

ACTUALIDAD JURIDICA



Año V

N° 10

Julio 2004

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Crisis Moral o
Subversión de los Valores

•
¿Subsisten los Principios del
Código Civil de Bello?

•
Moral y Derecho:
una Compleja e Inevitable Relación



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año V, N° 10 - Julio 2004



Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*

Hugo Rosende A.

Cecily Halpern M.

Mario Rojas S.

Bruno Caprile B.

Hugo Fábrega V. *Secretario*

Director

Pablo Rodríguez G.

Editor

Rafael Cruz F.

Representante Legal

Ernesto Silva B.

ISSN N° 0717-5914 - Santiago de Chile

Ediciones Universidad del Desarrollo

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

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

Impresión: OGRAMA S.A.

Índice de Contenidos

5 años de *Actualidad Jurídica*

- Presentación 7

Tema central: *Moral y valores*

- ¿Crisis moral o subversión de los valores? P. Rodríguez G. 13
- Subversión de los valores. F. Moreno V. 27
- Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico. J. L. Cea E. 43
- ¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello? H. Rosende A. 55
- El derecho al honor y la sed de mentira. J. Alvear T. 69
- La subversión de valores y la historia. J. Barceló 79
- Moral y derecho: una compleja e inevitable relación. M. Silva A. 83
- Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia. L. Bulnes A. 117

Ensayos y Estudios

- La Nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal. J. Salas V. 133
- Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. R. Momberg U. 151
- Máximas de experiencia. H. Oberg Y. 167
- Contrato de *outsourcing* informático. R. Sandoval L. 175
- El límite marítimo entre Chile y Perú. F. Gamboa S. 199
- Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno. R. Céspedes P. 209
- Dos aspectos del delito de negociación incompatible. R. Medina J. 223
- La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España. J. M. Herreros - A. Roldán M. 229
- El Ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio. R. F. Campusano - E. Silva B. 267
- Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta? P. Oyaneder D. 287

Puntos de vista

- Precisiones acerca de la excepción del contrato no cumplido. E. Rioseco E. 295
- A propósito de la excepción del contrato no cumplido. P. Rodríguez G. 299

Análisis Jurisprudencial

- Sentencia "Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Limitada y Banco Internacional". F. Rabat C. 305
- Contradicción en sentencias sobre legítima defensa. H. Rivera V. 317

Actividades de las Facultades

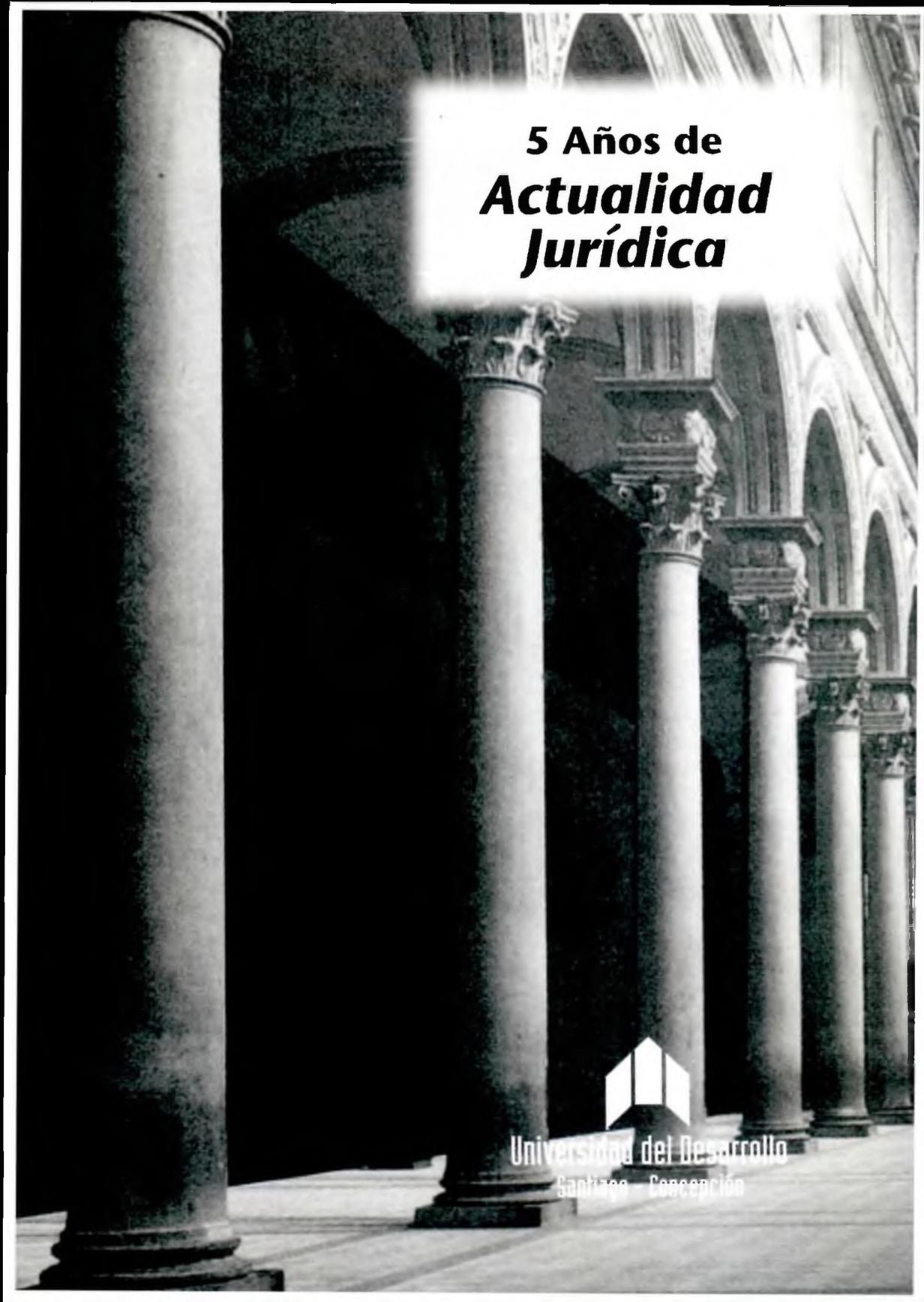
- Facultad de Derecho, sede Santiago. A. Fraga Y. 351
- Discurso de inauguración año académico 2004. P. Rodríguez G. 355
- Facultad de Derecho, sede Concepción. B. Caprile B. 359

Libros. Resúmenes y Recensiones

- *Responsabilidad Contractual*, de Pablo Rodríguez G., Comentario de H. Rosende A. 365
- *Responsabilidad Contractual*, de Pablo Rodríguez G., Comentario de P. Oyaneder D. 393
- *La solución de controversias comerciales en un mundo globalizado*, de G. Paiva H. y C. Cortés S. Comentario de R. Cruz F. 403
- Índice Revista *Ius Publicum* N° 11 411
- Índice Revista *Ius Publicum* N° 12 412

Artículos y Autores publicados en 5 años de revista *Actualidad Jurídica*

- Introducción. Hugo Fábrega V. 415
- Revista *Actualidad Jurídica* N° 1 - Enero 2000 416
- Revista *Actualidad Jurídica* N° 2 - Julio 2000 417
- Revista *Actualidad Jurídica* N° 3 - Enero 2001 418
- Revista *Actualidad Jurídica* N° 4 - Julio 2001 419
- Revista *Actualidad Jurídica* N° 5 - Enero 2002 420
- Revista *Actualidad Jurídica* N° 6 - Julio 2002 421
- Revista *Actualidad Jurídica* N° 7 - Enero 2003 422
- Revista *Actualidad Jurídica* N° 8 - Julio 2003 423
- Revista *Actualidad Jurídica* N° 9 - Enero 2004 424
- Revista *Actualidad Jurídica* N° 10 - Julio 2004 425
- Separatas de *Actualidad Jurídica* 426



**5 Años de
*Actualidad
Jurídica***



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Actualidad Jurídica cumple 5 años

Con la publicación de este número (10), *Actualidad Jurídica* cumple sus primeros cinco años de vida. Semestralmente hemos ido recopilando los mejores trabajos sobre nuestra disciplina para darlos a conocer al mundo profesional y académico. En cada edición hemos abordado aquellas materias que mayor repercusión han tenido en el ámbito del Derecho, a fin de divulgar las razones y argumentos que se hacen valer e incentivar el debate y el intercambio de puntos de vista, sin otra exigencia que la calidad de las colaboraciones y el respeto que merece cada posición y quien la sustenta.

Seguimos creyendo que las ciencias jurídicas progresan y evolucionan continuamente, en un proceso ininterrumpido que enriquece a la sociedad y que tiene la virtud de adaptar las normas de convivencia social a los valores y preferencias que predominan en cada época. El Derecho, por lo mismo, es una ciencia dinámica, en constante búsqueda de fórmulas que expresen con mayor propiedad las aspiraciones de la comunidad en que vivimos. La función actualizadora del Derecho no se realiza sólo a través de las reformas legislativas, a ello contribuye, incluso en mayor medida, la jurisprudencia y la doctrina. Para comprobarlo basta con examinar cómo los fallos judiciales y la opinión de los autores se han adelantado, a veces en décadas, a una innovación legal.

Varios fenómenos en los últimos 30 años han incrementado la importancia de la actividad jurisdiccional, generándose con ello una fuerte presión sobre los cuerpos legales, ninguno de los cuales puede mantenerse incólume ante los cambios y transformaciones que operan en la sociedad.

Comencemos por recordar que el Poder Judicial fue el único que mantuvo su estructura institucional durante el Gobierno Militar, lo que, en cierta medida, impidió una modernización y ajuste necesarios, acorde con los avances experimentados en las demás áreas del quehacer nacional y en los otros organismo del Estado. No es exagerado sostener que el vuelco profundo que sufrió Chile entre 1973 y 1990 se insertó en el ámbito de un derecho tradicional que recién hoy acusa con mayor claridad sus debilida-

des y vacíos. Muy probablemente ello ha hecho más visibles las insuficiencias del sistema legal y las debilidades que evidenció a la hora de restablecerse plenamente el orden político tradicional regulado en las normas permanentes del estatuto constitucional.

Desde otra perspectiva, es también evidente que el Derecho Constitucional, desde la entrada en vigencia de la Carta de 1980, gravita poderosamente en todo el sistema jurídico, modificando hábitos muy arraigados y generando nuevos instrumentos en armonía con la defensa de los derechos individuales y el rol subsidiario del Estado. Varias generaciones, formadas bajo una visión marcadamente "estatista", han debido asimilar renovadas concepciones en que la libertad individual y la persona humana son el eje sobre el cual debe girar el ejercicio de la soberanía. En este mismo orden de cosas y al amparo de la normativa constitucional, se ha abierto paso el influjo creciente del Derecho Internacional, lo cual, sin duda, se intensificará en el futuro inmediato, como consecuencia del proceso de "globalización", firmemente alentado por el uso y extensión de medios y recursos tecnológicos que parecen ser el sello característico de nuestro tiempo.

Finalmente, como subproducto de las realidades anteriores, es perceptible, incluso para el observador más desaprensivo, que la actividad política, administrativa y económica se ha "judicializado", transfiriendo a los Tribunales de Justicia problemas y conflictos que en el pasado eran resueltos o estaban encomendados a otros organismos.

Creemos que estas tres cuestiones (congelamiento del sistema judicial, supremacía del Derecho Constitucional e influencia del Derecho Internacional, y "judicialización" de los conflictos políticos, administrativos y económicos) han contribuido a generar un ambiente de insatisfacción en la ciudadanía que trasunta el funcionamiento del Poder Judicial y que alcanza al sistema jurídico en su totalidad.

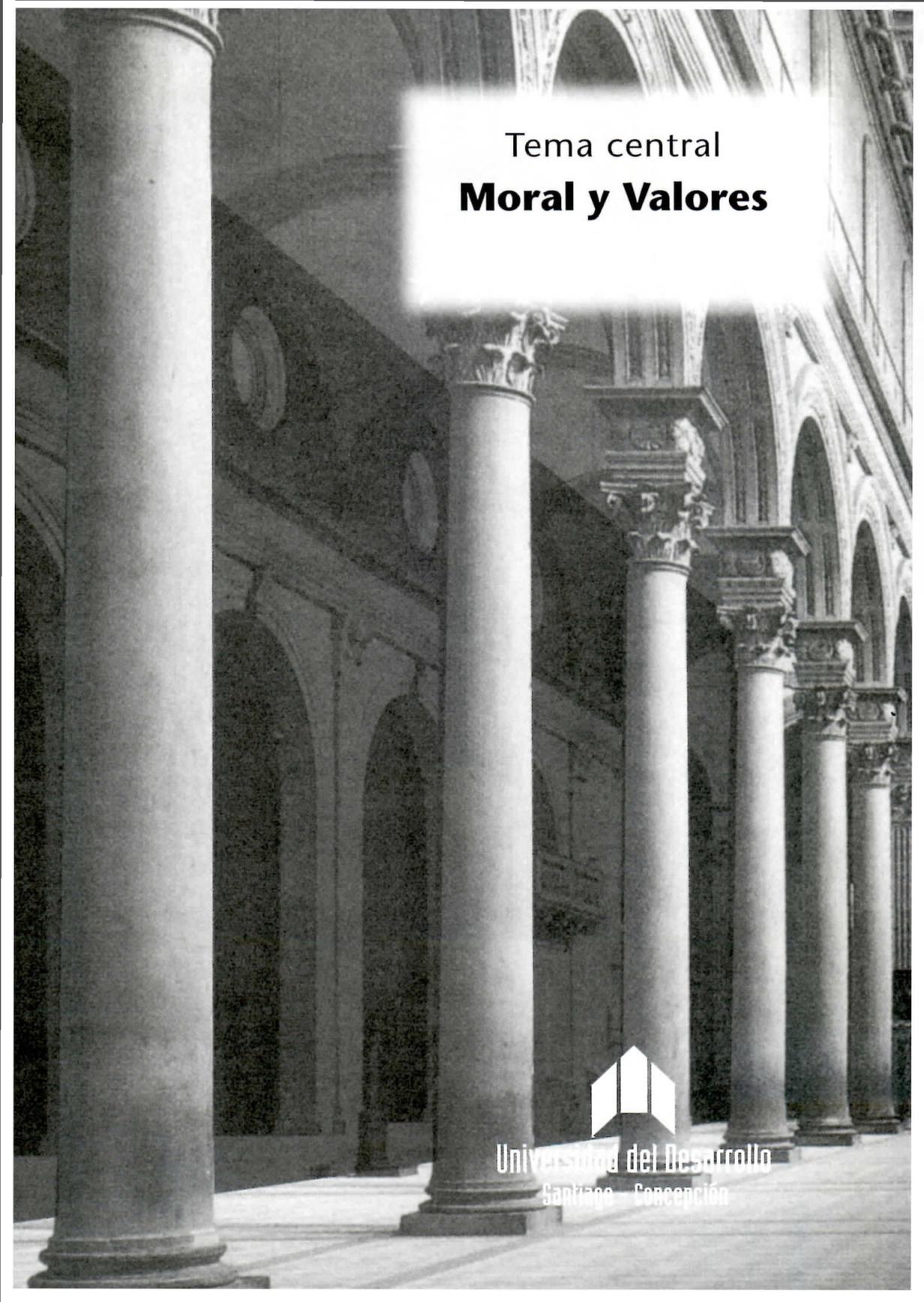
En consecuencia, están dadas las condiciones para encarar una profunda reforma del ordenamiento jurídico en lo que concierne a la judicatura, a las normas que integran los cuerpos legales más importantes, y a la estructura y funcionamiento de la Administración. Justo es reconocer que en muchos sentidos este desafío se está encarando. Basta para ello comprobar las reformas procesales ya realizadas y las que se hallan en estudio; las nuevas leyes en materia penal, civil y comercial; la regularización y reglamentación de la actividad de los entes que integran la Administración del Estado; etc.

Nuestra tarea, entonces, consiste en contribuir, en la modesta medida de nuestras fuerzas, a acelerar y profundizar esta evolución, que, en el fondo, importa afianzar el establecimiento, reconocimiento y amparo de los nuevos valores. En otros términos, como lo intentamos en este número de *Actualidad Jurídica*, queremos descubrir, analizar, sintetizar y entregar al juicio público –el único capaz de consolidar la eficacia de la norma jurídica– la nueva escala de valores que emerge con fuerza a partir de 1980 y que debe hallar arraigo en el alma nacional para tener estabilidad y continuidad en el tiempo.

Nuestras páginas seguirán abiertas a todas las ideas sin otra aspiración que la de ser un cauce que recoja las inquietudes jurídicas en una etapa trascendental de nuestra historia, etapa que se plasmará, a mediano o largo plazo, en un Derecho moderno, renovado y capaz de interpretar los sentimientos y valores predominantes en la sociedad de hoy. Esta es, creemos nosotros, la misión más ambiciosa de una Facultad de Derecho y estamos dispuestos a realizar nuestros mejores esfuerzos para cumplirla.

El Director





Tema central
Moral y Valores



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

¿Crisis moral o subversión de los valores?

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO



I. ¿Vivimos una crisis moral?

La sociedad es un ente diverso de la suma de sus miembros. Ella obedece a leyes y principios propios, formulados y estudiados por la sociología y la antropología, ciencias cada día más avanzadas y complejas. En los últimos 50 años, la sociedad ha experimentado cambios radicales que difícilmente es capaz de asimilar nuestra generación. De aquí el asombro que muchas personas manifestamos ante las actitudes de la juventud, tan diferentes de aquellas que predominaban en nuestro tiempo. No es exagerado sostener, entonces, que conviven en la actualidad dos mundos valóricos diferentes, que, como es natural, chocan y se entrelazan generando incertidumbre e inestabilidad. Es innegable que siempre ha habido lo que se ha llamado "choque generacional". Pero esta vez la cuestión es más profunda, porque esta confrontación no es hoy consecuencia de una divergencia secundaria o de matices, sino de la adhesión a otros valores, muchos de los cuales son incompatibles con los que se sustentaban hasta ayer.

Como es obvio, toda agrupación humana evoluciona y se transforma. Los hábitos, las costumbres, las preferencias, los estilos, las modas, etc., cambian inexorablemente a través del tiempo. Nada tiene ello de sorprendente y novedoso. Lo que nos conmueve son específicamente dos cuestiones sin precedentes históricos: la velocidad con que evolucionan y se renuevan los conocimientos y las costumbres, y la profundidad con que se producen estos cambios. ¿Cuál es la causa de este proceso que parece cobrar cada día mayor importancia?

A nuestro juicio, la causa más relevante es el desarrollo vertiginoso de las ciencias exactas y de la tecnología, y la circunstancia de que las ciencias sociales no hayan sido capaces de adaptarse a este avance, que, como quiera que se mire, está transformando el mundo, tanto objetiva como subjetivamente.

Es un hecho ya indiscutible que las **ideologías** y las **concepciones religiosas** han perdido terreno, y que en el día de hoy predomina un "pragmatismo tecnológico" que conduce fatalmente al hedonismo y la permisividad. Este fenómeno ha debilitado los mandatos éticos, al extremo de que, casi sin darnos cuenta, hemos comenzado a tolerar a quienes, en procura de beneficios económicos principalmente, desprecian la legitimidad de los medios en procura de alcanzar los fines que se proponen. La sociedad se ha materializado, las relaciones intersubjetivas se han vulgarizado, el sexo se ha transformado en fuente de placer al margen de la responsabilidad que conlleva, la cultura se menosprecia como si se tratara, en el mejor de los casos, de una escarapela para lucirla, los sentimientos más elevados se han debilitado y la mayor parte de los "modelos" ha caído despedazándose. En suma, la humanidad transita entre la "**era industrial**", que se caracterizó por la tensión que se desató entre el capital y el trabajo y la aparición de ideologías y doctrinas revolucionarias, y la "**era tecnológica**", que ha provocado un proceso de "globalización", gracias al enriquecimiento de la información y las comunicaciones.

El ocaso de las **ideologías** y de las **concepciones religiosas** (que si bien perduran, no tiene la fuerza irresistible que ejercían hasta hace menos de un siglo), ha desplazado a las personas a un mundo en que las ideas predominantes se forjan a través de otros medios. Ya no son los padres ni los maestros ni los grandes pensadores (poetas, escritores, ideólogos, líderes políticos y sociales), los que fijan las metas y orientan a la juventud. En este momento son los medios de comunicación audiovisuales, especialmente la televisión, la computación y sus redes informáticas (Internet), los que influyen de modo determinante en la formación de las nuevas generaciones y los que deciden sus aspiraciones y sus sueños. Es aquí en donde se produce el divorcio valórico que advertimos. La ley suprema ha pasado a ser el éxito material, porque nos pone en situación de acceder a los beneficios que brinda el desarrollo económico. La competencia se da en el marco estrecho de las utilidades monetarias. Ganan los que, en cualquier medio en que actúen, sacan ventaja a los demás, sin que sea requisito para ello respetar las reglas del juego. Todo el esfuerzo se concentra en lograr el éxito, sin reparar en su costo ni en los perjuicios que puedan producirse.

Como hace ya muchos años lo advirtió Ortega y Gasset, en su célebre "Rebelión de las Masas", en estos períodos de decadencia espiritual y cultural, las elites se repliegan, pero no desaparecen. Son ellas las encargadas de hacer imperar los valores cuando ellos han sido mancillados, dando al desarrollo de la civilización humana un destino cíclico. El desafío de hoy es "humanizar la ciencia y la tecnología", poniéndola al servicio del espíritu y de los valores que dignifican y dan sentido a la existencia del hombre so-

bre la Tierra. No se trata, como podría pensarse, de hacer retroceder el tiempo. No. Se trata de colocar el nuevo y portentoso instrumental que han creado la ciencia y la tecnología en armonía y en función de valores perdurables, en lugar de explotar las miserias y pequeñeces que subyacen en todos los seres humanos. No olvidemos lo que dijo Oscar Wilde: "todos vivimos en el barro, pero hay algunos que miramos las estrellas". Este es el horizonte: hacer que todos eleven la vista a las estrellas y no piensen en que sólo existe el lodo.

Se ha dicho que la tecnología es neutra desde el punto de vista axiológico, por ende, lo que hemos llamado el nuevo instrumental no es bueno ni es malo en sí mismo. Su virtud o perversidad depende del uso que de él se hace. La cuestión, entonces, es otra. Todo revela que el uso de los medios tecnológicos no está hoy día en manos de quienes dominaban el mundo político, cultural, ideológico, religioso y artístico hace medio siglo. El poder, por lo mismo, ha cambiado de manos. Una falange indefinida sin estructura conocida, gobierna los medios a través de los cuales se forjan las ideas matrices que mueven el pensamiento colectivo. Participan en ello los sectores más diversos y no es extraño que los propietarios de los medios de comunicación no tengan, como podría presumirse, el control de la información. Da la impresión de que, imperceptiblemente, la información está comenzando a ser ejercida por las universidades, los centros de investigación, las grandes fundaciones internacionales y otras agrupaciones semejantes dedicadas a la defensa del medio ambiente, de los derechos humanos, etc. Vivimos, en consecuencia, una etapa histórica difícil de interpretar y conocer, lo cual dificulta el conocimiento de los valores dominantes y su evolución.

Sostener que vivimos una "crisis moral", en esta perspectiva, es equivocarlo. Ello implicaría que, para superarla, habría que restaurar los valores pospuestos, lo cual nadie pretende (salvo, quizás, los anclados en el pasado, que, con Jorge Manrique, siguen pensando que "cualquiera tiempo pasado fue mejor", espejismo del que todos, en cierta medida, hemos sido víctimas) ni tendría sentido en este nuevo escenario. Lo que se busca es reivindicar el humanismo, entendiendo como tal el predominio de los valores espirituales por sobre las ambiciones materiales, la solidaridad por sobre el individualismo, el respeto a la dignidad de la persona por encima del orgullo que la mancilla, la honestidad y la verdad en lugar de la vileza y la falsedad. Más claro, aun, lo que postulamos es poner el rico instrumental que nos proporcionan la ciencia y la tecnología al servicio del hombre "espiritual" (en cuanto portador de valores eternos, como dijo un pensador) y no del hombre "material" (esclavizado por la riqueza y el poder).

II. ¿Subversión de los valores?

No cabe duda que en materia jurídica la subversión de los valores (en cuanto trastornar, revolver o destruir) se ha manifestado en numerosas modificaciones legales que, de modo preponderante, obedecen a este fenómeno. El Derecho es una manifestación social. Él no puede quedar al margen de las preferencias que predominan en la comunidad, puesto que son éstas, al fin de cuentas, las que condicionan el comportamiento de los imperados y hacen posible el “cumplimiento espontáneo del Derecho”, sin el cual el sistema sería inoperante. En efecto, como tanto se ha advertido, los organismos encargados de reprimir la violación de la norma jurídica están concebidos e instituidos sobre la base de infracciones excepcionales, no generalizadas. Si una norma, por lo mismo, llegara a ser ineficaz, esto es, se incumpliera por toda la comunidad, la sanción, en cuanto conducta de reemplazo destinada a restablecer el orden social quebrantado, se haría imposible y, por ende, el derecho perdería su característica singular: la coercitividad, unida a la seguridad y certeza que en ella arraigan.

De lo dichos se infiere, entonces, que el contenido axiológico del derecho (el substrato valórico en que la norma se funda) es una condición, no de validez como algunos pretenden, sino de eficacia, subordinando a ésta la existencia del “Estado de Derecho”. Si los valores que inspiran, modelan y determinan la conducta social cambian, constituye un imperativo ineludible modificar paralelamente las normas jurídicas, adaptándolas a las nuevas preferencias. Es esto, precisamente, lo que ha sucedido en el ámbito del derecho, en general, y del derecho civil, en particular. Nos interesa, especialmente, abordar estas últimas modificaciones, dejando sentado, desde ya, que ello ocurre en todas las ramas del Derecho, incluso, haciendo surgir nuevas disciplinas jurídicas, como sucede, por vía de ejemplo, con el Derecho informático, espacial o biotecnológico. Asimismo, algunas innovaciones consagradas en otras ramas del Derecho repercuten o tienen aplicación en materia civil, por efecto de la estructura sistemática del orden jurídico.

A. La conducta sexual

Comencemos por recordar que la Ley N°19.617, de 12 de julio de 1999, derogó el Párrafo 4° del Título VII del Libro II del Código Penal, despenalizando el rapto, y el artículo 365, despenalizando el delito de sodomía. De la misma manera, la Ley N°19.335, de 23 de septiembre de 1994, derogó el Párrafo 9° del mismo Título y Libro del Código Penal, despenalizando el adulterio. Sin perjuicio de lo anterior, ambas leyes introdujeron reformas importantes a los delitos contra el orden de la familia, despena-

lizando, por vía de ejemplo, el incesto respecto de los ascendientes o descendientes por afinidad legítima (parentesco hoy desaparecido).

Como puede observarse, estas modificaciones recogen una mayor liberalidad en materia sexual y debilitan las sanciones a la infracción del deber de fidelidad en el matrimonio (incluso el adulterio civil ha visto considerablemente atenuados sus efectos). Esta nueva regulación, sin la menor duda, expresa el predominio de otras valoraciones sobre esta materia, lo cual se evidencia con la desaparición de figuras penales que, a su hora, tuvieron un fuerte arraigo en las costumbres vigentes.

B. La familia

Una de las instituciones que mayores innovaciones ha sufrido en el último tiempo es la familia, el cuerpo social intermedio más importante, según dispone el artículo 1° de la Constitución Política de la República. A este respecto la Ley N°19.585, de 26 de octubre de 1998, que entró en vigencia un año después de su publicación, modificó las bases más profundas de la organización de este “núcleo fundamental de la sociedad”, como la llama la Carta Fundamental, al eliminar la distinción entre “familia legítima” (constituída a partir del matrimonio) y la “familia ilegítima” (que se formaba al margen del mismo). Las normas sobre filiación (Títulos VII y VIII del Libro I del Código Civil) han experimentado una modificación sustancial, igualando la calidad de los hijos (lo cual hizo desaparecer los llamados hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos), y reconociendo sólo dos tipos de descendientes con idénticos derechos (hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales). De la misma manera, se han ampliado las acciones de reconocimiento de filiación, al extremo de permitir que ellas se deduzcan, incluso, después de los días de los progenitores. Lo propio ha sucedido en materia de “derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” (Título IX del Libro I del Código Civil), sobre “la patria potestad” (Título X del mismo Libro), sobre “las pruebas del estado civil” (Título XVII del mismo Libro) y sobre “los alimentos que se deben por ley a ciertas personas” (Título XVIII del mismo Libro).

La tendencia parece inclinarse por el debilitamiento de la estructura jurídica de la familia “tradicional” con el propósito de hacer a esta institución más accesible a otras formas de organización y composición, cuestión que, sin exagerar, ocupa gran parte de la preocupación y el debate públicos.

Aun cuando ello parezca increíble, nuestro legislador no ha sido capaz de definir y caracterizar con precisión el concepto jurídico de familia, admitiéndose, hasta hoy, varias y encontradas interpretaciones sobre algo tan

fundamental. Al parecer ello ha sido consecuencia de que tras esta definición se esconde un problema valórico que es difícil resolver y que compromete a los agentes políticos que, enfrentados a esta problemática, prefieren esquivar su responsabilidad. Tampoco la jurisprudencia ha adoptado un predicamento claro respecto de esta controversia, eludiendo un problema que sigue pendiente. ¿Cuál es la base de la familia? ¿Quiénes son sus componentes? ¿Debe integrarse a partir del matrimonio? ¿Puede una pareja del mismo sexo, como ardorosamente postulan algunos sectores, formar una familia con el respaldo y el apoyo del Estado? Preguntas tan elementales se mantienen en tinieblas, porque falta un compromiso fundamental que sólo puede expresarse en la ley y que, por lo mismo, permite sostener cualquier respuesta.

C. El matrimonio

La nueva Ley de Matrimonio Civil, que sustituyó a la Ley de 1884, constituye otro hito en las nuevas tendencias valóricas. Ella puso fin entre nosotros a la ficción legal de que el matrimonio era un contrato indisoluble que ligaba a los cónyuges por toda la vida, dejando sin regulación jurídica las rupturas matrimoniales. La sociedad, que como la naturaleza repugna los vacíos, suplió aquella insuficiencia mediante un resquicio (la nulidad de matrimonio por incompetencia del Oficial Civil que lo autorizaba), que operó como una válvula destinada a descongestionar las presiones sociales que generó una legislación obsoleta y desconectada de su época. Pero las consecuencias del atraso legislativo fueron nefastas. A la desprotección de muchas familias que experimentaron el abandono y la marginación, debe agregarse una cifra alarmante que ahorra todo comentario: más del 50% de los nacimientos se producen fuera del matrimonio, con todo lo que ello significa desde la perspectiva del buen funcionamiento de las instituciones básicas.

Como lo hemos sostenido siempre, esta nueva ley de matrimonio civil en lugar de debilitar a la familia la fortalece, porque sale al encuentro de las rupturas y reglamenta sus efectos perversos. Pero no puede negarse que ella se funda en otra concepción del matrimonio y en el hecho de que es posible jurídicamente (y de manera legítima) constituir una nueva familia cuando se extingue el vínculo anterior. Los que creen que en el futuro será fácil obtener la disolución del matrimonio incurren en un error manifiesto, porque a partir de la vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil, todo ello estará regulado en función de los intereses del cónyuge más débil y de la descendencia común. Nada se lograba con mantener la apariencia de un matrimonio indisoluble, susceptible de anularse con extrema facilidad por medios considerados, incluso, fraudulentos, a costa de la destrucción de muchas familias y del establecimiento de nuevos núcleos fami-

liares sin mayores exigencias. De aquí nuestra aseveración en el sentido de que la nueva Ley de Matrimonio Civil ha venido a reconocer una realidad insoslayable, cuyo ocultamiento o ignorancia operaba en favor del desorden y la injusticia.

D. Igualdad entre los cónyuges

A partir de la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, que entró en vigencia noventa días después de su publicación, salvo algunas disposiciones contempladas en el artículo 5° de la misma ley, se tiende a igualar los derechos y obligaciones entre los cónyuges. Desde luego, se abrogaron las normas que declaraban relativamente incapaz a la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, recuperando ella su plena capacidad civil para todos los efectos legales, con escasas limitaciones, como la administración de sus bienes propios, que se confía al marido, pero ampliándose, paralelamente, las facultades de la mujer para estos efectos (artículos 1754 y 1755 del Código Civil). Esta ley, además, extendió considerablemente las restricciones que el artículo 1749 impone al marido durante la administración de la sociedad conyugal, dando a la mujer mayores facultades, al extremo de que puede afirmarse que en el día de hoy existe una verdadera "coadministración" de los bienes sociales presuntivamente más valiosos.

La Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que entró en vigencia tres meses después de su publicación –salvo algunas excepciones–, introdujo en Chile el régimen de Participación en los Gananciales (artículos 1792-1 a 1792-27 del Código Civil), y los llamados Bienes Familiares, destinados a amparar la residencia principal de la familia, así sea de dominio del marido o de la mujer (artículos 141 y siguientes del Código Civil). Ambas instituciones constituyen otro esfuerzo del legislador por igualar los derechos y las obligaciones entre los cónyuges. Basta para ello considerar que en la participación de gananciales ambos cónyuges conservan su plena capacidad civil y de administración de sus respectivos patrimonios, pudiendo celebrar toda suerte de actos jurídicos, con una sola excepción (artículo 1792-4). No puede dejarse de lado, en este ligero examen, lo previsto en el artículo 230 del Código Civil, que, a la letra, señala: "Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán. Si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas". Asimismo, el artículo 61 de la Ley N° 19.947, que, en caso de divorcio, confiere al cónyuge económicamente perjudicado una reparación indemnizatoria, lo cual equipara la situación de ambos contrayentes en el evento de que no se hayan casado bajo el régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales.

De estas y otras disposiciones análogas puede deducirse que numerosas modificaciones legislativas están inspiradas en la tendencia de igualar plenamente la situación jurídica de los cónyuges, cosa que hace un siglo parecía disparatada, porque entonces predominaban otras concepciones en lo que atañe al papel del marido y de la mujer.

E. El cónyuge como sucesor preferente

Como es sabido, bajo la sola vigencia del Código Civil, el cónyuge sobreviviente estaba desprotegido en materia sucesoria. Se argüía, entonces, que siendo el régimen patrimonial de derecho la sociedad conyugal, cada uno de los contrayentes tenía derecho a la mitad de los gananciales, salvo cuando había renunciado a ellos en capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio. De aquí que la asignación del cónyuge sobreviviente tuviera carácter alimenticio y así lo señalaba el Código Civil en el artículo 1172, cuando definía la llamada "porción conyugal" (asignación forzosa), diciendo que era "aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación". Este concepto varió, pero no de modo substancial, por virtud de la Ley N° 10.271, de 2 de abril de 1952, que sustituyó la definición transcrita por la siguiente: "La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en conformidad a las disposiciones de este párrafo". El carácter alimenticio de esta asignación derivaba de lo previsto en el inciso 1° del artículo 1176, que imputaba a la porción conyugal todos los bienes que el cónyuge tuviera al momento de deferirse la asignación, confiriéndole, por lo general, "porción conyugal complementaria". La Ley N°10.271, paliando en parte estos drásticos efectos, incorporó un inciso final al artículo 1176, en el cual se dijo: "No obstante lo dispuesto en el inciso 1° de este artículo, la porción conyugal es compatible con cualquier donación o asignación testamentaria que el cónyuge sobreviviente haya de percibir en la sucesión del difunto". Recuérdese que, tratándose de personas con hijos legítimos, la capacidad de disposición del difunto apenas alcanzaba a una cuarta parte de su patrimonio (cuarta de libre disposición), ya que la mitad estaba reservada para los legitimarios y una cuarta parte para los asignatarios de mejoras, entre los cuales no estaba el cónyuge. Como si lo anterior no fuere suficiente, se imputaban a la porción conyugal la mitad de gananciales si la mujer no lo hubiere renunciado, y todo lo que habría de percibir el cónyuge sobreviviente en la sucesión intestada del difunto (inciso 2° del artículo 1176).

Como puede comprobarse, el cónyuge sobreviviente, bajo la vigencia del Código de Bello, estaba muy desmedrado, especialmente tratándose de la

mujer, entonces incapaz relativa cuando estaba casada bajo el régimen de sociedad conyugal y sometida al marido, quien administraba cuanto ella obtenía si ejercía una profesión, industria, comercio o empleo, y postergada a la hora de abrirse la sucesión del cónyuge premuerto, por los herederos legitimarios. Estas preferencias no eran sino manifestación de su tiempo y obedecían a lo que una larga evolución social había impuesto. No puede negarse que una de las conquistas más importantes de la mujer casada se logró mediante el Decreto Ley N° 328, de 12 de marzo de 1925, que introdujo por primera vez el "patrimonio reservado de la mujer casada". Posteriormente esta institución, que establece un caso de discriminación positiva a favor de la mujer casada bajo sociedad conyugal, fue perfeccionada mediante la Ley N° 5.521, de 14 de diciembre de 1934, la cual incorporó el artículo 150 del Código Civil. Aquí hallamos una manifestación temprana de un hecho que más adelante cobraría una gran trascendencia: la paulatina y creciente integración de la mujer al proceso productor.

Fue a partir de la Ley N° 18.802, precitada, que se inició una franca mejoría de la situación del cónyuge sobreviviente en la sucesión del premuerto. Desde luego, esta ley hizo posible que el cónyuge sobreviviente fuera asignatario de cuarta de mejoras, lo cual, unido a otras reformas a propósito de la sociedad conyugal, fue cambiando el estatuto del de *cujus* y, particularmente, el tratamiento que la ley daba a la mujer viuda. Pero lo que introdujo un cambio sustancial al sistema fue la Ley N° 19.585, que transformó al cónyuge sobreviviente en legitimario preferente y privilegiado respecto de los demás herederos forzosos, incluidos los descendientes. En efecto, el cónyuge sobreviviente tiene hoy la calidad de legitimario, gozando de ventajas en lo relativo a la cuantía de su asignación (legítima conyugal) e, incluso, a la partición de bienes, atendido lo dispuesto en el artículo 1337 N° 10 del Código Civil, que le permite mantener en su poder la propiedad del inmueble en que reside y que sea o haya sido residencia principal de la familia, así como el mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto. A tal extremo llegan estos beneficios, que el partidor fue autorizado para constituir derechos de uso y habitación cuando la cuantía de la asignación fuere insuficiente para cubrir dicha propiedad y mobiliario.

En el día de hoy, por lo tanto, el cónyuge sobreviviente puede ser titular de la cuarta de libre disposición, de la cuarta de mejoras y de una asignación forzosa de cuantía privilegiada, sin perjuicio, por cierto, de los gananciales que le correspondan en el evento de que hubiere existido sociedad conyugal con el difunto. En otras palabras, si la voluntad del premuerto es favorecer al cónyuge sobreviviente, puede este último sucederlo en gran parte

de su patrimonio, sin perjuicio de sus bienes propios, incluidos en ellos los gananciales de la sociedad conyugal, si la hubiere.

Está comprobado estadísticamente que el hombre muere a una edad inferior que la mujer. Es por ello que la mayor parte de cónyuges sobrevivientes son mujeres, las cuales, casi siempre, quedan en situación de desventaja respecto de la familia. La tendencia que analizamos, por lo tanto, se justifica plenamente y es consecuencia de realidades sociológicas que hacen necesaria lo que hemos llamado una "discriminación positiva".

En síntesis, las modificaciones legales examinadas revelan que ha habido una clara intención de mejorar y reconocer los derechos del cónyuge, respecto de los demás miembros de la familia, derogando la "porción conyugal" que, como se explicó, perjudicaba considerablemente su situación patrimonial. Se ha fortalecido, además, la posición de la mujer casada bajo el régimen de la sociedad conyugal, dándosele mayores facultades en la administración del patrimonio común y manteniendo en su favor privilegios tan importantes como su "patrimonio reservado", o los regímenes anexos a la sociedad conyugal, o la administración ordinaria de la sociedad conyugal (artículo 138 del Código Civil) en caso de impedimento que no sea de larga o indefinida duración y, por cierto, de la administración extraordinaria de la misma. Queda en evidencia, entonces, el alcance y sentido de estas reformas, fruto, insistimos, de las nuevas tendencias valóricas que han debido recoger y ponderar nuestros legisladores y aplicar los jueces.

III. Los nuevos valores

Como resulta fácil constatar, las innovaciones legales que hemos enumerado, sin perjuicio de tantas otras que se contienen en otros cuerpos legales, revelan que ha habido en la sociedad un vuelco profundo en lo que concierne a las preferencias valóricas y que ello ha ocurrido en un plazo breve, si se evalúan los antecedentes históricos. No se trata de una crisis, como se dijo, sino de la evolución normal, pero abrupta, de la sociedad, estimulada, excepcionalmente, por el aporte que, día a día, hacen a la convivencia común la ciencia y la tecnología.

Todo revela una mayor permisividad en materia sexual, lo cual responde a varias innovaciones científicas (los métodos anticonceptivos, la llamada "píldora del día después", el concepto de "géneros" en sustitución de sexos, los nuevos estimulantes para disfunciones sexuales orgánicas, etc.). La comunidad está dejando de lado las restricciones morales que, particular-

mente, impuso la Iglesia Católica en lo relativo a las relaciones de pareja. Desde 1960 esta tendencia se evidencia en todo Occidente, dando lugar a una verdadera revolución liberadora de prejuicios y traumas que marcaron durante muchos años la vida de las parejas. En especial esta reacción afecta a las mujeres, que han ido imperceptiblemente conquistando una libertad sexual que hasta no hace muchos años era inimaginable. Por otro lado, los movimientos de liberación homosexual han conseguido reivindicar estas tendencias e incorporarlas como una diversidad perfectamente válida entre las preferencias sexuales. **La formulación y aceptación de estos valores son la causa que ha inspirado las reformas que analizamos y que se reflejan tanto en la legislación civil como penal.**

En lo relativo a la familia, se observa una orientación coherente con lo analizado en el párrafo anterior. La incorporación a ella, con iguales derechos, de los hijos nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio, tiene una significación muy especial, porque, como quiera que se mire, quiebra la estructura original del Código Civil y desincentiva el matrimonio, promoviendo la convivencia informal, cuestión que se externaliza en este momento en todos los sectores sociales, independiente de su estándar cultural o económico. Todas las encuestas y estudios de la realidad inducen a pensar que en la juventud actual se ha extendido una cierta desvalorización de la institución matrimonial, lo cual sólo puede explicarse por el ánimo de escapar de una regulación jurídica que resulta demasiado rígida para las costumbres imperantes. La renuencia a aceptar compromisos estables parece ser la tónica del momento. La nueva ley de matrimonio civil, desde esta perspectiva, no resulta ser un paliativo efectivo para atenuar esta resistencia. Cabe preguntarse si no será necesario, más adelante y atendiendo a los resultados que acuse la nueva Ley Sobre Matrimonio Civil, abocarse de lleno a regular la "convivencia de hecho" (el antiguo concubinato), bajo un estatuto que, por lo menos, asegure las responsabilidades más elementales (particularmente lo concerniente a la descendencia común). Es cierto que ello ha sido objeto de disposiciones desperdigadas que han hecho decir que la convivencia de pareja al margen de toda regulación jurídica equivale, en este momento, a un verdadero "matrimonio de hecho". Es probable que esta conducta induzca a la creación de una nueva institución, que, si bien no sustituya al matrimonio, al menos regule sus efectos cuando ellos se consolidan y proyectan en situaciones estables.

"Matrimonio" y "familia" son dos conceptos que se entrelazan y condicionan. El debilitamiento del primero conlleva, necesariamente, al raquitismo y fragilidad del segundo. Hay dos factores que gravitan de manera determinante en ambas instituciones y que no pueden dejar de examinarse en forma descarnada, por crudo que ello resulte.

En la actualidad un 37% de las mujeres en estado de producir se ha incorporado al mundo laboral y muchas de ellas con iguales o superiores méritos que los hombres. Este porcentaje crece día a día, ganando la mujer mayores espacios en todos los ámbitos. Este solo hecho ha dado a la mujer una mayor independencia, variando el rol que tradicionalmente se le había asignado, equiparándola al hombre, incluso, en su tradicional función de proveedor. En otros términos, las bases de la relación hombre-mujer han cambiado sustancialmente. Por otra parte, ha sido un tema tabú abordar los requerimientos sexuales de la pareja, y quizás si a ello se deba que no existan estudios serios sobre una cuestión tan sensible. Hasta mediados del siglo pasado, el matrimonio burgués era “anorgásmico”. La mujer que reclamaba un papel activo en la relación y exigía una retribución placentera era considerada “anormal” y casi viciosa. Las cosas no son así en la actualidad. No cabe duda que el matrimonio, en opinión de la mayoría de la sociedad, es fuente de placer sexual para **ambos cónyuges**, dando paso a lo que hemos denominado matrimonio “**orgásmico**”, institución diametralmente diversa de aquella que prevalecía hasta mediados del siglo XX. Estos dos cambios, uno objetivo (social) y otro subjetivo (personal), han transformado profundamente el sentido, el alcance y la proyección tradicional del matrimonio, arrastrando con ello a la familia. Insisto en que una comunidad pacata, intoxicada por prejuicios muy arraigados, ha impedido considerar debidamente esta realidad y, lo que parece todavía peor, enfrentar estos cambios con una mayor amplitud de criterio.

De lo anterior deriva la igualdad de derechos entre marido y mujer en el nuevo estatuto jurídico de la sociedad conyugal y la igualdad entre los hijos, cualquiera que sea su origen (matrimoniales y no matrimoniales). Asimismo, la apertura de todos los medios probatorios, incluidos los científicos, para el establecimiento de la filiación. Se ha hecho realidad, en esta materia, lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República.

Quienquiera que examine nuestra legislación comprobará que esta serie de innovaciones obedece a un proceso de subversión de los valores tradicionales. Si bien es cierto que se han debilitado la familia tradicional y el vínculo matrimonial, se han liberalizado las costumbres, se ha privilegiado la igualdad por sobre la estabilidad del parentesco, paralelamente, se ha dado un tratamiento preferencial al cónyuge sobreviviente, y particularmente a la mujer, tanto durante el matrimonio como una vez extinguido. Ello responde, curiosamente, a una valoración del vínculo matrimonial, pero en un esquema que apunta en otra dirección, al margen de lo que conocemos como “familia tradicional”, esto es, aquella asentada sobre la base del matrimonio. No puede sostenerse, entonces, que haya habido un

designio preconcebido de destruir la familia o de sustituirla deliberadamente por otro tipo de unión. Lo que ocurre expresa el propósito de actualizar las instituciones, de confundirlas con el pensamiento y las convicciones que abriga la comunidad, todo lo cual implica un avance en la evolución social.

Como lo hemos señalado en muchas oportunidades, el derecho, dotado de una rica "plasticidad axiológica", lo que le permite en el ejercicio de las potestades realizar todos los valores imaginables, está enfrentado, continuamente, a la destrucción de otros valores en función de la realización de los primeros. Esto, que los filósofos llaman la "aberración axiológica del derecho", revela de manera patente las grandes reformas experimentadas por nuestro derecho en la hora actual y que, a no dudarlo, seguirá sufriendo en el futuro inmediato.

Lo que importa, entonces, es comprender lo que está ocurriendo y contribuir a que el derecho, recogiendo los anhelos de la comunidad, nos haga cada día mejores y más estrechamente unidos a los valores que sirven de fundamento al sistema normativo. Esa es la misión del legislador, del juez, del abogado y de toda persona que crea y tenga fe en la organización jurídica de la sociedad.

Está claro que subsisten definiciones pendientes y que ello desatará, más temprano que tarde, un debate valórico que será vano esquivar. En la medida que éste se desarrolle responsablemente, sin propósitos mezquinos de carácter electoral o haciendo prevalecer un espíritu demagógico, el país logrará grandes consensos que permitirán que se proyecte exitosamente en el tercer milenio. Este es el último y gran desafío de nuestra generación.



Subversión de los valores

Fernando Moreno Valencia

Decano Departamento Ciencias Sociales
UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL

Los valores¹ son como “decantaciones” históricas, culturales del bien; del bien de la inteligencia, que concierne a la verdad, y del bien moral que concierne a las virtudes personales y al bien común de la Polis, en su diversidad espacio-temporal.

En otra perspectiva, los valores, en diverso grado, se expresan normativamente. Y esto, tanto en relación a las leyes, como a las costumbres.

A este último respecto, Montesquieu constata que “se gana mucho... en conservar las antiguas costumbres”;² y que “recordar a los hombres las máximas antiguas equivale, generalmente, a llevarlos a la virtud”.³ En el mismo sentido operan las leyes. Estas “deben tender principalmente a engendrar buenos ciudadanos”.⁴ Y es que, como Santo Tomás de Aquino precisa, la ley –si es propiamente tal, y no una “caricatura de ley” (San Agustín)–, “si no va contra la naturaleza” (Montesquieu), dice el bien, y hacia él orienta.⁵

¹ Asumo aquí la noción de valor como expresión analógica, formal y práctica del bien (del “trascendental” bien), concerniente a los fines de la vida humana. Un enunciado en cierto modo diverso –pero también justo, a nuestro entender– es propuesto por Jacques Maritain (cf. *Nueve lecciones sobre las nociones primeras de la filosofía moral*. Lec. II).

En cualquier caso, la noción de valor que asumimos nada tiene que ver con la de Kant, considerado el “padre” de la doctrina del valor (que proviene, según él, sólo del sujeto y de su querer, F. Alquié). Tampoco coincidimos con la perspectiva fenomenológica de Scheler o Hartmann. Ver, del primero, *Ética*, V, 1. Platino, por su parte, concibe los valores como siendo, al mismo tiempo, intelectuales, morales y estéticos. *Eneada*, I, 6, 9.

² Supuesto, desde luego, la bondad de éstas. Ver, *El espíritu de las leyes*, V, 7.

³ *Ibíd.* Y agrega, más adelante, Montesquieu, que “Roma era un navío que sostenía dos anclas en la tempestad: la religión y las costumbres” (VIII, 13); y que “un pueblo conoce, ama y defiende siempre más sus costumbres que sus leyes” (X, 11).

⁴ *Ibíd.* XXIV, 14.

⁵ *Suma de Teología*, I – II, 90, a, 4.

En todo caso, ley y costumbres van juntas; más aún: se complementan dinámicamente; en cuanto si bien las costumbres engendran leyes, éstas, a su vez, engendran costumbres (Montesquieu).

Ahora bien, en la medida en que está en cuestión aquí la constatación y la exigencia de una cierta permanencia, los valores que se expresan normativamente en leyes y costumbres implican necesariamente tradición, herencia y cultura.

La tradición constituye como el “depósito” y la “reserva” que permite, y aun promueve, en cierto modo, la buena vida de un pueblo (o de un conjunto de pueblos)⁶ en su peregrinación histórica. Y es esto lo que, al constituir como un permanente legado (una “herencia”), “realiza”, si pudiera decirse la cultura de la que “un pueblo vive”.⁷ Ahora bien, no es posible hablar de herencia –especialmente de “herencia espiritual”– sino en cuanto persiste una conciencia y una memoria de esa herencia, entendida, más que como mera conservación, como una vigilia (y) una vigilancia del alma; todo lo cual, a su vez, sólo puede existir “en cierta atmósfera de gratitud difundida”, y de propio reconocimiento, como bien precisa Gabriel Marcel.⁸ Así la cultura y las culturas, si son propiamente tales, realizan el cultivo del hombre (y de los hombres) en la verdad y el bien.

A partir de aquí, se pueden apreciar debidamente el alcance, la profundidad y la gravedad de la crisis⁹ que hoy nos afecta o, más bien, del verdadero atentado actual a los valores y, *a fortiori*, a la misma cultura que esos valores determinan. Este atentado se manifiesta ya sea en la simple depreciación, o en el reemplazo (y suplantación), o aun, más radicalmente, en la exclusión –por rechazo o por “olvido”– de los valores generalmente considerados, no por y en sí mismos, sino en cuanto se los percibe como valores “tradicionales”, es decir, añejos, superados, y por consiguiente, inadecuados a las exigencias de los tiempos modernos (o postmodernos, según algunos).¹⁰ Esta “cronolatría” epistemológica¹¹ supone a la vez “la

⁶ Santo Tomás de Aquino, *De Regno*, I.

⁷ Juan Pablo II. Discurso a la UNESCO 2 – VI – 1980.

⁸ *Decadencia de la sabiduría*. Buenos Aires, EMECE, Ed. 1955, pp. 55 y 57.

⁹ Término que constituye casi un eufemismo para designar algo más profundo en orden al mal. Tiene su origen (este término) en el griego *Krisis*, que significa directamente “decisión”; pero no es ajeno, su sentido actual, a la noción de ruptura o quiebre de algo. Ver, *Petit Robert*. París, 1969, p. 382.

¹⁰ Ver, por ejemplo, J. F. Lyotard, *La condición post-moderna*. Madrid, Ed. Cátedra, 1994, pp. 9-39.

¹¹ Expresión pertinente de J. Maritain, en *El Campesino del Garona*, II, 1.

Siendo el hombre un *sapiens*, un “animal racional” (Aristóteles), dicha cronolatría atenta a lo humano en su raíz. Y se proyecta, lógicamente, en todos los ámbitos de la vida y de los actos humanos: en la educación, en el arte, en la economía, en la política, en la religión...

crisis de la inteligencia", denunciada por Maritain desde inicios del siglo pasado,¹² y una radical pérdida del sentido de lo humano.¹³ Está en cuestión en todo esto, tanto la valoración de lo material por sobre lo espiritual, que ha denunciado Karol Wojtyla (y luego Juan Pablo II), así como el antropocentrismo (Maritain) subjetivante y voluntarista que tiene, tal vez, en la ideología su expresión privilegiada.¹⁴ Sea lo que fuere, siendo "indudable que lo material en el hombre y fuera de él condiciona diversamente tanto el proceso del conocimiento de la verdad como la realización del bien moral", no es menos cierto que ese natural condicionamiento, invirtiendo el orden no menos natural y justo, ha llegado a manifestarse culturalmente como una mera primacía de la materia sobre el espíritu. Y es que "el hombre siente de una manera más intensa y directa lo que es material, lo que cae bajo los sentidos y los satisface. Se explica así –sigue diciendo Karol Wojtyla– la fuerza de los valores materiales en el sujeto que es el hombre, su fuerza subjetiva. Lo valores espirituales no tienen esta fuerza, no conquistan al hombre con tanta facilidad y no lo atraen con tanta potencia. Y, precisamente por este motivo, en el conflicto con los valores materiales y sensuales, los valores espirituales sufren frecuentemente una derrota –semejante derrota es una derrota del hombre, porque son precisamente los valores espirituales y morales los que deciden su perfección.¹⁵ Son estos últimos valores aquellos en los cuales la persona llega a "ser más" (Juan Pablo II); llega a realizarse como persona "mediante" una maduración cada vez más profunda en la "verdad";¹⁶ en la conquista de su libertad de desarrollo (Maritain), en el ejercicio de las libertades (Aron). La persona humana se abre así, propiamente, justamente, a la trascendencia (hacia Dios), hacia los otros y a las "cosas". Al revés, la subjetivación egoísta –a veces egolátrica– hoy dominante (frecuentemente a pesar de la invocación práctica de la "solidaridad"), encierra al sujeto personal; lo cual no excluye la existencia de "aperturas" individuales o grupales¹⁷ ideológicas, o impropriadamente políticas.

¹² Ver, *Philosophie bergsonienne*, II, 4 y 7; y III, 3.

¹³ Título de un libro del biólogo chileno Humberto Maturana, que dice exactamente lo opuesto a lo que sostenemos como verdad fundamental aquí. En este sentido, el libro, y más ampliamente la posición (o ideología) de Maturana, nos parece ilustrar abundantemente la actual subversión de los valores, que criticamos. Ed. Hachette, 1992.

¹⁴ La Ideología en cuanto discurso falso y mentiroso; que oculta para justificar todo y cualquier cosa. Ver, F. Moreno "El utopismo totalitario en la ideología", en, varios autores, *Ideologías y totalitarismos*. Santiago, Edición Universitaria 1988. También, F. Moreno, "El Estatuto y la función social de las ideas", en *Tierra Nueva* (Bogotá), N° 36, 1981, pp. 58-71.

