento en la persecución del delito de estupro, pero desmejoró la calidad de las acciones para perseguir el acceso carnal sodomítico o lésbico a menores de 18 años, así como las acciones abusivas a menores y la pornografía.

El profesor Mario Rojas Sepúlveda en su clase de 27 de octubre de 1999, en el Seminario sobre Delitos Sexuales ya citado, en notas de este texto, presentó el siguiente cuadro comparativo:

Estatuto antiguo	Estatuto nuevo
- Acción penal pública: * Incesto; * Sodomía; * Abusos deshonestos; * Delitos relacionados con la prostitución; y * Violación o sodomía con resultado de muerte.	Acción penal pública: * Incesto; * Delitos relacionados con la prostitución; y * Violación con homicidio.
- Acción penal mixta: * Violación; y * Rapto	Acción penal mixta: * Violación; * Estupro; * Acceso carnal sodomítico o lésbico a menores de 18 años de edad; y * Acciones abusivas a menores y pornografía.
- Acción penal privada: * Estupro	

¹⁸ El profesor Luis Bates Hidalgo, en su exposición en el Seminario sobre Delitos Sexuales, efectuada el lunes 25 de octubre de 1999, en la Universidad del Desarrollo, hizo ver que al discutirse y aprobarse la despenalización de la sodomía de los mayores de 18 años, llegó al Parlamento una comunicación de Naciones Unidas en la que representaba que el delito de sodomía importa una forma de discriminación.

¹⁹ El profesor Hugo Rivera Villalobos, en su charla del martes 26 de octubre de 1999, en el mismo Seminario, comentó que el profesor Juan Bustos se manifiesta partidario de despenalizar el delito de relaciones incestuosas entre parientes por consanguinidad, criterio que el expositor dijo no compartir.

g) La Ley N° 19.585, de 1998, da menos seguridad a la madre para tener bajo su cuidado a sus hijos. Así resulta de la modificación introducida al artículo 223 (antiguo) y su reemplazo por el nuevo artículo 225.

Código Civil (texto antiguo)	Código Civil (texto nuevo)
Art. 223. A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos, cuando por su depravación sea de temer que se perviertan. En estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, se confiará el cuidado personal de los hijos al padre. La circunstancia de haber sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio, deberá ser considerada por el juez como un antecedente de importancia al resolver sobre su inhabilidad. Lo dicho en este inciso se aplicará, en su caso, al padre.	Art. 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

15. De la relación efectuada, parece evidente que las despenalizaciones del adulterio, de la sodomía de los mayores de 18 años de edad y de las relaciones incestuosas entre parientes por afinidad, debilitan el sano orden de la familia.

E. Proyectos legislativos en estudio en el Congreso Nacional

Existen en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto sobre divorcio vincular, patrocinado por doña Mariana Aylwin y don Ignacio Walker, y otro, referido a la fertilización asistida.

F. Debate político

Se escuchan voces proclives a la despenalización del aborto –en especial, del denominado aborto terapéutico– y no está lejano el día en que se discuta sobre el derecho a la eutanasia.

Conclusiones:

1. La despenalización del adulterio, contenida en el artículo 34 de la Ley N° 19.335, que derogó los artículos 375 al 381 del Código Penal, significó dejar sin sanción criminal este grave atentado al orden de la familia.²⁰

2. La igualdad de los efectos de la filiación matrimonial y no matrimonial reconoce de manera indirecta el concubinato y las uniones de hecho como fuentes de la familia, en circunstancia que el artículo 1° de la Constitución Política de Chile no tiene esa amplitud.

La Ley N° 19.585 se acerca así y amplía la extensión de las ideas del tratadista puertorriqueño don Pedro Silva Ruiz, quien señala: “Mi propuesta de que se reconozca legislativamente el concubinato, asignándosele los efectos que oportunamente podamos discutir, se sostiene en los argumentos siguientes: a) El concubinato no es una relación ilegal, mientras que el queridato lo es, ya que una de las partes está casada. b) Aunque seguiría reconociendo al matrimonio como una de las bases de donde surge la familia, no suscribiría la frase de que “sin matrimonio no hay familia”. c) La falta de reconocimiento legal del concubinato tiene la consecuencia de que en Puerto Rico muchas personas no puedan participar en los programas federales que conceden ayuda económica y en los cuales se requiere la existencia de un matrimonio. d) El concubinato es una alternativa

²⁰ Don Pablo Rodríguez Grez en *Debate Responsable*, El Mercurio de 28 de marzo de 1994, dice que las leyes que sancionan el adulterio no pasan de ser una especie de “amenaza” latente que carece de todo sentido práctico o eficacia.

cultural al matrimonio. El matrimonio se escinde en dos alternativas culturalmente permisibles. Aun cuando el matrimonio legal es, en términos generales, el preferible, no alcanza tal grado de preferencia sobre la unión consensual hasta el extremo de inducir a todo el mundo a aceptar esa fórmula. Existen ambos patrones a la vez, y aun cuando todo el mundo, de labios afuera, rinde culto a la superioridad de uno de los enlaces, aproximadamente una cuarta parte de la población casada practica el otro" (Citado por Leslie Tomasello Hart, *Estudios de derecho privado*, p.p.266 y 277).

Hay una aproximación a:

El Código de Familia de Cuba, de 1975, sobre "Matrimonio no formalizado" dispone:

Art. 18: "La existencia de una unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por el tribunal competente. Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular, porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales a favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión".

Art. 19: "La formalización o el reconocimiento del matrimonio entre el hombre y la mujer unidos en la forma señalada en el artículo que antecede, retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la unión, de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta".

Art. 20: "La ejecutoria recaída en el proceso sobre existencia de la unión matrimonial en el libro de la sección correspondiente".

El Código de la Familia de Bolivia, contenido en el Decreto Ley N° 10.426, de 23 de agosto de 1972, entró en vigencia el 26 de agosto de 1977 y establece en el Título V, Capítulo único, la unión libre o de hecho. El artículo 158 dice: "Se entiende haber unión conyugal libre o de hecho cuando el varón y la mujer voluntariamente constituyen hogar y hacen vida en común en forma estable y singular, con la concurrencia de los requisitos establecidos por los artículos 44 y 46 al 50". Estos últimos preceptos establecen las exigencias para contraer matrimonio. Y el artículo 159 prescribe: "Las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compa-

tible con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación”.

La profesora María Dora Martinic Galetovic²¹ explica que en Bolivia el porcentaje de población indígena alcanza aproximadamente a un 60%, la cual se encuentra ancestralmente arraigada a la práctica del sirvinacu o tantanacu, que configuran relaciones prematrimoniales, consistentes en que la mujer va a vivir a la casa del varón por uno o dos años para determinar “si se avienen”. Si es así, continúan conviviendo o contraen matrimonio... La solución constitucional y legislativa que se ha dado en ese país está basada pues en una realidad distinta a la nuestra y es una manera -como dice la profesora Martinic- de integrar efectivamente a las comunidades indígenas a las normas que reglan las relaciones de familia -y agregamos- sin hacerlo coactivamente ni desconociendo la convivencia colectiva de estos grupos sociales.

No debe extrañar, entonces, que el artículo 131 de la Constitución Política del Estado de Bolivia, de 24 de noviembre de 1945, disponga: “Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con el solo transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer matrimonio”; y que el Art. 195 de esa Carta diga: “Todos los hijos sin distinción de origen tienen los mismos derechos y obligaciones frente a sus padres”.

En el Perú, el índice de población indígena asciende a más del 50% de los habitantes. La legislación peruana ha buscado también la solución al problema de las uniones conyugales libres o de hecho.

La Constitución Política de 1979, en el Capítulo II, “De la Familia”, señalaba en su artículo 9º: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

El inciso 2º del artículo 6º de la misma Carta decía: “Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.

Hay que advertir que dicho Cuerpo Constitucional fue reemplazado el año

²¹ *El concubinato y figuras afines: un caso de marginalidad jurídica*, en *Familia y Personas*, Coordinación Enrique Barros B. Ed. Jurídica, 1991, págs. 67 y ss.

1993, quedando la norma del artículo 9° en el actual artículo 5°, manteniendo su numeración el artículo 6°, modificándose el nombre del Capítulo II, que se denomina ahora "De los Derechos Sociales y Económicos".

El **Código Civil peruano** (1984) señala en su artículo 326 que "La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba por escrito. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le corresponden de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido".

O con las Constituciones de:

El Salvador, que establece:

"El Estado fomentará el matrimonio, pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia".

"La ley... regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y de una mujer".

Por su parte, la carta fundamental de **Haití** prescribe:

"El Estado debe igual protección a todas las familias, sea que se hayan constituido o no por los vínculos del matrimonio".

En igual sentido, la ley fundamental de **Nicaragua** expresa:

"El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y de la mujer; podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia".

Finalmente, la Constitución de **Colombia** afirma:

"La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla".

La cercanía del Proyecto de la Ley N° 19.585 a las legislaciones recién citadas revela la reactualización del proyecto de ley que sobre la materia elaborara el Ministerio de Justicia a fines de 1972 y principios de 1973. El artículo 1° de ese proyecto expresaba: "Todos los hijos son iguales ante la ley, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio". Se prohibía, asimismo, toda discriminación por causa de filiación. El artículo 12 legalizaba la convivencia de un hombre y una mujer que hubieren cohabitado durante dos o más años, sin estar casados entre sí, presumiéndose que el hijo concebido durante esa convivencia tiene por padre al conviviente. Se inspiraba "en la circunstancia de que los hijos no tienen por qué cargar con la ilegitimidad de las relaciones de sus progenitores ni tienen por qué estar en desventaja con los concebidos en matrimonio".

Su objetivo era "la formación de una nueva moral inspirada en valores solidarios y de justicia social, dejando para siempre el individualismo que ha inspirado la mayor parte de la legislación civil".

3. La filiación tecnológica o legal contemplada en el artículo 182 de la Ley N° 19.585 permite la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida sin velar por el Estatuto Jurídico del Embrión ni regular el origen, uso, conservación y disposición de los gametos masculinos y femeninos²²

4. La despenalización de la sodomía entre mayores de 18 años de edad²³ y de las relaciones incestuosas entre parientes por afinidad,²⁴ ciertamente desprotege el buen orden de las familias.

5. El proyecto sobre divorcio vincular, en actual tramitación en el Congreso Nacional, revela que –consciente o inconscientemente– se pretende rebajar el vínculo conyugal a una unión eminentemente precaria y como tal incapaz de dar estabilidad y permanencia a la familia.

6. Los intentos por despenalizar el aborto y la eutanasia son indicios de la denominada cultura de la muerte, que, al prescindir de una dimensión espiritual trascendente de las personas, trata a la vida como un producto desechable.

7. En momentos históricos en que el matrimonio y la familia son objeto de

²² Rafael Vicuña en *Fronteras Inquietantes*, artículo publicado en El Mercurio, E-20, domingo 12 de Septiembre de 1999, explica los riesgos de la experimentación con células de embriones humanos y expresa su preocupación de que buena cantidad de los experimentos reducen la vida humana a una categoría de bien transable.

²³ El N° 10 del Art. 1° de la Ley N° 19.617, de 1999, reemplazó el artículo 365 del Código Penal.

²⁴ El N° 9 del Art. 1° de la ley N° 19.617, de 1999, derogó el artículo 364 del Código Penal y fijó un nuevo texto al artículo 375 del mismo Código.

muchas fuerzas que tratan de destruirlos o deformarlos,²⁵ se siente de manera más viva y acuciante la necesidad de robustecerlos, asegurando su plena vitalidad, así como su promoción humana y espiritual, enraizada en nuestra tradición, principios y valores de la cultura cristiana occidental y no en corrientes de pensamientos ajenas a nuestra idiosincrasia y que afectan al bien común de la sociedad.²⁶

²⁵ Enrique Barros Bourie, en *Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación*, publicadas en el *Nuevo Estatuto de la Filiación en el Código Civil Chileno*, página 43, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dice: "Con razón un autor, refiriéndose a esta evolución del derecho comparado, se ha preguntado recientemente si está en presencia de una despedida del matrimonio burgués" (Hans-Martin Pawlowski, Abschied von der "Bürgerlichen Ehe"?, en *Juristenzeitung*, pp. 1032 ss. (1998).

²⁶ Parecen oportunas las palabras del profesor Pablo Rodríguez, escritas en su artículo *Debate Responsable*, El Mercurio de 28 de marzo de 1994: "las reformas que con más fuerza han arraigado entre nosotros son aquellas que no han trastocado totalmente los principios jurídicos que inspiran las instituciones vigentes, sino aquellas que prudentemente se han cimentado en los pilares de aquellas que se modifican y modernizan. Las demás reformas han sido efímeras o sus resultados han sido perniciosos".

La verdadera tercera vía

Hugo Tagle Martínez

Profesor Titular de Ética
y de Filosofía del Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Ultimamente en Europa y en nuestro país se habla de una tercera vía –que es una doctrina– para resolver problemas económicos, principalmente, que nos afectan. Por este artículo pretendo participar en el debate, con el propósito, según lo deseo, de aclarar y corregir algunas ideas que me parecen algo obscuras y erróneas.

A lo largo de la historia de occidente –entendiendo por éste el territorio y los hombres que lo habitan, de los montes Urales al Atlántico y de las islas británicas al sur de Europa y por accesión a ésta, el territorio de América y sus habitantes–, existieron dos doctrinas sociales y políticas extremas y contrapuestas que se refieren al hombre y a la sociedad y a sus relaciones recíprocas, por consiguiente a sus deberes y derechos respectivos, que son, la primera, la individualista, particularista, más conocida como liberal, y la segunda, totalitaria, estatista, más conocida como socialista.

Desde fines del siglo XIX y comienzos del XX, por obra inicialmente de la Iglesia Católica, a través de la doctrina pontificia, expresada en encíclicas, principalmente, surge la doctrina subsidiaria, y después de la Segunda Guerra Mundial –conflicto más precisamente del hemisferio norte, aun cuando todo el mundo sufrió sus efectos– nació en Europa, por la acción de economistas alemanes, italianos y franceses, mayoritariamente (quienes fundan la Sociedad Mont Pelerin, con sede en la pequeña ciudad del mismo nombre, ubicada en Suiza), la doctrina que se ha llamado economía social de mercado, inspirada en las enseñanzas del magisterio pontificio.

Así también, en sede liberal, como en la socialista, y en ésta después del derrumbe de los socialismos llamados reales –léase Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y sus países satélites, incluida China continental–, ha surgido el neoliberalismo, modificación del liberalismo primero, que es, por tanto, primera vía modificada, y un socialismo llamado en nuestro país renovado y que en Alemania, Francia y Gran Bretaña lo han denominado, erróneamente, tercera vía, para indicar que no es el socialismo primero,

sino que otro parcialmente distinto, y por consiguiente no es tercera vía, sino que segunda modificada con respecto a la original, pues ambas se basan en el liberalismo y en el socialismo, respectivamente.

Así, entonces, en las relaciones entre el hombre y la sociedad o autoridad, sean éstas las que existan entre los hijos con sus padres, o entre los particulares y la autoridad civil, en su nivel máximo –hasta ahora–, que es la sociedad civil llamada Estado, existen tres doctrinas o vías para procurar el bien común, que son la liberal, recientemente neoliberal, la socialista, contemporáneamente socialista renovada, y la subsidiaria, que se llama economía social de mercado, que históricamente surge antes que las dos anteriores, como doctrina y como aplicación de la misma y que no tiene como fuentes a ninguna de las dos anteriores, sino que a una concepción del hombre y de la sociedad que hunde sus raíces en el Nuevo Testamento y en la filosofía realista o aristotélico-tomista.

I. LAS DOS PRIMERAS VIAS.

1. Las dos primeras vías, según la cronología, son la liberal seguida por la socialista, y no obstante que ambas existen –claramente identificables– desde el siglo V-IV a.C. –piénsese en Platón y Aristóteles, socialista el primero, liberal el segundo–, iniciamos la presentación de ambas doctrinas a partir del comienzo de la edad moderna, esto es, del siglo XVI, en el cual y hasta principios del XVIII se aplica la doctrina mercantilista, que de socialista tiene el dirigismo económico, al cual mercantilismo dejamos de lado, para comenzar con la doctrina que lo reemplazó, que fue inicial y germinalmente el fisiocratismo, que surge en Francia, el que tiene su culminación doctrinaria en el liberalismo, que nace en Gran Bretaña por obra de Adam Smith y su libro *El origen de la riqueza de las naciones*, publicado en el año 1776.

A esta primera vía liberal la sucederá –sin que desaparezca en el afecto de muchos hombres– la segunda, que es la socialista, encarnada y fundamentada por quien es el más importante, aunque no el primero, de sus defensores, Carlos Marx y su opúsculo *El manifiesto comunista*, publicado en 1848, como también su obra económica más importante, inconclusa, que es *El capital*, publicada por parcialidades en 1867, 1885 y 1894, los dos últimos volúmenes ya muerto su autor.

El liberalismo económico se aplicó universalmente desde el último tercio del siglo XVII hasta mediados del siglo XX; el socialismo sólo en Rusia a partir del momento en que se convierte en Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, desde 1918, y después de la guerra de 1939-1945 en los países que pasan a ser satélites de aquélla y de modo progresivo, aunque no

total, en todos los países del mundo occidental, hasta el colapso de la Unión Soviética y de los regímenes comunistas, iniciado en 1989. Lo dicho en líneas generales.

2. Una necesaria precisión terminológica.

De los términos usados –individualismo, particularismo, liberalismo, socialismo, totalitarismo, estatismo–, sólo el de liberalismo requiere una aclaración, pues como las palabras tienen historia, esto es, cambios en su significación, ello puede ocurrir y efectivamente ha sucedido con el vocablo liberal.

En su origen el término liberal –que procede de libertad– señala a la persona que defiende su autonomía respecto de toda autoridad, pero ahora último, en EE. UU. de Norteamérica, que tanta influencia tiene en nuestro país y en todo el mundo, al vocablo liberal se lo asimila, en el orden económico y moral, a ideas socialistas o al menos dirigistas, obviamente del Estado; así también sucede en nuestro país, en el que existe –al parecer con mínima importancia– un partido político liberal que apoya a un candidato de ideas socialistas. Lo dicho, que es contradictorio en los términos, pues liberalismo y socialismo lo son, es, a mi juicio, una expresión más de la confusión intelectual que afecta a muchos en nuestro tiempo.

Los otros dos términos cuyo sentido es necesario precisar son los de economía social de mercado y sociedad de mercado, que ahora último ha surgido en sede socialista. El primero señala, a mi juicio, que sólo los bienes materiales quedan entregados al mercado, esto es, al criterio de oferentes y demandantes de ellos, quienes actúan de acuerdo a las preferencias que tengan y al dinero que posean para concurrir a él, respectivamente. El segundo –término novísimo– hay que entenderlo como aquella doctrina que estima que toda la sociedad –no sólo en su aspecto económico, que es parte de ella– debe regirse por el mercado, esto es, además de los bienes materiales, los bienes humanos y culturales.

3. Ambitos de aplicación.

Como es de conocimiento común, el ámbito de aplicación del liberalismo y del socialismo no es el mismo, al menos de modo directo o con proposiciones determinadas. En este ámbito distinguimos al hombre y a la sociedad y materias naturales y religiosas.

El liberalismo verdadero u original no se preocupa de formar un hombre nuevo, pues estima que dejándolo en libertad surgirá naturalmente el mejor

tipo humano; con respecto a las instituciones sociales y políticas, desde el matrimonio hasta el Estado y presumiblemente federación de Estados y sociedad universal, las deja entregadas a la libre convención de los hombres, aun cuando en algún tiempo haya prohibido o dificultado ciertas asociaciones por considerarlas perjudiciales al desarrollo del individuo, con excepción de las sociedades en torno al dinero, las que sí ha favorecido. En materia religiosa no se pronuncia a favor o en contra de ninguna creencia religiosa.

Por tanto, el ámbito de influencia directa del liberalismo se limita sólo al orden natural y en éste a la economía exclusivamente, en la que tiene proposiciones específicas, dejando libertad en los otros ámbitos a la decisión ciudadana.

El socialismo, en cambio, en especial el de impronta marxista-leninista, o con otras palabras, con mayor acentuación en éste, tiene un muy determinado propósito con respecto al hombre y a la sociedad; nada escapa a su accionar, que es universal, y así pretende formar un nuevo hombre y una nueva sociedad, de características conocidas que me parece innecesario señalar, de manera que para conseguir tal objetivo el socialismo pretende que nada esté fuera del Estado o del control de la autoridad civil, nada por sobre él, todo dentro de él, o de las normas que dicten sus dirigentes, claro está, siempre que los funcionarios estatales sean del socialismo marxista, influencia modeladora que quiere ejercerla con absoluta prescindencia de la opinión ciudadana, pues estima que quien debe dirigir la vida de los hombres es el partido socialista, en el cual militan exclusivamente quienes tienen conciencia o conocimiento de cómo resolver los problemas humanos: es la dictadura del proletariado marxista-leninista, cuyos integrantes constituyen lo mejor de la sociedad –aunque transitoriamente, durante la sociedad de lucha de clases–, pues son la vanguardia de todos, que conducen a todos a la sociedad comunista, culminación del socialismo.

De acuerdo a lo dicho, el ámbito de influencia directa del socialismo es universal, abarca el orden religioso y el natural, eliminando toda libertad, como la entiende quien no es socialista, a la ciudadanía.

4. Quienes son sus voceros.

Partiendo, como se debe, de los fundadores o principales expositores de las doctrinas liberal y socialista, pensamos que puede afirmarse lo siguiente:

En cuanto al pensamiento liberal económico, su fundador y primer expositor fue Adam Smith, quien fue profesor universitario de lógica y de filosofía

moral en la Universidad de Glasgow; sus continuadores han sido y son, en parte, académicos, pero principalmente empresarios y dueños de los medios de producción, esto es, personas directamente vinculadas por su trabajo con la actividad económica, o que invierten sus haberes en la misma, aun cuando entreguen su administración a personas de su confianza; a todos ellos se los llama capitalistas, por privilegiar al capital por sobre el trabajo, aun cuando Smith privilegiaba a éste por sobre aquél.

En cuanto al pensamiento socialista, su principal expositor, si no su fundador, fue Carlos Marx, quien pretendió ser profesor universitario en la asignatura de filosofía, pero el gobierno se lo impidió, por ser crítico de la filosofía hegeliana, que era la oficial del gobierno prusiano, por lo que se dedicó al periodismo y a la política, para difundir sus ideas, lo que pudo hacer gracias al apoyo económico de su amigo Federico Engels, hijo de un rico industrial textil avecindado en Gran Bretaña, ayuda económica que lo eximió de la necesidad de trabajar para subsistir produciendo bienes materiales; sus continuadores han sido –al parecer ahora ya no– académicos, pero principalmente políticos que no han tenido contacto directo con la actividad económica, pues sólo trabajan en la acción político partidista, sin producir ni comerciar ningún bien material, y trabajadores que no son propietarios de los medios de producción, ni tampoco de la casa en la que viven, llamados también proletarios, todos los cuales privilegian al trabajo por sobre el capital.

5. Visión del hombre y de la sociedad.

El liberal, que es racionalista, cree que el hombre es naturalmente bueno desde su nacimiento –o concepción, diríamos hoy–, pues no existe en él lo que en el cristianismo se llama pecado original –que es pecado de soberbia–, que ha dañado su naturaleza debilitando su tendencia intelectual a conocer la verdad y su tendencia volitiva a querer el bien, de tal modo que con frecuencia cae en el error y en el mal. El liberal piensa que el hombre es y se hace mejor mientras menos vinculaciones u obligaciones tenga o adquiera con el prójimo, pues piensa que ellas lo perjudican, le quitan libertad, que es el bien para él máspreciado; por consiguiente, para el liberal la sociedad, con las normas que la autoridad establezca, es un mal, de tal modo que mientras menos sociedad exista, o con otras palabras, mientras menos autoridad haya, mejor es para todos los hombres.

El socialista, que también es racionalista, cree que el hombre original, que durante un tiempo imposible de conocer fue bueno, a partir del momento en que uno de ellos estableció, por la fuerza, la propiedad individual de los medios de producción, se hizo malo, maldad que en

la práctica lo acompaña hasta el presente –a propietarios y no propietarios, aun cuando más a los primeros que a los segundos–, maldad que comienzan a perder aquellos que conocen el origen de este mal –la propiedad privada–, que son Marx, descubridor de esta verdad, y sus seguidores; esta maldad desaparecerá de todos los hombres una vez que en el mundo entero se elimine la propiedad privada y por consiguiente la lucha de clases entre los propietarios –que son malos por el sólo hecho de ser propietarios– y los proletarios –que son buenos por el solo hecho de no ser propietarios. Por ello es que el socialista rechaza que los no propietarios o proletarios pasen a ser propietarios, en especial de los medios de producción, pues ello equivale a extender el mal a quienes no participan directamente de él.

En consecuencia, para el socialista la sociedad y el Estado como organización que la representa y dirige, es un bien –aun cuando transitorio–, ya que el Estado es el instrumento llamado a producir el cambio humano y social, que es el paso desde una sociedad de personas independientes y libres de él, (al menos algunas que son los propietarios, hombres por naturaleza malos, aunque sin conocimiento de serlo), a otro sistema humano y social, que es el hombre y la sociedad socialista, en la que todos, sin excepción, dependerán del Estado, dirigido, claro está, por los socialistas seguidores de Marx y no otros como los nacionalsocialistas o fascistas, por ejemplo.

En la historia del socialismo aplicado no se ha llegado a su etapa superior, que es el comunismo –el nombre de Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas lo confirma–, etapa en la cual desaparecerá el Estado; éste de instrumento de opresión del proletariado por la burguesía, es instrumento de opresión de la burguesía por el proletariado en la etapa del socialismo, pero en la del comunismo pasará a ser inútil y por tanto desechable; y así en esta sociedad comunista el Estado, que en la fase socialista es estructura compleja y complejísima de autoridad, desaparecerá, incluso toda estructura social, y surgirá así el hombre nuevo, sin pecado o maldad, porque no existirá propiedad privada de nada, todo será común y todas las necesidades humanas estarán satisfechas.

En resumen, el hombre y la sociedad perfectos casi coinciden en el pensamiento liberal y en el socialista marxista, en cuanto al Estado o autoridad, y sólo difieren claramente con respecto a los medios para lograrlo: el liberalismo por medio de la propiedad privada de los medios de producción, el socialismo marxista, por el contrario, por medio de su abolición total.

6. Visión del funcionario público y del particular.

En concordancia con las apreciaciones del liberalismo y del socialismo acerca de la autoridad y de la sociedad, es la que ambas doctrinas tienen sobre el funcionario público y el particular.

El liberal, que valora por sobre todo la libertad personal, casi sin límites, que deriva de su visión del hombre y de la sociedad, estima que el funcionario público, que representa al temido Estado, es, con prescindencia de sus cualidades personales, una persona que siempre actuará en contra de lo que él considera que es el bien de todos, pues tenderá a mantener o a acentuar la presencia del Estado, a través de regulaciones que limitan la libertad de las personas, en especial de las más creativas, con lo que también perjudica a las menos capaces de subsistir por sí mismas, sobre todo si el funcionario público ha llegado a ocupar un cargo por el sólo hecho de pertenecer al partido político que gobierna.

Por el contrario, el liberal valora muy positivamente al particular, en especial a quien es capaz de trabajar con independencia de otros, principalmente del Estado, y que además da trabajo a otros; éste es el mejor ciudadano, que junto con otros de su misma condición, con mano invisible dirige y debe dirigir todas las actividades sociales, ya que con su actuar siempre conforme con la naturaleza de las cosas y de la sociedad, consigue lo mejor para todos y cada uno de los hombres y por tanto de toda la sociedad.

Así, el liberal con dificultad acepta ocupar un cargo público, pues piensa que como particular puede servir mejor al prójimo, aunque sea en un ámbito limitado; en cambio cree que ese cargo público –casi todo cargo público, salvo el policial– es innecesario y por consiguiente dañino para la sociedad.

El socialista, que valora por sobre todo el orden concebido a su modo, que deriva de su visión del hombre y de la sociedad, estima que el funcionario público, que representa al sabio y bondadoso Estado –en el período del socialismo en particular y ciertamente durante la dictadura del proletariado–, es una persona que siempre, si está inspirado en la doctrina socialista, actuará en beneficio del particular, imponiendo normas que regulen la vida social en todos sus aspectos, desde los actos mínimamente sociales, como oír una determinada música, la que puede ser vetada, hasta los máximamente sociales, como adherir a ideas políticas que no sean las socialistas, las que serán indudablemente prohibidas; así también lo hará con las creencias religiosas.

Para el socialista el funcionario público encarna la más alta dignidad en la escala de los trabajos, y mientras más ejerza su labor en amplitud y

profundidad, regulándolo todo, mejor funcionario es y mejor sirve al particular, el que debe en todo someterse a los dictados del funcionario público, que representa al omnisciente, omnipotente y bondadoso Estado.

Por el contrario, el socialista valora muy negativamente al particular, en especial a quien es capaz de trabajar con independencia del Estado y que además da trabajo a otros; éste es el más peligroso y dañino integrante de la sociedad, considerándolo como explotador de quienes trabajan gracias a él, con prescindencia de lo que les pague, pues se beneficia de dos principios injustos: el sistema de propiedad privada de los medios de producción y la libertad contractual, que son, el primero, un robo y el segundo causa de desorden, por ser contrario al orden que sólo puede provenir del Estado.

Así, el socialista anhela ocupar un cargo público, sin preguntarse ni preocuparse siquiera si ese cargo es necesario o no para servir al prójimo, pues piensa que sí lo es y por ello es que los gobiernos socialistas incrementan los cargos públicos –y el presupuesto fiscal que financian los trabajadores particulares, principalmente, mientras éstos existan– hasta donde llegue la actividad social económica y en definitiva toda actividad social, con la consecuencia de que en un Estado socialista todos los trabajadores son funcionarios públicos que dependen de un único patrón, que posee el poder político –poder legislador, judicatura y policía– y en primer lugar el económico, pues todas las cosas son de él, son del Estado.

7. Sus propósitos económicos.

Varios son los propósitos de las doctrinas liberal y socialista, pero de entre ellos nos limitamos a señalar el que –en cada uno de éstas– es el principal, que es del orden económico, aun cuando instrumental.

Para la doctrina liberal económica su objetivo primordial consiste en producir bienes materiales, como son los económicos, en la mayor cantidad, calidad y al menor costo posible, pues en un régimen de libertad triunfa quien consigue aventajar a sus competidores en los rubros señalados, ya que así logra dominar el mercado y obtener para el dueño del capital la más alta rentabilidad posible; para conseguir tal propósito considerará la remuneración del trabajo como un insumo –igual, por ejemplo, que la compra de materia prima– y procurará rebajar la calidad y cantidad de los bienes y servicios al nivel mínimo necesario para superar a la competencia.

Por privilegiar al capital por sobre el trabajo, al liberalismo se lo ha denominado también como capitalismo, aun cuando esta denominación igualmente puede aplicarse al socialismo, el que puede privilegiar al capital por sobre el trabajo, en cuyo caso con justa razón se lo puede denominar

capitalismo de Estado, lo que ha sido visible en los conocidos planes quinquenales de la URSS y en el premio al trabajador que produce más, como en el stakanovismo, en el que al trabajador se lo premia no con una mejor remuneración, concordante con su productividad, como ocurre en el sistema liberal, lo que es justo, sino que con un premio honorífico, no económico, por lo que la mayor productividad beneficia sólo al Estado capitalista.

En esta libertad económica irrestricta, que genera competencia –que es guerra económica–, triunfa el más fuerte, que no siempre es sinónimo de ser el mejor, y el derrotado desaparece del mercado, quedando aquel como el único en un determinado sector de la economía, que es el monopolio, ya sea a nivel de un Estado o a nivel mundial, lo que en la práctica no ha ocurrido, pero que teóricamente es posible que suceda.

Para la doctrina socialista, que pretende dirigir toda actividad económica, su objetivo primordial consiste en distribuir lo más igualitariamente posible todos los bienes materiales e inmateriales, para conseguir lo cual debe suprimir toda libertad, dado que ésta es incompatible con la igualdad; así que entre aquella y ésta prefiere la última, la que sólo se alcanza por medio de la mano férrea del Estado, que la impone por la fuerza, único modo de conseguirla, pues contraría a la naturaleza humana, en la que no hay igualdades existenciales, que es el nivel en el que el hombre puede influir.

El socialismo privilegia al trabajo por sobre el capital, al menos en el sistema de propiedad privada de los medios de producción, pero en el sistema de propiedad estatal de los mismos favorece al capital –que es del Estado y teóricamente de todos– en lugar del trabajo, que por ser individual es inferior a lo que es social, como es el capital.

En este dirigismo económico puede y debe llegarse a un monopolio en manos del Estado, lo que ha ocurrido en los países socialistas, y extenderse en lo posible a nivel mundial, lo que es teórica y prácticamente factible.

8. Sus resultados.

Los logros económicos de la aplicación de las doctrinas liberal y socialista son distintos, porque diferentes son los principios en que se basan ambas doctrinas y distintos son sus propósitos.

La doctrina liberal económica obtiene un notable incremento en la producción de bienes y servicios en cantidad, calidad y variedad de los mismos, tanto en la agricultura, como en la industria, como igualmente en el rubro de la prestación de servicios, que es la expresión y efecto de la libertad económica, que favorece la creatividad y espíritu de empresa de

las personas. Ella ha producido una doble y así llamada, aun cuando erróneamente, revolución industrial, en primer lugar, y en segundo lugar, una revolución informática, que es una continuación de la primera.

En cambio, en una distribución más equitativa de la riqueza producida ha tenido una acentuada debilidad, y es así como este sistema económico no goza de la adhesión mayoritaria de la población, lo que se refleja y comprueba en las elecciones políticas, en las que los partidos políticos que critican el liberalismo económico obtienen holgada mayoría por sobre los que defienden la libertad económica entendida al modo liberal, porque genera acentuadas diferencias entre los hombres, no sólo económicas, sino que de todo orden.

La doctrina socialista consigue un notable incremento en lograr una más equitativa distribución de la riqueza producida, que es la expresión y efecto de las normas reguladoras acerca de cómo deben repartirse los bienes disponibles.

En cambio en la producción de bienes tiene una acentuada debilidad, como efecto de la cual este sistema económico no puede proporcionar a los habitantes a quienes se les aplica, bienes que se producen en el sistema liberal, y es así como una actividad muy importante en los países socialistas, ejercida por sus funcionarios especialmente comisionados para ella, es el espionaje llamado industrial y de todo orden a las instituciones –universidades y empresas industriales– de los países en los cuales se aplica un sistema económico liberal, para copiar lo que ellos no inventan. Así este sistema produce y reparte no riqueza material, sino que una extendida e igualitaria pobreza, de la que se exceptúan sus dirigentes políticos.

9. La solución a las deficiencias liberal y socialista.

Como lo hemos señalado en el párrafo anterior, el liberalismo económico que se aplicó, en general, en el siglo XIX y hasta el primer tercio del siglo XX, fue rechazado por la ciudadanía en las elecciones políticas realizadas en todos los países de occidente, aun cuando progresivamente corregido por quienes rechazaban el socialismo; a su vez, el socialismo que en algunos países se aplicó con rigor, una vez consumado su fracaso –Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y sus países satélites, convertidos en tales por la fuerza de las armas–, sus defensores hablan de que es necesario hacer una corrección del mismo.

En conclusión, hoy día nadie piensa –salvo la excepción de la dirigencia cubana– que para resolver los problemas económico-sociales del presente sea conveniente aplicar el liberalismo original o el socialismo original, pues ambos fracasaron, uno en la distribución de la riqueza y el otro en la producción de bienes por repartir.

II. LA VERDADERA TERCERA VIA: LA SUBSIDIARIEDAD

1°. Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, la subsidiariedad es la “tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias”, y subsidiario es lo “que se da o se manda en socorro o subsidio de uno”, y subsidio es el “socorro, ayuda o auxilio extraordinario de carácter económico”.

En verdad poco se avanza con estas definiciones para comprender qué es la doctrina de la subsidiariedad –o del subsidiarismo, término que no está incluido en el señalado Diccionario–, pero algo nos dice, aun cuando incluye en ella lo que es el principio o ley de la supletoriedad, que algunos consideran formar parte de ella y que tampoco es reconocido por el citado Diccionario, y que deriva de supletorio, definido como “lo que suple una falta”, que como suplementario, “sirve para completar algo que falta”.

El término subsidiario es de origen latino, lo aplicaron los romanos en la actividad militar, como *subsidiari cohortis* a la tropa que forma parte de la reserva de la legión, que estaba integrada por no ciudadanos, esto es, latinos, incluso clientes no latinos; en cambio la legión estaba integrada exclusivamente por ciudadanos, que son aquellos que gozan de todos los derechos y deberes que otorga el derecho romano, a la que corresponde el derecho y deber prioritario de defender a Roma, en cambio a la *subsidiari cohortis* le cabe el deber de ayudarla si ello fuese necesario.

Veinte y más siglos después, la Iglesia ha recogido el término subsidiario y lo ha aplicado, principal, pero no exclusivamente, a la actividad económica, en la que considera que el primer sujeto de la misma es el individuo –equivalente al ciudadano romano–, en segundo lugar, las comunidades o corporaciones particulares, y en tercer y último lugar, el Estado.

Lo dicho es claro en la doctrina pontificia, a partir de León XIII en su encíclica *Rerum Novarum* y más precisamente por Pío XI en su encíclica *Cuadragésimo Año*, por Juan XXIII en su encíclica *Madre y Maestra*, y Juan Pablo II en su encíclica *Sollicitudo rei socialis*.

Así, la subsidiariedad puede ser definida como la doctrina que reconoce a la persona individual con respecto a la sociedad, o a una sociedad con respecto a otra superior, el derecho y el deber prioritario en la acción para procurar el bien privado o el bien común.

La subsidiariedad o el subsidiarismo no es como el liberalismo, que absolutiza al individuo, ni como el socialismo, que absolutiza al Estado,

sino que valora justicieramente, que no es igualitariamente, al hombre –varón y mujer–, a las sociedades intermedias y a la sociedad civil o Estado.

A mi juicio, los principios de doctrina económica de la Iglesia han influido poderosamente en el surgimiento de la llamada economía social de mercado, concepto que no es sinónimo de sociedad de mercado, como lo hemos señalado en el párrafo N° 2 de la primera parte; a ambos términos los convierten en sinónimos los liberales, para quienes todo es sometido y resuelto por el mercado, guiado por la mano invisible del consumidor, productor e intermediario entre ambos, mercado que es todopoderoso, sabio y bueno; en cambio los socialistas lo eliminan, esto es, suprimen al conjunto de consumidores, intermediarios y productores y lo sustituyen por el Estado, omnipotente, sabio y bueno, que actúa a través de los funcionarios públicos, que participan de su omnipotencia, sabiduría y bondad, determinando qué se ha de producir, a qué precio se ha de vender y cómo se ha de comerciar.

Ambas visiones están equivocadas, ya que la economía social de mercado es parte de la sociedad, que es un todo, que además de la economía está integrada por otras actividades incluso superiores a lo económico, por lo que no se debe confundir la parte con el todo, como tampoco se debe eliminar una parte del todo, pues de hacerlo se lo mutilaría, con grave daño para el hombre y la sociedad, más perjudicial que en la confusión de ambos conceptos.

Así, entonces, la doctrina de la subsidiariedad ha dado origen, a mi juicio, a una tercera vía, que no deriva ni del liberalismo ni del socialismo, que es, como lo hemos dicho, la economía social de mercado, que tiene como fuente inspiradora a la doctrina pontificia, que es, por tanto, aunque es accidental, de raíz territorial europea, que no debe confundirse con el neoliberalismo, de origen liberal en lo doctrinario y de origen territorial norteamericano, aunque también de raíces europeas, diríamos que exclusivamente inglesas.

Ahora bien, en el liberalismo se ha producido una corrección con respecto a su doctrina original, y así también en el socialismo, lo que en ambas doctrinas podría llamarse subsidiariedad, aunque de signo contrario en éstas.

2°. La economía social de mercado –tercera vía–, como toda obra humana, en especial si es de reciente data, puede y debe ser perfeccionada, o si se quiere, precisada, en su doctrina. Así, a mi juicio, con respecto a su ámbito de aplicación, que es universal, esto es, todas las actividades quedan entregadas a la libre decisión de los particulares –sujetos principales de la actividad económica–, defiende la idea de que dentro de aquéllas el Estado

asuma, sin prohibirlas para que las realicen los particulares, las siguientes:

La salud, entendiéndolo por tal la asistencia médica, hospitalaria y provisión de remedios, financiada por el Estado con los ingresos que obtenga del sistema tributario, respetando la libre determinación del beneficiario para elegir médico y hospital que lo atienda;

La previsión, entendiéndolo por tal el auxilio económico que preste a menores hasta la edad en que deban comenzar a trabajar, a los enfermos que no puedan trabajar de modo permanente, y a los jubilados, con los ingresos que obtenga del sistema tributario, por lo que a esta previsión se la llama social;

La educación, en la que distinguiéndose las etapas de educación preparatoria, básica, media y técnica y superior o universitaria, el Estado financie, con los ingresos que obtenga del sistema tributario, la educación preparatoria, básica, media y técnica, y a la docencia en las asignaturas y en el tiempo dedicado a ellas que el mismo señale. Con respecto a la educación superior o universitaria, el Estado debe otorgar préstamos a los postulantes a ingresar a ella en la cantidad de profesionales que el país necesite para que la población pueda ser debidamente atendida por ellos. Con respecto a la cultura en general, al Estado le compete –porque es parte integrante del bien común que a él le corresponde promover de modo principal– fomentar la cultura clásica, que es aquella que después de 50 años continúa gozando de la aceptación académica;

Distribución de la población en el territorio y desarrollo urbano, en que en la primera el Estado debe influir, respetando la libertad de las personas, para que éstas se sientan motivadas para establecerse parejamente en todo el territorio nacional; en cuanto al segundo, igualmente al Estado le corresponde actuar para que todas las ciudades logren un similar desarrollo, en las cuales sea grato vivir, por una armónica relación entre artificio y naturaleza;

Remuneración al trabajo; también en este crucial y ciertamente más polémico tema, la economía social de mercado que no lo considera como un insumo, sino que como una retribución o participación en las utilidades que obtenga la empresa, produce como efecto que debe quedar al margen del mercado, esto es, de la oferta y demanda de trabajo y su fijación –para todas las empresas que deban llevar contabilidad– la debe determinar, como también la diferencia entre la remuneración más alta con la más baja, dentro de cada empresa, la corporación respectiva, y si no hay acuerdo en ella, subsidiariamente el Estado por medio de la ley, así como éste fija los impuestos que deben pagar los obligados a ello, lo que ciertamente queda al margen del mercado.

Si la economía social de mercado no se aplica recogiendo estas ideas, a mi juicio, no logrará conquistar la adhesión de la mayor parte de los hombres y quienes la defienden corren el riesgo cierto de que la economía que se aplique sea no la neoliberal, que es la que más se acerca ella, sino que la socialista marxista o totalitaria, pero no la socialista renovada, pues los hombres suelen ir en sus preferencias de un extremo a otro, que no será indudablemente el sistema económico liberal, sino que el del socialismo original.

En conclusión, es de competencia o deber del Estado: primero, dictar normas de conducta sobre todas las actividades sociales, pero sólo en el nivel mínimo o necesario; segundo, fomentar la actividad individual y comunitaria responsable o conforme a derecho, favoreciendo la libertad de acción de los particulares y promoviendo la extensión de la propiedad privada de la casa y de los medios de producción; y tercero, financiar –además de las actividades tradicionales de policía, justicia y defensa nacional, que son exclusivas del Estado sin perjuicio que la administración de justicia civil sea hecha por particulares– las actividades señaladas al comienzo de este número.

3°. Quiénes son sus voceros; como la doctrina social de mercado es una doctrina nueva, que tiene no más de cincuenta años y que todavía está en proceso de formulación definitiva, con todo lo relativa que es esta afirmación, sólo diremos que, a nuestro juicio, sus inspiradores son los Sumos Pontífices a partir de León XIII, principalmente Pío XI, Pío XII, Juan XXIII, Paulo VI y Juan Pablo II, siendo sus primeros expositores políticos y economistas como Wilhem Roepke, Konrad Adenauer, Ludwig Erhard y otros más, debiendo ser, hoy día, sus principales defensores los dueños de los medios de producción, empresarios y académicos, como también los otros trabajadores dependientes, pues a todos –universalmente– beneficia esta doctrina económica.

4°. Visión del hombre y de la sociedad; esta doctrina económica adopta una visión del hombre y de la sociedad más completa que las doctrinas liberal y socialista; para ella el hombre es persona encarnada de naturaleza social, perfectible en lo natural y religioso, que pretende, porque le corresponde, un bien temporal y eterno; con respecto a la sociedad, manifestada en múltiples sociedades, desde la matrimonial, que es de dos, hasta la más amplia, y de todas las legítimas funciones, la estima natural, esencial al hombre y como accidente de relación que es, la aprecia como servidora del hombre, pues éste es en ella el único ente substancial.

5°. Visión del funcionario público y del particular; al primero lo valora como una persona importante, imprescindible, puesto que representa a la

autoridad, que es necesaria en toda sociedad, incluso en la sociedad civil, el que tiene como función la de servir al particular, cuyo trabajo debe consistir en facilitar la libre actividad de éste, con lo que consigue mejorar la vida de todos; con respecto al segundo, también lo valora como importante, imprescindible, ya que sin él no existe la sociedad, ninguna sociedad, pues ésta está constituida por autoridad y súbditos o particulares, quienes en la medida en que sean más respetados por la autoridad y puedan actuar con libertad, si son creativos, sirven con mayor eficiencia al bien de todos, incluso, por supuesto, a quienes detentan la autoridad, que pasa a ser autoridad de personas y no de seres inertes que actúan sólo movidos por los impulsos de quienes son funcionarios públicos superiores.

6°. Su propósito; el objetivo de la economía social de mercado es crear un sistema económico que proteja a los miembros más débiles de la sociedad y para ello defiende la libertad –dentro del orden– de los particulares, que son los principales actores de la economía, fomentando la iniciativa personal y comunitaria, que permita una mejor producción y distribución de los bienes, haciendo converger el interés de quienes aportan capital y trabajo, para el bien de unos y de otros.

Dentro de este objetivo y con respecto al sistema tributario, que es imprescindible en la sociedad civil, estima que los impuestos deben gravar a las personas individuales y no a las sociales y que el monto de éstos debe ser tal que, por una parte, fomente el ahorro y la inversión y desincentive la fuga de cerebros, que es capital intelectual, y de dinero, que es convertible en capital físico, pues ambos son imprescindibles para el mejor servicio de los pobres, y por otra que permita cumplir en el mejor nivel posible los objetivos de este sistema económico.

7° Sus resultados; a mi juicio, la economía social de mercado, tal cual la he presentado, no se ha aplicado hasta el presente, sino que una aproximación a ella, como es el neoliberalismo, que es una libertad económica corregida parcialmente en sus deficiencias, que es universalmente considerado como un bien, aun cuando sectorial, salvo por los adherentes al socialismo original, que persisten en su visión negativa del mercado, de la libertad económica y de la propiedad privada de los medios de producción; por consiguiente, debe esperarse que ella se aplique integralmente para apreciar los efectos de la misma, pero en todo caso algo de estos es comprobable, en cuanto se refiere a la producción de bienes materiales, en los países en los cuales se ha aplicado el sistema de economía libre.

Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo*

Cecily Halpern M.

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO Y UNIVERSIDAD DE CHILE

Directora de Carrera

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En primer término, agradezco a los organizadores de este importante evento la invitación que me formularan a participar en él, con una visión desde la perspectiva académica y del abogado laboralista, el cual, indudablemente, debe hacer aportes al mejoramiento del área objeto de su estudio y ejercicio profesional, teniendo siempre en consideración la realidad concreta a la cual habrán de aplicarse sus proposiciones.

Intentaré desarrollar mi intervención en este panel sobre el tema de la "Tutela laboral y las transformaciones en el mercado de trabajo", en torno a cuatro ideas principales, que básicamente son:

I. La notable transformación experimentada por las características de los elementos esenciales del contrato de trabajo;

II. La necesaria modificación en los patrones de tutela al trabajador;

III. La relevancia del compromiso que implica la celebración de un contrato de trabajo: la confianza recíproca, y el cumplimiento de buena fe;

IV. La ética como impulsora y promotora de este compromiso: el camino hacia una nueva cultura laboral.

I. En primer lugar, si aceptamos, como es evidente que debemos hacerlo, conforme lo que hemos experimentado en los últimos años, que el mercado de trabajo ha modificado sustancialmente las relaciones laborales que en su virtud se producen, se hace necesario aceptar también que las características fundamentales que están presentes en estas relaciones se han transformado.

Al realizar un breve análisis de los elementos esenciales del vínculo

* El texto corresponde a la intervención de la autora en el seminario "Los desafíos de las relaciones laborales en un mundo globalizado", organizado por la Dirección del Trabajo con motivo de su 75° aniversario.

laboral observaremos con claridad que cada uno de ellos ha resultado alterado por las nuevas formas en que éste se concreta, presionado necesariamente por los requerimientos del mercado, lo que ocasiona que una serie de normas que la legislación laboral vigente exige en la relación de trabajo sean difíciles de cumplir.

Es así como, desde la prestación de un servicio específicamente determinado, preciso y acotado, hemos derivado en la tendencia en que el compromiso es realizar tareas multifuncionales –de variadas facetas y aspectos–, en el que no queda precisado el lugar, la ciudad e incluso en algunas oportunidades el país. En muchas ocasiones el trabajador es subordinado a personas distintas de aquel que lo contrató y de quien recibe su remuneración (relaciones triangulares, tales como tercerización, externalización, subcontratación y otras).

Así mismo, las remuneraciones se han visto impactadas por un cada vez mayor número de ítemes variables, que dejan a la parte fija de ella en una proporción cada vez más reducida, constituyendo, en la actualidad, la variabilidad la característica fundamental del ingreso, el cual, prácticamente, ya no se devenga por el cumplimiento de un horario de trabajo, sino que por el logro de determinadas metas de productividad.

La continuidad o permanencia del vínculo ha sido hoy reemplazada por contrataciones de carácter temporal o a plazos fijos, en muchas ocasiones de tiempo parcial, lo que ha conducido a la existencia de relaciones efímeras, en las cuales es difícil que se produzca una comunidad jurídico-personal y de compromiso en los recíprocos intereses.

En lo que dice relación con la subordinación del trabajador, es evidente que si bien ella sigue siendo el elemento distintivo de una relación laboral, su manifestación se ha modificado considerablemente, dando paso a señales más sutiles de expresión.

En efecto, la supervisión directa del empleador ha sido reemplazada por sistemas mas complejos de fiscalización, como la exigencia de portar un *beeper*, de reportarse mediante una necesaria llamada telefónica mediante teléfonos celulares, –para los trabajadores que se desempeñan fuera del recinto de la empresa– o, incluso, por el indispensable cumplimiento de ciertas metas periódicas, para aquellos que lo hacen en su interior.

Pero, no obstante estas variaciones, este elemento, a nuestro modo de ver, sigue siendo aquel distintivo del vínculo laboral, pudiendo

sostenerse que las nuevas modalidades en que él se expresa si bien son diversas en su manifestación, imprimen en el trabajador, más que nunca, la característica de dependencia hacia su empleador.

II. Frente a estos cambios es evidente que la tutela jurídica y el sistema de protección de los derechos del trabajador han de adaptarse para cumplir en forma eficaz su objetivo. Es difícil pensar que los sistemas tradicionales de fiscalización seguirán siendo eficientes, por cuanto, como se dijo, el propio sistema de prestación de servicios ha cambiado, y es inevitable que lo siga haciendo, en forma cada vez más agresiva.

En este escenario es indispensable imaginar vías de protección distintas a las tradicionales, que han sido principalmente la vía legislativa –mediante normas protectoras– y las meramente punitivas, por los organismos administrativos y judiciales. Creemos, a este respecto, que hoy lo que se requiere es avanzar hacia la protección de la relación de trabajo más que a la tutela de uno de los integrantes de la relación, por cuanto, de ese modo, por vía indirecta, la recibe también el trabajador.