¹⁵ *Mi visión del hombre*, I, 13 y 14

¹⁶ *Ibíd.* I, 16.

¹⁷ En la línea de Maurras ("la política primero"), y sobre todo de Gramsci, para quien todo es política.

Complementariamente, el voluntarismo, bajo “disfraz” de democracia o de lucha por los “derechos humanos”, desprecia olímpicamente el carácter a la vez objetivo y normativo de los valores. Ya los sofistas anticiparon la “receta” y su “praxis”.

Diversamente, Escoto, Occam, Francis Bacon, Maquiavelo, Kant, Rousseau, Nietzsche, Schopenhauer, Lenin, Sorel... Mao... fueron “haciendo camino al andar” en el mismo sentido. Aun, y siempre con referencia a la crisis o subversión de los valores, en general, no podríamos dejar de recordar la influencia de Hegel, de Marx, de Freud, de Heidegger, de Kelsen, de Gramsci, y aun, más contemporáneamente, de Lacan (seguidor y procaz radicalizador de Freud) y de Foucault, en el que confluyeron Hegel, Freud, Nietzsche y Heidegger. Foucault, en cierto modo, nietzscheanamente sintetiza, en un juicio antropológico, la crisis de “todos los valores”: el hombre, que no es, afirma Foucault, sino “una invención reciente”, está desapareciendo; “perece progresivamente, en la medida misma en que brilla con mayor intensidad en nuestro horizonte, el ser del lenguaje” (*Las Palabras y las Cosas*, II, 10, 5 y 6). Esta absurda desrealización, al tiempo que manifiesta “la crisis de la inteligencia”, es también un atentado ya no sólo contra la inteligencia como facultad cognitiva, sino contra el “animal racional” que es el hombre mismo.

Es así como, en nuestros tiempos, el reconocimiento y la vivencia concreta de los valores humanos, de la vida humana considerada *in actu exercitus*, se ve radicalmente (*ex radice*) alterada; y aun viciada por un relativismo agresivo y dominante que, despreciando el sentido común y el buen sentido, encuentra a menudo su “superación” sólo en una ideologización más bien difusa, hoy; y a menudo en los mitos neognósticos que han venido como a reemplazar la utopía. En este sentido, el New Age (vertedero actual de las neoideologías, en cierta forma postmarxistas, y sobre todo neomarxistoides),¹⁸ da cuenta (si pudiera decirse) de los valores, al suplantarlos o simplemente “fagocitándolos”.

A partir de aquí, precisemos lo que concierne a la subversión de los valores desde su raíz y fundamento metafísicos. El ser, en su unidad analógica,¹⁹ se expresa en la verdad, en el bien, y en lo bello (*pulchrum*). Es todo este “registro” de los llamados “trascendentales”²⁰ el que es, diversamente,

¹⁸ Feminismo y Ecologismo ideológicos. A la “Ecología profunda” pertenece David Tompkins por ejemplo.

Para el feminismo ideológico, ver Elizabeth Schüssler Fiorenza, *The Power of Naming New York*, Orbis Books, 1996.

¹⁹ Sobre la analogía, ver, J. Maritain, *Los grados del Saber*, II.

²⁰ Ver, J. Maritain, *Siete lecciones sobre el ser*, V, 1.

cuestionado por la cultura dominante. El ser hoy ya no “mide” las dos grandes facultades del hombre en su natural operatividad, sino que, al revés, es medido por el sujeto (persona individual o grupal), que lo dice, lo profiere, y al proferirlo lo engendra. Se realiza así la sentencia del sofista Protágoras: “el hombre es la medida de todas las cosas; de las que son y de las que no son”.²¹ En todo caso, dicho engendramiento (lingüístico) se manifiesta también como “producción” y “construcción”. “Producción de la sociedad” es la pretensión del influyente sociólogo neomarxista y parsoniano Alain Touraine. Por su parte, a la zaga de Alfred Schutz, Berger y Luckmann apuntan a la “construcción social de la realidad”.²² Importa, sobre todo, “producir y construir”.

En todo esto, lo que está en cuestión es nada menos que la mentira que se opone a la verdad; el mal que se opone al bien,²³ la fealdad que se opone a la belleza (como la mentira a la verdad, en cierto sentido).²⁴ En esta oposición, hoy, los “antivalores” penetran (y “poluyen”) todo; casi sin barreras ni contrapesos. Y es que la subversión de los valores es también un desarme de los espíritus; impropio desestimiento, cuando no una traición.

Sea lo que fuere, los valores afectados deben considerarse, fundamentalmente, en relación tanto a “ideas” y a las costumbres, como a las leyes y las instituciones.

Pablo VI, desde su primera encíclica, advierte contra el “materialismo (que) amenaza vaciar la concepción original del cristianismo”, y que “todo lo justifica y lo califica como de igual valor”.²⁵

La crisis de la inteligencia es al mismo tiempo la crisis de la verdad; la cual está hoy tan ofuscada, que si no se la ama no se la conoce; y es la mentira la que se instala en su lugar.²⁶

²¹ “El hombre es para el hombre el ser supremo” dirá, más radicalmente, Marx. Ver, *Contribución a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Introducción.

Ver, de Protágoras, los “Fragmentos”, en Diógenes Laercio, *Vidas de los filósofos*, Libro VIII, cap.8

²² Ver, de Schutz, *El problema de la realidad social*. Primera Parte. Ed. Amorrortu. Buenos Aires, sin fecha de edición.

²³ Y que acompañará siempre la vida y peregrinación humanas. *Malum ut in pluribus in specie humana*.

Cf. Fragmentos de Biante, Clóbulo y Anacorsí, en *Diógenes Laercio*, op. cit. I, 5, 6 y 8.

²⁴ Y sólo en cierto sentido. Puesto que lo bello se sitúa en relación no (de suyo) a la verdad, sino al bien.

Ver, J. Maritain, *La responsabilidad del artista*, cap. III y IV.

²⁵ *Ecclesiam Suam*, Cap. II (Numeración antigua). Es un hecho, cuya constatación supone un mínimo de objetividad y de honestidad, el que la “civilización occidental” existe, sobre todo, a partir de los principios, normas y valores cristianos. El reciente y absurdo desconocimiento de esta verdad por parte de la Unión Europea (contra Juan Pablo II) nada cambia del hecho mismo.

²⁶ Pascal *Pensées*, 739 (864). La verdad “cede a la apariencia” afirmaba Cicerón. *Tuscolanas*, II,2.

En este “marco”, se debe constatar que hoy la “idea” o, mejor dicho, el **sentido** de Dios está ofuscado; y que, por ello, se vive como si Dios no existiera;²⁷ o como si no fuera, también, Juez que “remunera” y “castiga”.

Y es que, en realidad, el hombre ha usurpado²⁸ el lugar de Dios. Este radical antropocentrismo,²⁹ al pervertir la vida humana, pervierte al hombre mismo en su ser; ya que, como lo dice Aristóteles, para aquél vivir es ser.³⁰ Pero la vida humana tiene en Dios su fuente. Dios es el principio y fin de nuestra existencia. ¡Estamos hoy lejos, sin embargo, de la verdad en relación a Dios, al hombre y a la vida humana, que nos recuerda San Agustín! “Nos has hecho Señor para Ti, e inquieto estará nuestro corazón hasta no descansar en Ti” (*Confesiones* I, 1). Y, complementariamente: “Dios es más interior al hombre que lo que éste es a sí mismo”³¹ (*Confesiones*, III, 6).

En todo caso, es en el reconocimiento práctico de una tal **dependencia**, donde, como paradójicamente, se encuentra el principio y la norma de nuestro bien más inherente y máspreciado; es decir, de nuestra **libertad**. ¡Cuán difícil es aceptar en estos tiempos³² que somos libres no a pesar de nuestra orientación al bien y a Dios (a Dios que es nuestro bien supremo y fin último), sino a causa de esta misma orientación! El hombre, “que es un núcleo de libertad” (Gilson), se degrada en el ejercicio libertino de su capacidad de elección (*libero arbitrio*) –hoy predominante. Más allá de la reducción de la libertad (de exultación, o de desarrollo)³³ al libre albedrío (como lo ha hecho el liberalismo clásico),³⁴ actualmente se concibe o se tiende a concebir y practicar la libertad con total independencia (y desprecio...) del **bien**. Al punto que hoy, cada vez más, ser libre es simple-

²⁷ Es lo que se designa como ateísmo práctico. Ver la encíclica de Pablo VI, *Ecclesiam Suam*, de 1964. Cap. III (Numeración antigua). Cf. J. Maritain, *Significado del ateísmo contemporáneo* (1949), en general.

²⁸ Ha pretendido usurparlo, mejor dicho. No es el hombre la creatura de Dios, sino, al revés, Dios la creatura del hombre; según Feuerbach, y Marx a su zaga. Del primero, en *La esencia del cristianismo*. Cap. XXVIII, por ejemplo.

²⁹ En la expresión acuñada por Jacques Maritain (*Humanismo Integral*, I, 4), a propósito del “mundo burgués”; y que es necesario ampliar; puesto que la arrogancia atea (marxista o nazi) es más radical que la pretensión “burguesa”.

³⁰ Ver, *De Anima*, II, 4.

³¹ *Interior íntimo*. Pero, en cierto modo, ni los chinos, ni los judíos, ni los griegos... han sido ajenos a la existencia y a la causalidad divinas. Y es que el *homo religiosus* es naturalmente anterior al “hecho cristiano” (que lo supone).

³² *O tempora, o mores!* Dice Cicerón.

Pablo VI denunciaba “la indiferencia hacia las libres costumbres de nuestro tiempo”, y “la emancipación de la autoridad de prudentes y legítimos superiores” *Ecclesiam Suam*, II (Numeración antigua).

³³ Ver, J. Maritain, *Principios de una política humanista*, Cap. I. También, Raymond Aron, *Ensayo sobre las libertades*, en general.

³⁴ En Locke como en J. Stuart Mill.

mente hacer lo que se antoje, lo que se quiera (*ad libitum*). El sentido normativo del bien y de la verdad (bien de la inteligencia)³⁵ se esfuman.

Pero, como afirma San Juan, es “la verdad la que hace libres” (XII,32). La verdad es así “la primera norma y el fin último de las cosas”³⁶.

Se lo reconozca o no, se lo quiera o no, el libertinaje –hoy en boga– es fuente y signo de esclavitud. Los hombres se hacen esclavos de sí mismos, podríamos decir con Platón.³⁷ O, mejor aún, con San Pablo, recordemos que si el “hombre viejo” prima sobre el “hombre nuevo”, es porque se ha sometido a la “carne”, a expensas del *espíritu*.³⁸ Aquí, el placer sensible (y sexual, especialmente) suplantando a la verdadera felicidad, al gozo espiritual (*gaudium*); y el verdadero amor, que es donación de sí, y que da sentido a la libertad³⁹ y al gozo verdadero, se esfuma. Lógicamente, se ha perdido el sentido de pudor, convirtiendo a “la sexualidad en un objeto de interés cambio”.⁴⁰

En todo caso, la perversión del sentido y práctica de las libertades constituye un atentado mayor al hombre mismo en su llegar a “ser lo que es” (Píndaro). Todo se altera, y se ha alterado en orden al bien, en nuestros tiempos y costumbres. La reducción subjetivante y relativista del bien al *interés*,⁴¹ y a lo meramente útil,⁴² pervierte al mismo tiempo tanto el sentido propio de la justicia y de la autoridad, como el de la responsabilidad que les está ligado. La justicia –una justicia cada vez más ideologizada, en su concepción y su praxis– tiende a integrarse en un marco ideológico más amplio y eficaz, como es el de los llamados “derechos humanos”, y en una cierta idea de democracia.⁴³

³⁵ Santo Tomás de Aquino, *De Veritate*, XVIII, 6. “La perfección de la naturaleza espiritual consiste en el conocimiento de la verdad”, *Ibid.*, XV, 1.

³⁶ Pascal *Pensées*, 974 (949). La causalidad y “centralidad” de la verdad es la gran enseñanza y testimonio de Sócrates. Ver, Platón *Apología*, en general. Cicerón recuerda que “lo más propio del hombre consiste en el conocimiento de la verdad”. *De Officiis*, I, 6 (18).

“La esencia más fina, que constituye el ser propio de todo el mundo, es la verdad”. *Upanisad* (Chandogya), V, 8, 9 (Ed. Oxford, 1998, pp.152 y 153). Por su parte, Confucio dice que “el sentimiento de lo verdadero y de lo falso es el principio de la sabiduría”, y que “meditar sobre la verdad para practicarla es la vía o el deber del hombre”. *Cuarto libro de la sabiduría* (Meng Tseu). Ed. Francesa Charpentier, París, sin fecha de edición, pp. 274 y 337.

³⁷ En cierto sentido es verdad que la “excesiva libertad... no puede sino transformarse en excesiva esclavitud”, *La República*, VIII,15.

³⁸ *Efesios*, IV, 21-24.

³⁹ “Ama y haz lo que quieras” (*ama et fac quod vis*). San Agustín, *Catechizandis Rudibus*. Prólogo de Arsenio Seade S.D.B. Plantin, Buenos Aires, 1954, p. 14.

⁴⁰ J. Ratzinger, *Il sale della terra*, Cap. II. 231, de la Ed. Italiana San Paolo, Milano, 1997.

⁴¹ De los sofistas a Maquiavelo, Marx, Freud y Lenin no ha dejado de profundizarse en esta vía.

⁴² A costa del bien *honesto* (*bonum honestum*), el utilitarismo (empirista) anglo-sajón tiene aquí una responsabilidad mayor. A la zaga de J. Bentham y de J. Mill (su padre), John Stuart Mill llega a afirmar que “la verdad de una opinión es parte de su utilidad”. *Sobre la libertad*, II.

⁴³ Ver, F. Moreno, *Reflexiones sobre la democracia*. Revista COMUNNIO, N° 8 y 9. Santiago, 2003, pp. 15-69, y 15-66, respectivamente.

En el liberal-socialismo, que caracteriza a los actuales regímenes políticos y sociedades tales como la española y, más todavía, la chilena,⁴⁴ el espíritu *jacobino*, reforzado por una, hoy, más bien difusa ideología marxogramsciana, “sopla” mucho más fuerte que la clásica influencia liberal la que proviene de Locke, de Benjamín Constant, o aun de Montesquieu. Sea lo que fuere, un impropio y ramplón justicierismo (cuya mejor expresión ideológica está en Robespierre),⁴⁵ ha venido a fagocitar la idea misma de justicia que Sócrates, Platón y Aristóteles en la antigüedad griega, Cicerón en el mundo romano y San Agustín y Santo Tomás de Aquino en los tiempos cristianos, nos habían legado como precioso patrimonio para “la buena vida humana de la multitud”,⁴⁶ y de cada persona.

Es a partir de esta denigración ética, cultural y política de un valor (y virtud) indispensable para el logro del bien humano, que ha llegado a primar una interpretación ideológica, y aun maniquea, de los derechos y deberes de la persona humana,⁴⁷ en desmedro de la dignidad inherente a la persona misma. El problema aquí se expresa sobre todo en dos instancias, en las que convergen moral, política y cultura.

La primera de esas dos instancias –y la más radical– supone la pérdida del sentido propio del hombre como persona.⁴⁸ Lo cual ha llevado, de hecho, a la pretensión de reformular el elenco, ya clásico, de los “derechos humanos”. En esta vía, cuestionando la Declaración de las Naciones Unidas en San Francisco (California) de 1948 –por incompleta y superada por “los tiempos”– se exige una reformulación que asuma tanto los derechos sexuales (los de la mujer, en cuanto tal, y de los homosexuales, en particular),⁴⁹ como, peritariamente, los “derechos” de todo otro ser viviente, y, como por encima de todo, los “derechos” de la “Tierra”, que nos engendra.⁵⁰ Para esta *ideología*, el hombre, en su irracional arrogancia, ha

⁴⁴ Con una cultura primariamente politizada. Lo que aparece con penosa evidencia al compararla con el caso italiano, y aun con el español.

⁴⁵ Ver, Robespierre, *La revolución jacobina*. Ed, Nexos. Barcelona, 1992, en general.

⁴⁶ Santo Tomás de Aquino, *De Regimine Principum*, I.

⁴⁷ Véase, encíclica *Pacem in Terris* (1963), de Juan XXIII (I, 1 y 2, de numeración antigua). Cf. J. Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Cap. II y anexo.

⁴⁸ Insistimos, con el Aquinate: que tiene en el *espíritu* su raíz.

⁴⁹ En lo que toca a los derechos de la mujer, se ha llegado –en el feminismo ideológico más virulento– a postular el reconocimiento práctico de tales “derechos” en una perspectiva marxista de lucha de clases: hoy le corresponde dominar a la mujer, por siglos sometida, explotada y expoliada por el poder masculino.

Ver, J. Butler, op. cit. pp. 104-106. (De la edición italiana, Feltrinelli. 1996) También (y sobre todo), E. Schüssler Fiorenza, op. cit. pp. 3-11, e Ivone Gebara, “Option for que Poor as an option for Poor Women”, en, E. Schüssler Fiorenza, op. cit. pp. 142-149.

⁵⁰ La Pacha-Mama, o la Gaia. Aquí, es la “ecología profunda”, que deifica la naturaleza física, la que reivindica nuevos “derechos”: los de la Tierra como “sistema vivo” y “auténtico organismo”. Ver, Bartolomeo Dobroczyński, *New Age. Il pensiero de una “nuova era”*. Milano Mondadori, 1997, pp. 5 y 74, en particular. Cf. (Catharina Halkes, “The Rape of Mother Earth: Ecology and

sido –y sigue siendo– el mayor depredador.⁵¹ Sólo reconociendo los “derechos” de la “Tierra” y de los otros seres vivientes, y nivelando con ellos al hombre, se podrá –se pretende– frenar no sólo el deterioro ambiental,⁵² sino la degradación de la misma humanidad. Por esta vía, se va más allá –mucho más allá– de la ya abundante y a menudo ideológica crítica al consumismo o a la sociedad de consumo.⁵³

Por otro lado, en un plano más bien político, la “energía” maniquea característica del liberal-socialismo, generalmente asigna todos los derechos a unos (las “víctimas”), y todos los deberes a los otros (los “victimarios”). Asignación propiamente ideológica que muy a menudo, al operar deductivamente, desprecia la realidad y la verdad de lo que ocurre.⁵⁴ De esta forma, la pérdida del sentido (y valor) de la persona humana conlleva, lógicamente, el desconocimiento de la ley de naturaleza y de su carácter normativo supratemporal; y por lo mismo universal y permanente en su analógica aplicación concreta. Esto, a su vez, ha conducido o, al menos permitido, una incoherente valoración de la ley humana, o ley positiva. Por una parte ésta, usurpando de hecho la propia ley natural, tiende a operar como norma suprema –como *norma normans*; no como *norma normata*– de la vida social y política. Por otra parte, esa dignidad (y valoración indebida) aterriza, si pudiera decirse, en la mera instrumentalidad, para ponerse a disposición de los intereses del Poder; es decir, de los agentes políticos dominantes. Doble falsificación entonces; puesto que la ley humana no es tal, no es ley si no se ajusta a la ley natural, de la que proviene;⁵⁵ y la ley –toda ley– de

Patriarchy”, en E. Schüssler Fiorenza, op. cit. pp. 132-141. “Las cuestiones ecológicas nos conducen “a las raíces de nuestra humanidad verdadera”, dice C. Halkes (p. 140). Sin embargo, ya el sentido común y la filosofía más “rudimentaria” desmienten esa absurda pretensión. “¿Y quién no ve que las cosas animadas son de mejor condición que las inanimadas, y que entre los animales son más excelentes los racionales?” Marco Aurelio, *Soliloquios*, Libro V, 16. A mayor abundamiento: Dios constituyó al hombre en el señorío de la creación; “todo lo puso bajo sus pies ...”, *Salmo N° 8*. También, *Génesis*, I, 1-31. Así, no se debiera desconocer que “el resto de las criaturas fue dispuesto para servir a los racionales, al modo que en toda otra cosa lo inferior se hace por respeto de lo superior”. Marco Aurelio, *Soliloquios*, Libro VII, 55.

⁵¹ Ver, Julia Esquivel, “Spirituality of the Earth”, en E. Schüssler Fiorenza, op. cit. pp. 330-338.

⁵² No se debe confundir la ideología ecologista (o “ecología profunda”) con la legítima “conciencia ecológica”, que se opone al uso irracional del medio ambiente físico para preservar las condiciones materiales de la vida humana. Ver, F. Moreno, “Ecología, Desarrollo y Calidad de Vida”, en, Carlos I. Massini, *Ecología y Filosofía*. Universidad de Mendoza (Argentina). Edium, 1993, pp. 151-171.

⁵³ Crítica legítima si se asume el señorío *racional* del hombre sobre las “cosas”; y su uso y usufructo en vistas a su *bien*. Ver F. Moreno, “Desarrollo integral y ‘calidad de vida’”, en A. de la Barra, J. Rodríguez y F. Moreno, *Calidad de vida*. Santiago, ICHEH, sin fecha de edición, pp. 89-175.

⁵⁴ Ver, a este respecto, Hannah Arendt, *Le système totalitaire*, París, Seuil, 1972, pp. 215 y 216.

⁵⁵ Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. XCV, a. 2. En sentido contrario se sitúa la pretensión positivista de establecer la ley humana positiva independiente de la ley natural y de la justicia. Ver, a este respecto, Hans Kelsen, *La Dottrina Pura del Diritto*. Torino, Einaudi, 1966, Cap. II. Para un análisis crítico justo, ver, C. José Errázuriz, *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen*. Pamplona, EUNSA, 1986. Primera Parte, Cap. II, III y VI; Segunda parte, Cap. VIII.

suyo, “dice” y orienta prácticamente al bien; ⁵⁶ y, por ello se la deprecia y desprecia al convertirla en mero instrumento al servicio de “los que mandan”.⁵⁷

Ahora bien, con la perversión del sentido de la ley, se altera también el sentido de la autoridad, de la *auctoritas*. Sin descartar el frecuente abuso de (o de la...) “autoridad”, que suele, por lo demás, ser más bien un abuso de “poder”, es decir, un abuso de los agentes del Poder, es indudable que hoy asistimos a una grave “crisis de la autoridad”, legítimamente establecida; la cual proviene de la natural orientación humana al bien⁵⁸ o, al menos, en ella encuentra su principio remoto y su justificación. Está en cuestión, una vez más, una concepción falsa del uso de la libertad; así como un desconocimiento imprudente de las exigencias propias de la justicia (particular y general).⁵⁹ A partir de aquí, el desconocimiento o rechazo de la autoridad ha llegado a veces al límite de la rebelión.⁶⁰ Menos espectacularmente, pero con consecuencias extremadamente graves para la buena vida humana, la crisis de la autoridad afecta hoy a la familia, célula y vivero de la sociedad.⁶¹ Afecta además a la educación, que tiene en la familia su *locus* primero y principal, y en la Escuela y la Academia su complemento perfecto.

Ligado a esta subversión, propiamente valórica, se encuentra una grave alteración en la concepción y el sentido propios de la tolerancia.

En ámbito pagano (estoicismo latino), Marco Aurelio, asumiendo –después de Séneca– que el mal es lo que más abunda en el mundo, exhorta a “saber vivir entre hombres falsos e injustos, y tratarlos con benevolencia, siguiendo la verdad y la justicia”.⁶² Ahora bien, la benevolencia, en la energía del amor, asume la verdad y aplica la justicia;⁶³ aun si evita reducir su aplicación a la mera venganza; pero no se priva del debido castigo al malhechor. En sentido contrario, nuestros actuales “tolerantes” ideológicos –o simplemente tontos, o “cardíacos”–⁶⁴ desprecian la verdad e, incoherentemente, reservan la aplicación de la justicia para los “enemigos” de los que

⁵⁶ Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*. I-II, q. XC, a. 4.

⁵⁷ Título de un libro del sociólogo argentino José Luis de Imaz.

⁵⁸ Ver, Santo Tomás de Aquino, *De Regno*, I, 1. Cf. Joseph Ratzinger, *Il sale della terra*. Milano, Ed. S. Paolo, 1997, p. 264.

⁵⁹ Ver, Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II – II, q. 61.

⁶⁰ El “Mayo del 68” francés ilustra el problema en su maximalismo social, político y cultural.

⁶¹ Ver, Aristóteles, *Etica a Nicomaco*, VIII, 12 (4). De San Agustín, *De Civitate Dei*, XV, 16.

⁶² *Soliloquios*, Libro VI, 47.

⁶³ Lo cual nos lleva más allá de la “quietud” y la impasibilidad que predica el estoicismo, en general.

⁶⁴ Expresión pertinente, acuñada por Roger Vekemans (S.J), no sólo para significar la primacía impropia del “corazón”, sino, además (y sobre todo) para denunciar una afectividad desordenada que suplanta o perturba el ejercicio racional del intelecto humano.

habría que vengarse. Discípulos *aggiornati* de Robespierre, y cándidamente rousseauianos, “no creen que el crimen provoca el castigo; pero sí creen que el castigo engendra el crimen”.⁶⁵ De ahí la “soltura” y facilidad con que propician –*de iure* o *de facto*– el reemplazo del castigo (del debido castigo) por la educación. En todo caso, la *stultitia* de una tal “empresa” supone el mito rousseauiano del *bon sauvage* –del buen salvaje; del hombre puro, primitivo, libre del mal y, por supuesto, del pecado.⁶⁶

Ante tamaña y aberrante ilusión, basta con recordar el pertinente juicio del filósofo empirista inglés John Locke, tocante a la relación entre práctica de la fe y tolerancia: “Si en una asamblea religiosa se hace algo contrario a la tranquilidad pública, la cuestión debe ser asumida propiamente como si hubiese ocurrido en el ‘mercado’. Si en una reunión de fieles se dice o se hace algo sedicioso, ello deber ser castigado como si se lo hubiese realizado en la ‘plaza’... Y quien se hace culpable de sedición, asesinato, agresión, robo, engaño, adulterio, injusticia, calumnia, deberá ser condenado y castigado, cualquiera sea la iglesia a la que pertenezca...”.⁶⁷ Así, la benevolencia no debe ser confundida con debilidad caracterial, afectiva o mental. Y de ninguna forma se la va a practicar (si es verdadera benevolencia)⁶⁸ en desmedro de la justicia; o simplemente cometiendo injusticia. La preocupación por lo humano en sus valores auténticos es así viciada por una actitud (y “praxis”) *humanitarista*, en la que el “amor a la humanidad”⁶⁹ suplanta, cómodamente, al “amor al prójimo”, al amor a otro considerado en su concreta realidad. Un sentimentalismo compasivo⁷⁰ se alimenta entonces de una mera abstracción. Así, un filósofo chino, víctima de “la Revolución Cultural” de Mao (1964-1966), podrá decir que los marxistas están tan enamorados de la “humanidad” que no dejan ni un ápice de amor por los hombres concretos.⁷¹ Está en cuestión el valor y el sentido de lo humano. De lo que la sabiduría nos ha enseñado, con San Pablo, San Ireneo, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Juan Pablo II, Jacques Maritain... Tan opuesto al inmanentismo sexo-emocional y hermenéutico, de un autor como el biólogo chileno Humberto Maturana.⁷²

⁶⁵ G. K. Chesterton, *The Man who was Thursday*, IV. En todo esto, se puede decir, haciendo eco a Gabriel Marcel, que desprecian “la medida que deja de ser considerada un valor”. *La decadencia de la sabiduría*. Buenos Aires, Emecé, 1955, p. 78.

⁶⁶ Rousseau, *Del Contrato Social*, I, 1 y 2.

⁶⁷ *On Tolerance*. Edición italiana, La Nuova Italia. Florencia, 1986, pp. 74 y 75.

⁶⁸ Ver, J. Maritain, *Carnet de Notes*. Cap. VII.

⁶⁹ Max Scheler, *El resentimiento en la moral*. Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1944, pp. 135 y ss.

⁷⁰ Como en Rousseau, la compasión reemplaza al amor verdadero; y aun al *eros*, al que el ginebrino reduce el amor mismo.

⁷¹ Ver, F. Moreno, *La herencia doctrinal y política de Karl Marx*. Santiago, Ed. Salesiana, 1979, pp. 145-161.

⁷² Ver, *El sentido de lo humano*. Santiago, Hachette (Chile), 1992, p.133, por ejemplo. Lo más humano que hay en el hombre es lo más divino que hay en él, como lo asume en sentido contrario y justamente San Ireneo de Lyon.

En todo caso, la falsa tolerancia a que hemos estado refiriendo tolera todo y cualquier cosa, menos la verdad. Y esto, tanto porque la verdad misma ha sido depreciada y despreciada, como porque –se tenga o no conciencia de ello– se ha confundido, en el origen, la persona con el error que asume y enuncia. Sin embargo, como bien recordaba Jacques Maritain, se tolera a la persona en cuanto tal, no el error;⁷³ menos la mentira, especialmente cuando ésta conlleva la intención o el afán de engañar.⁷⁴

Pero, al ser esa seudotolerancia “alérgica” a la verdad, intolerante sólo con la verdad;⁷⁵ y siendo, por otro lado, la verdad el bien y el “alimento” natural de la inteligencia humana y de la persona misma, los modernos “tolerantes” han venido a refugiarse sea en la hermenéutica (racionalista) –los más “ilustrados”– sea simplemente en el consenso –los agentes o aspirantes al Poder.

En uno y otro caso, de una u otra forma (ilusoria, ramplona o hegelianamente) se “supera” el conflicto antropológico provocado por la “estrangulación” de la tendencia *natural* a la vez específica y más noble del hombre.⁷⁶ Del momento que ser es ser interpretado, como ocurre con Heidegger,⁷⁷ el más influyente⁷⁸ de los filósofos contemporáneos, la verdad se diluye en un relativismo subjetivizante,⁷⁹ y finalmente voluntarista.⁸⁰

En cuanto al consenso –cuya importancia está de suyo ligada al diálogo verdadero⁸¹– se lo ha llegado no sólo a “banalizar”, rebajándolo en su dignidad, sino a convertirlo en un mero instrumento de superación de conflictos, a costa de principios, normas, valores éticos y políticos (en particular), descartados como “lastre” o freno de un “progresismo”⁸² cuando menos indebidamente pragmático,⁸³ y no rara vez ideológico. Todo es transable en esta vía. Así, la falsa tolerancia, con su fundamento

⁷³ Ver, *Humanismo integral*. Cap. V, 1.

⁷⁴ Santo Tomás de Aquino, en esta cuestión, como en muchas otras, a tiempo que se inspira o asume a San Agustín, también lo precisa. Ver, *Summa Theologiae*, II – II, q.110, a. 1.

⁷⁵ Atribuida ideológica o estúpidamente al integrismo o al fundamentalismo. El “fundamentalismo” ha llegado a ser un “cómodo slogan para etiquetar todo posible enemigo”. Joseph Ratzinger, “*Il sale della terra*”. Milano. Ed. S. Paolo, 1997, p. 136.

⁷⁶ La búsqueda de la verdad, que puede encontrarse y debe ser asumida. Ver, Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I – II, q.XCIV, a.2.

⁷⁷ Ver, *Ser y Tiempo*, Cap. I, 2 y Cap. II, 7.

⁷⁸ No digo el mayor o el mejor...

⁷⁹ Ver Fernando Moreno, *Hermenéutica, política y filosofía*. En “Acta Philosophica” (Roma). Pontificia Università della Santa Croce. Vol. I, N° 1, 1992, pp. 91-100.

⁸⁰ Sartre es aquí un caso particularmente ilustrativo de “una filosofía voluntarista de los valores”. En este “discípulo degenerado de Nietzsche... –dice acertadamente Gabriel Marcel– encontramos... esa idea de que los valores son literalmente creados por quien los elige”. Op. cit. p. 68.

⁸¹ El de Sócrates, o el que nos define Juan Pablo II en su decimosexto mensaje para la Jornada Mundial para la Paz. El diálogo –dice el Pontífice– es búsqueda común de la verdad y el bien.

⁸² Ver, J. Maritain, *Théonas*, Cap. VII a X.

⁸³ Tal vez culturalmente no ajeno a la influencia del pragmatismo filosófico anglo-sajón; el de Dewey, el de Bentham o de Mill.

antropológico y hermenéutico, se proyecta en un consensismo aparentemente saludable y percibido tal vez, por la mayoría ciudadana, como pura y simplemente deseable.

Si nuestro análisis y nuestros juicios son justos (como lo creemos), lógicamente se puede explicar, a partir de allí, tanto la degradación de las instituciones, como de la misma “buena sociedad”.⁸⁴

La familia, la Iglesia (en su “personal”)⁸⁵ y el Estado, en sus tres poderes “clásicos” (Legislativo, Ejecutivo y Judicial),⁸⁶ así como en el mismo “gobierno de los hombres y administración de las cosas”, han sufrido, diversamente, los “embates” de la subversión de casi (!) “todos los valores”, en cierta forma “profetizada” por Nietzsche.⁸⁷ Sea lo que fuere a este respecto, es un hecho que el “principio” sexista ha venido a pervertir, desde diversos “ángulos”, la natural unidad nuclear y socialmente “celular” que desde siempre⁸⁸ ha sido la familia. Del divorcio, propiciado y legalmente establecido,⁸⁹ hasta la exigencia ideológica (feminista y progresista) de asumir, ya no la familia, sino las familias, que en los tiempos actuales se están instaurando a partir de la unión entre homosexuales,⁹⁰ pasando por la anticoncepción y el aborto, todo parece converger en la destrucción⁹¹ intencionada, y en parte programada, de lo que Aristóteles reconoció como la primera y más fundamental sociedad,⁹² y que San Agustín designó nada menos que como el “vivero de la sociedad”.⁹³ Si es cierto –como lo creemos– que la familia no existe sino a partir del amor y de la recíproca donación de sí que ello supone, de la verdad y la libertad, así como de la justicia,⁹⁴ la degradación o perversión de estos principios y valores fundamentales será también la degradación y destrucción de la

⁸⁴ En el sentido griego de la expresión, que supone la verdad (Sócrates), la ley y la justicia (Sócrates, Platón y Aristóteles), la felicidad en el bien (Aristóteles), la educación propia (Sócrates), y, desde luego, el bien común (Aristóteles). A lo que conviene agregar el “ocio” y el bienestar material (Aristóteles). Ver, Theodor Gomperz, *Pensadores Griegos*. Libro III, Cap. 8 (1 y 2). Cf. Werner Jaeger, *Paidea*, Libro I y libro III (6 y 9). Edición Fondo de Cultura Económica. México, 1942, pp. 128 y 129; y 182 y 446, respectivamente.

⁸⁵ Precisión de J. Maritain, en *De l'Eglise du Christ. La personne de l'Eglise et son personnel*. Cap. XI, 2.

⁸⁶ Ver, Montesquieu, *El espíritu de las leyes*. Libro V, Cap. 14, y Libro XI, cap. 6.

⁸⁷ Ver, *La voluntad de poder*, en general.

⁸⁸ Contra la pretensión de instaurar una forma moderna de familia, que supere una supuesta forma tradicional, histórica y culturalmente superada, según se dice.

⁸⁹ Como ya ocurre en Chile.

⁹⁰ “La heterosexualidad engendra una arrogancia que evita y condena el recíproco amor de una mujer por otra, y de un varón por otro varón...” Diann Neu, “Our Name is Church”, pp. 259-272, en E. Schüssler Fiorenza, op. cit. p. 268.

⁹¹ *Delenda familiae*.

⁹² *Ética a Nicómaco*, VIII, 12 (7).

⁹³ *De Civitate Dei*, XV, 16.

⁹⁴ Que condiciona (*conditio sine qua non*) la práctica del amor, y también el ejercicio de las libertades, inicialmente inherentes a la familia debidamente constituida. Ver, la exhortación apostólica, *Familiaris Consortio* (1981), N° 46.

familia; y con ella, la de la sociedad política y del hombre mismo.⁹⁵ Es la buena vida humana, o una vida propiamente humana, lo que está entonces en cuestión. Lo sabía Confucio; también los romanos; a pesar de, o más bien a causa de, la norma de la *patria potestad*, así como de la práctica de los curadores. En cuanto a Confucio y el confucionismo chino, el “lugar” acordado a la familia es central, y su importancia es, en cierto modo, suprema. De ahí la preocupación permanente por las relaciones entre padres e hijos, entre marido y mujer y entre hermanos. Aquí, la “piedad filial” impone obligaciones a los padres, pero también a los hijos.⁹⁶ Hay en todo esto valores naturales permanentes;⁹⁷ de los que las ideas, normas y costumbres del mundo “occidental” contemporáneo –y más ampliamente “moderno”– cada vez más se alejan. Y es que sus más influyentes agentes intelectuales, políticos y “mediáticos” rechazan esos valores, como rechazan la verdad y la sabiduría. Y esto, por soberbia, ignorancia o por desprecio “cronolátrico”,⁹⁸ en cuanto ‘el sentido’ no es ya más el que engendra la historia, sino que la historia pasa a ser creadora del ‘sentido’.⁹⁹

Ahora bien, la “erosión” de la familia (y del matrimonio, su base) afecta a la sociedad política y, en ella, al Estado, “rector del bien común”,¹⁰⁰ y cuya única razón de ser es el servicio al pueblo en ese bien (Pío XII, Juan Pablo II).¹⁰¹ No obstante, la profundidad y amplitud de la corrupción (moral) de los agentes del Poder (en Chile, Italia, Irak, Argentina, Perú), delata que los servidores “públicos” se sirven, con descarada deshonestidad, patronal y privativamente, de lo que deben preservar, custodiar, administrar y distribuir en justicia, y siempre prudentemente.¹⁰² Se ha dicho y repetido que “las instituciones funcionan”. Tal vez sea así. Pero con esa especie de “lugar común” y banal no se dice nada propio. Lo que importa es saber con qué fin (razón de ser) y cómo funcionan (!). Quizá no haya habido en la historia instituciones que hayan “funcionado” con mayor eficacia y “perfección” que las instauradas por los regímenes totalitarios

⁹⁵ Ser por naturaleza social. *Naturaliter homo est animale sociale*. Santo Tomás de Aquino, *Ethicorum*, VII, 6 (1391).

⁹⁶ Confucio lo sabía. Ver “La grande étude”, en Confucio, *Les quatre livres*, IX. Cf. *Familiaris Consortio*, 43.

⁹⁷ Insuperables, *de suyo*.

⁹⁸ La “cronolatría” (espistemológica) es fijación obsesiva en el tiempo que pasa. Ver, J. Maritain, *El Campesino del Garona*, II, 1. Dicha “cronolatría” se sitúa en el surco de la gnosis dialéctica (e historicista) hegeliana. En ésta, el valor (y principio) supremamente fecundo y englobante es el Tiempo. Ver, Jean Hyppolite, *Genèse et structure de la Phénoménologie de l'Esprit de Hegel*. París, Aubier-Montaigne, 1946, Cap. II. Cf. Jacques Maritain, *Filosofía Moral. Examen histórico y crítico de los grandes sistemas*, II, 7, 8 y 9.

⁹⁹ Joseph Ratzinger, *La foi chrétienne hier et aujourd'hui*. Paris, Mame/Cerf, 1985, p. 105.

¹⁰⁰ J. Maritain, *El hombre y el Estado*, I, 5.

¹⁰¹ Ver, Encíclica *Redemptor Hominis* (1979), N° 17.

¹⁰² La *recta ratio agibilium*, es decir, la prudencia, es la primera y principal virtud política. Ver, Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II- II, p. 47, a. 10; y q. 50, a. 2.

nazi y marxista.¹⁰³ Instituciones que ojalá (Oj Alá) no hubiesen existido ni, por consiguiente, funcionado. Sea lo que fuere, el usufructo privado¹⁰⁴ de “la cosa pública”, a través de una Administración corrupta, y de “Poderes” que en su “componente” humano y en sus operaciones no son ajenos a la generalizada subversión de los valores ni, por lo mismo, capaces del bien común; capaces para llevar a cabo con probidad y eficacia las tareas que, en último término, el pueblo les ha encomendado, y para cuya justa y prudente efectuación existen.

Por otro lado, no es de extrañar que, dada la crisis que vivimos, el mundo eclesial haya sido también afectado en “su personal”.¹⁰⁵

Finalmente, si es cierto –y así lo asumimos– que, en cuanto corresponde a la *buena sociedad*, la *democracia* (análogamente concebida) es como la expresión profana del Evangelio,¹⁰⁶ lo profano y lo sagrado, lo temporal y lo espiritual (Journet, Maritain) convergen en la justa determinación de su “estructura” y de su “dinámica”. Pero también es cierto que lo profano sin lo sagrado conduce a su degradación. Es, en todo caso, contra lo que alertaba Jacques Maritain, “el filósofo cristiano de la democracia”,¹⁰⁷ en la Universidad de Princeton (USA).¹⁰⁸ Es lo que Pío XII advertía en sus Radiomensajes de 1944 y 1945.¹⁰⁹ Y es lo que Juan Pablo II confirma en su encíclica *Centesimus Annus* (1991): “Hoy se tiende a afirmar –dice el Papa– que el agnosticismo y el relativismo escépticos son la filosofía y la actitud fundamental correspondiente a las formas políticas democráticas, y que cuantos están convencidos de conocer la verdad y se adhieren a ella con firmeza no son fiables desde el punto de vista democrático, al no aceptar que la verdad sea determinada por la mayoría, o sea variable según los diversos equilibrios políticos. A este propósito –sigue diciendo Juan Pablo II– hay que observar que, si no existe una verdad última, la cual guía y

¹⁰³ Para el nazismo, ver, de Norman Shirer, *The rise and fall of the third Reich*, en general; y de H. Arendt, op. cit. en general. Para el marxismo, ver, de varios autores, *El Libro Negro del Comunismo*. Ed. Francesa R. Laffont, 1997, en general. Cf. Alexander Soljenitsin, *Archipiélago Gulag*, en general.

¹⁰⁴ A menudo nepótico (hijos, sobrinos, yernos).

¹⁰⁵ Ver, *Supra*. En lo profano y en lo con-sagrado (humano) el “pecado original” está presente...

¹⁰⁶ Ver, J. Maritain, *Cristianismo y democracia*, Cap. V.

¹⁰⁷ Expresión de Etienne Borne. Ver, “La philosophie politique de Jacques Maritain”, en *France Forum* (París), N° 129-130.

¹⁰⁸ “Truth and Human Fellowship”, pp. 17 y 18, en J. Maritain, *On the Use of Philosophy*. New Jersey, Princeton Univ., 1961, pp. 16-43.

¹⁰⁹ “Una sana democracia, fundada en los inmutables principios de la ley natural y de las verdades reveladas, será resueltamente contraria a aquella corrupción que atribuye a la legislación del Estado un poder sin frenos ni límites, y que hace también del régimen democrático, a pesar de las contrarias pero varias apariencias, un puro y simple sistema de absolutismo” (Radiomensaje de Navidad, de 1944). Un año después, Pío XII completa su advertencia (y “denuncias”): “Cuando el pueblo se aleja de la fe cristiana, o no la establece resueltamente como la base de la vida civil, la democracia también se altera y se deforma fácilmente y, con el tiempo, se expone a caer en el ‘totalitarismo’ y en el ‘autoritarismo’ de un solo partido”. Radiomensaje de Navidad, de 1945.

orienta la acción política, entonces las ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. Una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como lo demuestra la historia" (N° 46). Así, porque la libertad es el núcleo y principal valor de la democracia concebida como sinónimo de buena sociedad, y porque es la verdad la causa y norma de la libertad, "meditar la verdad para practicarla es la vía o el deber del hombre".¹¹⁰

Por último, en el surco de la *sapientia* griega y escolástica (medieval), de la enseñanza milenaria china y confuciana, y de la experiencia más específicamente humana, se puede asumir¹¹¹ la existencia de un desafío educacional. En cierto modo, todo "se juega" aquí. De ahí que, si bien el atentado a la familia, y los aberrantes proyectos y programas educacionales¹¹² son hoy como la energía dominante, no es improbable que –como ha ocurrido siempre a lo largo de la historia– la gravedad misma de lo que está "en juego", el haber "tocado fondo" en cierto sentido, provoque reactiva y como pendularmente una restitución pedagógico-cultural que vuelva, analógica y "aggiornatamente", a recuperar prácticamente los principios, normas y valores propios de una educación digna de su nombre;¹¹³ es decir, que responda a las exigencias de la formación (no adiestramiento)¹¹⁴ a partir de la verdad y el bien.

La nefasta influencia de Jean Piaget y, a otro nivel, del político brasileño Paulo Freire,¹¹⁵ especialmente en el mundo "occidental" "en desarrollo" o simplemente "subdesarrollado", no está para facilitar la tarea; pero sí para una eventual profundización (por negación o rechazo) del desafío que deberá ser prácticamente¹¹⁶ asumido.

¹¹⁰ Mencio, *Hia Meng*, II, 1 (12).

¹¹¹ "Abriéndonos" a un realista y, por consiguiente, moderado y condicional optimismo.

¹¹² Caso chileno: Programas de Filosofía y de Historia (por ejemplo) ramplonamente ideológicos. Sexismo obsesivo y universal a través de las JOCAS (Jornadas de Conversación y Afectividad Sexuales); "objetivos transversales" que, ya desde 1990, apuntaron a una especie de adiestramiento o de "lavado" mental a través del sexo, los "derechos humanos" y la ecología. Ver, F. Moreno, "R. Lagos mostró sus rasgos marxistas en el Ministerio de Educación", en *El Mercurio* (Santiago), 18 de noviembre de 1996. Y, del mismo autor, "JOCAS y concesiones. La lógica del democratismo", en *El Mercurio* (Santiago), 3 de agosto de 1997.

¹¹³ Educere, o Maieusis, significan extraer, dar a luz.

¹¹⁴ Ilusión ideológica del nazismo, del marxismo (Lenin, Gramsci o Castro), y, en grado inferior, del fascismo italiano.

¹¹⁵ Ver, de Piaget, *Psicología y pedagogía*. Madrid, Ed. Sarpe, 1983, en general. De Freire, ver, *La pedagogía del oprimido*. Ed. Italiana, Mondadori, 1976, en general.

¹¹⁶ No sólo intencional, ni sólo intelectualmente.

Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico

José Luis Cea Egaña

Profesor Titular

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE

Introducción

De igual manera que con otros fenómenos jurídicos, la Constitucionalización del Derecho nos llegó del extranjero, esta vez de Francia a través de una conferencia inolvidable que pronunció, en abril de 1994 durante su primera visita a Chile, el amigo ilustre Louis Joseph Favoreu. En el número monográfico de la *Revista de Derecho* de la Universidad Austral correspondiente al año 2001, se puede consultar una traducción de ese aporte señero.

Meses después, yo mismo sentí la obligación de contribuir a la clarificación y perfilamiento del tema, enfocándolo desde el ángulo del Derecho chileno. Me parece que fue la primera publicación nacional al respecto.¹ Desde entonces supe de otras investigaciones, difundidas como libros, monografías y memorias de licenciado.² Me produjo alegría saberlo, porque era evidente que el interés había prendido y que, tanto de catedráticos afanados como de docentes jóvenes, cabía aguardar avances valiosos en el tema.

¹ Véase "La Constitucionalización del Derecho", en *Revista de Derecho Público* N° 59 (1996) pp. 50 ss. De relevancia es también Bertrand Mathieu y Michel Verpeaux: *La Constitucionalización Des Branches Du Droit* (París, Económica, 1998).

² Me refiero a los estudios del profesor Ramón Domínguez Aguila: "La Constitucionalización del Derecho Civil", incluida en *Veinte Años de la Constitución de 1980* (Santiago, Ed. Universidad Finis Terrae, 2001) pp. 200 ss.; Hugo Castellón y Laura Rebolledo: *Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil* (Concepción, Universidad de Concepción, 1996); Louis Joseph Favoreu: "La Constitucionalización del Derecho Penal", *XXIII Revista Chilena de Derecho* (1998) pp. 112 ss.; y Alejandro Guzmán Brito: *El Derecho Privado Constitucional* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001).

I. Marco de referencia

La persona humana, uno mismo, va evolucionando, aunque en lo que somos hoy se halle la impronta de lo forjado en los años de formación intelectual y moral. Por lo mismo, creo que el cambio es un rasgo inherente al individuo y que en él debe hallarse no un afán de acomodamiento a las circunstancias, sino que de asimilación a los signos de los tiempos.

Afirmo lo anterior porque he seguido leyendo, escribiendo y discutiendo acerca de la Constitucionalización del Derecho. Está lejos de ser un asunto cerrado, diáfano y sin aristas desconcertantes. Por eso, tampoco puedo hoy conformarme con los enunciados, vacilantes y escuetos, que redacté en 1995. Mucho de lo que expondré a continuación es una revisión de mi postura en el tema, a veces reiterada y en otras reemplazada o contradicha. Me preocupa repensar qué es aquel fenómeno, dónde yacen sus limitaciones y potencialidades, por qué causa reticencias y cuál es su aporte a la democracia y al constitucionalismo de nuestra época.

Permítaseme, para explicar lo que digo, situar el análisis en un marco histórico y teórico de referencia, que nos permita responder las preguntas planteadas.

Tiendo a seguir, al efecto, la filosofía de Thomas Kuhn en su concepción de los paradigmas de las revoluciones científicas.³ En términos breves y simplificados, creo que, en lo concerniente a nuestro tema, en los cuatro últimos siglos de la civilización occidental tanto los europeos como, desde su independencia política, los pueblos latinoamericanos herederos de aquéllos, hemos vivido dos grandes paradigmas, o sea, modelos que se imponen para el desarrollo de la ciencia o de la técnica y que significan dejar una época con la esperanza que sea para avanzar, progresando, a otra época mejor.

1. Estado legislador

El primero de esos paradigmas fue el del Estado, fundado en la doctrina del pacto político-social, con Thomas Hobbes, en mi convicción, como el padre indiscutido de su origen y postulados esenciales.⁴

³ *The Structure of the Scientific Revolutions* (New York, Russell Foundation, 1974) pp. 12 ss. Util es añadir que la conceptualización de Kuhn coincide con el sentido de ejemplo o ejemplar que el sustantivo **paradigma** tiene en su acepción natural y obvia. Revítese al respecto Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 2001) p. 1675.

⁴ Consúltese *De Cive o El Ciudadano* (1642) (Madrid, Alianza Editorial, 1994) y (1650) *El Leviatán* (Madrid, Ed. Sarpe, 1999).

Pues bien, aquella estructura política se caracterizaba por una serie de rasgos capitales, muchos de los cuales no se explican o se dan por sabidos y aceptados, sin evaluarlos. Útil es reseñar algunos de tales rasgos para captar el calado del cambio que va dejando el neoconstitucionalismo.⁵

Por ejemplo, me refiero a que el Estado nació como depositario único de la dominación humana en general y no sólo política; que ejerciendo ese poder o soberanía incontrarrestable asumió la capacidad, exclusiva y excluyente, de hacer y nunca recibir la ley, como lo quiso Jean Bodin;⁶ que tal especie o categoría de norma jurídica se hallaba identificada con la justicia, porque, como afirmó Hobbes, antes del Estado y de la ley no se conocía la diferencia entre lo justo y lo injusto; en fin, que en el pacto social enajenamos todos los derechos para que el Estado, a través de la dominación legal, nos garantizara la igualdad y libertad en el ejercicio, cierto o seguro, de ellos.

Despréndense varias consecuencias de tales premisas. Efectivamente, las primeras Constituciones europeas y de nuestra América fueron, en realidad, nada más que Instrumentos de Gobierno; los jueces se limitaban al rol que les fijó Montesquieu,⁷ es decir, conformarse como seres inanimados que modulaban las palabras de la ley; el control de los gobernantes quedaba radicado en las asambleas parlamentarias; el legislador establecía la casación para que los tribunales supremos custodiaran la interpretación y aplicación, tasada o segura, de los mandatos legislativos; y los ciudadanos carecían de garantías, sobre todo para ejercerlas en contra del legislador y de los funcionarios administrativos.

Pues bien, mientras el pacto social, la soberanía y la ley tuvieron forma y sustancia democráticas, el paradigma abrió el surco a progresos ostensibles en el gobierno racional de las comunidades políticas. Por desgracia, a raíz de múltiples hechos históricamente establecidos, ocurrió el vaciamiento de la democracia representativa y de la ley, ésta como producto de los órganos gubernativos. Y llenando el lugar de ambas se elevó la soberanía al punto de erigirse en concepto matriz del Estado, de la democracia y del sistema jurídico.

Desde entonces, sobrevinieron décadas o, al menos largos años, de dictaduras y totalitarismos, siempre vanamente apuntalados en la legalidad formal resultante de esa concepción legiferante y positivista del Estado y del Derecho. Todos eran, se ha dicho sin que pueda ser rebatido, Estados de

⁵ Véase, en general, Miguel Carbonell (editor): *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

⁶ (1578) *Los Seis Libros de la República* (Madrid, Ed. Aguilar, 1963). Véase Jean-Jacques Chevallier: *Los Grandes Textos Políticos desde Maquiavelo a Nuestros Días* (Madrid, Ed. Aguilar, 1965) pp. 45 ss.

⁷ (1748) *El Espíritu de las Leyes* (México DF, Ed. Porrúa, 1971).

Derecho desde tan reducido y pobre punto de vista. Las tragedias se multiplicaron, fueron resonantes por su oprobio, pero muchos callaron las causas y secuelas, ostensibles en el siglo XX, que en ellas tuvo la construcción sólo estatalista del ordenamiento normativo.

Por eso pienso que no descubre, entiende ni asimila los signos de los tiempos jurídicos quien sigue anclado a la visión del Estado, de la soberanía y de la ley que he descrito. Gustavo Zagrebelsky, hoy Presidente de la Corte Constitucional de Italia, ha acuñado la expresión **pulverización** para denominar la situación en que se halla el cúmulo de supuestos, enseñados aún en ciertas Facultades de Derecho, seguidos a menudo en la judicatura y la abogacía, que habían convertido a la ley, y sobremanera a los códigos, en una construcción intocable, inobjetable, casi divina en su perfección.⁸

Para confirmar lo escrito basta rememorar a otro contractualista de fuste, Jean Jacques Rousseau, quien, en el epítome del entusiasmo con que caracterizó a esa elaboración racionalista, llegó a calificarla de expresión de la voluntad general, por ende siempre democrática, y con cualidades de infalible, absoluta, indelegable e inalienable.⁹ El ciudadano y los grupos quedaban así entregados a la voluntad de los órganos públicos, superlativamente del legislador. Se aguardaba de la heterotutela todo cuanto se rechazaba de la autotutela como modelo jurídico.

2. Estado Constitucional de Derecho

Prescindiendo de otros elementos dignos de comentario,¹⁰ permítaseme avanzar al segundo de los paradigmas que deseo bosquejar para comprender el fenómeno analizado. Me refiero a la irrupción de la dignidad de la persona y de los derechos inalienables que fluyen de ella. La densidad del cambio que involucra el nuevo paradigma puede ser sintetizada afirmando que, si por siglos se padeció la impronta del legalismo formal, en los últimos decenios se ha ido imponiendo el paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Imperativo es observar que este nuevo parámetro de legitimidad no se limita a rectificar el paradigma precedente, porque humaniza la letra, hasta entonces inerte, del ordenamiento jurídico, llenándola de valores y principios, de los cuales no puede prescindir el intérprete que obra de buena fe.

⁸ Véase *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

⁹ (1754) *El Contrato Social* (Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1965) pp. 64 ss.

¹⁰ Véase mi *Transformación del Derecho por el Constitucionalismo* (Tribunal Constitucional de Chile, 2004). Un panorama, nítido y completo, de este complejo asunto se halla en Luis Prieto Sanchís: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 21 ss.

En nuestra época, llamada **postmodernidad**,¹¹ se ha planteado, como lugar común, la crisis del Estado, de la soberanía y de la ley con el carácter de rasgos matrices del proceso que vivimos. Este es el momento propicio para declarar mi coincidencia con esa aseveración, adhesión que no significa, sin embargo, propugnar la supresión de tal forma política, ni de la soberanía, como tampoco de la legislación en cuanto instrumento de configuración de la convivencia legítima.