Insistir en la creación de normas protectoras del trabajador no hará más que agravar el problema, rigidizando el vínculo y dejando la tutela en un mero plano teórico, sin que ella pueda materializarse en pro del supuestamente beneficiado (*efecto perverso de la norma en el lenguaje de la doctrina*).

Ello significa que en el nuevo esquema la tutela pro operario debe orientarse hacia la propia tutela del vínculo contractual, lo que quiere decir que ambos sujetos deben desear mantener su unión, porque a los dos les es necesaria, útil, gratificante y digna, constituyendo la normativa del Estado sólo límites generales.

Son los sujetos del vínculo los verdaderos actores de la relación y de su protección.

III. Para lograr lo anterior es imprescindible que ambos sujetos, sobre todo el trabajador, pero también el empleador, intervengan en el vínculo con confianza para trabajar juntos en un proyecto, sin que sea necesaria la redacción de un contrato demasiado completo y explícito, o con la expectativa de que sea un tercero, órgano administrativo o judicial, quien intervenga clarificando, interpretando o poniendo los límites en la relación, porque ambos suponen de antemano el comportamiento responsable que frente a éste habrá de tener el otro.

La confianza se construye dentro de una reciprocidad, ya que tenemos más tendencia a confiar en aquellos que confían en nosotros y aceptamos tomar riesgos con aquellos que aceptan tomar riesgos con nosotros. Del mismo modo, sólo aceptamos comprometernos con aquellos que aceptan comprometerse con nosotros. La confianza se construye en acciones que necesitan interacciones fuertes y a través de desafíos aceptados juntos.¹

Sin duda que ésta es una cuestión de actitud, que, en este país y en muchos otros no ha sido frecuente en las relaciones laborales, por diversos motivos históricos, culturales y económicos, actitud que hoy es indispensable introducir para el adecuado desarrollo de este tipo de convenciones.

Ello nos pone de lleno frente a uno de los primeros problemas a afrontar, el de las desconfianzas mutuas, generadas por una larga historia de divergencias. Querer poner fin a un ciclo confrontacional no significa desconocer que hay intereses diversos y hasta contrapuestos entre las partes, menos aun dar la falsa impresión de que esas diferencias no existen. Lo que se buscaría es una conflictividad social moderada, con ausencia de percepciones recíprocas de amenaza.²

Si bien ciertos contratos se basan en la confianza, otros han tenido por base la desconfianza, lo que podría sostenerse respecto del tradicional contrato de trabajo. Si le tenemos miedo al otro, si sospechamos que puede o quiere explotarnos, buscaríamos la seguridad anticipando un máximo de protección para afrontar las situaciones peligrosas para nosotros, a través de reglas estrictas y múltiples precauciones en los contratos.³

El propósito de esta comunicación es hacer patente la profunda y necesaria complementariedad que advertimos, entre el contrato y la confianza.

En efecto, el contrato será como la parte visible de un iceberg; la confianza interpersonal, la organización concreta y el trabajo real serían las partes ocultas, sumergidas. Aunque están ausentes de los escritos, estos parámetros esenciales caracterizan la organización y determinan su eficacia. Desde luego que el contrato es una condición necesaria para la perennidad de un proyecto, establece un conjunto de límites,

¹ La dinámica de la confianza. Gilles Le Cardinal, Bruno Pouzoullic y Jean Francois Guyonnet. Colección Espíritu de Empresa. Desafío Ediciones. 1998. Pag. 101 y siguientes

² Obra citada

³ Obra citada

de prohibiciones, de obligaciones sobre los medios que hay que utilizar para obtener los resultados esperados. Anticipa, en caso de fracaso o de dificultades, el proceso judicial que determinará las responsabilidades y penalidades.⁴

El contrato precisa los procedimientos, las máquinas, los medios humanos y financieros que deben implementarse; pretende garantizar la buena ejecución del proyecto y las posibles traiciones se desalientan por el carácter supuestamente ineludible de las penas previstas y que si fuera necesario serán exigidas a los tribunales.

Pero se ha visto que este legalismo contractual, aun aquel que no deja nada de lado, no garantiza que el proyecto vaya a funcionar como se ha previsto.

Y es justamente en la fuente del aparente antagonismo entre la confianza y el contrato donde puede surgir una nueva energía creadora. Asociar las ventajas de un contrato a las de una confianza interpersonal fuerte conduce a evitar muchas debilidades. Es también sacar al defensor de la confianza interpersonal de la ingenuidad que trataría de hacer creer que “todo el mundo es hermoso, todo el mundo es amable”, y a su vez, a aquel del contrato, de su ilusión que consiste finalmente en poner su confianza sólo en la letra del contrato, y por lo tanto en la ley.⁵

Al rigor necesario de los controles que nos exige el contrato, en los planos de cantidad, la calidad, de los plazos, la confianza va a aportar la connivencia indispensable de los valores, de las evidencias y de las experiencias compartidas que, evitando explicitarlo todo, verificarlo todo, asegura la profundidad, la estabilidad y la eficacia de la cooperación.

Es decir, el objetivo esperado sólo podrá alcanzarse gracias a la cooperación de ambos sujetos de la relación contractual, los que se vincularán mediante un acuerdo que contenga la verdadera voluntad de ellos; la expresión del acuerdo en un documento de carácter jurídico, los liberará del temor de ser explotados –gracias al conjunto de garantías contenidas en el contrato– lo cual se coronará con la confianza recíproca de las partes en cuanto a su cumplimiento íntegro y oportuno.

Por tanto, más que el manto protector de la legislación o de los órganos de fiscalización, que obviamente son insoslayables, el nuevo modo de

⁴ Obra citada

⁵ Obra citada

la tutela lo constituye la exigencia más obvia y natural de la forma en que han de cumplirse los contratos, aquella que exige la buena fe.

IV. Sin embargo, lo anterior sólo se hace realidad cuando el comportamiento de los sujetos está guiado por la ética, que conduce a cumplir los compromisos contraídos –no por la sanción frente al incumplimiento– sino por los propios valores impregnados en nuestro ser.

Lo anterior cobra especial relevancia en el sujeto empleador, por cuanto es éste quien tiene la responsabilidad de dar a conocer e imponer el tipo de cultura empresarial que regirá en una organización y su código de ética, con ciertas reglas mínimas y principios que todos tienen que respetar, que tienen que ver con la honestidad, la moral y los valores. El empeño que éste coloque en este sentido impregnará el clima laboral, el cual se constituye en determinante de la necesidad de protección o tutela externa al vínculo personal.

Pero, antes que la norma y la ley, es en el interior de las personas donde debe fraguarse la conciencia ética. Es necesario desarrollar nuestra autonomía, es decir el hábito de integrar los comportamientos éticos a nuestro vivir, más allá de si están regulados externamente, porque siempre habrá alguna materia sobre la cual no exista ley o norma exterior.

Hemos visto que ello es justamente lo que está ocurriendo en nuestro país, en el ámbito de los nuevos tipos de relaciones laborales que nos preocupan en la actualidad.

A modo de reflexión final, podemos concluir que la reestructuración económica, la competitividad y la apertura, así como las tendencias mundiales a la globalización y descentralización productiva a mercados diferenciales, son procesos que convergen y nos interpelan en nuestra sociedad. La necesidad de modernizar las relaciones laborales y de crear la cultura y el convencimiento colectivo de que debemos adoptar una posición distinta frente a la nueva realidad es urgente.

La Personalidad Jurídica y el poder sancionador de la Administración

Notas sobre la Desestimación de la Personalidad Jurídica por parte del Órgano Administrativo

Enrique Alcalde Rodríguez

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO Y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

La creciente complejidad que caracteriza las relaciones jurídicas en la sociedad moderna, obliga a preguntarse permanentemente acerca de la vigencia efectiva de los principios generales que informan nuestro ordenamiento legal. Ello se hace particularmente necesario si se considera que en diversos ambientes parece imponerse la creencia de que todo es relativo y debe ser apreciado desde una órbita esencialmente –y a ratos excluyentemente– pragmática. Tal actitud, que en sí misma ya estimamos reprochable, se ve agravada por la circunstancia de que la solución que se plantea para los problemas reales las más de las veces prescinde por completo, casi de manera dogmática, de todo intento o vocación por comprender los fundamentos mismos de las propuestas que con este mismo objeto se formulan.

Como quiera que el Derecho presenta una dimensión esencialmente social, el medio jurídico no ha permanecido ajeno a este tipo de embates, los cuales, incluso y paradójicamente, han llegado a adquirir ribetes francamente mesiánicos. En este contexto, advertimos con preocupación que, en gran parte debido al impulso y la celeridad que exige el tráfico económico, en las últimas décadas se ha producido tanto la creación como la interpretación de preceptos legales que tiende a menospreciar, precisamente, los principios que los gobiernan y que constituyen, en definitiva, su propia “alma” y razón de ser.

Así las cosas, no es extraño ver cómo en ocasiones se invocan, prescindiendo de su real contenido y efectos, conceptos cuyo solo nombre parece otorgar “patente de corso” para configurar atropellos a tales principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico. Una de estas nociones es sin duda la del “Orden Público Económico”, la cual, presentada en ocasio-

nes con contornos vagos e imprecisos, se esgrime como argumento para justificar la total o parcial abolición de aquellos.¹ De otro lado, el hecho de que en algunos sectores impere aún un marcado interés por la ingeniería social, recurriendo, para satisfacerlo, a una nutrida legislación reglamentaria y a nuevos intentos por introducir el dirigismo contractual, también se ha traducido en una tendencia a restringir la esencial función interpretativa de los jueces, lo que en cierta medida, y adicionalmente, explica las críticas relativas al desprestigio y decadencia de nuestra jurisprudencia.²

La frondosa legislación económica dictada al alero de la Constitución de 1980, precisamente, y en parte, discurre sobre la base de una regulación fundada en los principios del denominado "Orden Público Económico", contemplándose la intervención de la autoridad administrativa, v.gr. Superintendencia de Valores y Seguros, no sólo a nivel de fiscalización, sino que también, y de manera relevante, en el plano punitivo o sancionador.

Ahora bien, entre los sujetos destinatarios de esta clase de regulaciones, y atendida la propia naturaleza de las mismas, se encuentran no sólo individuos que ocupan determinada posición al interior y/o en relación con las empresas sino que, preferentemente, personas jurídicas que intervienen dinámicamente en este sector de la actividad social. A partir de lo dicho, y considerando la circunstancia de hallarnos ante una normativa esencialmente restrictiva de la actividad privada, se comprenderá entonces la relevancia de revisar algunos de los principios generales que, desde antiguo, informan a la persona moral y cuya vigencia, naturalmente, no puede ser desconocida, y menos abrogada, sobre la base de una apreciación ligera de las nociones de este "nuevo orden" y de los poderes que en tal virtud se han conferido a la autoridad pública.

¹ En este sentido, elocuentes y particularmente ilustrativas son las palabras del profesor Pablo Rodríguez, quien, comentando los peligros que encierra una errónea o difusa conceptualización del llamado "abuso del derecho", hace ver que tal teoría "ha sido elemento predilecto de quienes adhieren al intervencionismo estatal o a la ingeniería social", señalando también que identificar este instituto con "restricciones impuestas por un genérico deber de no lesionar a "otro" ... o con un ilícito "sui generis", nos arrastraría, a mediano o largo plazo, a la politización del derecho, al introducir, como condicionante del ejercicio del derecho subjetivo, elementos extrajurídicos de alto contenido ideológico". RODRÍGUEZ G., Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pgs. 220 y 345.

² RODRÍGUEZ G., Pablo, *Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas*, Ponencia presentada en el Congreso sobre "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos", realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de Mayo de 1991. A propósito de esta misma idea, en tal ponencia el profesor Rodríguez nos recuerda que "Cada día son más frecuentes las normas de orden público, los derechos irrenunciables y las conductas tipificadas como delito en el campo tributario, previsional, laboral y comercial. Todo ello ha ido transfiriendo al Poder Legislativo (antes Junta Militar de Gobierno) funciones que son propias de los jueces en incluso de los particulares". Para una profundización de estas nociones recomendamos la obra del mismo autor, titulada *El Derecho como Creación Colectiva (La Concreción de la Norma Jurídica a través de la Regla Autocompuesta)*, Universidad del Desarrollo Ediciones Jurídicas, 1999.

Como se sabe, uno de los principios sobre los cuales descansa toda la concepción occidental de la personalidad jurídica consiste en la radical separación entre la entidad y los miembros que la componen y que, a nivel jurídico positivo, entre nosotros consagran los artículos 549 y 2053 del Código Civil.

A nuestro juicio, el señalado principio no puede ser preterido ni aún por el legislador si se considera que es cosubstancial a la noción misma de la persona jurídica. En este sentido, el propio constituyente ha reconocido no sólo el hecho de que la facultad de darse esta clase de organización es un derecho que dimana de la propia naturaleza humana³ –con lo cual, en nuestro concepto, también gozará de la protección que, respecto de los poderes radicados en la soberanía popular, le garantiza el artículo 5° de la Carta Fundamental–, sino el que se erige en un “principio básico el derecho de toda asociación a tener su personalidad jurídica”.⁴

La circunstancia de que el sustrato real de la persona moral no se confunda con aquella, lo que, según hemos dicho, constituye un elemento esencial de la personalidad jurídica, cobra particular importancia en aquellos casos en que existe una normativa en la cual la autoridad administrativa, según se ha dicho, juega un rol determinante en el orden regulatorio y sancionador. Ello por cuanto los destinatarios de un gran número de disposiciones de la normativa económica son, en definitiva, sociedades, las cuales, como es natural, jurídicamente manifiestan su voluntad mediante sus órganos y, éstos, a su vez y en último término, a través de las personas naturales o individuos que los integran.

El problema se presenta –y en esto nos acercamos al objeto principal de estas notas– cuando tales individuos, actuando a nombre o en representación de la sociedad, incurren en un ilícito que determina la imposición de una sanción por parte del órgano fiscalizador. Si bien es cierto los actos u omisiones son, en definitiva, atribuibles a un individuo, no lo es menos que los efectos que se deriven de su actuación –supuesto que ha obrado como legítimo representante– deben radicarse, para los fines que aquí se analizan, en el destinatario de la norma y no en

³ Citando al profesor Jaime Guzmán E., podemos decir que las “asociaciones son manifestaciones de la libertad de la persona humana y del principio de subsidiariedad que la completa o que la expresa para este efecto”. Intervención ante la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), Sesión N° 127, de 05.06.75.

⁴ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, en su intervención ante la CENC, Sesión N° 127, de 05.06.75. Por su parte, y en la misma sesión, don Jorge Ovalle Quiroz, refiriéndose a la misma materia, agregó que aquellas asociaciones que “participan en la vida civil celebrando contratos, sea para alcanzar fines de lucro, sea para alcanzar fines culturales o de beneficencia, necesitan obligadamente disponer de la personalidad jurídica, que es lo que caracteriza a la asociación y que le permite participar en la vida comunitaria”.

quien despliega la conducta a la manera de un nuncio o mensajero "físico" o "material" de su voluntad.

En otras palabras, sea que el individuo haya obrado como representante o bien en cuanto generador de la voluntad social, el principio que analizamos exige que la pertinente sanción administrativa necesariamente recaiga en la persona jurídica que tuviere la calidad de sujeto pasivo de un determinado deber jurídico y no en sus socios o apoderados.

El tema planteado, nos conduce directamente a preguntarnos qué ocurre en aquellas hipótesis en que una o más personas naturales, que son el sustrato real de una persona moral, v.gr. el controlador de una compañía, se sirve de una o más estructuras societarias a fin de infringir una norma prohibitiva o eludir la aplicación de un precepto imperativo.

Ha sido esta práctica la que, en buena medida, motivó la formulación de la teoría que la mayoría de la doctrina califica de "abuso de la personalidad jurídica" –aludiendo con ello más a la causa de la misma que a su efecto⁵ y que puede definirse como aquel remedio jurídico en cuya virtud resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular, o bien, sin alcanzar a negar tal existencia, privar al socio de los beneficios que se siguen de actuar a través de la compañía.⁶ De esta manera, mediante el concepto enunciado, se abre la posibilidad de "allanar" la estructura misma de la persona jurídica de tal suerte que, descorriendo el velo corporativo, se penetre hasta su propio sustrato real. Dicho en otros términos, bajo ciertas circunstancias⁷ se podrá obviar el principio de la radical separación entre la entidad y sus miembros a fin que las consecuencias de un acto, en el sentido más lato de este concepto, se radiquen en estos últimos y no en aquella.

Según algunos, el fundamento de la doctrina expuesta reside, a su vez, o

⁵ Por tal razón, algunos prefieren designar a esta teoría como "Desestimación de la Personalidad Jurídica". DOBSON, Juan M., *El Abuso de la Personalidad Jurídica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pg. 11.

⁶ DOBSON, Juan M., op. cit., pgs. 11 y 12.

⁷ Como bien advierte un autor, "el problema de la utilización de las formas jurídicas con objetivos distintos a los previstos por el legislador forma parte de la teoría general de los actos aparentes, respecto de los cuales no necesariamente debe asumirse una posición contraria, tanto porque no siempre conducen a un resultado ilícito, cuanto porque el propio ordenamiento jurídico los permite en virtud del principio de la libertad contractual". En este mismo sentido, Jhering nos recuerda que "los actos aparentes eran uno de los numerosos expedientes a los cuales los juriscónsultos romanos recurrían para satisfacer con los medios existentes las nuevas necesidades de la vida diaria". LYON P., Alberto, *Teoría de la Personalidad*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993, pg. 173.

bien es expresión particular de la llamada teoría del “abuso del derecho” o, siguiendo la acertada terminología del profesor Pablo Rodríguez, del “abuso del interés”.⁸ Otros en cambio, considerando que más que una teoría se trata de un principio general de derecho, y atendido que el remedio proporcionado por esta “teoría” no siempre es eficaz para los propósitos perseguidos, hacen descansar su fundamento en otras instituciones, tales como la simulación ilícita y el fraude a la ley.⁹

Aplicando los conceptos anotados a los aspectos que se analizan, y atendida la finalidad de las normas contenidas en la legislación económica, así como los principios que la animan, cabe plantearse las siguientes interrogantes: (i) Dentro de cuál contexto se podría formular la necesidad de recurrir a la teoría que se ha reseñado¹⁰ y (ii) Si es lícito que la autoridad administrativa, en el ejercicio de sus facultades sancionadoras, recurra a esta doctrina, aplicando así a los sujetos que se hallan tras la sociedad las consecuencias que se siguen de infringir un determinado deber legal.

Antes de abordar la materia enunciada, precisaremos algunas ideas básicas para entender el marco en el cual debe encuadrarse la actividad punitiva de la Administración.

En este ámbito, cabe primeramente considerar que la “pena administrativa” tiene un doble carácter o, si se quiere, puede ser apreciada desde una doble perspectiva. “Por una parte, puede atribuírsele un significado procesal, en cuyo caso se entenderá por penas administrativas todas aquellas medidas sancionadoras que, de conformidad con el ordenamiento vigente, son impuestas directamente por una autoridad administrativa, sin intervención de los tribunales de justicia, no obstante su naturaleza punitiva o, por lo menos, su semejanza con las formas de la pena criminal. Por la otra, es también posible conceptuarla de acuerdo con un criterio material,

⁸ Según este autor, “el denominado “abuso del derecho” describe una colisión o conflicto de intereses no tutelados por el ordenamiento jurídico”, precisando que “las únicas limitaciones que reconoce el ejercicio de un derecho subjetivo son aquellas que surgen del contenido y naturaleza del “interés jurídicamente tutelado”, factor objetivo que debe apreciar el juez, atendiendo a las normas que instituyen el derecho o lo reconocen”. Agrega el mismo autor que al margen de ese interés jurídicamente protegido “no existe derecho subjetivo y lo que se obra a su nombre corresponde a un comportamiento de facto, no de iure...; por lo cual hablar de “abuso del derecho” importa... un contrasentido, porque se alude a un caso en que no está en juego derecho alguno”. Rodríguez, op. cit. en nota N° 1, pgs. 341 y 342. El subrayado es nuestro

⁹ En tal sentido, por ejemplo, se pronuncian OTAEGUI y RADRESA, citados por Dobson, op. cit., pgs. 32 y 33. La posición contraria, v.gr., es sustentada, entre nosotros, por Lyon, op. cit., pgs. 179 y sgtes.

¹⁰ Para algunos, v.gr. Rolf Serick, únicamente tres casos permiten aplicar la teoría, a saber: cuando se posibilita burlar una disposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros; agregando que fuera de estos casos la invocación de la buena fe como principio general de derecho trastornaría todo el sistema de la personalidad jurídica. Citado por Dobson, op. cit. pgs. 19 y 20)

y entonces serán penas administrativas las impuestas a hechos que atenten contra la estructura y organización de la administración o contra otros bienes jurídicos que, por encontrarse estrechamente vinculados con ella, le interesan primordialmente”.¹¹

En la actualidad, goza de aceptación la distinción que formulara originalmente la doctrina alemana entre dos nociones claramente diferenciables, a saber: la “discrecionalidad” y los “conceptos jurídicos indeterminados”, entendidos éstos como aquellos en que la medida concreta para su aplicación en un caso particular no viene resuelta o determinada con exactitud en la propia ley que se refiere a ellos y de cuya aplicación se trata. A nuestro juicio participarían de esta naturaleza, por ejemplo y entre otros, los conceptos de “seguridad nacional”, “interés nacional”, “función social”, “utilidad pública”, “orden público económico” y, en fin, el mismo instituto del “abuso del derecho” en general y del abuso de la forma de la personalidad jurídica, en particular”.¹²

Como nos enseña un autor, un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esta naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta, advirtiendo que la nota esencial y distintiva de aquellos viene dada por el hecho de que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: se da o no se da el concepto (“*Tertium non datur*”). Lo dicho cobra especial relevancia si se tiene en cuenta, entre otras cosas, que en el aspecto planteado reside la principal diferencia práctica entre el concepto jurídico indeterminado y la potestad discrecional que el ordenamiento jurídico le puede haber atribuido a la Administración. Así, observamos que mientras lo peculiar de los primeros es “una unidad de solución justa en la aplicación de un concepto a una circunstancia concreta”, en la segunda veremos que las potestades discrecionales se caracterizan por existir una “pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio”.¹³

En consecuencia, y citando la misma doctrina que comentamos, el proceso de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es “un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de

¹¹ Enrique Cury U., citado por ALCALDE R., ENRIQUE, *Nueva Legislación sobre Operaciones de Cambios Internacionales*, Ediar Conosur, 1991, pg. 144.

¹² En el ámbito del derecho privado, tendrían esta categoría, p.ej., los conceptos de “diligencia de un buen padre de familia”, “buena fe” y “buenas costumbres”, por citar solo algunos. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *El Control de los Poderes Discrecionales de la Administración*, Rvta. de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 17, Enero-Junio 1975, pg. 86.

¹³ García de Enterría, op. cit., pg. 87.

un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales".¹⁴

Formuladas ya estas ideas preliminares, y entrando de lleno a la primera de las interrogantes más arriba planteadas, diremos que entre los supuestos de hecho que justificarían preguntarse por la procedencia de la teoría del abuso de la personalidad jurídica se puede imaginar el caso en el cual, quien es sujeto pasivo de un mandato legal –sea persona natural o jurídica– y que se halla sometido al control de la Administración, se sirve de la estructura formal que le ofrece una sociedad, exenta de tal control, a fin de infringir la norma. De esta manera, ante el ente regulador, el sujeto fiscalizado y que tiene la calidad de destinatario de un deber legal, no aparece realizando o absteniéndose de ejecutar la conducta objeto del pertinente precepto.

En una hipótesis como la recién propuesta, procede ahora preguntarse si puede la autoridad administrativa competente prescindir o desestimar el principio de separación entre la persona jurídica y los miembros que la componen, a fin de sancionar a quien resulta ser el destinatario de la obligación legal que se ha vulnerado por este medio.

Independientemente de cuáles sean los requisitos que autorizan esta verdadera "invasión" a la personalidad jurídica, nos parece inconcuso el hecho de que la Administración carece de facultades que le permitan imponer una sanción sobre la base de la doctrina que comentamos. Y estimamos que tal imposibilidad se manifiesta tanto respecto de la persona que formalmente expresó en uno u otro sentido su voluntad –y que no resulta ser destinatario de la obligación infringida– como respecto de quienes –siendo los verdaderos sujetos pasivos de la norma– se sirvieron o aprovecharon de aquella a objeto de burlar un precepto legal.

Según fácilmente se advertirá, una decisión de semejante naturaleza, que necesariamente supone una controversia jurídica, precisa desde luego observar los principios generales del derecho¹⁵ y, en especial, las normas que consagra nuestro orden constitucional. De ello se sigue, entre otras cosas, el que tal materia deba ser conocida por los tribunales de justicia, respe-

¹⁴ García de Enterría, op. cit., pg. 88.

¹⁵ Citando a FORSTHOFF, podemos decir que en una Administración que invade todas las esferas de la vida privada "no la simple técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vinculación a principios jurídicos materiales puede asegurar hoy en la medida necesaria libertad individual y justicia social, legitimando al Estado como Estado de Derecho". Citado por García de Enterría, op. cit., pgs. 93 y 94.

tando rigurosamente la garantía de un debido proceso y pronunciando la correspondiente resolución en el marco de un “justo y racional procedimiento”. Como bien enseña Soto Klos, el “debido proceso” implica “un racional y justo procedimiento, y es más: nadie puede ser sancionado en un debido proceso si este no comporta un juez, es decir, un tercero independiente e imparcial”.¹⁶

Asimismo, la circunstancia de hallarse inserta, la función represiva de la Administración, en la denominada “competencia reglada” –manifestación a su vez del “Principio de Reserva o Legalidad”–, necesariamente implica que el órgano publico no se encuentra en libertad de determinar, ni aún invocando razones de interés superior de la sociedad, aquella alternativa jurídica que le sea más propicia o conveniente para cumplir el rol fiscalizador que le asigna la ley o la que resulte conducente en mejor medida para satisfacer las aspiraciones o finalidades que han motivado la dictación de la norma cuya vigencia efectiva deba controlar. Según decíamos, la institución denominada “abuso de la personalidad jurídica” y la consecuencia que ésta acarrea en cuanto autoriza para prescindir de un elemento esencial de la misma (el principio de separación entre la entidad y sus miembros), como también la noción misma de “orden público económico” que pueda invocarse para legitimar su procedencia, corresponden a “conceptos jurídicos indeterminados”. Así las cosas, pensamos que tanto su examen como aplicación a un caso particular y concreto, necesariamente requiere de un proceso de juicio o estimación a cargo de un tribunal de justicia, excluyendo la discrecionalidad de que legítimamente pueda disponer el empleado público en otros ámbitos.

De otra parte, y aproximándonos al tema desde la perspectiva constitucional del actuar punitivo de la Administración (cuestión que en sí misma ya puede ser controvertida), seguimos a Soto Klos cuando expresa: “Potestad sancionadora del administrador, sí, pero sometida a un debido proceso, a

¹⁶ SOTO KLOS, Eduardo, *El Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración*, Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, N°s. 44-45, 1979-1980, pg. 101. El subrayado es nuestro. (17) Si bien es cierto se trató de un caso que versaba sobre la disolución de una persona jurídica dispuesta por la Administración, cabe tener presente, por analogía, los principios cuya vigencia recordara la Corte Suprema al fallar que: “La disolución de una persona jurídica... es una controversia jurídica, desde que se está privando por ella a una asociación nada menos que del derecho a ser persona jurídica, **controversia que importa una causa cuyo conocimiento y resolución pertenecen –conforme con la Constitución– exclusivamente a los tribunales**”. (el subrayado es nuestro) Sentencia de fecha 16.09.92, Recurso de Inaplicabilidad deducido por Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad. Citado por EVANS, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1999, pg.354). Pensamos que la doctrina recién transcrita es igualmente aplicable al tema que analizamos dado que, según señalamos, un elemento esencial de la personalidad jurídica lo es el principio de la radical separación entre la entidad y sus miembros. En este mismo sentido se pronuncia Dobson, op. cit., pg. 86.

un justo y racional procedimiento, a una ejecución **con declaración previa de constitucionalidad y legalidad efectuada por un juez**.¹⁷ Como quiera que uno de los aspectos que envuelve la llamada “autotutela ejecutiva de la Administración” supone el que la autoridad resuelva unilateralmente sobre situaciones jurídicas de terceros (“autotutela declarativa”), si con ello se afecta una garantía constitucional del administrado, el órgano público no podría lícitamente juzgar, por tratarse de un terreno que de suyo pertenece al juez.¹⁸

En nuestro concepto, a la mismas conclusiones que se han reseñado arribaremos si examinamos la materia a la luz de los principios que gobiernan la aplicación de la doctrina del “abuso del interés” o del “abuso del derecho” –que, como apuntábamos, en opinión de algunos constituye el fundamento de la desestimación de la personalidad jurídica–, toda vez que en tales casos “queda encomendado al juez identificar el interés tutelado en la norma cuando su extensión o su dirección ofrecen dudas”.¹⁹ En consecuencia, si se tiene presente que el problema de la aplicación de la teoría del abuso de la personalidad jurídica se traduce en “una pura cuestión de interpretación de la ley y en un examen sobre la finalidad que cumple la institución de la personalidad jurídica dentro del sistema legal”,²⁰ se comprenderá, entonces, que tal labor de exégesis necesariamente deba hallarse circunscrita a la competencia del juez, excluyéndola así de la esfera de actuación propia del funcionario administrativo.

Para terminar, y a modo de síntesis, consignaremos las siguientes conclusiones:

Toda legislación y, en especial, aquella de naturaleza económica en la cual se han centrado estas notas, si bien obedece o se inspira en determinadas nociones, aún más generales y abstractas que las normas que la componen, v.gr. el concepto de “orden público económico”, debe ser aplicada tomando en consideración no sólo los principios que la informan de modo particular e inmediato, sino que guardando fidelidad plena a los demás principios generales del Derecho, toda vez que éste constituye un todo armónico cuyas instituciones se entrelazan de manera lógica y sistemática.

¹⁷ Soto Klos, op. cit., pg. 101. El subrayado es nuestro. Según este mismo autor, “Todo lo que no se adecúa a este régimen es en Chile inconstitucional, antijurídico, injusto. En una palabra: repudiable; es más, parece repugnar al más elemental sentido jurídico de una mente civilizada.

¹⁸ Soto Klos, op. cit., pgs. 99, 101 y 103.

¹⁹ Rodríguez, op. cit. en nota N° 1, pg. 221.

²⁰ Rodríguez, op. cit. en nota N° 1, pg. 221.

La potestad sancionadora de la Administración –partiendo de la hipótesis de que ésta se halla aceptada en nuestra Constitución–, necesariamente ha de ejercitarse con pleno respeto a las garantías fundamentales; entre ellas, la que la obliga a encuadrarse en el marco del debido proceso y luego de haber observado un racional y justo procedimiento para los efectos de aplicar e imponer una pena.

El hecho de que la separación que existe entre la entidad moral y sus miembros sea un elemento estructural de la personalidad jurídica, no autoriza el abuso de tal institución, cuando mediante este expediente se vulneran principios de superior jerarquía, traicionando, en definitiva el fundamento mismo en el cual se sustenta esta categoría especial de sujetos.

Desde el momento que la desestimación de la personalidad jurídica supone, eminentemente, una labor de interpretación de la ley y de los diversos intereses que el Derecho tutela y ampara, tal función compete exclusiva y excluyentemente a los tribunales de justicia.

En consecuencia, el órgano administrativo a quien la ley le ha conferido expresamente la facultad de imponer una sanción, no puede –ni aún a pretexto de recurrir a las finalidades de su función pública o a la invocación de los principios superiores que el legislador ha pretendido resguardar por su intermedio–, prescindir de un elemento esencial de la persona jurídica, abocándose así una tarea que, como la propuesta, excede del marco de su cometido y que a todas luces escapa de cualquier pretendida potestad discrecional de que se halle formalmente investido.

Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Algunas observaciones generales

Los regímenes patrimoniales en Chile se caracterizan por tres aspectos básicos: su **multiplicidad**, su **mutabilidad** y su **complejidad**.

Desde luego, no es frecuente que en un mismo sistema legal coexistan tres regímenes diversos que se adoptan por voluntad de los interesados. En nuestro país el matrimonio puede implicar una comunidad de bienes, o la unidad de destino de dos patrimonios, o su absoluta independencia. La sociedad conyugal, la participación en los gananciales y la separación de bienes conducen, precisamente, a estos objetivos.

La legislación vigente, por otra parte, permite transitar entre los diversos regímenes con extrema facilidad. Así, por ejemplo, quienes contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal pueden voluntariamente adoptar el régimen de participación en los gananciales (art. 1723 del Código Civil) y, posteriormente, sustituir éste por el de separación total de bienes. De este tránsito, como es obvio, se sigue un perjuicio para los terceros que contratan con el marido o con la mujer, atendido el hecho de que, conforme las disposiciones de cada régimen, pueden producirse nulidades que comprometerán los derechos de dichos terceros. Desde este punto de vista, nuestra legislación es exageradamente liberal en lo que dice relación con la sustitución de los regímenes patrimoniales.

Por último, la reglamentación legal de esta materia es complejísima. Son muy pocas las parejas que contraen matrimonio, si las hay, conociendo con cierta precisión sus derechos. Para formarse una idea clara de lo que se señala basta con indicar que la sociedad conyugal coexiste con los llamados **regímenes anexos**, esto es, separaciones parciales de bienes (artículos 150, 166, 167 y 1724), sujetos a regulaciones especiales. Setenta artículos reglamentan la sociedad conyugal, muchos de los cuales se remiten referencialmente a otras tantas normas establecidas en el Libro I del Código Civil. A lo dicho habría que agregar la circunstancia de que las sucesivas reformas han ido dejando vacíos que deben llenarse por la vía interpretativa,

todo lo cual redundando en incertidumbre e inseguridad. Ni siquiera en materias tan sensibles como la nulidad, existen criterios unánimes en la doctrina. Por otro lado, hay normas que no tienen aplicación en la práctica y que, a lo más, se emplean para los efectos de una liquidación voluntaria, permitiendo ajustar los patrimonios comprometidos. Se trata, entonces, de instituciones divorciadas de las tendencias modernas.

II. Regímenes patrimoniales y realidad social

Probablemente ninguna institución más que los regímenes patrimoniales está determinada (o debería estarlo) por la realidad social imperante. Lo que señalamos se ve magnificado por el hecho de que vivimos en una comunidad desintegrada, en que se superponen diversos sectores o grupos con medios económicos, nivel cultural, valores, etc., muy diversos y, a veces, contrapuestos. Esto hace extremadamente difícil satisfacer todas las necesidades sociales comprometidas y la continuidad de una legislación estable.

Particularmente importante es destacar que esta materia está condicionada por el rol que corresponde a la mujer y al hombre en el proceso productivo. La desigualdad en el ejercicio de estos roles determina la necesidad de establecer un sistema de discriminación positiva, cuestión repudiada por ciertos sectores feministas.

Es un hecho que la mujer se ha ido incorporando en los tres últimos decenios, especialmente, al mundo productivo, pero tiene ella, aún, desventajas significativas. Son muchas las mujeres que en el día de hoy, junto con realizar tareas productivas (a veces más exitosas que las del marido), deben atender de preferencia las labores del hogar. Esta realidad no tiene una expresión adecuada en la legislación vigente. Es cierto que existen instituciones discriminatorias que la favorecen, como sucede, por ejemplo, con el llamado patrimonio reservado de la mujer casada, pero éste no es suficiente. Si desde el punto de vista doctrinario podemos formular muchas críticas a esta institución (recuérdese que se confieren plenas facultades de administración a la mujer no obstante tratarse de bienes sociales, en oposición a las muchas restricciones que afectan la administración de los mismos bienes por parte del marido, sin dar a éste ni siquiera el derecho de reclamar la separación de bienes), no puede desconocerse que ella ampara una realidad que nadie puede ignorar. Es la mujer en Chile la que mejor y más efectivamente ha protegido y sostenido al grupo familiar. En mi larga carrera profesional podría contar con los dedos de una mano a las mujeres que han abandonado a sus hijos pequeños, pero son innumerables los hombres que han renunciado al cumplimiento

de sus obligaciones más elementales con un desprecio absoluto por su familia. De esta realidad nadie debería desentenderse a la hora de legislar, más allá de las tendencias feministas que proclaman la necesidad de igualar los roles del hombre y de la mujer en la sociedad moderna. Mientras aquella aspiración no se concrete, la regulación legal no puede desatender lo que sucede en la realidad social.

Como se advierte, vivimos una etapa de transición, en la cual el hombre ha dejado de ser el único proveedor y la mujer la encargada de la vida doméstica del hogar. Pero aun falta mucho para lograr un equilibrio adecuado. De aquí las dificultades que asaltan al legislador en esta materia. Es ya tradicional entre nosotros el esfuerzo por “parchar” la legislación para evitar un cambio abrupto de la misma. No tengo claro si esto es provechoso o perjudicial, pero lo cierto es que, como se observará más adelante, en lo concerniente a los regímenes patrimoniales en el matrimonio, esta tendencia se ha extremado. Cabe preguntarse si no habría sido mejor encarar este tránsito social con una legislación más flexible, simple y menos ambiciosa. Creo que la respuesta depende de la opinión que a cada uno merezcan las normas que analizaremos críticamente más adelante.

En síntesis, los regímenes patrimoniales no pueden prescindir de la función económica que corresponde a cada cónyuge, y esta cuestión está experimentando cambios profundos día a día. De aquí, creemos nosotros, que debamos ser muy cautos en el enjuiciamiento de la legislación vigente.

III. Evolución de la legislación sobre regímenes patrimoniales

A partir de 1925 se observa una clara tendencia en esta materia. Se intenta, sin duda, mejorar la situación de la mujer respecto de la que corresponde al marido. Fue precisamente ese año cuando un gobierno de facto dictó el Decreto Ley N° 328 que creó el “**patrimonio reservado de la mujer casada**”. Se trató de una conquista social, ya que en ciertos sectores, preferentemente marginales, la remuneración que correspondía a la mujer que trabajaba debía pagársele al marido, el cual derrochaba estos recursos, en perjuicio de la familia común. Al darle plena capacidad legal para percibir lo que la mujer obtenía con el fruto de su trabajo, se amparaba, paralelamente, a la prole. Reiteremos que, en todos los sectores de la sociedad, ha sido invariablemente la mujer el sostén de la familia y la que con mayor abnegación ha luchado por la suerte de sus hijos.

Como es sabido, esta legislación irregular fue sustituida por la Ley N° 5.521, del año 1934, la cual tuvo origen en una comisión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, presidida entonces por don Arturo Alessandri

Rodríguez. Esta ley incorpora al Código Civil el artículo 150, que subsiste con muy pocas reformas hasta el día de hoy.

Posteriormente, la Ley N° 7.612 reforma en esta materia el Código Civil, introduciendo, entre otras innovaciones, la facultad de los cónyuges para sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes, pudiendo liquidarse en el mismo acto la sociedad conyugal (actual artículo 1723). La Ley N° 10.271, de 1952, marca ya definitivamente la tendencia de dar a la mujer mayores prerrogativas en la administración de la sociedad conyugal, lo cual se acentúa con la dictación de la Ley N° 18.802, de 1986, que hace desaparecer la incapacidad relativa de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal. Por último, la Ley N° 19.335, de 1994, completa este ciclo, introduciendo el régimen de participación en los gananciales y los llamados bienes familiares. El primero se incorpora al Código Civil en un solo artículo (1792), el cual contiene 27 numerales; los segundos se regulan entre los artículos 141 y 149, para cuyos efectos se debió trasladar otras disposiciones en un proceso de reordenación del articulado del Código Civil.

No exageramos si decimos que a esta altura de la evolución analizada, existe una especie de **coadministración** en el régimen de sociedad conyugal, ya que la mujer interviene obligadamente en la gestión de los negocios sociales de mayor significación, como se observará más adelante. Resulta, por lo mismo, ilusorio lo previsto en el artículo 1752 del Código Civil, cuando dice que "la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145". Lo cierto es que ninguna de las disposiciones actuales que facultan a la mujer para intervenir activamente en la administración de la sociedad conyugal (incluso asumiendo, como se verá, su administración ordinaria), podrían justificarse si la mujer efectivamente no tuviere derecho alguno sobre los bienes sociales. Esta norma, que pudiere estimarse necesaria para el diseño de la filosofía del régimen, carece hoy de toda realidad. La intervención de la mujer en la administración de los bienes sociales es una tendencia que se acentuará en el futuro, al extremo de conformarse, como se dijo, una verdadera coadministración.

La línea evolutiva, por consiguiente, es clara y todo hace presumir que se profundizará más adelante. En la medida en que la mujer siga incorporándose masivamente al proceso productivo y las condiciones que le ofrezca el mercado sean equivalentes a las del marido, la sociedad conyugal deberá modificarse, o bien adoptarse otro régimen patrimonial fundado en la igualdad de roles. Pero mientras lo anterior no ocurra, deberá subsistir un sistema que reconozca la necesidad de dar un tratamiento preferencial (discriminación positiva) a la mujer casada.

IV. Actual normativa

En Chile el régimen de bienes en el matrimonio se escoge libremente por los contrayentes, sea manifestando su voluntad tácita o expresamente. Si ellos nada expresan, se entienden que optan por la sociedad conyugal, así lo consagran los artículos 135 y 1718 del Código Civil. En un solo supuesto los contrayentes deben pactar expresamente la sociedad conyugal. Se trata de los matrimonios celebrados en país extranjero, caso en el cual ellos se miran como separados de bienes, "a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal..." (inciso segundo del artículo 135). El régimen de sociedad conyugal convive con cuatro regímenes anexos, consagrados, respectivamente, en los artículos 150 (patrimonio reservado de la mujer casada), 166 (donaciones, herencias o legados hechos a la mujer con la condición precisa de que no tenga el marido la administración de las cosas heredadas, donadas o legadas), 167 (separación parcial de bienes convenida en capitulaciones matrimoniales), y 1724 (donaciones, herencias o legados hechos a cualquiera de los cónyuges con la condición de que los frutos de las cosas donadas, heredadas o donadas no pertenezcan a la sociedad conyugal). En este último caso, como se explicará más adelante, debe entenderse que se produce la separación parcial de bienes, ya que existen razones incluso más poderosas que las consignadas en el artículo 166.

Los demás regímenes patrimoniales son alternativos, esto es, pueden convenirse cuando se manifiesta la voluntad en términos formales y explícitos. En este caso se encuentra la separación total de bienes, que puede pactarse antes de la celebración del matrimonio en las capitulaciones matrimoniales (artículo 1715 inciso primero), durante la celebración del matrimonio (artículo 1715 inciso segundo), o durante el matrimonio (artículo 1723). Como puede observarse, la ley da amplias facilidades a los contrayentes y los cónyuges para sustituir la sociedad conyugal por la separación total de bienes.

Finalmente, el otro régimen alternativo es la participación en los gananciales (modalidad crediticia), que puede convenirse antes del matrimonio (artículos 1715 inciso segundo y 1792-1), en la celebración del matrimonio (artículo 1715 inciso segundo) y durante el matrimonio (artículos 1792-1 y 1723). Como ya se indicó, pueden los cónyuges, además, sustituir el régimen de separación de bienes o de sociedad conyugal por la participación en los gananciales (artículos 1723 y 1792-1).

Cabe observar que, a partir de las leyes N°s 18.802 y 19.335, se establece un "**patrimonio de responsabilidad**" en relación a la mujer casada sometida al régimen de sociedad conyugal. Este se encuentra integrado

por los bienes que ella administra separada del marido (artículos 150, 166 y 167), todos los cuales quedan afectos a las obligaciones contraídas por la mujer tanto en dicha administración como en los actos ejecutados con autorización judicial respecto de sus bienes propios (artículo 138 bis). Así se establece en el artículo 137, que contiene el principio general: "Los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167".

V. La sociedad conyugal

Conviene fijar la situación jurídica de los bienes que los cónyuges tienen al momento de celebrarse el matrimonio.

1. Bienes inmuebles. Dichos bienes se mantienen en el patrimonio de cada cónyuge, al margen de la sociedad conyugal, vale decir, no son comunicables. Sólo los frutos que produzcan dichos bienes pertenecerán a la sociedad conyugal (ingresan al haber absoluto por disposición del artículo 1725 N° 2, salvo que se trate de bienes donados, heredados o legados con la condición de que dichos frutos no pertenezcan a la sociedad conyugal, situación contemplada en el artículo 1724, que se analizará más adelante). Sobre esta materia es útil preguntarse si pueden los cónyuges aportar un bien raíz a la sociedad conyugal, debidamente avaluado en capitulaciones matrimoniales. Esta situación estaba contemplada en el artículo 1725 N° 6, actualmente derogado. No obstante esta derogación, creemos nosotros que no existe inconveniente alguno, ya que los esposos pueden celebrar cualquier convenio, siempre que ellos no sean contrarios a la ley ni a las buenas costumbres, ni vayan en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes, según señala el artículo 1717. Por consiguiente, no hay inconveniente en celebrar esta estipulación, tanto más si se tiene en consideración que la deuda que se contraiga con el cónyuge aportante deberá pagarse en términos reales y no nominales (recompensa).

2. Bienes muebles. Los bienes muebles por el hecho del matrimonio pasan a integrar el haber relativo de la sociedad conyugal (vale decir, con derecho a recompensa al momento de liquidarse la sociedad conyugal), salvo que los mismos sean objeto de una estipulación en capitulaciones matrimoniales que los "eximan de la comunión". Así se establece en el artículo 1725 N° 43. Si se analizan estas disposiciones se llegará a la conclusión de que la sociedad conyugal opera, a este respecto, como un verdadero título traslativo de dominio a favor del marido. En efecto, el artículo 1750 señala que éste es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio. Más aún, el artículo

1739 inciso 4° consagra una presunción a favor de los terceros que contratan con el marido o con la mujer, quedando ellos a cubierto de toda reclamación sobre el origen de los bienes (si son propios o de la sociedad conyugal), siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o la tradición del bien respectivo, salvo que se trate de bienes sujetos al sistema registral (registro abierto al público). De lo que se señala se infiere, entonces, que opera una transferencia de dominio de los bienes muebles que la mujer posee al momento de celebrar matrimonio, al marido, que ante terceros es el único dueño de los mismos. Claro está que la mujer tiene, al igual que el marido, derecho a recompensa real y no nominal, como ocurría antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 18.802.

3. Títulos de adquisición. El artículo 1736 consagra en el día de hoy siete casos en que los bienes adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal no ingresan a ella o ingresan con cargo a recompensa, no obstante lo prescrito en el artículo 1725 N° 5. Digamos, desde luego, que esta enumeración **no es taxativa** y, por lo mismo, constituye un principio general el que “la especie adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella” (artículo 1739 inciso 1°). Por consiguiente, podemos sostener que cada cónyuge es dueño de su respectivo título o causa de adquisición, la cual puede invocarse para reclamar el dominio de los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal, o recompensa por los bienes muebles en la misma hipótesis. Recordemos que el principio es el mismo: los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso durante la sociedad, si el título o causa de adquisición ha precedido a ella, se integran al patrimonio propio de cada cónyuge; si el bien es mueble, éste ingresa a la sociedad conyugal con cargo a recompensa (haber relativo). Tratándose de donaciones remuneratorias, la solución debe fundarse en los mismos presupuestos. Si se dona un bien raíz, se formará una comunidad entre el cónyuge donatario y la sociedad conyugal, que se formará con la parte donada (aquella que no da acción para perseguir el pago de los servicios) y la parte pagada (que da acción para exigir el pago del servicio). Así se desprende de la solución contemplada para otras hipótesis en los artículos 1728 y 1729. Si la donación es de un bien mueble, éste ingresará a la sociedad conyugal, dando derecho a recompensa a favor del cónyuge donatario por la parte de la donación que no da derecho a exigir el pago de los servicios. Como puede observarse, las soluciones son perfectamente coherentes. La modificación introducida al artículo 1739 por la Ley N° 18.802 puso fin a una antigua discusión que se había planteado a propósito de los contratos de promesa de compraventa de bienes raíces celebrados antes del matrimonio, ya que, incluso, podía haberse pagado íntegramente el precio del inmueble y celebrado el contrato definitivo durante el matrimonio.

El artículo 1739 N° 7 reguló expresamente esta situación, incorporando la exigencia de que el contrato de promesa se otorgue por instrumento público o instrumento privado, cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el artículo 1703.

Esta es, a grandes rasgos, la situación de los bienes de los cónyuges al momento de contraer matrimonio.

En cuanto a las deudas, el artículo 1740 N° 3 establece que ellas pesan sobre la sociedad conyugal, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello. Esta disposición atenúa el rigor de lo previsto en el artículo 1725 N° 4, en relación al artículo 1750 (transferencia de los bienes muebles de la mujer al marido por el hecho del matrimonio), ya que será el marido el obligado al pago de las deudas de la mujer, comprometiendo en ellos todos sus bienes, incluso los propios.

VI. Administración ordinaria de la sociedad conyugal

La administración ordinaria de la sociedad conyugal corresponde de pleno derecho al marido capaz. Si es incapaz, deberá designarse un curador para esta administración.

1. Características

a) Le corresponde al marido de pleno derecho sin necesidad de pacto o estipulación alguna. No pueden los contrayentes acordar en capitulaciones matrimoniales que la administración ordinaria corresponderá a la mujer o a un tercero;

b) La mujer durante la sociedad conyugal no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales (artículo 1752). Este enunciado, con las modificaciones experimentadas por el Código Civil, parece no corresponder a la realidad. Si así fuere, no se divisa cómo es posible el establecimiento de una verdadera coadministración en que participa, como se observará, la mujer en su condición de tal;

c) La administración se prolonga por todo el tiempo de vigencia de la sociedad conyugal, salvo que proceda la administración extraordinaria (quiebra del marido, interdicción o ausencia);

d) El marido es el “jefe” de la sociedad conyugal (lenguaje probablemente demasiado autocrático en el día de hoy). No es mandatario, no rinde cuenta de su gestión, no otorga garantía de restitución o

conservación de los bienes propios de su mujer, y responde sólo de dolo o culpa grave (artículos 1748 y 1771);

e) Puede ser privado de la administración por causales que provocan la disolución de la sociedad conyugal (separación de bienes por los motivos consagrados en el artículo 155, modificado tanto por la Ley N° 18.802 como por la N° 19.335);

f) Ante terceros el marido es el dueño de los bienes sociales (artículo 1750); y

g) El marido administra tanto los bienes sociales como los bienes propios de la mujer (artículo 1754, 1755 y 1756).

2. Limitaciones del marido como administrador de los bienes sociales

El artículo 1749 consagra varias limitaciones para la administración del marido respecto de los bienes sociales. Estas limitaciones han ido aumentando, observándose una tendencia clara de la legislación en este sentido. Para la ejecución de los actos previstos en este artículo es necesaria la autorización específica de la mujer:

a) **No puede el marido gravar ni enajenar ni prometer gravar o enajenar los bienes raíces sociales ni los derechos hereditarios de la mujer.** Se zanjó de esta manera otra larga controversia sobre la facultad del marido para prometer gravar o enajenar bienes raíces y luego, como consecuencia de la ejecución forzada del contrato de promesa, realizar una enajenación forzosa;

b) **No puede el marido dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales por más de 5 años tratándose de bienes urbanos ni más de ocho años tratándose de bienes raíces rurales, incluyendo las prórrogas que hubiere pactado el marido;**

c) **No puede el marido disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso contemplado en el artículo 1735.** Este último artículo permite que el administrador de la sociedad conyugal haga donaciones de bienes sociales "si fueren de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social". Esta norma no distingue si se trata de bienes raíces o muebles, por consiguiente pueden donarse unos y otros, pero siempre con el límite impuesto: poca monta en consideración de las fuerzas del haber social. Asimismo, esta regulación expresa hace inaplicable el artículo 1401, que, como es sabido, consagra la insinuación (autorización judicial), sin la cual la donación sólo tiene efecto hasta dos centavos, siendo nula en el exceso;

d) El marido no puede avalar, ni constituirse en deudor solidario, fiador u otorgar cualquier otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros. Este impedimento no comprende los casos de obligaciones solidarias o subsidiarias que provienen de la transferencia de instrumentos de comercio (letras, cheques o pagarés), siempre que sea la ley la que impone esta responsabilidad; y

e) Finalmente, **no puede el marido hacer subrogaciones en bienes de la mujer sin la autorización de ésta** (artículo 1733 inciso final).