Pues bien ¿cuáles son las características matrices del nuevo paradigma?

Consciente que estamos aún en curso de alumbramiento, sobre todo en Chile, que, tardíamente, se incorporó al proceso, pienso que, entre esas características, se halla, en primer lugar, la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables.

Agrego que de esa premisa capital fluye la nueva legitimidad que debe singularizar al Derecho en la democracia, esto es, el ejercicio del Gobierno con sujeción a la Constitución, cuya parte dogmática, abarcando las garantías jurisdiccionales, es anterior y superior al instrumento de gobierno.

Característica del nuevo paradigma es también la supremacía, sustantiva y formal, del Código Político, secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad.¹² Por consiguiente, ya no se requiere la intermediación, previa o ulterior, de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen del libro a la vida. La Constitución, evocando a Herman Heller, vive hoy porque es vivida, en el sentido que se aplica, realmente y en los más variados asuntos de la convivencia, sometándose a ella los gobernantes igual que los gobernados.¹³

Me detengo, con énfasis, en la subordinación de la ley a la Constitución, de manera que la primera vale sólo en la medida que respeta a la segunda, y de ésta es núcleo esencial, lo repito, su parte dogmática. Con palabras elocuentes, Herbert Krügger¹⁴ lo plantea en la aseveración siguiente: si por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la medida que lo permitía la ley, o la ley vale en la medida que respeta a los derechos esenciales.

Pero esa supremacía exige control para que sea efectiva. Por ende, sin suprimir ni disminuir la vigilancia del Parlamento, se enriquece el régimen de fre-

¹¹ Consúltese Klaus Von Beyme: *Teoría Política de la Postmodernidad* (Madrid, Alianza Editorial, 1997).

¹² Louis Joseph Favoreu y Francisco Rubio Llorente: *El Bloque de Constitucionalidad* (Madrid, Ed. Civitas, 1996).

¹³ *Teoría del Estado* (México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1967) pp. 243 ss.

¹⁴ Citado por Otto Bachof: *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1994) p. 43.

nos y contrapesos con la revisión que ha de ser hecha, especialmente, por los Tribunales Constitucionales. Esta es una magistratura diferente de la judicatura ordinaria; máxima o sin superior en su misión de guardián del Código Político; y resueltamente configurada por el Poder Constituyente para proteger los derechos fundamentales, v. gr., de las minorías ante actuaciones o amenazas de las mayorías.¹⁵

Por supuesto, el garantismo resulta ser clave en el paradigma que describo. Así es, pues poco o nada vale, en los hechos, lo asegurado por la Constitución si la persona y los grupos carecen de acceso, fácil y expedito, a las acciones y recursos, deducibles ante tribunales independientes e imparciales, que les permitan prevenir o rectificar los atentados en contra de la dignidad humana y del ejercicio legítimo de los derechos que tal cualidad única lleva consigo.¹⁶

En fin, es rasgo esencial del nuevo paradigma el rol protagónico, activo o dinámico, de todos los jueces en el despliegue de las potencialidades humanistas de la Constitución. Aunque orientados e impulsados por la jurisprudencia irradiante del tribunal encargado de defender a la Carta Fundamental, los jueces, sin excepción, tienen que pensar y decidir con tal mentalidad garantista, encuadrándose, como es obvio, en los parámetros configurados por las sentencias de esa magistratura.¹⁷

II. Constitucionalización del nuevo paradigma

Tal constitucionalización se halla bien descrita por el profesor Ferrada:

“(…) a partir de una afirmación rotunda de la supremacía de la Constitución sobre todas las normas del ordenamiento jurídico, derivado del nuevo carácter normativo de ésta (...), se establece una reconstrucción de todo el sistema jurídico, en el que los derechos fundamentales, especialmente, se transforman en el eje central del sistema (...), irradiando sus efectos sobre todas las demás normas e instituciones jurídicas”.¹⁸

¹⁵ Louis Joseph Favoreu: “Los Tribunales Constitucionales”, en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coordinadores): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Madrid, Ed. Kykinson, 1997) pp. 103 ss. Recuérdese, además, que Hans Kelsen se percató de esta finalidad en 1928, siendo hoy posible leer tan premonitoria advertencia en sus escritos sobre *La Democracia y el Socialismo* (Madrid, Ed. Debate, 1988) pp. 152 ss.

¹⁶ Véase Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil* (Madrid, Ed. Trotta, 1999).

¹⁷ Rainer Wahl y Joachim Wieland: “La Jurisdicción Constitucional como Bien Escaso. El Acceso al *Bunderverfassungsgericht*”, XVII *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 51 (1997) pp. 15 ss.

¹⁸ *La Constitucionalización del Derecho*, cit., p. 7.

A raíz del gobierno militar, es claro que a ese proceso nos incorporamos casi con dos décadas de atraso, pero hemos avanzado rápido en la consecución de sus objetivos.

Creo que la Constitucionalización del Derecho es uno de los efectos o resultados, con certeza de los más importantes, del nuevo paradigma que vivimos. Pero tal Constitucionalización no es sinónimo de aquel paradigma, pues tampoco lo abarca plenamente o en la variada gama de asuntos que comprende.

Rectamente entendido, el Estado Constitucional de Derecho equivale a una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes, de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia y otros vectores de semejante importancia. En pocas palabras, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal, que no coincide sólo con la legitimidad legal o racional que elaboró Max Weber.¹⁹

De ese nuevo paradigma es elemento esencial la mayor independencia del Derecho con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía. Esta es la única manera de hacer prevalecer la justicia, postulado que debe regir en el orden normativo interno y también, no cabe duda, en el ámbito internacional. Así entendido, el Estado Constitucional de Derecho supone la aproximación máxima a que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental, éste es, el gobierno por medio del Derecho y que se impone a la pura voluntad, es decir, la institucionalización del mando en la sociedad política.²⁰

Bien se razona, entonces, cuando se asume tan densa trama y se dispone el jurista a compartir sus consecuencias. Perseverar en el paradigma estatalista, como lo hace todavía más de un jurisconsulto distinguido,²¹ equivale, por ende y sin más, a continuar insistiendo en concepciones casi por completo superadas, ojalá que irreversiblemente, por el costo enorme que la humanidad sufrió bajo tal designio, incluyendo la destrucción de la democracia o el sufrimiento para recuperarla.

¹⁹ Véase *I Economía y Sociedad* (México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1967) pp. 60, 145 y 433.

²⁰ Georges Burdeau: *IV Tratado de Ciencia Política* (México DF, UNAM, 1975) pp. 240 ss.

²¹ Revítese Eduardo García de Enterría: "El Principio de Protección de la Confianza Legítima como Supuesto Título Justificativo de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid, 2003) N°33 pp. 138 ss. Cf. la profunda y trascendental discusión epistolar, ocurrida entre García de Enterría, de una parte, y Pablo Lucas Verdú, de otra, a propósito del tópico enunciado, en el T. IV del *Curso de Derecho Político*, del segundo de los autores nombrados (Madrid, Ed. Tecnos, 1984) pp. 97 ss. En la doctrina chilena puede revisarse José Antonio Ramírez Arrayás: *Disposiciones de Principio Constitucional y Actividad Social y Económica del Estado* (Santiago, Ed. Universidad Central de Chile, 1993, pp. 17 ss).

III. Investigación abierta

He llegado a plantearme diversas inquietudes. Permítaseme resumir algunas sugerencias al respecto, las que entrego con el ánimo de incentivar estudios rigurosos adicionales.

3. Constitución de valores

Así llama Antonio Baldassarre a la Carta Fundamental típica de nuestra época.²² Ella, que corresponde a los grandes Códigos Políticos de Italia, Alemania, Francia, España y a los que siguen su huella, no puede ser entendida, interpretada ni aplicada valiéndose de los cánones hermenéuticos que la dogmática de la ley estructuró como claves en la codificación del Derecho Positivo. Por el contrario, es en la argumentación, persuasiva por los motivos que invoca, ponderada en el análisis balanceado de ellos y acuciosa en su justificación que, como escribe Alfonso García Figueroa,²³ profesor en la Universidad de Castilla-La Mancha, se halla el método característico de la interpretación constitucional contemporánea.

Con base en tal argumentación se ha remozado la Ciencia del Derecho y se desenvuelve un nuevo raciocinio jurídico. En este, el intérprete de la Constitución se halla más libre para desplegar la búsqueda de armonía entre derechos fundamentales en conflicto, conjugándolos con sujeción a la finalidad presente en todo valor, principio o precepto jurídico de índole fundamental.

No se trata de eliminar de la hermenéutica constitucional las reglas que, como la exégesis, la subsunción y la resolución de antinomias, siguen siendo útiles en la interpretación de la legislación. Tampoco puede prescindirse de la lógica, los anales fidedignos y la comparación. Sí, en cambio, la misión del jurista constitucional supone reconocer y obedecer a cuanto fluye de los valores, principios y normas articulados en la Carta Fundamental. Razonando en la línea de la argumentación ya descrita, ese jurista tiene que juzgar lo que es exclusivo de cada caso, de acuerdo a lo que debe ser según la Constitución y que ésta exige respetar.

En la más de dos veces milenaria y hermosa Teoría de la Argumentación, originada en la Retórica de Aristóteles y explicada y defendida en la década de 1960 por Theodor Viehweg, Joseph Esser, Stephen Toulmin y Chaim Perelman, encontramos, por ende, la clave de la tarea que la Constitución

²² "Parlamento y Justicia Constitucional", en Francesc Pau i Vall (coordinador): *Parlamento y Justicia Constitucional* (Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997) pp. 183 ss.

²³ "La Teoría del Derecho en Tiempos del Constitucionalismo", en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)* cit., pp. 264 ss. En semejante sentido consultar Luis Prieto Sanchís: "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial", en la obra colectiva recién citada, pp. 142 ss.

exige cumplir por el juez constitucional. En esa argumentación queda incluida la ponderación o razonabilidad, con prioridad a las reglas hermenéuticas típicas de la codificación y en reemplazo de la subsunción positivista. Repito: no se trata de eliminar ni olvidar las reglas clásicas de la interpretación jurídica, pero sí de comprender que ellas son insuficientes o inadecuadas, sin más, para la hermenéutica constitucional.²⁴

4. Derecho irradiante y Derecho irradiado

En el Estado Constitucional de Derecho, el constitucionalismo humanista se extiende horizontal y verticalmente, penetrando en las más variadas disciplinas del ordenamiento jurídico, debiendo impregnar todas las actuaciones estatales y, no cabe duda, también las conductas de los particulares sin excepción. Este es el fenómeno de irradiación o efecto reflejo que surge de la Constitucionalización del Derecho.

A la jurisprudencia alemana se debe el hallazgo descrito, pleno de posibilidades promisorias.²⁵ Debe, sin embargo, cuidarse no caer en la hegemonía del constitucionalismo, con perjuicio para las demás especialidades normativas. Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, merece ser citado donde escribe que:²⁶

“Los principios objetivos supremos son flexibles y de general aplicación, aunque imprecisos (...). Influyen en la interpretación del Derecho Privado, sobre todo en la concreción de las cláusulas generales y, en casos especiales, como justificación para apartarse del texto de la ley. Pero las normas del Derecho Privado siguen aplicándose (...). El juez debe examinar el Derecho Privado para determinar si está influido por el Derecho Constitucional y desprender las consecuencias (...). No se olvide que la autonomía de la voluntad privada es también objeto de garantías constitucionales”.

Pero la precaución hecha para no incurrir en aquella hegemonía tampoco admite desconocer los cambios que ha experimentado el Derecho por virtud del constitucionalismo humanista. Me identifico con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, al sentenciar lo que leo enseguida:

“Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciu-

²⁴ Véase Fernando Quintana Bravo: “Discurso Político, Argumentación Jurídica y Justificación”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 9 (1991) pp. 143 ss.

²⁵ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal, dictada el 15 de enero de 1958, reproducida en Jürgen Schwabe (compilador): *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Montevideo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003) p. 132.

²⁶ *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997) pp. 512, 516, 519, 520.

dadano en contra del Estado. Sin embargo, en las disposiciones de la Constitución sobre tales derechos se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del Derecho".²⁷

5. Derecho Constitucional Procesal

En esta nueva disciplina²⁸ estimo apremiante preocuparse de la sentencia constitucional, desde múltiples puntos de vista, pero con urgencia, en punto al efecto de irradiación u horizontal que lleva consigo.

En realidad, tales sentencias son de alcance necesariamente *erga omnes*, rasgo que obliga a evaluar la aplicación al ámbito de los derechos esenciales, de la concepción clásica plasmada en el artículo 3º del Código Civil. De éste, recuérdese, es característica medular la relatividad del casuismo decidido por fallos de la judicatura común.

¿Cuán lejos o cercanos al precedente nos hallamos, entonces, con el efecto de irradiación de tales sentencias? ¿No es cierto, acaso, que el neoconstitucionalismo expresa una aproximación ostensible del constitucionalismo continental europeo y latinoamericano al homónimo norteamericano?²⁹ ¿Responde nuestra inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales al viejo paradigma pro legalista? ¿Es presagio alentador, en cambio, de la entronización del nuevo paradigma la reforma, aún en el Senado, que lleva consigo la derogación de la ley después que el Tribunal Constitucional la declare, en tres casos, sustantiva o formalmente insostenible ante el Código Político?

Mas, como he dicho, la sentencia constitucional justifica investigaciones adicionales. Una de ellas estriba en que tal pronunciamiento no es más, ni principalmente, la obra de un legislador negativo, como la tipificó Hans Kelsen.³⁰ Antes, y por el contrario, la defensa de la Constitución se realiza de diversas maneras y no sólo para eliminar preceptos, sean legales o reglamentarios, a raíz de resultar inconciliables con el Código Político.³¹

²⁷ Id. nota 26.

²⁸ Consúltese Domingo García Belaúnde: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2003). Del mismo autor, *Derecho Procesal Constitucional* (Bogotá, Ed. Ternis, 2001); y Juan Colombo Campbell: "Funciones del Derecho Procesal Constitucional, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, pp. 137 ss.

²⁹ Suscita optimismo y satisfacción constatar que la filosofía de John Locke en sus *Dos Tratados del Gobierno Civil* (1690) (Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1963) pp. 153 ss., tan influyente en el constitucionalismo norteamericano, ha comenzado a reemplazar la doctrina de Hobbes, Rousseau y Hegel, entre otros.

³⁰ *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, cit., pp. 130 ss.

³¹ Helmut Simon: "La Jurisdicción Constitucional", en Ernest Benda *et al.*: *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996) pp. 834 ss.; y Horst Schömböhn: "La Corte Constitucional Federal y la Protección Jurídica que Otorga el Sistema Judicial", en *Ius et Praxis* N° 1 (1998) pp. 11 ss.

6. Deferencia razonada

Pertinente es subrayar, en la prosecución de tal orden de ideas, la deferencia razonada, la autocontención o la prudencia que debe demostrar el Tribunal Constitucional ante la competencia ejercida por los demás órganos fundamentales en el Estado democrático.³²

Por consiguiente, sólo cuando el análisis del caso lleva, inexorablemente, a una conclusión reprobatoria de la ley o del acto administrativo controlado, entonces procede que sea declarado el vicio, que culmina en la nulidad de los preceptos respectivos. Pero el Tribunal tiene que razonar sobre la base, para mí opuesta a la desarrollada por Ronald Dworkin, que nunca un caso es idéntico a otro y que, por lo mismo, tampoco existen las respuestas universales y únicas, excluyentes y exclusivas.³³

7. Realce de la magistratura

Cabe reforzar el rol de los jueces en el nuevo paradigma, doblegando los recelos que, con frecuencia, se levantan en contra de un hipotético activismo judicial. No es tampoco, reconozcámoslo, la certeza legítima el bien jurídico ganado por el formulismo legalista.

Planteo, en consecuencia, ayudar a la magistratura explicándole su rol en el Estado Constitucional de Derecho y capacitándola en la argumentación, ponderada y razonada, de cada asunto o gestión que involucre la promoción y defensa de los derechos esenciales. Más todavía: resulta menester demostrarle que el Derecho puede adentrarse más en la consecución del ideal de un sistema normativo coherente cuando los valores y principios constitucionales se irradian hacia todos los confines del régimen preceptivo.

En la sociedad pluralista de nuestro tiempo, es en ese plexo de valores, superiores y objetivos, que se halla la unidad o el consenso requeridos para preservar la integridad del sistema. En los jueces, superlativamente los magistrados constitucionales, recae la difícil misión de forjar la cohesión social en el ambiente de tolerancia y respeto referido.

El cambio es de gran envergadura y a las Facultades de Derecho incumbe darle impulso y canalización. Entre otros beneficios, ese esfuerzo redundará en el incremento de la seguridad jurídica.

³² Véase Patricio Zapata Larraín: *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Biblioteca Americana de la Universidad Andrés Bello, 2002) pp. 69 ss.

³³ *Los Derechos en Serio* (Barcelona, Ed. Ariel, 1989) pp. 209 ss.

8. Renovación de la ley

Idénticamente importante es puntualizar la actitud con que debe obrar el legislador de frente a la Constitucionalización del Derecho. En él, sus órganos de control internos están llamados a ser los primeros vigilantes de la supremacía, precaviendo qué proyectos o iniciativas inconstitucionales puedan prosperar, o confiándose en que el Tribunal Constitucional sea quien las suprima, como legislador negativo.

Más allá del respeto de la supremacía surge, sin embargo, la necesidad de revisar la naturaleza y funciones de la ley en la democracia contemporánea. Tal especie de norma jurídica sigue y continuará siendo indispensable para implementar los grandes parámetros constitucionales. A dicha conclusión evidente se agrega otra, cuyo significado me parece más problemático. Me refiero a que en la democracia actual la ley debe servir a la sociedad civil, a la persona y al Estado, no únicamente a este último, en la concreción de los derechos sociales o de la segunda generación. El principio de subsidiariedad, entonces, ha de ser paralelamente implementado y promovido con el principio de solidaridad social.

9. Democracia continua

Termino realzando un mérito, pocas veces mencionado, de la Constitucionalización del Derecho. Me refiero a que, en dicho proceso, ha sido decisiva la judicatura constitucional, la cual, impulsándolo, ha fortalecido la democracia.

Dominique Rousseau se percató de eso, denominando al fenómeno como **la democracia continua**,³⁴ es decir, que aumenta la participación de la ciudadanía en el control diario de nuestros representantes y que lo hace a través del Derecho, esto es, pacíficamente.

Acudiendo a consideraciones sustantivas, se culmina así en lo que la sentencia siempre debe ser, o sea, que las partes y la comunidad, sin excepción, la hacen suya por ser irrefutable la legitimidad tanto del proceso que lleva a ella como del contenido de lo decidido.³⁵ Alcanzar tan elevado y noble objetivo es también corroborar cuanto hemos realzado de la argumentación en la interpretación constitucional.

³⁴ *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) p. 107.

³⁵ Véase Paul Ricoeur: *Lo Justo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997) pp. 161 ss.

¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?

Hugo Rosende Alvarez

Director Departamento de Derecho Privado

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A. Introducción

1. Los jóvenes de hoy son el fruto de la generación de los años sesenta, la cual fue criada bajo las tensiones de la guerra fría que amenazaba con una conflagración mundial devastadora por el uso de armas nucleares. Coetáneamente, esa época se caracterizó por el desarrollo explosivo de las ideologías y de los cambios estructurales de la sociedad o derechamente con la ruptura de lo establecido. Fueron manifestaciones de ello la revolución cultural de Mao en China; la revolución estudiantil en París; el movimiento hippie en Estados Unidos como reacción a la guerra de Vietnam; los movimientos subversivos en Latinoamérica a consecuencia de la revolución cubana liderada por Fidel Castro; los efectos extremos del Concilio Vaticano II de la Iglesia Católica y las corrientes disgregadoras que de él nacieron, que bajo el pretexto de seguir la opción preferencial por los pobres, introdujo la teología de la liberación con ingredientes marxistas hasta llegar al extremo de abrazar las armas de la guerrilla; la liberación sexual de la mujer y el consumo habitual y creciente de drogas alucinógenas y otros alcaloides, todos los cuales contribuyeron a un cambio cultural en la época.

Aquellos jóvenes, hoy convertidos en padres y madres, transmitieron a sus hijos los valores y antivalores vividos por ellos, y de esta manera, consciente o inconscientemente, alentaron y alientan, por sí o a través de su descendencia, un cambio cultural en la sociedad actual.

2. A fines de los años ochenta, el crecimiento de nuestra economía, abierta al mundo (la "aldea global"), permitió a la población el acceso vertiginoso y casi sin límites a la información, recibéndola sin censura ni discriminaciones conforme la presentaban otras realidades y concepciones, muchas de ellas opuestas a la nuestra. Las telecomunicaciones permitieron expandir el cambio cultural, que en germen venía de los años sesenta, a prácticamente todos los habitantes. Simultáneamente acaecen dos factores coadyuvantes: la caída del muro de Berlín, que simboliza el término de

la guerra fría entre las superpotencias, y el fin del gobierno militar y la vuelta a la democracia liberal. El primer factor hizo desaparecer las tensiones de una conflagración mundial; y el segundo, permitió una suerte de destape, similar al ocurrido en España después de Franco. La Iglesia chilena, centrada en la defensa de los derechos humanos durante el régimen militar, se vio obligada por las circunstancias a desplazar su atención a los temas valóricos, viéndose entonces abandonada por aquellos que buscaron su amparo en la defensa de los derechos humanos.

A su turno, el liberalismo en lo económico se extendió a los valores, con un acentuado cultivo del placer, del relativismo moral –apoyado en la tolerancia y el respeto de la diversidad– y el permisivismo.¹ De ello se ha seguido que la libertad no aparezca acompañada de la responsabilidad personal, desde que se proclaman los derechos y se silencian los deberes.

3. Con el regreso de la democracia representativa, se efectuaron cambios drásticos a la Constitución Política de 1980, cuyas reformas fundamentales tuvieron por objeto dar fuerza obligatoria a los tratados sobre derechos humanos, cuyo horizonte fue, entre otros, efectuar cambios drásticos en la familia, y dar cabida amplia al pluralismo.

En cuanto a los tratados sobre derechos humanos, se pretendió darles un valor por encima de la Constitución y al no lograrse este propósito, se modificó la legislación interna con alcances que no tienen esas convenciones internacionales. Así, no resulta extraño que descendiera el número de matrimonios celebrados desde 1990 hasta la fecha, cuyos índices reflejan un decrecimiento de un 50% aproximadamente, a la par que descendieran los índices de natalidad, provocando el envejecimiento de la población.

La falta de compromiso de las parejas para fundar familias estables y el temor de procrear una familia numerosa; la dedicación de hombres y mujeres a la vida laboral, muchas veces con horarios extensos y extenuantes; hacen que los hijos sean mirados como un estorbo o, en su caso, creen sentimientos de culpa, especialmente entre las mujeres, por no poder dedicar el tiempo suficiente al cuidado personal de los niños.

4. La marcada influencia del pensamiento liberal (en el cual se refugian sectores ideológicos que en el pasado recibieron el apodo de progresistas) en los foros internacionales, como aconteció en las conferencias de El Cairo

¹ Son expresiones de este estado de cosas la desnaturalización del escudo patrio; el financiamiento estatal de una obra teatral que desfigura groseramente al héroe naval, don Arturo Prat Chacón; de aquella escultura del órgano sexual masculino que se instaló en la ciudad de Machalí; o los desnudos colectivos en el Parque Forestal, etc.

o Beijing II, va paulatinamente concretándose en tratados de derechos humanos que luego pasan a insertarse en la legislación interna. En verdad, por su actitud, las autoridades de gobierno lejos de luchar por la defensa de nuestra idiosincrasia se pliegan a esos nuevos enfoques. Las políticas públicas de educación sexual de los jóvenes a través de las JOCAS o del uso de preservativos o de la denominada píldora del día después, disimulada esta última para ser repartida en casos de violación, muestran una orientación que no se ajusta a lo dispuesto en las Bases de la Institucionalidad. Éstas exigen del Estado políticas destinadas a la protección de la familia, del fomento de sus fines propios y al desarrollo espiritual y material de sus integrantes. Y estos deberes no son cumplidos dentro del espíritu de la Carta Política que nos rige.

5. Tal vez haga falta todavía el transcurso de un tiempo para que el péndulo de la posmodernidad alcance su máxima oscilación en la línea del permisivismo, hasta que sus deplorables consecuencias, como el Sida, el descenso de las tasas de natalidad y otros, marquen la necesidad de volver al sitio en que se fomente el desarrollo de la familia. Se echa de menos en la actualidad el regreso a la sabiduría que caracterizó al autor del Código Civil, tomando en cuenta los valores permanentes de la sociedad y no las modas o costumbres transitorias.

B. Los principios del Código Civil y su evolución en las sucesivas reformas legales

Don Pedro Lira Urquieta,² hace casi cincuenta años, recordaba los principios en los cuales se inspiró don Andrés Bello en la redacción del Código Civil nuestro, los cuales se sintetizan en los siguientes: la omnipotencia de la ley, la igualdad de los habitantes ante la ley, la constitución cristiana de la familia y su protección, el reconocimiento y amparo del derecho de propiedad, y la libertad de contratar.

Las sucesivas reformas introducidas al Código de Bello exigen preguntarse si subsisten los principios que informaron la redacción de ese cuerpo de leyes, para lo cual revisaremos la vigencia de tales principios.

1. La omnipotencia de la ley

a) El profesor Lira Urquieta, a quien seguiremos en esta materia de los principios, señalaba que el Código Civil rinde culto fervoroso a la ley, a la

² Lira Urquieta, Pedro, *El Código Civil chileno y su época*, págs. 58 a 73. Editorial Jurídica de Chile. 1956.

cual deberán dar aplicación los jueces, los funcionarios la harán cumplir y los ciudadanos habrán de obedecer. El rigor y la pena caerán sobre las personas que la violan o la dejan incumplida.

En la omnipotencia y el culto de la ley se fundamentó el sistema portaliano, cuya perfección se alcanzó bajo el gobierno de Montt y de Varas.

Acorde con lo expuesto, se le restó valor a la costumbre, salvo que la ley se remita a ella. Y el codificador privó de discrecionalidad a los jueces para interpretar la ley, como aparece claramente de las normas que se ocupan de la hermenéutica judicial. Como si ello no bastara, el Código señala que sólo toca al legislador explicar e interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio y las sentencias judiciales no tienen fuerza vinculante sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

La norma de interpretación que permite al juez invocar en última instancia "al espíritu general de la legislación y a la equidad natural" está dada para fallar un asunto cuando existan pasajes oscuros o contradictorios de las leyes, mas no para sentar doctrina en ausencia de la ley. Los Tribunales Superiores de Justicia sólo están autorizados para hacer notar al Presidente de la República las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que observen en ellas, pero no pueden dictar normas obligatorias en silencio de la ley.

b) La supremacía constitucional y su influencia en las normas de rango inferior,³ unida a los controles de constitucionalidad de las leyes, a priori o a posteriori, así como la aplicación en el derecho interno de diversos tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile,⁴ han hecho decaer el principio de la omnipotencia de las leyes.

³ Domínguez Águila, Ramón, "La Constitucionalización del Derecho", en *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, págs. 37 y ss., Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, ConoSur Ltda., año 2001; y "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 93, primera parte, págs. 107 y ss., año 1996. El autor explica que entiende por Constitucionalización del Derecho, por una parte, la recepción en la norma fundamental del Estado de Derecho y principios provenientes de las diversas divisiones en que tradicionalmente se separa el Derecho, para dotarlos de la protección que entrega esa norma fundamental y, por la otra, la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluso sus tribunales, como también para los particulares.

Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, pág. 100, Colección Manuales Jurídicos N° 99, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 1990. Este tratadista, siguiendo el modelo kelseniano, señala en la fase sustancial de la interpretación, a propósito del criterio de la coherencia lógica o genética, que el ordenamiento jurídico tiene dos características primordiales: es, por una parte, jerarquizado, donde la norma constitucional es la más abstracta y de mayor poder vinculante, debiendo todas las demás normas subordinarse a su contenido; y por otra parte, el valor jurídico (obligatoriedad) es derivado, lo que significa que la norma obliga

A su turno, el principio de la inexcusabilidad elevado en la actualidad al rango de norma constitucional, permite y ordena a los jueces fallar el asunto sometido a su decisión aunque no exista ley que resuelva el conflicto.⁵

c) La interpretación de la ley ha evolucionado grandemente, distanciándose cada vez más de la escuela de la exégesis,⁶ para adentrarse en criterios

en tanto arranca su validez de otra norma de mayor jerarquía. El criterio de coherencia lógica o genética asegura la primacía de la norma constitucional y, simultáneamente, la validez de la norma en la cual se afinca la derivada.

Rodríguez Grez, Pablo, *El Derecho como Creación Colectiva*, págs. 18 y 88, Universidad del Desarrollo, Ediciones Jurídicas, año 1999. El autor explica que la norma superior cumple su función desde un doble punto de vista: determina el contenido material de la norma inferior (lo cual equivale a desarrollar los principios que se contienen en ella), y fija el procedimiento por medio del cual la norma inferior se integra al ordenamiento jurídico. En otros términos, la norma superior condiciona la validez material y la validez formal de la norma inferior (pág. 18). Más adelante, graficando el sistema jurídico como una pirámide invertida, coloca como la norma de mayor jerarquía a la Constitución y en escala decreciente a las leyes y los reglamentos.

Rodríguez Grez, Pablo, *Estructura Funcional del Derecho*, págs. 23 y 132, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, año 2001. Afirma que concibe el ordenamiento jurídico como un sistema de normas jerarquizadas, interdependientes, entrelazadas, autogeneradas, condicionadas las unas por las otras, en el cual se describen las conductas sociales prohibidas, permitidas, ordenadas, estimuladas, desalentadas o reglamentadas en subsidio de la voluntad de los afectados (pág. 23). Luego, refiriéndose a que el valor jurídico es derivado, señala que ello significa que la norma inferior debe construirse siempre incorporando a ella los elementos esenciales contenidos en la norma superior, puesto que de otro modo queda marginada del sistema (pág. 132).

⁴ Revista *Actualidad Jurídica* N° 6, "La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía", págs. 75 a 160, Universidad del Desarrollo, julio 2002.

⁵ Artículos 73 de la Constitución Política de la República; 10 del Código Orgánico de Tribunales; y 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil.

⁶ Fueyo Laneri, Fernando, *Interpretación y Juez*, págs.10, 30, 31, 85, 86, 161 a 165, Universidad de Chile y Centro de Estudios "RATIO IURIS", Santiago de Chile, año 1976. El profesor Fueyo aborda el tema de la interpretación señalando que "el problema está en el método", a partir del cual examina la escuela francesa de la exégesis, la escuela científica francesa o de la libre investigación científica del derecho, y el método de derecho libre, o de la libre jurisprudencia, o movimiento de emancipación del juez (pág.10). Más adelante este autor expresa su adhesión a la función creadora del juez, al fijar los hechos con bastante libertad, y luego al dar actualización a la norma positiva, o al integrarla de los muchos modos posibles. En todo caso, descarta que la función del juez sea meramente declarativa de la voluntad del legislador y que se valga únicamente de la lógica formal. (págs. 30 y 31). Por lo mismo, critica la formación de nuestros jueces en la escuela francesa de la exégesis (pág. 85) y destaca cómo esos mismos jueces han creado Derecho Judicial: en la resarcibilidad del daño moral; el respeto al valor adquisitivo en las deudas de dinero; las soluciones patrimoniales dadas en la terminación del concubinato; al recurrir a la fuerza psíquica irresistible para beneficiar a un aborigen admitiendo un especial orden público de esa etnia, etc. (págs. 85 y 86). Particularmente reveladoras son sus conclusiones donde discrepa del pensamiento de Bello, basado en un legislador sabio y sobrehumano frente a un juez disminuido y menospreciado (págs.161 a 165).

Ducci Claro, Carlos, *Interpretación Jurídica*, págs.126, 159 y 160, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año 1977. El profesor Ducci expresa que dos grandes falacias han imperado en nuestra interpretación judicial de la ley. La primera ha sido el respeto al tenor literal de los textos; la segunda, creer que la labor del intérprete tiene como fin reconstruir el mítico pensamiento o voluntad del legislador (pág. 126). Afirma que es el resultado y no el método lo que valida la interpretación. Cualquier método que conduzca a una solución injusta es una mala interpretación (pág. 159). Concluye manifestando que la interpretación no puede violar la ley, porque sería injusta; pero no puede tampoco desconocer la equidad, porque sería inicua (pág. 160).

formales y sustantivos para su inteligencia,⁷ hasta alcanzar ribetes del derecho anglosajón, según el cual la ley es aquello que dice el juez.⁸

El alcance que la doctrina y la jurisprudencia dan al daño moral en la responsabilidad contractual es una muestra palpable de cómo los intérpretes se desligan de las ataduras del método interpretativo de las leyes tratado en el Título Preliminar del Código Civil.⁹ Lo propio sucede en el significado que se da a la culpa

⁷ Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, págs. 71 y ss., 80 y ss., 83 y ss., 97 y ss., 125 y ss. y 137 y ss., Colección Manuales Jurídicos N° 99, primera edición, año 1990. El profesor Rodríguez distingue dos fases en el proceso interpretativo: la fase formal y la fase sustancial. La primera consiste en fijar el sentido (significado) de la norma, en cuya primera subfase atiende al significado de las palabras o descomposición gramatical de la norma; en la segunda subfase, se adentra en los elementos histórico, lógico y sistemático; en la tercera subfase, denominada de conclusión o clausura, recurre a los principios generales de Derecho y a la equidad natural. Concluida la interpretación formal se pasa a la fase sustancial de la interpretación, donde se parte del supuesto de que el ordenamiento jurídico es jerarquizado y el valor jurídico (obligatoriedad) de las normas es derivado, cuya fuerza emana de una norma de mayor jerarquía. Esto se traduce en la aplicación de los criterios de la coherencia lógica o genética; de coherencia axiológica o teleológica; de coherencia orgánica; y en menor grado de coherencia jurisprudencial, en la fase sustancial de la interpretación cuando existe norma fundante. A falta de norma fundante, se aplican los criterios de coherencia en la equidad. La discrecionalidad del juez aparece en la relación de la norma general aplicable o de los principios generales que inspiran el fallo. En la elaboración de la regla particular, el juez combina y organiza discrecionalmente los elementos genéticos y fácticos para la construcción de la regla particular, que es la sentencia. Finalmente, la equidad natural es un sentido intuitivo de la justicia aplicado a un caso o situación concreta, en los casos en que le es permitido al juez prescindir del derecho positivo.

⁸ Cerda Fernández, Carlos, *Juris Dictio*, pág. 274, Editorial Jurídica de Chile, 1992. Este tratadista dice lo siguiente: 4.6 En la riquísima y variada gama de elementos que constituyen la experiencia jurisdiccional –hechos, protagonistas directos de los mismos, proyección de éstos sobre aquéllos, pretensiones jurisdiccionales, actos jurídico-procesales, orden jurídico formal, fuentes meta, extra e infrajurídicas, realidad socio-histórica, consensos y disensos imperantes, personal del juez con toda su aportación subjetiva, e institucionalidad judicial vigente– no encontramos alguno que pueda desplazar a la conciencia personal del juzgador como padrón de referencia de la resolución.

4.7 Se ha insistido en reconocer ese parámetro en la ley. Pero no es así. Es gracias a la capacidad particularizadora y concresora del juicio jurisdiccional, que la generalidad y abstracción del discurso legislativo operan con eficacia en la ordenación de un conflicto singular.

La praxis nos muestra que no es la ley la que nos lleva al caso. Por el contrario, es el problema el que nos indica la normativa. El juicio jurisdiccional no responde a un método deductivista generado en la ley. No podría ser, por cuanto la aporeticidad ínsita al Derecho es antinómica a toda idea de identificación entre el Derecho y la ley.

El Derecho –lo jurídico– apunta a lo justo de un caso concreto. Por consiguiente, no predicamos juez del que aplica las leyes, sino del que dice lo justo, esto es, del que hace derecho.

Cerda Fernández, Carlos, editor de *Razonamiento Judicial*, Cuadernos de análisis jurídico, 5, serie publicaciones especiales, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales y Centro de Desarrollo Jurídico Judicial C.P.U., 1995, escribe en el Capítulo 4, sobre “El juicio jurisdiccional y sus limitaciones normativas a la luz de los artículos 19 a 24 del Código Civil”, págs. 759 a 772. Este autor asevera que el conocimiento jurisdiccional no es epistemológico, porque el conocimiento no se enfrenta a datos ciertos, sino que es de tipo entimemológico, pues se mueve en el ámbito de lo razonable, que es lo propio del conocimiento humanístico.

Afirma que las escuelas exegéticas se mueven en una gnoseología de corte epistemológico. No es de extrañar, entonces, que nuestro Código Civil, atendida la época de su elaboración, consagrara normas sobre interpretación de la ley. Mediante ellas había de asegurar la consecuencia lógica del silogismo analítico, compuesto de una premisa mayor indiscutible: la ley, y de una menor tan cierta como aquélla: el hecho, probado conforme a reglas rigurosas. Se exige fundamentar las decisiones jurisdiccionales, pero sólo echando mano de los argumentos que el legislador autoriza, en este caso, los del párrafo cuarto del título preliminar del Código Civil y únicamente en su estricto orden jerárquico. En opinión del tratadista señor Cerda Fernández, eso es teoría. La jurisdicción –señala– se mueve en una

gnoseología de corte entimemológico, pues opera con una premisa mayor, que no es una regla de derecho necesariamente formalizada, y con una menor, que es fruto de una apreciación en el orden de lo fáctico. En su entender, el juicio jurisdiccional es prototipo del discernimiento de la regla justa aplicable en cada caso concreto y la determinación de lo justo es el antecedente inmediato, directo y necesario de la decisión final, acto de voluntad que constituye la cúspide del razonamiento judicial. Para este autor, las reglas de interpretación de la ley no pueden operar con autonomía en el proceso jurisdiccional y de no habérselas formalizado, estarían normalmente presentes en el razonamiento judicial, puesto que reflejan máximas de experiencia, axiomas, tópicos y principios que son inherentes a la lógica deóntica de la que el derecho y la jurisdicción no pueden sustraerse.

Frente a los cuentistas que suponen la sumisión del juez a la ley positiva y le permiten interpretarla sólo en casos de lagunas, obscuridades o antinomias, les responde que ellas son: ¡falacias! Afirma que la realidad es otra. Los artículos 19 a 24 del Código Civil no son necesarios. Inteligidos en su ordenación textual, son erróneos, porque alteran el orden hermenéutico natural que prefiere el principio del artículo 24 y posterga el del artículo 19 inciso 1º. En todo caso, y por ello mismo, jamás podrán constituir motivo o disculpa para que un juez que se precie de tal deje de hacer justicia.

º Domínguez Hidalgo, Carmen, *El Daño Moral*, Tomo I, págs. 348 y 349, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, sostiene que el Código Civil no contiene regulación alguna del daño moral en la responsabilidad contractual. Mas el silencio del legislador no impide su admisibilidad por otras vías, aplicando los principios de integración, de analogía, de que en derecho privado lo que no está prohibido por el legislador debe entenderse permitido.

Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, pág. 239, Editorial Jurídica de Chile, año 2003, expresa que la indemnización de perjuicios en materia contractual (no sucede lo mismo en materia extracontractual, porque, como se dijo, en ella impera el principio de reparación total), transforma el daño moral en daño material (como consecuencia de afectar aptitudes y condiciones productivas de la víctima), sobre la base de una ficción, que consiste en dar por establecido que la afectación de los sentimientos más íntimos de una persona influye poderosamente en sus capacidades y aptitudes productivas. De aquí que el daño moral (aceptando esta dimensión) sea un daño virtual, futuro, derivado y propiamente una manifestación específica del lucro cesante.

Tomasello Hart, Leslie, *El daño moral en la Responsabilidad Contractual*, págs. 164 y 165, Editorial Jurídica de Chile, año 1969, señala que la indemnización del daño moral contractual no está reglamentada ni impedida en nuestra legislación. Existe al respecto una laguna legal que hay que llenar, pudiendo recurrirse a la analogía; a darle un mismo tratamiento de actos ilícitos al incumplimiento contractual como a los delitos y cuasidelitos civiles; a dar aplicación al principio general de derecho que todo daño injusto debe ser reparado; y a la equidad natural.

Aedo, Barrera, Cristián, *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*, págs. 454 a 456, Editorial Libromar Ltda., 2001.

Sucintamente este autor manifiesta que el artículo 1556 no niega la reparación del daño moral. La Carta Política dispone que "El Estado está al servicio de la persona humana", lo cual significa la protección de todos los bienes que permiten el desarrollo de la persona en igualdad de condiciones con los demás. Este amparo ha derivado en el reconocimiento constitucional de bienes extrapatrimoniales para las personas, como el honor, la intimidad, la libertad personal, etc. En consecuencia, la responsabilidad aquiliana y la contractual no deben considerarse sólo desde la perspectiva obligacional, sino que han de comprender la esfera extrapatrimonial.

Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, 2ª edición, pág. 375, Editorial Jurídica de Chile, año 1991. El profesor Fueyo Laneri sostiene que en lugar alguno ha dicho la ley que la indemnización del perjuicio patrimonial libera de la satisfacción de los perjuicios morales. La división de los daños reparables en daño emergente y lucro cesante no excluye la reparación amplia, porque esa división se limita a distinguir entre la actualidad y la futureidad del perjuicio. La ejecución de buena fe de los contratos supone que la obtención de lo legítimamente esperado por los contratantes es sin detrimento de sus bienes patrimoniales y extrapatrimoniales. Concluye que es ilógico y antijurídico que se tutelén cierto tipo de derechos subjetivos y se excluyan otros de manera arbitraria.

Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, págs. 71 a 89, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, año 1990.

Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, págs. 375 a 380, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, año 1991.

Jurisprudencia, R.D.J., t. 48, sec. 1ª, pág. 252; t. 51, sec. 1ª, pág. 74; t. 91, N° 3, sec. 1ª, pág. 100, y Gaceta Jurídica N° 257, noviembre 2001, págs. 39 a 56. Con voto disidente del ministro señor Jorge Rodríguez Ariztía.

en la responsabilidad aquiliana, donde al cuidado ordinario que la ley exige, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria lo extienden a toda clase de culpa.¹⁰

2. La igualdad de los habitantes ante la ley

a) La Carta Política de 1833 decía que en Chile no hay clases privilegiadas, que ella aseguraba a todos los habitantes de la República la igualdad ante la ley. Prescribía, asimismo, que en Chile no hay esclavos y que cualquiera que pisara su territorio quedaba libre.

b) Las vinculaciones –pedestal necesario de la nobleza hereditaria– fueron permitidas por la Constitución, pero sin dañar la libre circulación de las propiedades afectadas. Más tarde, la ley de 14 de julio de 1852 estableció el sistema desvinculatorio, con anterioridad al Código Civil. Y éste consolidó la igualdad ante la ley prohibiendo los fideicomisos y usufructos sucesivos a la par que en materia sucesoria la ley no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas ni atiende al sexo ni a la primogenitura.

c) En cuanto a los títulos de nobleza, el Director Supremo don Bernardo O'Higgins, por decreto de 16 de septiembre de 1817, los declaró abolidos. La norma del Código Civil que dice: son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, no envuelve una gran novedad. Más novedosa fue la disposición por la cual no se establecen diferencias entre chilenos y extranjeros en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regula el Código.

d) En la hora actual se ha profundizado la idea de igualdad en la consideración del hombre y de la mujer, así como en la abolición de la incapacidad de la mujer casada, la derogación de la potestad marital, las mayores limitaciones del marido en la administración de la sociedad conyugal y la creación del régimen de participación en los gananciales.

e) Es tal vez en la filiación donde se aprecia con mayor nitidez la presencia del criterio de igualdad. Los efectos comunes de la filiación matrimonial y extramatrimonial, así como la tendencia al ejercicio conjunto de la patria potestad por los padres y el régimen de los alimentos son manifestaciones del principio anotado.

f) Sin embargo, la unidad de efectos en la filiación determinada ha tenido como contrapartida una profunda desigualdad en el tratamiento sucesorio

¹⁰ Revista *Actualidad Jurídica*, N° 9, enero 2004, págs. 137 a 140. Ediciones Universidad del Desarrollo.

entre los hijos y el cónyuge sobreviviente. Así lo demuestran la legítima conyugal y la adjudicación preferente del hogar común al cónyuge sobreviviente y en su caso, la constitución gratuita y vitalicia de un derecho de habitación y de uso sobre ese hogar y su ajuar.

3. La constitución cristiana de la familia y su protección

a) 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. Su definición del artículo 102 es prueba elocuente: "El matrimonio es un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Esa definición, enteramente inspirada en la doctrina católica, fue tomada, al parecer, del artículo 44 del Código Austriaco. Según el cual: "Cuando dos personas de sexo diferente contraen matrimonio, declaran por este mismo hecho su intención de vivir en sociedad indisoluble, de procrear hijos, y de prestarse una asistencia mutua".

b) La familia era protegida de diversas maneras:

i) El sistema de sociedad conyugal con su igualdad de gananciales permitía una fuerte autoridad marital y la formación de un patrimonio común, mas para los fines de su administración exigió de la incapacidad de la mujer casada bajo este régimen.

ii) La influencia anglosajona se hizo sentir en la introducción del régimen de separación total de bienes y se adaptó a los cambios de la estructura social y económica del país, aunque a la postre no beneficia a la mujer.

iii) La introducción del régimen de autorizaciones dadas por la mujer, en los actos del marido que puedan comprometer el patrimonio social, atenuó la autoridad marital en lo patrimonial. El reconocimiento ulterior de la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la derogación de la potestad marital significó un fuerte avance en la igualdad del marido y de la mujer.

iv) Más recientemente, el régimen de participación en los gananciales, en su modalidad crediticia, ha procurado incorporar un régimen híbrido que con limitaciones busca mantener una administración separada de los bienes durante la vigencia del sistema para concluir, a la época de su extinción, en la distribución de ganancias. No obstante, este esfuerzo no parece haber tenido gran aplicación en la práctica.

v) La madre quedaba excluida de la patria potestad, en el texto original del Código, lo cual estaba a tono con los principios y costumbres de la época. Esta situación cambia drásticamente en nuestros días, privilegiándose el acuerdo de los padres para confiar la patria potestad al padre, a la madre o ambos conjuntamente. Sólo a falta de acuerdo toca al padre su ejercicio. Todo ello sin perjuicio de lo que aconseje el interés del hijo.

c) En la reforma de las normas sobre filiación se advierte una valoración más acentuada del hijo en desmedro de la familia. En el criterio del legislador el menor aparece como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres.¹¹

Toda la óptica del interés del menor está conectada a la concepción de éste como sujeto de derecho, como persona digna de respeto y consideración. El acento de Bello estaba puesto en el derecho de los padres y en el nuevo texto se acoge una visión distinta: el interés superior del menor.¹²

d) Finalmente, la nueva ley de matrimonio civil ciertamente al contemplar el divorcio vincular en sus diversas formas, termina con un bastión fundamental de la concepción cristiana de la familia y modifica la idea del matrimonio del artículo 102 del Código Civil, aunque se mantenga un resabio de aquél en los casos de matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público.

Es de hacer notar que la nueva ley de matrimonio civil no define la familia, la cual es el núcleo fundamental de la sociedad. Aunque reconoce que el matrimonio es la base principal de la familia, pero esta vez como entidad disoluble por divorcio, y sin que el matrimonio sea su única fuente ante la ley.

e) El derecho a conocer la propia identidad y el derecho a la intimidad.

i) En el texto primitivo del Código la filiación natural sólo emanaba del reconocimiento libre y voluntario del padre o madre que reconoce, salvo que fuere hijo de dañado ayuntamiento, porque respecto de éste no cabía tal reconocimiento.

Los hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente no podían pedir que su padre o madre los reconozca, sino para el solo objeto de exigir alimentos.

¹¹ Veloso V., Paulina, "Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación", en *El Nuevo Estatuto de filiación en el Código Civil Chileno*, p. 28, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹² *Ibíd.*, pág. 30.

La indagación o presunción de paternidad sólo procedían en la forma establecida en los artículos 282 y 283 del texto original del C.C., esto es, que citado ante el juez el supuesto padre del hijo ilegítimo, a declarar bajo juramento si cree serlo, expresándose en la citación el objeto de ella, el demandado no compareciera y repetida una vez la citación, expresándose el objeto de ella, se miraba como reconocida la paternidad.

ii) La Ley 10.271, de 1952, permitió la indagación de la paternidad o maternidad en los términos de los arts. 271 y 280, el primero aplicable a los hijos naturales y el segundo a los simplemente ilegítimos, y sin que fuera admisible recurrir a otros medios.

iii) La Ley 19.585 permite la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte, incluyendo las pruebas periciales de carácter biológico.

Se conserva como resguardo de la intimidad o privacidad únicamente el carácter secreto del proceso, que sólo pueden conocer las partes y los apoderados judiciales.

El derecho a conocer la propia identidad sufre excepciones en el caso de conflicto entre la posesión notoria del estado civil y la verdad biológica, salvo que el juez privilegie esta última por conveniencia del hijo. Se prescinde absolutamente de la verdad biológica respecto del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

En síntesis, la incorporación en la legislación interna de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile ha colocado a la persona humana como un fin en sí misma, reconociéndole su dignidad, inviolabilidad y autonomía,¹³ en desmedro de la familia a que pertenece.

4. El reconocimiento del derecho de propiedad y su amparo

a) Bello no dudó en sentar la propiedad sobre bases sólidas. Su definición del artículo 582 es expresiva: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

La propiedad, aun siendo libre, puede hallarse sujeta a limitaciones que le imponga el mismo dueño, pero éstas son temporales. La ley prohíbe los

¹³ Veloso V. Paulina, op. cit., pág. 36.

fideicomisos y los usufructos sucesivos. Siguiendo los preceptos constitucionales de la época, Bello admite las vinculaciones existentes, pero atiende a su liberación mediante el sistema de convertir los gravámenes perpetuos que impedían la enajenación, en censos; el propietario conserva también libertad para separar el goce del dominio o para instituir, de una sola vez, un fideicomiso.

La Constitución de 1833 garantiza el derecho de propiedad en forma absoluta y su posible pérdida sólo podría sobrevenir por efecto de una ley expropiatoria, pero dándose al expropiado una previa y equitativa indemnización.

La consecuencia necesaria de todo lo anterior fue el derecho a disponer de la propiedad por causa de muerte con la mira de amparar a la familia legítima o legal y en menor grado a los hijos naturales.

Las mejoras posteriores a la condición de los hijos naturales concluyen con la equiparación de todos los hijos de filiación determinada según la Ley 19.585. Ello trajo como contrapeso la eliminación de la porción conyugal y la incorporación del cónyuge sobreviviente como legitimario, a más de otorgarle significativas partes de la herencia a título de legítima conyugal y el derecho preferente de adjudicación en dominio del hogar común y de su mobiliario, y si aquello excediere sus derechos, la posibilidad de constituir un derecho de habitación y de uso respectivamente, vitalicio y gratuito, en su favor. No está de más recordar que fue inserto el cónyuge como asignatario de la cuarta de mejoras. Por consiguiente, el cónyuge sobreviviente ha pasado a ser el gran beneficiado de las reformas.

5. La libertad contractual

a) Este principio aparece recogido en el artículo 1545, que dispone: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Excepcionalmente el legislador pone un tope a las ganancias, como acontece con la lesión enorme en la compraventa o permuta de bienes raíces, en la cláusula penal enorme entre otros casos.

b) Los mayores cambios se aprecian en la sustitución del nominalismo por el realismo, como acontece en el mutuo civil y en las operaciones de crédito de dinero, así como en el pago de recompensas en la sociedad conyugal (art. 1734) y en el artículo 1185, a propósito del cálculo del primer acervo imaginario.

c) La protección de la libertad económica en la Constitución de 1980 y la existencia del recurso de amparo económico han robustecido, en teoría, la libertad contractual, aunque en la práctica la jurisprudencia ha disminuido el valor de este recurso.¹⁴

Como corolario de lo expuesto, sería útil recordar el mensaje que nos legara el autor del Código Civil cuando dijo: "...no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Es menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país".¹⁵ Lamentablemente, algunas reformas, especialmente en el derecho de familia, no han seguido el consejo de aquel sabio venezolano de nacimiento y chileno por gracia.

¹⁴ Navarro Beltrán, Enrique, "El recurso de amparo económico (notas sobre diez años de jurisprudencia)", en *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, págs. 451 y ss., Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 2001. Errázuriz Gatica, Juan Manuel, "Recurso de Amparo Económico ante la Jurisprudencia; ¿Carácter Declarativo? Rol N° 2896/2002, en op. cit., págs. 441 a 447, N° 6, año 2002. La jurisprudencia meramente declarativa recaída en los recursos de amparo económico en que no se aplican medidas correctivas debilita este recurso.

¹⁵ Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil.

El derecho al honor y la sed de mentira



Julio Alvear Téllez

Profesor Titular

Introducción al Derecho y Filosofía Jurídica

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

*"Ten cuidado de tu nombre, que permanece,
más que de millares de tesoros"*

(Eccli. 41, 15)

La advertencia que figura en el epígrafe resalta, con profunda sabiduría, la importancia de uno de los bienes más fundamentales para los hombres de todos los tiempos, y que viene a coincidir, en mayor o menor medida, con el sustrato garantístico de lo que conocemos como "derecho al honor".

Curiosamente, desde un punto de vista social, en los tiempos que corren asistimos a un prurito por devaluar manifestaciones de prestigio, integridad o fama ajenas, que se ensancha cada vez más en su radio de acción, en donde muchas veces se benefician, coincidencia muy conveniente, tanto las supuestas víctimas como los victimarios, sobre todo del mundo del espectáculo. Las ofensas gratuitas, las burlas sin cuadrante, las detracciones de la imagen moral ajena, las descalificaciones o insultos atribuidos y proferidos en público se han convertido, en los últimos dos años, en instrumento privilegiado de los medios para vender, a la vez que en un fenómeno mediático digno de ser estudiado, en un interesante vértice en donde se tocan lo sociológico, lo moral y lo jurídico.

Ese prurito se vuelve, sin embargo, jurídicamente equívoco, cuando afecta a personas u organizaciones de las cuales no puede presumirse su consentimiento en el juego de las devaluaciones morales, o también a creencias religiosas, o valores culturales e históricos, que pueden verse sometidos gratuitamente a ofensas de grueso calibre. En esta tarea es costumbre invocar princi-

pios jurídicos como el pluralismo¹ o la libertad de expresión. Y a veces se lucra con ese ejercicio. Quienes, en cambio, son afectados por este prurito invocan normalmente el derecho al honor, y con ello, lo que alcanzan en nuestro país no es el lucro, sino el que se deje de dañarlos.² Por donde se puede ver, *grosso modo*, de qué lado ha de pesar la balanza de la justicia.

Hay que ponerse de acuerdo, sin embargo, en lo que se entiende por derecho al honor. La necesidad de su amparo en la sociedad chilena radica, en primer lugar, en la inteligencia de su concepto y en la importancia de sus implicancias, y en segundo lugar, en superar lo que denominaremos la sed de mentira. Trataremos separadamente de ambos aspectos.

I. Fundamentos del derecho al honor

I.a. El honor en la doctrina jurídica: síntesis de su concepto, naturaleza y características

Como se sabe, la doctrina comparada española, siguiendo en ocasiones lineamientos de la doctrina francesa, alemana e italiana, ha conceptualizado técnicamente el honor jurídico en torno a tres aproximaciones:

(i) Una perspectiva objetiva, que identifica el honor con la reputación o valoración social de las diversas cualidades morales atribuidas a la persona.

Se subdistingue sí entre “honor” propiamente tal y “fama”. El primero “*está referido directamente al trato dado o recibido por los demás (“honorem habere” “honorem tribuere”)*, el segundo es “*el rumor, voz pública, renombre que está relacionado con el eco que la persona produce en la opinión pública*”.³

(ii) Una perspectiva subjetiva, que manifiesta el honor en “*la valoración que la persona hace de sí misma, de lo que se exige y está dispuesto que le*

¹ En reciente debate con el autor de este artículo, en páginas de “El Mercurio”, el director ejecutivo de TVN, Sr. Mario Conca R, justificó la promoción y difusión de la película “La Última Tentación de Cristo” en el canal estatal precisamente invocando el pluralismo. Nosotros le inquirimos, sin posterior respuesta, entre otras cosas, si acaso dentro de las reglas de nuestra convivencia se incluye la facultad de ofender. Cfr. *El Mercurio*, 14 y 16 de mayo de 1994, A-2.