Los actos antes mencionados deben ser autorizados por la mujer, prescribiendo el mismo artículo 1749 qué requisitos debe reunir esta autorización.

3. Exigencias que debe reunir la autorización de la mujer

Las sucesivas reformas de la ley han incidido, también, en esta materia. La autorización de la mujer debe reunir los siguientes requisitos:

a) Debe ser **específica** y no genérica. Esto implica que ella debe referirse a cada uno de los actos que ejecuta el marido, debiendo individualizarse el acto y todos sus elementos;

b) Debe otorgarse **por escrito o por escritura pública** si el acto que se quiere ejecutar debe celebrarse con esa solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Se discute qué ocurre cuando la comparecencia de la mujer al acto es pasiva o "silenciosa", esto es, cuando nada se expresa. Algunos autores, como Enrique Rossel y César Frigerio, sostienen que ello es suficiente, puesto que interviene en el acto de cualquier modo. A juicio nuestro, la intención de la ley supone una participación activa, ya que sólo esto implica "intervención". No interviene quien comparece sin manifestación alguna;

c) La autorización **puede prestarse por medio de mandatario especial**, caso en el cual el mandato debe constar por escrito o por escritura pública, según el caso, y, por cierto, estar referida a un acto específico en el cual se señalen todos sus elementos.

En relación a este último aspecto, conviene recordar que estas normas restrictivas del mandato son excepcionadísimas, si se tiene en consideración que el mandato es el más consensual de los contratos, puesto que puede perfeccionarse por la sola aquiescencia tácita del mandante, como lo señala el artículo 2123.

La autorización de la mujer puede suplirse por el juez en tres casos:

- a) **Negativa injustificada de la mujer.** El Código alude a que la mujer se niegue sin justo motivo;
- b) **Incapacidad de la mujer,** como minoría de edad o demencia; y
- c) **Ausencia real o aparente u otro impedimento.**

El juez, para suplir esta autorización, debe obrar con conocimiento de causa y citación de la mujer.

Cabe preguntarse qué ocurre si la mujer está declarada en interdicción y la respectiva curaduría ha sido deferida al marido, como sucede, por ejemplo, con la curaduría de la mujer demente, que corresponde al marido (artículo 462 N° 1). ¿Bastaría en estos casos la sola voluntad del marido como administrador de la sociedad conyugal y curador de la mujer demente? Nosotros creemos que priman en este caso las normas del artículo 1749 por ser especiales, razón por la cual para realizar cualquiera de los actos enumerados en esta disposición deberá requerirse autorización judicial, la cual sólo podrá otorgarse con conocimiento de causa y citación de la mujer.

Debemos observar, además, que esta forma de suplir la autorización de la mujer no procede tratándose de donaciones de bienes sociales. En este evento, sin la autorización de la mujer no puede realizarse el acto, quedando dichas donaciones regidas por el artículo 1735.

4. Sanciones por falta de autorización de la mujer

Esta materia ha sido suficientemente aclarada en el artículo 1757, modificado por la Ley N° 18.802.

4.1. Cuando se grava o enajena o se promete gravar o enajenar voluntariamente los bienes raíces sociales o los derechos hereditarios de la mujer, el acto adolece de **nulidad relativa** . La misma sanción procede cuando se dispone a título gratuito de bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735. Esta última sanción nos parece indebida, ya que se trata de un acto prohibido al marido, realizado a título lucrativo y fuera de los límites establecidos en la ley. Lo propio puede afirmarse de los actos que importen enajenación o gravamen de los derechos hereditarios de la mujer;

4.2. Cuando se arrienda o se cede la tenencia de bienes raíces urbanos o rurales, excediéndose el plazo legal (cinco u ocho años según se trate de bienes raíces urbanos o rurales), la sanción es la **inoponibilidad** en todo lo que excede dichos plazos. Cabe recordar que para estos efectos deben computarse las prórrogas convenidas por el marido; y

4.3. Cuando el marido se constituye avalista, codeudor solidario, fiador u otorga cualquier otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, la sanción es la **inoponibilidad parcial** respecto de los bienes sociales, pero no respecto de los bienes propios. Como puede observarse, en este supuesto se rompe el principio contenido en el artículo 1750, que dispone la confusión entre los bienes sociales y los bienes propios del marido.

La nulidad puede hacerla valer la mujer, sus herederos o cesionarios. Serán los mismos, en su caso, los llamados a ratificar el acto en conformidad a lo previsto en el artículo 1694. El cuadrienio se cuenta desde la disolución de la sociedad conyugal, o desde que cese la incapacidad de la mujer o de sus herederos. El artículo 1757 termina expresando que en ningún caso se puede pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato. Esto no es más que la reiteración del principio general consagrado en el artículo 1692. No puede dejarse de señalar que si la mujer estuviere declarada en interdicción y existiera, en consecuencia, un curador encargado de la administración de sus bienes, opera siempre la suspensión del cuadrienio, por tratarse de una disposición especial que está establecida en defensa de los intereses del incapaz.

5. Casos en que la mujer puede intervenir directamente en la administración de los bienes sociales

Existen casos en que la mujer puede intervenir directamente en la administración de los bienes de la sociedad conyugal. Analizaremos brevemente estas hipótesis:

5.1. La mujer administra libremente el llamado patrimonio reservado (art. 150). Es obvio que estos bienes son sociales, puesto que han sido adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal (artículo 1725 N° 5). Sin embargo, como se señaló, ellos son administrados sin restricciones por la mujer, la cual puede gravar, enajenar, dar en arrendamiento por los plazos que estime conveniente, donar, etc., bienes raíces y bienes muebles. El marido ni siquiera puede solicitar medidas cautelares sobre ellos;

5.2. La mujer puede disponer por causa de muerte de una especie cualquiera de la sociedad conyugal (art. 1743). En este caso se siguen las mismas reglas establecidas a propósito de los legados de casa ajena. Recuértese que ellos, en principio, son nulos, pero valen cuando se hacen a favor del cónyuge o de un descendiente (art. 1107);

5.3. La mujer puede administrar los bienes sociales con mandato general o especial del marido, incluso obrando a nombre propio en esta gestión (art. 2151). En este último evento, en conformidad al artículo 137, obligará

sólo los bienes que administra separadamente, vale decir, los regulados en los artículos 150, 166, 167 y, a juicio nuestro, 1724. Cuando la mujer actúa con el marido, existe una norma excepcionalísima, contenida en el inciso final del artículo 1751. Conforme a ella, los contratos que celebran el marido y la mujer de consuno o en que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido, no valdrán, dice la ley, contra los bienes propios de la mujer, salvo que el acto acceda en beneficio personal de ella. De lo anterior se sigue que la mujer queda resguardada en sus bienes propios, incluso cuando ésta voluntariamente accede a las obligaciones asumidas por el marido. Esta norma es excepcional, porque después de la reforma del año 1986 pueden enajenarse o gravarse los bienes propios de la mujer con su solo consentimiento (antes se requería autorización judicial). No se divisa, entonces, cuál es la razón de consagrar una norma tan altamente proteccionista de sus bienes propios. Como es obvio, si la mujer administra parte de los bienes separada del marido (artículos 150, 166, 167 y 1724), ella responderá solidaria o subsidiariamente con el marido, pero limitada su responsabilidad a dicho patrimonio. Finalmente, si la mujer obrare a nombre propio (art. 2151) no compromete los bienes propios que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie (artículos 1754 y 1755);

5.4. Cuando la mujer compra al fiado objetos muebles destinados naturalmente al consumo ordinario de la familia, obliga los bienes sociales y los bienes propios del marido. Sólo se extiende esta responsabilidad a sus bienes propios "hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto, comprendido en este beneficio el de la familia común en la parte en que de derecho haya debido proveer a las necesidades de ésta". Esta disposición no es más que una aplicación de lo previsto en el artículo 134, conforme al cual tanto el marido como la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo tanto a sus facultades económicas como al régimen de bienes que medie entre ellos. Por consiguiente, en el día de hoy, el deber de mantención de la familia común pesa sobre ambos cónyuges; y

5.5. La mujer, luego de la reforma de la Ley N° 19.335, tiene la administración ordinaria de la sociedad conyugal. En efecto, el artículo 138 establece que cuando el marido sufre un impedimento que no fuere de larga o indefinida duración, la mujer puede actuar respecto de los bienes del marido, de los de la sociedad conyugal y de los suyos que administre el marido, con autorización del juez, con conocimiento de causa, cuando de la demora se siguiere perjuicio. Por consiguiente, la mujer asume la administración temporal ordinaria de la sociedad conyugal, debiendo requerir la autorización judicial en todos los casos en que el marido requería autorización de ella para realizar un determinado acto. La ley se encarga

de definir las consecuencias de esta administración, señalando que la mujer, en este caso, obliga al marido en sus bienes y en los sociales “de la misma manera que si el acto fuera del marido”. Sus bienes propios sólo los obliga cuando el acto reporta beneficio a la mujer y hasta concurrencia de este beneficio particular. Como puede observarse, se ha dejado de lado la ortodoxia que inspiraba la reglamentación de la sociedad conyugal. La mujer relativamente incapaz cuando estaba casada en régimen de sociedad conyugal, actualmente puede, incluso, asumir la administración ordinaria de la sociedad conyugal mientras dura el impedimento temporal del marido.

Hasta aquí los casos más relevantes en que la mujer actúa directamente en la administración de los bienes de la sociedad conyugal.

6. Administración de los bienes propios de la mujer

Como se señaló en lo precedente, al marido como administrador de la sociedad conyugal le corresponde la administración de los bienes propios de la mujer (aquellos que no ingresan a la sociedad conyugal y que no corresponden a una separación parcial convenida como lo señala el artículo 167).

La mujer, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802, es plenamente capaz bajo el régimen de sociedad conyugal. Sin embargo, sus bienes propios (inmuebles poseídos antes de la celebración del matrimonio, por ejemplo) son administrados por el marido, quedando ella privada de su manejo. ¿Cuál es la razón de esta limitación? No cabe duda que ello obedece al derecho legal de goce que corresponde a la sociedad conyugal sobre dichos bienes (artículo 1725 N° 2). Siendo el marido el administrador de la sociedad conyugal, será él el llamado a administrar estos bienes que reeditarán a favor de la sociedad conyugal. Lo anterior parece coherente, tanto más cuanto que, como queda de manifiesto en el análisis de los artículos 137 y 1751 inciso final, varias normas se ocupan de proteger excepcionalmente los bienes propios de la mujer.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha sostenido que estas disposiciones serían inconstitucionales, ya que privan a una persona (la mujer) de las facultades propias del dominio al transferir por ley la administración de sus bienes a un tercero y quebrantan, además, la igualdad ante la ley (artículo 19 N°s 2 y 24 de la Constitución Política de la República). Discrepamos de este planteamiento. Desde luego, el régimen patrimonial en el matrimonio se escoge voluntaria y libremente por los cónyuges. Son ellos los llamados a seleccionar el que regirá sus relaciones económicas en el matrimonio. Al determinarse libremente este régimen se están aceptando expresamente las reglas sobre administración y, con ello, las limitaciones que consagra la

ley. Se trata, entonces, de una limitación voluntaria. Por otra parte, no puede considerarse esta limitación a la administración de los bienes propios como una “diferencia arbitraria”, esto es, caprichosa y sin razón, puesto que está fundada en el derecho legal de goce que corresponde a la sociedad conyugal sobre los bienes propios de cada uno de los cónyuges. Si se examina el problema a la luz de lo previsto en el artículo 19 N° 24, se concluirá que esta limitación está fundada en el bienestar de la familia y, por ende, en la función social de la propiedad. En suma, se trata de normas perfectamente constitucionales que no afectan ningún derecho fundamental.

Examinaremos a continuación las facultades del marido respecto de los bienes propios de la mujer.

6.1. Como administrador de bienes ajenos, el marido no tiene la obligación de hacer inventario ni otorgar caución de conservación y restitución. Tampoco está obligado a rendir cuenta de sus actos. Finalmente, responde sólo de dolo y culpa grave (artículo 1771). Por consiguiente, el marido puede libremente contratar seguros, interrumpir prescripciones, dar en arrendamiento dichos bienes o entregarlos en medianería, etc. El marido puede también recibir el pago de los créditos adeudados a la mujer antes del matrimonio (generalmente ellos pertenecerán a la sociedad conyugal), conforme lo señala el artículo 1579;

6.2. Puede el marido dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los predios rústicos por menos de ocho años y bienes raíces urbanos por menos de cinco años, incluidas las prórrogas pactadas, sin necesidad de autorización de la mujer. Los bienes muebles pueden darlos en arrendamiento o ceder la tenencia sin restricción alguna (artículo 1756);

6.3. El marido no puede gravar o enajenar los bienes propios de la mujer, así sean muebles o inmuebles, sin voluntad de la mujer. Nótese que la ley no alude a “autorización de la mujer”, sino a la “voluntad” o el “consentimiento” de la mujer (artículos 1754 y 1755);

6.4. El marido no puede provocar la partición de aquellas comunidades en que tenga derechos comprometidos la mujer sin autorización de ésta o de la justicia en subsidio (artículo 1322);

6.5. El marido no puede nombrar partidor sin el consentimiento de la mujer o la autorización de la justicia en subsidio (artículo 1326); y

6.6. No puede el marido subrogar un bien de la mujer por otro sin autorización de la mujer (artículo 1733 inciso final). Conviene aclarar que es posible que, conforme lo prescribe el artículo 1727 N° 2, se destinen

valores propios de uno de los cónyuges, en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio, a la adquisición de otro bien que, no obstante adquirirse a título oneroso, no entrará a componer el haber social (subrogación). En este evento es necesaria la voluntad de la mujer para vender los valores destinados y la autorización de la mujer para adquirir el nuevo bien. Creemos nosotros, y así lo consignamos en nuestro libro sobre *Regímenes Patrimoniales*, que es lícito que se destinen valores propios de un cónyuge para la adquisición de otros valores. Si no existiera el inciso final del artículo 1733, la adquisición de los nuevos valores o bienes no requeriría autorización de la mujer;

7. Sanciones a los actos ejecutados por el marido sin la voluntad o consentimiento de la mujer respecto de sus bienes propios

Esta materia ofrece dificultades, a pesar de estar aparentemente bien regulada en la ley.

7.1. Si el marido grava o enajena un bien propio de la mujer, así se trate de un inmueble o un mueble, sin la voluntad de la mujer, el acto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1757, adolecería de nulidad relativa. Sin embargo, nosotros pensamos que este acto sería “inexistente” o bien “inoponible” a la mujer, ya que el marido estaría transfiriendo un bien ajeno. Para llegar a esta conclusión aducimos las siguientes razones:

7.1.1. El Código, en el artículo 1754, dice que “no se podrán enajenar ni gravar los bienes raíces de la mujer, sino con su voluntad”. El artículo 1755, refiriéndose a los bienes muebles, dice que “bastará el consentimiento de la mujer”. Creemos nosotros que no es lo mismo “autorización” que “voluntad” o “consentimiento”. Basta a este respecto con confrontar la terminología del artículo 1749 que, tratándose de bienes sociales, se refiere uniformemente a la “autorización” de la mujer;

7.1.2. El artículo 1757 al señalar las sanciones para estos actos, alude a “los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754 y 1755”. Ocurre que dichos requisitos no son los mismos, ya que los previstos en el artículo 1749 son requisitos de “validez”, y los contemplados en los artículos 1754 y 1755 son requisitos de “existencia”. De lo que resulta que esta sanción (la nulidad relativa) está referida a la ausencia de los requisitos de validez que, en las hipótesis de los artículos 1754 y 1755, aluden a la forma en que la mujer debe manifestar su voluntad (escritura pública, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto, etc.);

7.1.3. El marido no es dueño de estos bienes, ni poseedor, tampoco

es representante legal de la mujer. Se trata de un administrador en función de un derecho legal de goce en beneficio de la sociedad conyugal;

7.1.4. Por consiguiente, lo obrado por el marido sin voluntad o consentimiento de la mujer genera un acto "inexistente" o "inoponible", que puede atacarse en cualquier tiempo mientras los derechos no prescriban a favor de un tercero.

Sostener que la sanción es la nulidad relativa es desconocer que el acto jurídico respectivo se ha celebrado sin voluntad de la mujer, que es la única propietaria de dichos bienes.

7.2. Si el marido excede los plazos consignados en el artículo 1756, incluidas la prórroga que acuerde, la sanción es la inoponibilidad del exceso (artículo 1757).

7.3. Si el marido provoca la partición, la actuación procesal es nula;

7.4. Si el marido designa un partidor en instrumento público o privado, esta designación adolece de nulidad. Si con su voluntad se designa al partidor en audiencia judicial convocada al efecto, el nombramiento es igualmente nulo. Pero será válido si el marido concurre al comparendo de estilo para la designación del partidor y, en ausencia de acuerdos entre los interesados, el partidor es designado por el juez; y

7.5. Finalmente, el artículo 1733 inciso final exige que la mujer autorice la subrogación en sus bienes. Esta disposición plantea varias interrogantes. Desde luego, si se vende con consentimiento de la mujer un bien destinado en capitulaciones a realizar una subrogación, esta enajenación es perfectamente válida. Si, posteriormente, se adquiere un bien para completar la subrogación, ella será nula por no contar con la autorización de la mujer. También podría sostenerse que la adquisición es válida, pero no lo es la subrogación, pudiendo la mujer optar por reclamar la recompensa que proceda por el valor de la venta del bien propio que debió destinarse a este efecto. Si la subrogación se hace mediante una permuta, la cuestión parece más clara. Podría sostenerse que sin autorización de la mujer este acto es nulo o, bien, que no ha operado la subrogación. Pero no se nos escapa el hecho de que en este evento la perjudicada sería la mujer, razón por la cual sería absurdo intentar la acción de nulidad. Como puede observarse, la disposición aludida no es clara. No se divisa con certeza qué es lo nulo, si la subrogación (en cuanto sustitución jurídica de un bien por otro), o los actos mediante los cuales se vende y se compra, sucesivamente, un bien para la mujer. Dejamos planteada esta interrogante. En todo caso, atendido el hecho de que la nulidad relativa está establecida en beneficio

de la mujer, sus herederos o cesionarios, serán ellos los que determinarán, a su conveniencia, qué acto deben atacar: si la subrogación o los actos destinados a perfeccionarla, cuando ello proceda.

8. Actos celebrados por la mujer durante la sociedad conyugal sobre sus bienes propios administrados por el marido

Esta materia está tratada en el artículo 1754 inciso final. La redacción de esta disposición ha hecho pensar que la sanción es la nulidad absoluta, por tratarse de actos prohibidos en la ley de acuerdo a lo prescrito en el artículo 10 del Código Civil.

Si bien ésta pudo ser la sanción bajo el imperio de la reforma consagrada en la Ley N° 18.802, hoy la cuestión, a nuestro juicio, es diversa, siendo la nulidad relativa la que procede aplicar. Para sostener esta tesis hemos considerado las siguientes razones:

8.1. El antiguo artículo 145 (hoy artículo 138) impedía toda intervención de la mujer en la administración de sus bienes propios, salvo cuando asumía la administración extraordinaria de la sociedad conyugal por impedimento de larga o indefinida duración del marido (como el de interdicción, el de prolongada ausencia o desaparecimiento);

8.2. A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.335, ha desaparecido la prohibición para que la mujer intervenga directamente en la administración de sus bienes propios. La mencionada ley introduce el artículo 138 bis, conforme al cual "si el marido se negare injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer, el juez, previa citación del marido, podrá autorizarla para actuar por sí misma". De suerte que ha quedado derogada la prohibición absoluta contenida en el artículo 1754; y

8.3. Lo propio ocurre cuando la mujer asume la administración ordinaria de la sociedad conyugal por impedimento que no fuere de larga e indefinida duración, caso en el cual ella actúa respecto de sus bienes propios con autorización judicial.

Por consiguiente, el artículo 1754 inciso final ha pasado de prohibitivo (en la reforma de la Ley N° 18.802) a imperativo (en la reforma de la Ley N° 19.335), siendo la sanción la nulidad relativa.

9. Administración separada de bienes por parte de la mujer

Como quedó dicho, la sociedad conyugal coexiste con regímenes anexos,

que permiten que la mujer administre separadamente, no obstante la sociedad conyugal, parte de los bienes, así sean sociales o propios.

Conviene precisar estos casos:

9.1. Artículo 150 sobre patrimonio reservado de la mujer casada. Reiteremos que se trata de bienes de origen social (adquiridos a título oneroso por la mujer con el fruto de su trabajo separada del marido). En esta administración la mujer tiene amplísimos poderes y facultades y el marido ninguno. Ella puede gravar y disponer libremente de todos estos bienes, así se trate de muebles o inmuebles, puede arrendar por el plazo que quiera y ceder la tenencia de los mismos, constituir cauciones a favor de terceros, etc. El marido ni siquiera podría reclamar la separación judicial de bienes si concurriera una de las causales que informan el artículo 155 del Código Civil. La naturaleza "social" de estos bienes queda en evidencia con solo recordar que al disolverse la sociedad conyugal la mujer puede aceptar los gananciales, caso en el cual ellos se suman a éstos, o renunciar los gananciales conservando íntegramente su patrimonio reservado;

9.2. Artículo 166, que establece que si se hace una donación, o se deja una herencia o legado a la mujer con la condición precisa de que no tenga el marido la administración de las cosas donadas, legadas o heredadas, los cónyuges se entenderán separados de bienes en relación a estos bienes (aplicándose los artículos 159, 160, 161, 162 y 163); los acreedores del marido no tendrán acción sobre los bienes que la mujer administra en virtud de este artículo; y los frutos pertenecerán a la mujer, pero disuelta la sociedad conyugal se aplicarán a dichos frutos y adquisiciones las reglas del artículo 150. Como puede observarse, se trata de un patrimonio que se administra separadamente por la mujer y que sigue la misma suerte que el patrimonio reservado en lo concerniente a los frutos y las adquisiciones que con ellos se hagan;

9.3. El artículo 167 establece que si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de los bienes, se aplican a esta separación las normas del artículo precedente (166). Esta disposición es curiosa, si se atiende al destino final de los frutos y las adquisiciones que con ellos se hacen. Este estatuto debe entenderse complementado, a juicio nuestro, por el artículo 1740 inciso final, que hace posible que se entregue a la mujer por una vez o periódicamente una cantidad de dinero de que pueda disponer a su arbitrio. El artículo 1720 dispone que estos bienes se administran en conformidad a las reglas del artículo 167; y

9.4. El artículo 1724, a partir de la reforma introducida por la Ley N° 18.802, consagra otro caso de régimen anexo a la sociedad conyugal. Si a

cualquiera de los cónyuges se hiciere una donación, herencia o legado "con la condición de que los frutos de las cosas donadas, heredadas o legadas no pertenezcan a la sociedad conyugal", dicha condición tiene pleno valor. Creemos nosotros que, en este caso, si la liberalidad favorece a la mujer, a ella pertenece la administración de estos bienes, generándose los mismos efectos que en el caso previsto en el artículo 166. Es aplicable en esta hipótesis el principio de que existiendo la misma razón debe existir la misma disposición. Mayor razón existe en privar al marido de la administración de estos bienes si la sociedad conyugal no se favorecerá con sus frutos. Recuérdese que la administración del marido de los bienes propios de la mujer obedece al derecho legal de goce que corresponde a la sociedad conyugal. Desde otra perspectiva, no existe razón alguna para sostener que el marido administra estos bienes, si al disolverse la sociedad conyugal deberá restituirlos en especie (si son bienes inmuebles, puesto que no ingresarán a la sociedad) o restituirse su valor (recompensa) en caso de que sean bienes muebles (que ingresan a la sociedad con cargo a restituir su valor al terminar el régimen). Estas y otras razones, latamente analizadas en nuestro libro sobre los regímenes patrimoniales, nos impulsan a sostener que en este supuesto existe otro régimen anexo a la sociedad conyugal.

De más está, a esta altura, insistir en la complejidad normativa de la sociedad conyugal. La existencia de varios regímenes anexos y la existencia de patrimonios diversos, lleva a la convicción de que en muchas de estas disposiciones se esconden preciosismos jurídicos que es difícil dar a conocer íntegra y responsablemente a todos los interesados.

10. Patrimonio de responsabilidad de la mujer casada

Las numerosas normas analizadas confluyen en la constitución de un patrimonio de responsabilidad con el cual la mujer enfrenta las obligaciones que nacen de sus actos durante la vigencia de la sociedad conyugal. Este patrimonio está reconocido expresamente en el artículo 137, que señala que los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167. Quedan, por lo tanto, al margen sus bienes propios y, por cierto, los bienes sociales.

La circunstancia de haber cesado la incapacidad de la mujer casada, hizo necesario especificar qué bienes quedaban comprometidos en el cumplimiento de sus obligaciones. Se trata de una limitación del derecho de prenda general (artículo 2465), lo cual revela claramente la tendencia (que debe mantenerse) de proteger a la mujer discriminando positivamente en su favor.

Lo que llamamos patrimonio de responsabilidad está reconocido en los artículos 136, 137, 138 bis y 1759, y conforma, en el día de hoy, una de las características singulares de la sociedad conyugal.

La Ley N° 18.802 dio un paso muy significativo en la evolución de los regímenes patrimoniales, al derogar la incapacidad relativa de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal. A partir de esa ley, la vieja estructura, que aún perdura en artículos como el 1749 y 1752, ha dejado de tener vigencia, abriéndose paso un nuevo régimen que, sin la menor duda, deberá surgir en el futuro. Es de esperar que él simplifique estas normas, que, para tener éxito, deberán ser conocidas por todos quienes están sujetos a ellas.

Por último, la sociedad conyugal, creemos nosotros, ha ido formando un cierto criterio sobre esta materia. Nuestro país ha internalizado un sistema de comunidad. Así lo entiende el sentimiento general de la sociedad chilena. Por lo mismo, cualquier otro régimen que no sea la separación de bienes, debe partir de esta premisa: el matrimonio genera una comunidad de bienes entre marido y mujer.

VII. Reformas más importantes a la sociedad conyugal

Para concluir estas apretadas reflexiones nos proponemos enumerar las principales reformas a la sociedad conyugal contenidas en las leyes N°s 18.802 y 19.335:

1. La mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal ha recobrado su plena capacidad civil. Para estos efectos se reformó el artículo 1447. Quedando como relativamente incapaces sólo los menores adultos y los disipadores declarados en interdicción. Esta modificación, como es obvio, obligó a introducir numerosas otras reformas y configurar nuevas instituciones, como ocurre, por ejemplo, con el llamado patrimonio de responsabilidad antes analizado;

2. Se han extendido las limitaciones que pesan sobre el marido en la administración de la sociedad conyugal. A la restricción para gravar o enajenar bienes raíces sociales, se ha agregado la de prometer gravar y enajenar. Asimismo, esta limitación se hizo extensiva a los derechos hereditarios de la mujer, materia no contemplada en el artículo 1749 antes del año 1986. A la limitación de arrendar los bienes raíces sociales por más de 5 y 8 años, según se trate de bienes urbanos o rurales, se agregó la de ceder la tenencia de los mismos, debiendo estos plazos computarse considerando las prórrogas que hubiere pactado el marido. Se incorporó

la prohibición de disponer entre vivos a título gratuito de bienes sociales, así se trate de muebles o inmuebles, salvo el caso previsto en el artículo 1735 e impidiendo que pueda la justicia en subsidio autorizar estas donaciones. Se incorpora, además, la prohibición al marido de constituirse en avalista, codeudor solidario, fiador u otorgar cualquier otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros. Como puede observarse, las facultades del “jefe de la sociedad conyugal”, siguiendo la terminología del artículo 1749, han disminuido sensiblemente;

3. En defensa de la mujer, preferentemente, el artículo 1739 consagra una presunción que se aplica en el período de comunidad, entre la disolución de la sociedad conyugal y su liquidación. El inciso sexto de la norma citada prescribe que “se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación, se ha adquirido con bienes sociales. El cónyuge deberá, por consiguiente, recompensa a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal”. Si se tiene en consideración que a la sociedad conyugal sucede una comunidad y que no existe prescripción entre comuneros (posición que sustentamos en nuestro libro sobre las *Posesiones Inútiles en la Legislación Chilena*), se llega a la conclusión de que ésta es la mejor garantía de que ninguno de los cónyuges podrá usar en su solo beneficio los frutos de los bienes comunes durante el período de indivisión. A esta reforma atribuimos nosotros la mayor importancia práctica;

4. Se ha regularizado la situación de las donaciones de bienes sociales. Su estatuto hoy es claro. El administrador de la sociedad conyugal puede disponer entre vivos de bienes sociales siempre que las donaciones sean de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social. Por consiguiente, es posible donar bienes muebles o inmuebles, pero sin sobrepasar los límites indicados. Como es natural, la donación de inmuebles más bien parece teórica, pero no imposible. Si la donación excede este límite, requiere autorización de la mujer. Si ella no la presta, no puede ser sustituida por la autorización judicial (inciso final del artículo 1749). Creemos, también, que esta norma especial permite eludir lo previsto en el artículo 1401, que exige “insinuación” para el valor de toda donación superior a dos centavos. Lo anterior permite poner fin a una situación aberrante en la vida social;

5. Se ha reformado el estatuto que rige la administración de los bienes propios de la mujer. Desde luego, ella debe ahora “consentir” en los actos del marido para gravar o enajenar sus bienes, sin necesidad de autorización judicial. Puede, además, ejecutar por sí misma actos de esta naturaleza con autorización judicial (artículo 138 bis), cuando el marido se negare injustificadamente a hacerlo. Por lo mismo, la mujer está en situación de

velar por el destino de sus bienes propios interfiriendo y, aun, rectificando las decisiones del marido. La voluntad de la mujer sólo puede ser suplida por el juez en caso de que ella se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad, pero no cuando se opone al acto propuesto por el marido. Es indudable, entonces, que este instituto ha evolucionado de manera muy significativa;

6. Las sucesivas leyes han ampliado considerablemente las causales de separación de bienes. El artículo 155 contempla en el día de hoy una multiplicidad de causales. Desde luego, todos los motivos de divorcio perpetuo (artículo 21 de la Ley Sobre Matrimonio Civil), con la sola salvedad del N° 5, esto es, avaricia de cualquiera de los cónyuges (en este caso el marido), si llega a privar al otro de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades. Incluso la causal de divorcio perpetuo que consiste en ausencia, sin justa causa, por más de tres años, se reduce a un año para los efectos de demandar la separación de bienes. Más todavía, el incumplimiento de deberes personales (artículos 131 y 134) es motivo de separación judicial de bienes. Se observa, entonces, el ánimo de facilitar la separación de bienes cada vez que surgen conflictos, incluso personales y no económicos, en la vida matrimonial;

7. La reforma de la Ley N° 18.802 puso fin a una larga disputa en lo relativo al régimen de bienes que corresponde a los cónyuges cuando el matrimonio se ha celebrado en país extranjero. Como es sabido, el artículo 135 disponía que quienes se habían casado en el extranjero y pasaban a domiciliarse en Chile, se “miraban” como separados de bienes. Agregaba esta norma que lo anterior ocurría “siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes”. El problema surgía acerca de lo que debía entenderse por «sociedad de bienes». ¿Bastaba un régimen de comunidad? ¿Se trataba de un régimen similar a la sociedad conyugal? ¿Quedaba comprendida en este concepto la participación en los gananciales? La Ley N° 18.802 zanjó esta discusión, disponiendo que los que se casan en país extranjero se mirarán como separados de bienes, “a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, de lo que se dejará constancia en dicha inscripción”. Se gesta así el único caso en que la sociedad conyugal se conviene en términos explícitos y formales y no mediante la manifestación tácita de voluntad;

8. Como se explicó en lo precedente, interpretamos el artículo 1724 como un nuevo caso de régimen anexo a la sociedad conyugal. Nuestra posición, fundada en la similitud de esta situación con la contemplada en el artículo 166, resuelve una cuestión práctica, ya que no visualizamos de qué manera

podría el marido, como jefe de la sociedad conyugal, tener la administración de bienes que no redituán a favor de la sociedad conyugal, pudiendo incluso (cuando se trata de bienes inmuebles) ni siquiera ingresarlo a su haber. De allí la conveniencia de que prospere nuestra posición;

9. Nos parece igualmente importante la reforma introducida en el artículo 1736 al incorporarse un N° 7, conforme al cual no ingresan a la sociedad conyugal los bienes prometidos adquirir antes de su constitución. "También pertenecerán al cónyuge los bienes que adquiera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste de un instrumento público, o instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el artículo 1703". De esta manera se evita una infinidad de problemas y disputas sobre la materia y se sienta un principio de justicia indiscutible;

10. Especial trascendencia atribuimos nosotros a la reforma del artículo 1734, que innova significativamente en materia de recompensas. Bajo la sola vigencia del Código Civil, esta cuestión se prestó para abusos intolerables. Las recompensas que, como es obvio, se pagaban muchos después del acto que les daba origen, por efecto de las altas tasas de inflación, hacían ilusorio el derecho de los cónyuges o de sus herederos. El artículo 1734 introduce el "realismo" monetario, sustituyendo el "nominalismo" anterior. El nuevo artículo 1734 dispone que **"todas las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa"**. Nótese que la ley prevé la circunstancia de que los diversos índices de actualización puedan arrojar resultados disparatados, razón por la cual opta por declarar que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo. La experiencia demuestra que muchas veces el índice adoptado y/o la forma de aplicarlo conduce a inconsecuencias e injusticias que deben tratar de evitarse. Es esta, sin duda, la razón que se tuvo para establecer, en el inciso segundo del mismo artículo, que **"el partidor aplicará esta norma de acuerdo a la equidad natural"**. Sobre esta materia, entonces, el árbitro (partidor) debe considerarse "arbitrador", quedando facultado, en conformidad al artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, a fallar conforme lo que le dicte su prudencia y equidad. La solución, en consecuencia, es buena, ya que se enuncia el **principio** (que la suma pagada tenga en lo posible el mismo valor adquisitivo de la suma invertida originalmente), y el **medio legal** para conseguirlo (facultad del partidor para obrar como arbitrador al actualizar el monto de la suma que da lugar a la recompensa). Es indudable que este tratamiento hace efectivo el destino de las recompensas que, de esta manera, no serán un espejismo, sino una realidad;

11. El artículo 134 del Código Civil disponía que “el marido debe suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, y la mujer tendrá igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes”. La Ley N° 19.335 modificó esta norma, estableciéndose, en el día de hoy, que “el marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y el régimen de bienes que medie entre ellos. El juez, si fuere necesario, reglará la contribución”. Por consiguiente, la obligación de mantener a la familia pesa tanto sobre el marido como sobre la mujer, debiendo atenderse a dos factores principales: las facultades de cada uno de ellos y el régimen de bienes del matrimonio. El nuevo sistema parece más adecuado a la realidad, cualquiera que sea el régimen patrimonial que ligue a los cónyuges, ya que, incluso en la sociedad conyugal, los numerosos regímenes anexos hacen posible que la mujer tenga mayores recursos económicos que el marido;

12. Particular importancia atribuimos nosotros a las reformas introducidas en el artículo 138 (antiguo 145). Ello porque la mujer puede asumir temporalmente la **administración ordinaria de la sociedad conyugal**, en caso de impedimento del marido que no sea de larga o indefinida duración. En este evento, como se señaló, la mujer requiere la autorización judicial en los mismos casos en que ella debía autorizar al marido (artículos 1749, 1754 y 1755), y siempre que de la demora se siguiere perjuicio. Es incuestionable que esta reforma expresa la tendencia de transformar a la mujer, hoy día plenamente capaz, en coadministradora de la sociedad. Nada de esto habría podido ocurrir antes de la reforma si se tiene en cuenta que la mujer, por el hecho de casarse en régimen de sociedad conyugal, pasaba a ser relativamente incapaz;

13. Igualmente trascendente nos resulta la incorporación del artículo 138 bis, que permite a la mujer intervenir en la administración de sus bienes propios cuando el marido se negare injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato que ella juzga conveniente. Nueva demostración de que ha cesado el rol pasivo que correspondía a la mujer en la antigua normativa;

14. No podemos dejar de mencionar la constitución de un **patrimonio de responsabilidad**, integrado, como se explicó, por los bienes que la mujer administra separadamente en conformidad a los artículos 150, 166, 167 y 1724. Este patrimonio es consecuencia de que la mujer casada en régimen de sociedad conyugal ha recuperado su plena capacidad civil y, por lo mismo, está habilitada para contratar y actuar libremente en la vida jurídica. Así las cosas, era necesario precisar sobre qué bienes es posible perseguir su responsabilidad; y

15. Finalmente, cabe mencionar la presunción contenida en el artículo 1739 inciso quinto. Esta tiene por objeto proteger a los terceros que contraten con el marido o con la mujer, quedando ellos a cubierto de toda reclamación que éstos pudieren intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o tradición del bien respectivo. Esta presunción no tiene aplicación tratándose de bienes sujetos al sistema registral. La disposición mencionada señala que “no se presumirá la buena fe del tercero cuando el bien objeto del contrato figure inscrito a nombre del otro cónyuge en un registro abierto al público, como en el caso de automóviles, acciones de sociedades anónimas, naves, aeronaves, etc.”. Como puede observarse, la presunción subsiste, pero ella no alcanza a la “buena fe”, la cual, por consiguiente, deberá acreditarse. Creemos nosotros que en este preciso evento el tercero afectado incurrirá en culpa y le será difícil, por lo mismo, acreditar su buena fe, al no haber realizado los actos más elementales para constatar la propiedad del bien sobre el que se contrató.

Existen otras muchas reformas importantes que sería largo enumerar. Por de pronto, recordemos la limitación de responsabilidad de la mujer (artículo 1751 inciso tercero), la regulación de los efectos de las donaciones hechas por el marido o la mujer de bienes que componen el haber social (artículo 1742), etc. Pero las que hemos comentado son las que, a juicio nuestro, mayor incidencia tienen en las bases generales que conforman la sociedad conyugal.

De lo señalado se infiere que la sociedad conyugal, fruto de las reformas comentadas, ha evolucionado de manera muy significativa. Los derechos de la mujer se han incrementado, al extremo de que ella interviene activamente, no sólo en la administración de los bienes sociales, sino en la administración de los bienes propios, habiendo, como se comentó, recobrado su plena capacidad civil. Es de presumir que esta tendencia se profundice en el futuro y que nuevas reformas conduzcan a una efectiva coadministración, arbitrándose los medios para que cada uno de los cónyuges asuman funciones semejantes.

Desde otro punto de vista, creemos haber demostrado que la complejidad de esta normativa, en la cual muchos artículos son objeto de interpretaciones contradictorias, no se aviene con el nivel cultural de la inmensa mayoría de nuestra población. Para una aplicación fluida y fácil del régimen de sociedad conyugal sería necesario un acabado conocimiento jurídico, del que, por desgracia, carece gran parte de los matrimonios. Esta constatación probablemente sea la razón fundamental para instar por una reforma integral de este instituto.

VII.- Régimen de participación en los gananciales

La segunda parte de este trabajo la destinaremos al examen del régimen de participación en los gananciales, introducido por Ley N° 19.335, con la modalidad “**crediticia**”. Esto significa que no existe entre los cónyuges comunidad de bienes (copropiedad), sino la posible existencia de un crédito final destinado a compensar los gananciales que se obtengan durante la vigencia del régimen.

1. Características

Las principales características de este régimen, apretadamente, son las siguientes:

1.1. Se trata de un **régimen pactado**, que requiere de la voluntad expresa de los contrayentes o cónyuges, en su caso. Puede pactarse antes del matrimonio en capitulaciones (art. 1715 inciso primero), durante la celebración del matrimonio (art. 1715 inciso segundo), y después del matrimonio sustituyendo la sociedad conyugal o la separación de bienes (art. 1723). Finalmente, respecto de los matrimonios celebrados en país extranjero, se puede pactar al momento de inscribir el matrimonio en Chile (artículo 135 inciso segundo). Como puede apreciarse, el legislador ha dado amplias facilidades para someterse a esta normativa. El artículo 1792-1 reitera las oportunidades en que los esposos o los cónyuges, en su caso, pueden escoger este instituto;

1.2. En este régimen **cada cónyuge conserva su patrimonio separado y sus facultades para seguir administrándolo y disponer libremente de lo suyo** (art. 1792-2). Sin embargo, se liga el destino de los patrimonios para compartir paritariamente los gananciales onerosos. Lo anterior significa que el aumento de cada patrimonio, cuando este aumento tiene origen oneroso, deberá compartirse el final del régimen, compensándose al cónyuge que obtiene menos gananciales, de modo que la suma total de ellos se distribuya por iguales partes entre ambos cónyuges. Por lo mismo, quedan excluidos los gananciales obtenidos a título lucrativo (liberalidades);

1.3.- Como se analizará más adelante, las facultades de administración de cada cónyuge **sólo están limitadas por un caso de nulidad** (constitución de cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge), y **tres casos de actos inoponibles** destinados a evitar que disminuya indebidamente el patrimonio final de uno o ambos cónyuges (arts. 1792-3 y 1792-15). Cabe preguntarse por qué razón se sanciona con nulidad la constitución de una caución personal y no una caución real, que en la práctica parece más importante (como

sucede con la hipoteca, por ejemplo). La respuesta es más teórica que práctica. La caución personal afecta el derecho de prenda general (art. 2465) y es, por lo mismo, ilimitada en relación al patrimonio comprometido. La caución real está limitada al valor de la cosa afectada (mueble o inmueble). Como se analizará más adelante, los casos de inoponibilidad persiguen que el patrimonio respectivo no se vea disminuido en caso de donaciones irrevocables (entre vivos) “que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario”, o “actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge”, o por el “pago de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos”. Quedan excluidas, en este último caso, las rentas vitalicias convenidas al amparo de lo establecido en el Decreto Ley N° 3.500, salvo cuando se trata de la cotización voluntaria en la cuenta de capitalización individual y de los depósitos en cuentas de ahorro voluntario;

1.4. Los gananciales a compartir son onerosos, esto es, quedan excluidos los aumentos patrimoniales provenientes de actos gratuitos (art. 1792-7 inciso segundo), tampoco se consideran los bienes adquiridos a título oneroso si la causa o título de adquisición es anterior a la entrada en vigencia del régimen (art. 1792-8). La disposición indicada, muy similar al artículo 1736, contempla una enumeración de casos, advirtiéndose, en el inciso segundo, que dicha enumeración no es taxativa. En consecuencia, los gananciales destinados a ser compartidos son onerosos y corresponden a incrementos patrimoniales provenientes de ingresos y utilidades obtenidos con el trabajo de los cónyuges durante el régimen;

1.5. Puede este régimen de participación ser sustituido por el de separación total de bienes, sea voluntariamente (art. 1723), legalmente (sentencia de divorcio perpetuo) o judicialmente (sentencia que declare la separación de bienes). Lo señalado, como se dijo inicialmente, extrema la mutabilidad de los regímenes patrimoniales en el matrimonio, circunstancia que perjudica los intereses de terceros que contratan con el marido o con la mujer;

1.6. El régimen de participación puede dar lugar a un crédito de participación, cuando al menos uno de los cónyuges ha obtenido gananciales. Este crédito está regulado en la ley tanto en su monto como en su forma de pago, su preferencia, etc.; y

1.7. La ley contempla para la operación de este régimen de participación una serie de operaciones contables, a partir del patrimonio originario y el patrimonio final, y la forma en que cada uno de éstos debe establecerse y evaluarse.

2. Naturaleza jurídica de los derechos de los cónyuges durante el régimen

Interesa fijar cuál es la naturaleza jurídica de los derechos de los cónyuges durante la vigencia del régimen. Una vez terminada la participación, no cabe duda de la existencia de un crédito a favor de uno y una obligación respecto del otro (salvo que no existan gananciales). Pero no está clara la naturaleza del derecho que corresponde a cada uno de ellos durante su vigencia. Creemos nosotros que cada cónyuge, en este período, tiene un **derecho bajo condición suspensiva**, la cual consiste en que al final del régimen el cónyuge acreedor no haya obtenido gananciales u obtenido ganancias inferiores a las del otro cónyuge. En efecto, si uno de los cónyuges obtiene gananciales y el otro no los obtiene, el primero deberá compartir paritariamente los existentes con el segundo. Si ambos los han obtenido, el que consigue mayores gananciales deberá compartir el exceso paritariamente con el otro. En consecuencia, el llamado crédito de participación queda sujeto a una condición suspensiva negativa que, atendido el hecho de que este régimen se debe pactar, debe considerarse convencional.

No es ésta la opinión de otros comentaristas, que estiman que se trata de efectos atribuidos por la ley y derivados, por cierto, del régimen patrimonial respectivo.

Al sostener que estamos en presencia de un derecho sujeto a condición suspensiva, se abre la posibilidad de impetrar a su respecto medidas conservativas, cuestión que surge meridianamente clara en los artículos 1078 y 1493.

No parece posible sostener que los cónyuges carecen de todo derecho durante la vigencia del sistema (ni siquiera de un derecho sujeto a condición suspensiva), si se tiene en consideración que puede cualquiera de los cónyuges, en esta etapa, impetrar la nulidad relativa de las cauciones personales otorgadas para asegurar obligaciones de terceros. Tampoco existe problema alguno en demandar, en este período, la inoponibilidad de cualquiera de los actos enumerados en el artículo 1792-15. Lo anterior reafirma nuestra posición en orden a que existe un derecho que puede ser objeto, incluso, de medidas cautelares destinadas a evitar la consumación de actos en perjuicio de las expectativas de uno y otro cónyuge.

3. Determinación y cálculo de los gananciales

Para la determinación y cálculo de los gananciales hay tres conceptos fundamentales: el **patrimonio originario**, el **patrimonio final**, y los **gananciales**. Analizaremos cada uno de ellos.

3.1. Patrimonio originario

3.1.1. Determinación

El artículo 1792-7 establece que “el patrimonio originario resultará de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea titular al iniciarse el régimen, el valor total de las obligaciones de que sea deudor en esa misma fecha”. En consecuencia, el patrimonio originario es un “**valor contable**” que, como se observará más adelante, se determina al final del régimen.

A los bienes que componen el patrimonio originario **deben agregarse** las donaciones que se hagan al cónyuge durante la vigencia del régimen y los bienes adquiridos en este mismo período si la causa o título de adquisición es anterior a la entrada en vigencia del mismo (arts. 1792-7 inciso segundo y 1792-8). No se incluyen en el patrimonio originario los frutos que provengan de los bienes integrados al patrimonio originario, ni las minas denunciadas por cualquiera de los cónyuges, ni las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida (art. 1792-9). A la inversa, se incorporará al patrimonio originario la donación remuneratoria en la parte que no da derecho a cobrar por los servicios prestados.

En relación a las comunidades, la ley no es clara. Al parecer, el artículo 1792-10 hace aplicables las reglas generales sobre la copropiedad. Nosotros hemos vacilado en la comprensión de esta norma, pero hoy nos parece claro que no hay novedades en esta regulación y que se aplican los principios ya mencionados.

3.1.2. Prueba del patrimonio originario

Los cónyuges o los esposos, en su caso, al momento de pactar el régimen, deben efectuar un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio originario (art. 1792-11).

A falta de inventario, puede probarse el patrimonio originario “mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas, o títulos de crédito”. Quedan, por lo mismo, excluidos los demás medios de prueba, salvo que se acredite que, atendidas las circunstancias, el esposo o cónyuge no estuvo en situación de procurarse un instrumento (art. 1792-11 incisos segundo y tercero). Creemos nosotros que esta norma obedece a los mismos principios que informan el artículo 1711, como excepción a los artículos 1708 y 1709, que establecen los actos que deben constar por escrito y la sanción que procede aplicar cuando ello no ocurre.

Cabe señalar que la ley, en esta parte, sanciona al esposo o cónyuge que debiendo reclamar el inventario simple no lo hace, privándolo de medios probatorios a este respecto.

Cabe también destacar que la ley nada dice sobre la posibilidad de objetar el inventario acompañado. Es perfectamente posible que uno de los esposos o cónyuges incremente dolosamente su patrimonio originario. En tal caso, creemos nosotros, puede el cónyuge afectado atacar este inventario al momento de determinarse el crédito de participación, demostrando el obrar doloso del otro cónyuge. Así lo reconoce, entre otras disposiciones, el artículo 1465, que configura, a juicio nuestro, un principio general.

3.1.3. Tasación del patrimonio originario

La tasación del patrimonio originario puede hacerse por los cónyuges de común acuerdo, por un tercero designado por ellos o por el juez, en subsidio (art. 1792-13). Puede hacerse al momento de pactarse el régimen o al momento de ponerse término. La ley dispone que los bienes se valoren según el estado al momento de entrada en vigencia del régimen o de su adquisición. Agrega la ley que “por consiguiente, su precio al momento de incorporación en el patrimonio originario será prudencialmente actualizado a la fecha de la terminación del régimen” (art. 1792-13 inciso primero). **Las mismas reglas se aplican para la valoración del pasivo.**

Estas reglas nos parecen particularmente importantes para determinar, por ejemplo, los efectos de la plusvalía que puede experimentar un bien propio durante la vigencia del régimen. ¿Si un bien raíz, por ejemplo, experimenta un incremento de valor considerable durante la vigencia del régimen por efecto de la plusvalía que se sigue de un proyecto inmobiliario o la extensión urbana de los límites de una ciudad, debe este mayor valor considerarse en el patrimonio originario? Nosotros creemos que la forma de valorizar este bien es considerar su **valor original** (al momento de pactarse el régimen) y **actualizar dicho valor** según un índice objetivo, sin considerar la plusvalía extrínseca a su valor inicial. De otro modo, se incrementaría el patrimonio originario de uno de los cónyuges en perjuicio del otro cónyuge.

La ley señala (artículo 1792-7) que si el valor de las obligaciones excede al valor de los bienes, el patrimonio originario se estimará carente de valor. A decir verdad, esta norma no parece muy justa, ya que si uno de los cónyuges durante el matrimonio consigue pagar gran parte o todo su pasivo, sería justo que se consideren los recursos destinados a este efecto como gananciales. Al parecer la ley, en esta parte, pretendió simplificar el mecanismo.

3.2. Patrimonio final

3.2.1. Determinación

El artículo 1792-14 establece que “el patrimonio final resulta de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen, el valor total de las obligaciones que tenga en esa misma fecha”. Como puede observarse, para la determinación de este patrimonio deben considerarse todos los bienes del cónyuge, incluidos los que componen el patrimonio originario. Para estos efectos, deben practicarse cuatro operaciones:

3.2.1.1. Se deduce el “valor” de todas las obligaciones que el cónyuge tiene al momento de terminar el régimen. Veremos más adelante que esta valorización la hacen los cónyuges de consuno, o un tercero designado por ellos, o el juez, en subsidio (art. 1792-17 inciso final).

3.2.1.2. Al patrimonio final se agregan imaginariamente, vale decir, de manera sólo contable, los valores que deriven de los tres casos de inoponibilidad contemplados en el artículo 1792-15. Se trata, como se señaló, de donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario; actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge; y pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos. La valorización de estas partidas se hace en conformidad al artículo 1792-17 incisos segundo y tercero. Debemos recordar que se ha suscitado una controversia sobre el alcance del inciso final del artículo 1792-15, que establece que ninguna de estas inoponibilidades rige en el evento de que el otro cónyuge hubiese prestado su autorización para la celebración del acto. No divisan algunos comentaristas cómo podría el cónyuge perjudicado autorizar actos fraudulentos o de dilapidación en su contra. Creemos nosotros que el sentido de esta disposición no es contradictorio, ya que bien podría el cónyuge perjudicado ser inducido dolosamente a consentir en un acto contrario a sus intereses. En este caso, a juicio nuestro, no habría acción de inoponibilidad para incrementar el patrimonio final, pero sí otras acciones que, como las de responsabilidad extracontractual, podrían perseguir la reparación de los daños que se causan. La ausencia de la acción consagrada en el artículo 1792-15 no implica que no puedan ejercerse otras acciones y derechos.

3.2.1.3. El artículo 1792-18 contempla una agregación por vía de sanción. Si alguno de los cónyuges con el propósito de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, dice la ley, se

sumará a su patrimonio final el doble del valor de aquéllos (los bienes) o de éstas (las obligaciones simuladas). Se trata, entonces, de un acto ejecutado con dolo específico (con el fin de disminuir los gananciales), que requiere de una sentencia judicial que sancione el hecho, y cuyos valores deben calcularse según el precio que las cosas tenían al momento de ejecutarse el acto. Esta agregación está fundada en la comisión de un delito civil (art. 2314) y la sanción tiene un carácter punitivo, lo cual es excepcionalísimo en nuestro derecho.

3.2.1.4. Finalmente, el artículo 1792-23 ordena, para determinar los créditos de participación, la valoración de las atribuciones de derechos sobre bienes familiares efectuadas a uno de los cónyuges en conformidad con el artículo 147. Esta norma ha planteado numerosas controversias sin que los autores consigan ponerse de acuerdo hasta este momento. Nosotros creemos que la única explicación razonable es que, para la determinación del patrimonio final del cónyuge titular del derecho de usufructo, uso o habitación que le haya conferido un tribunal sobre un bien familiar, debe considerarse y valorizarse este derecho. Paralelamente, el mismo derecho deberá gravitar en el pasivo del otro cónyuge, disminuyendo el valor del bien incorporado (nuda propiedad) a su patrimonio. Bien puede ocurrir también que el cónyuge titular del derecho lo sea en razón de un matrimonio anterior, caso en el cual, como es obvio, éste no afectará el patrimonio del otro cónyuge. No parece disparatada la disposición legal, como ha querido darse a entender, si se tiene en consideración que el derecho (uso, usufructo o habitación) no tiene el mismo valor que el gravamen. De allí la importancia de realizar esta operación.

3.2.2. Prueba del patrimonio final

El artículo 1792-16 dispone que dentro de los tres meses siguientes al término del régimen, cada cónyuge estará obligado a proporcionar al otro un inventario valorado de los bienes y obligaciones que comprendan el patrimonio final. Este plazo puede ampliarse por el juez por otros tres meses.

¿Qué sucede si uno o ambos cónyuges no cumplen esta obligación? La ley nada dice al respecto. Nosotros creemos que existen dos soluciones posibles. La primera es solicitar facción de inventario solemne, en conformidad a los artículos 858 y 859 del Código de Procedimiento Civil. Si el cónyuge obligado al inventario no comparece, puede hacer la manifestación otra persona, recayendo en el cónyuge rebelde la obligación de impugnar el inventario. La otra solución es probar el patrimonio final en el juicio sumario mediante el cual puede reclamarse la liquidación de los gananciales (art. 1792-26).

Como es lógico, los cónyuges pueden impugnar el inventario simple que se les entregue en cumplimiento de la obligación consagrada en el artículo 1792-16. Para estos efectos pueden recurrir a todos los medios de prueba instituidos en la ley. (No sucede lo mismo cuando al iniciarse el régimen no se entrega el inventario simple establecido en el art. 1792-11).

Conviene recordar que existe una presunción destinada a establecer los bienes que componen el patrimonio final. El art. 1792-12 señala que “al término del régimen de participación en los gananciales, se presumen comunes los bienes muebles adquiridos durante él, salvo los de uso personal de los cónyuges. La prueba en contrario deberá fundarse en antecedentes escritos”. La redacción de este artículo es muy poco feliz, ya que no puede hablarse de bienes “comunes” tratándose de un régimen de participación con la modalidad crediticia. Lo que la ley quiso decir es otra cosa: **se presumen comunicables** (no comunes) los bienes muebles adquiridos durante él. Con todo, la presunción es útil y simplifica la prueba del patrimonio final. Esta presunción es casi igual a la que consagra el artículo 1739 a propósito de la sociedad conyugal.

3.2.3. Tasación del patrimonio final

El artículo 1792-17 establece que los bienes y el pasivo del patrimonio final se valoran según el estado al momento de terminación del régimen de bienes. Se agrega que los bienes a que se refiere el artículo 1792-15 (actos inoponibles) se aprecian según el valor que hubieran tenido al término del régimen de bienes. La atribución de derechos sobre bienes familiares (uso, usufructo o habitación) es valorada prudencialmente por el juez (art. 1792-23). Recuérdese, finalmente, que cada cónyuge en el plazo de los tres meses siguientes a la terminación del régimen debe entregar al otro un inventario valorado, el cual, dice la ley, hace prueba a favor del otro cónyuge para determinar su patrimonio final.

Agrega la ley que la valoración podrá ser hecha por los cónyuges o por un tercero designado por ellos, y sólo en subsidio por el juez.

Recuérdese, por otra parte, que los bienes que componen el patrimonio originario se valoran según el estado de los mismos al momento de entrar en vigencia el régimen, debiendo ser “prudencialmente actualizado a la fecha de terminación del régimen” (artículo 1792-13).

De la manera señalada se tiene un valor contable que comprende el patrimonio final.

3.3. Cálculo y destino de los gananciales

El artículo 1792-6 señala que “se entiende por gananciales la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge”. En consecuencia, los gananciales es un **concepto contable**, que se expresa en dinero y que resulta de restar al patrimonio final el patrimonio originario, con todas las particularidades ya analizadas.

Los gananciales, por consiguiente, representan un incremento patrimonial, que se produce por actos de carácter oneroso ejecutados durante el régimen, vale decir, durante la vida en común de los cónyuges sujetos a participación. Al contraer matrimonio ambos cónyuges “apuestan” al éxito económico, ligando el destino de sus respectivos patrimonios.

A este respecto pueden ocurrir tres situaciones diversas:

3.3.1. Que el patrimonio final de ambos cónyuges sea inferior al patrimonio originario de cada uno de ellos. En este caso, no hay gananciales. El artículo 1792-19 señala: “Si el patrimonio final de un cónyuge fuere inferior al originario, sólo él soportará la pérdida”. En consecuencia, en el supuesto indicado, **el régimen no producirá efectos** y cada cónyuge mantendrá su situación patrimonial sin alteración alguna;

3.3.2. Puede ocurrir que el patrimonio final de sólo uno de los cónyuges sea superior al patrimonio originario. En otros términos, que uno de ellos haya obtenido gananciales y no el otro. En este supuesto, el inciso segundo del artículo 1792-19 expresa: “si sólo uno de los cónyuges ha obtenido gananciales, el otro participará de la mitad de su valor”. Por lo tanto, el cónyuge que obtuvo gananciales **deberá compartir el excedente** (diferencia entre su patrimonio final y su patrimonio originario) con el otro cónyuge, de manera que los gananciales obtenidos sólo por uno de ellos beneficien por iguales partes a ambos;

3.3.3. Finalmente, puede suceder que ambos cónyuges tengan gananciales (que en ambos casos el patrimonio final sea superior al patrimonio originario). En este supuesto **se compensan los gananciales hasta la suma de menor valor y el excedente se divide entre los cónyuges por iguales partes**. El artículo 1792-19 expresa: “Si ambos cónyuges hubiesen obtenido gananciales, éstos se compensarán hasta la concurrencia de los de menor valor y aquel que hubiere obtenido menores gananciales tendrá derecho a que el otro le pague, a título de participación, la mitad del excedente”.

Como puede apreciarse en las hipótesis segunda y tercera, el régimen

produce efectos y éstos consisten en que los gananciales obtenidos por uno de los cónyuges o por ambos generan un crédito de participación que obliga al que obtuvo gananciales, en un caso, o el que obtuvo mayores gananciales, en el otro, a pagar al otro cónyuge la mitad del excedente.

De la manera señalada se resuelve la relación de destino de ambos patrimonios.

4. Crédito de participación

El llamado crédito de participación tiene varias características especiales que deben analizarse:

4.1. Este crédito se paga con posterioridad a las obligaciones contraídas durante la administración separada. El artículo 1792-25 expresa que “los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, preferirán al crédito de participación en los gananciales”. De la manera indicada quedan a resguardo los acreedores del cónyuge que debe el crédito de participación.

4.2. Antes de la terminación del régimen los derechos que éste genera a favor de los cónyuges son inenajenables. El artículo 1792-20 inciso segundo dice que “se prohíbe cualquier convención o contrato respecto de ese eventual crédito, así como su renuncia, antes del término del régimen de participación en los gananciales”. Por consiguiente, está vedado a los cónyuges celebrar cualquier acto, convención o acuerdo relativo a este crédito. Lo anterior no obsta, por cierto, a acordar cualquier mecanismo destinado a determinar el patrimonio originario y final, avaluarlo, convenir sobre actos inoponibles, incluso, acordar reparaciones o indemnizaciones por ilícitos civiles, etc.

4.3. El crédito de participación es irrenunciable antes del término del régimen. Esta norma contradice lo que ocurre en la sociedad conyugal, en la cual puede la mujer renunciar anticipadamente a los gananciales, sin que por ello se dejen de aplicar las normas que regulan este régimen (artículo 1719).

4.4. El crédito de participación es puro y simple, o sea, no es susceptible de modalidad alguna (art. 1792-21). Sin embargo, el mismo artículo en el inciso segundo permite al juez conceder como plazo de pago hasta un año completo (situación excepcional en presencia de lo previsto en el artículo 1494 inciso segundo). Para adoptar esta determinación el juez debe fundarse en que el pago de contado perjudica gravemente al cónyuge deudor o a los hijos comunes. En este evento el crédito deberá expresarse

en unidades tributarias mensuales, no devengará intereses y deberá la obligación asegurarse por el propio deudor o por un tercero, de modo que el cónyuge acreedor, dice la ley, quede de todos modos indemne.

4.5. El crédito de participación deberá pagarse en dinero, salvo que los cónyuges acuerden una dación en pago (arts. 1792-21 y 1792-22). La ley previó la situación que se produce en caso de que la cosa dada en pago sea evicta. En este evento, renace el crédito de participación, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo. Creemos nosotros que frente a la evicción de la cosa, nace para el cónyuge acreedor un derecho alternativo: u opta por el crédito de participación con todas sus particularidades y características, o por los efectos de la evicción (artículo 1847 y siguientes). No existe razón jurídica alguna para privarlo de estos últimos derechos.

4.6. El crédito de participación es de ejecución regulada. El artículo 1792-24 inciso primero ordena perseguir el pago, primeramente, en el dinero del deudor; si éste no fuere suficiente, se perseguirá el pago en los bienes muebles y, sólo en subsidio, en los bienes inmuebles. Esta disposición se afina en la vieja tradición de nuestro Código Civil que, considerando la importancia de la fortuna inmueble, tiende a preservar estos bienes. No es esta la realidad en el día de hoy. La fortuna, generalmente, está radicada en valores mobiliarios.

4.7. Para los efectos del pago del crédito de participación se ha extendido el derecho de prenda general que queda afecto a esta finalidad. El inciso segundo del artículo 1792-24, frente a la insuficiencia del dinero, de los bienes muebles o inmuebles del cónyuge deudor, permite perseguir el cumplimiento de esta obligación en los bienes donados entre vivos, sin consentimiento del otro cónyuge, o enajenados en fraude de sus derechos. De lo señalado se sigue que dos de las inoponibilidades de que trata el artículo 1792-15 permiten perseguir el pago del crédito de participación en los bienes enajenados por el cónyuge deudor. No sucede lo mismo en los demás casos (actos de dilapidación o pago de rentas vitalicias). En caso de que el acreedor decida perseguir los bienes donados entre vivos sin su consentimiento, deberá proceder contra los donatarios en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, dice la ley, principiando por las más recientes. La norma indicada está, sin duda, basada en el artículo 1187, que sienta el mismo principio cuando se trata de dar efecto a la constitución del llamado segundo acervo imaginario en la sucesión de una persona (acción de inoficiosa donación). Al menos la terminología es idéntica. El derecho señalado tiene un plazo de prescripción de corto tiempo, cuatro años, que se cuentan desde la fecha del acto. No hay duda que esta disposición impedirá en muchos casos ejercer dicha

acción, ya que el régimen de participación y los matrimonios en general, por deteriorada que esté su estabilidad, duran muchísimo más tiempo. Por lo mismo, en el futuro esta norma debería enmendarse.

4.8. El artículo 1792-19 inciso final señala que **“el crédito de participación en los gananciales será sin perjuicio de otros créditos y obligaciones entre los cónyuges”**. A pesar de las críticas que ha despertado esta disposición, nosotros creemos que ella es útil, puesto que deja a salvo otros derechos de los cónyuges. Así, por ejemplo, esto ocurrirá en el caso antes analizado y relativo a la inducción dolosa para autorizar un acto fraudulento en perjuicio del otro cónyuge. En esta hipótesis es posible demandar la reparación de los perjuicios por el ilícito civil, sin perjuicio de exigir el pago del crédito de participación. Pueden otros créditos tener diversas fuentes (contractual, cuasicontractual o legal). Todos ellos pueden subsistir junto al crédito de participación.

4.9. **El crédito de participación prescribe, conforme las reglas generales, en el plazo de cinco años.** Esta prescripción corre desde que el crédito se ha determinado y es exigible (art. 2514). A su vez, para exigir la liquidación del crédito de participación existe un plazo de cinco años (art. 1792-26), el que se cuenta desde la terminación del régimen. Por consiguiente, pueden transcurrir hasta cinco años antes de exigir la determinación y, luego de un juicio sumario, que bien podría extenderse por dos o tres años, o más, comenzará recién a computarse el plazo de prescripción del crédito mismo. Como resulta fácil deducir, debió buscarse un procedimiento más rápido para resolver todo lo concerniente a la determinación y pago de este crédito, a fin de evitar confusiones y facilitar su extinción.

4.10. **El crédito de participación goza de un privilegio de 4ª clase** (art. 2481 N° 3). Este privilegio tiene origen en la administración de bienes ajenos y afecta, en este caso, todos los bienes del cónyuge y sus propios gananciales.

4.11. Extinguido el régimen, los derechos personales de cada cónyuge pueden **cederse**, renunciarse, prescribir, transmitirse, etc.

4.12. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, creemos nosotros que este derecho debe ser incluido en el acervo bruto respecto del cónyuge acreedor, y lo propio debe hacerse con la obligación correlativa. Lo anterior porque el derecho se adquiere simultáneamente al momento del fallecimiento, que coincide con el momento de terminación del régimen y adquisición de los derechos personales respectivos. No piensan así todos los comentaristas, afirmando que estos derechos y obligaciones no deben integrarse a la sucesión.

5. Procedimiento de liquidación

La ley ha establecido que esta materia es de competencia de la justicia ordinaria en procedimiento sumario (art. 1792-26). El plazo de prescripción para pedir la liquidación es de cinco años, no se suspende entre cónyuges, pero sí a favor de los herederos menores.

Nos parece evidente que puede este crédito determinarse de común acuerdo entre los cónyuges. Así lo señala expresamente el artículo 1723, caso en el cual es necesaria escritura pública. Pero si esta determinación se hace una vez terminada la vigencia del régimen, no se requiere requisito especial alguno, salvo los propios de los actos convencionales de personas plenamente capaces.

De la misma manera, no vemos inconveniente alguno en que esta cuestión se sustraiga del conocimiento de los tribunales ordinarios y se designe un juez árbitro para la determinación del crédito de participación. Si los cónyuges pueden valorar el patrimonio originario, el patrimonio final y actualizar estas valorizaciones, no se divisa inconveniente para entregar la decisión de esta materia a un árbitro de derecho, mixto o arbitrador. Quien puede lo más, determinar el crédito de participación, puede lo menos, encargar a un árbitro esta tarea.

Insistamos en que el plazo de prescripción del crédito de participación está regido por las normas generales (art. 2515), debiendo computarse este plazo una vez que el crédito esté determinado y sea exigible.

6. Juicio crítico

Para concluir estas reflexiones intentaremos hacer un juicio crítico sobre el régimen de participación en los gananciales.

6.1. Desde luego, él contribuye a dar a los regímenes patrimoniales una extrema inestabilidad, desplazarse de uno a otro y aumentar la inseguridad respecto de terceros que contratan con el marido o la mujer, todo lo cual es malo.

6.2. Este régimen se aparta de nuestra tradición “comunitaria”. Es un hecho que la sociedad conyugal ha ido dejando su huella a través de muchas generaciones. Para la mayoría de los chilenos, el matrimonio es fuente de comunidad de bienes. Es ajeno a nuestra cultura un sistema que exige determinaciones contables, cálculos y ajustes numéricos, etc.

6.3. Se trata de un sistema costoso, que requiere extrema buena fe de

los cónyuges, la asistencia permanente de especialistas y el estrecho seguimiento de las operaciones que se ejecutan por cada cónyuge.

6.4. Existe un sinnúmero de cuestiones prácticas no resueltas o mal encaradas. Así, por ejemplo, la omisión de presentar los inventarios simples al momento de entrar en vigencia el régimen o una vez concluido, la forma de hacer valer los casos de inoponibilidad, los derechos que corresponden al cónyuge cuando éste es inducido dolosamente a autorizar un pacto de dilapidación o fraude, etc. Hemos ido dejando nuestra opinión en cada caso, lo cual acusa la existencia de vacíos que pudieron llenarse provechosamente.

6.5. No existen los procedimientos judiciales adecuados a una materia que tiene especificidades propias. La solución no puede radicarse en el procedimiento ordinario o sumario. Debió considerarse, probablemente, un procedimiento arbitral rápido que superara los problemas prácticos. No hay que olvidar que tratándose de cónyuges bien avenidos no hay problemas, éstos surgen cuando hay conflictos personales entre ellos o cuando intervienen los herederos del cónyuge premuerto.

No puede desconocerse, sin embargo, que las bases teóricas de este régimen son más justas y equilibradas. Precisamente por eso constatamos con pesar que la participación en los gananciales no tendrá arraigo entre nosotros.

Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585

Ramón Domínguez Aguila

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Aspectos generales de la reforma

1. Hace casi un año que terminó la larga tramitación de lo que hoy es la Ley N° 19.585 (D.O. 26 de octubre de 1998) y que está pronta a entrar en vigencia* unificando el sistema de filiación y eliminando la distinción entre categorías de hijos, lo que, desde luego, acarrea como consecuencias efectos de la mayor trascendencia en el régimen sucesoral chileno. Por otra parte y con independencia del propósito central de la nueva ley, ésta mejora notoriamente la situación del cónyuge sobreviviente en la sucesión hereditaria.

El propósito central de la ley, como acabamos de señalar, es eliminar las diferencias existentes en el derecho chileno entre las filiaciones legítimas e ilegítimas que hasta ahora han existido. Se trataba de una real obligación que pesaba sobre el Gobierno, desde que se aprobara la Constitución de 1980, y que contiene no solamente la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), con la consecuencia de no poder establecerse diferencias arbitrarias, sino también el principio de la legalidad constitucional, que obliga a que toda norma de rango inferior haya de conformarse a las reglas y principios constitucionales (arts. 6° y 7°). Además, el art. 5° inc. 2°, luego de la modificación que le hiciera la Ley N° 18.825, ha introducido como norma interna y con rango superior los derechos contenidos en diversos tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada comúnmente Pacto de San José de Costa Rica, que contienen la necesidad de adecuar el derecho interno a las garantías allí consignadas, entre las que precisamente se encuentra aquella que impide discriminaciones fundadas en razones de filiación. El art. 17.5 de esta última convención prescribe que "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo", y el art. 2 obliga a los Estados contratantes

* A la fecha de elaboración de este artículo, la citada ley no había entrado en vigencia.

a “adoptar, con arreglo a sus preceptos 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”.¹

2. Al eliminar entonces las diferencias de régimen jurídico entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos, se producen consecuencias en el régimen sucesoral y de tal naturaleza que bien puede afirmarse que algunos de los principios del derecho sucesoral hasta ahora existentes desaparecen y otros quedan profundamente alterados. Algunas de ellas las habíamos anunciado en varios pasajes de la última edición de nuestro *Derecho Sucesorio* y han sido ahora legalmente confirmadas.²

3. Pero, además, la nueva ley introduce dos grandes reformas que son independientes del sistema igualitario de la filiación: la modificación de los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente, con la eliminación de la porción conyugal como asignación forzosa a cambio de conferirle el carácter de legitimario. La situación sucesoral del cónyuge sobreviviente resulta de tal modo mejorada, que sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que a partir de la vigencia de la nueva ley, el derecho chileno contendrá el más favorable sistema de sucesión del cónyuge sobreviviente que se conozca en países occidentales de tradición latina y en especial cuando se trata del casado en régimen de sociedad conyugal.

Con la eliminación de la porción conyugal –modificación sugerida desde hace tiempo por variados autores– el sistema sucesoral chileno resulta notoriamente simplificado. Desaparecen así las innumerables dificultades de interpretación y de cálculo de otras asignaciones forzosas a que daba lugar esa porción. Ya no habrá lugar a debatir sobre conceptos como los de deducciones a la porción conyugal. Contribuye a ello la incorporación del cónyuge sobreviviente como legitimario y, la de los ascendientes como posibles asignatarios de cuarta de mejoras.

¹ Bien podía sostenerse, antes de la dictación de la Ley N° 19.585, que todo el sistema chileno de filiación, fundado en la distinción entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos, con sus consecuencias sucesorales, era inconstitucional, porque derechamente se oponía a las reglas citadas en el texto. Incluso bien pudo sostenerse su derogación tácita. Sobre ello, véase nuestro trabajo *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, en Rev. de Der. y Jurisp. T. 93 (1996), primera parte, págs. 107 y sgts., esp. págs. 11 a 119. En USA, la Corte Suprema declaró contraria a la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, que asegura la igual protección ante la ley y la no discriminación, el antiguo art. 2404 del Código Civil de Louisiana, que otorgaba al marido, como administrador de la sociedad conyugal, el derecho exclusivo a disponer de los bienes sociales (Kirchberg v. Feenstra, 101 S. Ct. 1195 (1981); 450 US 455, 67 L. Ed. 2d. 428

² Véase, R. Domínguez B. y R. Domínguez A., *Derecho Sucesorio*, t. 1, N° 81 y sgts., Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, sobre el debate en torno a la igualdad entre los hijos respecto del derecho sucesoral, t. 2 N° 708. 1 ; N° 896 a 897.2, respecto de la porción conyugal, etc.

4. Los órdenes sucesorales de la sucesión intestada quedan, por influencia de la reforma, reducidos a cinco, y como ellos se aplican también a la atribución de la legítima, en cuanto corresponden a legitimarios, en ésta existirán sólo dos.

Pero habrá de tenerse en cuenta que el deseo de plena igualdad entre las filiaciones encuentra siempre un obstáculo insalvable, que es el de la realidad impuesta por hijos que tienen filiación establecida, matrimonial o no, e hijos sin filiación determinada. Como se ha encargado de recordarlo la doctrina, las diferencias entre las filiaciones, aun no queridas por el legislador, son irreductibles, porque resultan “de la naturaleza misma de la filiación extramatrimonial, de su inevitable divisibilidad”³ Ello motivará que, respecto de éstos, los órdenes sucesorales no puedan construirse del mismo modo que para aquéllos. Y es que no basta atribuir un derecho en abstracto, es preciso que esté determinado el sujeto respecto de quien ellos se pueden ejercitar, y el hijo sin filiación determinada, porque no es matrimonial y porque no ha sido ni reconocido ni ha podido o logrado ejercitar con resultado satisfactorio una acción de filiación, no tendrá en definitiva un círculo de parientes igual al de aquel que sabe quiénes son sus padres. Y aun el hijo no matrimonial con filiación establecida puede no tener tampoco la misma situación que el matrimonial, si esa filiación es sólo paterna o materna y no paterna y materna a la vez. Es que, como lo ha precisado la doctrina,⁴ “la filiación no crea, evidentemente, derechos sucesorales sino en la medida en que está legalmente establecida”, de forma que “el parentesco de que se trate debe constar legalmente, es decir, no basta que se conozca de hecho.”⁵

5. No participamos de las críticas de fondo de quienes ven en la reforma una destrucción de la actual familia legítima. La familia es una institución social que cambia a medida que se alteran las formas de vida. Los cambios que se operan en la sociedad y que influyen en la organización familiar no se pueden detener por el solo hecho de mantenerse incólume las reglas legales sucesorales. Estas han de adaptarse a las nuevas realidades y no es posible siquiera imaginar que los principios que organizaban el derecho sucesoral en torno a la familia en otras épocas, cuando los promedios de vida no superaban los treinta años, puedan permanecer inmutables cuando éstos superan ya los setenta y cinco. Esa sola circunstancia, y no hemos escogido sino una, debería traducirse en cambios en la concepción sucesoral

³ J. Hauser y D. Huet-Weiller, *La famille. Fondation et vie de la famille en Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de J. Ghestin, N° 448, 2a edic., París, 1993; G. Cornu, *La filiation*, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20, *Réformes du droit de la famille*, pág. 32.

⁴ M. Grimaldi, *Droit Civil. Successions*, N° 114, 4a. edic. Litec, París, 1996.

⁵ M. Albaladejo, *Curso de Derecho Civil*, t. V, *Sucesiones*, pág. 402, 5a edic., Bosh edit., Barcelona, 1994

fundada en la familia, como ya se ha insinuado por algunos autores.⁶ Por otra parte, las hipótesis de conflicto entre hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales no son tan numerosas como se quiere señalar cuando se critica la igualdad de derechos sucesorales. Además, la pretensión que la sociedad chilena tenga fundamentos morales más sólidos que las de otros países, por mantenerse aquí las distinciones entre tipos de filiación y derechos sucesorales, es el producto, según pensamos, de un común espíritu que impide vernos con objetividad, incluso frente a sociedades vecinas.

6. Cabe recordar, sin embargo, que la igualdad de derechos para los hijos matrimoniales o no matrimoniales no es concebida del mismo modo en todas las legislaciones. La Ley N° 19.585 es, a este respecto, mucho más terminante que la presente legislación francesa, por citar un ejemplo. Desde luego, ésta sigue manteniendo los calificativos de "filiación legítima" (Cap. II, tit. VII, Libro I, Cod. Napoleón) y "filiación natural" (Cap. III, tit. VII, Libro I), y por lo mismo, los de "hijos legítimos" e "hijos naturales" y ello no obstante la importante reforma de la ley de 3 de enero de 1972. Más aun, en materia sucesoral se mantienen diferencias en contra de los hijos incestuosos (arts. 915 y 760).⁷ Nada de ello ocurrirá entre nosotros a partir de la reforma.

7. Una última observación general: la redacción de la ley no ha sido cuidadosa. Aunque, en general, se ha pretendido mantener las formas y redacciones primitivas, no siempre ello ha sido posible, y cuando se introducen innovaciones, no se han hecho con el cuidado debido. Podemos sólo señalar algunos ejemplos y limitados a materias sucesorales, pues largo sería extender esas mismas observaciones al resto de la ley. Así, el nuevo artículo 206 trata de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, la que debe intentarse, en caso de hijos póstumos o cuyo padre o madre fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto y dentro de los tres años contados desde la muerte o desde que el hijo haya alcanzado la plena capacidad, "si el hijo es incapaz". En realidad no se observa cómo podría ser el hijo capaz en tal situación, de forma que el plazo deberá

⁶ En efecto, la concepción familiar del derecho sucesorio y que determina la existencia de asignaciones forzosas y en especial de la legítima, corresponde, según se afirma, a una época en que el principio de la mantención del patrimonio en la familia era fundamental para la subsistencia de las nuevas generaciones, desde que la esperanza de vida era poca, de forma que los hijos quedaban sin padre a temprana edad. Pero la situación demográfica se ha alterado profundamente y en la generalidad de los casos, en nuestro tiempo, la herencia llega a los hijos cuando éstos ya tienen su situación económica formada, de modo que aquella no altera profundamente la realidad que ya tienen. En Francia, estudios hechos hacia 1977 determinaban que la edad promedio en que se recibe la herencia es a los cuarenta y cuatro años. Sobre ello, L. Roussel, *La famille après le mariage des enfants. Etude des relations entre le générations*. Institut National d'Etudes Démographiques, cahier N° 8, 1976, págs. 213 y sgts.

⁷ M. Grimaldi, *Droit Civil. Successions*, N°300.

siempre contarse desde que el hijo alcance la plena capacidad. En el art. 1184 inc. 2° se dice ahora que “no habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio”. Pero lo cierto es que, en tal supuesto, es de toda la herencia que el *de cujus* puede disponer a su arbitrio, pues allí ya no existen legitimarios. El defecto de redacción se debe a que se intercaló simplemente la mención al cónyuge y a los ascendientes en la redacción antigua, en la que si no había descendientes legítimos que pudieran suceder, efectivamente la mitad de la herencia pasaba a ser de libre disposición, pues desaparecía la cuarta de mejoras y sólo quedaban como legitimarios los ascendientes. Como ahora los ascendientes y el cónyuge sobreviviente son asignatarios de mejora y junto a los descendientes son los legitimarios, si no existe ninguno de ellos, pues toda la herencia es de libre disposición. En el art. 988, que contiene la expresión “que, por regla general” está evidentemente de más. Allí se contiene la determinación de la porción del cónyuge sobreviviente en el primer orden sucesoral y ella parte de la base, claro está, de lo que será el caso más común; pero luego se indica lo que sucede si sólo hay un hijo y se señala el mínimo a que puede ascender el derecho de dicho cónyuge. No se ve para qué se agregó entonces aquella expresión. En el art. 994 hay también un defecto de redacción, pues se extiende la inhabilidad sucesoral a “los padres” del causante, cuando ella dice relación en realidad con “aquel” de los padre o madre que haya litigado con el hijo en el juicio de determinación de paternidad o maternidad. Y en el art. 1182 inc. 2° la imprecisión es aun más grave, pues se excluye de la calidad de legitimarios del causante a todos los ascendientes en caso de determinación judicial de la paternidad o maternidad. Lo lógico debió ser excluir al respectivo padre o madre.

8. Pero aun con esos defectos, entendemos que el sistema sucesorio ha quedado bien modificado, en cuanto se simplifica, eliminándose todas las difíciles cuestiones a que daba lugar la existencia de la porción conyugal, según ya dijimos.

Análisis de las modificaciones al régimen sucesoral

9. Al analizar las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, debemos distinguir dos tipos de modificaciones: las que llamaremos formales y las que calificaremos de fondo.

1. Las modificaciones de forma

10. Las primeras son aquellas que se limitan a eliminar de diversas

disposiciones los calificativos de “legítimo” o de “naturales”. Claro está que ellas son impuestas por la supresión de las distinciones entre tipos de filiación y son una consecuencia directa de ella: eran pues obvias. Por ello las calificamos de formales, aunque en realidad implican extender a todos los hijos o parientes por consanguinidad, según los casos, los derechos o mandatos que se contenían en la disposición modificada. Pero tal extensión no requiere de mayor explicación y por ello adoptamos ese calificativo. Los casos son variados y nos limitamos aquí a señalar algunos: el art. 968 N° 2, respecto de la indignidad que afecta a los descendientes o ascendientes del que cometió atentado grave contra la vida, el honor o bienes del *de cuius*; el art. 986, que extiende la representación a todos los descendientes del difunto y a todos los descendientes de sus hermanos; el art. 1107, referido al legado de cosa ajena un descendiente o ascendiente del testador, etc...

11. También han de comprenderse en esa categoría de reformas aquellas que significan conciliar con la supresión de la porción conyugal aquellas reglas que eliminan la mención a esa antigua asignación forzosa o al cónyuge sobreviviente en razón de ella, tal como ocurre en el art. 1193, en que se hacía mención al cónyuge sobreviviente en la imputación de las donaciones a título de legítima justamente porque había que respetarle la porción conyugal; o en el art. 998, en que, para asegurar el respeto de la porción conyugal se extendía respecto de ésta la ley chilena al extranjero, sea que falleciera dentro o fuera de Chile, o en el art. 959, en que se elimina, naturalmente, el número quinto de entre la lista de bajas generales de la herencia, pues en él se contenía la porción conyugal, salvo en el caso del primer orden de sucesión intestada.

II. Las modificaciones de fondo

12. Las reformas de fondo implican modificaciones al sistema sucesoral que no son impuestas por la mera extensión de los derechos sucesorales a todos los hijos sin distinción o por la necesaria adecuación en el texto de las normas al suprimirse la porción conyugal. Se trata entonces de reformas que no eran estrictamente necesarias, pero que se consideraron imprescindibles por consideraciones distintas o del alcance que la igualdad sucesoral implica a principios generales del sistema hereditario chileno. Es a ellas que nos referiremos a continuación y que entendemos son, técnicamente, las más importantes.

a. La reforma y los principios generales del derecho sucesorio.

13. Como se sabe, el derecho sucesoral chileno está construido en base a algunos principios generales que informan todas las instituciones

hereditarias. No es éste el lugar para repetir las ideas en torno a ellos,⁸ pero sí es importante señalar que la reforma de la Ley N° 19.585 importa una notable alteración en dos de ellos y la supresión de otro: los principios de la unidad de patrimonio y de la igualdad resultan sensiblemente alterados, y el principio de la protección de la familia legítima de hecho desaparece.

14. En cuanto al principio de la unidad, recordaremos que en la sucesión intestada es una misma ley la que regula todos los bienes de la sucesión y no existen pluralidades de masas sujetas a reglas jurídicas distintas. Los arts. 955 y 981 lo consagran. En lo que concierne al de la igualdad,⁹ se trata de conferir a los asignatarios una cuota igual, si son del mismo grado de parentesco y una misma naturaleza de bienes para enterarles sus derechos: es la igualdad en valor y en especies que se consagra en diversas reglas, como los arts. 982, 985, 1337, 345 1347, etc.

La legislación previsional y alguna ley especial ya habían horadado el principio, alteraciones que ahora dejan de tener relevancia, al igualarse todas las filiaciones o, mejor dicho, al no hacerse distinción entre ellas; pero la Ley N° 19.585 introduce el derecho del cónyuge sobreviviente a la atribución preferencial del hogar común, sea en propiedad, sea en forma de derecho de habitación y uso (art. 1337 N° 10 en la nueva redacción), al que destinaremos especial atención más abajo. Se trata de la principal excepción a esos dos principios y respecto del bien que, en la mayoría de las situaciones fácticas, es el principal, sino el único importante que deja el causante: para ese bien se establece un estatuto jurídico especial que favorece al cónyuge sobreviviente, el que podrá exigir que le sea asignado con cargo a sus derechos hereditarios y con exclusión de cualquier otro heredero.

15. En cuanto al principio de la protección de la familia legítima, bien puede decirse que ha desaparecido. Si existe igualdad de derechos sucesorales entre los hijos, sean o no matrimoniales, no subsisten las ventajas que a los antiguos hijos legítimos y por sobre los naturales, confería la legislación hasta ahora vigente, a pesar incluso de las mejoras que se habían ido introduciendo históricamente en favor de éstos y en especial por la Ley N° 10.271. Esta cuestión fue, justamente, una de las que más problemas causó en la tramitación de la ley, pues hay quienes, reconociendo la necesidad de igualar los derechos de los hijos con independencia de si son

⁸ Sobre tales principios, véase nuestro *Derecho Sucesorio*, T. 1, N°s 11 a 82, 2a. edic. y la bibliografía allí citada.

⁹ Sobre el cual véase también D. Peñailillo Arévalo, *El principio de la igualdad en el derecho sucesorio*, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 143 (1968), y N°s 146-147 (1969).

o no matrimoniales, niegan la posibilidad de mantener la igualdad en materia sucesoral, bajo el argumento que el patrimonio hereditario es el producto de una colaboración familiar, en que no ha sido parte el hijo extramatrimonial. Se impuso finalmente el principio de la igualdad de derechos; pero a cambio se mejoró notoriamente la situación del cónyuge sobreviviente, como se verá. De este modo, dicho cónyuge adquiere, al menos, derechos hereditarios superiores a los de cualquier otro sucesor y así pudiera afirmarse que el principio de la protección a la familia matrimonial –ya que no es posible seguir calificándola de legítima– subsiste en alguna proporción y a ello debe agregarse el derecho de dicho cónyuge de exigir la atribución preferencial del hogar común, a lo que nos referiremos separadamente al final.

16. Aunque no se trata propiamente de un principio general, trataremos aquí de la reforma introducida al art. 1225, respecto de la aceptación y repudiación de las asignaciones, ya que se refiere a una cuestión relativa a la transmisión sucesoral y, por lo mismo, de carácter general aplicable a toda sucesión. Se ha agregado un inciso final a esa disposición, de acuerdo al cual *"El marido requerirá el consentimiento de la mujer casada bajo el régimen de sociedad para aceptar o repudiar una asignación deferida a ella. Esta autorización se sujetará a lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 1749"*.

Si bien ni el marido ni la mujer casados bajo el régimen de sociedad conyugal son incapaces por esa circunstancia, como aquel administra los bienes de su mujer (art. 1749), la nueva regla viene a completar las limitaciones que los arts. 1754 y sgts. le imponen en esa administración. La limitación consiste en que el marido no puede aceptar o repudiar libremente una asignación, es decir, herencia o legado, deferida a su mujer, sin consentimiento de ésta, si entre ellos existe régimen de sociedad conyugal. Bajo el primitivo texto de los arts. 137, 1225 y 1411, el marido podía aceptar por sí solo, sin necesidad del consentimiento de la mujer e incluso contra su voluntad, las asignaciones que se hicieran a ésta, aunque tratándose de herencias, debía hacerlo con beneficio de inventario. La mujer por su parte no podía aceptar ella, sin previa autorización del marido. Para repudiar debía hacerlo con la autorización de la mujer (art. 1236). Luego de la reforma de la Ley N° 18.802 la mujer puede aceptar libremente y el marido a su vez no requiere de la autorización de su mujer para repudiar. La reforma de la Ley 19.585 implica exigir que el marido, para la aceptación y la repudiación de asignaciones deferidas a su mujer, deba obtener el previo consentimiento de ésta, en las formas dispuestas por el art. 1749. Si para la repudiación ello parece lógico, ya que implica disponer de bienes de la mujer, para la aceptación la exigencia no parece tan lógica, pues se trata de incorporar bienes que, con sus frutos tendrán incidencia en la masa común. Bastaba pues mantener en favor de la mujer el beneficio de inventario sin exigir esa

autorización. La ley no soluciona, con todo, la cuestión de saber si la mujer puede por sí sola repudiar una asignación que se le ha hecho, la que es aún discutible.¹⁰

b. Los órdenes sucesorales en la sucesión intestada

17. La actual conformación de los órdenes sucesorales queda profundamente alterada en la Ley N° 19.585, porque al eliminarse la distinción entre categorías de hijos, desaparecen, al menos como denominación, los llamados órdenes de sucesión irregular. En lo sucesivo sólo habrá un tipo de órdenes de sucesión intestada, sea el causante un hijo de filiación matrimonial o no y tenga su paternidad o maternidad establecida o no establecida. Claro está que si el causante es hijo sin filiación establecida, es inútil que se hable de una igualdad de régimen, porque será evidente que, desde el punto de vista jurídico, carecerá de ascendientes, hermanos y demás colaterales conocidos y, por lo mismo, la existencia de una cierta irregularidad en los órdenes sucesorales subsistirá, desde que para que llegaran a heredar los padres o los abuelos o los hermanos o colaterales de un hijo no matrimonial, sería imprescindible que la filiación paterna o materna estuviere establecida, sea por reconocimiento voluntario conforme al art. 187, sea por medio de una acción de filiación conforme a los arts. 195 y sgts., y siempre que no haya habido en ésta oposición del padre o madre demandado (art. 994 inc. 2°). De este modo, un causante sin filiación paterna o materna establecida, no tendrá, por razones de hecho, los mismos órdenes sucesorales que el hijo matrimonial o de filiación no matrimonial establecida. Más concretamente, sólo tendrá el orden de los hijos (art. 988) y el del cónyuge sobreviviente (art. 989). Así entonces, quiéralo o no la ley, los órdenes irregulares subsistirán en ese caso, pues sólo habrá orden de los hijos, orden del cónyuge sobreviviente y orden del Fisco. O, si se prefiere, lo que sucederá es que, por falta de ciertos parientes, no se le podrán aplicar todos los órdenes de la sucesión intestada.¹¹

Los órdenes sucesorales quedan ahora más bien semejantes a los antiguos órdenes regulares, aunque suprimiéndose, naturalmente, el de los hijos naturales.

¹⁰ Sobre ello, René Ramos P., *Derecho de Familia*, N° 288, 2a. edic., Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1998.

¹¹ Siendo nuestra legislación ahora muy semejante a la española, de donde se han tomado muchas de las reglas de la Ley N° 19.585, viene a cuento entonces recordar que los autores hispanos se ven obligados a tratar en especial la sucesión del causante sin filiación determinada. Así, por ej., M. Albaladejo, ob. cit., pág. 409.

18. *Del orden de los hijos.* Bajo el nuevo texto impuesto por la Ley N° 19.585 el primer orden sucesoral, habiéndose eliminado la distinción entre órdenes regulares e irregulares, está compuesto por los hijos y el cónyuge sobreviviente. Por el art. 988 "los hijos excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere también cónyuge sobreviviente, caso en el cual éste concurrirá con aquellos " (inc. 1°).

Habría que tener en cuenta que los hijos pueden ser representados (art. 986), de modo que, en definitiva, este orden termina siendo el de los descendientes.

En cuanto al cónyuge sobreviviente, éste pasa a ser heredero del causante, habiéndose eliminado la porción conyugal.

Si sólo hay hijos, la herencia se divide por igual entre ellos. Si los hijos concurren con el cónyuge sobreviviente, éste lleva una porción igual al doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo; pero si sólo hay un hijo, la porción del cónyuge es igual a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo. Pero jamás el cónyuge llevará una porción inferior a la cuarta parte de la herencia o de la mitad legítimaria en su caso. Si, por ejemplo, hubiere dos hijos y cónyuge sobreviviente, sin que el causante hubiere dispuesto de parte alguna de su herencia por testamento, el cónyuge lleva dos cuartos de la herencia y cada hijo un cuarto. Pero si llegaren a existir siete hijos, el cónyuge llevará un cuarto de la herencia y el resto se divide entre los hijos por partes iguales. Todo ello porque el art. 988 inc. 2°, aunque a nuestro parecer inútilmente, pues ello es obvio, precisa que "correspondiendo al cónyuge sobreviviente la cuarta parte de la herencia o de la mitad legítimaria, el resto se dividirá entre los hijos por iguales partes".

Llama la atención que habiéndose incorporado al cónyuge como heredero *ab intestato*, su porción quede fijada en esa sucesión de acuerdo a lo que los hijos lleven por legítima rigorosa o efectiva, instituciones propias de la sucesión testada. Si el causante no otorga testamento, no hay legítima de ninguna especie y cuando más lo que puede afirmarse es que al dividir la herencia la ley respeta las legítimas, pues entonces la legítima queda integrada en la porción que la ley asigna a cada hijo. Con esa redacción queda más en evidencia que las legítimas existen en toda sucesión, pues en la intestada la porción de los hijos a falta de testamento cubre la legítima que llevarían de existir el negocio mortis causa.

Pero el cónyuge sobreviviente que por su culpa hubiere dado causa al divorcio, no tendrá parte en la herencia intestada, como se señala en el art. 994 inc. 1°, y tanto vale al efecto el divorcio temporal como el perpetuo,

porque así lo precisa esa disposición, terminándose expresamente con cualquier debate que surgía con anterioridad.¹² Pero para la aplicación de la regla han de observarse los mismos principios ya expuestos, pues a pesar de haberse suprimido la porción conyugal, lo que allí se dijo sobre el divorcio mantiene vigencia.

Si el causante hubiere dispuesto por testamento de todo o parte de la cuarta de mejoras o de la de libre disposición, la regla del art. 988 se aplicará entonces a la parte restante, es decir, a la mitad legitimaria propiamente tal o aumentada con el acrecimiento del art. 1191.

El art. 988 inc. final prescribe que la cuarta parte que se asegura al cónyuge sobreviviente "se calculará teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 996". A ello nos referiremos más abajo. Cuestión especial es la que presenta ahora el hijo adoptivo; pero no trataremos aquí de ella.

19. Del orden del cónyuge y ascendientes. Si no hubiere hijos personalmente o representados, el art. 989 manda que la sucesión se divida entre el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo. En este caso la herencia se divide en tres partes, dos para el cónyuge y una para los ascendientes. Es evidente que existiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, éste lleva toda la porción destinada a tales parientes, respetándose el principio de la prioridad del grado (art. 989 inc. final). Si hay sólo cónyuge sobreviviente, toda la herencia es para él y si sólo hay ascendientes, toda la herencia es para éstos y por ello ambos son cabeza de orden (art. 989 inc. 2°). Recordemos que no hay representación de los ascendientes.

Se aplica al cónyuge sobreviviente la regla del art. 994 inc. 1° que ya hemos comentado: si ha dado causa al divorcio por su culpa, ningún derecho tiene en la sucesión intestada. Y en cuanto a los padres, si la paternidad o maternidad ha sido determinada luego de ejercitarse por el hijo una acción de filiación en la que el demandado sostuvo oposición, aquellos no podrán suceder al causante, a menos de mediar restablecimiento en los términos del art. 203 (art. 994 inc. final). Pero atendidos los términos de la ley, la regla sólo es aplicable al respectivo padre o madre que sostuvo oposición y no a los otros posibles ascendientes, aunque lo fueren del padre o madre que hizo esa oposición, solución que puede ser discutible, aunque desde otro ángulo, si la cuestión pudiere presentarse prácticamente, los abuelos no tienen por qué cargar con las culpas de los padres. Como ya lo dijimos al inicio, en las observaciones generales, la regla no está bien concebida,

¹² Sobre ello nuestro *Derecho Sucesorio*, T. 2, N°s 702 y 702.1, y Pablo Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, pág. 292, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

porque habla en términos genéricos de “los padres”, y entendemos que ha de referirse a aquel padre o madre que sostuvo la oposición, pues bien podría darse el caso, y que no va a ser infrecuente, que el hijo haya sido reconocido voluntariamente por su madre y forzosamente por su padre, siendo entonces lógico que la falta de aptitud sucesoral rija sólo para el que hizo oposición.

20. *Del orden de los hermanos.* Por el art. 990, si no hay ni descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge sobreviviente, suceden en toda la herencia, o en la parte de ella que sea intestada, los hermanos, sean ellos de simple o de doble conjunción; pero la porción de aquellos será igual al doble que la de éstos (art. 990 inc. 2°). Se recordará que la representación se aplica a los hermanos, de modo que los sobrinos en ausencia del hermano quedan en este orden.

Si el propósito de la ley ha sido el de establecer la igualdad de filiaciones, no se comprende la razón de distinguir entre hermanos de simple o doble conjunción. Si un causante quiere hacer esa distinción, pues para ello dispone del testamento, en el cual, no siendo sus hermanos legitimarios, él puede disponer como lo desee entre ellos, si es que sus afectos le ordenan hacer distingos. Pero no es lógico que la distinción la haga la ley y precisamente aquella que se dicta para igualar los derechos de las personas en atención a su filiación.

21. *Del orden de los colaterales.* Si no hubiere descendientes, ascendientes, cónyuge sobreviviente ni hermanos, suceden los demás colaterales del *de cujus*, observándose el principio de la prioridad del grado, es decir, refiriéndose a los de grado más próximo. Pero el derecho de sucesión no se extiende más allá del sexto grado (art. 992). Los colaterales de doble conjunción llevan el doble de la porción que los de simple conjunción, alterándose así la igualdad que entre colaterales establecía el antiguo art. 992 N° 3 y no se entiende por qué la reforma en este punto, ya que si la diferencia de porción pudiere eventualmente tener alguna justificación entre hermanos, siguiendo una supuesta voluntad presunta del causante, no sucede lo mismo con otros colaterales. Por lo demás, la regla no tiene gran trascendencia desde que los colaterales de doble conjunción que pueden llegar a existir son los sobrinos, hijos de hermanos carnales, y éstos por la representación, como se señala más abajo, heredan, generalmente, en el orden precedente, y las otras hipótesis de colaterales de doble conjunción son de difícil ocurrencia.

El art. 992 inc. 2° precisa que el o los colaterales de grado más próximo excluirán siempre a los otros, regla que era innecesaria, desde que el inc. 1° ya dice que los que suceden son los de grado más próximo, lo que

revela la falta de cuidado con que se han redactado algunas disposiciones de la ley. Los sobrinos no quedan en este orden, sino en el de los hermanos, como se dijo recién. Si está vivo su padre, no heredan, porque tiene entonces aplicación el orden de los hermanos y por ende prevalece el grado más próximo. Si ha fallecido, toman su lugar y grado. Los demás colaterales suceden por cabeza, desde que para ellos no hay representación. Se mantienen así, salvo en cuanto a la distinción entre colaterales de simple y doble conjunción, los principios del régimen hasta ahora existente.

Tal vez porque el propósito de los legisladores no fue alterar el sistema sucesoral sino en cuanto era necesario como efecto de la igualdad de filiaciones, no se aprovechó la reforma para limitar el alcance de la sucesión familiar. Ya nadie conoce a sus posibles colaterales del sexto grado, y si los conoce, no existen con ellos relaciones de afecto que justifiquen se les llame a heredar.

22. *Del orden del Fisco.* Es el último orden sucesoral y a su respecto no hay modificaciones en la nueva ley.

23. *De los órdenes sucesorales del causante que es hijo de filiación no matrimonial.* Ya se ha dicho que para los hijos de filiación no matrimonial la aplicación de los órdenes sucesorales dependerá de si tienen filiación establecida o no y respecto de quién la tienen. Si el hijo tiene establecida la filiación respecto de su padre y madre, no hay diferencia con el causante que es hijo de filiación matrimonial. Si tiene establecida su filiación sólo respecto de uno de sus padres, los órdenes sucesorales serán los comunes respecto de sus sucesores paternos o maternos respectivamente; pero respecto de los que debería tener por parte de quien no ha existido reconocimiento, su situación será semejante a la del hijo sin filiación establecida. Este no tiene, jurídicamente, ascendientes y por ende no tiene colaterales. Así, para él sólo existirá el orden de los hijos, en el cual concurren los que tenga, personalmente o representados por su descendencia y su cónyuge, en la forma dispuesta por el art. 988, y si no tiene descendientes con derecho a sucederle, pues concurrirá a toda la herencia su cónyuge y a falta de éste, el fisco.

24. *De la sucesión mixta.* Como se sabe, el art. 996 regula la denominada sucesión mixta, es decir, aquella en que parte de la herencia es testada y parte intestada. Conforme a ella se aplican las normas testamentarias, en cuanto con ellas no se vulneren las asignaciones forzosas, y al resto se aplican las normas de la sucesión intestada. Pero quienes sucedan a la vez por testamento y *ab intestato* deberán imputar a lo que les corresponda en la sucesión intestada lo que perciban por testamento; pero conservando lo que les quepa por testamento si excede lo que les corresponde por ley, a menos que el testador disponga otra cosa, como sería si mandare que el

cónyuge, por ejemplo, perciba lo que le asigna por testamento y además lo que le corresponda sin testamento y sin que con ello vulnere las asignaciones forzosas de los demás. Pero el art. 996 contiene ahora un nuevo inciso, de acuerdo al cual *"En todo caso la regla del inciso primero se aplicará una vez enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia"*. Nos parece que la regla viene a reforzar la idea que las legítimas y mejoras existen en toda sucesión y tal vez ni siquiera era necesaria, desde que ya el inc. 3° señala que prevalece la voluntad del testador *"en lo que de derecho corresponda"*, lo que determina la necesidad de enterar primero las legítimas y mejoras para luego poder aplicar las disposiciones testamentarias. Pero ello no significa impedir que la voluntad del testador intervenga en las legítimas y mejoras, pues éstas son asignaciones propias de la sucesión testada, y por ende el testador puede, como se sabe, asignarlas de los modos más variados.¹³

c. De las asignaciones forzosas

25. La nueva ley también impone reformas importantes a las asignaciones forzosas. Las principales son, como ya se ha anunciado mas arriba, la supresión de la porción conyugal, la incorporación del cónyuge sobreviviente como legitimario y la incorporación de los ascendientes como posible asignatarios de mejora. Pero además se aclara esta última asignación forzosa, como se verá.

26. Se elimina el art. 1167 N° 2, de forma que en adelante las asignaciones forzosas en el nuevo art. 1167 son:

1°. *"Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas"*.

2°. *"Las legítimas"*

3°. *"La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge"*.