² En cuanto a la reparación de los daños contra el honor, como se sabe, la actual legislación en este ámbito es en la práctica lenta engorrosa y compleja. Pero está en trámite legislativo en el Senado el proyecto de ley sobre “Protección civil del Honor y la Intimidad de las Personas”, que, entre otras normas, tiene por objeto regular acciones y procedimientos específicos para hacer efectiva la responsabilidad civil en caso de lesiones contra el honor. El proyecto inició su tramitación el 21 de julio del año 1999 (boletín 2370-07 de la Cámara de Diputados).

³ De Castro, F., *Temas de Derecho Civil*, citado por López Díaz, E., *El Derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 50.

exijan", en otras palabras, "en lo que la persona piensa de sí misma (...) al margen de las reverencias, agasajos, o tratos que le den o hayan de dar".⁴

Como señaló en su oportunidad la jurisprudencia española, no estamos más que frente a dos aspectos íntimamente ligados de un mismo derecho: la "inmanencia" o "mismidad", representado por la estimación que cada persona hace de sí misma (aspecto subjetivo) a partir de lo que es y quiere ser, y la "trascendencia" o "exterioridad", representado por la estimación que los demás hacen de nuestra dignidad (aspecto objetivo).⁵

(iii) Una perspectiva normativa, que intenta salvar el problema que se produce cuando los aspectos subjetivos y objetivos no coinciden, en una instancia previa que no los disgregue, sino que, por el contrario, posibilite su integración. El honor poseería, por tanto, un núcleo que se expresa subjetiva u objetivamente, pero que no puede ser reducido a ninguna de estas manifestaciones por radicar este derecho en la misma dimensión antropológica de la persona. El derecho al honor tendrá, así, por objeto todos los aspectos de la persona que en la vida social se estiman como valiosos por representar el "contenido" de una identidad individual o comunitaria. No es un contenido de identificación nominativa, sino de atributos humanos, que expresan el retrato ético, cultural, profesional e incluso comercial y financiero de alguien, y que se reflejan en su reputación.

Como consecuencia del desarrollo constitucional de este derecho, en la doctrina comparada se ha ido creando toda una sistemática de caracteres, algunos de los cuales son los siguientes:⁶

i) El derecho al honor es *innato*: la persona lo posee por el solo hecho de ser tal. Aun cuando el honor pueda variar en intensidad a partir del mayor o menor acervo de valores morales con que un individuo va construyendo su vida, el sujeto más degradado y envilecido conserva un ámbito, a un modo de oasis, de dignidad que no es lícito profanar, ofender y lesionar.

ii) El derecho al honor es *indisponible*: no puede ser objeto de tráfico jurídico, aun cuando se acepten ciertos contratos comerciales sobre algunas de sus manifestaciones.

⁴ Rohel Vide, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1985, p. 157.

⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 23 de marzo de 1987, 31 de julio de 1992, 23 de marzo de 1993 y 18 de mayo de 1994.

⁶ Realizamos en este acápite una breve síntesis, con algunos agregados, de nuestro artículo "El honor ante la jurisprudencia constitucional: elementos para un debate en torno al conflicto de derechos fundamentales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 1, pp. 131-171 (1999).

iii) El derecho al honor es *irrenunciable*: al menos en la medida en que no se puede abdicar a las acciones de amparo de este derecho.

Asimismo, se ha elaborado la noción de "*intromisión ilegítima*" para perfilar con relativa aproximación la categoría de actos que han de considerarse violatorios del derecho al honor. La actual ley española de protección del honor, por ejemplo, en su artículo 7.7, define tal figura como "*la "imputación" de hechos o manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*".⁷

La norma, a partir de esta herramienta, da eficacia a la protección del honor. No basta, a título ilustrativo, alegar genéricamente una mera intencionalidad de no injuriar al otro para deshacer la ilicitud de la intromisión, que es lo que se acostumbra a hacer en nuestro país. Existe libertad para emitir una información veraz, divulgarse una obra artística o manifestarse una idea, pero no se puede añadir o emplear algún tipo de expresión que formalmente atente contra los valores manifestativos de la dignidad personal.⁸

De igual manera, en el ámbito penal español se ha descartado también el carácter excluyente de la intención específica de injuriar para configurar el delito contra el honor. La doctrina del Tribunal Supremo español, por ejemplo, es que el *animus iniuriandi* se presume *iuris tantum* en todos aquellos casos en que la injuria sea clara en la formalidad de sus expresiones; además dicho *animus* es compatible con otras intenciones, más o menos lícitas, como el *animus narrandi, informandi, criticandi, defendendi*, etc.⁹

1.b. El derecho al honor en la filosofía: tres fundamentos para su defensa

1) El ser humano se comunica a través de signos lingüísticos, sean orales o escritos. La facultad de ejercer esta comunicación está amparada, en sus diversos sentidos, por la libertad de expresión y de información, o por la libertad ideológica, que es como se le tipifica también en el derecho comparado.

Pero la comunicación del hombre no sólo se reduce a este canal explícito e inmediato. La persona también se expresa mediante cualidades y conduc-

⁷ Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, sobre "protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El citado artículo fue modificado, tal como se transcribe arriba, por el art. 4º de la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre.

⁸ López Guerra, J. L., *La libertad de información y el derecho al honor*, citado por López Díaz, op. cit., p. 97.

⁹ Idem, p. 102.

tas que ella misma y los que la rodean califican de buenas o malas, de valiosas o disvaliosas, de beneméritas o nocivas. Estas cualidades son tan propias del ser humano como sus palabras, y por medio de ellas se va tejiendo una comunicación, difusa, mediata y proyectada en el tiempo, de la identidad moral.

Es así como además de nuestra imagen física, nuestras opiniones o nuestro patrimonio, nos presentamos en sociedad con nuestra peculiar imagen moral, que corresponde al diseño que hemos hecho de nosotros mismos, valorado por los demás. No nos presentamos vacíos frente a los otros, ni como fábricas de producir opiniones en estado puro, sino también a través de un conjunto de cualidades que le imprimen el sello peculiar a nuestra vida y a nuestras relaciones en el campo de la amistad, del amor, de la carrera funcionaria o profesional, del intercambio comercial, etc.

Suele oponerse, por parte de mentes superficiales, la libertad de expresión al derecho al honor. Sin embargo, si se consideran estos bienes humanos con equilibrio, y en situaciones concretas, se llega a la conclusión de que no son antinómicos, sino que pueden formularse en términos conjuntos en cuanto ambos protegen, por distintas vías, la expresión libre de la personalidad del hombre. Si la libertad de expresión permite comunicar nuestras ideas, constituyendo una de las columnas del pluralismo democrático, el derecho al honor protege la comunicación de nuestra fisonomía conductual, convirtiéndose en una de las bases de la convivencia democrática. Privilegiar en abstracto la primera, posponiendo el segundo, es cortar una mano para proteger un pie.

2) Hay en toda persona, grupo o sociedad una tendencia hacia lo más acabado, lo más perfecto, lo más pulcro en el hacer y en obrar. Es una tendencia que está presente en todo ser que manifieste algún sentido de elasticidad accidental en el orden cualitativo. En el hombre esta tendencia se hace presente cada vez que hay un grado de destaque o de "mejor hacer", desde el obrero no calificado que en lo suyo es el mejor hasta en el profesional que tras arduo esfuerzo logra actualizar sus potencialidades en grado eximio.

Esta tendencia se expresa en la diversidad de atributos que los individuos y organizaciones desarrollan a lo largo de su vida, y con los cuales se van identificando. A través de estos atributos las personas dejan de ser anónimos sociales, pudiendo sentirse identificados en modelos con los que son capaces de esculpir, consciente o inconscientemente, su propia representación personal y societaria, comunicando lo que hay de más característico y definitorio en cada forma de ser e incluso en cada género de actividad,

asumidos, obviamente, en distintos grados. Todo abogado, o médico, por ejemplo, quiere, al menos, tener el honor de sentirse y ser considerado como alguien "bueno" en su oficio, si de su parte pone lo indispensable para ello.

En este sentido, el derecho al honor es un bien jurídico especialmente adecuado para expresar el valor de lo humano en cuanto tal y sus excelencias. Lo que somos y lo que hacemos, en lo que tienen de valioso, son amparados por este derecho, contra la mentira, la ofensa, y la detracción que, injustamente, usurpan la estima social de estos bienes afectando –valga la paradoja– la *libre expresión* de nuestra propia identidad en las relaciones sociales.

3) Con el principio "*Bonum ex integra causa, malum ex quocumque defectu*", la filosofía clásica sugiere que para que un acto humano sea "bueno" éticamente, ha de ser íntegro, esto es, perfecto en todos sus elementos de moralidad; en cambio, para que sea malo, basta cualquier defección de la voluntad en algunos de esos elementos.

Este principio se aplica análogamente a la verdad. Es decir, la verdad requiere integridad, la defección de la integridad se llama error, y el error consentido y de algún modo querido se denomina mentira.

Para comprender lo anterior es conveniente precisar nuestro lenguaje. Podemos discernir varias caras en la verdad:

(i) La verdad *real* corresponde al ser, y más precisamente, al orden del ser físico y metafísico;

(ii) La verdad *lógica* es la que corresponde al entendimiento en cuanto se conforma con la cosa conocida, y

(iii) La verdad *moral* es la fidelidad de la palabra con la idea e intención del que la profiere, de la cual deriva la virtud de la veracidad o, por oposición, el vicio de la mentira.

Prestemos atención en (i) la verdad *real* y en (ii) la verdad *moral* y veremos de qué modo influyen en la configuración de todo un género de relaciones jurídicas, que se vinculan con la existencia misma del derecho al honor.

(i) La verdad *real*, física y metafísica, tiene una consecuencia primaria en el ordenamiento jurídico, en su base constitucional, cuando se trata del ser humano.

En efecto, la verdad *física* del hombre es que es alma y cuerpo, espíritu y materia, de cuya conjunción derivan una serie de atributos que son prote-

gidos con rango de derechos fundamentales. Se puede, por cierto, no admitir este postulado filosófico y sustentar, por ejemplo, que el hombre es sólo materia, pero las consecuencias lógicas de esta postura no son verificables hoy en día en las Constituciones contemporáneas, la mayoría de las cuales suponen esa espiritualidad en la base y desenvolvimiento de un buen número de derechos consagrados, entre ellos el honor y la libertad de expresión.

La verdad *metafísica* del hombre –la verdad del ser– indica que es persona, por lo cual el Derecho recoge el imperativo de que el hombre siempre ha de ser tratado como tal, aun cuando por el delito se coloque fuera de la esfera del respeto de los bienes sociales mínimos. Esta excelencia ontológica del ser humano es lo que conocemos como “dignidad” o “inviolabilidad natural” y filosóficamente es la forma más primaria de honor.¹⁰

(ii) La verdad *moral* es un deber ético y supone la virtud de la veracidad, la cual se define como la inclinación a decir siempre la verdad y a manifestarnos en el exterior tal como somos interiormente.¹¹ A ello se opone la mentira, que es la locución contra la propia mente, es decir, la falta de adecuación voluntaria entre la palabra y la idea o pensamiento del que habla.

La falta del deber ético de decir la verdad tiene una consecuencia abismante en el Derecho. Por ejemplo, las relaciones jurídicas contractuales y procesales son ininteligibles sin una relación mínima entre veracidad y deber jurídico impuesto o contraído. Y *prima facie*, si la veracidad no fuera practicada, se derrumbarían como un castillo de naipes los compromisos contractuales y los procesos judiciales terminarían en el modelo de Kafka.

Las distintas formas de defraudación de la verdad con respecto a lo que una persona es, hace y ha obrado en sociedad, es, como se ha referido ya, una de las maneras más comunes de atentar contra el honor.

¹⁰ Este parece ser, por lo demás, el camino seguido por las declaraciones internacionales de derechos humanos, en la medida que vinculan el honor a la dignidad del hombre. Vid. en lo que se refiere a los vínculos dignidad-honra, aunque desde un punto de vista de dogmática jurídica y no de filosofía jurídica, a Sánchez Agesta, L., *Sistema Político de la Constitución Española*, Ed. Nacional, Madrid, 1981, p. 106; Fernández Segado, F., *El Sistema Constitucional Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 217 ss.

Desde el ámbito de la teoría general del derecho, en los países de cultura jurídica continental se acostumbra a fundamentar el honor directamente en la dignidad humana, en cambio, en la cultura anglosajona se prefiere vincularlo más directamente al principio de la libertad. Vid. Alvear T., op. cit. p. 133. Sin embargo, como se comprenderá, ambos fundamentos no son sino aspectos técnicos conceptuales compatibles con la afirmación filosófica que venimos haciendo. Hay que recordar aquí que el honor se puede reducir jurídicamente al deber de respetar la excelencia de los otros miembros de la sociedad, con palabras, con hechos o con objetos exteriores, según corresponda. Y precisamente a través del respeto a la dignidad manifestamos el testimonio de la excelencia del ser humano por su condición de persona.

¹¹ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, 109, 1 y 3 ad. 3.

II. El derecho al honor en el contexto actual de la sed de mentira

Para algunos vivimos una época de crisis moral que afecta o puede afectar de manera gravitante las transformaciones jurídicas. Una somera observación histórica hace concluir, sin embargo, que lo esencial de una "crisis moral" no es que se generalicen por un tiempo determinadas conductas reprochables, en materias de corrupción, por ejemplo, o de tolerancia sexual, y que el ordenamiento jurídico, en su caso, sea más o menos permisivo con ellas. Lo definitorio de una "crisis moral" es la existencia de un quiebre axiológico que impide, por dispersión y desorientación, el desenvolvimiento normal del conjunto de amores que conforman el ethos básico del hombre, y que lo hace capaz de realizar nativamente conductas "rectas". Se pierde gradualmente la capacidad de percibir, diríase en la mente y en el corazón, el atractivo fundante de la rectitud moral.

Lo propio de una época de crisis moral que marque un período de decadencia es la ausencia de parámetros de bien y de mal, percibidos, consentidos y amados, y la entrega irresoluta a las comodidades e intereses materiales sin ulterior reflexión, en cuyo contexto se yergue de modo vergonzoso lo que en nuestro país denominamos, no muy académicamente, la "ley del embudo", y que en términos morales se llama cinismo, que es el portaestandarte de la ilogicidad interior, de un desear que se niega a ver intelectivamente.

En naciones latinas, sectores importantes de la población son tentados entonces para transformarse en amigos de la mentira fundamentalmente por una razón de consenso en la defección y de concordia en el sentir una debilidad asumida para practicar todo el conjunto de valores sociales y jurídicos que impliquen esfuerzo. Son períodos en donde casi todo el mundo conoce el lenguaje de los derechos, especialmente de "sus" derechos (entendidos como facultades subjetivas), con preterición, racional y científicamente aberrante, del léxico de los deberes.

En este ámbito, los intereses jurídicos de largo plazo y la eticidad de la accessis, para muchos, se vuelven impracticables y por esa misma fuerza dejan de ser consideradas verdades sociales. El impulso hedonista –que es una de las repercusiones éticas del materialismo– de poseer todo el objeto deseado aquí, ahora y sin restricciones, irrumpe en el ordenamiento jurídico a fin de servirse de él para gozar aquí, ahora y sin restricciones de las libertades jurídicas, muchas veces sin consideración al contenido de otros bienes jurídicos.

Es aquí dónde cobra todo su papel lo que denominamos propiamente la "sed de mentira".

La sed de de mentira es el deseo más o menos inconfesado de vivir como si no existieran las realidades, instituciones o símbolos éticos que impliquen sacrificio de bienes e intereses materiales en aras de bienes espirituales, con especial animadversión a los valores morales tradicionales, a los valores religiosos sagrados y a los valores patrióticos. Vivir como si el orden moral no existiera ni exigiera, como si el orden del ser no fuera verdad, como si los propios intereses de largo plazo no indicaran legalidades intrínsecas y esfuerzos necesarios.

Esta sed de mentira, flor y nata de una crisis moral originaria, toca a las puertas del derecho a través de diversos síntomas, haciendo tambalear su proverbial equilibrio. Es el triunfo altanero y omnipresente, ya referido, del lenguaje de los derechos subjetivos, y la pérdida galopante del léxico de la obligación jurídica y de la responsabilidad; es el intento de equiparación conceptual de la libertad física de hacer algo (abortar) con la libertad jurídica (los supuestos derechos reproductivos); es la devaluación de la lógica ante la irrupción del capricho transformado en norma de acción (libertad de expresión que invoca el "pluralismo" para ofender a otros, menos a sí mismo), etc.

En este aspecto, el honor es un valor jurídico que es visto como antipático en estas épocas de crisis y de sedes poco santas, porque desde la libertad del deseo transformado en derecho se le ve como restricción. Espero haber probado cuán injustificada racionalmente es esa postura, fundado en la excelencia misma del bien que el derecho al honor busca proteger.

De cualquier modo, probablemente la sed de mentira sea una de las causas por las que, pese a la gran importancia que se concede a la protección del honor en otros países, sea hoy políticamente incorrecto ponderar su relevancia en Chile para hacer efectiva judicialmente la responsabilidad de quienes, invocando equívocamente la libertad de expresión o el pluralismo, lo conculcan.

La subversión de valores y la historia

Joaquín Barceló

Decano Facultad de Filosofía

UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO

Anticoncepción, legitimación del aborto, divorcio, absoluta libertad sexual, matrimonios de homosexuales, empobrecimiento del lenguaje y creciente procacidad del mismo, erotismo exhibicionista en lugares y espectáculos públicos, hedonismo vulgar y carente de todo refinamiento en la juventud, drogadicción, violencia generalizada, oscuros procedimientos financieros... ¿No es ésta la imagen que proyecta nuestro tiempo? ¿Y qué tiene de extraño, entonces, que ante tal espectáculo muchas personas se pregunten qué ha ocurrido con los valores tradicionales y cómo podrían ser recuperados, devolviéndoles su condición de orientadores del pensamiento y de la conducta?

Hablamos de la actual subversión de los valores. Donde hay subversión, hay subversivos, rebeldes que no aceptan el orden establecido y se oponen activamente a él. Y hay también los defensores del orden. En términos muy generales, y sin considerar las obvias y numerosas excepciones, podríamos decir que los rebeldes son en muchos casos –no en todos– los jóvenes. Ellos se rebelan contra los valores defendidos por sus mayores, porque no los sienten suyos e intuyen que la jerarquía axiológica aceptada por sus padres y maestros no carece de grietas y señales de debilidad. Es, sin duda, una intuición confusa, en la que no se sienten necesariamente preparados para establecer una jerarquía valórica nueva que ellos puedan defender cuando alcancen su plena madurez. De hecho, las fuerzas orientadas hacia la destrucción de un orden dado no siempre cuentan con el potencial creativo indispensable para construir un orden nuevo. Pero es una intuición suficiente, al entender de los jóvenes, para pronunciarse en contra de la jerarquía axiológica predominante. Y al hacer efectiva su protesta, dan cumplimiento sin duda a la ley del péndulo, llevando su conducta a extremos que probablemente ellos mismos reprobarán en el futuro.

Pero las generaciones anteriores, las que se constituyen en defensoras de los valores tradicionales, ¿no hicieron lo mismo en aquellos años en que sus integrantes eran todavía jóvenes? No pensemos únicamente en la situación actual. Miremos con perspectiva histórica en múltiples direcciones. Los primeros cristianos ¿no debieron subvertir también la escala de valores del paganismo antiguo hasta llegar a imponer su nueva jerarquía axiológica? Y los paganos de entonces ¿no debieron defender igualmente sus valores tradicionales frente a la amenaza de disolución de su mundo tradicional, que les aseguraba la posibilidad de vivir de acuerdo con su noción de la virtud y la probidad?

El "orden establecido" tiene siempre su origen en el pensamiento de alguien; y ese "alguien" es el conjunto de personas cuya influencia permitió imponer una norma moral implícita o expresa en la sociedad. De este modo, el orden establecido por cada generación diferirá siempre, perceptible o imperceptiblemente, del que estableció la generación anterior, como podemos comprobarlo fácilmente comparando los valores respetados y la conducta correspondiente en una sociedad de hoy con los de esa misma sociedad cincuenta, cien o doscientos años antes.

Es así que entre las diferentes generaciones se produce siempre una tensión creada por los diversos motivos que las impulsan a actuar y por los distintos ideales que persiguen. De esa tensión, y del desenlace de los conflictos abiertos o latentes que ella genera, brota en última instancia la historia. Es altamente equívoca la imagen que de la historia suele proyectar –talvez involuntariamente– la historiografía. En esa imagen solemos ver una monótona sucesión de guerras, batallas, revoluciones y cambios de leyes y de gobiernos. Rara vez advertimos que todos esos acontecimientos no son otra cosa que el intento de sustituir un orden por otro, una jerarquía de valores por otra jerarquía valórica; y, lo que es grave, se nos escapa el hecho de que todos esos intentos han conducido hasta ahora al fracaso, porque a una guerra ha seguido otra guerra, a un cambio de gobierno otro cambio de gobierno, y porque toda ley civil en algún momento es modificada o derogada y eventualmente sustituida por otra.

En definitiva, la historia es el desarrollo del conflicto generacional en torno a los valores, y la historiografía intenta captar una imagen de dicho desarrollo, tomando como punto de referencia el momento en que el péndulo de las conductas humanas parece alcanzar el punto medio entre sus oscilaciones extremas.

¿Estamos, sin embargo, condenados a experimentar interminablemente los vaivenes de los cambios históricos en la vida del espíritu? ¿No hay aca-

so valoraciones auténticamente objetivas, certeras, que nos permitan orientarnos sin vacilaciones y dar a nuestra conducta un sello de rectitud y probidad?

Hay, sin duda, valores propios de las cosas, que de algún modo pertenecen a éstas y en ellas se muestran. Cuando se trata de los valores más altos, sin embargo, no parece estar al alcance del hombre reconocerlos en su más auténtica objetividad. Podemos estar todos de acuerdo acerca de la utilidad del teléfono y del automóvil, pero no será tan fácil alcanzar un consenso en torno al valor estético de un cuadro de Mondrian o de una composición de Hindemith. En materias morales, nuestros juicios también parecen estar siempre inevitablemente teñidos de subjetividad.¹ Ni siquiera la aceptación de una jerarquía valórica como revelación divina escapa a esta condición, como lo prueba, por ejemplo, la diversidad de interpretaciones que se han hecho hasta hoy del decálogo recibido por Moisés, algo que es evidente aun para la lectura más superficial del Antiguo Testamento. Ortega y Gasset, un pensador dotado de gran sensibilidad para los cambios históricos, pero a la vez decidido objetivista en materias axiológicas, escribió que una ciencia de los valores debería ser “un sistema de verdades evidentes e invariables, de tipo parejo a la matemática”, pero reconoció al mismo tiempo (en nota al pie de página) que “la cuestión de si una cosa real posee o no el valor que le atribuimos y en ella suponemos, sólo permite soluciones empíricas y aproximadas”.²

¿Estoy adoptando, entonces, una posición subjetivista respecto de los valores? Sí, en lo que se refiere a su reconocimiento y aceptación por los seres humanos, no en lo concerniente a la naturaleza misma del valor. Cuenta el libro del *Génesis* que cuando los hombres se apartaron del orden que propiamente les correspondía en cuanto creaturas, simbolizado por los mandatos divinos, se hicieron “conocedores del bien y del mal”, es decir, capaces de discernir por sí mismos (subjetivamente, por tanto) los valores y disvalores de las cosas. La tradición cristiana no hizo sino reafirmar y enriquecer esta idea. No olvidó que, respecto de todas las cosas creadas, Dios vio que eran buenas. El mal, por consiguiente, no es sino un menor bien, la *privatio boni* agustiniana. Y el mal se introduce en el hombre cuando éste elige un curso de acción bueno, pero no tan bueno como el que podría haber elegido. Después de todo, el ser humano actúa siempre con vistas a algún bien, auténtico o aparente. Y si el hombre puede

¹ Así, por ejemplo, Aristóteles habló en sus obras de una “justicia natural”; pero la “naturaleza” era para él una noción que envolvía dinamismo y que podía recibir diversas interpretaciones. Cfr. J. Barceló, “Aristóteles y el Derecho Natural”, en VV.AA., *Querer, poder, deber, en la Antigüedad*, Santiago, 2001.

² *Obras Completas*, vol VI, pp. 331 s.

errar en su elección, ello obedece únicamente a que valora en forma subjetiva. De otro modo, no existiría el mal en este mundo.

Pero si es subjetiva la valoración que intenta subvertir la jerarquía axiológica tradicional, no menos subjetiva ha sido en su origen la elección de quienes optaron por defenderla. El hecho de que su elección sea subjetiva no significa, empero, que ellos no hagan bien, y aun muy bien, en asumir dicha defensa. Se dirá que defienden, en último término, su mundo, con toda la mezquindad que le es aneja. Pero un "mundo" (gr. *kosmos*, lat. *mundus*), en su significado originario, es un "orden", como el orden del cielo estrellado. En cuanto tal orden, un mundo se defiende y procura poner freno a las fuerzas entrópicas y disolventes desencadenadas por los rebeldes, debido a que el hombre no puede existir fuera de algún orden en el que pueda hallar seguridad y posibilidades vitales. Esa tensión entre la rebeldía y la defensividad, ese juego en que habrá ganadores y perdedores o empates, es lo propio de la historia.

El devenir histórico podría compararse en alguna medida con el fenómeno físico del movimiento local. En éste, a la aplicación de una determinada fuerza (acción) se opone otra (reacción); entre ambas producen el desplazamiento de un cuerpo en el espacio. De manera análoga, el enfrentamiento axiológico de los rebeldes innovadores y los tradicionalistas defensores de la antigua jerarquía valórica trae consigo un cierto desplazamiento de la normatividad resultante. Pero subsiste siempre alguna norma, y es bueno que así sea. De otro modo –y esto puede comprobarse también en las crisis históricas– la asignación de valores queda dejada al arbitrio de la fuerza, ya sea de la fuerza bruta de la delincuencia pública o privada, o de la fuerza de las mayorías políticas con sus ideologías, o de la de las modas culturales, si no es la de las pasiones individuales.

Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación

Max Silva Abbott

Profesor de Fundamentos del Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSMA. CONCEPCIÓN

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto abordar el siempre complejo tema de las relaciones entre moral y Derecho, puesto que resulta común que a partir de una serie de postulados muchas veces asumidos de manera acrítica, se los considere ámbitos completamente separados. Con todo, tratándose de dos órdenes normativos, las relaciones resultan más que evidentes. De ahí que al referirse al mismo destinatario, el hombre, parezca útil adentrarse, a continuación, en algunas de sus características propias, como manera de intentar encontrar una guía para dicha normatividad, fundamentalmente por tratarse de un ser limitado o finito. Esto es, que por mucha autonomía que exista en el sujeto, resulta evidente que las consecuencias de su actuar, motivado en parte por dicha normativa, tendrán algún efecto sobre él mismo, y por tanto en el grupo al cual pertenece. Es este límite a la normatividad el que nos puede ayudar a encontrar alguna pauta fundamental en cuanto a dicho contenido, un punto de apoyo no dogmático, sino práctico o vivencial a este respecto, fundamentalmente ligado a la noción de derechos humanos. Por último, se intentará analizar un caso práctico –y polémico–, en que se demuestra no sólo la íntima relación entre Derecho y moral, sino además, los límites que impone la propia realidad, manifestada precisamente en los efectos que dicha normativa produce en estos mismos derechos fundamentales.

2. Moral y Derecho: algunas precisiones

Para vastos sectores del pensamiento jurídico actual constituye casi un lugar común la creencia o incluso el dogma según el cual moral y Derecho son dos órdenes normativos absoluta y totalmente independientes. La moral estaría constituida por aquellas prescripciones referidas a la conducta del sujeto consigo mismo (unilateral), o también a su vida privada, razón por la cual se estima que ella emanaría de la propia conciencia, siendo por consiguiente plenamente autónoma. El Derecho, por el contrario, tendría un contenido eminentemente social (bilateral), y por lo mismo, emanaría de una fuente distinta al propio sujeto, al menos de manera directa o inmediata; esto es, de una autoridad que puede imponer dicha normativa incluso por la fuerza, gracias a su carácter coactivo.¹

La anterior visión pareciera incluso más necesaria y hasta evidente, en vista del cada vez mayor pluralismo ético existente de las actuales sociedades democráticas. En un grupo humano de grandes dimensiones, en que las convicciones y creencias de los distintos sectores son a veces tremendamente heterogéneas –cuando no incompatibles–, y existiendo además la libertad de información, de enseñanza y de conciencia, parece difícil arribar a parámetros comunes en lo que a ética se refiere, sobre todo si para vastos sectores ella sólo incumbe, como se ha dicho, a la vida privada. De ahí que incluso para algunos sea mal visto siquiera proponer “camino éticos” o modelos de vida, al ser cada uno completamente libre en cuanto a su propio desarrollo como persona.²

Sin embargo –continúa esta línea de argumentación–, puesto que, lo queramos o no, somos seres sociales, el Derecho vendría a ser el único modo posible de convivencia, la única pauta de conducta que puede, en cierto sentido, imponerse a los diferentes credos personales y privados, para asegurar una mínima coexistencia, en atención a su carácter heterónomo y coactivo. Es decir, el Derecho se presenta aquí como la única manera de dar cierta cohesión al todo social, en lo posible respetando las diferentes “áreas de libertad” de los sujetos. Algo así como un Estado liberal clásico, una especie de “Estado mínimo”, que deja hacer a los ciudadanos lo que

¹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 8ª ed., 1995, traducción de Roberto J. Vernengo, pp. 71-82; Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, traducción de Rafael de Asís Roig y Andrea Greppi, pp. 113-126; Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, traducción de Genaro R. Carrió, pp. 229-261.

² Cfr. Massini-Correas, Carlos Ignacio, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1999, pp. 87 y 92-94; Lombardi Vallauri, Luigi, “Derecho natural”, en Massini-Correas, Carlos I. (compilador) *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, traducción de Carlos I. Massini-Correas, p. 165; Viola, Francesco, *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, Turín, Giappichelli, 1989, p. 31.

ellos estimen conveniente para sí mismos, mientras no se ponga en crisis la convivencia; pero en vez de referirse al plano económico, se refiere al plano ético. El Derecho se convierte –sería dable pensar– en un mal necesario pero indispensable, que puede poner ciertos límites a las convicciones éticas subjetivas y heterogéneas vigentes, cuando ellas pudieran afectar la armonía mínima para su mutua coexistencia, lo cual no es sino otra cosa que un requisito para su misma posibilidad de ser.³

No obstante, estos contornos y ámbitos de aplicación del Derecho y la moral distan mucho de ser todo lo nítidos y tajantes que en principio parecen. En efecto, tal vez el problema fundamental sea en realidad que la ética no se agota sólo en las conductas del sujeto consigo mismo, como suele escucharse, o si se prefiere, en el ámbito meramente “privado”. Al contrario, existen un cúmulo de acciones que revisten un innegable carácter “público” (o “bilateral”) que evidentemente también caen dentro de la esfera de la ética; esto es, acciones que no sólo afectan al sujeto ejecutor, sino a otros, que podrían ser considerados “víctimas” a su respecto. Piénsese, por ejemplo, en la mentira, el robo o el adulterio, por poner sólo algunos casos: en todos ellos, la acción realizada va mucho más allá del mero causante, y en realidad se trata de conductas perfectamente “bilaterales”, precisamente aquellas que el Derecho cree poder monopolizar en cierta medida, a la luz de la visión que aquí se comenta. No por nada algunas de estas acciones –no todas–, a la vez que reñidas con la moral, son muchas veces castigadas por el Derecho –y a veces en forma severa–, precisamente en razón del perjuicio o daño social que ocasionan. En síntesis, razones elementales de convivencia fuerzan a concluir que existen conductas que por mucho que se diga que pertenecen al ámbito meramente privado del individuo, o que emanan de su más sacrosanta autonomía como sujeto moral, no pueden, en principio, ser toleradas por el Derecho, sencillamente, porque la coexistencia se tornaría poco menos que imposible.⁴

En consecuencia, como se ha dicho, los campos jurídico y moral no son tan independientes como a primera vista parece, puesto que es perfectamente posible que algunas acciones antiéticas sean, por lo mismo, antijurídicas. En cierta medida, lo que el Derecho hace es proteger de manera especial aquellas conductas éticas “bilaterales” especialmente sensibles para el todo social, vinculadas a la idea de justicia.⁵ Y como la justicia

³ Cfr. Viola, F., *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, cit., pp. 30-32 y 41-44; D'Agostino, Francesco, *Filosofía del Diritto*, Turín, Giappichelli, 1993, pp. 172-173; Massini, C., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., p. 92.

⁴ Cfr. *Ibíd.*, pp. 100-101 y 181-198.

⁵ Un interesante tratamiento de la justicia hace Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2ª ed., 1995, pp. 89-163.

es un valor, no puede quedar ajeno al criterio moral. Ahora, si puede existir esta doble regulación respecto de los mismos hechos, esto abre la puerta para encontrar otros elementos comunes a ambos órdenes normativos.

En este mismo orden de ideas, es también un lugar común para muchos sectores que la moral se refiere sólo al ámbito interno del sujeto, a su conciencia, de manera más importante que las acciones emanadas del mismo. O, como ha dicho Bobbio, "los valores últimos no se justifican: se asumen".⁶ Es decir, que la acción en cuestión debiera ser catalogada sobre todo –o incluso sólo– por la intención o representación interior del individuo, más que por los hechos efectivamente realizados, puesto que lo que realmente importa es que el sujeto actúe "en conciencia", esto es, de acuerdo a sus convicciones. La "conciencia" así entendida se transforma, por tanto, en una especie de "santuario" del hombre, y por lo mismo, en un reducto intocable, en el cual nadie tendría, en principio, derecho a inmiscuirse, o, si se prefiere, a criticar. Cada situación sería de este modo única, en un sentido radical, o si se prefiere, la acción realizada o por realizar podría reducirse "al sujeto y sus circunstancias", motivo por el cual estaría más allá de cualquier injerencia heterónoma, salvo, por supuesto, que él mismo la pida o eventualmente acepte.⁷

Sin embargo, este planteamiento choca abiertamente con lo antes expresado. En realidad, y por mucho que se defienda la autonomía de los sujetos para decidir por sí mismos de manera inapelable y autónoma la moralidad de sus acciones, algo nos dice que no basta para la calificación moral de una conducta la mera intención o idea que de la misma se ha representado el hechor. Y lo anterior se hace patente precisamente por el eventual carácter bilateral de la acción ética, esto es, por el posible efecto que sobre otros tendrá dicha forma de proceder. Resultaría, por decir lo menos, demasiado simple, cuando no arbitrario y hasta peligroso, justificarlo todo de acuerdo a lo que haya dictado este "santuario" del sujeto, precisamente porque al menos parte de sus resultados pueden atentar de manera más o menos grave contra otros sujetos y por tanto, contra otros "santuarios" tan valiosos como el suyo propio. Nuevamente razones de elemental convivencia, más aún, de respeto mínimo hacia los demás, demuestran que la moral no se agota en el solo sujeto, lo que hace imperioso que el Derecho tome algunas de estas conductas y las regule de manera especial. En efecto, desde el momento en que existe "otro" vinculado a dicha acción, su bondad o malicia no puede quedar entregada sólo a la mera decisión de una de las partes.

⁶ Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís Roig, p. 56.

⁷ Cfr. Bobbio, N., *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Madrid, Temas de Hoy, 1997, traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig, pp. 98-99.

Pero las cosas son más complicadas, porque aun respecto de aquellas acciones que pertenezcan al más puro o estricto ámbito privado, pareciera que no todo uso de la libertad es indiferente, fundamentalmente por dos razones. La primera, porque es muy raro, en realidad, que las acciones "mueran", por así decirlo, únicamente en el propio sujeto. En muchos casos, ellas repercutirán en otros, sea porque han requerido de la participación de terceros para llevarlas a cabo, sea porque el propio sujeto se irá transformando a sí mismo por medio de sus propias acciones, y a la postre, terminará siendo "otro" (aun cuando se trate de la misma persona) quien acabe tratando con sus conocidos. Esto es, el individuo podría llegar a cambiar tanto, que sus propias acciones no dejarán de tener efectos en los demás.

Sin embargo, no es éste el motivo último por el cual ni aun respecto de aquellas acciones que eventualmente quedaran sólo en el ámbito privado, no todo uso de la libertad es indiferente. En realidad, la razón última (y la segunda razón anunciada) pareciera deberse a que puesto que las acciones del sujeto repercutirán inevitablemente en él, existirían ciertas conductas que por muy queridas que sean para él mismo, por mucha autonomía que se le reconozca, parecieran indeseables en atención al perjuicio, a veces irreversible, que le ocasionan. En cierta medida, podrían ser consideradas acciones degradadoras, incluso autodestructivas de la persona, lo que al menos haría desaconsejable su realización, puesto que, por decirlo de algún modo, la persona no se está respetando a sí misma, o si se quiere, desde otro ángulo, está llamada a más.⁸

Y esto no es perfeccionismo, ni paternalismo, ni un intento por coaccionar las conciencias: es sencillamente la objetiva constatación de los hechos, que una vez observados, no pueden menos que hacer reflexionar sobre la torpeza, mala suerte o los errores cometidos. Piénsese, por ejemplo, en el consumo desmesurado de drogas o de alcohol, y la piltrafa humana en la que puede quedar convertida una persona debido a ello, para darse cuenta que no cualquier uso de la libertad es beneficioso de por sí, por mucha euforia que eventualmente haya existido para el sujeto durante ese proceso de degradación. O si se prefiere, parece evidente que un individuo que a lo largo de su vida ha logrado convertirse en una persona honesta, generosa, trabajadora, cariñosa y valiente, ha logrado consigo mismo algo mucho más valioso que aquel otro que terminó, por el contrario, siendo un individuo tramposo, egoísta, flojo, envidioso y cobarde, por ejemplo.

⁸ Cfr. Rodríguez Luño, Angel, *Ética general*, Pamplona, Eunsa, 1993, 2ª ed. revisada, pp. 190-216; Yepes, Ricardo, Aranguren, Javier, *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la existencia humana*, Pamplona, Eunsa, 4ª ed., 1999, pp. 157-179.

Ahora bien, resulta obvio que fruto de la libertad humana, y por mucho que lo sepamos, es perfectamente posible actuar malamente, porque no basta con saber qué está bien o mal, para proceder de esa manera. O si se prefiere, y desde una perspectiva opuesta, no porque una acción sea posible es, por eso mismo, correcta, tanto a nivel individual como social. Habría así acciones que en sí mismas son malas de suyo y viceversa, de manera independiente al propio sujeto.

En realidad, es precisamente este hecho (que no siempre se hace lo que se debe, o si se prefiere, que no todo uso de la libertad es indiferente) una de las razones medulares que explican la existencia misma de la ética y del Derecho: esto es, que aun cuando sea posible actuar de muchas maneras diferentes, no todas son equivalentes, o como se ha dicho, no dan lo mismo las diversas alternativas factibles, tanto por el efecto que sobre otros tendrán dichas acciones, según se ha visto, como también y de manera inevitable, sobre el propio sujeto. Precisamente, uno de los grandes aportes de la psicología ha consistido en demostrar lo receptivos o influenciables que somos, de cómo las circunstancias de la vida nos van moldeando, razón por la cual es dable sostener que en buena medida, con sus acciones y experiencias, uno va haciéndose a sí mismo. De alguna manera, la vida es un desafío, una incógnita, un camino que hay que trazar por sí mismo. Con todo, también parece de la más elemental lógica que no cualquier camino es necesariamente el camino que debe ser tomado.⁹

Muy unida a esta creencia del carácter meramente “interno” de la moral, existe otra según la cual el Derecho se referiría sólo a la conducta exterior del ser humano, a aquello que puede ser percibido por los sentidos, sin importar sus disposiciones interiores, lo que daría al Derecho un cierto carácter “amoral”: lo importante es que se cumpla la ley, sea de buen grado o a regañadientes –eso sería irrelevante–, puesto que, como se ha dicho, la conciencia del sujeto es su santuario.

Sin embargo, nuevamente las apariencias engañan. En realidad, no es para nada infrecuente que el Derecho, pese a que efectivamente siempre requiere de acciones externas, perceptibles y comprobables, no se dé por satisfecho sólo con ellas. Esto es, que de manera inevitable muchas veces tenga por fuerza que inmiscuirse en ese “santuario” del sujeto, siendo éste un dato de extrema importancia, sin el cual podría llegarse a un resultado absolutamente ajeno a la real situación que pretende corregir. Piénsese, por ejemplo, en los vicios de la voluntad, dentro de la teoría del acto jurídico, en las causales modificatorias de responsabilidad penal (sean agravantes,

⁹ Cfr. *Ibíd.*, p. 22; Ayllón, José Ramón, *En torno al hombre*, Madrid, Rialp, 1998, 6ª ed., p. 46.

atenuantes o eximentes), en la buena fe necesaria en el cumplimiento de los contratos, en el dolo eventual, en la tentativa y el delito frustrado o en el abuso del Derecho, por poner sólo algunos casos. En todos estos eventos, el Derecho no sólo puede, sino que debe imperiosamente inmiscuirse en dicha conciencia de los sujetos, a fin no sólo de hacerse una correcta idea de lo que realmente ocurrió, sino además para sancionar de manera adecuada, si cabe, a los responsables. Por tanto, podría concluirse que el Derecho es prioritariamente externo, puesto que siempre se requiere de acciones, hechos, no pudiendo nunca castigar aquello que sólo ha quedado en el fuero interno del sujeto; pero una vez producidos éstos, en muchos casos requiere de manera inevitable inmiscuirse en dicho fuero interno, sencillamente, por razones mínimas de justicia.

Por lo mismo, también hay que llamar la atención en cuanto a la sanción moral, por oposición a la sanción jurídica y su carácter coactivo. Mucho se ha dicho que la primera estaría constituida sólo por el "remordimiento" de conciencia, por el malestar que ella ocasiona.¹⁰ Aun cuando esto en principio es verdad, no dejan de existir paradojas respecto de esta manera de entender las cosas. En efecto, si para el planteamiento moderno la ética emana del propio sujeto y sus circunstancias, en principio habría que concluir que cualquier acción que acabe realizándose, será siempre considerada "buena", puesto que por algo se hizo. Esto es, pareciera bastante absurdo que si el sujeto es libre para decidir autónomamente sobre su actuar, si obra "en conciencia", tenga luego "remordimiento", porque aun en el caso en que a posteriori se diera cuenta de su eventual error, si todo emana de sí mismo, no costará mucho encontrar alguna explicación o justificación, incluso como una excepción a la regla general. O si se prefiere, se daría el sinsentido, como se ha dicho, de que toda conducta, por el solo hecho de haber sido realizada, sería correcta o buena. Mas, como igualmente es posible actuar contra la conciencia –porque en verdad remuerde, según se desprende de la más vital experiencia–, no puede ser ella misma el origen último de la moralidad, porque en este caso el remordimiento sería algo así como una patología suya. Es decir, si podemos contravenir nuestra conciencia, ella no puede ser, por lógica, la fuente última de la moralidad, porque en este caso se daría una especie de esquizofrenia. Al contrario, se nota, a la luz de este simple hecho, que ella sólo refleja otra cosa, da testimonio de algo que en el fondo escapa a su mero capricho. Por lo mismo es que cabe el error en esta materia.

Pero nuevamente el tema de la conciencia es más complejo. En efecto, como se ha dicho, las acciones dejan huella en su autor, o si se prefiere, no

¹⁰ Cfr. Bobbio, N., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, traducción de E. Roza Acuña, p. 121.

podemos desentendernos de las mismas. De este modo, lo queramos o no, nos vamos acostumbrando a nuestras propias acciones, o si se prefiere, nos vamos habituando a ellas. De este modo, este acostumbramiento podría hacer que acciones que en un principio hirieran nuestra conciencia, a la postre, fruto de su repetición, vayan adormeciéndola, al ir habituándose a ellas. Se daría así un oscurecimiento de la conciencia (que de acuerdo a la concepción moderna que se está comentado, vendría a ser una "modificación" suya, una "adaptación" a las circunstancias), con lo que parece difícil sostener que la "sanción" a una acción inmoral sea el "remordimiento". En efecto, puesto que aquí la acción sigue siendo la misma, se da la paradoja de que sin mediar cambio en dicha acción, antes, cuando aún remordía la conciencia, era considerada "mala", y posteriormente, una vez acallada ésta, es tomada por "buena". Incluso es perfectamente posible que la conducta haya ido empeorando, pero como la conciencia se ha ido adaptando a esta nueva situación, el sujeto la "sienta" cada vez menos, al punto de no tener remordimiento alguno a la postre. Por tanto, propiamente, no puede ser ésta la "sanción" en caso de incumplimiento de la norma moral –al menos la sanción última–, porque se podría dar el absurdo de que mientras más se perseverara en el mal, menos "sanción" existiría para el infractor.¹¹ Piénsese, por ejemplo, en la pedofilia: es perfectamente posible que el sujeto se haya acostumbrado tanto a ella, que si antes existía algún malestar causado por la conciencia, con el tiempo desaparezca (y probablemente la conducta empeore), motivo por el cual, de ser cierta esta concepción, dejaría de tener sanción, pese a actuar peor que antes, lo cual a lo menos puede ser catalogado de absurdo.

También muy unido a esta idea del remordimiento de la conciencia, suele decirse que incluso en este caso de "adormecimiento", todavía queda el resguardo del todo social, que vendría a ser un ente sancionatorio subsidiario en evento de que alguna de sus partes se descarriara mucho. Aun cuando esta segunda posibilidad en parte choca con las múltiples opciones de vida que existen en una sociedad democrática, no cabe duda que subsisten aspectos muy fundamentales en que por lo general hay aspiraciones comunes, como el respeto a la vida o, para recordar el último ejemplo dado, la condena a la pedofilia. Mas, en el fondo, esta especie de "conciencia colectiva" está formada en última instancia por conciencias individuales. Y si estas últimas pueden sufrir la modificación u oscurecimiento antes señalado, es perfectamente posible que ello ocurra también a nivel general. De esta manera, conductas que en una época pueden haber sido consideradas antiéticas, posteriormente, fruto del cambio de dichas conciencias individuales, es dable que sean tenidas por correctas, sin haber

¹¹ Cfr. Por eso Bobbio señala que la sanción moral es "escasamente eficaz" (ibíd., p. 121).



mediado cambio (y por lo general, habiendo un deterioro) en dicha conducta. En consecuencia, se presenta la misma incongruencia: que mientras más se incide en dicho comportamiento, menos "sanción" (y por tanto, "remordimiento") existe, e incluso, podría darse la paradoja que dicha acción sea hasta incentivada por el todo social, o al menos por una mayoría. Piénsese, por ejemplo, en la corrupción. Puede ser que en un primer momento ella sea ampliamente rechazada por una sociedad, que remuerda las conciencias en extremo; mas, si a fuerza de reincidir en esta práctica, ella se vuelve común, podría darse perfectamente la situación en que se convierta en la norma, en lo "correcto" al momento de actuar, o si se prefiere, en lo socialmente aceptado.

Por tanto, nuevamente pareciera que el problema moral es demasiado serio e importante para que queden entregadas su normativa y su sanción sólo al criterio subjetivo de cada cual. Y esto se concluye no por un dogmatismo preasumido, ni mucho menos por razones religiosas, sino simplemente, por una observación de sus consecuencias. Resulta evidente que no todo camino seguido tanto por el sujeto en particular, como por una sociedad en general, es por eso mismo, el correcto. En caso contrario, no existiría el error, y en ese evento, cualquier uso de la libertad sí nos sería completamente indiferente, y cualquier limitación u orientación, siempre y sin excepción, una completa arbitrariedad. Mas, si tenemos conciencia, y a veces ella remuerde (aun cuando hagamos lo que nos gusta, contraviéndola), parece obvio que en nosotros mismos ya existe una estructura psicológica que nos lleva a no quedar indiferentes ante las acciones propias y ajenas, que nos hace calificar permanentemente los hechos, a no conformarnos con una simple observación de lo que ocurre. Esto es, si tenemos conciencia, parece claro, como se ha dicho, que ella simplemente muestra algo ajeno a sí misma, o como se dice, es un reflejo de la moralidad, no su autora. En caso contrario, se insiste, no "molestaría" jamás, y a la postre, toda acción, absolutamente toda conducta, nos sería completa y totalmente indiferente.¹²

En consecuencia, parece razonable suponer que en los propios efectos de las acciones humanas, en sus consecuencias, tenemos una buena pista para saber cuándo una acción es correcta o incorrecta, buena o mala, de manera independiente a nuestros gustos, pareceres o conveniencias. Esto es más fácil percibirlo respecto de aquellas acciones "bilaterales" o "sociales", porque a fin de cuentas hay que ser mínimamente coherentes, en el sentido de no hacer al otro lo que no nos gustaría hicieran con nosotros mismos. En el fondo, esto no es más que colocarse en el lugar del otro, o si

¹² Cfr. Spaemann, Robert, "La naturaleza como instancia de apelación moral", en Massini C., (compilador), *El iusnaturalismo actual*, cit., pp. 350-351.

se prefiere, dar a cada uno lo suyo, lo que merece: ser justo.¹³ Mas también respecto de las acciones propias o privadas existe un dato independiente al sujeto, cual es este mínimo "autorrespeto" que cada uno merece, incluso de sí mismo.

Y lo anterior no es coacción, ni nada que se le parezca. Resulta claro que la norma moral no es imponible por la fuerza, pero pese a que sus diferencias con la sanción jurídica son evidentes, limitar ésta a la sola conciencia equivale, en el fondo, a despojarla de toda sanción, y a quitarle a la moral, según se verá pronto, su carácter de norma. Por eso resulta útil apelar a la realidad misma, a las consecuencias de nuestras acciones, sea en el ámbito jurídico, sea en el ámbito moral. Y esto, se insiste, no es coacción, sino que un mínimo sentido de la realidad. Con todo, la constatación de la realidad no deja de tener sus dificultades, según se comentará en su momento.

En consecuencia, y luego de todo lo visto hasta aquí, es posible concluir que la moral no se refiere sólo a las conductas consigo mismo (no es únicamente unilateral), sino que muchas de sus conductas son bilaterales, igual que las jurídicas (que lo son siempre), motivo por el cual cabe a veces una doble normativa a su respecto; que la moral no se agota sólo en el aspecto "interior" del sujeto (ni el Derecho, en el meramente "exterior"), porque la acción se mide muchas veces más por sus efectos que por sus intenciones; y finalmente, que la sanción última por la contravención de la norma moral, si bien no es coactiva, no puede ser sólo el remordimiento de conciencia, tanto por la deformación o adormecimiento que puede sufrir, como por los efectos que dicha contravención produce en la realidad.¹⁴

¹³ Cfr. Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Bogotá, Rialp-Printer, 1988, p. 100.

¹⁴ Hay otros aspectos que no se mencionan aquí, dentro de esta compleja e inevitable situación. Piénsese, por ejemplo, en la interpretación de las normas jurídicas, en que las valoraciones y convicciones personales del intérprete cumplen un papel fundamental en la determinación del sentido de dicha normativa, que dista mucho de tener una significación cerrada o unívoca, como usualmente se pretende.

Sobre esto, cfr. Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres-Editor 1980, pp. 201-224; Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio, teórico del diritto (III) 1966-1980", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. X, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 485-486; Pattaro, Enrico, "Il positivismo giuridico italiano della rinascita alla crisi", en AA, VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cargo de Uberto Scarpelli, Milán, Comunità, 1976, pp. 481-482.

3. La realidad como límite normativo

Resulta evidente que la normativa ética o jurídica que se aplique a una conducta determinada, tenga éxito o fracase en su aplicación (esto es, se acate o no), tendrá efectos prácticos bastante notorios. Esto significa, por ende, que existe un vínculo evidente entre normas y hechos: si lo que pretenden las normas es precisamente regular hechos, parece obvio que también aquí existe una mutua e inevitable relación.

Más aún: no sólo son las normas las que influyen en los hechos, sino que también, se quiera o no, los hechos mismos ya marcan un límite en cuanto a las posibilidades normativas, sea en el campo jurídico, sea en el campo moral, según se verá. Lo anterior contrasta con otra idea bastante asumida hoy, en particular por el positivismo jurídico de corte normativista. Nos referimos a la conocida separación Ser-Deber Ser, o, si se prefiere, la división Sein-Sollen. Aun cuando se trata de una materia que por su envergadura sobrepasa con mucho los límites de este trabajo, no deja de ser curiosa esta contraposición. En efecto, para el positivismo, de los hechos sólo pueden surgir hechos, y los valores sólo pueden provenir de otros valores.¹⁵ Y aun cuando la llamada "Ley de Hume" en la cual se inspira es en principio correcta (porque a partir de los solos hechos no es posible, salvo que se incurra en un error lógico, derivar pautas de valor), lo cierto es que da la impresión que ambos mundos casi no se tocan, a la luz de este enfoque. Con todo –y tampoco es posible detenerse en esta cuestión–, la "Ley de Hume", en principio lógicamente correcta, está, respecto de este tema, mal planteada, porque no es a partir de simples "hechos" que se desprenden valoraciones, sino que ya existen junto a estos hechos, que se cree "puros", valoraciones implícitas. En consecuencia, no existe ningún salto lógico, porque al menos una de las premisas de las que se desprenden valores, también los posee; el efecto y la causa del silogismo se encuentran así en perfecta armonía.¹⁶

Ahora bien, esta pretendida independencia absoluta del mundo del Sein y del Sollen resulta verdaderamente paradójica. En efecto, las normas, de suyo, contienen valoraciones, porque como pretenden dirigir la conducta

¹⁵ Cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit. pp. 83-105 especialmente, Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1977, 3ª ed., pp. 215-217.

¹⁶ Cfr. Massini, C., *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Idearium, 1995, passim, D'Agostino, F., *Filosofía del Diritto*, cit., pp. 87-99; Spaemann, R., *La naturaleza como instancia de apelación moral*, cit., pp. 348-356; Kalinowski, Georges, "Sobre la relación entre el hecho y el Derecho", en MASSINI, C. (compilador), *El iusnaturalismo actual*, cit., traducción de C. I. Massini, pp. 147-159; García-Huidobro, Joaquín, "La «is-ought question» y el valor del argumento de la perversión de las facultades naturales", en *Persona y Derecho*, Pamplona, Universidad de Navarra, vol. 29 (1993), pp. 167-179.

humana en pos de ciertos fines, se ven forzadas a optar, para lo cual se hace imprescindible valorar. En caso contrario, no podrían mandar, prohibir o permitir absolutamente nada. Ahora, si las normas (que pertenecen al mundo del Sollen) pretenden tener eficacia, esto significa que acabarán influyendo en el mundo del Sein, de los hechos (precisamente ése es su propósito, su razón de ser), según se ha mencionado. Esto indica, por tanto, que existe una relación mutua.¹⁷ Mas si es posible que exista en este sentido (desde los valores que influyen en los hechos), parece lógico que también los hechos influyan en estas valoraciones. Esto puede ser abordado desde muchas perspectivas; mas aquí veremos las limitaciones que el propio mundo de los hechos impone, guste o no, al de las valoraciones y por tanto al de las normas, de cualquier especie que sean éstas.