Queda así suprimida la porción conyugal. Además, el número tercero precisa que la cuarta de mejoras se forma si existen descendientes, ascendientes o cónyuge sobreviviente, salvándose así los problemas a que daba lugar la impropia redacción precedente, luego de las reformas de las leyes N°s 10.271 y 18.882 y la falta de armonía que existía entre esas reglas, según se recordará. Ello llevaba a entenderse por algunos comentaristas que la formación de la cuarta de mejoras requería necesariamente de la presencia de hijos legítimos. No era esa la tesis prevaleciente, pero la doctrina en tal sentido existía, de forma que los hijos naturales no podrían llevar parte de ella, sino en concurrencia con hijos legítimos, es decir, sólo en el evento de formarse el primer orden de sucesión regular. Para el cónyuge sobreviviente,

¹³ Sobre ello, véase nuestro *Derecho Sucesorio*, T. 2, N° 923 y sgts.

luego de incorporársele como asignatario posible de mejora con la Ley N° 18.802, la situación era aun más discutible.¹⁴ Ahora la cuestión queda esclarecida: tanto los descendientes como el cónyuge sobreviviente y aun los ascendientes son posibles asignatarios forzosos de cuarta de mejoras. Con ello se quiere decir que ella se forma si concurren a la sucesión descendientes y cónyuge; pero también si sólo concurren cónyuge y, ascendientes, o sólo cónyuge o sólo ascendientes. Claro está que entre ellos el causante puede disponer de la cuarta de mejoras como mejor le parezca. Volveremos más abajo sobre la cuarta de mejoras.

27. La supresión de la porción conyugal era una reforma necesaria, pues no tenía sentido mantener una institución que sólo causaba problemas interpretativos y de escasa aplicación práctica. Un buen sector de nuestra doctrina así lo había sostenido a cambio de atribuir al cónyuge sobreviviente el carácter de legitimario.¹⁵ Las famosas doctrinas de Fabres, de Aguirre Vargas y otros sobre el cálculo de la porción conyugal, que hicieron padecer a generaciones de estudiantes de derecho, se perderán en la historia.

28. Precisamente, respecto de la legítima, el nuevo texto del art. 1182 señala que *"Son legitimarios:*

1°. *Los hijos, personalmente o representados por su descendencia;*

2°. *Los ascendientes; y*

3°. *El cónyuge sobreviviente"*.

La reforma implica eliminar las referencias a los hijos naturales, a los padres naturales y a los hijos legitimados e incorporar como legitimario al cónyuge sobreviviente. Pero en cuanto a la filiación no matrimonial, la ley mantiene el mismo principio que regía para los padres naturales, en que sólo tenían el carácter de legitimarios los que habían reconocido voluntariamente al hijo. Siguiendo ese mismo criterio, el art. 1182 inc. 2° ordena que *"No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o maternidad que constituye o de la que deriva el parentesco ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal"*.

La regla no deja de tener una impropiedad de redacción. Si la determinación

¹⁴ Uno de los principales redactores de la Ley N° 18.802 sostenía que sólo en presencia de hijos legítimos el cónyuge llevaba cuarta de mejoras. Así, F. Rozas V., *Análisis de las reformas que introdujo la ley 18.802*, pág. 70, Santiago, 1990. Por nuestra parte, esa solución nos parecía absurda y que estaba en contra de la evolución en el sentido de mejorar la situación del cónyuge sobreviviente. Véase nuestro *Derecho Sucesorio*, T. 2, N°s 944 y 944.1.

¹⁵ Por ejemplo, M. Somarriva U. *Derecho Sucesorio*, T. 2, N° 449, Sa. edic. por R. Abeliuk, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1996; P. Rodríguez Grez, *Instituciones de derecho sucesorio*, pág. 324. Véase, nuestro *Derecho Sucesorio*, T. 2 N° 897.2.

de la filiación no matrimonial se ha hecho contra la voluntad del padre o madre, no se ve por qué necesariamente queden privados de su carácter de legitimarios todos los demás ascendientes del causante. Habrá que entender que los que quedan privados de tal calidad son los ascendientes de la línea del padre o madre que se opuso a la acción del hijo, lo que puede parecer obvio; pero entonces bueno habría sido redactar el inciso con mayor cuidado para señalar que los privados de tal carácter son los "*respectivos ascendientes*", que es más clara que aquella de la "*paternidad o maternidad que constituye o de que deriva su parentesco*". Por lo demás, incluso así hay una cierta impropiedad, porque el hecho que el padre o la madre se hayan opuesto a la determinación de su filiación no tiene por qué acarrear como verdadera sanción que se excluya a los demás ascendientes que, a lo mejor, deseaban el reconocimiento. La negativa del padre a reconocer no significa que el abuelo o la abuela no quieran tener a su nieto como tal descendiente. Pero además la nueva regla precisa que el cónyuge que ha dado motivo al divorcio por su culpa no será legitimario, sea tal divorcio perpetuo o temporal. Se aclara así expresamente el efecto patrimonial que tiene el divorcio temporal y se aplica a la calidad de legitimario la misma regla que se contiene en el art. 994 inc. 1° para la sucesión intestada. Además, son aplicables al cónyuge las tres primeras causales de desheredamiento del art. 1208 (inc. final), lo que es lógico, pues adquirir la calidad de legitimario implica tomarla en lo favorable y en lo odioso. Y en lo favorable, adquiere el derecho de accionar de reforma del testamento (art. 1220) como tal legitimario o asignatario de mejora y ya no por porción conyugal, lo que implicó derogar el art. 1221.

29. La distribución de la legítima, como se sabe, se hace aplicándole las reglas de la sucesión intestada (art. 1183). Así, de acuerdo al art. 988, si hay descendientes y cónyuge, la legítima se distribuye de modo que el cónyuge lleva la misma porción que el hijo, si hay uno solo. Si hay varios, el cónyuge lleva el doble de lo que corresponda a cada hijo con un mínimo de una cuarta parte de la porción de legítima. Si no hay descendientes, se aplican a la legítima las reglas del segundo orden de sucesión intestada del art. 989.

30. Con la nueva ley, como se ha dicho, son beneficiarios de mejora los ascendientes, los descendientes y el cónyuge sobreviviente (arts. 1167 N° 3, 1184 inc. 3° y 1195). El art. 1184, al extender la cuarta de mejoras a los ascendientes, les hace también aplicables la regla de acuerdo a la cual el causante puede asignarles el todo o parte de dicha cuarta, "*sean o no legitimarios*". De este modo el causante podrá hacer una asignación con cargo a la dicha cuarta a su abuelo o abuela, aunque esté vivo su respectivo padre o madre, del mismo modo como puede hacerla a un nieto, aunque esté vivo su hijo, padre de aquél. Sin embargo, en este aspecto, nos parece que la Ley N° 19.585 va en contra de lo que debería ser, a nuestro juicio,

un nuevo derecho sucesoral, porque en lugar de ampliar la libertad testamentaria refuerza las asignaciones forzosas, introduciendo, por ejemplo, al cónyuge sobreviviente y a los ascendientes como asignatarios forzosos de cuarta de mejora. Es verdad que la situación del cónyuge sobreviviente requiere de especial consideración; pero dentro de un nuevo sistema sucesoral que tenga en cuenta las enormes variaciones que han ocurrido en la sociología y realidad familiar desde el Código Civil a la época. Tal como se dijo más arriba, las limitaciones a la libertad testamentaria para favorecer al interés familiar se justificaban en tiempos en que la esperanza de vida de los padres era reducida, por lo mismo los hijos quedaban privados de auxilio paterno a temprana edad. Pero en las nuevas realidades sociales, en innumerables casos, la apertura de la sucesión se produce cuando los hijos están ya en edades tales que están plenamente formados, con su vida trazada, sin que las necesidades que fundaron la imposición de la legítima –la principal de las asignaciones forzosas– subsistan. De allí que lo propio sería pensar en nuevo sistema sucesoral que dé mayor cabida a la libertad testamentaria y reduzca las asignaciones forzosas a situaciones en que realmente son necesarias. Los autores de la Ley N° 19.585 parecen haber ido en sentido contrario a esas ideas. Tal vez porque su preocupación central no era la de modificar esencialmente el régimen sucesoral. Una futura reforma debería dar mayor cabida al testamento para imponerlo como práctica común dentro de una acrecentada libertad de disponer.

31. El nuevo texto del art. 1185 manda que *“Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o mejoras, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión”*.

Desaparecen así las acumulaciones de las deducciones a la porción conyugal, ya que esa asignación no subsiste. Luego la acumulación queda limitada a las donaciones revocables o irrevocables y se mejora el sistema de cálculo de dichas agregaciones. Con ello además, desaparecen las dificultades interpretativas respecto del art. 1185, porque, como ya se ha dicho, la cuarta de mejoras se forma haya o no descendientes, siempre que haya cónyuge sobreviviente o ascendientes. Es evidente entonces que las acumulaciones del art. 1185 proceden en todos los órdenes de sucesión en que hay legitimarios, es decir, en el primero y segundo de los arts. 988 y 989.

Pero además el art. 1185 ha modificado la reglas de cálculo de la colación en valor. No tenemos la pretensión de pensar que los legisladores hayan recogido en el nuevo texto las ideas que señalamos en tiempo en nuestro *Derecho Sucesorio*, en cuanto a la necesidad de establecer un sistema de

cálculo que tome en consideración la depreciación monetaria.¹⁶ Pero es el caso que, tal cual se señala en la obra, en adelante, la acumulación de donaciones se hará actualizando prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión y tomando como base el estado de las cosas donadas al tiempo de la entrega. La acumulación adquiere así efectivo valor práctico, porque en caso de haberlas, tendrán incidencia importante en la masa de cálculo. El primer acervo *imaginario* o colación, ya no debería ser entonces una institución meramente teórica, puesto que con el nuevo sistema de cálculo tiene interés el considerar las donaciones que se hayan hecho a un legitimario en vida del causante, en especial si se tiene en cuenta el alcance amplio que ha de darse al concepto de donación, como lo entiende la doctrina.

d. El derecho de atribución preferencial a favor del cónyuge sobreviviente.

32. Ya hemos dicho que en el nuevo sistema sucesoral el cónyuge sobreviviente pasa a tener una situación particularmente mejorada con respecto a la legislación precedente; pero no sólo por el *quantum* de los derechos que se le atribuyen, ni porque adquiere la calidad de legitimario y de asignatario forzoso de cuarta de mejora, sino además porque se ha establecido en su favor un novedoso derecho del que ahora carecía: el de atribución preferencial del hogar común. Trata de ello el nuevo N° 10 que se agrega al art. 1337.

33. Consiste este derecho en permitir al cónyuge sobreviviente exigir, al tiempo de la división del haber común, que su cuota hereditaria, a cualquier título que la tenga, es decir, sea como legitimario, como asignatario de mejora o de libre disposición, se le entere con preferencia, mediante la adjudicación en propiedad individual del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, incluyendo en dicho inmueble el mobiliario que lo guarnece si era parte del patrimonio del causante, es decir, siempre que ese mobiliario sea parte del haber relicto que forma la comunidad hereditaria.

Como podría suceder que el valor del inmueble y su mobiliario supere el monto de los derechos que como heredero corresponden al cónyuge sobreviviente, éste puede optar a que, sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituyan a su favor derechos de habitación sobre el inmueble o de uso sobre el mobiliario, con carácter de gratuitos y vitalicios.

34. La institución de la atribución preferencial es conocida desde hace ya tiempo por diversas legislaciones extranjeras y en variadas modalidades,¹⁷

¹⁶ Véase T. 2, n° 964.

¹⁷ Sobre la atribución preferencial en el derecho francés. M. Grimaldi. *Successions*, N° 885 y sgts. y la bibliografía allí citada.

pero la forma en que la recoge la nueva ley es en ciertos sentidos más amplia y favorable al cónyuge sobreviviente que la que ella adopta en otros derechos. Por ejemplo, el Código Civil argentino establece la atribución preferencial si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiere constituido el hogar conyugal; pero además siempre que su valor no sobrepase al indicado como máximo a las viviendas para ser declaradas bien familiar y sólo en forma de derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita (art. 3573 bís., introducido por la Ley N° 20.798). El Código portugués de 1966 dispone la atribución preferencial del derecho de habitación de la casa que sirve de morada a la familia y de uso de sus muebles; pero esos derechos caducan si el cónyuge deja de vivir allí por más de un año (art. 2103). El Código de Francia es más amplio en cuanto la atribución preferencial ha sido concebida como un procedimiento particional más general y aplicable a empresas comerciales, artesanales, industriales, pequeñas propiedades agrícolas y al hogar común (art. 832), que agrupa diversas reformas al respecto) y con variados propósitos, pues desborda el solo interés del cónyuge sobreviviente y tiene incluso fines económicos; pero cuando se trata del hogar común, el cónyuge sobreviviente o todo heredero copropietario puede pedir la atribución preferencial de la propiedad o del derecho de arrendamiento del inmueble que le sirva efectivamente de habitación, si allí tenía su residencia al tiempo del fallecimiento y, como el *quantum* de esa atribución preferencial no puede superar los derechos hereditarios del partícipe, si el valor del bien atribuido de ese modo fuere mayor a aquellos derechos, existirá alcance en contra del beneficiado.

35. Tampoco es desconocida por nuestro derecho anterior a la Ley N° 19.585. La hoy derogada Ley de Reforma Agraria, 16.640, de 1967, contenía la atribución preferencial de la unidad agraria en el art. 80 inc. 3°.

36. Pero lo que distingue la atribución preferencial del hogar común ahora prevista es, por una parte, su finalidad, y por otra, sus modalidades. En cuanto a lo primero, las formas de atribución preferencial de la Ley de Reforma Agraria, como algunas de las previstas en legislaciones extranjeras, tal cual el caso del derecho francés para las explotaciones agrarias, empresas industriales, comerciales o artesanales, la finalidad es de carácter económico, evitando la división que haría imposible la explotación eficiente del bien respectivo. Hay allí una finalidad social, como también un interés individual. Por lo primero, en cuanto se trata de asegurar la correcta explotación del bien, y por lo segundo, de entregarlo a quien lo ha tenido efectivamente, haciéndolo producir. Tales eran, entre nosotros, los propósitos del referido art. 80 inc. 3° de la Ley N° 16.640.

Pero en la atribución preferencial de la Ley N° 19.585, se trata de asegurar al cónyuge sobreviviente, y sólo a él, el mantenimiento de las condiciones

de vida que, hasta el fallecimiento de su marido o mujer, tenía. Si se tiene presente la realidad en que hoy se desenvuelve mayoritariamente el fenómeno sucesoral, esa finalidad está plenamente justificada. El promedio de vida existente determina que cuando fallece el causante, su cónyuge sobreviviente es ya una persona de avanzada edad, que no está en condiciones de alterar sus formas de vida y para quien abandonar la casa donde ha vivido y alterar sus costumbres es un modo de comenzar a morir a su vez. Por otra parte, se ve enfrentado a las presiones de los otros sucesores, aunque sean sus hijos, para dividir el as hereditario. Conferirle el derecho a exigir que la casa donde vivía con su familia no se divida, o al menos que no se le obligue a abandonarla, es pues una forma adecuada de respetar su integridad psíquica que el art. 19 N° 1 de la Constitución reconoce como la principal garantía del ser humano, junto al derecho a la vida. En suma, como dice un autor, este derecho "es la manifestación del derecho a la habitación, más precisamente del derecho a conservarla, que la legislación contemporánea consagra de múltiples formas".¹⁸ Por último, con este derecho se protege también al cónyuge sobreviviente de las posibles consecuencias que podrían acarrearle la igualdad de filiación, en cuanto con él puede impedir que un hijo adulterino o extramatrimonial pretenda concurrir a la división de lo que fue el hogar de la familia matrimonial.

37. Este derecho implica, como ya se ha dicho, la más importante alteración dentro del Código Civil al principio de la unidad sucesoral, porque mediante la facultad conferida al cónyuge sobreviviente se sustrae un bien a las reglas generales de la partición, que ordenan un mismo sistema legal para todos los bienes, imponiendo la división de ellos de acuerdo a un criterio de igualdad no sólo en valor, sino también, y en cuanto sea posible, en cuanto a la naturaleza de los bienes que han de componer cada lote. Debe recordarse que el art. 1337 N° 7 en particular contiene ese principio en materia de partición y que aquí se ha alterado,¹⁹ puesto que en lugar de adjudicar al cónyuge sobreviviente, comunero en la indivisión, bienes de la misma naturaleza que a los demás, se le entrega, para singularizar sus derechos de heredero, un bien específico, como es el hogar común, sea en propiedad, sea en uso y habitación vitalicios, impidiéndose que los demás

¹⁸ G. Grimaldi, ob. cit., N° 899 Sobre ello. *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XXXIII, *Le droit au logement*, y especialmente allí el trabajo de M. Grimaldi. *Le logement et la famille*, pág. 421, Económica, París, 1984.

¹⁹ En cuanto a él, véase M. Somarriva U., *Indivisión y Partición*, N° 477, 3a Edic. Bogotá, 1981; Claro Solar L. *Derecho Civil*, T. 17 N° 2499; O. Dávila, nota a sentencia en Rev. de Der. T. 40, sec. 2a. pág. 19, esp. N° 5, pág. 21. El principio está contenido en forma expresa en el art. 826 del Código francés y respecto de él, la Corte de Casación francesa ha resuelto que "en principio, la partición es siempre preferible a la licitación y sólo puede procederse a ésta si los inmuebles no admiten cómoda división". Civ. 1º, 22 enero 1985, Rev. Trim. Dr. Civ. 1986, 618. obs. Patariu. En términos semejantes lo ha resuelto entre nosotros la Corte de Santiago, 12 diciembre 1941, Rev. Der. T. 40, sec. 2a, pág. 19, nota O. Dávila. También el principio venía ya en García Goyena, comentario al art. 908, en *Concordancias, Motivos y Comentarios del C. Civ. Español*, T. 2, pág. 267.

comuneros tengan parte alguna en él y excluyendo a ese bien de la formación de los lotes que se adjudican a los demás, o de la división y aun enajenación a terceros, que era su suerte normal antes de la reforma. Y se hace también excepción al principio de la unidad en cuanto para ese bien se constituye un tratamiento legislativo particular y diverso del que rige para el resto del haber común.

38. Pero los contornos de este derecho no están perfectamente definidos en el nuevo texto, que carece de precisión y presentará dificultades en su práctica. Las modalidades de su aplicación no pueden sino ser sugeridas en esta oportunidad, señalándose al mismo tiempo algunos de los problemas que vemos en ellas, mientras no exista una experiencia jurisprudencial.

39. En cuanto concierne al bien que puede ser objeto de la atribución preferente, el nuevo art. 1337 N° 10 señala que debe tratarse “de la propiedad en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como el mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto”. La última precisión está de más: si los bienes son de terceros, éstos los reclamarán, y ni ahora, ni antes, el cónyuge sobreviviente u otro comunero ha podido pretender derecho sobre ellos. Si pertenecen al propio cónyuge sobreviviente, éste no puede pretender más derecho sobre lo que ya es suyo.

Pero se excluyen de ella residencias secundarias que haya tenido la familia del causante. Para quienes tienen otra casa familiar, como la de veraneo, ésta puede ser tan importante o querida para el cónyuge sobreviviente como la principal, y tal vez, en caso de existir, bien pudo dársele un derecho a elección²⁰; pero en el texto comentado, toda casa que no sea la principal queda excluida. Con todo, adviértase que para la inmensa mayoría de las familias chilenas, el inmueble donde la familia vive es el principal bien que compone el haber sucesoral y en no pocos casos, el único, de forma que el derecho que la ley concede al cónyuge sobreviviente es de la máxima importancia, porque si los derechos hereditarios de éste son inferiores en *quantum* al valor de ese inmueble, la partición, de hecho, quedará diferida hasta el momento de la muerte del cónyuge, cuando se consolide el derecho de habitación o de uso con la nuda propiedad, o bien sólo podrá alcanzar a esa nuda propiedad, con las dificultades consiguientes.

La ley exige, sin embargo, que el cónyuge sobreviviente resida en el inmueble cuya atribución solicita, y si la ley emplea la forma verbal presente:

²⁰ Frente a regla semejante del Código Civil francés, la Corte de París ha resuelto que no bastaría un lazo sentimental que una a un comunero a una casa familiar, para que se encuentren reunidas las condiciones de la atribución preferencial (C. París, 25 abril 1980, JCP 1981. IV, 221 N, Trib. Grd. Inst, Nevers, 16 de abril 1975, JCP 1975, II 18192 y nota M. Dagot.

“inmueble en que resida”, habrá de entenderse que él ha de tener su efectiva residencia al tiempo en que ejerce el derecho. Menos claro es el requisito de que “sea o haya sido la residencia la vivienda principal de la familia”. ¿Por qué se emplean alternativamente el tiempo verbal presente y uno pasado? Una explicación es que la ley hace referencia a dos situaciones posibles: residiendo el cónyuge sobreviviente en el inmueble cuya atribución preferencial solicita, vive allí junto a sus hijos y otros miembros que componen la familia; pero también puede ser que ya no viva allí sino el cónyuge sobreviviente, porque los hijos y otros familiares abandonaron el hogar común. Sin embargo, sea ahora el tiempo en que se ejerce el derecho o lo haya sido antes, es preciso que allí haya vivido la familia.

La nueva norma, con la redacción que adopta, parece sólo referirse a inmuebles en que viva o haya vivido una familia en el sentido de un grupo social compuesto por padres e hijos. ¿Significaría entonces que un matrimonio que no tuvo hijos no fue hogar familiar sobre el cual pudiera pretenderse por el cónyuge sobreviviente la atribución exclusiva, concurriendo por ejemplo con los padres del causante? Nos parece evidente que tal no puede ser la idea de los legisladores y que también en ese caso rige el derecho en examen y a lo mejor con más fundamento; pero bueno es precisarlo, porque lo obvio que proviene de la finalidad perseguida no lo es tanto de atenerse sólo a la redacción del texto.

Cuestión no resuelta en la ley es la situación de cónyuges separados de hecho. Es frecuente que al producirse la separación, uno de ellos siga viviendo en lo que fue la casa familiar. Al fallecer el otro, ¿podrá subsistir el derecho conferido en la regla que se comenta, a favor del cónyuge sobreviviente que siguió viviendo en aquel inmueble? La expresión de la ley, referida tanto al inmueble que sea, como al que haya sido la vivienda principal de la familia, permite mantener el derecho de atribución preferencial a ese cónyuge que sigue viviendo en lo que fue la casa común, y más aun si permaneciera en ella con los hijos.

En todo caso, y siempre respecto de la calidad del bien objeto de este derecho, es de anotar que es indiferente el valor o la dimensión del inmueble que constituya el hogar común. Pudiera estimarse incluso, en muchos casos, que él excede las necesidades del cónyuge sobreviviente; poco importa, pues es a él a quien se confiere el derecho de juzgar la conveniencia de exigir esa atribución con cargo a sus derechos y, según se verá, si el valor de tasación del bien y de sus muebles supera el de sus derechos sucesorales, lo que variará será la modalidad jurídica que adquirirá la atribución preferencial: en lugar de entregar el bien en propiedad plena, se constituirá un derecho de habitación o de uso según la naturaleza de aquél y con carácter de perpetuo y gratuito.

43. En lo que concierne a las calidades que debe tener el beneficiado con este derecho, la ley exige dos condiciones: debe tratarse sólo del cónyuge sobreviviente y, además, respecto de sus derechos como heredero del *de cuius*. Ningún otro comunero, aunque se trate de un hijo matrimonial, puede pretender a él. El derecho por lo demás es intransferible e intransmisible por parte del cónyuge titular (art. 1337 N° 10, inc. final), lo que refuerza el carácter personalísimo del derecho.

44. Pero además ha de tratarse de un cónyuge que concurra a la partición hereditaria, es decir, que tenga vocación como heredero, desde que se trata aquí de una modalidad de la división del haber común. Por ello, no puede pretender a la atribución preferencial el cónyuge sobreviviente por sus derechos sobre los gananciales en la comunidad que sigue a la extinción de la sociedad conyugal, por mucho que ésta se deba a la disolución del matrimonio por muerte del otro cónyuge. Tampoco tiene derecho a él el cónyuge sobreviviente por los derechos que pudiere tener en la sucesión en tanto legatario. Así, en el caso en que el testador hubiere asignado a su cónyuge legados con cargo a la cuarta de libre disposición o a la de mejora, ellos no permiten, como es lógico, una atribución preferente, desde que el legado o se refiere a un bien determinado o atribuye un crédito al beneficiado y no confiere jamás la calidad de comunero en la partición.

Sin embargo, es indiferente que la calidad de heredero del cónyuge sobreviviente provenga de su calidad de heredero *ab intestato* o por designación testamentaria. La ley no distingue y sólo pide que el cónyuge sobreviviente ejerza el derecho con cargo a su "cuota hereditaria", y ya se sabe que esa cuota puede provenir de esas dos fuentes.

45. Pero si el cónyuge sobreviviente reúne tales condiciones, la ley le confiere la facultad de exigir la adjudicación preferente del hogar común, sin necesidad de tener que justificarla. Se trata de un derecho absoluto que, por lo mismo, no requiere de fundamentación ni está sujeto al control por la vía del abuso del derecho. Ninguno de los otros partícipes puede oponerse a él y bajo ningún respecto, y el partidor, si lo hay, deberá hacer respetar el derecho. Es sólo a él a quien corresponde juzgar sobre la conveniencia de solicitar la atribución preferencial del hogar común.

46. No exige la ley que el cónyuge sobreviviente permanezca en estado de viudedad, como ocurre en otras legislaciones, situación que tal vez debió considerarse en la reforma. En efecto, si la finalidad perseguida, como se ha dicho, es que no se altere la situación personal del cónyuge sobreviviente, resulta absurdo que, luego de fallecido el *de cuius* y entregado el inmueble que fue hogar común de la familia a aquél, el favorecido volviere a casarse y pasare a ocupar ese bien con su nuevo cónyuge, que viene a beneficiarse

indirectamente frente a los otros parientes del causante que quedaron sin derecho a recibir aquel bien por sus derechos, el que a lo mejor era el único de relevancia económica. Y no habrá de olvidarse que ese nuevo cónyuge podrá llegar a ser, a su vez, heredero del que recibió el bien en atribución preferencial y, por lo mismo, recoger por su parte o la propiedad o a un derecho de habitación o uso, sobre el bien que fue de su cónyuge, excluyendo a lo mejor al o los hijos del primitivo causante.

Del mismo modo, no exige la ley que el cónyuge sobreviviente, una vez conseguida la atribución preferencial siga viviendo en el bien que reclamó, y si se le atribuye en propiedad, que lo conserve en su patrimonio, pues siendo dueño de él, tendrá los atributos plenos del dominio. Es verdad que si del derecho de habitación se trata, éste queda limitado a las necesidades del habitador, y lo mismo se aplica al uso (art. 815 C. Civ.); de modo que si deja de habitar en el inmueble, habrá de entenderse que sus necesidades han terminado y, por lo mismo, el derecho de habitación, que, como se sabe, bajo múltiples aspectos tiene las mismas características que un derecho de alimentos.

47. Las situaciones que pueden presentarse para el ejercicio de este derecho son variadas. Si el monto de los derechos del cónyuge sobreviviente en cuanto heredero en la sucesión del causante son de valor superior o al menos igual al que tenga el inmueble que era el hogar familiar, incluyendo sus muebles, aquel podrá exigir que esos derechos le sean enterados parcial o totalmente con dicho bien. Este quedará así sustraído a la división del haber sucesoral y deberá entregarse directamente a dicho cónyuge. Por su parte, éste sólo seguirá actuando en la partición en cuanto sus derechos, siendo superiores al valor de ese bien, deban ser enterados, en el faltante, con otros bienes del as hereditario.

Pero si el valor de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente son inferiores al del hogar común y su mobiliario, la ley señala que el cónyuge podrá pedir que "sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituyan en su favor derechos de habitación y uso, según la naturaleza de las cosas con carácter de gratuitos y vitalicios". Aquí la ley no es clara, porque su texto admite varias posibilidades. Así, podría entenderse que las alternativas ofrecidas son dos: o bien hay una atribución en propiedad plena en la hipótesis ya señalada precedentemente, o bien hay una en derechos de habitación y uso si el valor del hogar común y sus muebles es superior al de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente, y así éstos se entenderían cubiertos en su valor por esos derechos reales, que tendrían igual dimensión cuantitativa que los referidos derechos hereditarios. Pero también es posible entender la regla de un modo más favorable al cónyuge beneficiario: si sus derechos hereditarios son de valor

inferior al del inmueble que forma el hogar común y sus muebles, él podrá pedir que se le adjudiquen en propiedad plena, sea el inmueble sean los muebles, según si el valor de sus derechos hereditarios alcanza a uno u otros y que aquel de esos bienes que no se le adjudique en propiedad, permanezca bajo su habitación o uso, según el caso. Habría así la posibilidad de una atribución preferencial mixta: parte en propiedad plena, parte en derecho de habitación o uso. Y ésta nos parece ser la interpretación más cercana al texto de la nueva norma, cuya redacción, según ha podido verse, supone que ha habido una adjudicación parcial en propiedad plena y que aún restan bienes, sea el inmueble, sean los muebles que lo guarnecen, que no han sido adjudicados. Pero si éste es el sentido correcto de la regla, habrá que concluir que el derecho conferido al cónyuge sobreviviente es aun más favorable de lo que pudiera pensarse: no sólo permite que el cónyuge exija la atribución preferencial, sino que ésta puede llegar a darle más de lo que el valor de sus derechos permitiría. En efecto, cuando éstos son inferiores en valor al bien inmueble y a sus muebles, los derechos hereditarios ya quedan enterados con la parte que atribuya en propiedad, y no obstante además se confiere al cónyuge sobreviviente un uso o habitación por el resto de sus días, manteniéndose así en su tenencia la integridad de esa unidad de hecho que es el hogar común.

La regla habría requerido, sin duda, mayor precisión, porque las dificultades que pueden presentarse en las diversas situaciones de hecho que pueden ocurrir no quedan resueltas con el solo recurso a su interpretación literal; pero habrá que esperar, sin duda, que la práctica vaya sugiriendo las correcciones necesarias, si es que este derecho realmente adquiere vigencia efectiva, por entrar a formar parte del conocimiento común. No han sido pocas las situaciones que en la historia de nuestra legislación se han dado, en que al formularse una regla en teoría, se haya pensado que ésta tendría gran utilidad y, en los hechos, ha quedado sin aplicación.

48. Con todo, pensamos que es necesario insistir en que lo que se ha conferido al cónyuge sobreviviente es un derecho sometido a su soberana decisión. No es una exigencia que se le ha puesto y, por lo mismo, no está obligado a recibir el hogar común en atribución preferencial. Si él lo cree mejor para sus intereses, sean económicos, sean afectivos o aun prácticos, podrá someterse a las reglas comunes de la partición. Pero si lo ejercita, tal como ya hemos dicho, los demás comuneros deberán respetarlo, y ello aun en el caso que los derechos hereditarios de ese cónyuge sólo permitan una atribución parcial en las hipótesis que hemos previsto, precisión que es necesaria, ya que el inc. 2° del nuevo N° 10 del art. 1337 emplea la fórmula verbal "podrá pedir", lo que daría a entender que alguien, a quien se hace la petición –los otros comuneros o el partidor– podrá a su vez decidir si la acepta o no. Aun en ese caso, entendemos que se trata de una

facultad entregada al cónyuge que no puede ser discutida por los demás comuneros y que al emplear aquella fórmula verbal sólo se insiste en que se trata de una alternativa ofrecida al cónyuge sobreviviente y entregada a su soberana decisión.

49. Ya hemos señalado que la adjudicación preferente puede adoptar dos modalidades: o en propiedad o en derechos de uso o habitación, según la naturaleza de los bienes. Si adopta la segunda modalidad, aun parcialmente, se aplicarán a los derechos de uso y habitación las reglas del Título X del Libro III del Código Civil (art. 1337 inc. 3°) es decir las de los arts. 811 y sgts. Como en tal caso los bienes gravados por esos derechos reales habrán de conservarse en especie para ser restituidos una vez que se consoliden con la propiedad nuda, habrá de exigirse inventario, aunque no caución (art. 813). Además, en protección a los derechos de terceros, la ley precisa que la resolución que constituya el derecho de habitación habrá de inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del respectivo Conservatorio de Bienes Raíces, y mientras ella no se practique, tal derecho es inoponible a terceros, de forma que los acreedores podrían perseguir la satisfacción de sus créditos sobre la propiedad plena del inmueble respectivo hasta que ella se verifique Pero no ha precisado la ley a qué terceros se refiere, y como éstos serán las más de las veces acreedores, es preciso recordar que pueden existir acreedores hereditarios o de los propios herederos que tengan constituidas las hipotecas sobre el inmueble referido y anterior a la inscripción del derecho de habitación. Por mucho que la atribución preferente en forma de derecho real tienda a favorecer al cónyuge sobreviviente, no podrá entenderse en desmedro de los derechos de esos acreedores anteriores a la constitución del derecho de habitación. El alcance restrictivo que se ha dado al art. 2415 en la jurisprudencia respecto a la constitución de derechos reales limitados posteriores a la hipoteca, debe aplicarse a este caso.²¹

²¹ Nos referimos a las soluciones ya constantes que entienden que esos derechos reales son inoponibles al acreedor hipotecario y que cuando el art. 2415 se refiere a la facultad del dueño del bien hipotecado de enajenarlo, se limita a establecer lo que obviamente no perjudica al acreedor hipotecario; dicho dueño puede transferir el dominio del bien, al que sigue gravando la hipoteca en manos del tercer poseedor, pero no a que puedan constituirse derechos como el de uso, habitación o usufructo que entorpezcan luego el ejercicio de la acción hipotecaria sobre la propiedad plena del inmueble. Se recordará que la cuestión estuvo de moda luego de la difícil situación económica de los años 80, en que proliferaron los usufructos sobre bienes hipotecados como modo de entorpecer al acreedor hipotecario. Sobre ello, A. Cuneo M. *El Usufructo Constituido Con Posterioridad a una Hipoteca. Su Eficacia Frente al Acreedor Hipotecario* en Rev. de Der. T. 85. primera parte, págs. 113 y sgts. Aunque la cuestión dio lugar a un abundante debate doctrinario, la jurisprudencia nos parece ya definitiva en cuanto a sostener la inoponibilidad de tales gravámenes. Entre otras, C. Suprema, 21 de enero 1987, Gaceta Jurídica 1987, T. 79, N° 1, pág. 19; 10 junio 1986, Fallos del Mes 332. N° 16, pág. 443; 22 julio 1986, misma revista, número y página en nota; 17 diciembre 1985, Rev. de Der. T. 82, sec. 1a, pág. 71, etc.

Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación

Hugo Rosende Alvarez

Profesor Titular de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Ideas generales.

La familia es el grupo estable más simple que se encuentra en la sociedad.¹ El servicio peculiar de la familia es el de dar a la sociedad nuevos individuos que pasan a ocupar el lugar de los que desaparecen. Por ello ha podido decirse que la familia es un hecho connatural al hombre y tan antigua como la humanidad misma.²

Una familia es una unión o asociación de personas, pero la familia es una institución de que se sirve la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la transmisión de la propiedad. Una familia es un grupo social, mas la familia es una institución universal.³

Ruggiero, refiriéndose al contenido ético de esta institución, manifestó: "En ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico, la familia es un organismo ético. De la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose los a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos; por ello se explica el fenómeno, peculiar en el derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho, o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentido ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social."⁴

¹ G. F. Vicent y A.W. Small, *An Introduction to the study of Society*, New York, 1984, publicado en el libro editado por E. F. Borgatta y H. J. Meyer, *Sociological Theory – Presente Day Sociology from the past*, New York, 1956, págs. 270 a 276: The family is the simplest permanent group which is discoverable in society. Cita de José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo IV, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1985, página 1.

² J. L. Lacruz Berdejo y F. de A. Sancho Rebullida, *Derecho de Familia*, tomo IV de *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1982, pág. 11. Cita de José Puig Brutau, *ibid*, pág. 1.

³ José Puig Brutau, obra citada, pág. 2

⁴ Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción española, tomo II, página 659, citado por Puig Brutau, *ibidem*, págs. 3 y 4.

El derecho de familia es disciplina de condiciones personales y de estados (de cónyuge, de padre, de madre, de hijo, de parientes) que son inherentes a la persona y se imponen al respeto de todos, dentro y fuera del grupo. La consecuencia es que en el ejercicio de los derechos el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, y para las necesidades de ésta, y no para las del individuo, se concede la tutela jurídica.⁵

2. Concepto de la filiación:

Es la relación de parentesco que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra.

3. Criterios sobre la filiación: el biológico y el formal o sociológico.⁶

Existen dos criterios sobre la filiación. Uno que considera la filiación como un hecho biológico, el cual, reconocido por el derecho, produce consecuencias en el ámbito de las potestades, responsabilidades, derechos y deberes de familia. Otro es el enfoque formal o sociológico de la filiación, que se afirma más que en el vínculo de consanguinidad entre los padres y el hijo, en la relación social existente entre ellos, que se caracteriza por la voluntad de acogida o de corresponsabilidad parental.

Los criterios señalados revisten especial importancia tratándose de los hijos de filiación no matrimonial, porque en el caso de los hijos de filiación matrimonial se confunden el vínculo de consanguinidad y de la voluntad de acogida, salvo que medie el abandono.

4. La crítica al régimen clásico de la filiación.

Se ha criticado el régimen clásico de la filiación ilegítima –particularmente de los hijos naturales– porque este sistema es formal y depende en buena medida de la voluntad del padre para que se determine la filiación mediante el reconocimiento suyo de la paternidad, lo que es indicativo de su voluntad de acogida del hijo.

Desde los años sesenta,⁷ surge un movimiento de reforma destinado a hacer prevalecer la realidad o verdad biológica sobre la realidad social fundada en la voluntad de acogida.

⁵ José Puig Brutau, *Ibíd.*, pág. 4.

⁶ Hernán Corral Talciani, *Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585*, 1998. Documento de trabajo N° 25. Universidad de Los Andes.

⁷ Hernán Corral Talciani, obra citada, página 2, en nota 4 señala: "La reforma al Derecho de

Con todo, la tendencia a hacer prevalecer la verdad biológica se complica frente a la aparición de las técnicas de reproducción asistida, ocurrida en la década de los años ochenta.⁸

La utilización de gametos de terceros que desean mantener su anonimato hace retroceder a los partidarios de la verdad biológica y encuentra un explícito reconocimiento en la reproducción humana asistida el criterio de la realidad sociológica o formal.

El proyecto de reforma del estatuto de la filiación –convertido en la Ley N° 19.585– fue objeto de disputas durante su tramitación entre quienes postulaban el criterio biológico y los que defendían la voluntad de acogida o postura sociológica.

Fue en el Senado donde se plantearon las mayores dudas, de cuya discusión surgieron normas que debilitan la preferencia por la verdad biológica. Por ejemplo, el artículo 201 del Código Civil hace prevalecer la posesión notoria sobre las pruebas biológicas. Se limita –en el artículo 218 del

filiación en Europa fue anticipada por los países escandinavos a partir de los años 20, pero tuvo su inicio general después de la Segunda Guerra Mundial, y sobre la base de declaraciones y tratados internacionales sobre derechos fundamentales. De 1975 es la convención europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera de matrimonio, y de 1979 es el fallo de la Corte Europea de los Derechos Humanos que condena a Bélgica por mantener una legislación que diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, otorgando a éstos menos derechos hereditarios (*Marckx vs. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1979, Series A, N° 31; (1979-80) 2 EHRR 330). En algunas Constituciones Políticas se fijan principios que obligan al legislador a efectuar modificaciones al estatuto de los hijos: así en Alemania (ley de 19 de agosto de 1969), Italia (ley de 19 de marzo de 1975), Portugal (ley de 25 de noviembre de 1977) y España (ley de 13 de mayo de 1981). En otros ámbitos, el legislador opera sin el estímulo de una norma constitucional específica, como en Inglaterra (*Family Law Reform Act* de 1969), Holanda (ley de 1969) y Suiza (ley de 25 de junio de 1976). En Francia, la reforma se llevó a cabo por la ley de 3 de enero de 1972. La ideas comunes del nuevo estatuto que se impone generalizadamente son la equiparación entre filiación matrimonial y extramatrimonial, y una gran apertura en orden al establecimiento de la filiación real por la vía judicial y la impugnación del estado aparente, con amplia admisibilidad de las llamadas pruebas biológicas. Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. SANCHEZ REBULLIDA, F y RIVERO HERNANDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, t. II. Bosch, Barcelona, 1989, p. 29.

En América Latina, la reforma se ha hecho en general según el molde europeo. Así, por ejemplo, en el Código de la Familia boliviano (de 1972), en Venezuela (por la ley de reforma al Código Civil de 26 de julio de 1982), en Perú (por el nuevo Código de 1984), en Paraguay (por el Código Civil de 1987 y la ley 204 de 2 de julio de 1993), y en Argentina (por la ley 23.264, de 23 de octubre de 1985).

El proceso de reforma a la filiación no parece concluido, ya que emergen corrientes de pensamiento que piensan que se puede avanzar aun más en la uniformidad del tratamiento filiativo. Es así como en Francia se vuelve a modificar el estatuto de la filiación por la ley de 8 de enero de 1993, y en Alemania la ley de 16 de diciembre de 1997, en vigor desde el 1° de julio de 1998, reestructura los parágrafos del BGB relativos a la filiación. Esta iniciativa es una de varias leyes que modifican todo el Derecho de la infancia en ese país (cfr. FURKEL, FRANÇOISE. “Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1998 (3), pp. 804 y ss., en particular pp. 806-811)."

⁸ Hernán Corral Talciani, *Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585*, 1998. Documento de trabajo N° 25. Universidad de Los Andes.

Código Civil– la impugnación de la maternidad si ésta se encuentra fundada en la posesión notoria del estado civil. Se consagra la inimpugnabilidad de la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida, debido a que en este caso la paternidad y la maternidad se determinan por el solo hecho de haberse “sometido” esas personas a tales técnicas (artículo 182 del Código Civil).

5. Concepción de la Ley N° 19.585, publicada en el Diario Oficial de 26 de octubre de 1998.

Puede decirse que el criterio que preside el nuevo estatuto de la filiación es el establecimiento de la realidad natural constituida por la generación biológica. Por eso, se reconoce el parentesco por consanguinidad (artículo 28 del Código Civil) y se regulan las acciones de impugnación y de reclamación del estado filiativo. Se quiere que el derecho refleje la realidad, esto es, que se sepa que una persona procreó a otra. De allí que el artículo 195 del Código Civil diga: “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad”.

Sin embargo, la ley toma en cuenta la necesidad de velar por la paz y la tranquilidad de la familia y del hijo. Por este motivo estimula en ciertos casos a olvidar, a no escudriñar en el pasado, a no saber. Conforme a esta perspectiva, se limita la titularidad de las acciones de impugnación o de reclamación de la filiación. Se considera la posesión de estado como factor de restricción de las acciones de impugnación o se concede a esa posesión una fuerza prevalente sobre las pruebas biológicas (artículo 218 del C.C.). Finalmente, en el artículo 182 del Código Civil, se privilegia la voluntad de acogida en la procreación humana asistida.

Todas estas reglas, siguiendo el pensamiento de Corral Talciani, no desconocen que la filiación es un hecho natural, sino que consideran que en ciertos casos no es conveniente indagar si la realidad jurídico formal es o no coincidente con la realidad biológica.

6. Principios que informan la filiación en el Código Civil cuyas normas se derogan y los que inspiran a la Ley N° 19.585, de 1998.

a. Los principios que guiaron al Código Civil pueden sintetizarse de la manera siguiente:

a.1. Se favorece la filiación legítima.

a.2. Se hace prevalecer el superior interés del matrimonio monogámico que es la base de la familia.

a.3. Se contempla la investigación de la paternidad y maternidad ilegítimas.

a.4. Se establece la división del parentesco por consanguinidad y afinidad, distinguiéndose en cada uno de ellos entre parentesco legítimo e ilegítimo.

b. Los principios que informan la Ley N° 19.585 de 1998, son:

b.1. Se defiende la igualdad de los hijos cuya filiación está determinada.

b.2. Se establece la prevalencia del superior interés de los hijos.

b.3. Se consagra el derecho a conocer la verdadera identidad del hijo, mediante la libre investigación de la paternidad y maternidad, salvo el caso de la concepción producida por medio de técnicas de reproducción humana asistida.

b.4. Se elimina el parentesco ilegítimo y la afinidad de esta clase.

7. Los principios de igualdad, de interés superior del hijo y derecho de éste a conocer su verdadera identidad en la Ley N° 19.585.

a. El principio de igualdad.

- El artículo 33 del Código Civil, en su texto reformado, establece: “La ley considera iguales a todos los hijos”.

- Se suprimen las denominaciones de hijos legítimos, legitimados, naturales y simplemente ilegítimos.

Una vez determinada la filiación, se adquiere el estado civil de hijo respecto de cierta persona.

- Se igualan los hijos en el parentesco por consanguinidad cuando la filiación está determinada. Sin embargo, subsisten diferencias sucesorias en el orden de los hermanos del causante, distinguiéndose entre los hermanos carnales y los de simple conjunción (art. 990 del C.C.). Lo propio sucede en el orden de los demás colaterales, conforme con el artículo 992 del Código Civil.

- Se elimina la idea que imperaba bajo la vigencia del Código Civil en orden a que los hijos naturales (hoy de filiación no matrimonial) agotan su relación de parentesco hasta llegar a sus padres, y por consiguiente jurídicamente ellos carecen de abuelos.

La reforma establece la línea recta de parentesco por consanguinidad sin límites, trátase de hijos de filiación matrimonial o de filiación no matrimonial. Su consecuencia es que los derechos y obligaciones entre ascendientes y descendientes no presentan diferencias, cualquiera que sea la clase de filiación determinada.

Por excepción, si la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o la madre, aquél o ésta quedará privado, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes (artículos 109, inciso final; 203; 357, inciso 2°; 994, inciso 2° y 1182 del Código Civil).

- En los **alimentos**, se elimina la distinción entre alimentos congruos y necesarios. Se contempla una sola clase de alimentos, que corresponde a los actuales alimentos congruos.

Todos los hijos cuya filiación está determinada tienen derecho a exigir alimentos de sus padres y demás ascendientes. (artículos 321 y siguientes). Por eso el artículo 232 señala: "La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a sus abuelos, por una y otra línea, conjuntamente".

Por excepción, carece de derecho de alimentos el hijo de filiación no determinada, que corresponde al hijo simplemente ilegítimo.

La señora Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, doña Josefina Bilbao, explicó: "La sugerencia de mantener una categoría menor de hijos alimentistas –similar a la que hoy son los hijos ilegítimos del artículo 280 del Código Civil– para no cometer injusticias con aquellos que no obtengan la declaración de filiación, sería una medida innecesaria y, por el contrario, riesgosa. Es innecesaria si se piensa que se está admitiendo la libre investigación de la paternidad y el ejercicio de todo tipo de pruebas, lo que obviamente hará disminuir en forma sustancial el número de casos en que no sea posible alcanzar la verdad. Y es riesgosa, por cuanto es fácil imaginar que nuestros tribunales tenderán a quedarse con relativa facilidad en este primer escalón o nivel, sin ahondar la investigación hasta obtener la declaración de la filiación. Se crearía, en fin, otra categoría igualmente discriminatoria que la que ahora se pretende eliminar".

Comentario: Atendidas las explicaciones dadas por la señora Ministra, resulta claro que no debió expresarse en el artículo 33 del texto reformado que la ley considera a todos los hijos iguales. La filiación no determinada deja a la persona desprovista del estado civil de hijo y carente incluso del derecho a pedir alimentos.

- La **patria potestad** es ejercida respecto de todos los hijos no emancipados cuya filiación esté determinada, sin que se distinga entre filiación matrimonial o no matrimonial.
- En **materia sucesoria** existe, por regla general, igualdad entre los hijos cuya filiación se encuentra determinada. Por excepción, dicha igualdad no existe entre los hermanos carnales del causante y los de simple conjunción y entre los demás colaterales de simple o doble conjunción.

b. El principio del interés superior del hijo.

La Convención sobre los Derechos del Niño, establece: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3° N° 1 de la Convención).

De acuerdo al criterio recién indicado, el niño aparece como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres.⁹

La proyección del interés superior del hijo se advierte en el inciso 2° del artículo 242 del Código Civil, relativo a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, que establece: "En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, el interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez". Igualmente, se manifiesta en el derecho a visita, pues ésta se puede restringir o suspender cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo (artículo 229, inc. 2°, del C.C.). También se aprecia en la facultad de los padres de corregir a los hijos, pues ella tiene como limitación todo cuanto menoscabe su salud o el desarrollo personal de los hijos. (art. 234 del C.C.). Lo propio acontece en el discernimiento de la patria potestad por el juez (arts. 244 y 245).

En resumen, se subraya la idea que se tiene del menor como sujeto de derecho, como persona digna de respeto y consideración, a la cual se le reconocen sus derechos y su autonomía futura.

c. El derecho de la identidad.

- Este principio está tomado de la Convención de Derechos del Niño

⁹ Paulina Veloso V., *Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación*, en el libro *El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno*; p. 28, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile.

(artículos 7 y 8) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 18). Se reconoce el derecho de toda persona a saber cuál es su origen, lo cual comprende el derecho a conocer quiénes son sus padres.

El derecho a conocer la propia identidad implica –en materia de filiación– hacer prevalecer la verdad biológica por sobre la verdad formal o sociológica.

De acuerdo con el principio que se examina, en las acciones de filiación, se expresa: “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad” (artículo 195).

En armonía con lo recién dicho, el artículo 198 del Código Civil dispone: “...la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte”. Por su parte, el artículo 199 del C.C. se ocupa de las pruebas periciales de carácter biológico.

Puede decirse entonces que el aforismo extraído del Digesto 2.4.5, conforme al cual: “Pater vero is est quem nuptiae demostrant”, esto es, el padre del hijo es el marido de la mujer que dio a luz, resultaría remplazado por el axioma: es padre del hijo aquel cuya sangre lo demuestra.

- Desde la óptica de las acciones del Estado –de reclamación o de impugnación o de ambas– se ve que en ellas se privilegia la verdad biológica. Por la razón anotada, el derecho de reclamar la verdadera filiación es imprescriptible e irrenunciable (artículo 195 inciso 2° C.C.).

Y las acciones de filiación procuran que se declare un estado filiativo y no la constitución de un estado civil. En la acción de reclamación se buscará que la sentencia declare la correcta filiación de una persona, mientras que en la acción de impugnación se pretenderá que el fallo declare inexacta la filiación que ostentaba el hijo (art. 181 C.C.).

En resumen, determinada la filiación a consecuencia del ejercicio de las acciones filiativas, la relación biológica y jurídica de padre, madre o hijo es declarada judicialmente y no es constituida por la sentencia.

- Para facilitar la obtención de la verdad biológica se permite iniciar acciones a los herederos del hijo fallecido y pueden ser demandados incluso los herederos del padre o madre fallecidos. Tratándose de la acción de reclamación pueden verse los artículos 206, 207 y 317 del Código Civil, y en lo referente a la acción de impugnación, los artículos 213 y 216 del Código Civil.

- En resguardo de la seriedad de la demanda, la ley exige antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda. Su objetivo no es entorpecer la investigación de la paternidad o maternidad, sino de evitar los abusos o el chantaje.
- Con el propósito de establecer la verdadera identidad, se admiten todas las pruebas, especialmente de carácter biológico.

Desde el punto de vista de que se trata, alcanza especial significación la negativa a someterse al peritaje biológico. El inciso 2° del artículo 199 dispone: "la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil".

Comentario:

En esta materia entran en conflicto, por un lado, los derechos a la intimidad, a la integridad, a la libertad y a la defensa en juicio; y por otra parte, el derecho a conocer la propia identidad. Aplicando la aberración axiológica,¹⁰ esto es, el criterio del legislador de desplazar ciertos valores o derechos en beneficio de otros, el legislador dio preeminencia al derecho a conocer la propia identidad.

Sin embargo, se sanciona con la indemnización de perjuicios a quien demande a otro de mala fe o lo haga con el ánimo de lesionar el honor del demandado. Lo mismo ocurre en la citación de mala fe o con el fin de menoscabar la honra de quien es requerido judicialmente a confesar la paternidad o maternidad en el reconocimiento provocado de la filiación.

- El derecho a conocer la propia identidad encuentra excepciones en los casos que siguen: cuando la ley hace prevalecer la posesión notoria del estado civil versus la verdad biológica. Con todo, el juez puede preferir esta última en función de la conveniencia del hijo (artículo 201 del Código Civil); y tratándose de las técnicas de reproducción humana asistida, en las cuales se prefiere la verdad formal (art. 182 del Código Civil).

¹⁰ La aberración axiológica del derecho la emplea don Pablo Rodríguez Grez, siguiendo la terminología del filósofo señor Jorge Millas, en el capítulo sobre el Estado de Derecho, de su libro *Teoría de la Interpretación Jurídica*, página 23, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

8. Clasificación de la filiación.

La filiación puede clasificarse de la siguiente manera:

a. Filiación por naturaleza - Ley N° 19.585, de 1998.

a.1. Determinada:

- Filiación matrimonial;
- Filiación no matrimonial; y
- Filiación mediante concepción por técnicas de reproducción humana asistida. (Matrimonial o no matrimonial).

a.2. No determinada.

b. Filiación adoptiva de acuerdo con la Ley N° 19.620, de 1999.

9. Examen conceptual de las clases de filiación.

a. La filiación matrimonial se divide –doctrinariamente– en filiación matrimonial originaria o innata, y sobreviniente o adquirida.¹¹

La filiación originaria es aquella en que existe matrimonio al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo (Se funde así la noción de hijo, de hijo legítimo y una de las formas de legitimación ipso jure que existen en la actualidad).

La filiación adquirida o sobreviniente es aquella en que los padres contraen matrimonio con posterioridad al nacimiento del hijo y en que la paternidad y la maternidad han sido previamente determinadas por los medios que establece el Código Civil; o cuando se determina la filiación por reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prevista por el artículo 187 del Código Civil (Se fusionan de esta manera la legitimación de los hijos naturales de ambos padres y el reconocimiento voluntario que ellos hagan al momento de casarse o con posterioridad, lo que en la actualidad da lugar –en este caso– a la legitimación voluntaria).

b. Filiación no matrimonial es aquella en que no media matrimonio de los padres del hijo y se determina legalmente por el reconocimiento del padre, de la madre o de ambos; o por sentencia firme dictada en juicio de filiación.

c. Filiación por concepción mediante técnicas de reproducción humana

¹¹ *Teoría de la Interpretación Jurídica*, página 23, Editorial Jurídica de Chile 1990. Utiliza esta terminología Hernán Corral Talciani en su obra citada, página 12.

asistida (artículo 182 del C.C.). Esta filiación puede ser matrimonial o no matrimonial y queda determinada por el sometimiento del hombre y la mujer a esas técnicas, siendo éstos el padre y la madre del hijo.

d. Filiación no determinada es aquella en que la persona no ha podido establecer su filiación según las reglas de la prueba del estado civil de hijo o en que ha tenido éxito la acción de impugnación y no se ha reclamado la verdadera filiación o ésta no ha tenido éxito.

10. La determinación de la filiación, acreditación o prueba de la filiación; y medios de prueba en el juicio de la filiación.

La **determinación**¹² de la filiación está constituida por el cumplimiento de los elementos de la paternidad o maternidad o de ambas si se trata de la filiación no matrimonial; o de la paternidad, maternidad y del matrimonio de los padres si la filiación es matrimonial.

La **acreditación**¹³ de la filiación consiste en la prueba del estado civil de hijo, de padre o madre.

La **prueba en el juicio de filiación** está conformada por todos los medios de prueba. Por ejemplo, instrumentos, testigos, presunciones, pruebas periciales, posesión notoria, etc.

11. La determinación y acreditación de la filiación matrimonial (innata y sobrevenida) y no matrimonial.

a. Para la determinación de la filiación el artículo 33 del Código Civil se remite a las reglas del Título VII del Libro I, artículos 179 a 194.

Y el artículo 37 señala que la filiación de los hijos puede no encontrarse determinada respecto de su padre, de su madre o de ambos.

b. En la determinación de la filiación matrimonial es preciso indicar previamente sus elementos.

b.1. La filiación matrimonial originaria o innata requiere de:

- Matrimonio de los padres;
- Concepción o nacimiento del hijo dentro del matrimonio;
- Maternidad de la cónyuge y
- Paternidad del marido.

¹² y ¹³ Durante la discusión de la Ley N° 19.585, se dejó constancia en la Sesión 12ª del Senado, página 1797, Anexo de Documentos, que la "determinación" de la filiación consiste en "la ocurrencia de los hechos que por disposición de la ley dan lugar a la filiación" y la "acreditación" consiste en la prueba de la filiación.

b.2.- La filiación matrimonial sobreviniente o adquirida exige:

- Matrimonio de los padres;
- Nacimiento del hijo antes del matrimonio, sujeto al establecimiento de la paternidad y maternidad o al reconocimiento del hijo por sus padres.
- Maternidad de la cónyuge; y
- Paternidad del marido.

c. Determinación de la filiación matrimonial.

Determinación de la filiación es constatar jurídicamente el hecho biológico de la procreación. Por consiguiente, referida a la filiación matrimonial, habrá que estarse a los elementos que la ley establece para ser tal.

c.1. Determinación de la filiación matrimonial originaria o innata.

Elementos	Hechos	Títulos	Prueba o Acreditación
• Concepción o nacimiento del hijo dentro del matrimonio (art. 185).	• Nacimiento; y • Matrimonio		• Partida de matrimonio y de nacimiento
• Maternidad de la cónyuge (arts. 183 - 186)	• Parto: • Hecho del parto e • Identidad del hijo	Demás casos: • Reconocimiento (art. 183); o • Sentencia de filiación (art. 186).	• Partida de nacimiento Subinscripción Subinscripción
Paternidad del marido de la mujer que alumbró. (artículo 184)		• Presunción <i>pater is est</i> (art. 184); o • Sentencia de Filiación (art. 186).	Partida de matrimonio y de nacimiento Subinscripción

Hay dos situaciones especiales relacionadas con la presunción *pater is est*, que son:

- Si el hijo nace antes de los 180 días siguientes al matrimonio no se aplica la presunción *pater is est* si el padre no tuvo conocimiento de la preñez al momento de casarse y desconoce judicialmente su paternidad (artículos 184, 212 y siguientes).

- Rige la presunción *pater is est* si el hijo nace después de 300 días siguientes al divorcio, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo (artículo 184).

c.2. Determinación de la filiación matrimonial sobrevenida o adquirida.

Elementos	Hechos	Títulos	Prueba o Acreditación
• Nacimiento del hijo antes del matrimonio	• Nacimiento; y • Matrimonio		Partidas de nacimiento y de matrimonio
• Maternidad (artículo 186)	• Parto: • Hecho del parto e • Identidad del hijo	Demás casos: • Reconocimiento o • Sentencia en juicio de filiación	Partida de nacimiento Subinscripción Subinscripción
Paternidad (artículo 186)		• Reconocimiento • Sentencia de Filiación	Subinscripción Subinscripción

c.3. Determinación de la filiación no matrimonial (artículo 186).

Elementos	Hechos	Títulos	Prueba o Acreditación
Concepción y nacimiento del hijo sin que exista matrimonio	Nacimiento		Partida de nacimiento
• Maternidad (artículo 186)	• Hecho del parto, e • Identidad del hijo	Demás casos: • Reconocimiento - o • Sentencia judicial en juicio de filiación	Partida de nacimiento Subinscripción Subinscripción
Paternidad (artículo 186)		• Reconocimiento • Sentencia de Filiación	Subinscripción Subinscripción

12. El reconocimiento voluntario de la filiación.

a. Ideas generales:

El reconocimiento es un acto jurídico de familia por el cual el padre, la madre o ambos acogen a un hijo como suyo.

Tiene cabida el reconocimiento en los hijos de filiación matrimonial sobrevenida y en la filiación no matrimonial.

En todas las situaciones planteadas, el reconocimiento presenta las siguientes características: es un acto jurídico unilateral; es irrevocable; es declarativo; es puro y simple; produce efectos retroactivos a la época de la concepción; no perjudica los derechos adquiridos por terceros de buena fe; es personal y consiste en un acto determinado y específico.¹⁴ En general, es un acto solemne.

¹⁴ Raúl Álvarez Cruz, *La filiación y otras reformas al Código Civil*, Ley N° 19.585, págs. 52 y ss. Alfabetas Artes Gráficas.

b. Formas del reconocimiento:

Todo reconocimiento es voluntario, lo cual no impide que revista diversas formas, como se pasará a ver a continuación:

Formas de Reconocimiento	Acreditación
• Espontáneo • Expreso (artículo 187) • Tácito (artículo 188 inciso 1°)	Subinscripción (artículo 187) Inscripción
• Provocado: confesión judicial bajo juramento (artículo 188 inc. 2°)	Subinscripción del Acta en el Registro Civil (artículo 188 inc. 2°)

c. Límite del reconocimiento:

- No puede reconocerse a un hijo que tenga una filiación legalmente determinada (art.189).
- Pero se puede impugnar la filiación aparente y reclamar la verdadera (art. 208).

Se puede pedir la declaración de nulidad del reconocimiento por error, fuerza o dolo (art. 202).

d. La repudiación del reconocimiento (arts. 191 y 192).

- Se puede repudiar el reconocimiento por escritura pública, la cual deberá subinscribirse al margen de la inscripción del nacimiento. La repudiación es irrevocable (art. 191)
- La repudiación impide que se determine esa filiación (art. 194).
- Pueden repudiar el hijo o sus herederos, estos últimos en los casos siguientes: si se reconoce a un hijo fallecido o éste muere antes de la mayor edad, o si el reconocido mayor fallece antes de la expiración del plazo para repudiar.

13. Determinación de la filiación mediante la concepción por aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Esta categoría de filiación puede ser matrimonial o no matrimonial y se presume de derecho que el padre y la madre son quienes se sometieron a dichas técnicas, habida cuenta a que la ley señala que no caben acciones de impugnación o de reclamación del estado filiativo de estos hijos (art. 182).

14. Pruebas del estado civil (Artículos 305 y 309).

La ley distingue:

a. El estado civil de padre, madre o hijo.

a.1. Son medios principales de prueba de esta clase de estado civil:

- Las partidas de nacimiento o bautismo; y
- La inscripción o subinscripción del acto de reconocimiento o del fallo judicial que determina la filiación.

a.2. Son medios supletorios de la falta de las partidas o de las subinscripciones, otros instrumentos auténticos mediante los cuales se determinó legalmente la filiación.

A falta de ellos, se requiere de un juicio de filiación.

b. El estado civil de casado se prueba:

b.1.- Como medio principal por la partida de matrimonio, o

b.2.- Mediante medios supletorios.

La falta de la partida puede ser suplida por otros documentos auténticos o por testigos presenciales del matrimonio.

A falta de éstos, por la posesión notoria del estado civil.

15. La sentencia judicial recaída en juicio de filiación.

La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos 196 y siguientes (artículo 195).

Lo recién señalado, supone el estudio de las acciones de filiación se dividen en acciones principales y residuales.

a. Acciones principales:• **De reclamación:** (art. 320).

Se subdividen en:

- Acción de reclamación de filiación matrimonial (art. 204), y
- Acción de reclamación de filiación no matrimonial (art. 205).

• **De impugnación:**

- De la paternidad;
- Del matrimonio (art. 212);
- Del reconocimiento (art. 216);
- Del hijo nacido antes del matrimonio (art. 216).

b. Acciones residuales:

- Desconocimiento de la paternidad (arts. 184 y 212), y
- Nulidad del reconocimiento (art. 202).

c. No puede impugnarse la filiación por sentencia firme. (Art. 220).

Pero puede reclamarse la verdadera filiación (Art. 320).

16. Cuadros esquemáticos de las acciones filiativas.

- Acción de reclamación —————> es imprescriptible.

a. Matrimonial:

Titulares		Demandados	Fundamento
Hijo	—————>	Padre	Status familiar
	—————>	y Madre	
Padre	—————>	Hijo	Status familiar
Madre	—————>		
Madre	—————>	Hijo	Status familiar
Padre	—————>		

b. No matrimonial:

Titulares	Demandados	Fundamento
Hijo —————→ (si el hijo es incapaz, demandará su representante legal)	Padre	Status parental
Hijo —————→ (si el hijo es incapaz, demandará su representante legal)	Madre	Status parental
Padre —————→ Madre —————→	Hijo Hijo	Si el hijo tiene una filiación determinada diferente, deberán intentarse conjuntamente las acciones de impugnación y reclamación

c. Acción de reclamación en el caso del hijo póstumo.

Se refiere a los casos del padre o madre fallecidos, o que fallecen dentro de los 180 días siguientes al parto.

Titulares	Demandados	Plazo
• Hijo	Herederos del padre o madre fallecidos	3 años desde la muerte del padre o madre; o desde la capacidad del hijo
• Herederos del hijo	Herederos del padre o madre fallecidos	
• Hijo incapaz que fallece	Herederos del padre o madre fallecidos	3 años desde la muerte del hijo
• Hijo capaz que fallece pendiente el plazo de prescripción	Herederos del padre o madre fallecidos	Gozan del residuo
• Herederos incapaces	Herederos del padre o madre fallecidos	Se cuenta el plazo desde que alcancen la capacidad

• **Acciones de impugnación.**

a. Hijo concebido durante el matrimonio. (La madre debe ser citada).

Titulares	Plazos
• Marido	180 días desde que tomó conocimiento del parto. 1 año si se encontraba separado de hecho.
• Si el marido muere sin conocer el parto o antes de vencido el plazo de prescripción, son titulares: • Los herederos del marido, y • Todo aquel a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual.	El total del plazo o su residuo, según los casos.
• Hijo:	1 año desde que adquirió la plena capacidad.
• Representante del hijo incapaz:	1 año desde el nacimiento del hijo.

b. Impugnación de la paternidad determinada por reconocimiento.

Titulares	Plazos
• Hijo capaz.	2 años desde que supo del reconocimiento.
• Hijo incapaz (representante legal del hijo).	1 año desde el nacimiento.
• Si el hijo muere, son titulares sus herederos.	2 años o el residuo, contados desde la muerte del hijo.
• Los que tengan interés actual	1 año desde que tuvieron interés y pudieron ejercerlo.

c. Hijos nacidos antes del matrimonio.

Titulares	Plazos
• Hijo capaz	2 años desde que supo del matrimonio o del reconocimiento.
• Hijo incapaz (corresponde la acción a su representante legal).	1 año desde el nacimiento.
Si el hijo muere, son titulares sus herederos.	2 años o el residuo, contados desde la muerte del hijo.

d. Impugnación de la maternidad.

Causales	Titulares	Plazo
Falso parto; o suplantación del pretendido hijo al verdadero.	El marido de la supuesta madre.	1 año desde el nacimiento.
	La madre supuesta.	1 año desde el nacimiento.
	El verdadero padre o la verdadera madre.	1 año.
	El verdadero hijo.	1 año.
	El verdadero padre o la verdadera madre o el verdadero hijo si cualquiera de ellos impugna la maternidad y reclama la verdadera filiación.	No prescribe.
	El hijo supuesto si impugna la maternidad y reclama la verdadera filiación.	No prescribe.
	Cualquier persona perjudicada que tenga interés actual.	1 año desde la muerte del padre o de la madre.
	Hecho nuevo.	1 año adicional.

17. Efectos de la filiación:

Sobre esta materia hay que distinguir entre las relaciones personales pater-no y materno filiales, así como respecto de los bienes de los hijos no emancipados.

a. En cuanto a las relaciones personales, la ley mantiene, en general, la situación existente con anterioridad a la reforma:

a.1. Deberes de los hijos (art. 222).

- Respeto y obediencia a sus padres.
- Deber de cuidar a sus padres en la ancianidad, en el estado de demencia y siempre que necesiten auxilios.
- Deber de socorro a los demás ascendientes en caso de insuficiencia o de inexistencia de los inmediatos descendientes (art. 223).

a.2. Deberes de los padres

- Cuidado personal, crianza y educación de los hijos (art. 224).
- Dirección de la educación del hijo; y
- Facultad de corrección del hijo, sin menoscabo de su salud ni de su desarrollo personal.

b. En relación con los bienes del hijo no emancipado.

b.1. **Patria potestad**, se define como el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre o sobre los bienes de sus hijos no emancipados, o sobre los derechos eventuales del que está por nacer (art. 243).

b.2. Ambito de aplicación:

La patria potestad se aplica a todos los hijos de filiación determinada.

b.3. ¿Quién la ejerce?

- El padre, la madre o ambos (art. 244).
- Salvo que se haya determinado judicialmente la filiación con su oposición (art. 248), o que se suspenda la patria potestad (art. 267 y ss.).

b.4. Situaciones:

Hay que distinguir si los padres viven juntos o se encuentran separados.

Si los padres viven juntos (art. 244):

- **Se atenderá al acuerdo de los padres**, suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier Oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de treinta días siguientes a su otorgamiento.

- **A falta de acuerdo**, toca al padre el ejercicio de la patria potestad.

- **Si el superior interés del hijo lo hiciere indispensable**, decidirá el juez.

La resolución ejecutoriada que determine a quién deberá corresponder la patria potestad se subinscribirá dentro de los treinta días establecidos en el inciso primero del artículo 244.

- Si los padres viven separados (art. 245).
 - Rige el acuerdo a que arriben los padres.
 - A falta de acuerdo, será ejercida la patria potestad por aquel que tenga el cuidado personal del hijo, según el artículo 225.
 - En aras del interés superior del hijo, corresponderá al juez decidir sobre el ejercicio de la patria potestad.

El acuerdo y la sentencia judicial deberán subinscribirse en los términos del artículo 244 bajo la sanción de ser inoponibles a terceros si así no se hiciera (art. 246).

b.5. Atributos de la patria potestad.

Se mantienen los atributos de administración y derecho legal de goce sobre los bienes del hijo no emancipado (arts. 250 a 259). Asimismo, rigen las normas sobre representación legal del hijo, conforme con los artículos 260 a 266.

b.6. Suspensión de la patria potestad y la emancipación.

Las causales de suspensión de la patria potestad se encuentran en los artículos 267 y 268.

Se modifican las clases de emancipación, eliminándose la emancipación voluntaria, quedando reducidas a dos: la legal y la judicial (arts. 269, 270 y 271).

Conclusiones:

1. Se mejoran los derechos de los hijos de filiación no matrimonial, equiparándolos a los hijos de filiación matrimonial.

2. El criterio igualitario que inspira a la Ley N° 19.585 encuentra sustento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley y prohíbe cualquier discriminación por, entre otros, motivo de nacimiento; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada "Pacto de San José de Costa Rica", que en el número 5 de su artículo 17 señala que: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

3. Se rebaja la importancia del matrimonio, como se aprecia en el Programa de Acción de Naciones Unidas, adoptado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, en el Cairo, en septiembre de 1994, en cuyo Capítulo V, referido a la familia, sus funciones, derechos, composición y estructura, establece en sus bases de acción que: "Aunque hay diversas formas de familia en los diferentes sistemas sociales, culturales, jurídicos, la familia es la unidad básica de la sociedad y, por consiguiente, tiene derecho a recibir protección y apoyo amplios. El proceso de rápido cambio demográfico y socioeconómico que se ha producido en todo el mundo ha influido en las modalidades de formación de las familias y en la vida familiar, provocando importantes cambios en la composición y la estructura de las familias".

4. Los representantes de nuestro país no formularon reserva alguna al Programa de acción, a diferencia de la Santa Sede, que previno que: "En el documento se reconoce la protección y el apoyo que necesita la unidad básica de la sociedad, a saber, **la familia fundada en el matrimonio**", y en las reservas específicas expresó: "Respecto de la expresión "parejas e individuos", la Santa Sede se reserva su posición entendiendo que la expresión hace referencia a las parejas y a cada uno de los hombre y mujeres que constituyen esas parejas. En el documento, especialmente en su utilización de la expresión, se percibe una idea individualista de la sexualidad que no presta la atención debida al amor recíproco y a la adopción de decisiones que caracterizan a la relación conyugal" (N° 4 de la Reserva) y en lo que se refiere al Capítulo V, dijo: "La Santa Sede interpreta el capítulo V a la luz del principio 9, en relación con el deber de fortalecer la familia, unidad básica de la sociedad, y en relación con el matrimonio como sociedad equitativa entre marido y mujer".¹⁵

El principio 9 sostiene que: "La familia es la unidad básica de la sociedad y como tal es preciso fortalecerla. Tiene derecho a recibir protección y apoyo amplios. En los diferentes sistemas sociales, culturales y políticos existen diversas formas de familia. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges, y el marido y la mujer deben estar en igualdad de condiciones".¹⁶

5. A veces los silencios son peligrosos e incluso dañinos, máxime si en forma paralela se dan señales que debilitan a la familia y a las buenas costumbres. Entre estos signos se destacan: la despenalización del adulterio;¹⁷

¹⁵ Programa de Acción adoptado en la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo, el Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994, Naciones Unidas, Fondo de Población de las Naciones Unidas, págs. 36, 187 y 190, impreso en los Estados Unidos de Norteamérica.

¹⁶ *Ibid*, página 12.

¹⁷ Artículo 34 de la Ley N° 19.335, de 1994.

la despenalización de la sodomía de los mayores de 18 años;¹⁸ y los intentos legislativos por avanzar en la promulgación de una ley de divorcio vincular.

6. La unidad de las filiaciones comporta un grave riesgo para la familia matrimonial al prescindir de ella para forjar el status del hijo. Si se produce la equiparación de las paternidades y maternidades y la confusión del parentesco matrimonial y extramatrimonial, es preciso compensarlo poniendo todas las energías públicas y privadas al servicio del amparo y promoción del matrimonio y de la familia constituida legalmente, rodeándola de garantías morales y materiales y desalentando las uniones fuera del matrimonio.¹⁹ Es ésta una tarea pendiente y a la cual no se le da importancia debida.

7. Se reconoce la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, sin que se haya agotado la discusión en el Parlamento sobre el estatuto jurídico del embrión ni de la utilización de gametos. La actual legislación permite esta actividad sin restricciones y al impedir la impugnación de la filiación tecnológica o legal imposibilita probar aquellos casos en que se incurre en falta a las prohibiciones legales fundadas en el parentesco.²⁰

8. En la discusión política ya se avanza a la despenalización del aborto y no estará lejos el día en que se acepte la eutanasia.

9. En momentos históricos en que el matrimonio y la familia son objeto de muchas fuerzas que tratan de destruirlos o deformarlos,²¹ se siente de manera más viva y acuciante la necesidad de robustecerlos, asegurando su plena vitalidad, así como su promoción humana y espiritual, enraizada en nuestra tradición, principios y valores de la cultura cristiana occidental y no en corrientes de pensamientos ajenas a nuestra idiosincrasia.

¹⁸ El N° 10 del artículo 1° de la Ley N° 19.617, de 1999, reemplazó el artículo 365 del Código Penal, con el efecto señalado.

¹⁹ Véase María Josefa Méndez Costa y Daniel Hugo D'Antonio, *Derecho de Familia*, tomo III, pág. 12, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 1991, y la cita que se hace a Borda, Guillermo A., *Aciertos y errores de la ley sobre filiación y patria potestad*, en LI 1985 – E – 687 y ss.; y *Revalorizar la institución del matrimonio* en LI 1986 – E – 858; Mazzinghi, Jorge Adolfo, *Filiación, normas, clave y trasfondo de un proyecto de ley*, en LI 1985 – D – 1145, y *Componentes ideológicos de la reforma legal en materia de filiación*, en ED 120 – 961; Estévez Brasa, Teresa y Carrasco, Ana María, *Una nueva legislación civil. ¿Avance o retraso?*, en LI 1986 – A – 1082.

²⁰ Rafael Vicuña en *Fronteras Inquietantes*, artículo publicado en El Mercurio, E – 20, domingo 12 de septiembre de 1999, explica los riesgos de la experimentación con células de embriones humanos y expresa su preocupación de que buena cantidad de los experimentos reducen la vida humana a una categoría de bien transable.

²¹ Enrique Barros Bourie, en *Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación*, publicadas en el *Nuevo Estatuto de la Filiación en el Código Civil Chileno*, página 43, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dice: "Con razón un autor, refiriéndose a esta evolución del derecho comparado, se ha preguntado recientemente si está en presencia de una despedida del matrimonio burgués". (Hans – Martin Pawlowski, *Abschied von der "Bürgerlichen Ehe"*, en *Juristenzeitung*, pp. 1032 ss. (1998).

Nuevo régimen de adopción

Ambrosio Rodríguez Quiroz

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Y UNIVERSIDAD DE CHILE

I. ALGUNOS CONCEPTOS BASICOS Y VISION HISTORICA

En general, dice don Luis Claro Solar en el tomo 3° pag. 94 de su obra, se da el nombre de adopción al acto por el cual se recibe, legalmente, como hijo a quien no lo es por naturaleza. Ese es el concepto simple y central que va a estar presente en todas las legislaciones, en la evolución histórica de las distintas leyes chilenas. La adopción es una imitación de la naturaleza; es un fenómeno jurídico, es una ficción jurídica, una creación del legislador, por la cual se le otorga la calidad de hijo a quien por naturaleza no lo es.

En el derecho romano, al terminar con la época de Justiniano, se distinguían dos grandes tipos de adopción: la adopción plena, o semiplena, según se otorgara o no al hijo la calidad de legítimo. Es decir, si el hijo adoptivo rompía los vínculos con la familia anterior era adopción plena; si no rompía estos vínculos, y quedaban vínculos subsistentes con su familia de origen, la adopción era semiplena. Pero, además, en el derecho romano se conoció una forma de adopción que se llamó alumnato, que consistía en recoger a una persona desvalida, abandonada por sus progenitores, con el fin de educarla, criarla, establecerla, y, en definitiva, darle un régimen de vida acorde con su calidad de ser humano, que no tenía en su familia de origen. Esto del alumnato lo destaco porque es, en el fondo, lo que la actual Ley N° 18.703 reconoce como adopción semiplena: no crea estado civil, es un sistema de tuición, para hablar en términos corrientes, de tuición un poco más reglamentada, más favorecida. Más reglamentada, porque se concede a un tercero, que no es el padre o la madre, y más favorecida respecto del menor, precisamente por la misma razón.

El principio básico de la adopción es que ella es una imitación de la naturaleza. Curiosamente, en el derecho romano se creó una incapacidad que duró hasta el siglo XIV, referida a los castrados. Los castrados no podían adoptar, precisamente porque, como no pueden engendrar, no podía darse en ellos, tampoco, la ficción de imitar la naturaleza. En Roma, por las

circunstancias propias de la época, la adopción perseguía otras finalidades: a través de la adopción, se otorgaba la calidad de ciudadano o, dicho de otro modo, por medio de la adopción podía llegar a ser ciudadano quien no lo era por nacimiento; se podía cambiar de clase social y pasar de plebeyo a patricio; y, en relación a lo que a nosotros nos interesa principalmente, se establecía como un orden en el derecho sucesorio, asegurándose un sucesor a quien no lo tenía por naturaleza.

En el derecho español, no fue conocida sino hasta el siglo XIV, cuando fue introducida en el derecho español al Fuero Real. Luego Las Partidas, inspiradas directamente de los textos romanos, le dan un nombre que, hoy día, se ha perdido en la nomenclatura, pero que durante muchos años sirvió para conocer esta institución: se llamó el "profijamiento", definida como "una manera –dice en Las Partidas– que establecen las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente", es decir, el mismo concepto que da don Luis Claro Solar, que proviene del derecho romano: dar a quien no es naturalmente hijo, la calidad de tal.

II. LA ADOPCION EN LA LEGISLACION NACIONAL

El Código Civil chileno no reglamenta la adopción. Hoy, diría que por primera vez en su texto, el nuevo Art. 179, que va a comenzar a regir conjuntamente con la ley que estamos analizando, se refiere a la filiación adoptiva en el título 7°, "De la Filiación. Reglas Generales": la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial y agrega: en la adopción, los derechos entre adoptantes y adoptados, y la filiación que puede establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva. De esta manera, se incorpora al articulado del Código Civil este concepto de filiación, pero el texto del Art. 179 no dice que, necesariamente, es una forma de filiación, como en definitiva ha quedado en la ley, dice que la filiación puede establecerse entre adoptante y adoptado, de manera que el marco legal básico, el Código Civil, creó un sistema bastante más amplio que aquel que recoge la Ley N° 19.620, en donde básicamente se otorga la calidad de hijo y se crea una forma de filiación, que junto a la filiación genética y a la filiación legal, o la que proviene de reproducción asistida, son las tres formas de filiación que va a reconocer nuestro sistema.

Podemos agregar que la filiación adoptiva es, en algún sentido, mucho más firme, más definitiva, que la filiación natural, aquella que proviene de la naturaleza, porque la filiación de naturaleza puede pasar a ser adoptiva, pero la adoptiva no puede volver a pasar a naturaleza, salvo el caso de nulidad, y la filiación que surge de las técnicas de reproducción asistida simplemente es inmovible, inatacable. De consiguiente, la filiación que en

el nuevo sistema del Código Civil parece revestida de menor grado de certeza, de menor grado de perdurabilidad, es la filiación natural.

La primera Ley de Adopción en Chile, N° 5.343, tuvo tantos defectos que su vigencia fue efímera y se prestó a abusos, como señalan los comentaristas de la época, porque personas que estaban impedidas de contraer matrimonio recurrieron al subterfugio de la adopción para en definitiva tener una forma de convivencia. Por eso, se dictó la Ley N° 7.613, en octubre del año 1943, que rige hasta el día de hoy. En esta ley la adopción presenta las siguientes características: primero, es contractual; es un contrato, además, solemne, que debe ser autorizado por la justicia e inscribirse en el Registro Civil. Los efectos solamente se producen entre adoptante y adoptado, lo que es lógico, porque, teniendo la característica contractual, el principio del efecto relativo de los contratos se le aplica y, por lo tanto, sólo va a obligar a adoptantes y adoptados. El único efecto que se produce erga omnes, más allá, reflejo de este contrato, son ciertos problemas de impedimentos para contraer matrimonio. No constituye un estado civil y es –dice la ley– un beneficio establecido en favor del adoptado.

En materia sucesoria, el adoptado por la Ley N° 7.613 tiene iguales derechos que un hijo natural. Esto va a significar, en principio, que si este adoptado actual se acoge a la nueva ley, su situación jurídica va a mejorar, aunque vamos a ver que ello se va a producir exclusivamente en tres órdenes de sucesión y no en los cuatro en donde existían los antiguos hijos naturales.

No es legitimario, hoy no es heredero forzoso; de manera que, en términos generales, los efectos de la Ley N° 7.613 no se apartan de los que tradicionalmente se conocen dentro de la adopción. La Ley N° 16.346, del año 1965, creó una figura que se llamó de la legitimación adoptiva, que tenía por finalidad dar al adoptado la calidad de hijo legítimo de los adoptantes. Pero, al decir de quienes han estudiado esto, y la explicación de la Ley N° 18.703, creó procedimientos tan engorrosos, sistemas tan difíciles, tan largos, tan poco acordes con lo que es la evolución de la vida del adoptado, que siempre tiene que ser un menor, que muchas veces los procedimientos no terminaban sino hasta cuando el adoptado llegaba a una edad en la que era imposible realizar el acto de adopción. Por esa razón se dictó la Ley N° 18.703, derogando expresamente la Ley N° 16.346.

Esta ley, también vigente hasta el 27 de octubre, contempla dos sistemas de adopción: adopción simple y adopción plena. La adopción simple es, en otras palabras, el alumnato del derecho romano; es una medida de protección a menores de 18 años que carecen de bienes y de otro sistema que los ampare y los proteja en la vida. Solamente se puede adoptar por

una persona; el adoptado queda sujeto a la autoridad paterna y patria potestad, si es que no está sujeto a otra, y el adoptante contrae las obligaciones de dar alojamiento, sufragar los gastos de alimentación, crianza y educación del adoptado. Se crean impedimentos para contraer matrimonio. Esta adopción simple, de la Ley N° 18.703, no confiere derechos sucesorios. El adoptado simple no tiene derechos en la sucesión del adoptante. Es, en definitiva, y hablando en expresión corriente, una forma de tuición reforzada y no busca más que eso.

La adopción plena de la Ley N° 18.703, en cambio, le otorga al adoptado la calidad de hijo legítimo – dice la ley– de los adoptantes. Se constituye por sentencia judicial; sólo puede adoptar un matrimonio, y puede hacerlo respecto de ciertos menores que se encuentren en alguna de las situaciones de hecho que la ley tipifica: huérfano de padre y madre, ser de filiación desconocida, encontrarse abandonado, o ser hijo de cualquiera de los adoptantes. La adopción plena es irrevocable y exige una diferencia de 20 años o más entre adoptantes y adoptado.

Obviamente, como crea un estado civil, hace desaparecer los vínculos con la familia de origen del adoptado, salvo en lo referente a los impedimentos para contraer matrimonio y ciertos tipos penales, por ejemplo, el parricidio, que sigue siendo penado como tal, si es que el adoptado da muerte a quien fue su padre biológico. Esta Ley N° 18.703, además, contempla un sistema y todo un título para autorizar la salida de menores al extranjero con el fin de ser adoptados. Además señala que, en este caso, la intervención de la jurisdicción nacional sólo se limita a autorizar la salida del menor, porque – lo dice expresamente la ley– la adopción se rige, en lo sustantivo, por la ley del país extranjero en que se va a verificar.

De manera que los casos que nosotros conocimos que tanto afectaron el decoro de los tribunales de justicia; estas situaciones irregulares que se produjeron en distintos tribunales a lo largo del país, durante mucho tiempo, se referían expresamente a la forma de otorgar esta autorización; porque o no se cumplían, o se omitían, o simplemente se soslayaba el cumplimiento de los requisitos que la ley establecía para autorizar la salida del menor al extranjero. La salida de menores es un tema que todas las legislaciones reglamentan minuciosamente. En nuestro país, la salida de los menores que están sujetos a la patria potestad, a la autoridad del padre y la madre, tiene que ser autorizada por ambos padres, en el régimen normal de la convivencia del matrimonio. Si ésta está rota, y la madre tiene la tuición, también debe requerir la autorización del padre. La autorización del juez para otorgarla en caso de negativa de los padres es siempre subsidiaria y es motivo de un procedimiento judicial extraordinario. Si uno examina el Art. 13 y el Art. 14 de la Convención Internacional de los Derechos

del Niño, con toda una reglamentación de la materia, dice, expresamente, que todo país debe adoptar medidas efectivas de resguardo para impedir la salida ilegal de menores hacia el extranjero,

Lo anterior porque es un hecho que existe un tráfico internacional de menores; es un hecho que la adopción de menores constituye una actividad lucrativa importante para muchas personas, lamentablemente, y es un hecho también que en Chile funcionarios de la administración de justicia, abogados y personas vinculadas con estas actividades, se han prestado y han lucrado usando indebidamente este procedimiento. Obviamente, uno no puede dudar de los buenos propósitos del legislador, pero, indudablemente, tener como única cortapisa, como única intervención del órgano jurisdiccional del Estado, en definitiva, de la soberanía nacional, respecto de un menor que es nacional chileno, que se deba limitar a autorizar su salida del país y decir expresamente que se somete esa adopción a la legislación extranjera, parece una medida de resguardo que no cumple con todos los requisitos necesarios para efectivamente llevar a cabo este propósito.

La nueva ley cambia absolutamente esta situación y establece un procedimiento para que extranjeros no residentes en Chile adopten en el país, pero sujetos a la legislación chilena y cumpliendo una serie de requisitos, respecto de los cuales el tribunal está obligado a velar por que efectivamente se lleven a la práctica.

III. ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.620

Para efectos de su análisis, he dividido la Ley N° 19.620 en tres aspectos: los aspectos de derecho civil, la parte procesal y la parte penal.

1. Aspectos sustantivos

Vamos a analizar, en primer término, los aspectos sustantivos. La ley se construye sobre algunas ideas matrices que son las que pasamos a detallar:

a) En primer lugar, la derogación expresa de las leyes vigentes al 26 de octubre de 1999. Como se sabe, esta fecha resultó porque la Ley N° 19.585, Ley de Filiación, dijo que regiría un año después de su publicación en el Diario Oficial, y esta ley de adopción, a su vez, señala que su vigencia será coetánea con la Ley N° 19.585. De esta manera, a contar del 27 de octubre de 1999, las leyes N° 7.613 y 18.703 quedan derogadas, en teoría, porque, como lo vamos a analizar en su oportunidad, la derogación de

estas leyes antiguas es relativa. Se ha producido un fenómeno, que es muy análogo al que se refiere el Art. 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, sobre todo en la adopción, que tiene un carácter contractual, aunque los efectos estén regulados en la ley, porque eso no quita el carácter contractual de una institución. En la adopción hay muchos contratos, que siendo tales la ley reglamenta sus efectos, pero obviamente el impulso, lo que le da nacimiento es la voluntad. Esta primera idea matriz no es un propósito logrado definitivamente, sino a medias y que malogra el objetivo de modificar de una manera armónica los órdenes de la sucesión intestada; y, además, porque va a quedar vigente un sistema sucesorio para el adoptado, en determinados casos, que va a obligar a repartir la herencia, en el segundo orden de sucesión, de una manera distinta de cómo lo establece el nuevo texto del Código Civil.

b) Finalidad de la ley: es establecer una filiación subsidiaria respecto de la filiación de origen. Existe un cierto propósito de redactar los textos legales en términos declamatorios, que no se concilian con lo que es la realidad jurídica, pero que indudablemente satisfacen otros propósitos. Para el que escucha esto, sin tener mayor idea, lo encuentra muy apropiado: "la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y a desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen". De manera que la idea central, expresada jurídicamente, es crear una filiación subsidiaria respecto de la filiación de origen, y que, dicho en los términos en que está expresado el Art. 1°, su objetivo básico es el interés del adoptado, proporcionarle el seno de una familia que lo acoja y que lo proteja; que encuentre en estos padres sustitutos lo que no le brindaron sus padres biológicos. Esa frase es muy bonita, pero el punto de vista jurídico es otra cosa: se trata de sustituir una filiación de origen genético por una filiación creada por la ley.

c) El adoptado en virtud de la nueva ley va a adquirir, siempre, la calidad de hijo de los adoptantes. Tal como los antiguos hijos legítimos, pasa a ser hijo. De consiguiente, a contar del día 27 de octubre de 1999, existen en el país tres fuentes, tres orígenes de filiación: primero, una fuente genética, que puede ser determinada, no determinada, matrimonial, o no matrimonial; es decir, la más conflictiva de todas, la que presenta más alternativas; segundo, una fuente adoptiva, los hijos adoptivos o adoptados; y, tercero, una fuente legal de filiación, que son aquellos hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida a la cual voluntariamente se han sometido los padres, de acuerdo al nuevo Art. 182 del Código Civil.

¿Qué es lo que ocurre? Ocurre que, de estas tres fuentes de filiación, la más natural de ellas, la que más responde al modo normal de procrear en la especie humana, es la que ha quedado con un menor grado de estabilidad y con menor carácter de fijeza. La filiación legal, aquella que proviene de un medio de fertilización asistida, es inamovible; hay una presunción de derecho: se presume de derecho que son los padres aquellos que se han sometidos a este tratamiento, y origina algunos interrogantes, como por ejemplo: ¿qué pasa con el arriendo de útero, el régimen de los embriones, las madres sustitutas? Todo eso no tiene cabida, nadie es oído si quiere tratar el tema, porque hay una presunción de derecho que le confiere a esta filiación carácter absoluto de fijeza y radicación.

d) La adopción debe ser preparada. Ese es el sistema de la ley; para preparar una adopción el menor debe ser incluido en un registro de personas susceptibles de ser adoptadas; los futuros adoptantes deben inscribirse en un registro de personas susceptibles de ser adoptantes; el Servicio Nacional de Menores, a su vez, es el organismo encargado de acreditar a corporaciones o instituciones que se dediquen, precisamente, a ubicar hijos y padres. En definitiva, tanto en forma extrajudicial como judicial, según lo veremos en los procedimientos, la adopción debe ser preparada. Ha dejado de ser un acto espontáneo; no basta con otorgar una escritura pública, autorizarla ante un tribunal y subinscribirla al margen de la inscripción de nacimiento de una persona. Tampoco basta con que un tribunal la decrete en un procedimiento breve y sumario; si bien es cierto, existe un principio de celeridad procesal, el trámite en sí es engorroso, porque requiere ordinariamente esta preparación de la adopción para luego pasar, en una segunda etapa, a lo que es la adopción propiamente tal.

e) Rol que juega la voluntad del menor en la adopción. Sobre este punto me quiero detener, porque creo que realmente es una cuestión significativa, importante y de trascendencia, desde el punto de vista del menor, no de los padres. ¿Por qué? Porque el Art. 3° de la ley dice que el juez que interviene en estos procedimientos debe escuchar al menor, y se pone en dos situaciones: primero, si el futuro adoptado es un impúber –dice la ley–, el juez debe tener debidamente en cuenta sus opiniones acerca de si quiere ser adoptado o no, en función de su edad y madurez. Y, agrega, si el adoptado es menor adulto, su consentimiento es necesario; de manera que el menor adulto debe consentir en la adopción, y debe manifestarlo expresamente ante el juez. Si su opinión es negativa –dice la ley–, se debe dejar constancia de ello en el expediente, pese a lo cual el juez puede ordenar que prosiga el procedimiento. De manera que, de acuerdo al nuevo sistema, una persona que está próxima a ser mayor de edad, cuando manifiesta su opinión de no querer ser adoptado, el tribunal puede prescindir de ella. Creo que ésta es una cuestión gravísima, porque se violenta

la voluntad del menor, siendo de advertir casi con seguridad que la adopción que se otorgue en estas condiciones en nada beneficiará al menor.

Hay una antinomia esencial, entre el Art. 1° de la ley y esta disposición, porque si la finalidad de la ley es el bienestar de la persona, si se hace en contra de la voluntad, ¿puede alguien, racionalmente, pensar que esa finalidad se puede lograr? ¿Se puede concebir, en forma jurídica, que se prescindiera de una manera tan violenta del consentimiento de una persona, que es un menor adulto, en una materia tan importante como si acepta o no ser adoptado?

Creo que esta norma que autoriza al juez para prescindir de este consentimiento, obviamente es susceptible de ser impugnada, por más que la ley diga que solamente procede la nulidad, que es irrevocable, etc. Porque si se requiere el consentimiento de una persona para la existencia de un acto jurídico, la prescindencia de ese consentimiento no puede generar el acto jurídico que se persigue, no es un problema de conversión del acto nulo; no es tampoco aquello del Art. 1444 del Código Civil; son otras cosas: éste es un problema que dice relación con el estado civil de la persona y aquí se está adquiriendo un derecho, quizás es el más importante, en contra de la voluntad de una persona. Resulta que yo no puedo adquirir en contra de mi voluntad la calidad de comprador, vendedor, arrendatario, mandatario, mutuario, ningún contrato de orden patrimonial, pero puedo, contra mi voluntad, adquirir el estado civil de hijo.

Pienso que esta disposición no sólo violenta lo que es la naturaleza de las cosas, sino que genera una situación que la hace incompatible con el Art. 1° de la ley, y que a pesar de que ésta es una situación irrevocable, que sólo se puede atacar por nulidad, el hecho de que se permita prescindir del consentimiento del adoptado genera, a mi juicio, una forma de impugnación a la cual me voy a referir más adelante, cuando veamos la situación desde el punto de vista de los padres que quieren abandonar un hijo.

2. Aspectos procesales

Adentrándonos en lo que son los aspectos procesales de la ley, las tramitaciones directamente ante los tribunales, espero haber logrado establecer que en la nueva ley la intervención de los jueces en materia de adopción es fundamental y esencial. Sin ella, simplemente no hay adopción. De manera que no es extraño que la ley haya debido reglamentar, con bastantes detalles, los procedimientos judiciales y las características que ellos tienen, y todo lo que es la tramitación misma de estos asuntos, porque no son contenciosos y, no siendo contenciosos, tampoco se puede deducir oposición.

Es necesario destacar la importante participación que la ley atribuye al Servicio Nacional de Menores, sea en los aspectos extrajudiciales y en los aspectos judiciales. En los aspectos extrajudiciales, según los Arts. 5° y 6° de la ley, la función del SENAME dice relación, en primer lugar, con acreditar organismos para habilitarlos como intervinientes en los programas de adopción. Esta acreditación se otorga solamente a fundaciones o a corporaciones que tengan por objeto la asistencia y protección a menores de edad; que, además, demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar programas de adopción, y sean dirigidas por personas idóneas. Eso es lo que dice la ley, además en contra de la negativa de la acreditación procede un recurso jerárquico ante el Presidente de la República, el que debe ser interpuesto durante el plazo de 30 días contados desde la negativa de la acreditación. Además de la función de acreditación de organismos, el Art. 5° de la ley encarga al SENAME llevar dos registros: primero, un registro de personas interesadas en la adopción de un menor de edad. En este registro debe distinguirse entre aquellas que tengan residencia en el país, y las que residen en el extranjero. El segundo registro es de personas que puedan ser adoptadas. Dice la ley que el servicio velará, permanentemente, por la actualización de estos registros. Sin embargo, se crea una excepción, en el sentido de que, sin perjuicio de que un menor no esté incorporado en los registros, puede ser adoptado, si es que se cumplen los otros requisitos que establece la ley.

Desde el punto de vista judicial, el Art. 4° de la ley le otorga al Servicio Nacional de Menores, y a los organismos acreditados en él, la facultad de hacerse parte en todos los procesos a que dé origen esta ley, en defensa de los derechos del menor comprendidos dentro de estas normas. Esta facultad, dice la ley, la puede ejercer hasta que la adopción surta efecto, vale decir, hasta la fecha de la inscripción de la sentencia en el Registro Civil, dando origen a la nueva partida de nacimiento del menor. Con posterioridad a aquello, puede intervenir en el juicio de nulidad de la adopción.

El procedimiento se caracteriza por regir el principio inquisitivo, que está claramente establecido en la ley, respecto de las facultades del juez. El juez tiene la facultad para decretar diligencias, para prescindir de ellas, para adoptar decisiones, incluso, prescindiendo del consentimiento que, como trámite esencial, se le exige al menor; la facultad, que es obligatoria para el tribunal, según la ley, de velar por la celeridad de estos procedimientos. La ley está construida, en lo procesal, sobre la base de plazos perentorios, breves, con el objeto de que se realice efectivamente la diligencia dispuesta por el tribunal. Para que estos trámites no dilaten indefinidamente el proceso, el juez puede, lisa y llanamente, prescindir de la práctica de las diligencias.

La otra característica es el secreto. De acuerdo al Art. 28 de la ley, todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas, la guarda de documentos y otros, serán reservadas, salvo que los interesados en la solicitud de adopción hayan pedido lo contrario.

Normas de procedimiento aplicables

La adopción, dice el Art. 2° de la ley, se sujeta, en cuanto a su tramitación, a las normas establecidas en esta ley, y en lo no previsto por ella, rige la Ley N° 16.618, que cumple, a este respecto, una función supletoria.

Procedimientos que establece la ley

La ley establece los siguientes procedimientos:

a) Procedimientos previos a la adopción

Van a depender de la situación en que se encuentre el menor o, mejor dicho, de las 3 situaciones que pueden dar origen a esta filiación: la voluntad de los padres, menor descendiente de uno de los adoptantes y menor abandonado.

Competencia: El juez competente, para conocer de estas gestiones previas es el juez de menores que tenga competencia en materias proteccionales. La competencia relativa corresponde al juez de letras de menores, del domicilio del menor.

De acuerdo al Art. 19 de la ley, el juez está facultado, durante la tramitación, para confiar el cuidado personal del menor, en cualquier momento, a quienes hayan manifestado su voluntad de adoptarlo, y que cumplan los requisitos señalados por la ley.

El procedimiento, en general, es un procedimiento no contencioso, que se inicia de oficio por el juez, o a solicitud del Servicio Nacional de Menores, o a instancia de las personas naturales o jurídicas habilitadas para intervenir en estas materias según la nueva ley.

Las citaciones se notifican personalmente; si las personas citadas por el tribunal no comparecen, se les considera rebeldes por el solo ministerio de la ley, durante todo el procedimiento, y respecto de ellas las resoluciones surtirán efecto desde que se pronuncien. De manera que no es la rebeldía del trámite que nosotros conocemos como regla general de los procedimientos civiles; es la rebeldía del procedimiento y, por lo tanto, cuando comparece el rebelde, tiene que aceptar todo lo que se ha resuelto en el procedimiento, porque las resoluciones respecto de él rigen con el solo hecho de notificarse.

Los plazos de comparecencia son de sólo 10 días; vencidos estos plazos se produce la recepción de la causa a prueba, la que se rige por las normas de los incidentes. No obstante la existencia de un término probatorio, el tribunal tiene facultades inquisitivas, de manera que, aunque no reciba la causa a prueba, o recibéndola, el juez puede de oficio decretar la práctica de todas las diligencias necesarias para verificar la verdad de los hechos, y la conveniencia de la adopción para el menor. Concluido el término probatorio y las diligencias decretadas por el tribunal, el juez debe dictar sentencia en el plazo de 30 días. La sentencia, dice la ley, debe ser fundada y debe ser notificada por cédula a los consanguíneos de grado más próximo del menor, que hayan comparecido a los autos. Contra la sentencia que declare que el menor es susceptible de ser adoptado, o que deniegue esta determinación, sólo procede el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo. La apelación en lo devolutivo procederá siempre, cualquiera que sea el contenido de la sentencia; sea que decida que el menor se encuentra en calidad de ser adoptado, sea que lo deniegue.

La sentencia en que no sea parte el SENAME, o un organismo acreditado, debe elevarse en consulta a la Corte de Apelaciones, y para esta consulta las causas gozan de preferencia para su vista y fallo. Ejecutoriada la resolución que declara que un menor es susceptible de ser adoptado, se notifica al Servicio Nacional de Menores para que en el registro que el Art. 5° le ordena llevar, se incluya al menor, si procede.

b) Procedimiento de adopción

Veamos el procedimiento de adopción propiamente tal:

b.1. Procedimiento de adopción por personas residentes en Chile.

El juez competente es el juez de letras de menores del domicilio de los adoptantes.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del procedimiento? La adopción, dice la ley, se tramitará en un procedimiento no contencioso, en el que no será admisible oposición; todas las cuestiones que se susciten dentro de él se tramitarán en ramos separados.

¿Quiénes pueden iniciar este procedimiento o ser titulares de este procedimiento de adopción? La ley hace el distingo que hemos señalado: primero, personas residentes en Chile; adopción por matrimonio con residencia en el país. Ya sabemos que debe tratarse de cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia en el país; que tengan 2 o más años de matrimonio; que deben haber sido evaluados física, mental y psicológicamente, y ser

declarados moralmente idóneos, por las instituciones acreditadas; que sean mayores de 25 años y menores de 60; y con 20 años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. El juez puede, por resolución fundada, rebajar el mínimo de la edad señalada precedentemente, lo que no puede exceder más de 5 años.

En caso de que la adopción la inicie una persona soltera o viuda chilena, con residencia en el país, caso que procede cuando no existen cónyuges interesados en adoptar al menor, este procedimiento también se les aplica.

Recibida la solicitud, el juez verifica el cumplimiento de los requisitos legales y dicta una resolución acogiendo a tramitación. En la misma resolución que la acoge a tramitación, decreta, de oficio, las diligencias necesarias para comprobar las ventajas y beneficios que la adopción le otorga al menor, y todas aquellas que estime necesarias para formarse juicio u opinión sobre la idoneidad de los solicitantes. Estas diligencias deben realizarse en el plazo de 60 días; vencido el plazo, las diligencias no realizadas se entienden por no decretadas y el tribunal dicta sentencia sin más trámite. La sentencia se dicta en el plazo de 15 días.

Si la sentencia acoge la adopción, la ley reglamenta minuciosamente el contenido de ella y las órdenes que debe impartir.

- a) Debe ordenar que se oficie a la Dirección Nacional de Registro Civil e Identificación, con el objeto de recabar todos los antecedentes de filiación del adoptado.
- b) Ordena que el Registro Civil practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado, como hijo de los adoptantes.
- c) Debe ordenar que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, tomando, dice la ley, todas las medidas necesarias para mantener en reserva su anterior identidad.
- d) Por último, oficia al Servicio Nacional de Menores para eliminar al adoptado y a los adoptantes de los respectivos registros de candidatos a adopción y de futuros adoptantes, porque se concedió la adopción.