En primer lugar, parece evidente que el mundo de las valoraciones (y por tanto, el ámbito de las normas) debe tomar en cuenta la realidad que pretende regular. Esto significa que tendrá que existir una idea más o menos acertada de la materia a prescribir, de los fines que persigue y los medios necesarios para ello. O como ha dicho un positivista como Bobbio, el contenido de las normas debe ubicarse entre las acciones imposibles y necesarias,¹⁸ es decir, tener una mínima idea de las cualidades y limitaciones del hombre. En caso contrario (esto es, si exigiera, prohibiera o permitiera algo que está más allá de las posibilidades humanas –lo imposible– o algo que de todas maneras ocurrirá, se quiera o no –lo necesario–), en realidad no estaríamos frente a una norma, porque es de su naturaleza que toda norma lleva implícita la posibilidad de su incumplimiento. En efecto, si la norma pretende regular la conducta humana, esto se debe precisamente a que se trata de un ser libre, no determinado; y desde este momento la norma sólo “sugiere” conductas, incluso si amenaza con las sanciones más espantosas. Esto significa, en el fondo, que ni aun con las sanciones más terribles (puesto que una norma no puede no tener sanción¹⁹) está absolutamente garantizado su cumplimiento, y el sujeto puede desobedecerla siempre. Precisamente como la norma lo “sabe”, por decirlo de algún modo, establece la sanción: la sanción viene así a confirmar el

¹⁷ Cfr. en parte, Pattaro, E., *Elementos para una teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1985, traducción y estudio preliminar de Ignacio Ara Pinilla, pp. 43-50.

¹⁸ Cfr. Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, cit., p. 164.

¹⁹ En caso de que no existiera una sanción, no estaríamos en presencia de una norma, sino de otro tipo de prescripción, como un consejo o un ruego. Toda norma lleva necesariamente una sanción aparejada, incluso aquellas de tipo permisivo –que en principio parecieran no tenerla–, porque por lo general permiten hacer algo sólo de cierta manera, o habiéndose cumplido tales o cuales requisitos, motivo por el cual existe, junto a ellas, un mandato o prohibición implícito, que en caso de incumplimiento, sanciona, precisamente, impidiendo dicha permisión. Y desde otro punto de vista, la norma permisiva que faculta a su titular para hacer o no hacer algo, al mismo tiempo obliga al resto a reconocer o acatar dicha acción u omisión. Aquí también existe, como se ve, un mandato o prohibición oculto, donde la sanción resulta evidente.

carácter libre del hombre, y es una prueba de que la norma puede ser incumplida. Al contrario, si el contenido de una norma no pudiera ser desobedecido nunca (por tratarse de una conducta necesaria) o fuese inalcanzable (por ser imposible), en realidad no estaríamos en presencia de una auténtica norma, ni tampoco la sanción tendría ningún sentido.²⁰

Por tanto, la norma sólo puede regular conductas posibles, que estén al alcance del hombre. Mas, como se ha dicho, dentro de estas conductas posibles, no todas se encuentran al mismo nivel, o si se prefiere, no todo uso de la libertad es indiferente: no todas las opciones son igualmente defendibles, por mucho que el sujeto actúe "en conciencia". No es otra la razón última de ser de la moral y del Derecho: dirigir la conducta humana, precisamente porque es necesario hacerlo, en virtud de los efectos que dichas acciones pueden tener. Y como se mencionó, los efectos (nada indiferentes, y que se manifestarán en hechos bien concretos) pueden repercutir en otros –casi siempre– y en el mismo sujeto –siempre–. Y es aquí donde nuevamente tenemos una pista muy valiosa para ver cuáles son algunos de los límites a la normatividad; no por un dogmatismo, sino sencillamente como consecuencia de la observación de la misma realidad.

Con todo, no deja de darse un fenómeno curioso en esta observación de la realidad actualmente (y que de paso demuestra por qué por lo general la "Ley de Hume" está mal aplicada), y que en el fondo se encuentra muy ligado a la división Sein-Sollen, entre hechos y normas, a la cual se hacía referencia. Este consiste en una oposición radical entre el entorno natural y el hombre mismo, nuevamente dando la impresión de que son mundos independientes, por mucho que hoy aparentemente se diga lo contrario.

En efecto, durante el siglo XX ha existido una verdadera revolución en cuanto al modo de mirar la naturaleza. Esta ya no es un simple objeto a manipular libre e impunemente, una mera *res extensa*, en la conocida terminología de Descartes. No sólo porque es limitada, sino además porque tiene un orden, una manera de ser que explica su estructura, o si se prefiere, un para qué en virtud del cual posee una organización determinada. Es por eso que los hechos de la naturaleza –*physis*– no "suceden" simplemente, como parece desprenderse de la "Ley de Hume", sino que tienen un sentido, una razón de ser –un principio interno de su movimiento o cambio– que hace que no sean indiferentes, sino que imprimen una armonía, y en definitiva, una bondad al orden existente: las cosas que ocurren en la naturaleza no acontecen porque sí, no son un simple hecho, un *factum*

²⁰ Siguiendo a Kalinowski, cfr. Massini, C., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., p. 147.

ciego y sin sentido, sino que poseen toda una teleología, una razón de ser, sin la cual, sencillamente, o no existirían o sería imposible saber cuándo algo es normal o anormal. A tal punto es importante este redescubrimiento (ya los griegos aludían a esto con la noción de Kosmos), que dicho orden obliga, o si se prefiere, tiene fuerza normativa (sólo para el hombre, evidentemente, porque el resto de la naturaleza "funciona sola", si así pudiera decirse), con lo cual se descubre que hechos y valores sí se vinculan, y entrañablemente. Es decir, a partir del orden natural de la ecología (que no se limita a un simple "hecho", sino que guarda en sí mismo una bondad o razón de ser), se deduce que aun cuando se puede, el hombre no debe comportarse a su respecto de cualquier manera, que frente a la naturaleza que lo rodea no todo uso de la libertad es indiferente, puesto que ello produce un daño, un desequilibrio ecológico, un mal, que no sólo perjudica al entorno, sino que a la postre también a él mismo.²¹

Por otro lado, algunos movimientos ecologistas extremos han pretendido ignorar las diferencias entre el hombre y el resto de la naturaleza, igualándolos totalmente. Esto se ha intentado por dos vías, principalmente: o rebajar la condición humana a la de un mero animal (reduciéndolo a su sola corporeidad, en que, efectivamente, ambos comparten grandes similitudes), o mediante una "antropomorfización" de la naturaleza, esto es, aplicándole criterios humanos (de donde surgen, por ejemplo, los "derechos" de los animales²²). De este modo, el hombre es considerado sólo una parte más de la naturaleza, al mismo nivel de animales, plantas o incluso seres inertes, en principio sometido a sus mismas leyes, e incluso prescindible en pos del bienestar del ecosistema.²³

Pues bien, la paradoja y en realidad abierta contradicción a que hacíamos referencia, apunta a que si por un lado existe conciencia del desorden ecológico –y en consecuencia, del mal– del cual el hombre es responsable, sosteniendo que este orden es un límite a la libertad humana en razón de una especie de "bien común ecológico" (con lo cual se demuestra que de estos "hechos" sí es posible desprender "valores"), y por otra, se considera al hombre sólo como una especie más entre tantas, llama profundamente la atención que él mismo no tenga a su vez, un orden ecológico, y por

²¹ Cfr. Vicente Arregui, José; Chozas, Jacinto, *Filosofía del hombre*, Madrid, Rialp, 1995, pp. 55-63, Massini, C., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., pp. 106-107, D'Agostino, F., *Filosofía del Diritto*, cit., pp. 93-98; Lombardi Vallauri, L., *Derecho natural*, cit., p. 164, Spaemann, R., *La naturaleza como instancia de apelación moral*, cit., pp. 351-356.

²² Comenta esto, entre otros temas de los "actuales" derechos humanos, Massini, C., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 169-177.

²³ Cfr. Possenti, Vittorio, "¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano", en Massini, C. I.; Serna, P., (Eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 116-127.

tanto, límites a su comportamiento, o si se prefiere, que pueda hacer lo que le plazca a su respecto o respecto de otros, y no se vea afectado por ello.

Dicho de otro modo: se da la paradoja que todo tiene un orden ecológico, una cierta manera de ser, justificada por sus finalidades, que por lo mismo hace que sufra tales o cuales efectos nocivos, dependiendo de qué se haga a su respecto; mas, en el caso del hombre, éste pareciera no tener ordenación alguna, e incluso gozar de una curiosa "invulnerabilidad", pudiendo por ello hacer lo que quiera consigo mismo o con los demás. En el fondo, que no existe una "ecología humana", lo que desde antiguo ha sido llamado "ley natural". La ley natural (o si se prefiere, esta ecología humana) apunta precisamente a esto: a que somos limitados, que tenemos una cierta estructura, una forma de ser tal, que no cualquier uso de la libertad es indiferente, tanto para otros como para nosotros mismos. Y no por un dogmatismo, se insiste, sino por la simple observación de los hechos.²⁴

Esto significa que existen varias acciones que afectan al hombre en lo más profundo de su ser, algunas de manera positiva y otras de manera negativa. Respecto de estas últimas, la lista sería demasiado larga y casuística, motivo por el cual buscaremos el caso más emblemático. Y en realidad, no cuesta mucho encontrarlo. En efecto, desde el momento en que nos sabemos y reconocemos limitados (al punto que ni siquiera elegimos venir al mundo), pareciera que la vida misma es un dato lo suficientemente evidente como para no haber dudas razonables a su respecto. Es decir, no toda conducta o uso de la libertad es indiferente, en primerísimo lugar, si pone en riesgo la vida, requisito fundamental para desarrollar todas las restantes posibles actividades humanas. Se puede así concluir, sin mucho temor a equivocarse, que la vida es el valor fundamental para el ser humano, derivado del simple hecho de estar vivo, puesto que gracias a ella es un ser humano, y lo posibilita para desarrollarse, desenvolverse, buscar su camino, incluso si yerra en el intento.²⁵

En consecuencia, y expresado en un lenguaje moderno (y que aun en una sociedad democrática, con múltiples opciones éticas, pareciera ser una convicción universal), se desprende que el derecho a la vida es el principal y más fundamental de los derechos humanos, y puesto que somos mortales, aquellos usos de nuestra libertad que atenten contra ella, por muy "deseados" (o incluso autorizados por el mismo Derecho) que sean, serán siempre ilegítimos, inmorales o injustos, dígame lo que se diga en sentido

²⁴ Cfr. Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 24-29; Spaemann, Robert, *La naturaleza como instancia de apelación moral*, cit., pp. 351-361; Lombardi Vallauri, L., *Derecho natural*, cit., p. 164.

²⁵ Cfr. Massini, C., "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos", en Massini, C. I.; Serna, P., (Eds.), *El derecho a la vida*, cit., pp. 179-222.

contrario. Es decir, la vida es algo tan radicalmente importante, que no parece posible superponer a ella otro interés, puesto que nada pareciera superior a la vida misma, motivo por el cual su respeto debe ser en principio, incondicionado, a menos que el propio sujeto se haya colocado voluntariamente en una situación tal, que pierda su propio derecho a la vida, que le sea injusto reclamarlo para sí, como ocurre, por ejemplo, con la legítima defensa. En consecuencia, sólo una contraposición entre valores análogos, existiendo además culpabilidad de una de las partes en dicha confrontación, podría autorizar (o mejor, no sancionar) el acto voluntario de poner fin a esa vida, siempre además que no existan otros caminos menos drásticos de solución. Pero se insiste, únicamente ante el peligro real para otra vida, y siempre que se trate de un sujeto culpable de generar dicho peligro.

4. Los problemas de una moral únicamente “construida” por el hombre

Como se ha dicho, y volviendo un poco al principio de este artículo, hoy se encuentra muy extendida la mentalidad según la cual el sujeto es su propio artífice moral. De este modo, se pretende arribar a una moral totalmente “construida” por el hombre, sea de manera individual, sea de manera colectiva, mediante el consenso, manifestado éste, al menos en parte, en el Derecho existente, que por lo mismo, irá adaptándose a dichos acuerdos. El Derecho se mira así como un mal necesario, un requisito para la convivencia, según se ha dicho.²⁶

De este modo, la moral y el Derecho pueden tener, en principio, cualquier contenido, puesto que toda apelación a la realidad es, por regla general, ignorada, lo cual se vincula a la división Sein-Sollen. Esta situación –cuyo origen no puede abordarse aquí, pero que se encuentra vinculado a autores como Kant o Locke, entre otros– nace de una consideración del ser humano como un sujeto absoluta y completamente autónomo, en el sentido más radical de la palabra. Casi como si se tratara de un ser “irreal”, que no tiene corporeidad y que se limitaría sólo a su intelecto o espíritu. Este modo de mirar las cosas se encuentra muy ligado, precisamente, a la división cartesiana entre *res cogitans* y *res extensa*: la *res cogitans* es, de manera muy simple, algo así como el propio “yo”, esto es, como la sola mente humana, que simplemente “contempla” el resto del mundo (la *res*

²⁶ Cfr. Massini, C., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., pp. 24-25, 41-42, 110 y 205; Serna Bermúdez, Pedro, “Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo”, en Massini, C., (Compilador), *El iusnaturalismo actual*, cit., pp. 299-320; Viola, F., *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, cit., pp. 41-44 y 51-52.

extensa), constituido por una materia sobre la cual cabe una completa y libre disposición por parte del "yo". Y esto incluye su propio cuerpo, que, efectivamente, también puede ser reducido a mera materia. Existe así un desdoblamiento del ser humano, dejando de ser concebido como una unidad sustancial corpóreo-espiritual. Por eso no es infrecuente que el "yo" utilice su propio cuerpo como una simple posesión suya, como un objeto, sin considerar que él mismo es también, y de manera sustancial, su propio cuerpo, que la corporeidad no es una especie de "traje" del cual se puede prescindir, sino que es parte del propio "yo".²⁷

Es esto lo que explica al menos parcialmente por qué el hombre no es consciente, aun con el actual despertar ecológico, de los límites que le impone su propia realidad, partiendo por su misma corporeidad, sin perjuicio que también su parte "no corpórea" (su "yo") igualmente sufre las consecuencias de sus acciones, y en realidad, es la parte que se ve más afectada por ellas, por regla general.

Por eso se advertía más arriba que incluso en esta observación de la realidad existen dificultades, y no es casualidad que nuevamente la ecología nos preste una mano. En efecto, uno de los problemas de atentar contra la realidad de las cosas, según se verá, es que los efectos de dicha contravención no son inmediatos, o si se prefiere, en muchos casos demoran en hacerse sentir. Esto es lo que puede dar la impresión (errónea y temporal) que pese al comportamiento realizado, no existan consecuencias a su respecto, motivo por el cual se persevera en dicho comportamiento. Algo parecido a lo que ocurre en un ecosistema, el cual, en caso de sufrir una sobreexplotación de algún recurso renovable, usualmente mostrará los efectos negativos de dicho proceder en la siguiente temporada. En el caso del hombre, las consecuencias de sus acciones se demoran, por regla general, bastante más en llegar, pero inevitablemente llegarán; lo cual es un problema distinto –y que aquí no se analiza– a aquel otro mucho más complejo, que consiste en estar dispuesto a ver dichos efectos, o si se prefiere, de estar abierto a aceptar la verdad de las cosas, nos guste o no, nos convenga o no, puesto que como dice el refrán, "no hay peor ciego que el que no quiere ver". O dicho de otro modo, parece claro que sólo se puede querer lo que previamente se conoce; pero también parece muy cierto que no se puede conocer aquello que previamente no se quiere conocer, que no se está dispuesto a aceptar.²⁸

²⁷ Cfr. Spaemann, R., "La naturaleza como instancia de apelación moral", cit., pp. 348-361, en particular, pp. 360-361; D'Agostino, F., *Filosofía del Diritto*, cit., p. 116.

²⁸ Un claro ejemplo de esto lo constituye la manipulación de los resultados entregados por la ciencia, cuando ellos no guardan relación con nuestras preferencias. Esto no implica necesariamente "negar" el dato en cuestión, sino muchas veces simplemente "ponerlo en duda".

Sin embargo, no dejan de existir problemas y contradicciones, fruto de esta ética "construida", sobre todo cuando ella trasciende la vida o quehacer individual del sujeto. En este caso, también existen "límites", pero no se trata de los límites de la misma realidad, sino que de la propia voluntad que la ha originado. Esto es, se pretende construir una ética a partir de las convicciones personales y colectivas (todas, de paso, cambiantes), sin atender a la realidad de la cual formamos parte, pero puesto que dicha normativa emana de nosotros mismos, no puede, en último término, ir contra nosotros mismos, contra nuestra "conciencia", según se analizaba. Esto significa que esta ética y este Derecho construidos se acatarán sólo y únicamente mientras no contravengan lo que el sujeto desea. En el fondo, que no es posible, en sentido propio, ser obligado por dicha normativa, porque el sujeto, siendo su autor, se encuentra siempre por sobre ella. En el fondo, esto se explica con el conocido aforismo jurídico que dice que "nadie puede dar lo que no tiene".²⁹

Dicho de otra manera: si la normativa es sólo autónoma, nunca podrá obligarnos a nosotros mismos, nunca tendrá la suficiente fuerza para ir más allá del propio querer o capricho. Se da así el absurdo que se pretende "imponer" una normativa determinada, siempre que no contravenga las convicciones del sujeto, con lo cual, en realidad, no se está imponiendo normativa alguna. Tal vez por eso también Bobbio ha dicho, y al parecer con razón, que "nadie puede obligarse a sí mismo".³⁰ Y es verdad: una normativa cualquiera que pudiera ser dejada de lado cuando ella no guste, no convenga o simplemente desagrade, no es, propiamente, una normativa, sino, a lo sumo, un consejo o un ruego.³¹

Se presenta así la paradoja de que el hombre se da cuenta de la absoluta necesidad de regular su conducta, al menos por razones de convivencia; mas no está dispuesto a dejar de tener siempre la última palabra a este respecto, a tener una puerta de escape a fin de no terminar haciendo siempre su propia y libérrima voluntad.

En el fondo, y pese a todo lo que se diga, lo anterior equivale a no tener regulación alguna, salvo la suya propia, lo cual en estricto rigor no es, propiamente, "regulación", sino una simple apariencia de tal.

Y lo anterior, por muchas vueltas e intentos de legitimación y de heteronomía que demos a la normativa existente (tema que sólo podemos dejar enunciado):

²⁹ Cfr. Massini, C., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., pp. 21-24, 41-42 y 124; Viola, F., *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, cit., p. 30.

³⁰ Bobbio, N., "Comandi e consigli", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. XV (1961), Milán, Giuffrè, p. 188.

³¹ Cfr. Massini, C., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., pp. 24-25.

si todo emana en último término de nuestra voluntad, no hay modo de obligarnos a hacer lo que no queramos. En el fondo, el hombre pareciera querer ir más allá de cualquier ordenación "fuerte", y en definitiva, a no tener más ordenación que la suya propia, modificable según las circunstancias, pero a la vez poseyendo ciertas garantías de que podrá comportarse como quiera. Esta garantía pretende darla el Derecho, pero como nada puede estar por sobre el propio querer, se excluirán del mismo aquellas materias que "incomoden", y siempre existirá una excepción a la regla general para terminar haciendo su propia voluntad. Es por eso que señalábamos que es como si el hombre existiera "en el vacío", sin límite alguno, jugando siempre a ganador.

En el fondo, como se ha dicho, se pretende arribar a un "vacío moral" y también a un "vacío jurídico": esferas de libertad absoluta en que sin ceder en lo más mínimo algún grado de dicha libertad, existan garantías mínimas (en realidad, máximas) para su pleno desenvolvimiento, otorgadas sobre todo por el Derecho, pero también por la moral (al hacerse imposible dar pautas a este respecto). El problema es que se da una situación en que todos tienen derecho a todo y nadie debe nada: todos exigen un absoluto respeto para hacer todo lo que quieran, pero no están dispuestos a respetar a otros, o si se prefiere, se quieren los beneficios de esta situación, sin pagar los costos.³²

Mas, como se ha dicho, el hombre no se limita únicamente a un "yo" insustancial, su cuerpo tampoco es un mero material a utilizar impunemente, ni por último, se encuentra solo en este mundo. Esto es, que la realidad termina imponiéndose a la postre, se quiera ver o no, sencillamente por nuestro carácter limitado y finito. O si se prefiere, por mucho que queramos esferas de "amoralidad", sectores en los cuales la moral (y el Derecho) tienen vedado el acceso (salvo con un origen autónomo), es la realidad misma la que se encargará, a la postre, de mostrarnos lo imposible de este camino.

Todo lo que venimos meditando hasta aquí es posible demostrarlo con un ejemplo práctico, a la vez que tremendamente polémico. Este ejemplo apunta, precisamente, a un sector de la vida humana en que se pretende que la moral y el Derecho no interfieran, salvo para darle plena y absoluta libertad de acción. Aquí la normativa, en vez de proponer un camino correcto o al menos mejor que otros, se limita a ser un instrumento de dicha libertad, para hacerla más amplia y en el fondo garantizarla al límite. El problema, sin embargo, es que fruto de este ir "quitando obstáculos" a esta esfera de acciones que estarían más allá de toda regulación, se van

³² Ya Villey, aunque desde otra perspectiva, hablaba a este respecto de una verdadera "inflación" de derechos (cfr. Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso Edeval, 1976, pp. 241 y ss).

afectando, y a veces seriamente, otros aspectos de la vida individual y social mucho más valiosos que los que se pretende defender, no siendo la vida la excepción, puesto que como se dijo, casi todas las acciones del sujeto trascienden su propia individualidad y afectan a otros. Y como se concluía que la vida es el valor fundamental, parece no sólo absurda, sino además tremendamente injusta dicha situación.

En realidad, hay varios campos del actuar humano en que se pretende esta "desregulación" total, y en consecuencia, que las normas sólo vayan "despejando el camino" para su plena realización. Un campo en el que no se incursionará aquí es, por ejemplo, el de la ciencia. Basta con observar los actuales avances en el interesantísimo campo de la ingeniería genética, por ejemplo, para darse cuenta que al menos vastos sectores de la ciencia contemporánea no están dispuestos a aceptar limitación alguna para su labor, al punto que se estaría imponiendo el principio según el cual aquello que es posible hacer, debe hacerse. De alguna manera, aquí pareciera que todo uso de la libertad sí es indiferente, puesto que es cada uno el que decide qué hacer y qué no, en virtud de su "conciencia". E incluso, se percibe el efecto de esta división a la que aludíamos entre *res cogitans* y *res extensa*, porque se manipula al propio hombre como si fuera una simple cosa. Mas como la realidad se impone por sí misma, las amenazas que se proyectan en el horizonte no dejan, por regla general, a nadie impasible, lo cual lleva a concluir que la ciencia no puede, por lógica, quedar al margen de la moral y del Derecho.

Sin embargo, es otro el ejemplo que pretendemos dar, y a propósito, porque aquí se ve claramente cómo se pretende no sólo un "vacío moral" y también jurídico, sino a la vez cómo cada uno se considera absolutamente libre para darle el contenido que quiera a esta esfera de libertad, cómo no se está dispuesto, por regla general, a aceptar limitaciones de ninguna especie, ni de otros ni de la realidad, cómo la normativa ética y jurídica se utiliza sólo para sacar obstáculos del camino y cómo, por desgracia, no es tan fácil advertir los efectos negativos de este modo de proceder, al punto que se ponen en serio peligro valores mucho más importantes que los que se pretenden defender aquí. Ahora, esta dificultad para contemplar los resultados funestos de este modo de proceder no radica en que exista una particular complejidad en esta materia: en el fondo, y por mucho razonamiento lógico y práctico que se haga, el problema fundamental pareciera ser que en algunos sectores no se está dispuesto a aceptar la mínima posibilidad de estar equivocado, sencillamente, porque no coincide con los gustos y preferencias que se tienen, además de haber existido, por regla general, un acomodo de la conciencia a este modo de proceder, sea a nivel individual, sea a nivel colectivo.

5. Un caso práctico y polémico

El ejemplo que daremos, y que muestra claramente los profundos efectos, tanto a nivel individual como social (y por tanto, en el campo ético como en el jurídico), de los valores o ideales de vida que se van asumiendo, fruto del efecto que sobre nosotros mismos producen nuestras acciones, es el de la sexualidad.

En efecto, actualmente para muchos sectores la sexualidad es un campo en el cual no se acepta ningún tipo de injerencia que no sea la voluntad del propio sujeto. Es decir, se la pretende un sector en que se da este "vacío moral" al que se hacía referencia, apelándose a la "conciencia" de cada cual. Al mismo tiempo, la normativa, sea ética o jurídica, tiene vedada la posibilidad de limitar o dirigir esta esfera de autonomía, y si bien aún no se llega a una situación de absoluta libertad, las cada vez menores limitaciones que quedan van cayendo una a una. Además, esta normativa se utiliza precisamente como instrumento para dar mayor impulso a esta esfera de libertad, quitando todas las trabas y limitaciones posibles. Y como resulta evidente, los resultados de este modo de proceder afectan a otros y también al propio sujeto, y en muchos casos, a valores infinitamente más importantes que los de la sexualidad, no siendo la vida misma (requisito para el desarrollo de ésta) la excepción. Por último, existe aquí, tal vez más que en ninguna otra materia, una especial dificultad al momento de intentar demostrar estos efectos, porque por desgracia muchas veces no se está dispuesto a reconocerlos tal cual son, y se buscan todo tipo de argumentos para eludirlos.

El origen de este modo de proceder, como también se señaló, es la consideración del sujeto como un ser absoluta y totalmente autónomo, en el sentido más radical y profundo de la palabra: una mera *res cogitans*. De ahí que se considere que pueda hacer consigo mismo, de manera general, y con su sexualidad, de manera particular, todo lo que le plazca. Lo anterior se encuentra muy vinculado, por ejemplo, a las actuales teorías del "género", que apuntan a que no existe un orden natural en la sexualidad, y que ella emana absolutamente del propio sujeto, de su decisión. Es una sexualidad plástica, construida, que incluso faculta para hacer lo que se quiera con el propio cuerpo.

Ahora, como se ha dicho, es por este origen autónomo que no pareciera existir conciencia de los efectos que sobre la propia realidad, incluido el mismo hombre, acarrea este modo de proceder. Al revés, actualmente la técnica ha ido de la mano con este modo de pensar y actuar, proporcionando los medios necesarios para hacer aun más libre esta actividad. De

ahí el cada vez más intenso desarrollo de todo tipo de técnicas anticonceptivas, que pretenden precisamente darle la mayor autonomía posible.

En realidad, en este campo no sólo se ha ignorado cualquier eventual orden natural de las cosas, sino que se ha dado la situación contraria: la tecnología ha pretendido ir contra este orden natural, aminorar y, en caso posible, eliminar completamente al menos algunos de sus efectos, que pasan a ser considerados "efectos no deseados".

Dicho de otra manera: aquí sí existe un atento examen de la realidad, un estudio de los efectos propios de la sexualidad; pero no para intentar aprender de ellos, no para sacar las consecuencias de las cuales inferir algún patrón normativo a su respecto, sino exactamente para lo contrario: para "burlar" estos efectos, para "doblarle la mano" a la naturaleza, por decirlo de algún modo. Incluso da la impresión de que el hombre, al menos en este campo, se sintiera "prisionero" de la propia naturaleza, al punto de que pone todos sus esfuerzos en liberarse de semejante "opresión". Todo, como puede verse, con el fin de hacer su pura y sacrosanta voluntad.³³

En este caso particular, los esfuerzos han tendido a impedir o al menos a aminorar el efecto básico y final de la sexualidad: la procreación. El asunto ha llegado tan lejos, que incluso es posible intuir en ciertos sectores una actitud completamente hostil a la maternidad, una especie de rebelión contra el atributo más esencial y digno de la naturaleza femenina; o si se prefiere, y aunque parezca increíble, un cierto sentimiento de "envidia" respecto del varón, en algunas corrientes feministas, en cuanto que él no tiene que "asumir las consecuencias" de la sexualidad, esto es, de la nueva vida concebida.

Por lo mismo, no se es consciente (o no se quiere serlo) de los efectos que en el propio ser humano puedan tener estas nada insustanciales "modificaciones" que se introducen en el orden natural de las cosas, con lo cual, como se ha mencionado, se da la impresión de que "existiéramos en el vacío". Y esto no deja de ser paradójico, se insiste, si se considera que al mismo tiempo existe un poderoso despertar ecológico y además que en muchos sectores tiende a considerarse al hombre sólo como una parte más de la propia naturaleza, porque como también se advertía, él mismo no parece tener ningún "orden ecológico". Esto es, se exalta a la naturaleza, se aboga por una "vuelta a lo natural", pero si lo pensamos bien, no hay ningún uso más "antinatural" de la sexualidad que aquel que pretende, por vía artificial, eliminar sus efectos mediante la anticoncepción. Más

³³ Cfr. García-Huidobro, Joaquín; Massini, Carlos Ignacio; Bravo Lira, Bernardino, *Reflexiones sobre el Socialismo-Liberal*, Santiago, Editorial Universitaria, 1988, pp. 143-152.

aún: dadas así las cosas, este efecto natural de la sexualidad es visto incluso como una maldición, como un "peligro" que hay que evitar a toda costa, lo que no deja de tener otras consecuencias bastante graves, como se verá dentro de poco.

A la vez, como se decía también más arriba, puesto que se pretende que todo emane del propio sujeto, si antes existía algún tipo de reparos (de "remordimiento") en cuanto al uso de la sexualidad en varios sectores, fruto de perseverar en la misma conducta, se ha ido perdiendo este "aviso" de la conciencia, al haberse adormecido ésta. Y lo anterior ha ocurrido no sólo a nivel individual, sino también a nivel social o colectivo. Incluso se está asistiendo actualmente a la paradoja que este nuevo modo de concebir la sexualidad, en que se miran sus efectos naturales como una lacra y que por lo mismo se intentan evitar a toda costa, es considerado como lo "correcto". En efecto, hoy muchos sectores no conciben la sexualidad sin anticoncepción, al punto que se habla a su respecto de "sexo seguro". En consecuencia, la sexualidad realmente natural, aquella abierta a la procreación (su fin fundamental), es considerada casi como una maldición, un peligro, como "sexo inseguro", podría decirse, lo cual no puede estar en mayor desacuerdo con este despertar ecológico al cual se ha hecho referencia.

A tal punto llega el absurdo, que se daría la paradoja, a la luz de este enfoque, que todo el uso que se le ha dado a la sexualidad antes de la aparición de los anticonceptivos tendría que ser considerado un uso "irresponsable" de la misma.

Por igual motivo, es cada vez más difícil abordar este tema, porque se lo pretende un espacio "vacío" de cualquier normativa, sea jurídica o moral, salvo, como se dijo, aquella que la potencie más. Es por eso que la moral y el Derecho han sufrido, por decirlo en cierta manera, una "retirada" de esta materia, a la vez que ha existido una "regulación" a su respecto para dar cabida a situaciones nuevas.

En el fondo, esto arranca de nuevos "valores", entendidos como ideales de vida, proyectos vitales, que se han asumido, por regla general, en buena parte de nuestra sociedad. Si al mismo tiempo el Derecho y la moral se pretenden una mera construcción humana, emanada únicamente de su propio querer, no nos extrañemos que ellos sufran modificaciones nada despreciables en su contenido, y que por lo mismo, las consecuencias se acumulen ante nuestros ojos.

Lo que ocurre aquí es que al intentar separar la sexualidad de su finalidad última, cual es la procreación, se está buscando dicha sexualidad para otra

cosa, con otro fin. Este fin pareciera ser simplemente el placer que ella misma produce. De este modo, el gran placer que ella lleva implícito (que pretende facilitar la procreación), es puesto, en el fondo, como la finalidad de la sexualidad, como su razón de ser, y lo que en verdad es su objetivo último –la procreación–, como un efecto no deseado, como una maldición, casi como una “falla” de la naturaleza, lo cual se vincula a esta desvalorización de la maternidad, según se ha comentado.³⁴

Precisamente a esto apuntan los esfuerzos de la anticoncepción, de cuyos avances somos testigos casi a diario. Aun cuando también en muchos casos es posible darle otros usos (como la administración de hormonas, por ejemplo), no cabe duda que el leit-motiv fundamental, sea por vía química o mecánica, es separar lo que antes estaba unido por naturaleza, a fin de hacer un uso libérrimo de esta posibilidad del ser humano, en vista al placer que produce. Para esto se ha puesto una especial atención a la naturaleza, precisamente para burlarse de ella, sin tomar en cuenta los riesgos que se corren con esta conducta. Y al mismo tiempo se ha intentado modificar los cánones valóricos anteriormente existentes, a fin de dar la mayor libertad posible en esta materia, a la vez de facilitar el camino mediante esta misma normativa que se retira.

Sin embargo, dígase lo que se diga, la realidad está ahí, esperándonos. Los efectos de esta desregulación de la sexualidad son muchos y profundos. Con todo, y por razones de espacio, varios de ellos sólo se dejarán enunciados.

Un primer efecto evidente de este nuevo modo de enfocar la sexualidad, en que ella se justifica a sí misma por medio del placer que produce, es que toda forma de sexualidad será igualmente válida. Esto significa que la satisfacción del deseo sexual puede comprender a personas del mismo o de distinto sexo, lo cual, precisamente, ha ido de la mano con la retirada de la normativa ética y jurídica respecto de la homosexualidad. Más aún, como la labor normativa apunta a quitar los anteriores obstáculos, que pretendían impedirla o al menos aminorarla, actualmente se está asistiendo a una homologación, total en algunos casos, entre la relación hetero y homosexual. De ahí que se regulen este tipo de uniones e incluso se llegue a hablar de “matrimonio” a su respecto. Con todo, si realmente se trata de un campo que está más allá de la moral y del Derecho (al menos, de los tradicionales), si realmente es un comportamiento “neutral” o “vacío”, no cabe duda que la adopción de menores por parejas de esta especie se presenta como la consecuencia lógica a partir de estas premisas. Por igual

³⁴ A un argumento muy parecido, aunque referido al comer como actividad humana, llega Spaemann, R., “La naturaleza como instancia de apelación moral”, cit., pp. 356-360.

motivo, conductas que aún pueden llamar nuestra atención (“remorder”), como son la pedofilia, la zoofilia o incluso la necrofilia, no tienen, así las cosas, manera de ser consideradas “malas”, salvo cuando se fuerce a alguien, cuando se violenta su propia conciencia individual. En igual orden de cosas, limitaciones como la calificación cinematográfica, o la prohibición a ciertos grupos de personas (por lo general en atención a su edad) de espectáculos o lugares determinados, deja a la postre de tener cualquier sentido. Si la sexualidad, centrada en el placer que produce, es completamente artificial, plástica, “construida”, en realidad la conducta más coherente con este nuevo orden de cosas, con estos nuevos valores del “género”, es que el individuo inicie cuanto antes y con la mayor libertad posible su vida sexual, para muchos, al parecer, la razón última de la existencia humana.

Por igual motivo, la institución matrimonial, tal como era entendida de manera tradicional, sufre una evolución considerable. En efecto, si la sexualidad es abordada desde esta perspectiva, parece absurdo o incluso infundado tener que unirse a una persona por el resto de la vida, porque no siempre estará en condiciones de satisfacer las perspectivas sexuales de la otra, sin perjuicio que se esgriman también otros motivos para justificar esto. De ahí que el divorcio sea visto como un paso lógico, para intentar adaptar esta institución a los nuevos tiempos.

Mas el problema no termina aquí, porque con el actual enfoque de la sexualidad, el matrimonio acaba perdiendo en tal forma su fisonomía, que se lo hace extensible a personas del mismo sexo, según se ha comentado. El inconveniente es que de seguir así las cosas, no habría reparo para terminar con la monogamia e instaurar la poligamia, autorizar las uniones promiscuas, derogar las prohibiciones que impone el incesto o, llegando a un extremo, permitir las uniones entre hombres y animales (lo cual estaría en perfecta armonía con el despertar de sus “derechos”). Lo anterior también se vincula con un concepto distinto de “familia”, desligado de cualquier dato de la naturaleza. Con todo, si se diluye este concepto, cualquier cosa que se nos ocurra puede llegar a convertirse en “familia”, lo que de hecho ya está sucediendo.³⁵

Una segunda consecuencia, y de las más graves dentro de las varias que existen, es que si la sexualidad se justifica sólo o prioritariamente en cuanto al placer que ella misma produce (lo cual a su vez ha sido en parte posible y facilitado por la anticoncepción, sea ésta mecánica o química, que “burla” la naturaleza, impidiendo sus efectos normales), como la fina-

³⁵ Cfr. Corral Talciani, Hernán, *Familia y Derecho. Estudio sobre la realidad jurídica de la familia*, Santiago, Universidad de los Andes, Colección Jurídica, 1994, pp. 30 y 48-51.

lidad natural de la sexualidad es la procreación, por mucho que se la quiera impedir, no es nada improbable que las vallas que la técnica pretende colocar fracasen, no den resultado, esto es, que no impidan el surgimiento de una nueva vida.

El problema, se insiste, es que ha sido tan profundo el cambio de mentalidad frente a la sexualidad, al ser buscada ésta sólo por el placer que produce, que ello explica el notable cambio de actitud hacia el hijo, su producto natural. En efecto, para este modo de pensar, el hijo viene, en realidad, a arruinar las cosas, a impedir la libérrima manifestación del individuo en esta materia. Se convierte, paradójicamente, en un peligro que hay que evitar a toda costa, en una verdadera maldición, e incluso, hasta casi en una "falla" de la propia naturaleza, que ha cometido el "error" de unir la sexualidad con la procreación.

Es por eso que la salida ante este "entuerto" aparece bastante clara: el aborto. Como en muchas ocasiones el hijo llegará de todos modos, por muchos medios que se pongan para evitarlo, de acuerdo a esta mentalidad, no queda otra vía que el aborto, esto es, poner fin a la vida de ese nuevo ser humano inocente. Por tanto, la mentalidad abortista es una clara consecuencia de la previa mentalidad anticonceptiva. Al haberse cambiado de tal forma la manera de comprender y utilizar la sexualidad, el aborto, antes considerado un crimen (y regulado por el Derecho), pasa a ser, curiosamente, una prerrogativa, un derecho, un uso más de la propia libertad.

Tal vez aquí radique una de las mayores pruebas de cómo, por regla general, el Derecho tiene, al menos en parte, un carácter instrumental, esto es, que puede ser utilizado para varios fines, dependiendo de las valoraciones que existan como telón de fondo en una sociedad determinada. Es decir, los valores, las aspiraciones de un buen sector de la sociedad han cambiado a tal punto, que lo que antes era considerado un crimen, pasa a ser ahora lo correcto, un derecho, y su no "reconocimiento" es lo que pasa a ser considerado, a su vez, un crimen.

Por lo mismo, no es cierto, como suele escucharse, que aumentando la dotación de anticonceptivos disminuya el número de abortos. En realidad, es al revés: mientras más anticoncepción, más abortos. El problema radica no tanto en los mecanismos que se utilizan, como se ha dicho, sino en la mentalidad con que se hacen las cosas.

En efecto, la sexualidad anticonceptiva, que se cree "segura", de manera inevitable acaba incrementando su actividad, esto es -y tal como lo mues-

tran las estadísticas–, existe un aumento de la promiscuidad. Y no es raro, porque precisamente era el peligro del hijo lo que muchas veces mantenía a raya una posible infidelidad; ahora, como ese peligro se cree superado –y también se ha debilitado la institución matrimonial–, se hace un mayor uso de la sexualidad. De hecho, como lo que se busca es sólo el placer, se piensa que mientras más parejas distintas se tengan (de igual o diverso sexo), más placer se obtendrá. Pero al aumentar la actividad sexual (a lo que parecieran apuntar, precisamente, las actuales campañas de educación sexual), puesto que los mecanismos anticonceptivos fallan, habrá de manera inevitable, más embarazos no deseados, como también muestran las estadísticas. Y como se ve por la experiencia de otros países, algunos desarrollados, como por ejemplo Inglaterra, el problema no ha hecho sino aumentar, pese a que cada vez existen más anticonceptivos, mayor acceso a los mismos (al punto que pueden ser entregados a las jóvenes sin autorización y ni siquiera conocimiento de sus padres) y mayor información para saber cómo usarlos.³⁶

Se insiste que el problema es la mentalidad con la que actualmente se está abordando la sexualidad. Pero como hay que intentar encontrar justificación a las cosas (y en parte, acallar esa conciencia, que a veces se demora bastante más en adormecerse de lo que nos gustaría), se intenta eludir el problema casi por cualquier medio. Como se dijo, lo más grave es la legalización (e incluso financiamiento) del aborto en cualquier circunstancia, en muchos países. Si bien siempre se ha partido con el tema del “aborto terapéutico”, lo cierto es que esa ha sido sólo la excusa para introducir el aborto, primero con causales (que muchas veces nadie puede siquiera controlar), para posteriormente darle plena cabida, incluso por considerar que cualquier aborto es “terapéutico”, entendido que la “salud” de la madre se ve afectada simplemente por el hecho de “no desear” dicho embarazo.

Por igual motivo, se intentará por todos los medios quitarle el estatuto de persona al embrión, en alguna o incluso en todas sus etapas de desarrollo. De ahí, por ejemplo, la actual discusión de cuándo comienza el embarazo, si en la concepción o en la anidación. En realidad, una vez que se ha metido mano en este reconocimiento del estatuto de persona (precisamente por pasar del auténtico “reconocimiento” al simple “otorgamiento” de dicha calidad, dependiendo del querer y de las conveniencias), van surgiendo todo tipo de teorías que inevitablemente conducen a reducir los

³⁶ En realidad, el único método completamente seguro para evitar la procreación, usando a destajo la sexualidad, es la esterilización. Con todo, se está tratando a la capacidad generativa del ser humano como una enfermedad, como un tumor o quiste que hay que extraer, casi como una falla de la propia naturaleza, lo que no puede ser más absurdo. Una prueba más de la división entre *res cogitans* y *res extensa* a la que se hacía referencia.

cada vez menores reparos éticos y jurídicos que para muchos ocasiona un aborto. De ahí que se asista a una completa devaluación del embrión y del feto por muchas vías, pero que apuntan, fundamentalmente, a la falta de desarrollo en algún aspecto suyo que en ese momento es tomado por fundamental (sistema nervioso, figura, sentidos, capacidad de sobrevivir fuera del vientre materno, etc.), con lo cual se está haciendo depender el ser del tener, la sustancia de un accidente.³⁷

Mas, de ser plenamente consecuentes con estas premisas, no habría tampoco motivo alguno para condenar el infanticidio, por ejemplo. Desde el momento en que la calidad de persona deja de ser algo "reconocido", para convertirse en algo solamente "otorgado", da lo mismo cuándo sea "otorgada" esta prerrogativa, porque en el fondo hemos arribado al reino de la fuerza, de la imposición de unos sobre otros.³⁸ Es por eso que cada vez se oye con más frecuencia la diferencia entre hijos (o embarazos) "deseados" y "no deseados". Lo cual no deja de ser paradójico (y patético), si al mismo tiempo se aboga por la igualdad de todos los hombres, condenándose las discriminaciones por posición social, riqueza o sexo en razón de su injusticia, puesto que aquí se está introduciendo una desigualdad mucho más radical entre seres humanos, que hace que unos valgan tanto más que otros, que los menos valiosos resultan "prescindibles". O dicho de otro modo, la dignidad humana se hace depender de un querer, lo que no puede sino guardar absoluta relación con esta moral "construida" a la cual se ha hecho referencia.

De ahí que se asista hoy a la propagación de los llamados "derechos sexuales y reproductivos", en que el aborto y el acceso a la anticoncepción de todo tipo son vistos como una prerrogativa fundamental del ser humano. Lo anterior, incluso si con estos nuevos "derechos" se atenta contra el más básico y elemental de ellos: el derecho a la vida.

Esto no deja de ser paradójico, se insiste, en esta época, que se vanagloria del respeto del derecho a la vida (por ejemplo, aboliendo la pena de muerte), y que a la vez se preocupa de otros derechos "fundamentales" (muchos de los cuales no lo son, ciertamente) a costa de la vida de algunos de sus miembros. Esta es, se insiste, una de las consecuencias más graves del problema que estamos abordando, y que dejamos en parte para las conclusiones.

³⁷ Cfr. Massini, Carlos; Serna, Pedro, "Introducción", a Massini, C. I.; Serna, P., (Eds.), *El derecho a la vida*, cit., p. 16; Massini, C., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., pp. 209-215; Possenti, V., "¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano", cit., pp. 123-128.

³⁸ Cfr. Serna, P., "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", en Massini, C. I.; Serna, P., (Eds.), *El derecho a la vida*, cit., pp. 23-79.

Una tercera consecuencia apunta a que si la sexualidad ha perdido su cauce, la procreación misma se verá fuertemente afectada. Aquí el problema es múltiple, pero sólo se comentarán algunos aspectos.

Tal vez el mayor de todos sea el descenso demográfico que presentan varios países desarrollados y no tan desarrollados, en particular en Europa. No cabe duda que existen otros factores, pero también no hay que ser muy suspicaz para darse cuenta que esta alteración de la sexualidad (y de la familia) ha contribuido, y no poco, a esta situación. Y aquí es donde se da, como en otras ocasiones, este fenómeno que también comentábamos: el de no estar dispuestos a ver los reales efectos de este modo de proceder. Resulta evidente que una población que no se reproduce lo suficiente está extinguiéndose, está aniquilándose a sí misma. Ya se alerta hace tiempo de los problemas que esto representa para el Estado de Bienestar, puesto que la economía tiene sus reglas, o si se prefiere, la magia no existe. En parte, este inconveniente se intenta paliar mediante la inmigración, lo cual, de paso, no deja de tener otros efectos negativos.

Sin embargo, lo más llamativo es que Europa sobre todo pareciera no darse cuenta de que está cavando su propia tumba. Algo similar a lo que preveía Marx respecto del capitalismo, cuando señalaba que de manera inevitable el proletariado se levantaría contra la burguesía, sencillamente porque la situación se tornaría intolerable. Aquí sí que la situación parece no tener salida (a diferencia de lo previsto por Marx, que, como se sabe, no se cumplió), a menos que se considere una "salida" el reemplazo de la población autóctona de Europa por otra foránea, que pasará a tomar su lugar (y que no deja de tener cierta analogía con la predicción marxista, si consideramos a la población europea como la "burguesía" y a la extranjera como el "proletariado", lo cual, curiosamente, no está tan alejado de la realidad). En el fondo, esto es una especie de suicidio cultural, el ocaso de una civilización, que ya no tiene la fuerza suficiente para seguir viviendo, y viene a ser reemplazada por otra.

Por si las dudas, en el anterior razonamiento no existe ningún sesgo racista: es sencillamente la constatación de un hecho, del reemplazo de una población por otra (por algo se está hablando de "Eurabia" al referirse a Europa: la Europa árabe). Y este es un efecto que ya se comienza a vislumbrar, y una muestra de cómo nuestras acciones, incluso las más íntimas, terminan teniendo un efecto sobre nosotros mismos, aun cuando este efecto se demore en llegar, como en este caso. Piénsese, por ejemplo, en lo que ocurrirá en algunos años más, cuando en varios países (como Francia o Alemania) la población autóctona sea minoría en su propio país, y la mayoría, de origen extranjero, tenga plenos derechos civiles y políticos.

Para ir terminando estas reflexiones, sólo se dejará constancia de otros dos problemas que aquí sólo quedarán planteados, con un breve comentario.

El primero es el de las enfermedades de transmisión sexual, siendo el caso más patético, el del sida. Si se piensa bien, el sida es una enfermedad de difícilísimo contagio (al punto que se habla a su respecto de "transmisión"), porque una de fácil contagio lo hace por otros mecanismos (como la vía aérea, por ejemplo). Sin embargo, este mortal flagelo se está transmitiendo a una velocidad pavorosa, pese a todos los anticonceptivos que se reparten por doquier, pretendiendo que en ellos está la solución a este mal. Y lo mismo puede decirse respecto de las restantes enfermedades de transmisión sexual.

¿Qué es lo que parece ocurrir? Sencillamente, que fruto de esta alteración del uso natural de la sexualidad, que ha conducido a una enorme promiscuidad, la realidad se ha visto de tal manera violentada, que sus efectos nos golpean, lo queramos o no. O si se prefiere, esto podría ser muy bien considerado un "desequilibrio ecológico" de la sexualidad. Ha tenido que pasar tiempo para que el hecho llegara a nosotros, pero parece que se necesita más tiempo para querer darse cuenta del real problema y de que por el actual camino no estamos haciendo otra cosa que empeorar las cosas.

Por último, está el problema de la reproducción artificial. De alguna manera, lo que el hombre ha separado, lo que estaba unido por la propia naturaleza (sexualidad y reproducción), se intenta controlar por otros medios artificiales. La manipulación del ser humano por medio de las técnicas de reproducción asistida abre todo un nuevo problema ético y jurídico, que cada vez se hace más acuciante, y que la bioética parece incapaz de resolver, hasta que deje de considerarse al hombre como este ser autónomo a ultranza ni a la ética, por consiguiente, como algo absolutamente construido por nosotros mismos. No sólo existen dificultades asociadas a la fecundación in vitro, sino además, relacionadas a los embriones congelados, a la manipulación genética, a las células madre o estaminales, a la clonación y quién sabe cuánto más que aún no logramos vislumbrar.³⁹

En todo caso, esto no hubiese sido posible, al menos en parte, sin la irrupción de la mentalidad abortista. En efecto, desde el momento en que se devaluó al embrión, al punto de no considerarlo un ser humano, se abrió la puerta para todo esto; lo cual es lógico, porque si el embrión deja de tener el estatuto de persona, pasa a ser un simple "objeto", manipulable a

³⁹ Cfr. Serna, P., "La reproducción asistida", en *Revista Clínica Española*, vol. 203, extraordinario N° 1, marzo 2003, pp. 60-66; Serna, P., "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", cit., p. 28.

voluntad. Y aunque existan en un principio las mejores intenciones, ya no es posible, así las cosas, decirle “no” a una serie de otras prácticas que por ahora –aunque no sabemos hasta cuándo– hieren nuestra conciencia. Por igual razón, hoy se está haciendo cada vez más común oír hablar del “derecho” al hijo, sin considerar que sólo pueden tenerse reales “derechos” sobre las cosas, no sobre las personas.

De alguna manera, el hombre se ha cosificado a sí mismo, se ha convertido, al menos en ciertos momentos de su vida, en una simple *res extensa*, sin que exista una *res cogitans* independiente, y en realidad, esta última viene a ser un resultado de la primera. Despojado así el hombre de cualquier distintivo respecto del resto de la naturaleza, no es de extrañar que él mismo sea utilizado como un elemento más de ella.⁴⁰

Se insiste, la problemática es bastante más amplia, y los casos que se han tocado aquí apenas han sido abordados. Con todo, se puede concluir que la moral humana es sistémica, esto es, que constituye un todo. De esta manera, si se afecta una de sus partes, se la terminará alterando en su totalidad. No otra cosa es lo que pareciera explicar cómo a partir de la deformación de la sexualidad, las consecuencias se van ramificando hacia áreas que en un principio se creían independientes de ella. O dicho de otro modo: parece imposible seguir siendo “los mismos”, si un campo tan fundamental para el hombre como el de la sexualidad es “sacado de la ética”, como se pretende, porque ello equivale a replantear por completo dicha ética, cuando no una verdadera autodestrucción de la misma, motivada por su carácter autónomo y voluntario, puesto que así “no obliga” realmente.

De lo que no queda ninguna duda es de los efectos de nuestras propias acciones, que se acumulan ante nuestros pies, y de cómo estos nuevos valores, contruidos por nosotros, afectan a la moral y al Derecho vigentes, aun a costa de la realidad más elemental. Por lo mismo, es una muestra de cómo la sexualidad se está convirtiendo en un terreno en el cual es cada vez más difícil alzar la voz, puesto que aun con todo lo que se ha comentado hasta aquí, en muchos casos no estamos dispuestos a aceptar estas evidencias, y actuamos lisa y llanamente como si no existieran. Por eso se ha dicho que es como si el hombre quisiera conformar su propia realidad, ser su propio dios.⁴¹

⁴⁰ Cfr. García-Huidobro, J.; Massini, C.; Bravo, B., *Reflexiones sobre el Socialismo Liberal*, cit., p. 56; Possenti, V., “¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, cit., pp. 116-127.

⁴¹ Cfr. García-Huidobro, J.; Massini, C.; Bravo, B., *Reflexiones sobre el Socialismo Liberal*, cit., p. 117; Serna, P., “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, cit., pp. 23 y 47.

6. Algunas conclusiones

Llegados hasta aquí, la verdad es que no puede dejar de sentirse una profunda desolación por lo que hemos venido comentando. Sin embargo, son simplemente las constataciones realizadas, los fenómenos observados. Tal vez la clave de esta cuestión radique, en el fondo, en sabernos limitados, finitos, lo cual conlleva que estamos inmersos en una realidad que no hemos creado, sino de la cual sólo somos partícipes y de la que no podemos escapar. O si se prefiere, más que un problema intelectual, pareciera que se trata de uno atingente a la voluntad, al querer: en otras palabras, a estar dispuestos a aceptar los datos, la realidad misma, o si se prefiere, la verdad de las cosas, nos gusten o no, nos convengan o no. De lo contrario, no estamos haciendo más que engañarnos a nosotros mismos, y en el fondo no estamos dispuestos a llegar a la verdad última de la cuestión. Curiosa "verdad" sería aquella que sólo estuviésemos dispuestos a aceptar si concuerda con nuestros deseos.

Y de ser auténticos, no cabe una postura distinta a aquella que defiende la vida humana inocente como valor fundamental. Teniendo claro esto, es posible tener un punto de apoyo lo suficientemente sólido para construir una ética y un Derecho mínimos que permitan de verdad la mutua convivencia, respetándonos todos, al reconocer nuestra esencial igualdad.

Dicho de otro modo: si realmente somos auténticos con el genuino espíritu y práctica de los derechos humanos (y en particular, del derecho a la vida), constituye un requisito esencial e inamovible tomar como punto de partida la esencial igualdad del género humano. O si se prefiere, siguiendo a Spaemann, a reconocerle a todo individuo, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición, no sólo su carácter de ser humano y persona (que coinciden), sino además su carácter de titular de estos mismos derechos humanos. Es decir, que si realmente creemos en estos derechos humanos, esto obliga a reconocérselos a todos, por el sólo hecho de pertenecer a la especie homo sapiens. Por lo mismo, cualquier tipo de limitación a la vida (temporal, por razones de salud, etc.) resultará siempre y sin excepción, completa y absolutamente ilegítima.

En realidad, el razonamiento de Spaemann es más profundo, porque para la subsistencia misma de los derechos humanos es imprescindible que nadie, ni siquiera una mayoría, pueda estar en condiciones de desconocer dichos derechos de cualquier individuo de la especie humana. Al revés, si algunos se sintieran con la atribución de determinar quiénes "tienen" derechos humanos y quiénes no, habríamos terminado con esta noción de raíz. En consecuencia, si realmente son lo que son estos dere-

chos –al menos en su manifestación más básica, cual es el derecho a la vida–, requieren de un cierto carácter “intocable”, “absoluto” o “indisponible”, incluso para su mismo titular. En caso contrario, terminan siendo una farsa, una imposición de los fuertes sobre los débiles, a lo sumo, unos “edictos de tolerancia revocables”,⁴² con lo cual de “derechos humanos” sólo les queda el nombre.⁴³

En consecuencia, si somos realmente coherentes con los derechos humanos, y siendo la vida el primero y más fundamental de ellos, la vida inocente es, por lo mismo, intocable y no admite excepciones o grados. Por igual razón, cualquier actividad que atente gravemente contra ella, por muy justificada que se encuentre por la moral y el Derecho, “construida” de un momento dado, será siempre ilegítima, injusta, no debida. Es por eso que los actualmente llamados “derechos sexuales y reproductivos” no pueden bajo ninguna circunstancia ser considerados auténticos derechos humanos.⁴⁴

Esto conlleva un cambio radical en nuestro modo de pensar y de obrar. Puede parecer una quimera, pero aparentemente no tenemos otra salida, si en verdad queremos seguir conservando y siendo coherentes con los auténticos derechos humanos.

En realidad, la razón es más profunda, porque aun si no hubiese existido este concepto, que fue acuñado por la Ilustración (bajo la denominación “derechos del hombre”), en último término es la realidad misma la que clama por el respeto de sus reglas, de su modo de ser, o si se prefiere, la que tiene carácter normativo, siendo por ello un límite a nuestro querer. Tozuda realidad, sin duda alguna, que no se deja engañar, y que frente a nuestros intentos por burlarnos de ella, no perdona nunca.