La sentencia se notifica por cédula, y en su contra sólo procede el recurso de apelación. En la Corte de Apelaciones se tramita este recurso, de acuerdo a las reglas de los incidentes, gozando de preferencia para su vista y fallo.

b.2. Procedimiento de adopción por personas no residentes en Chile

El juez competente es el juez de letras de menores, correspondiente al domicilio del menor, o de la persona o entidad que se encuentre a su

cuidado. El procedimiento se sujetará a lo anteriormente señalado y, además, dice la ley, se sujetará, cuando corresponda, a las convenciones y convenios internacionales que lo regulen y que hayan sido ratificados por Chile. La adopción por personas no residentes en el país sólo procede, como regla general, ante la falta de matrimonios residentes en Chile interesados en el menor, cuestión que el juez puede también alterar cuando, en su opinión, la adopción de las personas residentes en el extranjero ofrezca al menor un mayor beneficio.

Las personas no residentes en Chile que deseen adoptar a un menor deben cumplir los requisitos señalados en el Art. 20 incisos 1°, 3° y 4°, y el Art. 22 de la ley, los que, en general, establecen que deben acreditar su idoneidad moral, su capacidad económica, su situación personal; deben, además, obligarse a comparecer ante el juez cada vez que el tribunal lo requiera, a lo menos una vez durante la tramitación, y a lo menos una vez durante el curso del expediente. Como medida especial de cautela, la ley autoriza al tribunal para que el menor que pretenden adoptar esas personas no residentes en Chile, quede al cuidado de uno de los solicitantes, pero con la prohibición de salir del país mientras no se dicte la sentencia definitiva.

3. Aspectos penales de la ley

La Ley N° 19.620 establece, básicamente, tres tipos penales que son nuevos, en el sentido de que no son iguales a aquellos que se establecían en la legislación, por delitos que se podían cometer en este tipo de actuaciones.

En primer lugar, la revelación de antecedentes (Arts. 39 y 40) es un delito especial de los funcionarios públicos que revelen, o permitan que otra persona los revele, antecedentes, de los que tengan conocimiento en razón de su cargo, y que, de acuerdo a esta ley, sean reservados; serán sancionados con determinadas penas. Además, el que sin hallarse comprendido en la situación anterior, es decir, el que sin ser funcionario público revele estos mismos antecedentes, teniendo conocimiento de su carácter reservado, será castigado también con una pena.

El segundo delito es la entrega ilícita del menor. Este delito del tipo penal del Art. 41, se refiere a aquel que, con abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil, u otra condición semejante, es decir, estamos dentro de los elementos subjetivos del tipo penal propiamente tales, obtuviere la entrega de un menor para sí, para un tercero, o para sacarlo del país, con fines de adopción, será sancionado con una determinada pena.

Por último, se refiere a un tipo penal que denomina recepción de

contraprestación por facilitar entrega de un menor en adopción. Aquel que aceptare recibir cualquier clase de contraprestación, por facilitar la entrega de un menor en adopción, será sancionado con determinada pena. El funcionario público, si lo comete, tiene una responsabilidad agravada. En general, la ley contempla un sistema de agravantes cuando estos delitos son cometidos por autoridades, empleados públicos, abogados, médicos, matronas, enfermeras, asistente social, o por el encargado a cualquier título del cuidado del menor, cuando ejecutan las conductas que ahí se sancionan abusando de su oficio. De manera que la responsabilidad de los profesionales está establecida, agravada, cuando se cometa con abuso del oficio, y son los profesionales que establece la ley, y que acabo de mencionar, quienes son, ordinariamente, las personas que tienen vinculación con la posibilidad de cometer alguno de estos delitos.

IV. CONSTITUCION DE LA ADOPCION

Vamos a ver cómo se constituye una adopción en la Ley N° 19.620. Les señale que el sistema establece, en primer lugar, procedimientos previos y luego la adopción propiamente tal.

1. Procedimientos previos

¿Quiénes pueden ser adoptados? Solamente se puede adoptar a los menores de 18 años que se encuentren en alguna de las categorías indicadas en el Art. 8°. En primer lugar, al menor cuyos padres no se encuentren capacitados, o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de darlo en adopción ante el juez competente; es la otra cara de la medalla, porque hay un sistema en la ley que, en definitiva, busca que se produzca la adopción, se prescinde del consentimiento del menor adulto y, en este caso, la ley acepta como susceptible de adopción aquel menor cuyos padres manifiesten su voluntad de abandonarlo para los efectos de ser adoptado.

Quiero describir cuál es el sistema de la ley, para luego formular algunos comentarios, porque me parece que aquí hemos llegado a un punto grave de discordancia entre lo que es la filiación y lo que es esta norma. Creo que la filiación pasa a ser un bien disponible por parte de los padres; los padres, para estos efectos, acuden al juez de letras de menores de su competencia y manifiestan su voluntad de abandonar al hijo para que sea adoptado. Se pueden dar las siguientes situaciones:

a) Si comparece uno solo de los padres, el tribunal ordena que comparezca el otro, bajo el apercibimiento de que si no comparece en el plazo que

se le fija, se presume su voluntad de dar a su hijo en adopción, o sea, siempre buscando que la adopción se produzca. Esta citación al padre inconcurrente se reitera solamente una vez, en un plazo total que no puede exceder de 60 días, desde la declaración del padre que inició el procedimiento. Vencido este plazo, o habiéndose negado el padre citado a concurrir, es suficiente la sola declaración del compareciente para continuar el procedimiento. Lo mismo, dice la ley, si el otro está fallecido o está imposibilitado de manifestar su voluntad; basta la declaración del primero.

En este caso, si comparece uno de los padres; el otro puede ignorarlo, por eso se le cita; y si no comparece dentro de los 60 días, simplemente prima la voluntad de adopción. Si está imposibilitado a manifestar su voluntad, se entiende que basta la declaración del primero. Aquí no estamos en presencia de lo que se llama, técnicamente, un silencio circunstanciado, en que se puede presumir una voluntad por no decir nada dentro de un plazo prudente. Siempre exige el silencio, para ser una manifestación de voluntad, el conocimiento de los hechos sobre los cuales se calla; pero la persona puede ignorarlo; más aún, puede estar imposibilitada de manifestar su voluntad.

¿No hubiera sido más lógico que, acreditada la imposibilidad, el tribunal debiera arbitrar los medios para superarla, si se trata de una persona, por ejemplo, que no se puede dar a entender en forma oral, o no sabe escribir, o está internada, etc.? Simplemente se prescinde de su voluntad.

b) El tribunal, una vez que recibe esta solicitud, y transcurridos los 60 días, requiere informes, dice la ley, para acreditar que los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor. Pero la ley no dice a quién se le piden los informes, qué tipo de informes son: psicológicos, sociológicos, económicos; tampoco estos informes van a ser obligatorios para el tribunal, porque se puede prescindir de ellos. Estos informes deben evacuarse en el plazo de 30 días, y si no se evacúan, se prescinde de ellos. Se pide también informe al SENAME, en el plazo de 30 días; y el juez resuelve en el mismo plazo de 30 días desde que se realizó la última diligencia, pudiendo prescindir de todas ellas; sin embargo, está obligado a dictar sentencia.

Respecto de este artículo, se ha sostenido que es una norma que puede interpretarse como que evita o tiende a evitar el aborto, porque puede someterse a este procedimiento la mujer embarazada antes de que nazca el hijo. Si una madre no quiere tener al hijo, en lugar de abortar, puede iniciar un procedimiento de adopción. Es una interpretación muy respetable por cierto, que yo no comparto. Que el hijo pase a ser un bien disponi-

ble, porque esto es en definitiva; los padres disponen de la filiación; los padres renuncian a la filiación; esto es una especie de repudio de un hijo aceptada por la ley, que pone fin a la filiación de origen y que crea una nueva filiación. No parece acertado.

¿Por qué digo que esto no puede interpretarse como una forma de auxiliar a aquellas personas que lo hacen por inestabilidades transitorias en sus sentimientos, en fin, para evitar deshonor, para cubrir un problema de embarazo? Porque la ley habla, en forma reiterada, de que éste es un trámite que realiza uno o ambos padres. El nuevo Art. 33 del Código Civil dice que tienen el estado civil de hijos, respecto de una persona, aquellos cuya filiación se encuentra determinada de conformidad a las reglas previstas en el Título VII del Libro Primero de este Código. A su vez, en el nuevo texto del Código, los Arts. 184 y siguientes se refieren a la forma de determinar la filiación matrimonial y no matrimonial, de manera que para hablar de padre, hay que estar frente a una filiación determinada: matrimonial, Art. 184 del Código Civil, no matrimonial, Art. 186 del Código Civil. Eso es, jurídicamente, un padre o una madre. De consiguiente, si los padres son los que tienen que iniciar este procedimiento de abandono, quiere decir que el ofrecido en adopción respecto de ellos tiene la calidad de hijo matrimonial o no matrimonial. Por lo tanto, no estamos en presencia de situaciones que, por ejemplo, para evitar deshonoras, se pueda consentir en estos procedimientos para mejorar la situación del hijo.

Si hubo una manifestación contraria de voluntad de los padres, en cuanto a reconocer al hijo, eso se terminó por sentencia judicial, porque la filiación tiene que estar determinada, y la filiación no matrimonial se puede determinar en contra de la voluntad de los progenitores. De manera que ese proceso, de dar a conocer que se tiene un hijo al margen del matrimonio, ya tiene, necesariamente, que haber ocurrido antes, porque si no, no se tiene la calidad de padre y la norma resulta inaplicable.

Segunda situación: menor descendiente de uno de los adoptantes. El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes: hijo del marido o de la mujer, nieto de uno, nieto del otro o nieto de ambos. En esta situación el menor puede ser dado en adopción.

La ley contempla la situación de que padre o madre que tengan la calidad de ascendientes del adoptado discrepen de la conveniencia de darlo, o no, en adopción; nuevamente, la solución legislativa dice relación con favorecer la adopción; si falta el otro padre o madre – agrega la ley– o éste se opusiera a la adopción, el juez resuelve si puede aplicar la letra c del art. 8°, es decir, va a la forma de adopción del número tercero, esto es, por resolución judicial.

De manera que en la disputa de los ascendientes o en la inconcurrencia de ellos, va a primar la voluntad del Estado, porque el juez en este caso actúa en ejercicio de la soberanía nacional, y esa voluntad es la que se impone.

El tercer caso o la tercera categoría de menores en estos procedimientos previos, es aquel en que por resolución judicial se declara esta calidad. Procede la resolución judicial que un menor de edad es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre o la madre, o las personas a quienes se haya confiado su cuidado, se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

Yo llamo la atención sobre este Art. 12 y nuevamente lo relaciono con el Art. 1°, porque lo que va a calificar aquí el juez es la situación de los padres, o a quienes tengan a su cuidado al menor; no va a calificar la situación en la que se encuentra el menor.

¿Cuáles son estas situaciones del Art. 12? Si los padres se encuentran inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal del menor. Aquí la ley de adopción se refiere al Art. 226 del Código Civil. Cuando los padres no le proporcionen atención personal, afectiva o económica durante el plazo de 6 meses; si el menor tuviere una edad inferior a los 2 años, el plazo será de 3 meses; y si fuere menor de 6 meses, el plazo es de 45 días. Creo que estos plazos no dicen relación con el problema que se quiere resolver. No digo ni sostengo que un menor, inferior a 2 años, puede estar desatendido personal, afectiva y económicamente por 3 meses; o que, si es menor de 6 meses, pueda estar desatendido por 45 días; ni tampoco que si tiene 17 años, lo esté por 6 meses. Lo que sí sostengo es que, para tomar una decisión tan drástica como poner fin a una filiación anterior y crear una nueva filiación, estos plazos me parecen exigüos, porque hay otras medidas de protección que están vigentes. Esta ley de adopción ha tratado de solucionar por esta vía los conflictos que se producen en las parejas, en los matrimonios, y eso es, en mi opinión, un enfoque incorrecto. Para eso existen las normas de protección de menores, la justicia de menores, las medidas de tuición, el someter a los menores al cuidado de establecimientos, todo eso existe en la legislación. ¿Parece razonable que para una persona que ha estado durante 6 meses en esta situación de indefensión, supongamos por un conflicto entre los padres, lo que es muy común, la adopción sea la solución? ¿O que, al menos, se creen los requisitos para hacerlo?

Creo que existen en nuestra legislación otras medidas, otras causales, otras situaciones, que perfectamente pudieron haberse usado en este caso, y que estos plazos deberían ser mayores para que realmente el órgano jurisdiccional

diccional pudiera aquilatar, no el comportamiento de los padres, sino que la única solución para el régimen de vida en que se encuentra este menor es la adopción. Se sanciona una conducta de los padres haciéndoles perder la filiación al hijo.

La tercera situación que da origen a esta resolución judicial es que los padres lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero. Así, el hecho de recurrir a la ayuda de estos organismos es un antecedente cuando, dice la ley, se pueda acreditar el ánimo de liberarse de sus obligaciones legales respecto del menor. Y para acreditar el ánimo de liberarse del menor nuevamente se vuelven a establecer dos situaciones: cuando los padres lo expresan formalmente ante el tribunal y por la simple entrega de la institución a un tercero, según el Art. 12 N° 3.

De manera que aparece claro, creo yo, al menos, de estos procedimientos previos, en primer lugar, la prescindencia de la voluntad del menor, porque no sacamos nada con que se diga que se requiere su consentimiento, cuando, en definitiva, si ese consentimiento es negativo, el juez puede ordenar que se siga adelante. En segundo lugar, la situación especial que se ha creado en que los padres pueden, en la práctica, de común acuerdo, disponer de la filiación. En tercer lugar, cuando uno solo de ellos puede hacerlo, llegándose al extremo, como lo dice la ley, en que ante la inconcurrencia de uno de ellos, en un plazo breve, o bien ante su imposibilidad de presentarse, prima la voluntad de dar la adopción.

2. Constitución de la adopción

a) Por personas residentes en Chile

Los requisitos de los adoptantes son:

- Deben estar casados entre sí.
- Pueden ser chilenos o extranjeros, y sólo basta la residencia en el país. En subsidio, cuando no existan matrimonios con los requisitos exigidos, se acepta que la adopción la realicen solteros o viudos, siempre que sean chilenos. Uno debe concluir que lo que se quiso evitar con esta cortapisa es que el viudo o soltero adopte, y luego se vaya con facilidad a vivir fuera del país.
- Los cónyuges, al adoptar, deben actuar de consuno.
- Las personas casadas y separadas de hecho no pueden adoptar unipersonalmente; el viudo o viuda puede adoptar, si en vida de ambos cónyuges se inició el procedimiento; si el proceso se inicia cuando uno de los cónyuges ya ha fallecido, puede el sobreviviente adoptar, probando la intención del difunto de consentir la adopción, mediante instrumentos públicos, testamento, o con un conjunto de testimonios fidedignos.

- Los cónyuges deben estar casados, a lo menos, durante dos años; salvo que uno de ellos sea infértil, en cuyo caso pueden adoptar de inmediato.
- Deben haber sido evaluados física, psicológica, mental y moralmente, por el Servicio Nacional de Menores o las instituciones acreditadas.
- En cuanto a la edad, deben tener entre 25 y 60 años, aunque la ley admite que se rebaje el mínimo de 25 años.
- Los adoptantes deben tener 20 años más que el adoptado.
- Por último, si se trata de un soltero o viudo, de aquellos que pueden adoptar, es necesario que previamente participen en un programa especial de adopción de estas autoridades administrativas.

b) Por personas no residentes en Chile

Las personas no residentes en Chile utilizan en general el mismo procedimiento que el caso anterior. ¿Qué regla rige? No nos escapamos de la moda actual: se sujeta, cuando corresponda, a las convenciones y convenios internacionales ratificados por Chile. Uno puede entender que ésta es una forma de decir que va a regir la ley chilena, porque los convenios y tratados internacionales han sido ratificados por Chile, pero no se dice derechamente que se va a regir por la ley chilena. Yo sé que se puede decir que esto es derecho nacional; sí, es derecho nacional, estoy de acuerdo, pero no son normas jurídicas discutidas por los organismos públicos chilenos, ni consensuada por la ciudadanía chilena; en una materia tan sensible puede crear dificultades.

Este tipo de adopción, por personas no residentes en Chile, es un sistema subsidiario, que solamente procede cuando no existan matrimonios residentes en Chile que opten por adoptar al menor, circunstancia que debe certificar el SENAME. Sin embargo, el juez podrá, aunque existan personas chilenas o matrimonios chilenos interesados en la adopción, "si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor, que expondrá fundadamente en la resolución, les puede dar preferencia a los extranjeros". El juez competente, en este caso, es del domicilio que el menor tenga en Chile.

3. Efectos de la adopción

La adopción confiere el estado civil de hijo de los adoptantes, como primer efecto. En segundo lugar, extingue los vínculos con la filiación de origen, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el Art. 5° de la Ley de Matrimonio Civil. Para estos efectos, la ley faculta a cualquiera de los parientes biológicos que son ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad de segundo grado, para hacer presente el impedimento

Los efectos de la adopción se producen, entre el adoptante y el adoptado, desde la fecha en que se practique la nueva inscripción de nacimiento del adoptado que ordena la sentencia; no desde la fecha de la sentencia. Desde la fecha en que se practica la nueva inscripción de nacimiento, el adoptado pasa a ser simplemente hijo, igual que aquellos de filiación genética o de filiación legal y, por lo tanto, estará sujeto a la patria potestad, ejercerá y estará sujeto a las obligaciones personales con sus padres, tendrá los derechos sucesorios que le corresponden a cualquier hijo, será asignatario forzoso, legitimario, etc. La adopción es irrevocable: sólo puede ser dejada sin efecto por la acción de nulidad que crea la ley en el Art. 38, que señala una causal genérica, cuando se obtiene la adopción por medios ilícitos o fraudulentos; entonces, uno podría pensar en dolo, pero creo que es bastante amplia esta expresión medios ilícitos y fraudulentos. Comprendería, por ejemplo, aquello que se llama comúnmente fraude procesal, la infracción de las normas de esta propia ley, desde luego, porque sería un medio ilícito la infracción de la ley que reglamenta la forma de obtenerla. El titular de la acción legitimación activa es solamente el adoptado; ni siquiera se concede esta acción a los padres que pudieran haberse visto perjudicados por la adopción, ni tampoco pueden intervenir, porque la ley en esto es muy exigente, aquellos padres que se entienden favorecidos por la adopción. La acción prescribe en 4 años, contados desde la fecha en que el adoptado alcance su plena capacidad y haya conocido del vicio que le afectaba.

Veamos qué va a suceder el día 27 de octubre, con las personas que tengan, a esa fecha, la calidad de adoptados de las leyes N°s 7.613 y 18.703. El Art. 45 del texto legal dice: los que tengan la calidad de adoptantes y adoptados, conforme a la Ley N° 7.613, o a las reglas de la adopción simple, contemplada en la Ley N° 18.703, continuarán sujetos a los efectos de la adopción, previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materias sucesorias. Esa es la norma, que significa que la derogación de las leyes N°s 7.613 y 18.703 es relativa, porque el principio que establece en el Art. 45 es la supervivencia de ellas, de manera que, indudablemente, en cualquiera sucesión que se abra antes del 27 de octubre los adoptados se registrarán por las leyes que estamos analizando. Las sucesiones que se abran con posterioridad al 27 de octubre, se registrarán por las nuevas leyes. Por lo tanto, si se tiene la calidad de hijo natural, o los derechos sucesorios del hijo natural, ahora, simplemente, pasará a tener la calidad de heredar como hijo. Así lo dice el Art. 1° transitorio de la Ley N° 19.585. Sin embargo, esta igualdad de derechos sucesorios entre los ex hijos naturales, respecto de los hijos legítimos, no se aplica a los hijos adoptados, según lo señala el Art. 45 de la ley. La Ley N° 19.620, expresamente, rechazó la posibilidad de ser retroactiva en esta materia y establece, como principio general, que el adoptado por las leyes a las que vengo haciendo referencia sigue rigién-

dose por las normas de las mismas. Sin embargo, los adoptados conforme a las leyes anteriores, con los adoptantes de ellos, pueden celebrar un pacto especial, creado y reglamentado por esta ley, con la finalidad de cambiar su status jurídico. Si no celebran el pacto, como ya lo hemos dicho, siguen rigiéndose por el estatuto anterior. La ley, entonces, les permite acceder a las situaciones o beneficios que esta nueva filiación les otorga. Este pacto se celebra entre quien tenga la calidad de adoptado, según la Ley N° 7.613 o 18.703, con quien tenga, según esa ley, la calidad de adoptante, cualquiera que sea la edad.

¿Cuál es el contenido del pacto? Acordar que se les apliquen los efectos de esta ley, con las modalidades que vamos a señalar. De manera que lo que la ley crea, en el fondo, es la posibilidad de que los actuales adoptados y adoptantes, en conocimiento de esta nueva normativa, reflexionen respecto de cómo ha funcionado su relación, cómo ha sido la vida entre ellos. Creo que si la respuesta es que sí ha sido satisfactoria, obviamente van a optar por el nuevo sistema, pero como es un pacto que nace de la voluntad, basta que cualquiera de ellos se niegue para que el pacto no se celebre.

El pacto es solemne, se debe otorgar por escritura pública. Además de la firma de los principales intervinientes, la ley exige que concurren con su voluntad, aprobando el pacto, todos aquellos que tengan la calidad actual de legitimarios de los adoptantes y que se verían perjudicados, en sus derechos sucesorios, por la incorporación de un nuevo hijo en la familia; debido que al celebrarse el pacto va a pasar a ser hijo y tener todos los derechos sucesorios, la ley obliga a que, en la celebración del pacto, concurren estas personas, que son los legitimarios que verían disminuida su porción hereditaria, para llevarla a efecto. Esto parece muy justo, muy equitativo, pero, en la práctica, de dudosos efectos, porque con la situación del cónyuge sobreviviente, un hijo más, un hijo menos, no va a quitar ni a poner mucho. Según las cuentas que uno puede sacar, el cónyuge puede llegar al 75% de la sucesión hereditaria. De manera que el propósito de la ley es loable, pero con el otro problema que se produjo en la reforma, la nueva situación del cónyuge sobreviviente, esto que se está reglamentando en forma muy acertada, en verdad puede no tener ninguna consecuencia práctica.

El pacto, además, debe ser aprobado por el tribunal, previa audiencia de parientes, con el objeto de valorar las ventajas para el adoptado. La escritura pública, más la resolución judicial, se subinscriben al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado.

El pacto puede ser impugnado por nulidad, pero, a diferencia de la acción de nulidad de la adopción, en este caso también corresponde la legitima-

ción activa de la acción a todas las personas que tengan actual interés en ella, dentro de los cuatro años contados desde la inscripción en el Registro Civil. Es una acción de nulidad con causales específicas y se ha ampliado su titularidad.

En consecuencia, respecto de las sucesiones que se abran con posterioridad al 26 de octubre de 1999, para decir qué derechos sucesorios tiene un adoptado, vamos a subdistinguir dos situaciones:

a) Si otorgaron el pacto del Art. 45 de la ley, pasan a ser hijos con todos los derechos de tales

b) Si no subscribieran el pacto contemplado en el Art. 45 de la Ley N° 19.620, nuevamente hay que distinguir entre los adoptados de la Ley N° 7.613 de los de la otra ley:

- Adoptados según la Ley N° 7.613, que no subscriban el pacto: se rigen por la Ley N° 7.613, Art. 24, que dice, a la letra: "el adoptado será tenido, para este sólo efecto, como hijo natural." No dice más. Pienso que, en razón de este artículo, por regla general, el adoptado verá mejorar su situación cuando celebre este pacto, en lo que corresponde a los órdenes primero, tercero y cuarto, porque en ellos es donde puede ser tenido como hijo natural. Este hijo natural ha mejorado su situación sucesoria; sin embargo, hay un problema en el segundo orden de sucesión, porque aquí la ley se refiere expresamente al adoptado; ya no le da el carácter de hijo natural, habla del adoptado, y establece la ley una forma particular de dividir la herencia, en 6 partes, otorgándole una sexta parte al adoptado. De manera que, en el segundo orden de sucesión, no tendrá el carácter de legitimario para los efectos sucesorios, no podrá ser considerado como hijo y seguirá teniendo estos derechos hereditarios que le otorga el Art. 24 de la Ley N° 7.613.

Adoptados por adopción simple, de la Ley N° 18.703, que no firman el pacto: Se mantiene su calidad de adoptado simple y no tiene derechos sucesorios. ¿Pueden ser adoptados conforme a la nueva ley? Sí, siempre que tengan menos de 18 años de edad.

COMENTARIOS FINALES

Vamos a transitar a un nuevo sistema en el que se termina la adopción convencional, la adopción de la Ley N° 7.613, que era un sistema que, si bien es cierto era limitado en sus efectos, llegaba incluso a constituir, en determinadas situaciones familiares, una medida de buen orden de la fa-

milia, una manera armoniosa y consensuada de reglamentar las relaciones. El adoptado incluso podía tomar el apellido del adoptante. Existe una tendencia en nuestra legislación, lamentablemente, en mi opinión, que las cuestiones que son de buen orden de administración de las familias se transformen en cuestiones contenciosas, por ejemplo, los bienes familiares. Los bienes familiares, en Francia y en otras partes donde existen, son una medida de administración ordinaria que adoptan el marido y la mujer; en Chile, en cambio, exigen una declaración judicial. El proyecto del Ministerio de Justicia estaba basado en que de común acuerdo se declaraba la calidad familiar de los bienes; aquello que era una buena medida de orden familiar económico, hoy día es el primer paso del conflicto; el conflicto entre marido y mujer parte, ordinariamente, por la declaración de bien familiar, de la cual el otro cónyuge muchas veces no se entera, y viene a ser así, en lugar de lo que se pretendía, la primera etapa del conflicto entre los cónyuges.

La adopción convencional es tan antigua como la institución, ya lo dijimos: el alumnato, que provenía del derecho romano, y que era la Ley N° 7.613; y la adopción simple, una de las formas de adopción de la Ley N° 18.703; eran cuestiones que provenían casi de la mecánica propia de la vida de las familias. Hoy día todo pasa a teñirse de un tamiz jurisdiccional; todo pasa a estar entregado a la administración de justicia, y bien sabemos los abogados que estamos en el ejercicio cotidiano de la profesión, que concurrir a un tribunal, en un 99,9% de los casos, es sinónimo de conflicto; y que si el conflicto no existía antes, con motivo de la gestión jurisdiccional se crea. Si uno revisa los antecedentes históricos, si uno ve los casos que en la historia se establecen este tipo de adopción es necesario; si uno ve que, incluso, se hizo sin ley, porque en España –como bien lo relata un autor– una de las primeras manifestaciones y que motivó la incorporación de la Institución, fue que, sin haber ley, personas importantes decidieron adoptarse recíprocamente. De manera que es una institución no sólo romana: es una institución que está presente en el derecho griego; es una institución que fue reformulada por Justiniano y, siguiendo los casos que cita don Luis Claro Solar, son concordantes acerca de lo que se trata esta institución. Dice: “en uno u otro grado, la adopción ha sido conocida por casi todas las naciones: entre los de raza semita, aparece como un alumnato, por ejemplo, entre los egipcios, en que la historia refiere la adopción de Moisés por la hija del Faraón; entre los hebreos, la adopción de Ester por Mardoqueo, y la adopción de Efraín y Manosé por Jacob; y, entre los árabes, pues Mahoma, en el Corán, negaba al adoptado todo derecho a los bienes del adoptante y prohibía dar el nombre de éste al adoptado. La poligamia que existía entre los pueblos semitas hacía menos necesaria la opción; en Grecia tuvo tal importancia, que una misma palabra servía para designar al hijo adoptivo y al heredero testamentario: adopción de hijo

equivalía a adopción de sucesor, de manera que transformarla necesariamente en un trámite judicial sujeta a todos estos requisitos previos de calificación, de registros, de vistos buenos de organismos administrativos, de un registro en el cual hay altas y bajas, en fin de todo lo señalado, pienso yo, y ojalá que me equivoque, lejos de favorecer este sistema, puede en definitiva desnaturalizar lo que siempre ha sido la adopción. La adopción ha sido siempre, uniformemente, en todas las legislaciones y entre nosotros, el antiguo alumnato del derecho romano: la forma de dar ayuda, protección y asistencia a una persona abandonada, que carece de bienes, con la obligación de alimentarlo, de criarlo, de educarlo y establecerlo, creándose ciertos impedimentos, vínculos de afecto, calidad de alimentarios recíprocos y derechos sucesorios. Todo esto dentro de un clima de armonía, dentro de un clima en el que prima la voluntad de querer ser hijo de alguien, de quien no se es por naturaleza.

Hoy esto ha cambiado, con el agravante, a mi juicio, que la adopción puede incluso llevarse a cabo contra la voluntad de un menor adulto. Pensemos en una persona de 17 años de edad, en que ya no sólo está próximo a la mayoría de edad, sino que además la vida actual nos demuestra que su incorporación al sistema de valores sociales, al sistema de vida plena de la comunidad, es una realidad. Sin embargo, respecto de esa persona, su voluntad, su consentimiento, pueden anularse por efecto de una resolución judicial. Creo que existen problemas de constitucionalidad; es cierto que la ley aparece como un candado, en que sólo hay una acción de nulidad, pero este problema de la prescindencia del consentimiento de quien es necesario; el de la disponibilidad de la filiación por actos voluntarios de los padres, va más allá de esta ley. Estas no son cuestiones baladíes, no son cuestiones poco importantes, éstas son cuestiones significativas y que nadie puede decir que porque la ley dice que no son impugnables, no existirán formas de impugnación. Nadie puede desconocer que el Art. 19 de la Constitución contiene determinadas garantías constitucionales que uno podría perfectamente decir que están siendo violentadas; de manera que existirán procedimientos de impugnación, al margen de los establecidos en la ley, sin perjuicio, además, del recurso de protección en contra de resoluciones judiciales, por la supremacía de los derechos fundamentales de la persona frente, incluso, a la resolución de un poder público adoptada en el ejercicio de la jurisdicción y de la competencia, como son los tribunales. Prescindir de la voluntad de una persona para romper los vínculos de su familia de origen, para crear vínculos con otra familia que no desea, teniendo, según la ley, voluntad, faltándole solamente experiencia, en mi opinión, es susceptible de impugnación en virtud del Principio de Supremacía Constitucional.

La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista

Jaime Williams Benavente

Profesor Titular de Fundamentos y de Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

Introducción

La Licenciatura en Derecho comprende los cinco años tradicionales. Nuestra Facultad se destaca de las demás en varios aspectos: plan de estudios, metodología, investigación, formación integral del alumno, etc.

Nuestra carrera prioriza las aptitudes de raciocinio y coherencia lógica de la argumentación de los alumnos, así como también su vocación por la justicia en las relaciones humanas, valorando la razón por sobre soluciones de fuerza. Del mismo modo, destaca que el hombre de derecho ha de ser creativo frente a los desafíos que el acelerado progreso científico-tecnológico y la globalización plantean. Por otra parte, la tarea del jurista consiste, fundamentalmente, en crear "reglas" a partir de normas generales y abstractas, puesto que son éstas las que deben determinar el comportamiento que el Derecho exige a cada uno de los miembros de la sociedad. La capacidad profesional del abogado, por consiguiente, está determinada por su aptitud y destreza para elaborar resoluciones administrativas, sentencias judiciales, contratos, convenciones, etc., debidamente fundadas en las normas jurídicas vigentes.

Organización y Administración de la Facultad.

La Facultad está organizada según un esquema que permite tomar decisiones rápidas y eficaces, evitando dilaciones y burocracias.

Es dirigida por un Decano bajo cuya dependencia existe una Dirección de Carrera la que tiene a su cargo tanto la administración docente, como la curricular y disciplinaria.

La Oficina de Coordinación Docente implementa lo dispuesto por esta Dirección.

La Administración de la Facultad contempla los siguientes departamentos:

Derecho Público:

De él dependen las cátedras de
Derecho Político,
Derecho Constitucional,
Derecho Administrativo,
Derecho Internacional Público y
Derecho Internacional Privado.

Derecho Privado:

Comprende las cátedras de
Derecho Civil,
Derecho Comercial y
Derecho del Trabajo.

Derecho Penal:

Comprende las cátedras de
Derecho Penal y
Medicina Legal.

Derecho Procesal:

Comprende las cátedras de Derecho Procesal.

Derecho Económico:

Comprende las cátedras de
Teoría Macro y Micro Economía,
Administración de Empresas,
Derecho Económico,
Derecho de la Empresa,
Derecho Tributario,
Derecho de Recursos Naturales.

Derecho Histórico y Ciencia del Derecho:

Comprende las cátedras
de Derecho Romano,
Historia del Derecho,
Fundamentos del Derecho,
Introducción al Derecho,
Filosofía del Derecho y
Ética Profesional.

Existen, además, Direcciones de Extensión, de Post Grado, y de Investigación y Memorias, respectivamente.

Malla Curricular

Está constituida por asignaturas semestrales y asignaturas anuales, y su duración es de cinco años. La Facultad ha organizado su malla curricular destacando los ramos jurídicos vinculados a la actividad empresarial, todo ello sin perjuicio de la formación jurídica integral.

Primer Año	Segundo Año	Tercer Año	Cuarto Año	Quinto Año
Derecho romano (A)	Derecho civil I (A)	Derecho civil II (A)	Derecho civil III (A)	Derecho civil IV (A)
Nociones de Estado de Derecho (S)	Derecho procesal I (A)	Derecho procesal II (A)	Derecho procesal III (A)	Derecho internacional privado (S)
Introducción al derecho (A)	Derecho Constitucional (A)	Derecho Administrativo I (A)	Derecho Administrativo II (A)	Electivos (agua, minería, medio ambiente, medicina legal) (S)
Derecho político (A)	Derecho internacional público (A)	Derecho del trabajo I (A)	Derecho del trabajo II (S)	Seguridad Social (S)
Historia constitucional (S)	Derecho económico (A)	Derecho penal I (A)	Derecho penal II (A)	Derecho profundizado (civil, comercial, administrativo, internacional, penal) (S)
Historia del derecho (A)	Actualidad económica (S)	Derecho tributario I (A)		
Teoría micro y macro-económica (A)	Nociones de contabilidad (S)	Formación general II (S)	Derecho tributario II (A)	Filosofía del Derecho (A)
Formación general I (S)			Derecho comercial I (A)	Derecho comercial II (A)
Nociones de Administración de Empresas (S)	Inglés (S)	Clínica jurídica (S)	Formación general III (S)	Derecho de la empresa (S)
				Ética (S)

(A) : Asignatura Anual (S) : Asignatura Semestral

Metodología de enseñanza

Nuestra Facultad de Derecho prioriza la enseñanza de los principios normativos que inspiran las instituciones jurídicas. Ello se refleja en los contenidos de los programas, los que acentúan el estudio y análisis de aquéllos, en lugar de una exhaustiva exposición de materias.

El método de enseñanza-aprendizaje traduce en la práctica tal orientación. En efecto, la metodología busca fortalecer la capacidad creadora y razonadora del estudiante a través de un instrumental de enseñanza más participativo, en que, individual o colectivamente, el alumno se enfrente a lo que será la función propia de su ejercicio profesional en sus múltiples virtualidades. Se trata de enseñar un derecho vivo, por ello el ejercicio docente también se ocupa de los efectos sociales de tales principios.

Los sistemas de evaluación del rendimiento académico están en relación con tales presupuestos: han sido diseñados para medir la capacidad de raciocinio del estudiante y su capacidad creativa a partir del conocimiento de una norma jurídica general y abstracta. La implementación de talleres, laboratorios de simulación, trabajos de investigación, análisis de textos, de jurisprudencia, debates y otros, se utilizan tanto como metodología de enseñanza cuanto como medios de control del rendimiento escolar, junto con los tradicionales.

Como consecuencia de lo anterior, las cátedras están constituidas por un docente encargado de la enseñanza magistral y otros docentes que dirigen y organizan los trabajos paralelos, llamados a dotar al alumno de las aptitudes analíticas antes mencionadas. Ambos sistemas de enseñanza son complementarios e inseparables para los fines propuestos.

Formación Integral del Estudiante

Nuestra Facultad de Derecho, a fin de lograr una formación integral del estudiante, contempla en su plan de estudios asignaturas de formación jurídica, y otras de formación humana tanto culturales cuanto éticas. Su preocupación por el estudiante la ha llevado a diseñar y poner en práctica un sistema de tutorías que permite una relación más estrecha con el alumno.

Investigación y Publicaciones.

- La Universidad del Desarrollo mantiene el “**Fondo de Desarrollo de la Docencia**”. Dichos recursos financieros tienen por objeto apoyar proyectos de investigación o de desarrollo tendientes a mejorar e innovar el proceso docente. Con cargo a dicho Fondo, la Vicerrectoría Académica asigna recursos a las respectivas facultades cuyos docentes presenten proyectos de investigación que se juzgue de interés. Cada proyecto individual opta a una asignación de recursos cuyo tope máximo es fijado por la universidad anualmente.

- El profesor Pablo Rodríguez Grez, Decano de nuestra Facultad de Derecho, ha publicado su obra *El Derecho como creación colectiva*. Es el primer texto editado por nuestra universidad. El libro plantea la tesis que el derecho es elaborado colectivamente con la intervención de las personas que deben cumplirlo. El profesor Rodríguez distingue entre normas de derecho y reglas de derecho. Las primeras son generales y abstractas, mientras las segundas son particulares y concretas. Las potestades constituyente y legislativa originan aquéllas, mientras las potestades reglamentaria, jurisdiccional y de la autonomía privada dan lugar a las últimas. Una tesis así reafirma la concepción creacionista del derecho ya esbozada por el autor en su obra *Teoría de la Interpretación Jurídica* (1990). El libro en comento ha sido presentado el día jueves 25 de noviembre en nuestra Casa de Estudios con la intervención de los profesores Edmundo Fuenzalida Faivovich, Agustín Squella Narducci y Jaime Williams Benavente, quienes destacaron el aporte que desde diversas perspectivas representa esta obra. A la ceremonia asistieron académicos de distintas universidades.

- La investigación de los alumnos se está desarrollando principalmente a través de un innovador programa de Memorias de Prueba y de Defensa de Tesis en temas emergentes del derecho nacional e internacional, focalizados y concretos, evitándose así reiteraciones generalistas.

Labor de Extensión.

La Facultad ha programado seminarios y ciclos de conferencias en las diversas áreas reformadas por la legislación vigente, o en proceso de modificación. Entre ellas destacan:

- Seminario “**Oferta Pública de Acciones**” (15 de marzo de 1999).
Expositores: Hernán Büchi Buc; Alvaro Clarke de la Cerda; Jorge Carey Tagle, y Alvaro Puelma Accorsi.
Temario: Normativa vigente sobre adquisiciones de control de sociedades anónimas. Regulación en Chile y en los Estados Unidos en materia de Oferta

Pública de Acciones (OPAS) o Tender Offer. Normas especiales que regulan los derechos de los tenedores de ADRS en caso de OPAS sobre acciones y ADRS de emisores chilenos. Protección de los accionistas minoritarios y experiencias en los últimos años. Proyecto presentado por el Ejecutivo sobre OPAS, derechos de los accionistas minoritarios, distribución del precio de control, responsabilidad de los directorios de compañías objeto de OPAS y Materias conexas.

- Seminario **“Modificaciones a la Ley de Pesca”** (16 de abril de 1999).
Expositores: Juan Manuel Cruz Sánchez; Jorge Martínez Busch; Cristián Larroulet Vigneau; Santiago Montt Vicuña, y Cristián Jara Taito.
Temario: Presentación del proyecto modificadorio, ideas matrices. Comentarios al proyecto. Aspectos económicos. Aspectos jurídicos constitucionales. Aporte del sector industrial pesquero al desarrollo nacional.

- Seminario **“Aspectos de la Justicia Constitucional en Chile”** (18 y 19 de mayo de 1999).
Expositores: José Luis Cea Egaña; Jaime Silva Mac-Iver; Juan Pomés Andrade; Gastón Gómez Bernal; Eduardo Soto Kloss, y Gustavo Cuevas Farren.
Temario: La constitución como norma de solución de conflictos. Organos con jurisdicción constitucional: Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Corte de Apelaciones. El recurso de protección. Nulidad de derecho público. Concurrencia de derechos constitucionales en un conflicto.

- Seminario **“Nueva Ley Eléctrica”** (10 de junio de 1999).
Expositores: Luis Sánchez Castellón; Rodrigo Alvarez Zenteno, y Carlos Martin Vergara.
Temario: Objetivos y contenidos de la nueva ley. Análisis crítico de la nueva ley. Una nueva visión del sector privado.

- Seminario **“Los Medios de Comunicación y la Administración de Justicia”** (6 de julio de 1999).
Expositores: Tomás Mac Hale Espinoza; Carlos Schaerer Jiménez; Pablo Rodríguez Grez, y Luis Bates Hidalgo.
Panelistas: Arturo Fontaine Aldunate; Cristián Boffil Rodríguez; Milton Juica Arancibia; Alejandro Guillier Alvarez, y Luis Hermosilla Osorio.
Temario: Responsabilidad ética y legal de los periodistas. Censura periodística en la legislación actual. Restricciones de los medios de comunicación social para investigar las actividades públicas y privadas y para el conocimiento de las actuaciones judiciales. La investigación criminal y la reserva necesaria para su éxito. Influencia de los medios de comunicación social en las decisiones judiciales. El veredicto público anticipado.

- Curso **“Actualización en Derecho Civil”** (7 a 10 de septiembre de 1999, Santiago, y 21 a 24 de septiembre de 1999, Concepción).

Expositores: Hugo Rosende Alvarez; Pablo Rodríguez Grez; Ramón Domínguez Aguila; Ambrosio Rodríguez Quirós.

Temario: Nuevo estatuto de filiación. Regímenes matrimoniales. Nuevo régimen sucesorio. Nuevo régimen de adopción.

- Seminario **“Modificaciones al Código Penal y Código de Procedimiento Penal en delitos sexuales”** Análisis Ley N° 19.617 (25 a 27 de octubre de 1999).

Expositores: Luis Bates Hidalgo; Hugo Rivera Villalobos; Mario Rojas Sepúlveda.

Temario: Fundamentos de las modificaciones. Análisis de los nuevos tipos penales. Aspectos procesales.

Programa de Post-título.

Se ha programado para el año 2000 el programa de post-título: **“El abogado frente a la administración”**. Este programa, con mención en derecho público, ofrece especialización en urbanismo y construcción, fiscalización de los órganos del Estado, y normativas sobre el medio ambiente.

Objetivos Generales: El programa tiene por objeto permitir al abogado la ampliación y profundización de los conocimientos adecuados para asesorar exitosamente en el campo de las relaciones de los particulares con la Administración del Estado, en materias de especial trascendencia prácticas como el marco en que se desenvuelve la función productiva privada, el ejercicio de las potestades de fiscalización y control y la regulación del derecho a ejercer cualquier actividad económica lícita, considerando al mismo tiempo su impacto en el medio ambiente.

Objetivos Específicos: Las diferentes áreas de especialización que contempla nuestro Programa de Post-Título permiten profundizar según el interés de cada participante, la normativa que rige las materias de Urbanismo y Construcción o, la Fiscalización del Estado a través de los órganos descentralizados, y la normativa sobre el Medio Ambiente, con trabajos complementarios que incluyen el estudio de casos emblemáticos ocurridos en nuestra realidad jurídica.

Consejo Asesor: El Post-Título **“El Abogado frente a la Administración”**, tiene un Consejo Asesor cuyo objetivo es orientar su desarrollo y lograr el más alto nivel académico. Está integrado por: Pablo Rodríguez Grez, Decano Facultad de Derecho, Abogado. Universidad de Chile; Cecily Halpern

Montecino, Directora Escuela de Derecho. Abogado. Universidad de Chile; Rafael Cruz Fabres, Profesor Coordinador, Abogado. Universidad de Chile; Jaime Williams Benavente, Profesor Coordinador, Abogado. Universidad Católica de Chile; y Angela Cattán Atala, Profesora Coordinadora, Abogado. Universidad de Chile.

Plan de Estudios:

Primer Semestre: Derecho Constitucional; Derecho Privado; y Derecho Administrativo.

Segundo Semestre: Urbanismo y construcción; Fiscalización del Estado a través de los Organos Descentralizados; y Medio Ambiente.

Profesores del Post-título: Pablo Rodríguez Grez; Hugo Rosende Alvarez; Carlos Cruz-Coke Ossa; Eduardo Soto Kloss; Iván Aróstica Maldonado; Patricio Figueroa Velasco; Luis Montt Dubournais e Ismael Ureta Silva.

Servicio a la Comunidad.

La Facultad mantiene una Clínica Jurídica atendida por nuestros alumnos que, bajo la coordinación de dos profesores, presta servicios jurídicos gratuitos a personas de escasos recursos en la comuna de Renca.

Cuerpo Académico.

Compuesto por profesores de reconocido prestigio y de vasta experiencia en el medio universitario; muchos de ellos poseen doctorados, magister y post títulos en sus respectivas especialidades. Este cuerpo académico está integrado por profesores-horario, en su amplia mayoría, y por profesores de media jornada que, además de la docencia, han asumido diversos aspectos de dirección académica y la labor de tutorías para con los alumnos. Para enriquecer su cuerpo docente, la Facultad ha diseñado un programa de perfeccionamiento que incluye una recíproca colaboración con prestigiosas universidades europeas. Se encuentra en estudio varios programas de intercambio a nivel estudiantil y docente.

En 1999 han formado parte del cuerpo académico los siguientes profesores:

Alcalde Rodríguez, Enrique
 Alvear Téllez, Julio
 Arab Nessrallah, Juan
 Araneda Dörr, Hugo
 Aróstica Maldonado, Iván
 Arthur Errázuriz, Guillermo
 Barceló Vial, Georgeanne
 Bates Hidalgo, Luis
 Caldera Delgado, Hugo
 Cattán Atala, Angela
 Cea Cienfuegos, Sergio
 Corvalán Vásquez, Oscar
 Cruchaga Gandarillas, Angel
 Cruz Fabres, Rafael
 Cruz-Coke Ossa, Carlos
 Cuevas Farren, Gustavo
 Cuevas Manríquez, Gustavo
 Dávila Campusano, Oscar
 Dávila Díaz, Roberto
 Dougnac Rodríguez, Antonio
 Gamboa Serazzi, Fernando
 García Cusacovich, René
 García Escobar, Jaime
 Gómez Balmaceda, Rafael
 González Ransanz, Osvaldo
 González Zúñiga, Juan
 Halpern Montecino, Cecily
 Herrera Valdivia, Oscar
 Hoyos de la Barrera, María Teresa
 Jaraquemada Roblero, Jorge

Lara Berríos, Bernardo
 Marchant Bustamante, Helga
 Mendoza Zúñiga, Ramiro.
 Monsalvez Müller, Aldo
 Ortúzar Meza, Pedro
 Pacheco Navarrete, José Francisco
 Parada Guzmán, César
 Pecchi Croce, Carlos
 Pino Villegas, Fernando
 Pozo Ferreira-Nobriga, Jaime
 Ranson García, John
 Rioseco Henríquez, Gabriel
 Rivera Villalobos, Hugo
 Rocha Pérez, Raúl
 Rodríguez Grez, Pablo
 Rodríguez Quirós, Ambrosio
 Rosende Alvarez, Hugo
 Sáenz de Santa María Moscatto, Pablo
 Sepúlveda Osses, Jaime
 Silva Mac-Iver, Jaime
 Tagle Martínez, Hugo
 Tapia Witting, Enrique
 Unzueta Oviedo, Carolina
 Valenzuela Vargas, Juan Guillermo
 Vásquez Márquez, José Ignacio
 Vergara Varas, Pedro Pablo
 Vidal Duarte, Germán
 Williams Benavente, Jaime
 Yáñez Pérez, Sergio.

Vida estudiantil en la Facultad

Hugo Fábrega V.

Alumno V Año

Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El estudiante de Derecho de la Universidad del Desarrollo este año ha participado activamente en los cambios que han impulsado las autoridades a fin de contar con una carrera marcada por una preparación valórica y académica, acorde con las exigencias de nuestro futuro profesional.

El hecho de contar con un selecto grupo de profesores especialistas en sus respectivas disciplinas, la cercanía que contamos con ellos (y con nuestras autoridades) y el trabajo en conjunto, motivado por las ideas propias de nuestro carácter de alumnos; han dado a los alumnos el apoyo necesario en todas las áreas del derecho motivando el interés hacia la carrera por intermedio de principios básicos como la libertad, la excelencia y la formación personal.

Dicho interés del alumnado se vio reflejado en la constante y masiva participación en cada una de las actividades promovidas tanto por la Facultad como por la Universidad; dentro de las cuales podemos destacar:

Teatro en Derecho Romano

Participación de los alumnos de primer año en la obra teatral de Derecho Romano dirigida por la profesora titular doña Angela Cattán A. Como es costumbre, la obra planificada desde comienzos de año tuvo una preparación excepcional dentro del curriculum de la asignatura, logrando un éxito rotundo y acorde con el esfuerzo de los alumnos, quienes durante el año ensayaron con mucho entusiasmo bajo la atenta supervisión de la profesora Cattán; obteniendo como fruto una pieza teatral de magnífica calidad y una aula magna absolutamente copada de público. La trama de esta obra se desarrolló en la época de las guerras púnicas y los alumnos crearon la historia, el guión y dieron vida a cada uno de los personajes (que en total sumaron cuarenta). La dedicación, disciplina y el talento solidario, fueron un ejemplo para la comunidad universitaria de cómo compartir tareas juntos, trabajar y aprender con alegría.

Seminarios organizados por la Facultad.

Cabe destacar la masiva concurrencia de los alumnos en los distintos y constantes ciclos de seminarios, charlas y exposiciones que abarcaron temas de actualidad jurídica y nacional, a los cuales manifestaron su interés en forma complementaria a las materias tratadas en las salas de clase. Así, mediante el acercamiento con importantes personalidades del mundo jurídico nacional la comunidad universitaria motivó su interés, vocación y participación en todos los temas tratados.

Actividades extraprogramáticas.

Desde los seleccionados deportivos de la Universidad hasta pastoral, pasando por talleres de debate inter-universitario, futuros trabajos de verano e invierno, hasta encuentros, seminarios y congresos con alumnos de distintas universidades; los alumnos de la Facultad de Derecho tuvieron una destacadísima e importante participación, promoviendo el desarrollo de todas las disciplinas afines al derecho y al crecimiento integral de cada uno.

Asistencia Jurídica.

Como parte integrante de la malla curricular de los alumnos de IV año, la asignatura de Clínica Jurídica tuvo una trascendencia de importancia este año, pudiendo llevar a cabo la eficiencia práctica de los alumnos en la Comuna de Renca, interactuando en forma directa con los más necesitados, poniendo en práctica la perseverancia y disciplina necesaria inculcada en las salas de clase de la Universidad. Así, este renovado y pionero sistema, fue también objeto de la importante investigación y puesta en marcha acerca del formulario de Privilegio de Pobreza (exigido por la Ley con el fin que tanto Tribunales como los Auxiliares de la Administración de Justicia certifiquen el carácter y atiendan en forma gratuita respectivamente, a las personas patrocinadas por nuestra Clínica Jurídica), desarrollado en forma conjunta con alumnos de la Academia de Derecho de Facultad y las profesoras del ramo, con la supervisión del Sr. Decano don Pablo Rodríguez G. y del profesor del área de Derecho Procesal y Presidente de la Excelentísima Corte Suprema don Roberto Dávila D.

Otra tarea importante por realizar en estos meses venideros, es la implementación y práctica de la Asistencia Jurídica en aquellos lugares donde se efectúen los próximos trabajos de verano e invierno, otra instancia donde además de poder compartir con las comunidades más alejadas y pobres de nuestro país, sirve para afianzar el compañerismo de trabajo con alumnos de otras Facultades.

Tutorías Personalizadas.

Por medio de las cuales, los coordinadores con jornada en la Facultad, compuesto por un grupo de profesores de vasta trayectoria en todos los ámbitos del Derecho, solucionan todo tipo de dudas e inquietudes a los alumnos.

Trabajos de Beneficiencia.

Un numeroso grupo de alumnos de primer año participó activamente y de común acuerdo, en la asistencia a personas necesitadas de la Comuna de Lo Barnechea, organizando para tal efecto rifas, sorteos, y un sinnúmero de actividades que quedaron cimentadas para los años venideros; pudiendo llevar a la práctica la necesaria función social, clave en la formación del abogado.