⁴² Spaemann, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en Massini, C. I.; Serna, P., (Eds.), *El derecho a la vida*, cit., p. 82.

⁴³ Cfr. *ibíd.*, pp. 98 y ss; Spaemann, R., “La naturaleza como instancia de apelación moral”, cit., pp. 362-363; Serna, P., “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, cit., pp. 23-79, 29 y 63-64; Serna, P., “Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo”, cit., p. 311; Massini, C., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., pp. 214-215 y 225-226.

⁴⁴ Cfr. *ibíd.*, pp. 218-225; Spaemann, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, cit., pp. 87-88; y por negación, Massini, C.; Serna, P., “Introducción”, a en Massini, C. I.; Serna, P., (Eds.), *El derecho a la vida*, cit., pp. 13-14.



Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia

Luz Bulnes Aldunate

Ex Miembro del Tribunal Constitucional
Profesora Titular de Derecho Constitucional
UNIVERSIDAD DE CHILE

El Capítulo Primero de la Constitución de 1980 lleva el nombre de “Bases de la Institucionalidad” y reemplaza al primer capítulo de la Constitución de 1925, que tenía el título de “Estado, Gobierno y Soberanía”.

Este capítulo distingue a la Constitución actual de las cartas políticas anteriores, ninguna de las cuales se iniciaba enunciando principios de carácter doctrinario, filosófico y jurídico que inspiran todo el texto y le dan a esta Ley Fundamental un carácter valórico que la apartan de la neutralidad ideológica propia de las Constituciones de corte clásico liberal.

Los antecedentes más inmediatos de este capítulo son el Acta Constitucional N° 2, conocida con el nombre de “Bases Esenciales de la Institucionalidad” y el Preámbulo del Anteproyecto que redactó la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que se distinguía por tener un fuerte contenido ideológico.

El Consejo de Estado se opuso a la idea de que el texto constitucional se iniciara con un Preámbulo, por las dudas que podían surgir sobre su fuerza normativa y su carácter de fuente formal, por ello lo eliminó e incorporó sus principios al capítulo primero de la nueva carta política.

Prevaleció la idea de iniciar el texto constitucional con una declaración de los principios que lo inspiraban y para darle mayor fuerza normativa éstos se incorporaron al propio cuerpo normativo. Desaparecieron así todas las dudas que podían existir sobre si los principios del capítulo primero eran meramente programáticos o si eran obligatorios e inspiradores de todo el régimen constitucional.

Las Bases de la Institucionalidad son principios jurídicos que sirven de fuente orientadora tanto al juez como al legislador cuando interpretan o aplican algún precepto constitucional, les fijan un marco para cumplir su misión y crean también un límite al poder político.

Refiriéndose al artículo primero de este capítulo, Enrique Evans nos dice: "hemos insistido al presentar los incisos matrices de este artículo, que se trata de preceptos constitucionales, vale decir, normas de conducta para gobernantes, legisladores y jueces. No son meras declaraciones de principios, de los que se pueda prescindir en razón de otros preceptos constitucionales. Por el contrario repetimos, en caso de conflicto entre los incisos del artículo primero y otra normativa constitucional deben primar aquéllos por su carácter de preceptos rectores fundamentales".¹

Estos principios tienen por su carácter de rectores una gran importancia en el proceso de creación y transformación de las normas constitucionales y en la labor del juez, quien como intérprete los puede aplicar directamente en las resoluciones que adopte.

Día a día se observa como el gran debate de nuestros tiempos son los problemas de carácter valórico, dejando atrás y sustituyendo muchas veces a lo político y a lo económico, que en cierta medida han alcanzado un consenso en la sociedad actual.

Es de interés entonces precisar los conceptos del capítulo primero de nuestra carta política, especialmente si se trata de principios incorporados por vez primera a un texto constitucional y analizar cómo han sido interpretados al aplicarse tanto por la justicia ordinaria como por la jurisdicción constitucional.

¹ Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales*, tomo I, página 24.

Importancia del Capítulo Primero: la portada de la Constitución

El Capítulo Primero de la Constitución de 1980 ha sido llamado la portada de la Constitución, pues contiene los valores en que se inspira todo el texto, de ahí que para una debida interpretación de él y del texto constitucional es menester precisar el sentido y alcance de los conceptos contenidos en dicho acápite, como también su origen, y estudiar, además, cómo se ha aplicado.

Las Bases de la Institucionalidad se definen como “los principios, ideas, valores e inspiraciones fundamentales que orientan el proceso de creación y transformación del Derecho Constitucional² y conjuntamente con el Capítulo III, de los “Derechos y Deberes Constitucionales”, constituyen el pilar básico sobre el que se construye la estructura jurídica de ésta.

Como sostiene el destacado constitucionalista Alejandro Silva Bascuñán, en su *Tratado de Derecho Constitucional*, que el que comenta o el que aplica la Constitución no puede prescindir al definir el sentido y alcance de cualquiera de sus preceptos del vigor que mantiene en cada instante y respecto de toda materia el Capítulo I.

“La Constitución no es, pues, un conjunto de artículos yuxtapuestos, sino que todos ellos forman un sistema, de modo que la tarea hermenéutica tiene que considerar en todo momento la lógica sustentada en el contexto y sintetizada en el centro definidor del capítulo primero”.³

El carácter obligatorio o fuerza normativa de los principios contenidos en el Capítulo I de nuestra Carta Política lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al decir:

“que estos preceptos no son meramente declarativos, sino que constituyen declaraciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas como también en cuanto normas rectoras y vitales que ayudan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”.⁴

² *Manual de Derecho Constitucional*, E. Pfeffer. Tomo I, pág. 201.

³ *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV. Alejandro Silva Bascuñán.

⁴ Tribunal Constitucional, rol número 46, 21 de diciembre de 1987.

El carácter valórico de la Constitución de 1980

Los artículos primero y quinto del texto constitucional nos muestran claramente cómo el nuevo cuerpo legal incorpora principios propios del jusnaturalismo cristiano junto a otros nacidos de las tendencias constitucionales contemporáneas.

El carácter valórico del capítulo que comentamos lo ha destacado el Tribunal Constitucional al decir:

“que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales, cabe señalar, por su íntima relación con el problema que se analiza, los siguientes: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la persona humana y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea, sino que los “reconoce y asegura”, que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección, debiendo destacarse en la especie “la seguridad y certeza jurídica”, que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la persona humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a la norma jurídica que establece la pena”.⁵

Esta posición de la justicia constitucional se ha manifestado como una constante en su línea jurisprudencial y así podemos agregar a lo anterior lo siguiente:

“que el artículo 1º de la Carta Fundamental constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”.⁶

El Tribunal Constitucional ha mantenido en el transcurso de los años esta misma interpretación respecto a la importancia del capítulo 1º de la Constitución de 1980.

Además este órgano constitucional, al interpretar el artículo 19 número 21 de la Carta Política, relativo a la libre iniciativa privada, ha expresado que

⁵ Tribunal Constitucional. Rol 46, considerando 19.

⁶ Tribunal Constitucional. Rol 53, considerando 12.

esta disposición es una expresión de los contenidos filosóficos y jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.⁷

No todos los principios constitucionales del capítulo primero tienen la misma inspiración. Es evidente que las ideas del constitucionalismo clásico, como son por ejemplo el gobierno republicano y democrático y la soberanía popular, tienen su origen en nuestra tradición jurídica y en las Constituciones anteriores a la actual. Sin embargo, hay nuevos principios y valores propios del jusnaturalismo cristiano y del constitucionalismo de post-guerra que están hoy consagrados en la carta que nos rige y que son el fruto tanto de una filosofía distinta a la que inspiraba las Constituciones que precedieron a la actual, como a nuevas tendencias establecidas en las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX.

Entre los nuevos principios podemos citar la dignidad de las personas, la subsidiariedad del Estado, su finalidad y servicialidad, la regulación del terrorismo, el reconocimiento de un derecho supranacional y principalmente asegurar los derechos esenciales de las personas y establecer garantías que los protegen y resguardan.

No debemos olvidar que las Constituciones que surgen después de la guerra son una reacción contra las atrocidades que atentaron contra la vida y la dignidad de las personas.

De allí que el principio de la dignidad de las personas pasa a tener una gran relevancia y a sustentar los derechos que se les aseguran.

La Constitución pasa a ser la real garantía de los derechos, por lo que hoy se habla del Estado Constitucional de Derecho.

Hay quienes han querido ver en el Capítulo I de la Constitución una fórmula transaccional entre las corrientes jusnaturalistas, liberal y socialista, que restaría importancia a principios como el de la subsidiariedad.⁸

Es indudable que en la elaboración de todo texto legal siempre tienen importancia y tienden a destacarse las experiencias vividas y la historia política, lo que podría sustentar esta tesis.

⁷ Tribunal Constitucional. Rol 146, considerando 9.

⁸ *Revista de Derecho Público*, volumen 62, "Principios constitucionales del Estado Empresario", Pablo Ruiz Tagle.

Respecto de los principios reconocidos en el Capítulo Primero de la Constitución es incuestionable que los que participaron en su elaboración jamás quisieron apartarse de los principios del constitucionalismo clásico inspirados en la filosofía liberal, como son el gobierno republicano, el principio democrático, el imperio de la ley, la supremacía constitucional, el concepto de soberanía y el reconocimiento de los derechos.

Pero del estudio del origen del texto, y como ha sido interpretado por el órgano constitucional, aparece claro que junto con la consagración de los principios clásicos se incorporó una nueva filosofía inspirada esencialmente en el jusnaturalismo cristiano y en ciertos principios contemporáneos del constitucionalismo, muy alejados de las concepciones socialistas, lo que nos impide a nuestro juicio utilizar esta ideología como elemento de interpretación.

De lo expuesto aparecen claras ciertas conclusiones:

- a) que el Capítulo I de la Constitución que nos rige es obligatorio y tiene fuerza normativa;
- b) que contiene los principios y valores en que se inspira todo el texto;
- c) que a los principios del constitucionalismo clásico se han agregado conceptos propios del jusnaturalismo, como es el de reconocimiento de la dignidad de las personas, y además tendencias constitucionales contemporáneas;
- d) que estos principios vinculan al legislador en su labor de creación y transformación de las normas constitucionales, y
- e) que igualmente vinculan al juez en su labor de intérprete y que por su carácter jurídico y consagración constitucional los puede aplicar directamente.

Aplicación de principios constitucionales consagrados en el artículo 1º del Capítulo I de la Constitución de 1980

Un nuevo principio constitucional, la dignidad de las personas:

Nuestros tribunales de justicia y el Tribunal Constitucional al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento han aplicado directamente, como sustento de sus sentencias, principios constitucionales, consagrados en el

artículo primero del capítulo de las Bases de la Institucionalidad, de ahí el interés de precisar estos conceptos, muchos de ellos nuevos en una Constitución Política chilena.

Entre éstos cabe destacar como de singular importancia el artículo 1º, que establece:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Los conceptos de igualdad y libertad han sido definidos y aplicados por los tribunales chilenos a través de nuestra historia constitucional, en cambio el concepto de dignidad es nuevo y aparece por primera vez en el actual ordenamiento constitucional.

La doctrina constitucional nos muestra las dificultades que han tenido los juristas para alcanzar una definición del concepto de dignidad humana o dignidad de la persona.

En general los autores cuando se refieren a él lo entienden como el respeto que merecen las personas por su propia naturaleza que las distingue como tales.

“La dignidad de la persona significa, pues, la que se debe a la persona por su calidad de tal y, si se quiere darle un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal. El respeto de esa dignidad es por consiguiente la base del Derecho, y un Estado de Derecho significa no sólo que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sino que este ordenamiento jurídico debe realizar lo que es adecuado para que la persona tenga su plena dignidad y pueda desarrollar libremente su personalidad”.⁹

A raíz de la Segunda Guerra Mundial el concepto de dignidad o dignidad de la persona aparece con fuerza vinculante en el mundo jurídico.

En diciembre de 1948 la Asamblea General de Naciones Unidas, reunida en París, daba a luz la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y dejó constancia en su Preámbulo...“que el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la Humanidad”; y “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, prescribe, en su artículo 1º, que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

⁹ Jornadas Chilenas de Derecho Público, Tomo I, L. Sanchez Agesta, citado por L. Ríos, pág. 50

En términos casi idénticos encontramos esta declaración en la mayoría de los Pactos Internacionales y en las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX.

En la doctrina constitucional chilena hay también precisiones de este concepto:

“La dignidad humana es consustancial a la vida humana y, por lo tanto, es un atributo que pertenece sólo a las personas naturales a causa de la existencia única e irrepetible de cada individuo.

Esta dignidad es la importancia que se concede a un ser, con independencia de la forma como se comporta. Ni siquiera un comportamiento indigno priva a la persona de alguno de los derechos que le son inherentes en cuanto a tal”.¹⁰

A los conceptos anteriores podemos agregar que la dignidad es el tratamiento que debe darse a las personas por su naturaleza, con independencia de cualquier otro factor, y así ha sido reconocido por los Pactos Internacionales y las Constituciones posteriores a la segunda guerra.

El término dignidad se utiliza por el constitucionalismo moderno principalmente a partir de la Constitución de Bonn de 1949, cuyo artículo 1 inciso primero dice: “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.¹¹

Tiene importancia la precisión del concepto de dignidad, pues desde que se ha consagrado constitucionalmente se puede sostener que este término es un concepto jurídico que puede aplicarse directamente por el juez.

Sobre el particular el profesor Eduardo Soto ha sostenido: “la dignidad del hombre, de todo ser humano, de toda persona, es, pues, un concepto jurídico que la Constitución, el Derecho Fundamental, ha juridizado y, por ende, directamente aplicable, operativo de suyo y que obliga a todo órgano estatal”.¹²

Coincidimos plenamente con la opinión citada y este criterio se desprende también de sentencias tanto de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago como del Excmo. Tribunal Constitucional de Chile.

¹⁰ Sergio Diez Urzúa, *Personas y Valores*, pág. 40.

¹¹ Constitución de Bonn, artículo 1 inc. 1º; Constitución española de 1978, artículo 10.1, concepto de dignidad. Constitución italiana, artículo 3.

¹² *Derecho administrativo*. Tomo I. Eduardo Soto Kloss, pág. 72.

Corte de Apelaciones de Santiago:

La ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver un recurso de protección sometido a su conocimiento, aplicó directamente principios constitucionales, como es la dignidad de la persona humana.

Por sentencia de septiembre de 2003 dictada por la sexta sala de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago y redactada por el abogado integrante y profesor de Derecho Constitucional, Emilio Pfeffer Urquiaga, se acogió un recurso de protección interpuesto contra la Isapre Colmena Golden Cross S.A. por haber rechazado la solicitud de afiliación a dicha institución de Sergio Arturo Palma Bravo, no vidente, quien pidió que se le incorporara al contrato colectivo que la institución privada de salud mantenía con los empleados del Banco Santander, donde se desempeñaba el recurrente.

El recurso de protección se acogió y se declaró arbitrario e ilegal el acto de la Isapre.

“Que se sigue de lo señalado que el acto arbitrario e ilegal atribuido a la Isapre se hace consistir en la negativa de ésta de aceptar la solicitud de afiliación del recurrente ya en trámite, en primer término, por no haberle aquélla expresado una causa o motivo para su rechazo, y en segundo lugar, porque debiendo justificar su decisión, la extemporáneamente esgrimida carece de razonabilidad y justificación”.¹³

“Que si bien el Sistema Privado de Salud se sustenta sobre la base del principio de la libertad o autonomía en cuanto a la decisión de contratación, lo que implica que no es jurídicamente posible obligar a una institución a vincularse con un persona determinada, si ésta no es su voluntad, tal autonomía no puede ser ejercida, acogida que fuere a tramitación una solicitud de afiliación, si por la falta de respuesta o la carencia de fundamento racional de ella se degradan valores y principios constitucionales”.¹⁴

“Que un proceder como el descrito carece de razonabilidad, hiere el mínimo respeto y consideración de quien de buena fe acogió la convocatoria que, con especial celo, atendida la naturaleza de la institución de que se trata –encargada de la protección de la salud de las personas– ésta debe cautelar. Siendo así, su resolución –inmotivada e inoportuna– erosiona un valor central del orden constitucional: la dignidad humana”.¹⁵

¹³ Considerando 4º Corte de Apelaciones de Santiago, 2003. Rol 4594-03.

¹⁴ Considerando 5º Corte de Apelaciones de Santiago, 2003. Rol 4594-03.

¹⁵ Considerando 11 sentencia citada.

“Que la dignidad y la igualdad son valores inherentes a todo ser humano, pero de tal importancia que el constituyente los ha proclamado con el carácter de base de la institucionalidad, en la primera norma de la Constitución Política, al señalar que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos,” precisamente, para que todo órgano, persona, institución o grupo los cautele y resguarde efectivamente. Por consiguiente, la negativa a fundar una respuesta, la inoportunidad de ella, y su carencia de razonabilidad, conllevan a un proceder arbitrario vulnerador de la dignidad, que cobra mayor gravedad tratándose de una persona que por su condición de discapacitado está más sensible a percibir por esa causa una discriminación”.¹⁶

De la sentencia cuyos considerandos más relevantes, para la materia que nos preocupa, se han transcrito en este trabajo, se infiere que los principios constitucionales consagrados en el Capítulo I de la Constitución prevalecen sobre las disposiciones legales, y en la especie sobre las que puedan regir a un determinado ente sea estatal o privado, como es el caso de la libertad de contratación o autonomía de que gozan las Isapres, principio establecido en la ley que regula a estas entidades. Prima sobre la autonomía el principio constitucional de la dignidad de la persona humana.

Cabe destacar que se valorizan las Bases de la Institucionalidad como sustento de todo el ordenamiento jurídico y se reconoce la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales contenidos en este acápite.

La sentencia es también una aplicación de la supremacía constitucional, principio del constitucionalismo clásico, consagrado en el artículo sexto de la Constitución de 1980, que establece:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Es también una aplicación directa de la Constitución, en este caso del artículo 1º del capítulo de las Bases de la Institucionalidad, al fundamentarse en la dignidad de la persona humana.

La idea de la aplicación y vinculación directa de las normas constituciona-

¹⁶ Considerando 12 sentencia citada.

les nació en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y la ha aplicado el Tribunal Constitucional, que refiriéndose al artículo sexto de la Ley Fundamental expresó:

“En sus incisos primero y segundo consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como son el de la supremacía Constitucional sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la vinculación directa de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo por ende tales preceptos obligatorios para los Gobernantes como para los Gobernados”.¹⁷

La aplicación directa de los principios constitucionales ha sido declarada también por el Tribunal Constitucional español, que sobre el particular ha expresado:

“Como lo ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos (artículos 9.1 y 53.1 C.E.) y son de origen inmediato de derechos y obligaciones, no meros principios programáticos...”.¹⁸

La sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones, al fundamentarse en la dignidad de la persona humana realza la existencia de valores y principios constitucionales, que como bien lo dice expresamente constituyen un valor central del orden constitucional.

Al hablar de un valor central del ordenamiento constitucional el intérprete ha reconocido a la dignidad de la persona humana como el sustento de los derechos fundamentales, de manera que la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en esta sentencia no sólo declara la supralegalidad de los principios constitucionales consagrados en el primer capítulo de la Constitución, sino que hace además una formulación moderna de la supremacía constitucional al aplicar directamente la Ley Fundamental.

La sentencia comentada fue confirmada por la Excm. Corte Suprema¹⁹ y se tuvo además presente que la Isapre había atentado contra la garantía constitucional prevista en el artículo 19 número 2 del texto constitucional.

¹⁷ Tribunal Constitucional de Chile. Rol 19, 1983.

¹⁸ Tribunal Constitucional español, sentencia número 31, de 31 de enero de 1994.

¹⁹ Corte Suprema, 27 de octubre de 2003, rol 3968, 2003.

Tribunal Constitucional de Chile:

El Tribunal Constitucional ha definido y aplicado el concepto de la dignidad de la persona humana,²⁰ al ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de ley que creó la "Unidad de Análisis Financiero".

Este fallo declaró inconstitucional el artículo segundo inciso primero letra b) de dicho proyecto, el que establecía las atribuciones y funciones de dicha entidad. La norma cuestionada autorizaba a este servicio para solicitar los antecedentes que estimara necesarios, fueran informes, documentos o de otra naturaleza, a personas naturales y jurídicas, las cuales estarían obligadas a proporcionarlos en el término que se les fijara. Si los antecedentes estuvieren amparados por el secreto o reserva, correspondía autorizar esta solicitud al Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.

El Tribunal tuvo como sustento para declarar la citada inconstitucionalidad la disposición que establece que las personas son iguales en dignidad y derechos. Estimó que el constituyente al hablar de la dignidad consideraba que este principio era la fuente de los derechos esenciales de las personas. Dice así:

"Pues bien, la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardadas".²¹

El Tribunal definió el concepto de dignidad utilizado por el constituyente en el capítulo primero de la Constitución y al hacerlo asimila la dignidad a una cualidad del ser humano, y lo que es más importante es que estima que esta cualidad constituye la fuente o sustento de los derechos y garantías.

Tiene gran importancia la relación que hace la sentencia entre dignidad y derechos, pues este concepto jurídico, base de la institucionalidad, puede ser el fundamento de la defensa de los derechos y aplicarse por los jueces y por el Tribunal Constitucional cuando resuelvan sobre la extensión o la protección de un derecho constitucional y de sus garantías.

²⁰ Tribunal Constitucional de Chile. Rol 389, 28 de octubre de 2003.

²¹ Tribunal Constitucional. Rol 389, considerando decimoséptimo.

Destaca la sentencia que "existe una relación clara y directa entre la dignidad de la persona por una parte, y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, circunstancia que vuelve indispensable cautelar, mediante el respeto y la protección debidas, ese ámbito reservado de la vida, en el cual no es lícito penetrar sin el consentimiento del afectado, de un lado, o por decisión de la autoridad fundada en la ley que hubiere sido dictada con sujeción a la Constitución, de otro".²²

Realza, además, el ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el ejercicio del derecho esencial a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, "pues la inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser considerada una extensión lógica e inevitable, sobre todo en la vida moderna, del carácter personalísimo o reservado que tienen ellas como base de la libertad individual y su proyección a los más diversos aspectos de la convivencia".²³

El Tribunal relaciona la dignidad con los derechos personalísimos y los que resultan de la convivencia con la dignidad humana y hace un llamado a la ley, a la autoridad, a las conductas de los particulares y a las estipulaciones celebradas entre éstos a reconocerlos y protegerlos.

Se valorizó el concepto de la dignidad como fuente de los derechos fundamentales, no sólo los de la personalidad, y se admitió que el intérprete aplique directamente este principio para protegerlos.

Otra mención al principio de la dignidad de la persona se encuentra en un voto de minoría en la sentencia del Excmo. Tribunal, por la que se rechazó un requerimiento a determinados artículos de un proyecto de ley sobre trasplante de órganos. La sentencia se aprobó por la mayoría de votos y la disidencia expresó que debía acogerse el requerimiento aplicándose "el principio de la dignidad de las personas, Base de la Institucionalidad, el que debe servir como elemento principal para formar el criterio del intérprete". Cita al efecto al profesor Patricio Zapata, que en su obra *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* destaca: "En el caso de la Carta Fundamental de 1980 en su capítulo primero sobre Bases Fundamentales constituye el principal criterio orientador para fijar la finalidad de los distintos preceptos constitucionales. En alguna medida, los valores y principios allí recogidos constituyen el alma o "Espíritu de la Constitución".²⁴

²² Tribunal Constitucional. Rol 389, considerando decimooctavo.

²³ Tribunal Constitucional. Rol 389, considerando decimonoveno.

²⁴ Tribunal Constitucional, sentencia de 13 de agosto de 1995. Rol 220.

Conclusión

Las sentencias que hemos comentado abren una nueva perspectiva y una nueva visión para el resguardo y protección de los derechos esenciales de la persona y de su ejercicio. Se acepta la dignidad de la persona humana como el fundamento de los derechos esenciales y como tal debe estimarse como un valor supralegal.

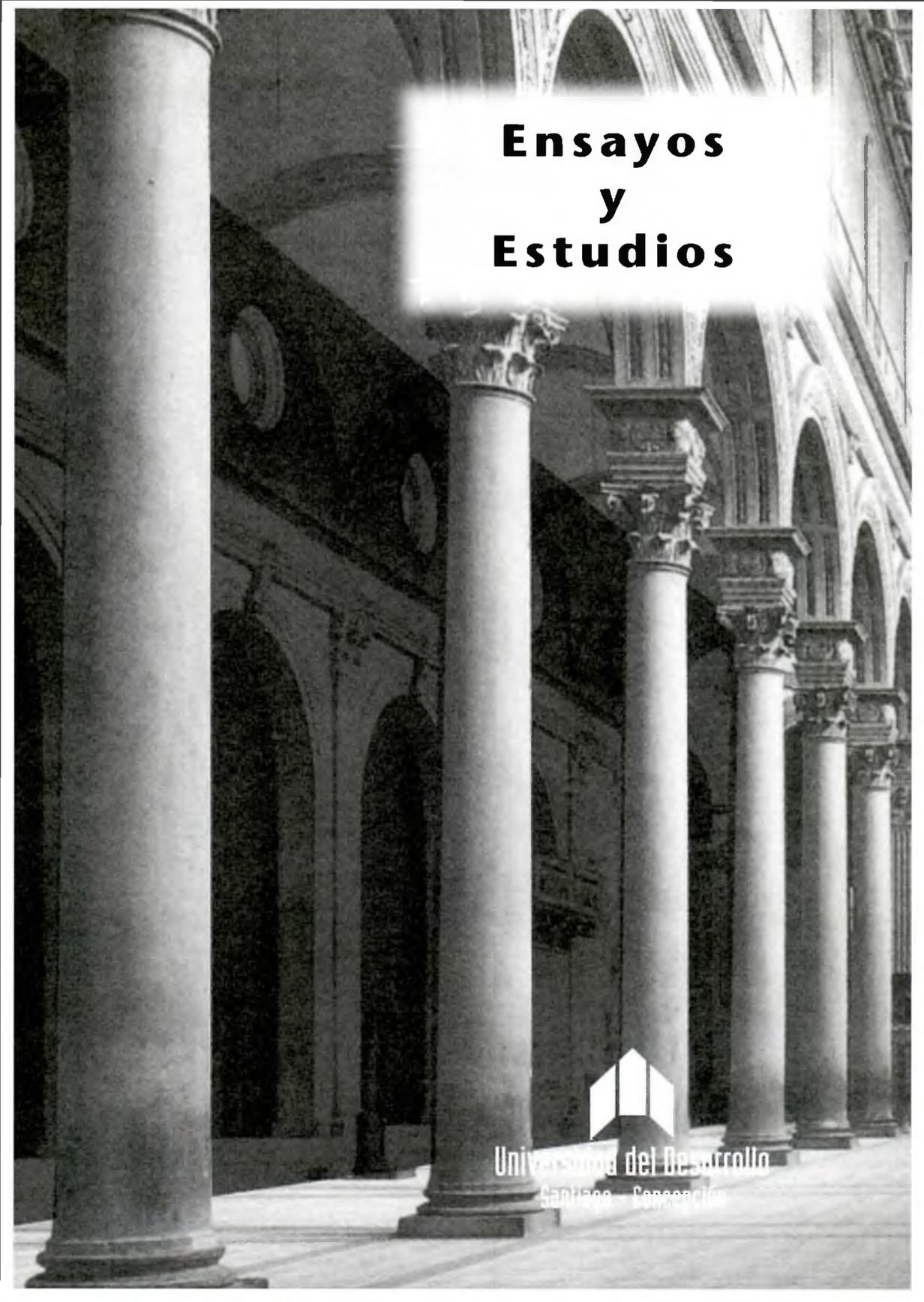
“La dignidad de la persona es un valor supraconstitucional y supraestatal, toda vez que, siendo consustancial al ser humano, la Constitución y el Estado sólo la reconocen, pero no la crean, del mismo modo que ocurre con los derechos fundamentales, que son su consecuencia”.²⁵

La idea de dignidad para algunos autores significa un derecho que engloba a todos los demás, el valor constitucional último, en otras palabras, el fundamento de todos los derechos. Otros, en cambio, tienen una concepción distinta, en el sentido de que de la idea de dignidad se desprenden sólo ciertos derechos y no la totalidad de ellos.

La jurisprudencia citada adopta respecto al principio de la dignidad de las personas un criterio amplio, sustento de todos los derechos fundamentales, no lo limita a los derechos relacionados con la personalidad. Ello se desprende claramente del contenido de las consideraciones y además por que le da a este principio el carácter de valor central del orden constitucional y lo relaciona con los demás derechos ligados a la convivencia, concepto este último que indudablemente se extiende a todos los derechos.

Se destaca por último esta jurisprudencia por la importancia que atribuye a los principios contenidos en las Bases de la Institucionalidad como sustento de todo el texto constitucional y el reconocimiento que hace de que ellos constituyen un elemento fundamental en la interpretación de la carta política.

²⁵ Jornadas Chilenas Derecho Público XXV, discurso inaugural Profesor Lautaro Ríos.



Ensayos y Estudios



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal

Julio E. Salas Vivaldi

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

Conviene recordar que cualquiera que sea la inspiración jurídica o filosófica que oriente las diversas concepciones del proceso, todas coinciden en sus propósitos superiores de permitir la sustanciación de los litigios frente al Estado y que se desarrolla a través de un conjunto de actos sucesivos que descansan unos en otros, a través de los cuales la partes plantean y demuestran sus pretensiones y el juez decide respecto de la legitimidad de las mismas.

Este conjunto de actos y actuaciones, sea que las ejecuten las partes o el juez, están regulados por la ley, y resulta evidente que para que el proceso que los cobija sea el adecuado medio para pedir y otorgar justicia, deben realizarse de la manera como aquélla lo dispone. Si así no sucede, el proceso pierde la condición de instrumento propicio para una justa y legal sentencia.

Los actos irregularmente realizados, en general, no podrán producir de manera idónea los efectos que la ley asigna a los que han sido ejecutados en forma correcta, por lo que habrá que restarles valor dentro del proceso, destruirlos o corregirlos, lo que se obtiene mediante la nulidad procesal.

Podemos definir la nulidad procesal, tanto en el campo civil como penal, como la sanción mediante la cual se priva a un acto o actuación del proceso o a todo él de sus efectos normales previstos por la ley, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por aquélla.

Su finalidad, entonces, es restarle valor a la actuación viciada, destruirla, tenerla como no sucedida, en atención a que ha dejado de constituir el medio idóneo para cumplir la finalidad que dentro del proceso le ha asignado el legislador.

Su fundamento radica en proteger el ordenamiento jurídico que rige el proceso –sea civil o penal–, lo que no sólo interesa a los litigantes, sino también a la sociedad, que descansa y está estructurada por ese ordenamiento jurídico que ella misma se ha dado.

Aun más, a través de la sanción de anular las actuaciones del proceso realizadas con desviación de las normas legales pertinentes, castigo que puede llevar a la ineficacia de todo él, se está protegiendo la garantía constitucional llamada del debido proceso, sancionada en el numerando tercero del artículo 19 de la Carta Fundamental, que a la letra promete que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. Derecho este que reitera el artículo 1° del Código Procesal Penal, específicamente respecto de la declaración de culpabilidad criminal de las personas, la que sólo puede provenir de un juicio previo, oral y público desarrollado de conformidad a su texto.

Normas aplicables a la nulidad procesal en el juicio penal

El texto legal que nos preocupa ha dedicado el título VII de su libro primero a reglamentar la institución materia de estas explicaciones. Este párrafo comprende desde el artículo 159 al 165 inclusive.

Sin embargo, no son las señaladas las únicas normas destinadas a regir la nulidad procesal en el campo penal, aunque sí las primarias. En efecto, el artículo 52 se encarga de señalar textualmente que: Serán aplicables al procedimiento penal en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el libro primero del Código de Procedimiento Civil”.

Conforme a lo anterior, entonces, y como se dijo, deberán primero aplicarse en materia de ineficacia de actos irregulares del proceso penal las reglas que específicamente se prescriben en el mencionado Título VII, las que serán materia de las explicaciones que siguen.

Además de tales reglas, en carácter de supletoria y con la prevención señalada, tendría vigencia la normatividad relativa a la nulidad procesal contenida en el Código de Procedimiento Civil, específicamente las del Título IX de su Libro Primero. Pero, además regirá cualquiera otra disposición relativa a la nulidad, como, por ejemplo, el artículo 80, siempre que se cumpla la condición anotada.

Lo dicho respecto de las normas que rigen la nulidad en el proceso penal vale también en general para los aspectos civiles en él involucrados, como sucede con lo relativo a las prestaciones pecuniarias originadas en los hechos delictuales.

Finalmente, las explicaciones que a continuación se expresan rigen también al procedimiento abreviado por mandato del artículo 415, en lo pertinente.

Características de la nulidad procesal

Del conjunto de disposiciones reglamentarias de la nulidad procesal extraeremos las principales características de la institución. Podemos señalar las siguientes:

1) La nulidad procesal debe ser declarada por resolución judicial

Dicho de otra manera, la nulidad procesal como la civil no produce efectos de pleno derecho. Debe ser declarada por el juez y mientras ello no ocurra al acto irregularmente ejecutado se le atribuirán todos los efectos señalados por la ley y queda saneado definitivamente una vez terminado el juicio. Ello quiere decir que siempre debe mediar una decisión judicial de nulidad, provocada por las partes la mayoría de las veces, de propia iniciativa del tribunal, en otras como se dirá más adelante. Mientras ello no ocurra, el acto irregular producirá, no obstante su ineptitud, las consecuencias previstas por la ley para uno normal, con los consiguientes perjuicios para los litigantes.

Esta característica es común a toda clase de nulidad y surge de los principios generales que gobiernan la institución en las diversas manifestaciones del Derecho. Por otra parte, nadie puede hacerse justicia por sí mismo y por sí y ante sí privar de sus efectos a un acto del proceso, prescindiendo unilateralmente de él.

Los redactores del Código Procesal Penal estimaron necesario acentuar este principio y darle expresa consagración en su texto, aunque no de una manera directa.

Efectivamente, los artículos 161, 162, 163 y 165 se refieren en sus textos a "la declaración de nulidad", para referirse a la necesidad de que ella conste en una resolución emanada del respectivo órgano jurisdiccional, que luego precisaremos.

Lo expuesto recuerda que en doctrina se distingue entre actos inexistentes y actos nulos. Entendemos por los primeros aquellos que carecen de las condiciones indispensables para ser concebidos, los que son meros hechos, o, en fin, como dice Laurent, los que no existen a los ojos de la ley. Los segundos, por su parte, si bien han sido realizados imperfectamente, las irregularidades de que adolecen no los privan de su carácter de actos jurídicos, pero impiden que puedan producir los efectos normales señalados por la ley.

Inexistente sería, por ejemplo, una pseudosentencia que carece de la firma de los jueces que la dictaron en el juicio oral o corresponde a magistrados que no la pronunciaron u omisión de la audiencia de formalización de la investigación, o en fin, una declaración del imputado sin respetarse los requisitos del artículo 91.

En doctrina las diligencias así ejecutadas no necesitan de una declaración de ineficacia, pues la inexistencia, a diferencia de la nulidad, opera de pleno derecho. Pero sabemos que nuestros tribunales son reacios a distinguir entre ambas instituciones jurídicas, especialmente porque, a más de ser sutil la diferencia entre ellas, sus efectos son prácticamente los mismos.

En atención a lo anterior, entonces, y mientras no se abra campo en el nuevo sistema procesal a la teoría de la inexistencia, creemos que, confundida con la nulidad, debe ser declarada por decisión judicial, sea, según el caso, el juez de garantía o el respectivo tribunal del juicio oral en lo penal, como más adelante se analizará.

2) Precisado lo anterior, cabe señalar, como segunda característica, que la declaración de nulidad de un acto procesal debe provenir de alguna de estas dos fuentes: la alegación de los intervinientes o de la actividad oficiosa del tribunal.

Ocupémonos de la primera en el texto del Código. El sujeto activo de la solicitud de nulidad debe reunir indispensablemente tres requisitos: a) interviniente en el respectivo proceso; b) agraviado con la irregularidad del acto; y c) no causante de ella. Así lo dispone el artículo 162, como trataremos de explicarlo.

Efectivamente, la referida disposición comienza señalando expresamente que "sólo podrá solicitar la declaración de nulidad el interviniente", precepto que debemos relacionar con el artículo 12, que atribuye tal calidad al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizan cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les

permitiere ejercer facultades determinadas. Ello ocurrirá con la práctica de cualquiera diligencia o gestión señalada en el artículo 7°.

Pero, como se dijo, no basta ser interviniente en el proceso para invocar nulidades. El artículo señalado requiere, además, ser perjudicado con la irregularidad que afecta al acto en que ellos inciden.

Lo cierto es que esta exigencia no constituye ninguna novedad en materia procesal, ya que es un principio que nadie desconoce que sólo están legitimados para formular peticiones los que tengan interés en sus resultados, evitar en el caso de la nulidad los perjuicios que le produce el acto irregularmente ejecutado.

Volveremos sobre este punto al tratar la trascendencia de la irregularidad causante de la nulidad.

Finalmente, se pone como tercera condición al peticionario de la nulidad no ser causante de la anormalidad que presenta la actuación. Así lo requiere el mencionado artículo 162, que exige al requirente de la nulidad "no haber concurrido a causarla".

Recordemos que igual criterio sigue el Código de Procedimiento Civil, al decir en el artículo 83 que: "La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización... no podrá demandar la nulidad".

Así, entonces, está imposibilitado de alegar la sanción mencionada quien haya dado lugar a anormalidad, pues nadie puede valerse de sus propios errores o dolo. Surge esta prohibición del principio denominado "*nemo auditor...*" de general aplicación en el campo jurídico. La doctrina y la jurisprudencia siempre lo reconocieron en el ámbito procesal como sanción a la mala fe del litigante inescrupuloso y a la negligencia del inepto. Así, por ejemplo, no se aceptó la solicitud de nulidad de la declaración de un testigo formulada por la misma parte que lo presentó, basado en que al confeccionar la nómina correspondiente incurrió en errores de individualización, petición que hizo una vez que se percató de que sus dichos le son desfavorables.

La actividad oficiosa del respectivo tribunal sobre esta materia será estudiada más adelante.

3) Como tercera característica de la institución que nos preocupa mencionemos su efecto extensivo. Dicho de otra manera: declarada la nulidad de un acto caen en igual sanción aquellos que son consecuencia o dependen de aquél. Es decir, carecen de valor y debe prescindirse de

ellos, como expresamente lo dice el Código en el artículo 276 respecto de pruebas invalidadas.

Esta característica de la nulidad está expresamente consignada en el artículo 165 del Código, cuyo inciso primero prescribe que "la declaración de nulidad de un acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren".

El principio de la "extensión" de la nulidad procesal, en fin, tiene su origen en el carácter complejo del proceso. Como dijimos, se compone de un conjunto de actos, algunos realizados por el juez, otros por las partes e incluso por terceros, que, aunque distintos entre sí, están íntimamente ligados de manera que algunos descansan o se edifican sobre otros. Esta estrecha unidad se debe a que todas las actuaciones persiguen un mismo fin: permitir al proceso cumplir su objetivo primordial, cual es la substanciación del litigio y sobre todo su justa decisión.

No era imprescindible, entonces, que el Código consagrara en forma expresa esta modalidad de la nulidad procesal. Pero fue más allá, al ordenar en el inciso segundo del precepto señalado que al declararla el tribunal determinará cuales son los actos a los que se extiende la sanción.

Parece conveniente esta medida, ya que su cumplimiento evitará confusiones y dilaciones. Declarada la nulidad del acto, será el propio tribunal quien marcará el límite de la extensión de la ineficacia, la que naturalmente incidirá sólo respecto de aquellas diligencias íntimamente ligadas con aquél, conservando su valor las que no tengan tal dependencia.

Además de declararse, según se vio, cual es el acto viciado que se anula y los que sufrirán igual efecto por su conexión con él, el tribunal, señala el mismo artículo, debe disponer, según el caso, tres remedios: la renovación, la rectificación y la ratificación del acto, si ello fuere posible.

Ordenará la renovación de la o las actuaciones anuladas si la irregularidad es de tal magnitud que sólo es superable mediante su repetición, como puede suceder con la falta o el incorrecto emplazamiento del imputado preso. Al que se le volverá a practicar la pertinente notificación, si fue defectuosa la anterior.

Se dispondrá la rectificación si la deficiencia procedimental puede repararse mediante la modificación posterior del acto ineficaz sin llegar a su prescindencia total y posterior sustitución. Un caso de esta naturaleza se contempla en el artículo 270, empleándose allí el verbo "corregir".

Finalmente, se recurrirá a la ratificación de la actuación observada si para reparar la deficiencia que presenta basta únicamente reafirmar lo allí establecido. Sucederá así respecto de la declaración de un testigo prestada indebidamente sin juramento o promesa, a la que podrá remitirse en la nueva a que sea sometido de manera correcta, etc.

Sin embargo, habrá casos en que la irregularidad que afecta al acto anulado es de tal magnitud que imposibilita su saneamiento mediante el empleo de los remedios señalados, vale decir, su renovación, rectificación o ratificación. En estos casos de insanable ineficacia, simplemente se prescinde absolutamente del acto, desatendiéndose de manera total y definitiva de él.

En resumen, dispuesta por resolución ejecutoriada la nulidad de un acto defectuoso, se prescindirá de él absolutamente si es insanablemente ineficaz o se procederá, según el caso y siempre que sea posible, a su renovación total, su rectificación o a su mera ratificación, adquiriendo así nuevamente validez.

Sin embargo, el inciso tercero del precepto que nos preocupa –artículo 165– limita la decisión anulatoria del tribunal al disponer que la declaración que la contiene no podrá retraer el procedimiento a etapas anteriores, a pretexto de la repetición del acto defectuoso, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido. Refuerza esta idea al agregar que si durante la preparación del juicio oral se declarare la nulidad de actuaciones judiciales realizadas durante la etapa de investigación, el tribunal no podrá ordenar la apertura de ésta. Asimismo –agrega– las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral.

Todo lo dicho es sin perjuicio de los efectos anulatorios provenientes del recurso de nulidad, medio impugnatorio de la respectiva sentencia y del juicio oral.

4) Una nueva característica de la institución que nos preocupa radica en el carácter genérico de la nulidad en contraposición a la especificidad de la misma.

En efecto, el artículo 159 del Código se limita a disponer que sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad.

Como puede observarse, hasta ahora el legislador adopta el principio genérico de la nulidad, pues deja abierta liberalmente la posibilidad de que la sanción de nulidad –no obstante su carácter punitivo– pueda aplicarse a cualquier acto del proceso que se vea afectado por alguna irregularidad, sin mencionar a aquél ni a ésta, con la sola limitación de la concurrencia de un perjuicio sólo reparable con la nulidad. Es decir, da a la institución un carácter genérico, puesto que basta un apartamiento y desviación graves –causantes del perjuicio dicho– de las normas legales que rigen un acto judicial para que se haga merecedor de la sanción, sin que requiera de una expresa manifestación legislativa que la contemple ante una determinada irregularidad y actuación.

Sin embargo, el legislador, advirtiendo la amplitud de este criterio, limita la actividad anulatoria del órgano jurisdiccional al señalar que “Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”. Agrega en el artículo siguiente que se “presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República”.

Creemos que, no obstante, esta prevención no desvirtúa la generalidad de la nulidad, quedando a criterio del tribunal la determinación en cada caso si la anormalidad que afecta en un acto tiene o no la magnitud señalada.

Frente a tan amplia facultad, el legislador ayuda al juez. Así, en ciertos casos le advierte que un trámite es esencial o que un defecto es merecedor de la sanción que nos preocupa, como sucede en los artículos 103, 237, 269, 283, 284 y 286 respecto de la falta de intervención del Ministerio Público y del defensor del imputado. En otras, por el contrario, le señala que no existe tal circunstancia. Así ocurre en el artículo 30 relativo a los defectos en la práctica de ciertas notificaciones. Lo mismo sucede en el artículo 73 respecto de actuaciones ante juez incompetente.

5) La observancia del principio de la generalidad de la nulidad procesal en desmedro del de la especificidad de la misma, no impide que tenga cabida en el Código el de la trascendencia de la misma

Puede esta característica enunciarse de la siguiente forma: procede la nulidad de un acto del proceso cuando la irregularidad que le sirve de antecedente corrompe su sustancia y le impide cumplir el fin para que fue establecido en la ley.

Esta condición de la nulidad procesal queda manifiesta, como ya se dijo y ahorra mayores comentarios, en los artículos 159 y 162.

El primero sólo admite la invalidación de un acto si el defecto de que adolece ocasiona un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. El segundo sólo permite invocar esta sanción al "perjudicado por el vicio".

Queda entonces descartado el criterio tan liberal de quienes opinan que es posible solicitar y obtener la declaración de ineficacia de una actuación en todos aquellos casos en que se ha incurrido en defectos formales que de alguna manera signifiquen una desviación de la norma de procedimiento que la rige, aunque ella no sea grave.

6) Finalmente, en relación con las características de la nulidad procesal, nos referiremos a la subsanación del acto procesal irregular o, como lo denomina el Código, "saneamiento de la nulidad", que equivale en lenguaje procesal civil a la convalidación de la misma.

Hemos analizado ya cuáles actos son susceptibles de ser anulados por irregularidades cometidas en su realización y las condiciones que debe cumplir quien invoca la sanción consecuente de ineficacia. No obstante, estudiaremos a continuación ciertas situaciones en que, aun cuando se dan las circunstancias señaladas, no es procedente la aplicación de dicha sanción.

Si bien los actos viciados son susceptibles de ser anulados con el fin de impedir que den lugar de una manera impropia a las consecuencias jurídicas de los normalmente verificados, los ordenamientos positivos en el derecho comparado contemplan normas relativas a la subsanación de las irregularidades en que incurren sin llegar a la declaración de la respectiva nulidad. Sucede así por varios motivos: por no reclamarse dentro de determinados plazos la correspondiente invalidación; porque, como se dijo, no obstante el vicio en que incurre, la actuación logra cumplir los fines previstos por el legislador; porque antes que se declare la ineficacia ella se le repite correctamente o se le perfecciona; porque el perjudicado la ratifica; porque, en fin, el proceso, aunque viciado, ha llegado a su término, etc. Expresado de otra forma, el acto irregular ha quedado convalidado o subsanado.

Recordemos que el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil ratifica las ideas expuestas expresando, en lo que interesa, que la nulidad procesal podrá ser declarada de oficio o a petición de parte, pero priva del derecho

a impetrarla, además de las que han originado el vicio o concurrido a su materialización, a la "que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo".

El Código Procesal Penal no quiso quedar atrás sobre el particular y en el artículo 164 se preocupó de establecer diversos casos en que opera la subsanación de las actuaciones irregulares, evitando así que recaiga sobre ellos la drástica sanción de su ineficacia.

Estos casos son tres, a saber:

- a) Si el interviniente respectivo no solicita la nulidad oportunamente;
- b) Si ha aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto, y
- c) Si, no obstante el vicio de que adolezca tal acto, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados.

Examinemos cada una de las situaciones enunciadas. En cuanto a la primera, digamos que, como luego se explicará, la nulidad de algún acto del proceso sólo puede alegarse y declararse en determinadas oportunidades durante el transcurso del juicio y, en todo caso, "*in limite litis*".

Terminado el proceso por resolución ejecutoriada, nace el efecto de la excepción de cosa juzgada, que impide volver a discutir entre las mismas partes lo allí resuelto, ni menos cuestionar la corrección de las actuaciones verificadas. El procedimiento queda saneado con el fin del juicio, pues la ley procesal propende a mantener la inmutabilidad de lo obrado y declarado por los tribunales como verdades inamovibles y exactas.

La paz y la tranquilidad social así lo requieren, pues si no existiera la cosa juzgada, las decisiones judiciales carecerían de objeto, ya que los derechos declarados a favor de las personas quedarían permanentemente condicionados a una posible revisión de los actos verificados en el proceso respectivo. De este modo, la justicia no lograría una de sus finalidades esenciales, cual es la de implantar la certidumbre legal y que se consigue con el principio de la inmutabilidad de las decisiones judiciales una vez que quedan ejecutoriadas.

La autoridad de cosa juzgada está reconocida en el Código Procesal Penal en varias disposiciones, especialmente en el inciso segundo de su primer artículo, que advierte que "la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho".

Pero no siempre es necesario que el proceso haya terminado por sentencia ejecutoriada para estimar convalidadas, por el efecto de la autoridad de cosa juzgada, las actuaciones irregulares cometidas durante su curso.

En efecto, el Código es preciso para determinar, como se verá, las oportunidades en que debió invocarse la nulidad de un acto del proceso, de manera que, transcurridas ellas sin alcanzarse, el principio de la preclusión cierra el camino para hacerlo, incluso cuando aquél esté aún vigente por no haber surgido el manto protector definitivo de la cosa juzgada.

Así lo prescribe, se dijo, el artículo 164 al estatuir que la nulidad quedará saneada si el interviniente respectivo no la impetra oportunamente.

En resumen, la mera omisión de reclamar la nulidad por el perjudicado en las oportunidades dispuestas por la ley –que luego examinaremos–, con mayor razón una vez terminado el proceso, da lugar a la forma de subsanar el acto viciado que en doctrina se conoce como convalidación por conformidad y que hoy contempla expresamente el citado artículo, aparte de las normas generales sobre los efectos de la cosa juzgada ya incorporados al Código.

Pero, como se dijo, no es el anterior el único caso de subsanación del acto irregular. Contempla también la disposición señalada, con igual efecto, la aceptación expresa o tácita de los efectos del acto viciado, la que en doctrina se denomina convalidación por confirmación.

Estaremos en presenta de aquiescencia expresa si el afectado con la irregularidad inequívocamente manifiesta que, no obstante ella, no ve perturbado el ejercicio de los derecho que puede hacer valer. Es menester, entonces, una actuación manifiesta de su parte en el proceso que derechamente demuestre su sometimiento a los efectos del acto viciado.

Será, a su vez, tácita la aceptación si la parte sufriente de la incorrección procesal realiza gestiones que, demostrando conocimiento de ella, contribuyen a que el acto viciado cumpla a su respecto los fines previstos para uno correcto.

En resumen, entendemos que la mera omisión de reclamar la nulidad por el perjudicado con ella en las oportunidades dispuestas por la ley y con mayor razón durante el curso del proceso, da lugar a la forma de subsanar el acto viciado que en doctrina se conoce como convalidación por conformidad.

A su vez, la aceptación expresa o la ejecución de actuaciones que manifiesta o inequívocamente demuestren que el perjudicado con el acto irregular

prescinde de invocar la nulidad consecuente, siguiendo el proceso su curso normal pese al vicio que le afecta, consiste, doctrinariamente, en la convalidación por confirmación.

Finalmente, el artículo 164 también atribuye la virtud de subsanar el acto irregular a la circunstancia de conseguir éste el fin para que fue instituido respecto a todos los interesados, situación que más bien da lugar a falta de trascendencia del vicio, lo que hace desaparecer el perjuicio exigido para impetrar la nulidad, según ya se dijo.

Finalmente, la disposición objeto de estas observaciones aclara que no habrá saneamiento de aquellas nulidades que impiden el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución y demás leyes de la República, advertencia que parece innecesaria, pues en tal caso no se estará en las situaciones convalidantes.

Medios destinados a alegar y declarar la nulidad procesal

Dejamos ya establecido que la ineficacia de los actos procesales por defectos en su ejecución requiere siempre de una declaración judicial. Mientras ella no se produzca, a la actuación irregular habrá que atribuirle todo los efectos previstos por ley para una correctamente ejecutada y también al propio proceso, no obstante que han dejado de ser adecuados instrumentos para administrar justicia.

Señalamos, también, que a la declaración judicial de nulidad se llega por dos vías: la petición del interviniente correspondiente y la actividad oficiosa del juez. Naturalmente que ellas se utilizarán siempre que el acto viciado no haya sido subsanado de alguna de las maneras indicadas precedentemente.

Hecha la advertencia anterior, preocupémonos de establecer primeramente de qué manera y a través de qué medios los litigantes pueden invocar y obtener la declaración de nulidad de un acto procesal. Para hacerlo, es necesario rebasar los límites del Título VII del Libro Primero del Código Procesal Penal y recurrir al contexto general de éste.

Se acostumbra clasificar estos medios en dos grandes grupos: directos e indirectos

Los primeros son aquellos cuya finalidad precisa es lograr una declaración judicial de ineficacia de los actos procesales. Están establecidos con ese único fin.

Pertenece a esta categoría los siguientes:

a) El incidente de nulidad procesal, toda vez que la petición de nulidad constituye, por regla general, una cuestión accesoria al juicio que requiere un especial pronunciamiento del tribunal.

b) Las llamadas excepciones de previo y especial pronunciamiento, que, aun cuando son verdaderos incidentes, el Código les da fisonomía propia en diversos preceptos, como sucede en los artículos 62, 263 letra b), 264 y 265. Allí se permite al acusado, en las oportunidades que se indican, cuestionar la competencia del juez de garantía, señalar vicios formales del escrito de acusación, falta de autorización para enjuiciar, etc., que lleva la nulidad correspondiente; y

c) El recurso de nulidad, puesto que está establecido precisamente para invalidar o anular el juicio oral y la sentencia definitiva si, a más de otros motivos, se ha incurrido en vicios, como la incompetencia del tribunal, implicancia de algún juez, etc.

Los indirectos, por su parte, son aquellos que no persiguen exclusivamente la declaración de ineficacia del procedimiento, pero a través de ellos puede obtenerse. En esta categoría podemos señalar, entre otros, los recursos de reposición y apelación. Incluso este último permite a la respectiva Corte de Apelaciones en el procedimiento abreviado controlar aspectos meramente procedimentales para velar por su validez, conforme al artículo 414.

Debemos precisar que no queda al arbitrio de los intervinientes o del tribunal elegir discrecionalmente cualquiera de los medios señalados. Lo está determinando la ley, según cuál sea la naturaleza de la irregularidad cometida, el carácter del acto en que incide, la oportunidad procesal en que ocurre, etc. No podrá prosperar, entonces, la petición de nulidad de un acto si no se utiliza el medio adecuado para su obtención.

Nos parece interesante recordar que la Corte Suprema en fallo confirmatorio de uno de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 7 de febrero de 2001, Rol 469-01, declaró que la falta de emplazamiento u otro vicio de nulidad procesal deben ser alegados en el proceso mismo, no siendo medio idóneo para ello el recurso de protección, que no es vía cautelar de actuaciones judiciales.

En atención a la naturaleza de este estudio, sólo no corresponde analizar el incidente de nulidad y la facultad oficiosa de los órganos jurisdiccionales para declararla.

El incidente de nulidad procesal

Es evidente que la petición de nulidad procesal durante el curso del proceso es un incidente de la causa, pues constituye una cuestión accesoria que debe ser resuelta mediante un pronunciamiento especial y que, en general, reúne las condiciones establecidas para los incidentes en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por mandato del artículo 52 del Código Procesal Penal.

A la misma conclusión nos lleva el artículo 161, que señala que la declaración de nulidad deberá impetrarse "incidentalmente".

En cuanto a la promoción y forma de tramitar dicho incidente, existen normas especiales en el referido Código. Para ello distingue cuál es la oportunidad en que se ejecutó el acto viciado.

En efecto, aquellos que ocurren fuera de las audiencias dispuestas en este sistema de enjuiciamiento, nos dice el artículo 161, su nulidad se deberá impetrar dentro de los cinco días siguientes a aquel en que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto irregular. Sin embargo, si éste se verificó en la etapa de investigación, no podrá reclamarse después de la audiencia de preparación.

La petición anulatoria deberá formularse en forma fundada y por escrito. Su tramitación será incidental, conforme a las normas subsidiarias del Título IX del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, ante el silencio del Procesal Penal. La resolución corresponderá al juez de garantía.

En el evento de que el vicio incida en una actuación verificada en una audiencia, la petición anulatoria deberá impetrarse verbalmente y resolverse según el artículo 38 antes de su término y allí substanciarse. Esta audiencia podrá ser especialmente la de formalización de la investigación, la preparatoria del juicio oral y la relativa a la abreviación del procedimiento y conocerá de la solicitud invalidante el juez de garantía, o la correspondiente al juicio mismo. En éste último caso la declaración pertinente corresponderá al tribunal de juicio penal oral y a su respecto no procederá recurso alguno, como más adelante se explicará.

En todo caso, la resolución que falle el incidente debe pronunciarse sobre las costas por mandato del artículo 45.

Facultad del órgano jurisdiccional para declarar de oficio la nulidad procesal

Recordemos que al referirnos al órgano jurisdiccional lo hacemos, según las circunstancias que se analizarán, al juez de garantía y al tribunal de juicio oral en lo penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del Código.

Los indicados tribunales tienen una doble obligación sobre la materia que nos preocupa.

La primera, según el artículo 163, radica en advertir al interviniente perjudicado con la irregularidad no saneada de algún acto la existencia del vicio correspondiente a fin de que proceda como creyera conveniente a sus derechos. Este decidirá si solicita o no la invalidación pertinente en las oportunidades ya señaladas.

La segunda obligación del respectivo tribunal es mucho más profunda que la anterior: declarar de oficio la nulidad si la deficiencia procesal que la provoca hubiere impedido al respectivo interviniente el ejercicio pleno de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución y en las demás leyes de la República.

Queda claro, entonces, que el Código vuelve a distinguir respecto de la magnitud de la irregularidad, tanto en su gravedad como en la importancia del acto sufriente de ella. Nos remitimos a lo dicho respecto de trascendencia como característica de la institución objeto de este estudio.

Conviene también tener presente que, de acuerdo con el artículo 270, el juez de garantía puede ordenar en la audiencia de preparación del juicio oral subsanar vicios formales que afecten a la acusación del fiscal, la del querellante o la demanda civil, lo que, si es posible, se hará en dicha audiencia. En caso contrario, ella se suspenderá por un plazo máximo de cinco días y si dentro de él la acusación del querellante y la demanda civil no hubieren sido rectificadas, se tendrán por no presentadas. Al fiscal el juez puede conceder mayor plazo para corregir su acusación, pudiendo incluso decretar sobreseimiento definitivo.

Todo lo dicho, con las limitaciones que a continuación se analizarán, sea que la declaración de nulidad provenga de la actividad oficiosa del tribunal o de iniciativa del respectivo interviniente.

La resolución que declara la nulidad procesal

Hemos expresado que una de las características de la nulidad procesal incide en que ella debe ser declarada mediante la respectiva resolución judicial, la que emanará, según se dijo, del juez de garantía o del tribunal del juicio oral.

Nos parece que dicha resolución, sea que da lugar o que rechaza una incidencia de nulidad, es una sentencia interlocutoria, pues establece derechos permanentes a favor de las partes, conforme al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso que nos preocupa por mandato del artículo 52 del Código Procesal Penal. Ella debe ser fundada, expresándose sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basa la decisión respectiva. Así lo dispone el artículo 36.

Lo dicho se refiere, como se dijo, a la resolución que falla un incidente, acogiendo o negando la solicitud de nulidad que le dio origen. Debe ello reproducirse respecto de la que dicta el tribunal disponiendo de propia iniciativa la invalidación de uno o varios actos.

Si bien en este último caso no se puede hablar propiamente de un incidente, no cabe duda de que la declaración oficiosa se está refiriendo a una cuestión accesoria al objeto principal del enjuiciamiento.

En cuanto al contenido de la resolución que nos preocupa, debe tenerse presente lo dicho a propósito de la característica de la extensión de la nulidad procesal, resultando inoficioso reiterar las ideas allí formuladas, como asimismo las limitaciones que el legislador impone al tribunal respecto a la prohibición de retraer el proceso a etapas ya superadas. Damos por reproducidas las explicaciones allí emitidas, especialmente, según el caso, a la renovación, la rectificación y la ratificación del respectivo acto, según las circunstancias ya analizadas.

Respecto de los recursos destinados e impugnar la resolución que nos preocupa, estimándola, según lo dicho, que es una sentencia interlocutoria, procederá el de reposición si ella fue dictada fuera de audiencias y para ser resuelto por el tribunal que la dictó, es decir, el respectivo juez de garantía. Si ello ocurrió durante tales audiencias orales, sólo será admisible si su pronunciamiento no fue precedido de debate. Así lo disponen los artículos 362 y 363. Sin embargo, el artículo 290 nos advierte que las decisiones recaídas en incidentes –la petición de nulidad lo es– durante la audiencia del juicio oral no son susceptibles de recurso alguno.

La apelación sólo procederá si la sentencia interlocutoria que se pronuncia sobre la nulidad fue dictada por el juez de garantía e hiciere imposible la prosecución del procedimiento o le pusiere término, según el artículo 370. Las provenientes del tribunal del juicio penal oral, según se advirtió, no son susceptibles de recurso alguno, incluyéndose el de apelación, por disposición del ya mencionado artículo 290 y ratificado por el artículo 364.

En cuanto al recurso de nulidad –que escapa de los fines de este estudio por ser ajeno al incidente que nos preocupa–, procede por mandato del artículo 372 con el fin de invalidar las sentencias definitivas, pudiendo extenderse consecuencialmente al propio juicio oral.

Este último caso ocurrirá si durante su curso –el de la audiencia– se hubieren infringido sustancialmente derechos y garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, según lo dispone en general el artículo 373 letra a) y específicamente en los casos señalados en el artículo 374 letras a), b), c) y d).

Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos

Rodrigo Momberg Uribe

LL. M. en Derecho Privado Europeo, Universidad Utrecht

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

Introducción y propósito

La preocupación por la armonización y/o unificación del Derecho Mercantil Internacional ha sido un tema relevante en el trabajo de diversas organizaciones internacionales especializadas en la materia.

El presente trabajo tiene por objeto primario la exposición y análisis de las disposiciones relevantes en materia de modificación o revisión del contrato por un cambio sobreviniente en las circunstancias, contenidas en instrumentos internacionales de diversa naturaleza emanados de dos de esas organizaciones: el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y la Comisión de Derecho Contractual Europeo.

Por otra parte, un objeto secundario es introducir en el debate doctrinario nacional las alternativas planteadas en materia de revisión del contrato por estos instrumentos internacionales, teniendo en cuenta que el tema (bajo su denominación tradicional de "teoría de la imprevisión") ha sido incorporado dentro de las posibles reformas al Código Civil.¹ Por otra parte,

¹ Fundación Fernando Fueyo L., *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp.181-242. En dicho texto se hace referencia a las obras nacionales disponibles en la materia.

existe también un proyecto de ley relativo a la materia, que propone (mediante su incorporación en una ley particular dictada al efecto) la posibilidad de revisar judicialmente contratos de naturaleza civil y mercantil. No obstante, la tramitación de dicho proyecto se encuentra actualmente paralizada.²

Sin embargo, en los estudios nacionales disponibles, en cuanto a Derecho Comparado se trata, no se han considerado los instrumentos objeto del presente estudio, falta que justamente por medio de estas páginas se pretende subsanar.

1. Los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una organización intergubernamental independiente, fundada originalmente en 1926 bajo la tutela de la Liga de las Naciones, y reconstituida en 1940 sobre la base de un acuerdo multilateral, el denominado "Estatuto Unidroit".³ El objeto principal de UNIDROIT es la modernización, armonización y coordinación del derecho privado (en especial en materias comerciales) entre Estados o grupos de Estados.

En cumplimiento de este objeto, en 1980 se creó un Grupo de Trabajo encargado de fijar la agenda y establecer los procedimientos del proyecto denominado originalmente Codificación Progresiva del Derecho Comercial Internacional, optándose más tarde por la elaboración de unos Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante Principios UNIDROIT).⁴

En febrero de 1994 el Grupo de Trabajo finalizó la redacción de los Principios, la cual fue sancionada en mayo del mismo año por el Consejo de Gobierno de UNIDROIT. La obra se compone de un Preámbulo y 119 artículos, divididos en siete capítulos: Disposiciones Generales, Formación, Va-

² El proyecto se inició por moción de un grupo de diputados, ingresando a la Cámara con fecha 14 de marzo de 2001 (Boletín 309-07). Aunque fue aprobado en dicha instancia, en el segundo trámite constitucional en el Senado se ordenó con fecha 14 de abril de 2004 su archivo. Por esta razón, estimamos que el análisis de dicho proyecto no es trascendente para los fines de este estudio.

³ Chile se incorporó a UNIDROIT en 1951, y tras interrumpir su participación en 1967, se volvió a incorporar en 1982 (D.S. 504 de 25 de agosto de 1982).

⁴ Sobre el origen de dicha iniciativa y razones por las cuales se abandonó el concepto de codificación, véase Pendón Meléndez, M., "Cap. I: Preámbulo"; en Morán Bovio, D. (Coord.), *Comentario a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 32; y Bonell, M., *An International Restatement of Contract Law*, 2 Ed., New York, 1997.

lidez, Interpretación, Contenido, Cumplimiento e Incumplimiento. Los artículos, a la manera de los *Restatements* del derecho estadounidense, están seguidos de un comentario y en algunas ocasiones de ejemplos prácticos.

Recientemente, el Consejo de Gobierno aprobó una segunda edición de los principios, en virtud de la cual se agregaron cinco capítulos nuevos: Poderes de los Representantes; Derechos de Terceros; Compensación; Cesión de Derechos, Transferencia de Deudas y Cesión de Contrato; y Plazos de Prescripción.⁵

Los Principios UNIDROIT dedican una sección completa a la regulación del efecto del cambio sobreviniente de circunstancias o *hardship*, de acuerdo a la terminología por ellos empleada. Las normas se encuentran dentro del Capítulo Sexto, referido al cumplimiento del contrato. Por su parte, la fuerza mayor se regula en el Capítulo Séptimo, relativo al incumplimiento. La explicación es simple: en el primer caso, la obligación puede aun ser cumplida, pero bajo condiciones excesivamente perjudiciales u onerosas. En cambio en el segundo caso, el cumplimiento de la obligación ya no es posible bajo ninguna circunstancia.⁶

Estas reglas se inspiran en el principio del *favor contractus*, esto es, el propósito de preservar el contrato en tanto sea posible, limitando de esta manera el número de casos en los cuales su existencia o validez puede ser cuestionada o en los cuales las partes puedan liberarse del cumplimiento de las obligaciones contraídas.⁷

Regla general

El artículo 6.2.1 de los Principios UNIDROIT establece:

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad" (*hardship*).

⁵ El texto de los proyectos de los capítulos se encuentra disponible en: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/presentation.htm>. Se espera su próxima publicación oficial.

⁶ Perillo, J., "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1998, p. 120.

⁷ Bonell, M., *op. cit.*, p.117. Otras reglas relacionadas con el principio de *favor contractus* son los artículos 2.1, 2.11(2), 2.14, 2.22, 3.2, 3.3, 3.7, 3.10, 3.13, 7.3.1, 7.1.4

Este artículo es la confirmación del principio general del carácter obligatorio de los contratos (*pacta sunt servanda*) establecido en el artículo 1.3.⁸ Así, las partes deben cumplir las obligaciones contraídas siempre que sea posible, siendo indiferente la carga que ello importe para la parte obligada.⁹ Las partes deben asumir los riesgos normales que conlleva toda transacción, y el cumplimiento de las obligaciones no puede estar supeditado a las expectativas o ventajas que cada contratante espera obtener.

Sin embargo, esta regla general no es absoluta. En caso que las circunstancias sobrevinientes sean de tal magnitud que alteren de modo fundamental el equilibrio de las prestaciones, la parte afectada puede alegar excepcionalmente que se ha producido una situación de "excesiva onerosidad" o *hardship* que extingue o modifica las obligaciones por ella contraídas.¹⁰

La definición de *hardship* está dada por el artículo 6.2.2:

(Definición de la "excesiva onerosidad" [*hardship*])

Hay "excesiva onerosidad" (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

⁸ Dicho artículo establece que "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios".

⁹ UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, UNIDROIT, 1994, p. 148.

¹⁰ Los Comentarios a los Principios UNIDROIT señalan que se prefirió la expresión *hardship* por sobre otras empleadas en diversos sistemas jurídicos, como *frustration*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, *imprevisión*, *excessiva onerosità sopravvenuta*, etc; debido a que la primera es utilizada frecuentemente en el comercio internacional, en especial en relación a las denominadas "cláusulas *hardship*"

La definición es compleja,¹¹ en el sentido que no sólo señala la naturaleza esencial de la excesiva onerosidad (una alteración fundamental en el equilibrio del contrato, ya sea incrementando el costo de la prestación que una de las partes debe ejecutar, o bien disminuyendo el valor de la prestación que una de las partes debe recibir), sino que también agrega otros factores que deben concurrir para que esta excesiva onerosidad sea jurídicamente relevante.

Requisitos de la excesiva onerosidad

Tomando en cuenta la definición señalada, sin duda que el criterio decisivo es que la alteración en el equilibrio de las prestaciones debe ser *fundamental*. En relación a ello, los Comentarios señalan que determinar si dicha alteración es fundamental o no dependerá de las circunstancias del caso concreto. Así, si la obligación es susceptible de apreciación pecuniaria, un aumento de 50% o más en el costo de la misma podría ser considerado como una alteración "fundamental".¹² Sin embargo, esta fórmula en ningún caso puede implicar que los riesgos económicos normales del contrato puedan ser traspasados a la contraparte.¹³

Debe destacarse que los Principios UNIDROIT consagran un criterio objetivo para determinar la existencia de excesiva onerosidad, sin que sea necesario que las partes hayan hecho de la permanencia de ciertas circunstancias la base de su relación.

Por otra parte, cuando se utiliza el término *onerosidad* se está haciendo referencia a *carga económica*.¹⁴ Así, la alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones se presenta principalmente por dos vías: aumento sustancial del costo de la prestación para una parte (v. gr. incremento desmesurado de las materias primas necesarias para la producción de las mercaderías, del costo de los seguros, etc.), o bien reducción significativa del valor de la prestación recibida por la otra, incluyendo el caso en que la prestación ha perdido todo valor para dicha parte (v. gr. imposibilidad de revender los bienes por prohibiciones administrativas posteriores).¹⁵

Establecida la situación anterior, que podemos considerar el presupuesto básico de la excesiva onerosidad, han de concurrir los requisitos adicional-

¹¹ Perillo, J., *op. cit.*, p. 127.

¹² UNIDROIT, *op. cit.*, p.150.

¹³ Maskow, D., "Hardship and Force Majeure", 40 *American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 662.

¹⁴ Madrid Parra, A., "Cap. VI: Cumplimiento"; en Morán Bovio, D. (Coord.), *op. cit.*, p. 310.

¹⁵ UNIDROIT, *op. cit.*, pp.150-151.

les establecidos en el artículo 6.2.2 letras a) a d) para que la alteración fundamental en el equilibrio de las prestaciones la configure.

Estos requisitos son:

a) *Los hechos causantes de la excesiva onerosidad deben tener lugar o llegar a ser conocidos por la parte afectada con posterioridad a la celebración del contrato.*

Ello es lógico, ya que de haber sido conocidos, la parte afectada podría haber tomado las precauciones necesarias para evitar los perjuicios producidos por la alteración de las condiciones contractuales.

En todo caso, la inclusión de hechos anteriores a la celebración del contrato como causantes de la excesiva onerosidad no es pacífica. Así, por ejemplo, en su parte pertinente, los Principios del Derecho Europeo de Contratos los excluyen.

Dicho de otra manera, si los hechos eran conocidos de la parte afectada, quedaron integrados al equilibrio contractual, asumiendo el contratante respectivo el riesgo de tales eventos.

En todo caso, esta norma debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 3.10, relativo a la *lesión*, esto es, la excesiva desproporción entre las prestaciones del contrato, presente al momento de su celebración.¹⁶

b) *Estos hechos no pudieron haber sido razonablemente tenidos en cuenta por la parte afectada.*

Se trata de una cuestión de hecho, de manera que habrá que analizar el caso concreto para determinar si los hechos constitutivos de la excesiva onerosidad pudieron o no ser previstos por la parte afectada.¹⁷

¹⁶ Dicho artículo establece: "(1) Una parte podrá anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración, el contrato o la cláusula otorgan a la otra parte injustificadamente una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: a) Que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y b) La naturaleza y finalidad del contrato. (2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlo a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. (3) El tribunal podrá también adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las previsiones del artículo 3.13 (2)".

¹⁷ Mayores referencias al concepto de razonabilidad se harán al comentar los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

c) *Los hechos deben escapar del control de la parte en desventaja.*

Así, si la parte afectada pudo o puede influir con su poder sobre los hechos causantes de la excesiva onerosidad, obviamente no tiene derecho a invocarlos para efectos de modificar el contrato.

d) *El riesgo por tales hechos no debe haber sido asumido por la parte en desventaja.*

Si la parte afectada ha asumido el riesgo del cambio de circunstancias, la excesiva onerosidad debe ser excluida. En base al principio de la libertad contractual, los contratantes pueden perfectamente pactar la asunción de un riesgo mayor al ordinario.

Sin embargo, esta asunción del riesgo no sólo tiene lugar en virtud de declaración expresa de las partes, sino también cuando puede deducirse implícitamente de sus declaraciones o actuaciones o bien puede derivarse de la naturaleza del contrato.¹⁸ Así, la parte que celebra un contrato que implica operaciones especulativas está obligada a asumir los riesgos conexos al contrato, aun cuando al momento de celebrar el contrato no haya tenido una noción cabal del riesgo que asumía.¹⁹

Efectos de la excesiva onerosidad

A este respecto el artículo 6.2.3 establece:

(Efectos de la "excesiva onerosidad" [hardship])

(1) En caso de "excesiva onerosidad" (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

¹⁸ Maskow, D., *op. cit.*, p. 663.

¹⁹ UNIDROIT, *op. cit.*, p. 152.

- (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
- (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

A. Derecho a requerir renegociaciones.

De esta manera, la parte afectada por el cambio de circunstancias puede (y debe) en primer lugar reclamar a la otra la renegociación de los términos del contrato para efectos de adaptarlo a los nuevos acontecimientos. Se estima que, en principio, son las partes quienes mejor pueden reestructurar el contrato para restablecer el equilibrio perdido. Queda claro entonces que la institución de la excesiva onerosidad está orientada, primordialmente, a la renegociación del contrato, de manera que las partes lleguen a un acuerdo similar al que habrían llegado en su momento si las circunstancias ahora concurrentes se hubieran dado entonces.²⁰

Por cierto, en caso que el contrato contenga estipulaciones que prevén su adaptación para el caso de alteración fundamental en el equilibrio de las prestaciones, deberá estarse a ellas y no cabe que la parte afectada requiera la renegociación del contrato; salvo que los hechos que han dado lugar a dicha alteración no se encuentren contemplados en la cláusula respectiva.²¹

Dicho requerimiento debe hacerse *sin demora injustificada*, esto es, "tan pronto como sea posible después que sucedió el hecho generador de excesiva onerosidad".²² En relación a este requisito, una situación compleja puede presentarse en el caso de hechos que no se producen de manera instantánea, sino durante un período de tiempo prolongado (como la inflación). Serán entonces las circunstancias del caso concreto las determinantes para definir cuándo se produjo el hecho y si existe o no demora en la solicitud de renegociación del contrato.

Además, la solicitud debe indicar los fundamentos en los que se basa, de manera de permitir a la otra parte un adecuado nivel de conocimiento respecto de la justificación de la renegociación. Un requerimiento infundado será considerado como extemporáneo.

Respecto de estos requisitos, los Comentarios señalan que su omisión no implica la pérdida del derecho a reclamar la renegociación, sino que afectarán la prueba de la excesiva onerosidad en el sentido de hacerla más dificultosa, ya que en ese caso puede entenderse que no es realmente gra-

²⁰ Madrid Parra, A., "Cap. VI: Cumplimiento"; en Morán Bovio, D. (Coord.), *op. cit.*, p. 313.

²¹ UNIDROIT, *op. cit.*, p. 155.

²² *Ibid.*, p. 156.

ve la situación.²³ Sin embargo creemos que los términos de la norma son claros, y por tanto en caso de extemporaneidad o falta de fundamentos, la parte requerida puede negarse a renegociar. Esta interpretación es acorde también con el objetivo de evitar las maniobras que simplemente buscan dilatar la ejecución del contrato por parte de alguno de los obligados.

En este mismo sentido, el parágrafo (2) del referido artículo 6.2.3 establece que el requerimiento de renegociación no confiere por sí solo el derecho a la parte afectada de suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Dicha suspensión sólo podrá tener lugar en circunstancias extraordinarias, que dependerán de cada caso concreto. De otra manera, el principio general de la fuerza obligatoria de los contratos quedaría en peligro.

Además los Comentarios señalan que tanto el requerimiento de renegociación como la conducta de ambas parte durante dicho proceso deben conducirse de acuerdo al principio general de buena fe y lealtad negocial (artículo 1.7) y al deber de cooperación (artículo 5.3).²⁴

B. Derecho a recurrir ante un tribunal²⁵

Si las partes son incapaces de llegar a un acuerdo respecto de la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias dentro de un plazo razonable, o simplemente la parte requerida se ha negado a renegociar los términos del contrato, el parágrafo (3) del artículo establece que cualquiera de ellas podrá recurrir a un tribunal para que éste resuelva la cuestión.

La determinación del plazo razonable o *tiempo prudencial*, como señala la norma, que tienen las partes para alcanzar el acuerdo, es una cuestión de hecho que dependerá en cada caso de la complejidad del contrato y demás circunstancias concurrentes.²⁶ Por cierto que debe entenderse que el plazo ha terminado si las negociaciones fracasan o se encuentran irrevocablemente estancadas.

El parágrafo (4) del artículo señala que el tribunal en este caso podrá resolver el contrato o adaptarlo a las nuevas circunstancias, siempre que lo considere razonable.

²³ *Loc. cit.*

²⁴ *Ibid.*, p. 157. El artículo 1.7 señala: "(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber". Por su parte el artículo 5.3 establece que "Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última".

²⁵ De acuerdo con el artículo 1.10, el término "tribunal" incluye también a los tribunales arbitrales.

²⁶ Madrid Parra, A., "Cap. VI: Cumplimiento"; en Morán Bovio, D. (Coord.), *op. cit.*, p. 313.

La expresión *siempre que lo considere razonable* debe entenderse en el sentido de que los términos o condiciones en que se establezca la resolución o adaptación por el tribunal, deben ser aquellos que se consideren más razonables sobre la base de la equidad.²⁷

En relación a la misma expresión, los comentarios señalan que la resolución o adaptación del contrato no son las únicas medidas que el tribunal puede adoptar, ya que de acuerdo al caso concreto, podría por ejemplo ordenar a las partes que reasuman las renegociaciones o bien ratificar los términos originales del contrato.²⁸ Se volverá sobre el punto en las conclusiones de este trabajo.

En caso que el tribunal decida resolver el contrato, puede libremente establecer la fecha y condiciones de dicha resolución, sin tener que sujetarse a las normas establecidas en los artículos 7.3.1 y siguientes.

Para el caso en que el tribunal disponga la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, de modo de restablecer el equilibrio entre las prestaciones, los Comentarios señalan que “[la readaptación] puede no reflejar todo el menoscabo sufrido por la parte en desventaja, ya que el tribunal puede, por ejemplo, tener en cuenta la medida en que una de las partes ha asumido los riesgos y en qué medida la otra parte se podría beneficiar con la prestación recibida”.²⁹

C. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (*Principles of European Contract Law*, en adelante PECL, según su sigla en inglés) son el resultado del trabajo de la Comisión de Derecho Contractual Europeo (*Commission on European Contract Law*), compuesta por miembros de todos los Estados de la Unión Europea, quienes no son representantes oficiales de dichos Estados, sino académicos y/o abogados en ejercicio, independientes políticamente de sus gobiernos nacionales. Su financiamiento procede principal, pero no exclusivamente, de la Comisión Europea.³⁰

Desde 1982, esta Comisión ha trabajado en la redacción de los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Estos Principios han sido redactados en la forma de artículos, junto con comentarios explicando el sentido de

²⁷ *Ibid.*, p. 315.

²⁸ UNIDROIT, *op. cit.*, p. 157.

²⁹ *Ibid.*, p. 158.

³⁰ Hartkamp, A., “Principles of Contract Law”, en *Towards a European Civil Code*; 2 Ed., Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 105-120.

cada uno de ellos. Además se incluyen casos prácticos para ilustrar la operatividad de las normas y un análisis comparado de normas nacionales e instrumentos internacionales relativos al tópic en cuestión. A la fecha, la Comisión ha publicado las partes I y II de dichos principios.³¹ Los temas tratados son: formación, representación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento. Además se encuentran disponibles los artículos de la parte III, que cubre las materias referidas a pluralidad de partes, cesión de créditos, cesión de deudas, compensación, prescripción, ilicitud, obligaciones condicionales y capitalización de intereses.³²

De acuerdo con la Comisión, estos Principios tienen por objeto principal servir como sustento para la redacción de un Código Civil Europeo. En este sentido, ningún sistema legal en particular ha servido de base para su elaboración, sino que se han tratado de establecer aquellos principios que se consideran como más adecuados en relación a las condiciones económicas y sociales de Europa.³³

Los Principios regulan la materia en el artículo 6.111, bajo el título de "Cambio de Circunstancias". Señala la norma:

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando su cumplimiento llegue a ser más oneroso para una de ellas, ya sea porque los costos de dicho cumplimiento se han incrementado o porque el valor de la prestación que recibe ha disminuido.

(2) Sin embargo, si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente oneroso debido a un cambio de circunstancias, las partes tienen la obligación de negociar la adaptación del contrato o la terminación del mismo, siempre que:

(a) El cambio de circunstancias haya sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato.

(b) La posibilidad del cambio de circunstancias no haya podido razonablemente tenerse en consideración al celebrarse el contrato.

(c) El riesgo del cambio de circunstancias no es de aquellos que, según el contrato, debió ser asumido por la parte afectada.

³¹ Lando, O., y Beale H. (Eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

³² En http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html.

³³ http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/survey_pecl.htm.

Respecto a otras posibles funciones de estos Principios, véase Hartkamp, A., *op. cit.*

(3) Si dentro de un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo, el tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuados; o

(b) Adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

Como puede apreciarse del texto del artículo, y tal como lo señala la doctrina,³⁴ sin perjuicio de la diferente terminología, el tenor de la norma es similar a la contenida en los Principios UNIDROIT, lo cual es lógico si consideramos que ambos grupos de trabajo mantienen una estrecha colaboración y muchos de sus miembros forman parte de ambos.

Existe por cierto una diferencia de forma, ya que los Principios UNIDROIT tratan la materia en tres artículos y PECL en sólo uno. Además, en cuanto al fondo, el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT incluye aquellos hechos acaecidos con anterioridad a la celebración del contrato, pero que son conocidos posteriormente por la parte afectada; en cambio PECL sólo se refiere a hechos posteriores a la celebración del contrato, reservando los hechos anteriores para las normas relativas al error.

Por otra parte, el artículo citado, al igual que el precepto pertinente de los Principios UNIDROIT, hace referencia al concepto de "carácter razonable". Sin embargo, los Principios UNIDROIT no contienen norma alguna que indique el criterio para definir o establecer el carácter razonable (o no razonable) de un acto o comportamiento. Esta falencia es subsanada por PECL en el artículo 1.302 que señala:

Artículo 1.302: Definición de lo razonable

Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable habrá de tenerse en

³⁴ Bonell, M., *op.cit.*, p. 89, y Maskow, D., *op. cit.*, p. 661.

cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

Al respecto, compartimos lo expresado por cierta doctrina en el sentido que no resulta fácil establecer el límite entre el comportamiento de buena fe y comportamiento razonable, que terminan siendo dos formas distintas de expresar la misma idea.³⁵

3. Conclusiones

Tal como se indicó en la introducción del presente estudio, los propósitos de éste se limitan a dar a conocer el tratamiento de la institución comentada en los párrafos precedentes en los Principios UNIDROIT y PECL, y consecuentemente introducir en el debate doctrinario nacional las alternativas que éstos plantean.

Sin embargo, estimamos necesario plantear algunas conclusiones en vista de lo expuesto y lo planteado a la fecha por los estudios nacionales disponibles:

1. En primer lugar, en los cuerpos normativos analizados precedentemente, la revisión del contrato por un cambio sobreviniente de circunstancias *aparece expresamente regulada*. Se destaca esto, ya que de acuerdo a un sector de la doctrina nacional, con los textos legales disponibles y los principios que informan el Derecho Civil y dentro de él específicamente a las Obligaciones y Contratos, es posible aplicar esta institución sin contravenir lo dispuesto por el artículo 1545 del Código Civil, y por tanto sin que sea necesario una enmienda legislativa.³⁶

Por otra parte, el profesor Peñailillo³⁷ sostiene la tesis contraria, esto es, que sin perjuicio que es posible admitir su aplicación con el texto actual del Código y demás principios pertinentes, es preferible y deseable su consagración legislativa, por razones técnicas, de armonización con otras instituciones y debido a su vacilante trayectoria en la doctrina y jurisprudencia.

³⁵ Díez Picazo, L., Roca Trías E., y Morales, A., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 163.

³⁶ Al respecto, véase lo sostenido por los profesores Illanes y Dörr en *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, *op. cit.* en nota 1.

³⁷ En la obra citada en el número anterior y en "La Revisión Judicial de Obligaciones y Contratos en la Reforma del Código Civil (La Lesión y la Imprevisión)", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 208, pp. 209-237. Esta tesis pareció tener acogida con la presentación del proyecto de ley aludido en la introducción de este trabajo.

cia nacionales.³⁸ Adherimos a esta posición, y a lo planteado por el citado autor en el sentido de que debe tratarse de “normas fundamentales”, esto es, preceptos flexibles y esenciales, que consignent sólo los elementos esenciales y los principales efectos de la institución, dejando en manos del juez su concreción al caso particular. Tal es sin duda el estilo normativo utilizado en las normas que se han analizado en los párrafos precedentes.

Por último, puede argumentarse a favor de la consagración legislativa, que ésa es la tendencia en Derecho Comparado. Por cierto, la mayoría de los Códigos del siglo XX contemplan la institución en comento, y aun más, recientemente ha sido incorporada expresamente al Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) mediante la denominada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil Alemán (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*). Lo dicho es relevante, ya que en dicho país los Tribunales, tomando como fundamento esencialmente la denominada “teoría de la base del negocio” (*Geschäftsgrundlage*), de Paul Oertmann, habían dado acogida a la revisión del contrato por cambio sobreviniente de circunstancias, sin que su Código Civil contemplara tal posibilidad de manera expresa.³⁹

2. En relación con lo anterior, para efectos de reafirmar la excepcionalidad de la revisión del contrato por un cambio sobrevinido de circunstancias, y evitar los peligros que algunos autores advierten para el caso de su consagración legislativa,⁴⁰ parece prudente que en la normas que regulen la materia se confirme mediante un enunciado general el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, de la manera que lo hacen los cuerpos normativos estudiados, sin perjuicio de mantener como precepto esencial al artículo 1545 del Código Civil.

3. En general, los requisitos para que se configure la excesiva onerosidad son los mismos que señala la doctrina nacional para la aplicación de la teoría de la imprevisión, por lo que no hay novedad al respecto.

En cuanto a lo planteado por los Principios UNIDROIT, en relación que el hecho causante de la excesiva onerosidad pueda ser anterior a la celebración del contrato, creemos que dicha posibilidad debe contemplarse en

³⁸ En relación a la jurisprudencia, como acertadamente lo señala el profesor Illanes en la obra citada en los números anteriores, no existe juicio del que haya conocido la Corte Suprema donde derechamente se haya planteado por una parte la teoría de la imprevisión para excusarse de cumplir una obligación en los términos pactados, por lo que en estricto rigor no hay pronunciamiento alguno de nuestro más alto Tribunal al respecto.

³⁹ Algunos fallos, a modo ejemplar, en K. Zweigert y H. Kötz, traducido al inglés por Weir, T., *An introduction to comparative law*, 3 Ed., Oxford, 1998, pp. 518-524.

⁴⁰ V.gr. Illanes y Dórr en *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, op. cit. en nota 1.

las normas relativas al error como vicio del consentimiento, reservándose como hechos constitutivos de excesiva onerosidad sólo los acaecidos con posterioridad a la celebración del contrato.

4. Quizás el punto más novedoso de las normas estudiadas es que tanto los Principios UNIDROIT como PECL confieren como primer derecho de la parte afectada por la excesiva onerosidad, el de reclamar la renegociación del contrato. Sólo en caso que tales negociaciones no prosperen, la parte respectiva podrá recurrir ante un tribunal. La doctrina nacional sólo plantea, en caso de concurrir los requisitos respectivos, la posibilidad que la parte afectada recurra ante un tribunal a efectos que éste determine la revisión o modificación del contrato.

El autor estima que la alternativa (o más bien, la obligación) de reclamar la renegociación del contrato es peligrosa y puede convertirse en el hecho en una práctica meramente dilatoria, por medio de la cual aquella parte que no se encuentre en condiciones de cumplir con las obligaciones que le impone el contrato, requiera siempre a la otra la revisión del contrato, amparada en un texto positivo que así lo faculte.

En el otro extremo, para que el derecho a requerir la renegociación del contrato fuese efectivo, deberían establecerse sanciones para la parte que simplemente se niegue a hacerlo, ya que de otra manera bastaría la sola negativa para abortar la renegociación planteada, haciendo ilusorio el derecho de la parte afectada.

En definitiva, creemos que no es conveniente incluir como derecho de la parte afectada el de requerir la renegociación del contrato a la otra, por las razones señaladas y además debido a que, en el hecho, una vez planteada por el deudor la imposibilidad de cumplir con su obligación por razones de excesiva onerosidad, la alternativa de modificar los términos originales del contrato generalmente ha sido objeto de negociaciones entre las partes, negociaciones que en el caso de fracasar, son las que precisamente hacen necesaria la intervención judicial.

5. Tal como se señaló, la resolución o adaptación del contrato no son las únicas medidas que el tribunal puede adoptar al conocer de un litigio de esta naturaleza. Otras alternativas serían ordenar a las partes que reasuman las renegociaciones o bien ratificar los términos originales del contrato. Sin embargo, como acertadamente apunta cierta doctrina,⁴¹ si bien en teoría es posible concebir las soluciones antedichas, las consecuencias prácticas de adoptar una u otra son incoherentes con el espíritu de la institu-

⁴¹ Madrid Parra, A., "Cap. VI: Cumplimiento"; en Morán Bovio, D. (Coord.), *op. cit.*, p. 316.

ción. Así, si el tribunal determinase ratificar los términos del contrato, que-rría decir que no consideró acreditadas las circunstancias para la existencia de una excesiva onerosidad, ya que de otra manera sería absurdo que ordenase la subsistencia del contrato en sus términos originales. Por otra parte, si el tribunal ordenase a las partes reasumir las negociaciones, dicha iniciativa tendría una alta probabilidad de fracaso, teniendo en consideración que fue justamente por la incapacidad de los contratantes de adaptar el contrato que se solicitó la intervención del tribunal.

Una opción que sí parece viable es que el tribunal decrete la suspensión de los efectos del contrato, por un tiempo determinado o bien en tanto se mantengan las circunstancias que hacen que la obligación de una de las partes sea excesivamente onerosa en relación a los términos originalmente pactados.

6. Por último, en relación a la adaptación del contrato por parte del tribunal, si bien no es fácil determinar los límites del poder de revisión del juez, estimamos que dichos poderes no pueden implicar la total alteración de lo originalmente pactado por las partes, sustituyendo lo que en principio era un precepto de autonomía privada por un precepto enteramente heterónomo.⁴² Incluso, tal como se señaló, la modificación puede no reflejar todo el menoscabo sufrido por la parte afectada, debiendo el tribunal tomar en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

⁴² En el mismo sentido, Díez Picazo, L., Roca Trías E., y Morales, A., *op. cit.* p. 296.

Máximas de experiencia

Héctor Oberg Yañez

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

No debiera parecer extraño a nuestro medio jurídico el epígrafe que encabeza estas líneas, dado que estas máximas de experiencia existen en nuestra legislación positiva desde mediados del siglo XIX, con la aparición de nuestro Código Civil y posteriormente con el Código de Procedimiento Civil. Sólo que en estos cuerpos legales no se les menciona con tal denominación, y aparecen cubiertas con otra nomenclatura.

Pero es lo cierto que ellas han sido incorporadas a nuestra legislación procesal penal con su verdadera nominación, y es así que el art. 297 inc.1° del C. P. Penal indica que “los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”. Lo trascendente es que ellas han sido elevadas por el legislador al rango de no poder ser contradichas por los tribunales en su apreciación probatoria de los hechos, limitándoles así la libertad que se les concede en esta materia por el mencionado cuerpo legal. Desde luego, no pretendemos ser originales sobre el tema, muy lejos de nuestro pensamiento está esa idea. Bástenos decir sobre el particular que ya a fines del siglo XIX el tratadista alemán Friederich Stein había publicado una obra titulada *El Conocimiento Privado del Juez*, en la cual se analiza detallada y cuidadosamente el tema en cuestión.¹

El legislador sabiendo que ciertos conceptos varían al cambiar las condiciones sociales, y que, por ejemplo, se reputa hoy lícito lo que ayer no lo era, y posible lo que ayer se consideraba imposible, ha preferido cuando el hecho específico hace referencia a tales conceptos variables, dejar indeterminado el concepto mismo, confiando al juez colmar, caso por caso, tal

¹ Stein, Friederich, *El Conocimiento Privado del Juez*, Bogotá, Temis, 2ª ed., 1988

determinación, con el objeto preciso de que en el momento en que juzga asigne, según la conciencia general, el sentido a la palabra empleada por la ley. Empero, es menester dejar en claro que el juez no es libre en tal apreciación, sino que tiene el preciso deber de buscar lo que en aquel momento signifique en la sociedad en que vive, en la cual se encuentra inserto, aquella palabra o expresión usada por el legislador. Y de tal búsqueda sacará una máxima de experiencia, con la cual integrará y precisará la norma de ley, procediendo posteriormente a la homologación del hecho específico legal así precisado, con el objeto específico concreto sobre el cual versa la causa en la que debe decidir.

Lo destacable en estas máximas de experiencia es que ellas no nacen ni mueren con los hechos, pues su validez se prolonga más allá, teniendo vigencia para otros nuevos. Podríamos decir que son palingenésicas. "Las máximas de la experiencia pertenecen a cualquier ámbito vital imaginable y que en cualquier momento de la actividad procesal pueden, o incluso deben, tener valor" (Stein).

Asimismo, es útil y conveniente contar con la certeza de poder utilizar estas máximas de experiencia en su momento, pues, como se ha expresado, no siempre será factible tener una ley que resuelva el problema, situación esta última que de producirse, devendría en un exceso de leyes, lo que se traduciría en un menoscabo de su calidad, y con eso, relaja automáticamente también la jurisprudencia y en general la ciencia del Derecho.

Pero a todo esto, ¿qué son las llamadas máximas de experiencia?

Recurriendo a Stein, puede decirse que son "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, adquiridas mediante la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación se infieren y fuera de los cuales presentan valor para otros casos" (*Das private wissen des Richters*).

Por su parte Dellepiane, con mucha sencillez y simplicidad, las define como "una generalización suministrada por la experiencia; un principio de sentido común cuyo carácter es contingente".²

Empero cualquiera que sea el concepto que de ellas se dé, es posible encontrar ciertos elementos que les son comunes, y tales son los siguientes:

² Dellepiane, Antonio, *Estudios de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Lib. Jurídica, 1907.

1°. Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico.

2°. Estos juicios tienen vida propia, que se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica.

3°. No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos.

4°. Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida (Carnelli³), y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar.

5°. Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida, y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

En todo caso, el juez tiene como limitante el derecho vigente en el país, y su obrar no puede asumir el carácter de arbitrario o supletorio de la actividad de los litigantes. "No puede romper abiertamente con la norma positiva y dedicarse a crear un sistema legislativo propio" (Fueyo⁴).

Ha existido en nuestro país la idea de que el juez tiene escasa o ninguna atribución para decidir según su criterio un asunto, y que, por el contrario, es un esclavo de la ley, la que sólo debe aplicar al caso concreto, única manera de quedar dentro del ámbito de sus funciones. Pues bien, este mito, al igual que otros, carece de base frente a los diversos casos en que se faculta al juez para actuar discrecionalmente y recurriendo –aunque no se le designe con tal nombre– a las máximas de la experiencia, lo que le permite tener una función más acabada en el ejercicio de su cargo, en lo que atañe a la valoración probatoria, y en cuanto le es permitido expresar en sus fallos su propio sentido de justicia, su conciencia y, como hemos dicho, su discrecionalidad.

Nuestra legislación procesal, en mayor o menor grado, contiene normas que precisan que el órgano juzgador las interprete y valore, ya que ellas carecen de un sentido claro, preciso o literal o bien quedan entregadas a la

³ Carnelli, Lorenzo, *El Hecho Notorio*, Buenos Aires, La Ley, 1944.

⁴ Fueyo Laneri, Fernando, *Interpretación y Juez*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Centro de Estudios Ratio Iuris, 1976.

discrecionalidad del juez. Es en esta situación donde ese juez encuentra en las máximas de experiencia una verdadera ayuda, un aliado, y a las cuales debe recurrir para valorar, interpretar esos "valores indeterminados o en blanco", al decir de Fueyo. Obviamente, estas máximas no son incompatibles con las otras formas de exégesis legal. Y en todo caso el juez deberá tener en consideración que su objetivo final es el de administrar justicia, objetivo que debe estar presente en este proceso lógico de valoración y creación.

Empero, no solamente en el ámbito procesal es dable encontrar estas máximas de experiencia, las hay también en el Código Civil, y a manera de ilustración podemos citar algunas de estas expresiones: orden público, buenas costumbres, moral, diligencia o cuidado, etc.

En la normativa del Código de Procedimiento Civil nuestro, es posible encontrar –como lo hemos expresado– algunas de estas máximas de experiencia, y que se aplican constantemente por los tribunales de justicia. Así, respecto de las presunciones el art. 426 al establecer sus requisitos para que constituyan un medio de prueba en concordancia con el art. 1712 del Código Civil, requiere que aquellas que deduce el juez deben ser graves, precisas y concordantes, y esta calificación sólo le compete al juez, al igual que "los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento". Es obvio, que la conclusión a que llegue el sentenciador deberá estar conforme al mérito de autos, dado que su conclusión no puede ser arbitraria o absurda. Y es justamente aquí donde las máximas de experiencia cumplen un papel fundamental, ya que ellas a través de las presunciones permiten a los jueces una verdadera creación normativa, quedando entonces a la larga una solución del asunto litigioso en manos del tribunal. "El juzgador no falla sólo por instinto, si no que consciente o inconscientemente recurre a las máximas de experiencia o a otros elementos que le pueden servir de guía en la materia" (Elizabeth Emilfork⁵). En otras palabras, el juez en esta materia interviene utilizando su propio criterio.

Es posible, asimismo, aplicar una máxima de experiencia en la situación prevista en el art. 428 del Código de Procedimiento Civil, que alude a la apreciación comparativa de los medio de prueba, y cuyo tenor señala: "Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad". Es indudable que la máxima de experiencia, en esta situación, servirá para buscar una solución al conflicto. Y así lo han entendido también los

⁵ Emilfork, Elisabeth, *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil, Especialmente Referidos a la Legislación Procesal*, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, año 1967.

sentenciadores, cuando han expresado que “la disposición según la cual entre dos o más pruebas contradictorias y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales deben preferir la que crean más conforme con la verdad, importa una facultad de mera apreciación entregada al criterio de los jueces de fondo...”.

Cabe agregar a las situaciones mencionadas aquella otra que señala el art. 384 del mismo Código Procesal, esto es, que “los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de los testigos conforme a las reglas siguientes: 3^a. Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conforme, en sus declaraciones, con otras pruebas del proceso”. Todos estas nociones que se incluyen en esta disposición son eminentemente subjetivas, y quedan comprendidas en las facultades discrecionales del órgano juzgador, y en la apreciación de ellas sin duda que se ayudará de las máximas de experiencia. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que “los jueces de fondo son soberanos para apreciar los hechos del pleito... y que no procede acoger un recurso de casación en el fondo que se funde en la violación del art. 384 del Código de Procedimiento Civil”.

Pero no se crea que los casos precedentemente indicados son los únicos, también es posible traer a colación el art. 425 del Código de Procedimiento Civil, que establece la valoración probatoria para el dictamen de peritos, y que se realizará de acuerdo a las reglas de la sana crítica, concepto no definido por el legislador. Y en esa ponderación, al decir de Fueyo, deberá entonces considerarse “el prestigio o fama del perito, el alto nivel técnico y lógico de su informe, la concordancia con otras pruebas del proceso o aun con presunciones judiciales, el mérito o valor comparativamente superior al de otros peritajes acompañados, y por sobre todo, su fundamentación sólida, que descansa preferencialmente sobre hechos fehacientemente comprobados antes o ahora”. Tales son los elementos que valorará el juez subjetivamente, y en los cuales operará una máxima de experiencia.

Amén de las situaciones descritas anteriormente, es factible agregar otras, en que el fallador también ejerce facultades discrecionales, tanto en la ponderación probatoria como en la propia sentencia. Efectivamente, puede citarse el art. 36 de la Ley de Menores, que establece que “el juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia...”; e igual alcance se contiene en el art. 14 de la

Ley N° 18.287, relativa al procedimiento que debe seguirse ante los Juzgados de Policía Local, en virtud del cual el juez aprecia la prueba rendida de acuerdo a las "reglas de la sana crítica". Similar situación se produce en los juicios derivados del contrato de arrendamiento, regidos por la Ley N° 18.101; y en ciertos juicios laborales, asuntos en que la prueba rendida se pondera por el juez en conciencia. Cabría aún agregar lo que estatuye el art. 223 del Código Orgánico de Tribunales para el árbitro arbitrador, en cuanto lo faculta para fallar "obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren...". O bien, aquella facultad que se da, en el silencio de la ley, a los jueces para fijar principios de equidad, conforme a los cuales decide un litigio.

Con todo, y frente a estas expresiones utilizadas por el legislador y que dan margen para utilizar y aplicar las máximas de experiencia, hay que tener presente las limitaciones que pesan sobre ellas, y a las cuales hemos aludido precedentemente, toda vez que, por ejemplo, al fallar conforme a la equidad, al sentenciador no le será suficiente señalar los principios de equidad, sino que además deberá acreditar o declarar la laguna legal y fundar los principios de equidad que está empleando. No quedan éstos a su arbitrio. En otros términos, con el uso de las máximas de experiencia en lo que respecta a la ponderación probatoria, "el juez queda liberado de la rigidez interpretativa, tradicional o normada, de un determinado ordenamiento jurídico; pero no lo libera de la fuerza vinculatoria del ordenamiento mismo, ni de la necesidad de aplicarlo demostrativa y convincentemente, es decir, de un modo racional" (*Gaceta Jurídica* N° 27, 1979, pág. 37). Esta estimación no puede ser absurda, carente de lógica o arbitraria, por el contrario, debe darse una sana crítica, un criterio libre, pero racional, justificando el motivo por el cual las pruebas producidas le han llevado al convencimiento de determinadas conclusiones.

De lo expuesto, fluye la función creadora del juez al tener que considerar estos elementos flexibles e indeterminados, y que en el acontecer diario el juzgador tendrá que examinarlos al calor de la situación fáctica demostrada en la causa, y que valorará, en definitiva, de acuerdo a una máxima de experiencia. Demostrativo de lo que estamos manifestando es una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (de 10 de septiembre de 1940), que dice: "Tratándose de un país como Chile, en que son frecuentes los movimientos terrestres, no se puede decir que los temblores de mediana intensidad sean un imprevisto que no sea posible resistir y que constituyen fuerza mayor o caso fortuito. En consecuencia, en la construcción y cuidado de los edificios deben tomarse todas las medidas que la prudencia aconseja para evitar daños a terceros con el deterioro de ellos". Se hace notar

en el fallo en cuestión la diligencia o cuidado que debe guardarse en la construcción en nuestro país, fundándose para ello en una máxima de la experiencia.

De lo anotado precedentemente, es posible extraer que las funciones que cumplen las máximas de experiencia en el proceso son:

1. Apreciar los medios probatorios que han hecho valer las partes. Es en este aspecto donde es dable observar su mayor limitante, ya que ponderando los medios probatorios producidos por las partes, no pueden suplir las omisiones de éstas.
2. Ponderar los indicios, que son "hechos, es decir, acontecimientos o circunstancias, a partir de las cuales y por medio de la experiencia se puede concluir en otros hechos que están fuera del proceso y constituyen el objeto de la prueba" (Stein). Estos indicios, de aplicación preponderante en el proceso penal, reciben la denominación más conocida de presunciones, en el proceso civil.
3. Interpretar las normas jurídicas no definidas por el legislador, como por ejemplo: orden público, buenas costumbres, moral, diligencia o cuidado, etc. Naturalmente que este alcance hay que entenderlo con la salvedad de que no es la única regla de hermeneútica, sino que es preciso armonizarla con las otras reglas legales que rigen sobre el particular.
4. Determinar la imposibilidad de un hecho, o bien para repeler una prueba como inútil "por conducir a un imposible".

Evidentemente las máximas no van sólo a emplearse para suplir estas funciones o finalidades, pero las señaladas son las más trascendentes.



Contrato de *outsourcing* informático

Ricardo Sandoval López

Profesor de Derecho Comercial

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

En los últimos años del siglo XX y en los inicios del siglo XXI, la empresa se ha visto obligada a realizar un esfuerzo por adaptarse a este nuevo orden económico, cuyo rasgo esencial es el carácter global del mercado, dentro del cual debe mantener sus condiciones de competitividad y productividad, para lograr un adecuado posicionamiento. Este esfuerzo consiste básicamente en emplear las tecnologías propias de la sociedad de la información, las cuales cambian con notable frecuencia.

Para la utilización de tecnologías de punta en materia informática, la empresa requiere convenir diversos contratos prestadores de servicios especializados en este campo de actividad. Una de estas figuras jurídicas es el contrato de *outsourcing informático* o tercerización, que consiste en entregar a terceros las tareas infomáticas de la empresa, manteniendo en su poder sólo las funciones esenciales del negocio. La informática es una función accesoria de toda empresa cuyo giro principal no sea, precisamente, la informática. El empleo de la informática permite reducir substancialmente el tiempo de las transacciones, la forma de obtener información y la configuración y almacenamiento de bases de datos, todo lo cual favorece la competitividad frente a las otras empresas.

La circunstancia que una empresa cuente con una área informática propia puede resultar costosa y poco eficiente, toda vez que ella no se dedica en especial a este tipo de actividad. En consecuencia, se ha considerado como un mecanismo de adaptación de la empresa a la economía del conocimiento concluir un acuerdo en virtud del cual ella entrega a un tercero especialista el área ionformática, convención que recibe el nombre de *outsourcing* informático.

Aunque el contrato de *outsourcing* carece de regulación legal en la mayor parte de los países del sistema jurídico de derecho continental europeo, en la práctica su aplicación es cada vez mayor, al punto que su celebración se considera como una megatendencia que se impone en la comunidad empresarial de todo el mundo. En el ámbito del derecho del sistema de *Common Law* y especialmente en el derecho contractual estadounidense, este contrato es objeto de regulaciones por el derecho y materia de estudio por la doctrina de los autores. Sin embargo, en Chile no está difundido, de suerte que este estudio está destinado a darlo a conocer, mediante un análisis pormenorizado de los elementos subjetivos y materiales que lo integran.

Abordaremos el análisis de esta especie de contrato electrónico, describiendo, en una sección primera, los aspectos generales, como su noción, los antecedentes históricos, los diferentes tipos de *outsourcing* informático existentes, sus características, las diferentes etapas que lo conforman y sus ventajas y desventajas. En una sección segunda haremos un análisis detallado de los aspectos materiales del contrato, tales como los elementos propios, efectos y terminación del mismo. Como primer anexo incluiremos un modelo de *outsourcing* informático, y como un segundo anexo, casos prácticos de esta figura contractual.

I. Aspectos generales del *outsourcing*

2. Noción general de *outsourcing*

Este contrato se conoce con la expresión en idioma inglés de *outsourcing*, que traducida al castellano corresponde al término de tercerización o externalización. En este estudio utilizaremos preferentemente el vocablo inglés *outsourcing*, sin perjuicio de emplear en algunas oportunidades la expresión tercerización, aunque parece ser un barbarismo del idioma castellano.

El contrato de *outsourcing* informático es una especie de tercerización, es decir, pertenece al género de la figura jurídica mediante la cual se persigue externalizar determinados servicios que la empresa requiere, en vez de procurárselos ella misma. Conviene, en consecuencia, antes de entrar en la noción de *outsourcing* informático, precisar el concepto genérico de contrato de *outsourcing*.

Los investigadores en estas materias han ideado diferentes definiciones del contrato de *outsourcing* en general. Así, por ejemplo, Fernando E. Granda

y Alejandro E. Smolje señalan que consiste en “la adquisición sistemática, total o parcial, y mediante proveedores externos, de ciertos bienes o servicios necesarios para el funcionamiento operativo de una empresa, siempre que hayan sido previamente producidos por la propia empresa o ésta se halle en condiciones de hacerlo, y se trate de bienes o servicios vinculados a su actividad”.¹

Para Paul Neale, director de negocios de la compañía ISL subsidiaria de *International Business Machine* (IBM), el contrato genérico de *outsourcing* es “la práctica de transferir la planeación, administración y operación de ciertas funciones a una tercera parte independiente”.²

Fabiola Mora, siguiendo a Walter Schupnik, señala que: “básicamente se trata de una modalidad según la cual determinadas organizaciones, grupos o personas ajenas a la compañía son contratadas para hacerse cargo de “*parte del negocio*” o de un servicio puntual dentro de ella. La compañía delega el gerenciamiento y la operación de uno de sus procesos o servicios a un prestador externo –*outsourcer*–, con el fin de agilizarlo, optimizar su calidad y/o reducir sus costos. Transfiere así los riesgos a un tercero que pueda dar garantías de experiencia y seriedad en el tema”.³

Las nociones de *outsourcing* genérico transcritas precedentemente ponen el acento en los objetivos que se persiguen y que se obtienen al celebrar este contrato, pero no lo describen concretamente, por lo que es preciso acudir a otros autores que han elaborado otras definiciones más completas al respecto.

Emilio del Peso Navarro señala que el contrato de *outsourcing* es: “la contratación por una organización de uno o varios proveedores externos para la prestación, mediante el empleo de activos ajenos a la estructura interna de aquélla, de un servicio que anteriormente desarrollaba un departamento interno de la misma”.⁴

De acuerdo con este concepto, los elementos propios de este contrato serían los siguientes:

¹ Dr. Granda, Fernando E.; Dr. Smolje, Alejandro E.. “Herramientas para el análisis económico y estratégico”. *Resumen. Conceptos y reflexiones sobre la tercerización*.

² García Alvarez, Rafael. “Outsourcing” <http://spin.com/~rjaguado/outsour.html> (Consulta: 20 de mayo de 2002).

³ Mora, Fabiola; Schupnik, Walter, “Outsourcing & Benchmarking”. www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/ger/outyben.htm (Consulta: 22 de mayo 2002).

⁴ Del Peso Navarro, Emilio. *Manual de Outsourcing Informático* (Análisis y contratación); Editorial Díaz de Santos; España, Madrid, 2000, p. 6.

- a) Contratación de un servicio con uno o más proveedores;
- b) Que este servicio se viniera prestando antes internamente; y
- c) Que el servicio se preste mediante activos ajenos a la estructura interna de la empresa.

Vale la pena destacar que los servicios comprendidos en los contratos de *outsourcing* no forman parte del giro propio de la empresa que los contrata, sino que se consideran "de apoyo" a este rubro. Esto permite que la empresa pueda dedicar todo su esfuerzo y tiempo a la realización de su propio negocio, lo que constituye una ventaja del contrato de *outsourcing*. Por tal razón suele considerarse al contrato de *outsourcing* como un simple contrato de prestación de servicios, entre un cliente que paga y un proveedor que presta el servicio. Sin embargo, éste es un contrato autónomo que cuenta con elementos propios, como tendremos oportunidad de precisar más adelante.