Es por esto y por mucho más que nuestra casa de estudios está llamada a ser una universidad pionera en la actualidad y el mañana, pues los principios bajo los cuales están cimentados nuestra formación, sólo los pueden entregar quienes, a través de la experiencia y el esfuerzo, hacen de la formación de abogados su tarea primordial, que nos llena de orgullo y emoción de ser partes integrantes y fundamentales, tanto como personas, tanto como alumnos.

LIBROS
Resúmenes
y Recensiones



Universidad del Desarrollo
Santiago

El derecho como creación colectiva

de **Pablo Rodríguez Grez**

Ediciones Jurídicas

Universidad del Desarrollo,

1999

Hugo Rosende Álvarez

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Don Pablo Rodríguez Grez acaba de publicar el libro *El derecho como creación colectiva*, en Ediciones Jurídicas de la Universidad del Desarrollo, 1999. Esta tesis constituye un complemento de la *Teoría de la Interpretación Jurídica*, del mismo autor, y en ella se plantea que el derecho en una sociedad libertaria es elaborado colectivamente con intervención de las personas que deben cumplirlo.

1. El sistema jurídico

a) Para el autor, la organización de la sociedad puede asumir diversas formas, en uno de cuyos extremos se ubica el despotismo, donde una voluntad se impone a todas las demás del cuerpo social, y en el otro, está la anarquía, donde impera la libertad absoluta de los integrantes de la comunidad dominada por el arbitrio de cada cual. En un plano intermedio se encuentra el derecho, que reconoce una libertad limitada a cada persona, dentro de los límites del marco jurídico preestablecido.

b) La organización jurídica de la sociedad supone la existencia de un sistema normativo, compuesto tanto de normas generales, abstractas e impersonales, como de reglas particulares y concretas. El sistema jurídico es ordenado, de lo contrario deriva en el caos, y goza de una estructura orgánica, en que las normas y las reglas se disponen conforme a la función que les corresponde; el funcionamiento de ellas es armónico y derivado, en que cada norma ejecuta otra norma de rango superior y a su vez produce otras normas de rango inferior y otras reglas; y la validez de todas ellas depende de su adscripción al ordenamiento jurídico.

La prescripción jurídica tiene un rango distintivo, que es la sanción coercitiva, que consiste en una conducta de reemplazo que impone el Estado para cumplir compulsivamente la conducta infringida o para su cumplimiento por equivalencia, restaurando en ambas hipótesis el orden jurídico establecido y que ha sido quebrantado.

En definitiva, para que exista el derecho como sistema, es indispensable el reconocimiento y apoyo del Estado a las normas y a las reglas que éstas producen.

c) El sistema normativo es jerarquizado, parte de la norma de mayor generalidad y abstracción y desciende en múltiples escalones hasta llegar a la regla particular y concreta. La norma de superior jerarquía determina el contenido material de la norma inferior y fija el procedimiento por medio del cual la norma inferior se integra al ordenamiento jurídico. Lo expuesto es de enorme importancia, porque los principios y valores recogidos en la Constitución determinan la validez u obligatoriedad de las normas que le siguen en la línea descendente de la relación jerárquica. Si a ello se une el hermetismo constitucional que plantea el autor, es de toda evidencia el papel insustituible de la Carta Fundamental en la construcción de una sociedad libertaria.

d) El valor jurídico de la costumbre no escapa del sistema normativo, arrancando su fuerza obligatoria precisamente de las normas que la reconocen. Los tratados internacionales, por su parte, se ubican en el escalón asignado a la ley, teniendo su misma jerarquía.

e) El ordenamiento jurídico reconoce cinco poderes creadores del derecho: el Constituyente, el Legislativo, la Potestad Reglamentaria, la Jurisdicción y la Autonomía Privada.

En dicho ordenamiento confluyen dos categorías de prescripciones: una normativa y otra regulatoria. Lo normativo fija los límites de la actividad creadora de reglas y, por lo mismo, es relativamente estático y con permanencia en el tiempo. Lo regulatorio es el ámbito natural de las reglas, que es singular, concreto y actual. Por lo mismo es dinámico y cambiante. La adaptación del derecho a las nuevas y mutantes realidades de la vida social se logra a través de las reglas fundadas en el mandato normativo. En la elaboración de las reglas intervienen todos los miembros de la comunidad y se actualizan mediante la interpretación jurídica.

f) El acatamiento del mandato normativo puede ser espontáneo o forzado. Si el destinatario cumple espontánea y voluntariamente su mandato, él mismo elabora una regla personal, tácita y autocompuesta, que singulariza el mandato normativo. Esta regla autocompuesta puede ser perfecta o imperfecta. En el primer caso no hay oposición o reacción de terceros, y en el segundo, es impugnada o reprochada por otros. Impugnada la regla autocompuesta, deberá ser ratificada o recompuesta por una regla formal y expresa.

g) El papel de la interpretación jurídica es fundamental, porque la norma establece un marco que debe llenarse mediante la interpretación, dando lugar al nacimiento de una regla; y la transferencia de los elementos normativos a la regla deja siempre un margen de la misma índole, que se encargará de llenar quien elabore la regla.

De allí que resulte esencial ampliar la esfera de la interpretación, comprensiva no sólo de la fase formal que desentraña el verdadero sentido y alcance de la norma interpretada, según los elementos contemplados en los artículos 19 a 24 del Código Civil, que son los denominados gramatical, lógico, histórico y sistemático. También abarca la fase substancial, que describe la manera en que deberá construirse la norma inferior o la regla. Este trabajo se desarrolla mediante la incorporación de elementos normativos desprendidos de la norma superior, con la incorporación del margen normativo que puede incorporar el intérprete, y los elementos fácticos que son los encargados de lograr la singularización o concreción de la abstracción para regular el caso particular y concreto.

h) La potestad constituyente, legislativa y reglamentaria crean normas, y la potestad administrativa, la jurisdicción y la autonomía privada son creadoras de reglas. Todas ellas conforman el derecho formal.

El derecho informal se compone de la regla personal, tácita y autocompuesta, que cumpliendo con el mandato de la norma, da existencia a una nueva situación intersubjetiva a través del cumplimiento espontáneo del derecho.

i) La raíz de los conflictos intersubjetivos se encuentra en la regla tácita, personal y autocompuesta, porque ella es originalmente precaria y es susceptible de ser impugnada por terceros, salvo que medie la prescripción, la caducidad o la preclusión.

j) Por otro lado, dentro del sistema jurídico (formado por normas, subnormas, reglas y subreglas, todas de carácter imperativo acompañadas de sanción) cabe preguntarse ¿cuál es el papel que desempeña el derecho subjetivo? Es un instrumento de que se vale la técnica jurídica para resolver una relación intersubjetiva. Aunque no toda relación intersubjetiva es regulada por el derecho, cuando eso sí ocurre, la técnica jurídica asigna a uno la facultad de requerir el uso de la coercibilidad monopolizada por el Estado, y al otro (el obligado) el deber de conducta tipificado en la norma.

Mas el derecho subjetivo se fundamenta en la realización de un determinado interés que la norma estima valioso o estimable y que hace prevalecer por sobre otros intereses. Correlativamente el obligado está en el deber de

acatar las normas que lo contemplan y las reglas que nacen bajo su amparo por el efecto gravitacional del orden normativo.

En el marco de la evolución del derecho y de las costumbres sociales se avanza en el reconocimiento pleno del derecho público subjetivo, particularmente en el ámbito de los derechos difusos o colectivos, los cuales en el futuro deberían ser directamente exigibles a la jurisdicción y aplicables en las relaciones sociales.

El derecho subjetivo transita hoy en la vía de su expansión, a diferencia de los postulados de las tentativas totalitarias que en el pasado pretendieron socavarlo mediante proyectos de ingeniería social con nefastas consecuencias bien conocidas.

En la defensa del derecho subjetivo se afinca el reconocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana en el marco de la libertad ejercida con responsabilidad.

2. Presupuestos de un Estado de Derecho

a) Concibe el autor el Estado de Derecho como “una determinada forma de organización de la sociedad (que ha rechazado, como se dijo, el despotismo y la anarquía), a través de implantación de normas de conducta que se establecen con carácter coercitivo, referidas tanto a la instalación de los poderes públicos, a su funcionamiento y al juzgamiento y calificación de todas las conductas sociales posibles, las cuales integran un sistema normativo pleno, cuya aplicación corresponde a las autoridades independientes, facultadas para resolver las contiendas que en el orden temporal se promueven en dicha sociedad”.

b) Tras el ordenamiento jurídico –agrega– subyace una concepción ideológica o un modelo que se quiere alcanzar. Y dentro de un sistema fundado en el derecho romano continental –como es el nuestro–, el legislador es un conductor o arquitecto social que con caracteres limitados orienta y dirige el comportamiento de la comunidad. A su vez, la intervención de toda la comunidad en la construcción del sistema jurídico mediante normas dictadas por sus representantes o de reglas elaboradas por cada sujeto en particular, constituye un aporte a la democracia. Esta forma de organización política se desarrolla y robustece en la medida en que se apoya en el respeto de la juridicidad plena.

c) Los requisitos o presupuestos del Estado de Derecho son, aparte del sistema jurídico, los siguientes:

c.1) Que las normas sean conocidas por sus destinatarios;

c.2) La plenitud del sistema normativo, esto es, que tenga la aptitud para regular la totalidad de las conductas que puedan desplegarse en el ámbito social; mediante normas de subordinación (derecho público) o de coordinación (derecho privado). Integrando las lagunas legales –en nuestro sistema– conforme al método de la autointegración, vale decir, recurriendo a la analogía, a los principios generales de derecho y a la equidad natural.

c.3) La coherencia formal y material del sistema normativo y la concurrencia de cuatro criterios de coherencia que son: genética o lógica; axiológica o teleológica; orgánica y jurisprudencial. Y tratándose de lagunas legales, que éstas se llenen mediante la coherencia analógica, la coherencia global y la coherencia en equidad.

c.4) El cumplimiento espontáneo del derecho, que se determina por el contenido axiológico de la norma, hace innecesario que intervenga el poder coercitivo del Estado. De allí la importancia de que si el legislador se desentiende de los valores profundos que anidan en el alma colectiva, se desmorona la presunción de conocimiento de la ley, se generaliza el incumplimiento y se hace imposible la subsistencia y funcionamiento del sistema jurídico.

c.5) La sanción, concebida como recomposición del orden social e institucionalización de la fuerza.

c.6) La supremacía constitucional y el hermetismo constitucional. La supremacía de la Carta Política inspira todo el sistema jurídico, particularmente en la generación e interpretación de las normas y reglas derivadas, conforme a los criterios de coherencia genética, lógica y axiológica o teleológica.

c.7) La imperatividad de toda norma jurídica, ya sea en forma directa o de manera indirecta o refleja.

c.8) La interpretación como mecanismo de aplicación de la norma jurídica, que se desenvuelve en dos fases: una, formal, destinada a desentrañar el verdadero sentido y alcance a la norma interpretada; y otra, substancial, que consiste en generar una norma inferior o una regla a partir de una norma de superior jerarquía.

c.9) La coexistencia de normas y reglas en una relación de dependencia formal y material.

c.10) La desconcentración del poder normativo y del poder regulatorio.

3. La relación jurídica

a) Consiste en un vínculo jurídico (descrito por el derecho) entre dos o más sujetos, que surge con ocasión de un hecho o de una conducta elevada a la categoría de hipótesis en una norma o en una regla, y que se resuelve asignando a un sujeto la facultad de exigir una determinada conducta, y al otro, la obligación de desplegar dicha conducta.

b) Los elementos de la relación jurídica son: los sujetos, el objeto, la hipótesis y la consecuencia.

Los sujetos son centros reales o ficticios de imputación jurídica, pudiendo consistir en una persona, natural o jurídica, o en un patrimonio, ya sea de afectación o sociedad individual.

El objeto de la relación es la conducta humana, positiva o acción o negativa u omisión.

La hipótesis consiste en la descripción de una conducta humana o de un hecho de la naturaleza en relación con el hombre, que se expresa en la norma o en la regla.

La consecuencia es la forma en que se resuelve la relación jurídica, lo cual se traduce en la utilización del derecho subjetivo.

4. Principios fundamentales que informan el Estado de Derecho

A partir de los presupuestos del Estado de Derecho, se configuran los principios o directrices que siguen su establecimiento y funcionamiento.

Ellos son:

a) **El principio de legitimidad**, que impone la exigencia de que cada norma y cada regla jurídicas se inserten y desinserten del sistema en la forma prevista por el propio ordenamiento.

En el principio de legitimidad se incorporan el principio de legalidad y la autonomía privada y la libertad contractual.

b) **El principio de coercibilidad**, que identifica el derecho con la posibilidad de transformar la conducta prescrita en una conducta impuesta por medio de la fuerza.

c) **El principio de concreción regulatoria**. Existen dos potestades gen-

erales y paralelas que hacen posible el funcionamiento de la trama jurídica. La potestad normativa y la potestad regulatoria. La primera corresponde a los órganos facultados para dictar normas (generales y abstractas), lo cual implica, como es obvio, el poder de obligar a los terceros o destinatarios de la norma. La potestad regulatoria tiene por objeto singularizar el mandato normativo de modo de producir reglas referidas a la conducta de sujetos determinados.

El contenido del derecho puede ser de diversa índole: derecho de ejecución, en que los preceptos privilegian la consecución de una meta, y derecho de relación, que prescinde de un objetivo concreto e inmediato, fundándose en valores permanentes. (Por ej. el orden, la justicia, la paz o la voluntad). El derecho de ejecución es circunstancial o transitorio y el derecho de relación es permanente e indefinido en el tiempo.

Para preservar el sistema jurídico es indispensable que las normas no excedan sus funciones de generalidad y abstracción. Asimismo, es necesario el predominio incontrastable del derecho de relación (permanente, estable y fundado en valores que expresan preferencias tradicionales e inalterables a través del tiempo), manteniendo las prerrogativas del autor de la norma enmarcadas estrictamente en la elaboración de las prescripciones generales y abstractas. Sólo de esta manera es posible dar al sistema jurídico una aplicación fluida en que las reglas se creen con directa participación de todos los llamados a ser regidos por ellas.

d) El principio de imperatividad. Puede sostenerse que la imperatividad no aparece en la estructura lógica de la norma, si ella se considera una proposición hipotética, o un complejo proposicional, así sea conjuntivo o disyuntivo. Pero lo cierto es que tras la asignación de una consecuencia a un antecedente dado, se esconde el mandato normativo, que se desprende del sentido, alcance y significación de la consecuencia (sanción).

e) El principio de la plenitud. Consiste en que toda conducta social es objeto del derecho, expresa o tácitamente. Asimismo, existe en el ordenamiento jurídico una solución para cualquier controversia derivada de una relación intersubjetiva. La plenitud del sistema jurídico no desmiente que existan conductas no reguladas por el derecho, las cuales son consideradas por el ordenamiento como legítimas. En tal caso, el sistema normativo las evalúa, pero no las regula.

La plenitud en el derecho público y en el derecho privado.

En el derecho público hay plena normación, tanto en el ejercicio de facultades conferidas a la autoridad, como cuando se trata de conductas no autorizadas. El acto es legítimo cuando la autoridad está expresamente facultada para actuar, e ilegítimo en ausencia de dicha facultad o atribución. En el derecho público no hay, entonces, vacíos o lagunas legales.

En el derecho privado los particulares pueden hacer todo aquello que no está expresamente prohibido. Por consiguiente, predominan los actos no normados expresamente y que sólo son evaluados tácitamente como lícitos por el ordenamiento jurídico. En el ámbito privado, las lagunas legales se integran mediante la autointegración (analogía, principios generales de derecho y equidad natural).

f) **El principio de descentralización**, que se manifiesta en la diversidad de personas investidas de potestades para elaborar reglas particulares, lo cual constituye la esencia del sistema jurídico. Por esta razón, al derecho repugna toda forma excesiva de concentración de potestades normativas o regulatorias, salvo situaciones particulares, como la delegación de facultades legislativas o los estados de excepción.

g) **El principio de prevención**: que se expresa en los mecanismos de fiscalización o control de juridicidad, a través de los órganos competentes. Este principio completa el principio de descentralización o de desconcentración, porque supone la existencia de un órgano que instituye el derecho y otro distinto que revisa o controla la juridicidad.

El principio de prevención produce un efecto de la mayor importancia en el sistema jurídico, porque vela por la coherencia formal y material o teleológica entre las normas, y entre éstas y las reglas.

h) **El principio de aplicación razonada**: que consiste en la aplicación de la norma mediante el procedimiento jurídico de la interpretación, que envuelve dos fases: una formal y la otra substancial; que desemboca en la elaboración de una regla particular que rige una situación jurídica o resuelve un conflicto.

i) **El principio del conocimiento presuntivo**, que se impone como un deber social, sin que nadie pueda excusarse basándose en la ignorancia del sistema jurídico.

j) **El principio de clausura:** cuyo objetivo es estabilizar las relaciones sociales reguladas por el derecho, para lo cual existen medios tales como la prescripción, la cosa juzgada, la renuncia de derecho, etc. En el principio de clausura se da cita la aberración axiológica del derecho, porque se hace prevalecer la estabilidad de las relaciones intersubjetivas y la paz social mediante el sacrificio de otros valores, como el dominio, la satisfacción de las obligaciones y otros.

5. Síntesis

a) El derecho es una forma de organización social, la más perfecta, porque articula, reconoce y asegura la libertad limitada de cada individuo en función de la libertad de los demás miembros de la sociedad. Por consiguiente, son legítimas únicamente las restricciones necesarias para lograr este fin: el ejercicio de la libertad por parte de todos quienes forman la comunidad.

b) En cuanto mayor sea el ámbito de libertad que se asegure a cada persona, más perfecta será la sociedad que se regula y mayor el compromiso de sus miembros con el ordenamiento jurídico.

c) Esta forma de organización social se basa en el establecimiento y funcionamiento de un "sistema jurídico", lo cual supone un conjunto de prescripciones obligatorias de conducta que se integran en una estructura coherente y jerarquizada, en la cual las normas se ordenan de manera decreciente desde la más general y abstracta (con mayor poder vinculante), hasta la concreta y particular (regla). En este sistema jurídico conviven normas (generales y abstractas) y reglas (particulares y concretas), en una estrecha relación de fundamentación y dependencia. Las normas tienen por objeto, exclusivamente, fijar el ámbito en que deben producirse las reglas y los elementos que al traspasárseles les confieren valor jurídico. Su único destinatario es el autor de una norma inferior o el autor de una regla. Toda la actividad normativa se orienta a la elaboración de las reglas y tiene como destino final la potestad "regulatoria" (poder para incorporar reglas al sistema jurídico).

Las únicas prescripciones llamadas a regir la conducta social (salvo la conducta social que consiste en elaborar normas, situación en que se halla el legislador) son las reglas. De las normas superiores nacen normas de menor jerarquía o reglas. De estas últimas, excepcionalmente, subreglas (como sucede en el campo corporativo o en el ámbito contractual). El valor jurídico (capacidad de hacer obligatoria una

prescripción de conducta) es derivado y depende únicamente de la pertenencia de la norma o de la regla al sistema jurídico (lo cual supone satisfacer una exigencia formal y material). En consecuencia, el encargado de elaborar las reglas es el llamado a regular la conducta social (salvo, como se dijo, tratándose de la potestad normativa, que da lugar a una actividad también social, pero muy específica). La norma no es más que un marco que se ofrece al autor de las reglas, pudiendo integrar en él todo elemento fáctico y aun normativo (en el sentido de valórico) que no se contraponga con el contenido de la misma (formal y materialmente).

d) Las reglas pueden ser “**formales**”, cuando se integran expresamente en el sistema jurídico, en cuyo caso pasan a formar parte de él. Tal sucede con un contrato, una resolución administrativa o una sentencia judicial. Pueden también ser “**informales**” cuando no se integran objetivamente al ordenamiento. En tal situación se encuentran las “reglas tácitas, personales y autocompuestas”, que se da el propio destinatario de la norma en que se funda, singularizando, por sí mismo, el mandato normativo. Son estas últimas las que hacen posible la realización espontánea del derecho, presupuesto necesario para el funcionamiento del sistema jurídico. La regla tácita puede fundarse en una norma expresa (cuyo mandato singulariza) o en un mandato también tácito (derivado de la “norma general exclusiva” que se desprende de la ausencia descriptiva en el campo del derecho privado). Toda el área comprendida en los límites de la “norma general exclusiva” es de libre disposición de los particulares. Sin duda este espacio es el más amplio en el campo social y copa la mayor parte de la actividad jurídica. En él debe integrarse toda la actividad contractual de los particulares en la medida que éstos regulen situaciones no previstas por las normas. Por consiguiente, el “derecho que nos rige” lo hace la autoridad en un delimitado campo (simples decretos supremos, resoluciones administrativas y sentencias judiciales), y en un área limitada los particulares en ejercicio de la autonomía privada. Sólo de esta forma es posible el funcionamiento del sistema jurídico, porque, en gran medida, el derecho que cada cual acata regularmente en el curso de sus actividades se lo da él mismo o, al menos, surge previa expresión indirecta de su voluntad, como consecuencia de la conformidad y ausencia de objeción subsecuente. De aquí que su realización espontánea no sea difícil ni engorrosa. Si observamos este fenómeno, llegaremos a la conclusión de que es poco frecuente tropezarse con una norma impuesta por la autoridad, vale decir, con un decreto supremo, una resolución administrativa o una sentencia judicial. Ellas nos afectan por excepción. Pero diariamente, de manera constante e ininterrumpida, estamos cumpliendo reglas formales

creadas por nuestra propia voluntad (contratos) y reglas tácitas, personales y autocompuestas para satisfacer los mandatos normativos (pago de impuestos, cumplimiento de las normas del tránsito, etc.). Como es obvio y no requiere demostración, las reglas formales e informales creadas por nosotros mismos satisfacen plenamente nuestros requerimientos y, por lo mismo, son asumidas sin obstáculos ni tropiezos.

e) En la medida que el derecho deje un espacio más amplio a la autonomía privada, mayor será la adhesión que provoque el sistema jurídico en el sujeto llamado a cumplir sus mandatos. A la inversa, en la medida que se restrinja este espacio por parte de la autoridad, sea prohibiendo determinadas estipulaciones o reservando al Estado la regulación de las actividades más relevantes, se producirá un distanciamiento entre lo jurídico y la vida real, aumentando el incumplimiento y, con ello, presionando a los órganos sancionadores, que, como se dijo, tienen una limitada capacidad de reacción. Lo óptimo, pero quimérico, sería que el derecho que nos rige no tuviera otra fuente que no fuera nuestra propia voluntad. Esto equivaldría a cumplir sólo aquellas reglas que, nacidas de las normas impuestas por autoridad, fueren elaboradas por nosotros mismos. Si bien esta figura es ilusoria, no lo es ampliar en todo lo que sea posible y compatible con el interés social el campo de acción de los particulares, de manera que el derecho que efectivamente regula nuestra conducta, en su mayoría, emane de nosotros mismos.

f) La regla coercitivamente impuesta representa una conducta de reemplazo para cuya ejecución se requiere la intervención del poder del Estado, sea real o virtualmente. No es éste el modo normal de ser del derecho, sino su forma extraordinaria de actuar. Por lo mismo debe procurarse que la fuerza sea siempre un recurso extremo, y lo será en la medida que cada sujeto tenga comprometido un interés personal y autoforjado en el cumplimiento de la regla. De aquí que el derecho "programado" esté destinado a cumplirse espontáneamente, lo cual exige la singularización de la abstracción, mediante un acto personal en el cual el propio sujeto genera la regla que le afecta.

g) Cualquier exceso legislativo por medio del cual se invada la autonomía privada importa una seria distorsión del sistema jurídico. Tal sucederá, por ejemplo, cuando la norma se transforma en regla, al abusarse de la potestad para dictar normas. Ello conlleva, además, como es obvio, la pérdida de medios o recursos que el sistema jurídico consagra para asegurar derechos esenciales. En este evento la norma, a pesar de tener la apariencia formal de tal, no tiene, sin embargo, este

carácter. Si cada órgano ejerce lealmente la potestad que le corresponde, se fortalecerá el sistema sin necesidad de que intervengan los medios preventivos instituidos en el mismo para corregir estas deficiencias.

h) De todo lo dicho se concluye que una visión óptima del derecho consiste en la construcción de un sistema jurídico en el cual la mayor parte de las reglas –como de hecho ocurre– sean producidas expresa y tácitamente por el sujeto comprometido con su cumplimiento, debiendo la norma no extenderse jamás de su rol propio, que consiste en fijar las pautas o límites en cuyo marco debe darse la actividad jurídica de los particulares. El proceso seguido en esta tesis, por medio del cual se logra la singularización del mandato normativo, reserva al intérprete una serie de recursos y medios para enriquecer el derecho, tanto en su adhesión como en su actualización. De aquí que sea verdadero que: el derecho se hace día a día, constantemente, en un proceso ininterrumpido en el que participa toda la sociedad colectivamente, por medio de las potestades que le acuerda el sistema normativo.

Recuerdos de la Mediación Pontificia **de Santiago Benadava Cattán**

Editorial Universitaria

1999

Fernando Gamboa Serazzi

Embajador.

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Seis personas en Chile tenían el deber de escribir sobre la mediación papal entre Chile y Argentina en el llamado "Conflicto Austral". Ellas eran el ex canciller Julio Phillippi, el embajador de carrera Enrique Bernstein, el general (R) Ernesto Videla, los ex cancilleres Hernán Cubillos y Jaime del Valle y el Embajador Santiago Benadava.

Todos ellos, junto a otros distinguidos diplomáticos y especialistas en el tema, tuvieron una importante participación por parte de Chile en la mediación de Juan Pablo II llevada a cabo en el Vaticano en los años 80.

Todos ellos deberían haber escrito todo lo que vieron y vivieron, lamentablemente Julio Phillippi y Enrique Bernstein están fallecidos. Adelantándose quizás a los demás, el embajador Santiago Benadava ha publicado este año este importante libro sobre sus recuerdos de la mediación papal.

Quién mejor que él, con esa mente clara, esa inteligencia sobresaliente, y esa cultura jurídica en materias internacionales podía abordar un tema que tuvo a Chile y Argentina al borde de la guerra y que nos salvó la intervención de S. S. Juan Pablo II unido a la sabiduría, patriotismo y sentido de paz de los negociadores de ambos países.

Santiago Benadava, con ese sentido preciso, diplomático, veraz y demostrando un sentido de observación y conocimiento de los personajes, nos relata en un pequeño pero esclarecedor libro lo que fue la mediación papal.

El embajador Benadava, que además de ser jurista y diplomático, le gusta, de vez en cuando, adentrarse en temas novelescos, nos relata con singular sencillez los entretelones de los trabajos de las delegaciones chilena y argentina para llegar a un acuerdo de paz digno para ambas naciones.

Destaca en el libro la descripción de los principales personajes, partiendo, por supuesto, por ese distinguido y hábil diplomático que fuera el Cardenal Antonio Samoré, lamentablemente fallecido en plena gestión mediadora en representación de Su Santidad.

El autor de estas líneas a veces quisiera traspasar el límite del libro, recorriendo mayores detalles transmitidos en la sinceridad de colegas durante largas conversaciones y recuerdos de lo que fueron esos cinco años en Roma, y que Santiago Benadava, siempre preocupado de no aburrir o no opinar más allá de lo diplomáticamente permitido, lo deja en sus límites apropiados.

Su descripción de una “negociación no anunciada”: cuando tomaba unos días de vacaciones en La Haya, se encontró con el embajador argentino Julio Barberis, representante de su país en la mediación. En la tranquilidad de la capital holandesa, se pusieron a analizar cómo podría salvarse una mediación que estaba a punto de naufragar con diferencias de criterio entre ambas delegaciones. Y de esa libre y desapasionada conversación salieron las luces necesarias para llegar a los acuerdos que finalmente permitieron a los representantes papales hacer la propuesta definitiva para terminar con éxito la mediación papal.

La participación de personeros chilenos de tan alta calidad profesional e intelectual exige nuevos libros sobre esta interesante etapa de nuestra historia diplomática.

No tengo la menor duda de que todos ellos coincidirán con los recuerdos de Santiago Benadava, pero cada uno aportará su propia visión y entorno, ratificando una realidad vivida tan importante para el futuro de Chile y Argentina.

La descripción de la diplomacia vaticana está muy bien expresada en este breve libro del embajador Benadava. Diplomacia inigualable en la comunidad internacional, con un estilo, seriedad y sabiendo sortear los peligros de los trances más peligrosos. Allí están los recuerdos de la energía y “especial dureza” del Cardenal Samoré en determinadas ocasiones, neutralizadas en otras con la humildad del servidor cristiano que implora de rodillas gestos unilaterales para ablandar a la otra parte y así salir adelante en el proceso mediador.

Este libro del profesor, jurista y diplomático chileno no sólo debiera ser leído por aquellos que gustan de los procesos históricos y acontecimientos diplomáticos. Hay allí también enseñanzas para quienes deben negociar, no perdiendo nunca el sentido de la justicia más que la ganancia a costa del contendor.

Lo recomiendo además para chilenos y argentinos, porque el libro de Benadava constituye un aporte más al cambio de las relaciones chileno-argentinas, que nos augura un futuro mucho más prometedor que la historia que nos ha dividido durante casi dos siglos.

Derecho y Ontología Jurídica

de **Francisco Carpintero**

Actas, Madrid,

1993

Julio Alvear Tellez

Profesor Titular de Ética y Filosofía Jurídica

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

Siguiendo la línea de estudios del iusnaturalismo racionalista, el autor plantea en esta obra una contundente crítica a lo que denomina "Modernidad Jurídica", rótulo con el cual quiere abarcar las distintas corrientes que a partir de dicha ideología postularon un nuevo modo de pensar y practicar el Derecho, que se extendiera, con la Revolución Francesa, desde ciertos ambientes intelectuales europeos a toda la vida y actividad del Estado y sus instituciones.

La Modernidad Jurídica nace, grosso modo, como una proyección en el campo del Derecho, de los postulados básicos del racionalismo ilustrado de los siglos XVII y XVIII, y ha ido perfilando sus rasgos sobre los ejes históricos, políticos, culturales y antropológicos de dicha ideología. Si se hizo "positivista" en el siglo XIX fue porque necesitaba ser estatista, normativista y securitario; si en parte volvió a ser "iusnaturalista" en la segunda mitad del siglo XX, con sus teorías de los derechos humanos, fue porque en desmedro de la auténtica realidad, quiso diseñar derechos desde la abstracción y el igualitarismo. Pero en uno y otro caso, más allá de las apariencias, es el mismo espíritu y la misma actitud frente al Derecho: miedo a la realidad y a las cosas; fundamento pactual del Estado; afirmación de que la esencia del hombre es la "libertad" entendida como mera indeterminabilidad; consideración de lo jurídico a partir de un ficticio mundo de individuos aislados que se juxtaponen para relacionarse jurídica y moralmente; reducción del deber jurídico a una cuestión de fuerza; ausencia de criterios objetivos para fundamentar decisiones de derecho, las que a lo más quedan hoy reducidas a las exigencias de una justicia procedimental y democrática.

Carpintero desarrolla su obra en tres partes. La primera la denomina "*Parte Crítica y, por ello, Molesta Para Todos*". La segunda está dedicada a la "*Ciencia Jurídica, la Moral y la Política*". La tercera la destina a la relación entre "*Derecho y Ontología Jurídica*". El autor finaliza su obra con un apéndice titulado "*El Espíritu de la Modernidad*". Revisaremos en este mismo orden lo que cada parte tiene de sustancial.

En la "*Parte Crítica y, por ello, Molesta para Todos*", Carpintero analiza, uno por uno, los presupuestos de la mentalidad jurídica moderna, mostrando cómo cada uno de ellos se han construido de espaldas a la realidad social, a lo que es el hombre, y a lo que constituye el dinamismo propio de toda operatividad jurídica. Esto ha sido bastante perjudicial, sobretudo para la sociedad contemporánea que, por un lado, muestra una sed infatigable de justicia, y por otro, ella misma se dice incapaz de encontrar su sentido.

Definitivamente, la crisis de la Modernidad ha dejado caer su guadaña también sobre el Derecho. En este punto, todos los referentes de la Modernidad Jurídica se encuentran tambaleantes:

(i) La filosofía de la Modernidad, desde Descartes y Hume, *problematizó* hasta tal punto la *verdad* que hoy se ha llegado al extremo de considerar "autoritario" a cualquiera que la afirme. Todos hablan de verdad y de justicia, exigiendo su imperio y sintiendo su necesidad, pero al mismo tiempo se enseña a los hombres que estos términos nada significan, en la misma medida que desde los niveles teóricos se ha socavado toda posibilidad de llegar a alcanzar esa verdad y esa justicia que tanto se busca. Carpintero recorre aquí las negaciones más usuales de los filósofos modernos en torno a la verdad, resaltando al mismo tiempo las aporías con que el razonamiento práctico va resquebrajando las afirmaciones racionalistas.

(ii) Un malentendido fundamental hace de columna vertebral a todo el cuerpo de doctrinas político-jurídicas y morales que el racionalismo y sus herederos contemporáneos han ido explicitando a partir de los conceptos de Vázquez de Menchaca, Hobbes y Grocio, y que llega a autores como Heidegger o Sartre. Es la teoría del *pacto social*, con sus fórmulas canónicas referentes a los *individuos aislados* y a los *estados de naturaleza o posiciones originales*, que tienen como corolario la afirmación de la autonomía o independencia como único fundamento posible del Derecho. El autor centra su crítica en la noción de derecho que se desprende del diseño liberal de la libertad: poder meramente físico y coto del arbitrio ajeno. Todo ello no es más que una construcción *geométrica*, hecha para hombres abstractos, y en donde se niega la realidad jurídica más elemental, tan cara a la jurisprudencia romana: (a) que el punto de encuentro entre los hombres está en las cosas; (b) que el punto de apoyo de todo derecho se encuentra en los títulos concretos.

(iii) Los modernos sustentan que la *ética* y la *moral* requieren de una discusión pública, pues no son el resultado de una ley natural susceptible de ser captada por todos los hombres, sino de un diálogo consensual de sujetos

autónomos, cada uno de los cuales nace sin ningún tipo de deber previo para con los otros. Carpintero demuestra a este respecto cómo el consenso real o empírico suele ser el resultado de un simple juego de fuerzas que, con mucha frecuencia, es ajena a cualquier forma de racionalidad. Analizando la postura de Habermas y de Rawls, precisa la manera en que éstos proponen unos métodos que no se ajustan al hombre histórico y real, cayendo en el absurdo de prescindir de las "cosas" y de los "bienes" para satisfacer hipótesis diseñadas en laboratorios racionalistas.

(iv) La *ideología* de los *derechos humanos*, fundada en el mito moderno que articula afirmaciones jurídicas sin contemplar personas u hombres, sino sólo *individuos*, es otro presupuesto en cuestión. Lo erróneo de esta teoría radica en su pretensión de reducir los derechos a manifestaciones de igual libertad y comprimir el mundo jurídico a las distintas manifestaciones del arbitrio de los individuos autónomos e independientes. Es una doctrina de los derechos *defensiva*, porque considera únicamente la libertad negativa, la libertad "contra" o "frente a". Es además un concepto puramente "*histórico*", porque la teoría de los derechos humanos no puede ser comprendida más allá de los contextos histórico políticos de su formulación, quedando reducida en la actualidad a declaraciones de buenos deseos, manipuladas a satisfacción de objetivos ideológicos particulares.

Entrando al fondo del problema, el autor analiza detalladamente las razones de por qué no puede explicarse bien el derecho desde la categoría del *derecho subjetivo*. Esta conceptualización, tan cara a la modernidad, se acerca más a un academicismo que a una realidad humana concreta.

(v) Diseñado doctrinalmente en los siglos XVII y XVIII, surge el *Estado*, forma de convivencia –y ordinariamente de dominación– propia de la Edad Contemporánea, que se hizo realidad viva en los siglos XIX y XX. Su base ideológica está en que la Unidad de la razón, propia del movimiento racionalista, reclamaba un solo Derecho, a ser posible universal: Bentham redactó más de un conjunto de leyes para países que no conocía; fueron abolidos todos los Derechos particulares, le *droit coutumier* francés o los fueros españoles. Junto al monopolio del Derecho, vino también el monopolio del Poder, suprimiéndose toda competencia política y jurídica propia a los cuerpos intermedios.

De este binomio de monopolios se constituye el Estado, y aparece la sociedad invertebrada. Para justificarlo se necesitó toda una ideología en el plano de la Filosofía del Derecho, que se denominó *positivismo jurídico*. Su fundamento: separación estricta entre las normas estatales y las normas morales, de forma que el Derecho obliga porque sí. En los momentos en

que el Estado entra en crisis, toda su justificación histórica e ideológica también lo hace.

(vi) La *teoría política* moderna y contemporánea ha girado en torno a la libertad, pero que no es una libertad real, la libertad concreta del hombre que vive en un tejido social, manifestándose cuantitativa y cualitativamente en él. Permisivismo anárquico y libertad abstracta son los dos extremos en que han concluido, por lógica consecuencia, las tesis del racionalismo político. En el segundo caso, se ha imposibilitado el ejercicio real de la participación social y de la representación política material, particularmente con el asentamiento del principio de intervención estatal, por la que el Estado, durante gran parte de su historia moderna, no ha querido ciudadanos libres, sólo *administrados*.

(vii) La *actitud racionalista* ha perjudicado el desarrollo de la ciencia y la praxis del Derecho en la Edad contemporánea. Se le ha visto como algo *deducible*, sin considerar, como dice Toulmin, que la lógica deductiva poco sirve en el Derecho, puesto que el único discurso verdaderamente científico es el de los juristas, que más que deducir desde un principio, *inducen* muchas reglas, normas y principios desde la realidad que observamos. El autor sostiene en este punto la imposibilidad de una lógica pura en el campo jurídico, y siguiendo a Montaigne, muestra cómo, dado que el racionalismo corresponde a una de las tendencias del hombre por la que busca creerse dueño del mundo, es más sagaz burlarse de sus propuestas irreales que refutarlas.

La segunda parte del libro denominada "*Ciencia Jurídica, la Moral y la Política*" tiene como objeto describir lo que se conoce impropriamente como "Derecho objetivo", esto es, el Derecho como conjunto de normas. Para el autor, el "derecho", en este sentido, es una masa abigarrada de normas y principios, y no un ordenamiento normativo sistémico, perfectamente diseñado desde una instancia previa de naturaleza estatal y explicado con las dotes de plenitud y coherencia por la ciencia jurídica dogmática.

Las reglas constitucionales entran en conjugación con las reglas de tipo político, que son siempre, quierase o no, de naturaleza moral. Girando en torno a la noción de "utilitas", el autor moderniza y aplica la teoría tomista de la derivación (por vía de conclusión y de determinación de la ley natural) de la ley positiva.

Las reglas constitucionales y políticas, más que jurídicas, son de estructura, organización y administración del bien público y del bien común. Lo

jurídico normativo sigue estando radicado principalmente en las reglas de jurisprudencia, que dan a cada uno lo que es suyo, a través de una decisión fundada en una opinión probable y justificada, impuesta por vía autoritativa.

La tercera parte del libro se titula "*Derecho y Ontología Jurídica*" y está dedicada, por un lado, a refutar la visión moderna del Derecho que ancla lo jurídico o en la medida reguladora (*norma*) o en la cualidad del individuo entendida a modo abstracto (*derecho subjetivo*); en uno u otro caso con absoluto desprecio a la realidad normada.

Para comprender de que modo el Derecho se asienta en la *realidad* (lo real ontológico, no sólo lo real empírico), es importante destacar, en primer lugar, el vínculo entre Derecho e *Historia*. La modernidad olvida frecuentemente en sus teorizaciones que lo jurídico ha de aparecer siempre en un contexto histórico concreto y circunstanciado. El derecho se define por la concreción.

Pero no es sólo historia. En segundo lugar, el Derecho es también *naturaleza*. Esto significa que el Derecho siempre es referible a un titular, con consistencia ontológica de autopresencia, con realidad propia, que no ha sido concedida ni por el Estado ni por acuerdo de los otros hombres. El hombre, este hombre, es el titular de este derecho, porque es hombre.

Pero la historia y la naturaleza no bastan. Todo hombre (*naturaleza*) concreto (*historia*) es titular de algo también concreto, que es una "cosa", algo objetivo. Esa cosa se llama "*bien jurídico*". El bien jurídico puede tener un origen natural –como la vida, o la salud– o positivo –como una casa– o algo mixto de ambos, pero en todo caso es lo que permite configurar las relaciones jurídicas en su entera realidad y concreción.

Los bienes jurídicos constituyen una realidad plural irreductible e inabarcable por una ciencia jurídica meramente especulativa, deductivista y dogmática. Sólo una ciencia de carácter especulativo práctico, cercana al problema y al caso, puede hacerse cargo de este pluralismo jurídico.

La *libertad* humana está en la base de esta pluralidad. Es la auténtica libertad, una libertad real, del hombre concreto, con contenidos concretos, que se articula en el ámbito de las relaciones sociales históricas. Es una libertad que se objetiviza con los bienes jurídicos y con el ajuste que entre ellos corresponde hacer a la justicia. Pero de ningún modo es la libertad de la modernidad jurídica, que es más bien un subjetivismo jurídico sin límites palpables.

El autor concluye su obra con un apéndice que titula "*El espíritu de la Modernidad*", expuesto en 99 breves principios. El último termina afirmando algo muy sintomático: "He escrito –dice– una serie de cosas que todos deben saber. Pero nunca preguntar. Y, mucho menos, exponer".

Es claro que lo analizado en este libro rompe los lugares comunes. Es más destruye nuestros hábitos reflexivos en torno al Derecho, como realidad ya dada y conformada por el Estado. En este sentido, la obra se lee a modo de desafío intelectual y de provocación conceptual respecto de lo que por muchos años, y de un modo dogmático, hemos dado por sentado, probado y consagrado.

La modernidad ha *nominado* muchas cosas –incluso cosas que no existen– con el término "*Derecho*". La facultad de hacer realidad lo que se denomina con las palabras es, sin embargo, un privilegio que sólo la literatura sagrada concede a Dios. El racionalismo en su afán de abarcar, para todo y siempre, toda la realidad con el lenguaje humano, se sintió muchas veces tentado a nominar al modo sagrado. Es hora de despertar de este sueño y comenzar a analizar críticamente lo que la modernidad racionalista nos ha legado en el campo jurídico.

Derecho no es sólo un conjunto de normas. Menos es un conjunto de normas establecidas o "reconocidas" (no se sabe cómo) por el Estado. Mucho menos es aquel conjunto de normas que regulan las relaciones sociales y que provienen del Estado, dotado de potestad coactiva. Si el lector cree que el Derecho es esto, significa entonces que la enseñanza equívoca de la modernidad jurídica ha inoculado sus dogmas dentro de él. El libro de Carpintero es, en este aspecto, un valioso antídoto.

I signori della pace (Los señores de la Paz)

Una crítica del globalismo giuridico

de **Danilo Zolo**

Carocci, Roma,

1998

José Ignacio Vásquez Márquez

Profesor Titular de

Nociones del Estado de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Probablemente, sólo desde la detención en Londres del ex Presidente Pinochet, ha comenzado a desarrollarse en nuestro país una reflexión y una polémica académicas serias en torno a las dimensiones jurídicas y políticas del proceso de globalización que experimenta el mundo, de modo más patente a partir del derrumbe del imperialismo soviético y del resurgimiento de la consecuente hegemonía occidental.

Hasta antes de tal hecho, la globalización sólo era percibida en los ámbitos económicos, comerciales y, aún, en el de las comunicaciones. La aparente neutralidad valórica de éstos, ha permitido apreciarlos de modo más pragmático, aunque sin estar exento de críticas. Sin embargo, el hecho de aquella detención nos puso de lleno en medio de un fenómeno que la mayoría no visualizaba y del cual no se tenía conciencia; no tanto por la consideración hacia la persona del detenido, sino, fundamentalmente, porque ello implicó un grave cuestionamiento de principios jurídicos y políticos que se creían inalterables, pero, que en realidad desde hacía algún tiempo habían comenzado a relativizarse y aún, a modificarse, sin ser advertido por la mayoría.

La obra que se comenta, precisamente somete al análisis crítico tal proceso y sus premisas filosóficas, resultando útil para comprenderlo con menos ingenuidad y simplismo del acostumbrado. Nuestro aislamiento geográfico e incluso cultural dificulta el conocimiento cabal y profundo de fenómenos que se desarrollan en otros epicentros, pero que tarde o temprano nos dominarán.

El autor, Danilo Zolo, es docente de Filosofía y Sociología del Derecho de la Universidad de Florencia, posee especiales dotes para desentrañar la esencia o los aspectos centrales de este fenómeno de fin de siglo, que se ha denominado como globalización jurídica. Aunque la obra de Zolo, publicada hace un año atrás, tuvo en consideración fundamentalmente la guerra del Golfo Pérsico y las sucesivas fases de aplicación de las medidas punitivas contra Irak, la guerra de los Balcanes, en especial el ataque de la OTAN y EEUU en contra de un país soberano europeo como Yugoslavia,

ocurrido recién este año, no afecta la vigencia y actualidad de esta reflexión crítica, sino, más bien, estos hechos vienen a reafirmar y hacer más evidente la capacidad predictiva y la misma tesis del autor.

El fenómeno de la globalización jurídica es posible definirlo de modo muy sintético: como la intención ideológica, expresada por las grandes potencias y hecha propia por los mayores líderes occidentales, de someter al resto de los estados del mundo, al menos respecto de los crímenes contra la Humanidad, a una sola ley y a una sola jurisdicción universal. La premisa filosófica de tales concepciones es la idea kantiana de la unidad moral del género humano, del que deviene la necesidad de elaborar un derecho cosmopolita. Prácticamente desde Kant, la idea de una Humanidad como sujeto de derechos y de ciudadanía ha ido imponiéndose decididamente. Actualmente, los defensores de esta visión encuentran abonado el camino para poner en práctica su teoría, comenzando por los derechos humanos, para proceder en un futuro próximo, a la fundación de un Estado universal.

La eufemísticamente llamada "acción humanitaria" en Yugoslavia, se ha realizado en realidad, pisoteando elementales reglas del derecho internacional, para buscar fundar, gracias a la hegemonía política y militar norteamericana, una nueva norma a la que todos los actores internacionales deberán en el futuro atenerse. Resulta claro que, en los próximos años, Estados Unidos buscará encuadrar en una nueva legalidad internacional sus actos de fuerza, asegurándose así el poder de decidir dónde y cuándo intervenir militarmente en nombre del derecho a la injerencia humanitaria. Lo anterior, sin necesidad de recurrir al Consejo de Seguridad de la ONU, donde, sin duda, se arriesga a sufrir el veto de Rusia y China.

El libro de Zolo somete a un examen crítico el pensamiento de tres figuras claves de la "globalización humanitarista", como Hans Kelsen, Jürgen Habermas y Norberto Bobbio, quienes han sentado las bases del nuevo derecho internacional humanitarista. En efecto, Kelsen, el primero en el orden cronológico y fiel heredero del pensamiento de Kant, actualiza el universalismo de éste, su idea de la unidad moral del género humano, de una paz en clave cosmopolita y la subordinación de los Estados soberanos en una República universal de derecho, concretamente, al manifestar su deseo de que exista un sólo ordenamiento jurídico que incluya dentro de una única jerarquía normativa tanto el derecho interno como el internacional. En su Teoría General del Estado, expresa que si se quiere la coordinación de Estados de Derecho, "debe renunciarse a la soberanía como propiedad del Estado, debe abandonarse el primado de un orden jurídico estatal particular y dar paso a la idea de un orden jurídico internacional o

Derecho de gentes, que se halle por encima de todos los Estados, merced al cual éstos se coordinan, y que sea el que delimite sus esferas de competencia; en suma, hay que dar paso a la idea del primado del orden jurídico internacional.”

Habermas, por su parte, manifiesta la idea de la universalidad de los derechos humanos y, en consecuencia, plantea que su tutela no puede quedar entregada a los viejos Estados nacionales, sino que debe ser garantizada por organismos supranacionales. Aquél, fiel kantiano, sostiene la necesidad de pasar del derecho internacional al derecho cosmopolita y que en función de éste, las Naciones Unidas deberían progresivamente absorber las atribuciones ejecutivas, jurisdiccionales y militares de los Estados nacionales para terminar finalmente en la formación de un Estado mundial que garantice un orden justo y la paz mundial. Habermas sostiene la tesis de una realidad posnacional basada en un patriotismo de la Constitución, como expresión de un extremo positivismo jurídico y la universalización del Estado de Derecho democrático liberal y el derecho humanitario. Otro kantiano y kelseniano como Norberto Bobbio, cree que sólo un Estado mundial puede eliminar el peligro de la guerra. Así, aquél formula cual Leviatán moderno, que si ayer los hombres en el estado de naturaleza debieron renunciar al uso individual de la fuerza, hoy los Estados, sujetos al temor recíproco, deben actuar análogamente, entregando su poder a un órgano supremo que ejerza en los conflictos interestatales el mismo monopolio de la fuerza que el Estado ejerce respecto de los individuos.

La crítica de Zolo a los anteriores autores, aparece como un análisis no dogmático, sino realista, de asuntos internacionales, respecto de los cuales demuestra convincentemente la imposibilidad de una teoría pura del derecho al margen de concretas relaciones de fuerza de carácter económicas, políticas y militares de nivel mundial. Así, el proceso de globalización jurídica aparece triunfante en determinados sectores, no gracias a su fuerza de argumentación, sino por el hecho de ser una ideología funcional a determinados intereses. Al respecto, Danilo Zolo señala que su realce internacional depende seguramente de la hegemonía económico-militar de Occidente, que parece exigir la unificación sobre la escala planetaria, pero, además depende de la circunstancia que se trata de una filosofía del derecho orientada a legitimar las instituciones internacionales hoy existentes y, de modo más especial, su más reciente desarrollo humanitario y judicial. Asimismo, como Zolo destaca, la aspiración a una jurisdicción mundial se funda en una visión etnocéntrica occidental, que hace tabla rasa y desprecia las diferencias políticas, jurídicas y las tradiciones culturales de una gran parte del planeta, consideradas como arcaicas o primitivas.

En fin, la obra comentada resulta particularmente útil, porque aunque no pretende elaborar una teoría orgánica alternativa, sin embargo, ofrece importantes antecedentes y elementos de juicio que permiten una refutación de la doctrina globalista en el ámbito jurídico. A juicio del autor, es preciso abandonar "l'idea di una lex mundialis que disciplini i rapporti internazionali dall'alto di una monolitica gerarchia normativa". El análisis de la verdadera realidad del nuevo orden internacional y de la globalización jurídica, llama a reflexionar en torno a la necesidad de configurar estructuras regionales capaces de regular eficazmente las relaciones estatales al interior de ellas y de permitir una mayor igualdad jurídica en el trato entre los Estados. Cabe, por lo mismo, recordar la obra de Carl Schmitt, quien hacia los años cincuenta, advirtiendo los cambios del Nomos de la Tierra, es decir, los cambios en el Derecho de gentes como forma de apropiación, apacentamiento y distribución del espacio geográfico mundial, formulaba su tesis de los "grandes espacios" o un *pluriversum contra universum*, en buenas cuentas, el pluralismo a escala internacional.

ACTUALIDAD JURIDICA

**Revista de Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo**

Normas para la presentación de trabajos

Los trabajos deberán enviarse en triplicado e incluir también una versión en diskette en formato Word para Office 97 u Office 2000, y una foto del autor en tamaño carnet.

Los autores que presenten artículos cuyos contenidos sean de algún modo similares a los trabajos ya publicados o que se han sometido a otros editores como parte de un trabajo más extenso, deben hacer presente esta situación en una carta adjunta.

Se deberá anteponer, en la primera hoja, un resumen de no más de 120 palabras (10 líneas).

Los trabajos deberán enviarse a:

Consejo Editorial,
Revista Actualidad Jurídica
de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo,
Avda Las Condes 12.584, Santiago, Chile.

No se devuelven originales.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto su Facultad de Santiago como la de Concepción.

ACTUALIDAD JURIDICA pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.



R000671



Universidad del Desarrollo
Santiago