Para una mejor comprensión de la particularidad del contrato de *outsourcing*, imaginaremos el siguiente caso: una entidad financiera, desde el inicio de sus actividades ha contado con un departamento interno de seguridad, cuya función es vigilar los diferentes establecimientos que ella posee. La creación y el funcionamiento de este órgano interno ha significado incurrir en diferentes gastos, tales como capacitación y remuneración del personal y adquisición de los instrumentos de trabajo. Sin embargo, el servicio de seguridad así concebido no se ha caracterizado precisamente por su eficiencia, motivo que induce a la empresa financiera a externalizar esta función, suprimiendo su departamento de seguridad y celebrando un contrato de *outsourcing* con una empresa prestadora de servicios de seguridad. Gracias a la celebración de este contrato la entidad financiera ha logrado un servicio de seguridad de mayor calidad, que incluso significó una economía de costos.

El propósito básico de las empresas en convenir contratos de tercerización, es la disminución de costos, aunque, como veremos más adelante, existen otras razones que motivan su celebración.

En resumen, podemos indicar que el contrato de *outsourcing* genérico es un instrumento que permite dejar en manos de empresas expertas la gestión y el manejo eficiente de ciertos procesos que no están ligados directamente al giro de negocios de la empresa y que además le brinda la posibilidad de reducir costos y de reorientar los recursos internos para mejorar su nivel de competitividad.

3. Antecedentes históricos

El *outsourcing* es una práctica que data desde el inicio de la Era Moderna. Algunos señalan que la tercerización se viene realizando hace muchos años, pero con otro nombre, *facilities management*. La diferencia está en que antes sólo se veía como una forma de ahorrar dinero y ahora en cambio se busca algo más.⁵

A finales del siglo XX y en los inicios del siglo XXI las empresas compiten en el contexto de un mercado global, por lo que deciden que otros asuman responsabilidades respecto de la prestación de determinados servicios, a fin de dedicar por entero su capacidad para hacer realidad sus estrategias de crecimiento. Es preciso destacar que el *outsourcing* desde sus orígenes ha ido evolucionando, de suerte que, con el tiempo, diferentes áreas de las empresas se han ido externalizando.

En este orden de ideas se puede constatar que ciertas funciones que, hasta hace poco tiempo, ninguna empresa se hubiere atrevido a poner en manos de terceros, en la actualidad resulta lo más natural que se lleven a cabo por terceros especialistas en ellas.

Desde una perspectiva cronológica, se puede señalar cuáles han sido las diferentes funciones externalizadas, en el orden que indicamos a continuación:

- a) Limpieza.
- b) Seguridad.
- c) Catering.
- d) Biblioteca.
- e) Sistemas informáticos.
- f) Producción.
- g) Diseño/desarrollo de producto.
- h) Funciones administrativo-financieras.

Como puede advertirse, la intención de las empresas de externalizar funciones no se detiene en los servicios informáticos, sino que se extienden al dominio de la producción y del diseño o desarrollo del producto. Siguiendo esta tendencia, en un futuro cercano pueden existir "empresas virtuales", en las que la totalidad de sus funciones estarán externalizadas.

⁵ En este sentido y desde una perspectiva histórica, cabe remarcar que, hoy en día, el motivo o la causa del contrato de *outsourcing* trasciende la reducción de costos.

Emilio del Peso Navarro ilustra con gran lucidez lo justo antes dicho: "Se debe entender el *outsourcing* como una nueva filosofía de trabajo, como una nueva estrategia empresarial de la que emerge una nueva industria: los servicios informáticos. Por lo cual existe una ruptura con el pasado y quizás también una desacralización de la informática bajándola del pedestal en el que se le había subido y situándola simplemente en lo que es, una importantísima ayuda para la gestión eficaz de una empresa, pero nada más que eso".

4. Concepto de *outsourcing* informático

Por tratarse de una figura contractual de reciente introducción en el sistema jurídico romanista, preferimos ilustrar la noción de la misma empleando la definición genérica de *outsourcing* y agregando el aspecto específico del servicio informático que constituye su objeto.

El *outsourcing* informático es una convención mediante la cual una empresa obtiene, a cambio de una remuneración determinada, que uno o varios proveedores externos, mediante el empleo de activos ajenos a su estructura interna, le brinden los servicios de informática que antes desarrollaba un departamento interno de la misma.

En opinión de Emilio del Peso Navarro,⁶ el *outsourcing* informático consiste en la “subcontratación de todo o parte del trabajo informático mediante un contrato con una empresa externa que se integra en la estrategia de la empresa y busca diseñar una solución a los problemas existentes”.

Es interesante advertir que la definición recién transcrita se refiere a la externalización “de todo o parte del trabajo informático”, sin precisar en qué consisten tales tareas. Conviene, por ende, especificar cuáles son los servicios de informática susceptibles de constituir el objeto de este contrato. De forma generalmente aceptada, se ha entendido que los servicios de informática que pueden ser típicamente externalizados son los siguientes:⁷

- a) Gestión y operación de los servicios informáticos de una organización:
 - Procesos en línea (on-line).
 - Procesos por lotes (batch).
 - Redes de comunicaciones.
 - Procedimientos de seguridad de los datos.
- b) Control y supervisión de sistemas:
 - Actualización y mantenimiento del sistema operativo y software de base.
 - Diseño y administración de la base de datos.
- c) Diseños de redes de comunicaciones.
- d) Consultoría.
- e) Mantenimiento de equipos físicos y lógicos.

⁶ Véase en este sentido: Del Peso Navarro, Emilio, *Manual de Outsourcing Informático*, Editorial Díaz de Santos, España, Madrid, 2000, p. 6.

⁷ Ver en este sentido la dirección internet: <http://www.map.es/csi/silice/Outsrc4.html> (Consultada: el 28/06/2002)

- f) Soporte técnico:
- Usuarios.
 - Relación con vendedores y/o fabricantes.
- g) Desarrollo y mantenimiento de aplicaciones:
- Planificación conceptual.
 - Especificación funcional.
 - Plan de aplicación.
 - Diseño.
 - Implementación y pruebas de módulos y del sistema.

Atendida la circunstancia que los servicios de informática se componen de diferentes funciones, existen contratos de *outsourcing* informáticos totales y parciales, según la cantidad de servicios de esta naturaleza que comprenda el objeto de la convención. En este sentido, se puede dar la situación extrema que el proveedor del servicio asuma íntegramente la gestión informática de una empresa, tanto de recursos humanos como técnicos.

Asimismo, interesa poner de relieve que en el contrato de *outsourcing* informático el proveedor, denominado *outsourcer*, "se integra en la estrategia de la empresa y busca diseñar una solución a los problemas existentes", lo que pone en evidencia que la convención va más allá de una simple prestación de servicios, porque en este caso no sólo se pone en manos de un tercero un proceso o parte de la actividad empresarial, sino que se comparten con él los riesgos del éxito o del fracaso del propio negocio.

5. Clases de *outsourcing* informático

Si se atiende a la cantidad de servicios informáticos que integran el objeto del contrato, se puede distinguir entre *outsourcing* total y *outsourcing* parcial.

El contrato de *outsourcing* informático es total cuando la empresa cede a un tercero especialista la totalidad de la gestión del área de sus sistemas informáticos, recibiendo este último una remuneración por el conjunto de servicios dispensados. El traspaso de la función informática comprende diversos activos, recursos humanos, *hardware*, *software*, mantenimiento, etc., en resumen, todo lo relacionado con los sistemas informáticos de la empresa. Gracias a este contrato, la empresa que externaliza sus sistemas informáticos se olvida definitivamente de la gestión de ellos, haciendo, en la mayoría de los casos, desaparecer su departamento interno de informática. Un ejemplo de *outsourcing* informático total es el contrato celebrado recientemente en Francia entre el *Grupo Galerie Lafayette* y la empresa IBM, en virtud del cual esta última proveerá todo el sistema informático utiliza-

do por las multitiendas *Galerie Lafayette*, en las que emplean a 24.000 trabajadores.

Por el contrario, el contrato de *outsourcing* informático es parcial cuando la empresa externaliza en manos de un proveedor especializado solo una parte de la gestión de sus sistemas informáticos, recibiendo éste último una remuneración por el servicio prestado.

Las empresas proveedoras de sistemas informáticos tienen una variada gama de servicios que pueden ofrecer a las empresas, entidades, o corporaciones públicas o privadas, que decidan externalizar esta clase de funciones.⁸

Emilio del Peso Navarro en su obra citada señala una lista de los diferentes servicios que pueden ser ofrecidos por las empresas especialistas en informática, a saber:

- a) Operación de equipos informáticos en la localización física del cliente.
- b) Operación de equipos informáticos en la localización del suministrador con un parque informático compartido.
- c) Suministro de servicios de redes de telecomunicaciones ya sean circuitos de datos, voz o ambas cosas: solo explotación, red completa, líneas incluidas, explotación y equipamiento.
- d) Explotación y desarrollo de aplicaciones ya existentes.
- e) Explotación de nuevos sistemas, que incluyen:
 - Equipos de análisis.
 - Equipos de software que desarrollen sistemas en localización distinta de la del cliente.
 - Soporte permanente de mantenimiento.
- f) El desarrollo y soporte de técnicas de sistemas. Servicios de almacenamiento masivo de información (*datawarehouse*).

Si nos referimos a la microinformática, un área cada vez más incorporada al sistema de *outsourcing*, puede comprender:

- a) Todas las variantes de ordenadores personales, portátiles y redes, así como el hardware y software requeridos para conectarlos a las redes corporativas.
- b) La totalidad de herramientas de software de automatización de oficinas, tales como procesadores de textos, hojas de cálculo y correo electrónico.
- c) Herramientas de software de trabajo corporativo, como groupware e intranet.⁸

⁸ Véase en este sentido, Emilio Del Peso Navarro, *Manual de Outsourcing Informático*, editorial Díaz de Santos, Madrid, España, 2000, p. 16.

5. El pseudo *outsourcing*

Esta clase de *outsourcing* informático tiene lugar cuando un grupo empresarial constituido por un conjunto de sociedades relacionadas crea una nueva compañía, cuyo giro es dedicarse exclusivamente⁹ a la gestión de los sistemas informáticos de todas las demás entidades del grupo.

Aparentemente en esta situación existiría un contrato de *outsourcing* informático, toda vez que efectivamente hay una externalización de las funciones de informática de todas las sociedades del grupo. Con todo, tales funciones no se proveen por una entidad ajena a la estructura corporativa del grupo, porque las cumple una empresa que pertenece a él. Por consiguiente, se entiende que en esta situación no existe propiamente un contrato de *outsourcing* informático, porque falta un elemento esencial del mismo, esto es, que la gestión de los sistemas de informática radique efectivamente en un tercero. De ahí entonces que a este caso se le denomina *pseudo outsourcing* informático.

6. Ventajas del *outsourcing* informático

En lo que concierne a los beneficios que proporciona esta clase de contrato, pueden mencionarse los siguientes:

a) *Mayor concentración de la empresa en su negocio principal.* Efectivamente, el *outsourcing* informático puede ser utilizado para reforzar la estrategia de la empresa en su negocio principal. Sin duda que el hecho de dejar en manos de un tercero la gestión de los sistemas de informática permite a los órganos directivos y a los ejecutivos que los integran, concentrar todos sus esfuerzos en las actividades propias de la realización del giro principal de negocios de la empresa. Por ende, la concertación de contratos de *outsourcing* informáticos se convierte en un factor de productividad para la empresa, toda vez que gracias a la externalización de estas funciones logra un ahorro de tiempo y por lo tanto de dinero;

b) *Factor de competitividad frente a las empresas del mismo mercado.* Es favorable para las empresas esta relación contractual en la medida en que contribuye a crear o a aumentar su competitividad frente a las otras que intervienen en el mercado. En efecto, cuando una entidad externaliza sus

⁹ A modo de complemento se debe decir que en el mundo corporativo de hoy es cada vez más frecuente que los grupos empresariales creen una nueva sociedad para que realice un conjunto de funciones que antes eran realizadas individualmente por cada sociedad que compone el grupo. Lo que se busca es la externalización del máximo posible de funciones de cada una de las sociedades en la nueva sociedad creada.

sistemas informáticos, la gestión de éstos se deja en poder de una empresa experta precisamente en estas funciones, la que para mantener su clientela ofrece el mejor servicio posible, empleando tecnología de punta. Por ende, la empresa que terceriza sus sistemas informáticos dispone de mejor tecnología, lo que redundará en una mayor eficiencia, adquiriendo una ventaja competitiva frente a las empresas del mismo rubro;

c) *Actualización permanente de los sistemas de informática.* En la actualidad las tecnologías de la información y de las comunicaciones cambian constantemente, de manera que para las empresas mantener al día el nivel de los servicios informáticos, suele convertirse en una seria dificultad, a menos que se encuentren asesoradas por un ente externo especialista en la materia. Además, la diversidad tecnológica existente requiere un conocimiento superior al que hasta hace poco tiempo era necesario para la simple dirección de los sistemas de información. Gracias al contrato de *outsourcing* informático la empresa puede emplear las nuevas tecnologías desde que ellas aparecen en el mercado;

d) *Reducción de costo.* La circunstancia de externalizar los sistemas de informática comporta una reducción de costos directos e indirectos para la empresa que la lleva a cabo. Entre los costos directos que disminuyen pueden citarse la reducción de la planta de personal, con el drama humano que esto puede significar y con la eliminación de las contingencias laborales (ausentismo, enfermedades y vacaciones). Los costos indirectos que pueden ser disminuidos son, entre otros, los de infraestructura, de supervisión y de selección.

7. Desventajas del *outsourcing* informático

La celebración de este contrato implica asimismo para la empresa algunos inconvenientes, entre los cuales señalaremos los siguientes:

a) *Falta de adaptación del proveedor dentro de la empresa.* Puede producirse el efecto inesperado de que el proveedor de las funciones informáticas no se pueda acoplar a la estructura interna de la empresa que requiere sus servicios y por ende que el ejercicio de su tarea sea aun menos eficiente que el del departamento interno de informática que antes poseía la empresa. Para evitar esta desventaja, es preciso que la entidad que desea externalizar sus sistemas de informática realice un estudio detallado de los diferentes proveedores que existen en el mercado y elegir aquel que parece ser el más adecuado para satisfacer sus requerimientos;

b) *El proveedor no puede mantener sus niveles de eficiencia.* Suele ocurrir que

una vez que el proveedor del servicio informático se encuentra realizando sus labores dentro de una empresa determinada, su número de clientes aumente notablemente y que por consiguiente no pueda mantener la calidad del servicio que prestaba. El gran mérito de un departamento interno de informática es la dedicación exclusiva de la gestión de los sistemas de la empresa a la cual pertenece;

c) *Incompatibilidad en las relaciones laborales entre el personal del proveedor y el personal de la empresa.* En el hecho este contrato trae aparejada una especie de reestructuración en el interior de la empresa que externaliza las funciones informáticas, lo que sin duda repercutirá en su personal, que puede mostrarse incompatible con el personal del proveedor de servicios informáticos. En la practica este puede ser un serio grave inconveniente del contrato en estudio; y

d) *Dificultad en volver a poseer un departamento interno de informática.* Finalmente, la celebración de un *outsourcing* informático puede presentar como desventaja para la empresa que externaliza las funciones, la imposibilidad futura de tener un departamento interno de informática que sea eficiente, por el hecho de haberlas tercerizado y no contar con el personal calificado.

II. Aspectos jurídicos del *outsourcing* informático

8. Concepto de contrato de *outsourcing* informático

En opinión de Emilio del Peso Navarro¹⁰ "es un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga frente a la otra a llevar a cabo un determinado suministro de bienes y a prestar unos servicios concretos, percibiendo a cambio una remuneración". Este concepto tiene el inconveniente de ser demasiado amplio, ya que no se indica el objeto específico del contrato de *outsourcing* informático, limitándose el autor a señalar en forma genérica que una parte se obliga al "suministro de bienes y a la prestación de "servicios concretos", sin precisar de qué bienes ni de qué tipo de servicios concretos se trata. La razón de la amplitud del objeto en la definición transcrita se debe a que el contrato de *outsourcing* informático comporta el suministro de un gran número de bienes y la prestación de variados servicios, cuya enumeración haría muy extenso el concepto descrito.

¹⁰ Véase: Peso Navarro, Emilio. *Manual de Outsourcing Informático*". Editorial Díaz de Santos. Madrid, España, 2000.

El *outsourcing* informático puede definirse como aquella relación contractual según la cual una parte se obliga, mediante el pago de una remuneración, a hacerse cargo de la gestión total o parcial de los sistemas informáticos de la otra, proporcionando los bienes y prestando los servicios que sean necesarios al efecto.

Del concepto anteriormente formulado se coligen los siguientes elementos subjetivos y objetivos o de contenido del contrato. Respecto de los primeros, por una parte tenemos a la empresa de *outsourcing* informático o al profesional individual, que presta los servicios y proporciona los bienes (*outsourcer*) y por otra parte encontramos al cliente o usuario que externaliza total o parcialmente la gestión informática, quien suele ser por lo general una empresa o una entidad o bien, un individuo determinado.

Los elementos de contenido material del contrato son:

- a) la contratación de un servicio informático, esto es, llevar a cabo la gestión informática en forma parcial o total;
- b) que la necesidad del servicio informático se estuviera satisfaciendo internamente por el cliente antes del contrato; y
- c) que el servicio informático se preste por medios ajenos a la estructura interna de la empresa cliente o usuaria, esto es, por el proveedor de servicios informáticos (*outsourcer*).

9. Rasgos especiales del contrato

Desde la perspectiva de su formación, es un contrato consensual, porque no existen exigencias formales para la celebración del mismo. Sin embargo, atendida la importancia económica y sobre todo para fines probatorios, es recomendable que se instrumente en documento público o privado.

Por otra parte, se trata de un contrato que se conviene en consideración de la persona del *outsourcer*, esto es, del sujeto calificado por su profesionalidad o la empresa que asume la obligación de llevar a cabo en forma parcial o total la gestión informática del cliente.

Tanto en el derecho objetivo nacional como en la mayor parte de los ordenamientos inspirados en el sistema jurídico europeo continental, es un contrato atípico, en cuanto a que carece de una regulación sistemática, y por lo mismo su eficacia y contenido quedan entregados a la autonomía de la voluntad. Si bien es cierto que en el derecho objetivo chileno no hay reglas que disciplinen este contrato, no es menos cierto que, en el caso de

los bancos e instituciones financieras, de las administradoras de fondos de pensiones y de las instituciones de salud previsual, cuyas actividades están sujetas a la fiscalización de las respectivas superintendencias, pudieran existir normas que prohíban la externalización de determinadas actuaciones, precisamente aquellas que son objeto de la supervigilancia estatal.

Atendida la circunstancia que el objeto del contrato consiste en asumir la gestión informática por un tiempo determinado a cambio de la retribución, es una convención de tracto sucesivo, toda vez que las obligaciones y los derechos se van generando a través del plazo previsto y no se ejecutan de una vez y para siempre.

10. Naturaleza jurídica del *outsourcing* informático

Como casi todas las figuras contractuales que han penetrado desde el Derecho del *Common Law* al Derecho Continental Europeo, el *outsourcing* en general y el *outsourcing* informático en particular tienen naturaleza *sui generis*, porque sus rasgos definitorios no concuerdan o no coinciden con las estructuras contractuales conocidas y reguladas sistemáticamente, toda vez que han surgido de las prácticas de los operadores del tráfico mercantil, sancionadas por el acuerdo de las partes y por la jurisprudencia de los tribunales.

Con todo, si se analiza el contenido de las prestaciones propias de un contrato de *outsourcing* informático, se advierte que algunas de ellas se asemejan a las que son propias de los contratos de prestación de servicios y de los contratos de elaboración de obra material. Así, por ejemplo, si consideramos que el proveedor asume la obligación de llevar a cabo la gestión informática total o parcial del cliente, podríamos pensar que se trata de una obligación de hacer propia de un contrato de servicios, y dentro de esta clase de obligaciones, sería sólo una obligación de medios, porque se trata de dispensar los servicios y proveer los bienes, sin sujeción al logro de un determinado fin. Por el contrario, si tenemos en cuenta que el *outsourcer*, en la generalidad de estos contratos, se compromete a mantener determinados niveles en el servicio informático prestado, todo lo cual se concreta en un programa o plan de actuación que ha de seguir con estricto apego a lo estipulado, quedando sujeto a seguimiento y a control, so pena de tener que responder en caso que no se cumpla con dicho plan, tendríamos que admitir que se ha contraído una obligación de resultado, que acercaría este contrato a los de elaboración de obra material. Creemos que no es adecuado el criterio de buscar o encontrar semejanzas con otras figuras contractuales del derecho común recogidas por el sistema jurídico romanista, sino más bien insistir en la naturaleza *sui generis* del *outsourcing* derivada de su origen y evolución.

11. Elementos propios del *outsourcing* informático

Se trata de analizar con más detalles los elementos subjetivos y materiales de esta figura contractual, a las que hicimos alusión luego de definir su concepto. Además, el *outsourcing* informático deberá contar con los requisitos de existencia y de validez de todo contrato.

12. Elementos subjetivos

Ya dijimos que en la formación de este contrato intervienen como mínimo dos partes y que ambas resultan obligadas: el cliente o la empresa-cliente y el proveedor o la empresa proveedora del servicio informático.

El cliente o empresa-cliente es una persona física o jurídica que requiere el servicio objeto del *outsourcing* informático. Se trata de un individuo, de una empresa o entidad corporativa, que mediante el pago de una remuneración decide tercerizar todo o parte de sus sistemas informáticos, los que en consecuencia son administrados por el proveedor, denominado *outsourcer* en idioma inglés.

El proveedor de servicios informáticos (*outsourcer*) es generalmente una empresa especializada en la prestación de esta clase de servicios. Se trata casi siempre de una sociedad cuyo objeto o giro consiste en asumir total o parcialmente la gestión informática de otras personas o empresas. No se trata de la prestación aislada de ciertos servicios relacionados con la informática ni del aprovisionamiento de ciertos bienes vinculados a ella, sino de prestar un servicio que concierne a una parte o a la totalidad de la gestión informática, proporcionando al mismo tiempo todos los bienes que sean necesarios para cumplir tal objetivo.

Tanto el cliente o la empresa-cliente como el *outsourcer* pueden actuar por sí o representados, e incluso este contrato puede también contar con los otros elementos subjetivos, tales como intermediarios que actúan por una u otra parte, llámense agentes, corredores o mediadores.

13. El objeto del *outsourcing* informático

El objeto de este contrato es el servicio informático que lleva a cabo la empresa *outsourcer*. Atendida la circunstancia que al tratar de los aspectos del *outsourcing* en general nos referimos con detalles a los diversos contenidos de los servicios informáticos, no volveremos a insistir en ellos.¹¹

¹¹ Véase supra número 4 de este trabajo

Con todo, hay que tener presente que la extensión del objeto del contrato puede variar según los requerimientos del cliente o la empresa-cliente. De todas maneras conviene poner de relieve que el contenido del objeto de este contrato se materializa en un documento denominado el *Plan de Actuación*, cuyos detalles comentaremos en el párrafo siguiente.

14. El Plan de Actuación

Es frecuente que en el documento donde se deja constancia del contrato de *outsourcing* informático¹² se estipule una cláusula denominada "objeto del contrato", en la cual se hace una referencia general al servicio informático que prestará la empresa de *outsourcing* al cliente o a la empresa-cliente y dentro de esta misma cláusula se haga una remisión a un anexo del contrato en el cual se contiene el Plan de Actuación. Este plan contiene un detalle del contenido de los servicios informáticos que deberán ser prestados al asumir la empresa de *outsourcing* la gestión informática total o parcial del cliente, definiendo asimismo los objetivos que se pretenden alcanzar y el orden de prioridad en los diferentes objetivos trazados. Además, el Plan de Actuación deberá especificar los rendimientos que se esperan del proveedor y cuáles serán los métodos que se van a emplear para medir los siguientes aspectos: volúmenes de transacciones, necesidades críticas de seguridad, forma y oportunidad para el empleo de nuevas tecnologías, frecuencia de las auditorías de rendimiento, carga de trabajo prevista para el desarrollo de nuevas aplicaciones y necesidades mínimas del proceso a nivel local.¹³

En buena medida el denominado Plan de Actuación se convierte en el núcleo del contrato de *outsourcing* informático y pieza clave de la cual depende el éxito o el fracaso del mismo. Al decir de Leslie P. Wilcocks,¹⁴ "No subcontratar nunca un problema, sino sólo una tarea bien definida". Es ésta la "regla de oro" que ha de tenerse en vista al celebrar este contrato.

15. El precio del *outsourcing* informático

Se trata de la remuneración que debe pagar el cliente o la empresa-cliente al proveedor en contrapartida de los servicios informáticos que le brinda la empresa de *outsourcing*. Se trata de lo que cuesta al cliente el plan o proyecto completo de servicios informáticos proporcionados por el *outsourcer* y generalmente el importe y las condiciones se detallan en un anexo del contrato, donde se indica la periodicidad de los pagos y las fechas en que han de efectuarse.

¹² El documento cuenta con un cuerpo principal y varios anexos.

¹³ Véase Del Peso Navarro, Emilio. Ob. cit.

¹⁴ Wilcocks, Leslie P. "Reducir los riesgos de la subcontratación informática", en: *Expansión*, de 8 de febrero de 1999.

A propósito del precio, se establece también que si se produce retraso en los servicios informáticos, y esta demora se debe a un hecho imputable a la empresa-cliente (por ejemplo, no proporcionar oportunamente una información que debe ser procesada informáticamente), la empresa de *outsourcing* puede exigir el pago de las horas extraordinarias empleadas para superar el atraso.

16. Deber de confidencialidad

La ejecución de un contrato de *outsourcing* informático implica que el proveedor del servicio informático se incorpora a la empresa-cliente, toda vez que tiene que asumir total o parcialmente su gestión informática, razón por la cual toma conocimiento de informaciones privilegiadas y secretas concernientes a las actividades de dicha empresa. Siendo esto así, el contrato contiene una cláusula que importa un deber de confidencialidad a la empresa de *outsourcing*, cuya violación está sancionada con multas de un alto valor.

Ahora bien, por lo general el pacto de confidencialidad dura cuanto se extienda la vigencia del contrato, de manera que es conveniente prolongar la duración de este deber más allá del contrato mismo, mediante la suscripción de un documento distinto, porque la divulgación por parte de la empresa de *outsourcing* de las informaciones secretas que posee de la empresa-cliente, pueden ocasionarle enormes perjuicios patrimoniales.

17. Comisión de Seguimiento y Control

Ya advertimos que el Plan de Actividades era uno de los aspectos importantes del control del contrato de *outsourcing* informático y para el cumplimiento del mismo se estipula la creación de una Comisión de Seguimiento y Control, que debe reunirse con cierta periodicidad con los representantes de la empresa de *outsourcing* que presta servicios al cliente o a la empresa-cliente.

La Comisión de Seguimiento y Control tiene, entre otras, las siguientes funciones:

- a) llevar a cabo la necesaria coordinación entre el proveedor de servicios informáticos (*outsourcer*) y la dirección de la empresa que es su cliente;
- b) realizar un seguimiento del Plan de Actuación acordado con el objeto de verificar en qué medida se está cumpliendo según lo convenido;
- c) elaborar informes sobre la calidad del servicio de gestión informática, precisando los tiempos de respuesta, averías y solución de las mismas, nuevos desarrollos en la gestión informática.

18. Transferencias de bienes originadas por el contrato

La adecuada ejecución del contrato de *outsourcing* informático origina el traspaso de algunos bienes de la empresa-cliente hacia el proveedor que se hace cargo de su gestión informática, tales como equipos, programas informáticos e instalaciones. Con frecuencia se produce también el traspaso de personal, sobre todo de las personas que integraban el antiguo departamento de informática de la empresa-cliente, que desaparece y ahora pasa a formar parte de la empresa de *outsourcing*.

Todas estas transferencias originadas en la buena ejecución del contrato de *outsourcing* informático, se detallan en los anexos del mismo y, si es preciso, se celebran otros contratos para facilitarlas, como ocurre, por ejemplo, con los traspasos de personal, que requieren de nuevas relaciones laborales.

III. Los efectos del *outsourcing* informático

19. Posición contractual del *outsourcer*

Es evidente que por el objeto del contrato la empresa que asume la gestión informática de otra, esto es, la parte denominada *outsourcer*, tiene una posición contractual integrada por una mayor cantidad de obligaciones, en tanto que el cliente o la empresa-cliente limita sus deberes básicamente al pago de la remuneración. Veremos a continuación las obligaciones de la empresa de *outsourcing*.

20. Obligaciones del *outsourcer*

Haremos enseguida un análisis de las diversas obligaciones que gravan a esta parte del contrato.

a) Obligación de efectuar para la empresa-cliente los servicios informáticos. Se trata de las prestaciones de este tipo que se describen y detallan en el Plan de Actividades, que como ya dijimos constituyen el objeto de este contrato y por ende es ésta la obligación principal, cuya ejecución es supervisada por la Comisión de Seguimiento y Control, para el éxito de la convención;

b) Obligación de depositar programas. En virtud de ella la empresa de *outsourcing* debe depositar en una notaría una copia de la versión fuente, tanto de los nuevos programas que desarrolle especialmente para el cliente como de los que desarrolle genéricamente para todos sus clientes;

c) Obligación de contar con los medios tecnológicos adecuados. Este deber impone al *outsourcer* la exigencia de contar con los equipos adecuados que le permitan brindar el mejor servicio de gestión informática. Para su correcto cumplimiento la empresa de *outsourcing* ha de desechar todos aquellos equipos y programas que, por los avances tecnológicos, han llegado a quedar obsoletos e incorporar los de última generación, a fin de no rebajar la calidad de los servicios o evitar que el tiempo de respuesta quede por debajo de los estándares fijados;

d) Obligación de mantener los estándares adecuados. Como sabemos, en el Plan de Actividades se fijan los estándares de calidad y de ejecución de los servicios de gestión informática, de suerte que la empresa de *outsourcing* queda obligada a mantenerlos con el propósito de que se cumplan esos mínimos previstos.

e) Obligación de seguridad. En cumplimiento de ella el proveedor de servicios informáticos tiene que adoptar las medidas de seguridad necesarias, sean éstas físicas, lógicas, técnico-administrativas, que garanticen tanto la seguridad de las instalaciones como de los programas y de toda la información.

f) Deber de confidencialidad. La empresa de *outsourcing* informático ha de mantener en secreto todos los datos calificados de confidenciales que la empresa-cliente le proporcione, los que sólo pueden ser utilizados para los fines que esta última indique. En caso de no cumplir esta obligación, el *outsourcer* queda responsable de todos los perjuicios que de ello se deriven para el cliente. En este orden de ideas es preciso indicar que la empresa que asume la gestión informática introduce cláusulas de confidencialidad en los contratos que ella mantiene con su personal, a fin de impedir que la información de la empresa-cliente pueda ser utilizada en beneficio propio de ese personal o de terceros.

21. Derechos del *outsourcer*

Entre las facultades que el contrato confiere a esta parte cabe destacar las siguientes:

a) Derecho a la remuneración. Se trata del pago del precio de los servicios informáticos en la cantidad y oportunidad previstas en el contrato, que para la empresa-cliente constituye una de sus principales obligaciones.

d) Derecho a la resolución del contrato. Aunque es ésta una prerrogativa normal en los contratos bilaterales, es frecuente estipular situaciones que

configuran causales de resolución, cuyos detalles precisaremos a propósito de la terminación del contrato.

22. Derechos de la empresa-cliente

Estas facultades del cliente constituyen la contrapartida de las obligaciones de la empresa de *outsourcing* informático, las que tratamos con detalles al comienzo de esta sección, por lo que no es del caso hacer un análisis pormenorizado de los derechos del cliente.

Sin embargo, existe una prerrogativa de la empresa-cliente que no corresponde a las obligaciones de la empresa de *outsourcing*, consistente en el derecho a solicitar auditorías. Estas auditorías pueden efectuarse una vez al año y conciernen a los sistemas de seguridad del centro informático de la empresa que presta los servicios de esta naturaleza y velan por el resguardo de la confidencialidad de la información entregada por la empresa-cliente.

23. Obligaciones de la empresa-cliente

Los deberes del cliente frente a la empresa de outsourcing son en esencia los que se indican a continuación:

a) Obligación de pagar la remuneración. El cliente que confía la gestión informática de su empresa está obligado a pagar la retribución convenida en la forma y condiciones previstas en el contrato. En este último, junto con la cláusula que estipula la obligación de pagar la remuneración, se establece un anexo denominado "Condiciones Económicas", donde se deja constancia de estas materias.

b) Obligación de confidencialidad. Existe asimismo este deber que pesa sobre la empresa-cliente y en virtud de él se le impone guardar secreto acerca de las técnicas y metodologías empleadas por el proveedor de los servicios de gestión informática. Estas informaciones técnicas y metodológicas no pueden ser empleadas por la empresa-cliente en su favor ni comunicadas a terceros. El incumplimiento de esta obligación se sanciona con el pago de una elevada multa estipulada en el contrato mismo.

24. Régimen de responsabilidad

La ejecución del contrato de *outsourcing* informático, que es de tracto sucesivo, da origen a complejas relaciones entre las partes, como por ejemplo, la situación que se genera porque el personal de la empresa de

outsourcing presta servicios dentro de la empresa-cliente, todo lo cual hace necesario estipular un régimen de responsabilidad, que cubra la mayor parte de los aspectos de esta materia.

Atendida la circunstancia que la empresa de *outsourcing* informático es la que tiene que cumplir una mayor cantidad de obligaciones, parece lógico que a ella se le imponga una más alta cuota de responsabilidad, si se tiene en cuenta que la responsabilidad contractual deriva del incumplimiento de las obligaciones

En esta materia, las cláusulas que con mayor frecuencia se estipulan en los contratos de *outsourcing* informático imponen responsabilidad tanto al proveedor de servicios como al cliente, por los daños y perjuicios que se originen para la otra parte contratante, en todos los casos de conducta culpable o negligente, que causen el incumplimiento de las obligaciones que respectivamente pesan sobre cada uno de los contratantes. A menudo existe también una cláusula que prohíbe al proveedor contratar, sin autorización expresa del cliente, la prestación de servicios informáticos que constituyen el objeto del contrato, de parte de otras empresas de *outsourcing* que operan en este mismo rubro de actividades. La inobservancia de esta restricción configura un incumplimiento grave, que autoriza al cliente para demandar la resolución anticipada del contrato.

Dentro del régimen de responsabilidad se estipula asimismo que personal que integra el equipo de trabajo destinado por el proveedor al desarrollo del Plan de Actividades, tendrá como único empleador a la empresa de *outsourcing* informático, para todos los fines legales pertinentes, de manera que la empresa-cliente no asume ninguna responsabilidad por los accidentes que pudiera sufrir este personal ni por los daños que pudiese ocasionar a terceros. Además, es preciso considerar que el proveedor de servicios de gestión informática, para cubrir estos riesgos contrata seguros de responsabilidad civil.

Por último, se conviene que el proveedor asume el riesgo de obsolescencia de los equipos y programas, quedando obligado a realizar las actualizaciones para que todo se mantenga en consonancia con los avances tecnológicos que se vayan produciendo durante la vigencia del contrato. También la empresa de *outsourcing* informático queda responsable ante el cliente por las medidas inadecuadas que haya aconsejado o llevado a efecto durante el tiempo que dure el contrato y por la pérdida o menoscabo que pudieran sufrir los datos proporcionados por la empresa-cliente, especialmente si se tratare de datos personales.

25. Exoneraciones de responsabilidad

Finalmente, es costumbre establecer algunas situaciones en las cuales la empresa de servicios informáticos de *outsourcing* queda libre de responsabilidad. En efecto, el proveedor se exonera del caso fortuito o fuerza mayor, entendiéndose por tales terremotos, guerras, huelgas y desastres nucleares. En la medida de lo posible el *outsourcer* tendrá que hacer efectivo el servicio de respaldo para posibilitar el funcionamiento de la empresa-cliente.

Finalmente, el proveedor de gestión informática queda exonerado de responsabilidad cuando el incumplimiento del contrato tenga su origen en la conducta del cliente o cuando este último, de alguna manera, le dificulta la prestación de los servicios informáticos convenidos.

IV. Terminación del *outsourcing* informático

26. Causales de extinción

Como la generalidad de los contratos, el *outsourcing* informático concluye por causas normales y excepcionales.

La terminación normal del contrato se produce por la llegada del plazo por el cual fue convenido. Es frecuente que un contrato de este tipo se convenga por una duración que va desde cinco hasta diez años. Asimismo, se acostumbra estipular una cláusula de prórroga automática, si ninguna de las partes expresa su intención de ponerle término, con seis meses de antelación al vencimiento del plazo convenido o prorrogado.

Entre las causales excepcionales se cuenta tanto la declaración en quiebra del proveedor de servicios de gestión informática como la de la empresa-cliente. Si se trata sólo de una cesación de pagos que afecta a una de las partes, la otra puede optar entre darlo por terminado o continuar en su ejecución.

Dentro de esta misma categoría de situaciones se encuentra la fusión por absorción de la empresa de *outsourcing* informático, estableciéndose la opción a favor del cliente de mantener la vigencia del contrato con la entidad resultante de la fusión o pedir la resolución del mismo. En el primer caso, la empresa absorbente deberá comprometerse a continuar prestando los servicios informáticos contratados, en las mismas condiciones que la empresa absorbida.

Por último, ante el incumplimiento grave de las obligaciones por parte de la empresa de *outsourcing* informático, el cliente puede decidir ya sea la continuación o la terminación del contrato.

Bibliografía

- Albornoz, Eduardo; Benavides, Edgar; Daza, Ramón, y Young, Jun. *Outsourcing*. Tesis Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Chile.
- Amozurrutia, Javier. "Integración de soluciones con *outsourcing*". <http://www.clavempresarial.com>. Consulta 10 de agosto 2003.
- Andriole, Steve. "Nine rules for successful I. T. Outsourcing". <http://www.cioupdate.com>. Consulta 13 de agosto de 2003.
- Aparicio Vaquero, Juan Pablo. *La nueva contratación electrónica: introducción al outsourcing de los sistemas de información*. Editorial Grandia Comares, España, 2002.
- Aróstica Maldonado, Iván. "Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos, concesión de servicio público, externalización y sociedad". *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N° 55-56, págs. 143 y siguientes.
- Barrera, Paulina; Campos, Rodrigo; Coello, Pablo, y González, Elizabeth. *Outsourcing en sistemas de información*. Tesis Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Chile, 1997.
- Canto Peralta, Jorge. "Informática y el proceso de toma de decisiones". *Revista Diplomacia* N° 41, págs. 60 y sgtes.
- Casanovas, Alain. "Ganar competitividad mediante *outsourcing* informático" <http://www.togas.biz>. Consulta 10 de agosto de 2003.
- Conley, John. "B.P.O.s' new look". <http://www.outsourcing.com>. Consulta 4 de agosto de 2003.
- Creson, Rick. "Does outsourcing offer savings at too high a price?" <http://www.computerworld.com>. Consulta 22 de agosto de 2003.
- Del Peso Navarro, Emilio. "El personal informático ante el *outsourcing*". <http://www.computerworld.com>. Consulta 3 de agosto de 2003.
- Del Peso Navarro, Emilio, *Manual de Outsourcing Informático*. Editorial Díaz de Santos, Madrid, España, 2000.
- De Pompa, Bárbara. "Evaluate outsourcing partners". <http://www.computerworld.com>. Consulta 22 de agosto de 2003.
- Doig, Stephen; Ritter, Ronald; Speckhals, Kurt, y Woolson, Daniel. "¿Ha ido demasiado lejos el *outsourcing*?" *Harvard Deusto Business Review*, número 107 (marzo-abril 2002), págs. 82 y siguientes.
- Egaña, Carlos. "Innovando en administración". Centro de Estudios Empresariales y Empresarialidad, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Concepción, 2003.
- Escudero Macluf, Jesús. "*Outsourcing*. La reingeniería de procesos". *Revista de ciencia administrativa*, Universidad Veracruzana, México.

- Espejo Gusmán, Rodrigo Orlando. *Outsourcing en el área comercial. Análisis de conveniencia de externalizar servicios de telemarketing*. Tesis Magister en Gestión y Dirección de Empresas, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, 2002.
- Fariás Olguín, Cecilia. "La subcontratación y el suministro de trabajadores". Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo N° 138, págs. 19 y sgts.
- Fernández Flores, Eduardo. "Outsourcing y subcontratación". *Revista Chilena de Derecho*, volumen 21, número 1, págs. 75 y siguientes.
- Gamble, Richard. "Mastering a board contract".
<http://www.outsourcing.com>. Consulta 4 de agosto de 2003.
- Geotronics (artículo patrocinado por). "Las cuatro fases del ciclo de vida del *outsourcing*". *Revista DATA. TI* N° 198.
- Hoffman, Thomas. "Outsourcing: Do they measure up?"
<http://www.computerworld.com>. Consulta 22 de agosto de 2003.
- Labare Aliseris, Carlos. "Tercerización en la reforma del Estado". *Revista Facultad de Derecho Universidad de la República Oriental de Uruguay*, N° 18, págs. 157 y siguientes.
- Menéndez Alvarez, Victor Manuel. *La realidad del outsourcing en las empresas chilenas*. Tesis Magister en Gestión y Dirección de la Empresa, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, 2002.
- Ministerio de Economía y Finanzas de Italia. "Oportunidades y riesgos del *outsourcing* en la administración tributaria". Ponencia en Conferencia Técnica del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), París, Francia, 28 al 31 de octubre de 2002.
- Miró Bedós, Joan. "Aspectos clave en la implantación del *outsourcing*". *Revista Mantenimiento on line*, N° 138:
<http://www.puntex.es/mantenimiento>.
- Molina, Lorenzo. "Conformando la organización del futuro",
<http://www.expansion.com>. Consulta 10 de agosto de 2003.
- Montes Rivera, Paula. "El *outsourcing*. ¿cuándo conviene practicarlo?". *Manual de consultas empresariales*, N° 20, pág. 19.
- Moschella, David. "Outsourcing is good".
<http://www.computerworld.com>. Consulta 22 de agosto 2003.
- "Outsourcing"
<http://www.santabolsa.com/manuales/outsourci.htm>. Consulta 10 de agosto de 2003.
- Piattini, Mario; Polo, Macario, y Ruiz, Francisco. *Mantenimiento del software. Conceptos, métodos, herramientas y outsourcing*. Editorial Ra-Ma, Madrid, España, 1998.
- ¿Qué es el outsourcing? <http://www.getronics.com>.
- Robertson, Ian; y Rothery, Brian. *Outsourcing*. Editorial Limusa S.A. D.F. México, 1996.

- Sandoval López, Ricardo. "Contrato de outsourcing". Trabajo inédito. Departamento de Derecho Privado, Universidad de Concepción.
- Sapag Chain, Nassir. *Evaluación de proyectos de inversión en la empresa*. Editorial Pearson Education S. A. Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Silva Albornoz, Germán. *Diseño y evaluación de una empresa de servicios de externalización de profesionales informáticos*. Tesis Ingeniería Civil Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, 2001.
- Tolosa Iturrieta, Christian Marcel. *Formulación y evaluación del proceso de externalización informática de una empresa comercial*. Tesis Ingeniería Civil Informática, Facultad de Ingeniería, Universidad de Concepción, 1995.
- Ulloa Vilarín, Juan Rodolfo. *Outsourcing para la obtención de los servicios informáticos de las empresas*. Tesis Ingeniería Civil, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, 1994.
- <http://www.delitosinformaticos.com/contratos>.
Consulta 28 de julio de 2003.

El límite marítimo entre Chile y Perú

Fernando Gamboa Serazzi

Profesor de Derecho Internacional Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Había que buscar algún problema, cuando Chile logró con la República del Perú la entrega de las obras en la bahía de Arica en 1997, consolidando las buenas relaciones chileno-peruanas. El nacionalismo y el deseo revanchista del país del norte tenía que buscar algún problema con nuestro país, especialmente ahora con la nueva actitud de las autoridades de Bolivia, que quieren obligar a Chile a negociar una salida soberana al Pacífico.

Perú lo encontró en levantar la controversia sobre la delimitación marítima. No es un tema nuevo, ya en varias oportunidades durante el siglo pasado algunos personeros de la marina peruana, como también destacados juristas, habían comenzado a negar los acuerdos con nuestro país, que habían consolidado nuestra delimitación marítima y en los cuales quedaba incluido también el límite marítimo peruano-ecuatoriano. Sin embargo, en aquellas ocasiones la divergencia quedaba sólo en opiniones o teorías de aquellos personeros. Ahora la posición es oficial.

Al igual que en Bolivia, cuando el régimen político peruano atraviesa por una grave crisis política interna, se levantan voces para poner en discusión temas de carácter limítrofe con nuestro país.

Así tenemos que en plena crisis del gobierno del Presidente Toledo, una mayoría parlamentaria y varios analistas, incluidos los de siempre, sostengan que el límite marítimo no está definido y hay que negociar con Chile.

Antecedentes históricos

Los acuerdos limítrofes marítimos con Perú

El 18 de agosto de 1952, los gobiernos de Chile, Perú y Ecuador firmaron en Santiago la llamada "Declaración de Santiago", cuyo numeral IV establece que:

IV) "En el caso de territorio insular, la zona de 200 millas marinas se aplicará en todo el contorno de la isla o grupo de islas.

Si una isla o grupo de islas pertenecientes a uno de los países declarantes estuviere a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general que corresponde a otro de ellos, la zona marítima de esta isla o grupo de islas quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos".

He aquí la primera constatación escrita, esto es, en un tratado trilateral aparece la mención a un paralelo para señalar una delimitación marítima. Ahora bien, si en este punto IV se refiere a la isla o islas, se constata con ello que el deseo de estos países firmantes es acudir a la línea de un paralelo para establecer el respectivo límite marítimo.

A su vez, el artículo primero del convenio firmado entre Chile, Perú y Ecuador, de 4 de diciembre de 1954, declara: "Establécese una zona especial, a partir de las 12 millas marinas de la costa, de 10 millas marinas de ancho a cada lado **del paralelo que constituye** el límite marítimo entre los dos países".

Este convenio fue denominado "Convenio sobre zona especial fronteriza marítima". Fue firmado en la ciudad de Lima en la fecha indicada, tanto por Chile como por Perú y Ecuador.

Este convenio (tratado) tuvo su iniciativa en Perú. Chile lo promulgó solamente el 16 de agosto de 1967, después de arduas negociaciones parlamentarias.

El 28 de julio de 1966, la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara, en su informe a la Sala, precisó bien el alcance del artículo primero de este tratado, expresando: "De aquí que los países signatarios del instrumento internacional en informe hayan estimado conveniente establecer una zona especial, a partir de las 12 millas marítimas de la costa, de 10 milla de ancho a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo entre dos

países. Pasa determinar este límite debe seguirse el paralelo y continuar éste en el punto en que el límite terrestre cae en el océano”.

Anteriormente, con fecha 9 de abril de 1964, el general Rodríguez señalaba: “Para mayor claridad, el límite de las aguas territoriales entre ambos países en esa jurisdicción es el paralelo que pasa por el hito N° 1, colocado en la orilla del mar, de la marcación de la frontera entre Chile y Perú”.

El 15 de septiembre del mismo año, el Embajador don Raúl Bazán D., asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, en un completo informe, declaraba: “Por todo lo expuesto, esta Asesoría concluye que el deslinde marítimo entre Chile y Perú corre por el paralelo que pasa por el punto en que su frontera terrestre toca el mar”.

La embajada chilena en Lima comunicó a nuestra cancillería, con fecha 12 de mayo de 1965, que “el Ministro de RR.EE. (de Perú) me ha indicado que instruyó al embajador Revoredo en Santiago para sugerir, entre otras medidas, que ambos países estudien la colocación de faros luminosos a 5 Km. cada uno de la línea fronteriza, considerando que ello podría evitar en gran medida las incursiones de pesqueros”.

En noviembre de 1967 la infantería de marina del Perú colocó tres rieles en su territorio, alineados por un aproximado paralelo marítimo.

En enero de 1968 hubo una reunión en Lima de la Comisión Mixta Chileno-Peruana, en la cual, a iniciativa del Director de Fronteras y Límites del Estado (de Chile), se acordó constituir una comisión mixta en el terreno para verificar las posiciones del hito N° 1 y proponer la erección de Torres de Enfilación que materializarían el paralelo de dicha pirámide.

La comisión mixta así designada pudo comprobar en el terreno que el hito N° 1 había sido desplazado y estaba deteriorado. En el Acta propuso “la instalación de marcas de enfilación visibles desde el mar que materialicen el paralelo de la frontera marítima que se origina en el hito N° 1”. Ambos representantes gubernamentales aprobaron la sugerencia chilena.

Este hito fue repuesto en su lugar el día 19 de agosto de 1969. Los faros o torres se pusieron en servicio el 8 de febrero de 1972.

El Bureau of Intelligence and Research del Departamento de Estado de Estados Unidos, en sus publicaciones *Limit in the seas* N°s 86 y 88 (Perú-Chile-Ecuador), fuera de transcribir el convenio, lo grafica usando siempre el término “límite marítimo” y no “límite pesquero”.

La declaración del presidente Gabriel González Videla

En 1947, el 23 de junio de aquel año, el Presidente de Chile don Gabriel González Videla, en un acto jurídico unilateral, de interés internacional, formuló una “declaración oficial” del gobierno, en la cual confirma y proclama la soberanía nacional sobre la plataforma continental adyacente a las costas continentales e insulares de su territorio”, cualquiera que sea la profundidad en que se encuentra, reivindicando, por consiguiente, todas las riquezas naturales que existan sobre dicho zócalo, en él y bajo él, conocidas o por descubrirse”.

Luego agrega: “2º El gobierno de Chile confirma y proclama la soberanía nacional sobre los mares adyacentes a sus costas, cualquiera sea su profundidad, en toda la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales de cualquiera naturaleza que sobre dichos mares y en ellos y bajo ellos se encuentren, sometiendo a la vigilancia del Gobierno especialmente las faenas de pesca y caza submarina, con el objeto de impedir que las riquezas de este orden sean explotadas en perjuicio de los habitantes de Chile y mermadas o destruidas en desmedro del país y del continente americano”.

“3º La demarcación de las zonas de protección de caza y pesca marítimas en los mares continentales e insulares que quedan bajo el control del gobierno de Chile será hecha, en virtud de soberanía, cada vez que el gobierno lo crea conveniente, sea ratificando, ampliando, o de cualquier manera modificando dichas demarcaciones, conforme a los intereses de Chile que sean advertidos en el futuro, declarándose desde luego dicha protección y control sobre todo el mar comprendido dentro del perímetro formado por la costa con una paralela matemática proyectada en el mar a 200 millas marinas de distancia de las costas continentales chilenas. Esta demarcación se medirá respecto de las islas chilenas, señalándose una zona de mar contigua a las costas de las mismas, proyectadas paralelamente a éstas, a 200 millas marinas por todo su contorno”.

La demarcación marítima peruana

Por Decreto Supremo N° 781, de primero de agosto de 1947, esto es, cinco semanas posterior a la declaración del Presidente González Videla de Chile, el Perú proclamó su soberanía y jurisdicción sobre la plataforma continental y el mar adyacente en una zona comprendida entre esas costas y una línea imaginaria **paralela** a ellas y trazada sobre el mar a una distancia de 200 millas marinas, medida siguiendo la línea de los paralelos geográficos...”¹

¹ Callish Lucius: “The delimitation of Marine Spaces Between States with Opposite or Adjacent Coasts”. Dupuy R. J. y Vignes D. (Editores) *A Handbook on the New Law of the Sea*. Vol. 1, pág. 441, citado por Ignacio Llanos en su libro *El Derecho de la Delimitación Marítima en el Pacífico Sudeste*, pág. 66.

Coincidiendo con la apreciación del diplomático chileno Ignacio Llanos, este decreto supremo peruano ya no puede ser más explícito para expresar el límite marítimo de su país.

Entre el 11 y el 19 de agosto de 1952, Chile, Perú y Ecuador sostuvieron una reunión en Santiago, en la cual aprobaron la llamada "Declaración de Santiago", un tratado internacional que fue sujeto a toda la normativa al respecto, en la cual también los tres gobiernos incluyen una cláusula de límites que alude al paralelo. La mencionada cláusula expresa:

"En el territorio insular, la zona de 200 millas marítimas se aplicará en todo el contorno de la isla o grupo de islas. Si una isla o grupo de islas pertenecientes a uno de los países declarantes estuviere a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general que corresponde a otro de ellos, la zona marítima de esta isla o grupo de islas quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos".

He aquí otra declaración contenida en este tratado del Pacífico Sur, que hizo socios a Perú, Chile y Ecuador, y que ha sido considerado el primer tratado que fija límites al respecto en la región del Pacífico Sur.

El jurista y diplomático antes aludido, señor Llanos Mardones, nos hace ver en su obra citada que el párrafo 4º operativo de la Declaración de Santiago, debe ser examinado conjuntamente con el párrafo operativo 3º, el cual no es, estrictamente hablando, una cláusula de delimitación. De esta última se desprende que la zona marítima y, en consecuencia, la delimitación marítima, cubren las áreas marinas y submarinas, al prever que: "La jurisdicción y soberanía exclusivas sobre la zona marítima indicada incluyen también la soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el suelo y subsuelo que a ella corresponden".

La posición de algunos autores peruanos

El vicealmirante peruano señor Guillermo S. Faura Gaig, en su libro *El mar peruano y sus límites*, editado en Lima en 1977, expresa en sus conclusiones, pág. 164:

"En la Declaración sobre Zona Marítima de Santiago:

1. La soberanía y jurisdicción proclamada sobre 200 millas tiene todas las características del mar territorial conocido en el Derecho Institucional. Se

establecen dos conceptos íntimamente relacionados, pero independientes: 1) Soberanía y jurisdicción sobre zona marítima; 2) Soberanía y jurisdicción sobre el suelo y subsuelo que a ella corresponde.

– Contiene un primer criterio o límites referido exclusivamente a una isla o grupo de islas de un Estado que estuvieran a menos de 200 millas de la zona marítima general de otro Estado, indicando que la zona marítima de esa isla o grupo de islas no podía sobrepasar el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre. No se limita la magnitud sobre este paralelo por la incertidumbre de la “distancia mínima de 200 millas”.

– Se expresa el propósito de suscribir acuerdos o convenciones para la aplicación de los principios de la declaración, sin embargo no se ha formulado un pacto, acuerdo o tratado de límites entre los países signatarios.

2. El convenio complementario a la Declaración de Soberanía sobre zona marítima compromete a los tres países (Chile, Perú y Ecuador) en la defensa jurídica del principio de la soberanía sobre la zona marítima de cada uno de ellos, y a “no celebrar acuerdos que menoscaben la soberanía proclamada”. El Perú y Ecuador mantienen la posición de “mar territorial”, Chile en discrepancia sostiene actualmente la “zona económica exclusiva”, aunque mantuvo el “mar territorial”, hasta la década de 1960. Este cambio de Chile pone en peligro la estabilidad de la Declaración de Santiago.

3. El convenio sobre Zona Especial Fronteriza marítima establece una zona especial a partir de 12 millas marítimas de la costa, de 10 millas de ancho a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países.

Sin existir un pacto, convenio o tratado de límites marítimos entre los países del Sistema del Pacífico Sur, aparece el hecho en este convenio y por primera vez “el paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países”, cuando sólo ha habido una referencia incompleta al paralelo, al tratarse a límites de las islas, en la Declaración de Santiago.

El convenio sobre zona especial fronteriza marítima se hizo con la finalidad de evitar violaciones por parte de embarcaciones, en la frontera marítima, es decir, en las aguas, y por ello no se hace ninguna referencia a la plataforma continental y fondos marinos, para la cual tampoco existe un tratado de límites como no lo hay para la zona económica exclusiva.

4. El protocolo de adhesión a la Declaración sobre zona marítima repite el

contenido de ésta, pero excluye el párrafo IV referente al territorio insular y a los límites de su zona marítima sin justificar dicha exclusión, como sí lo hace en el párrafo VI, además establece que cada Estado puede determinar la extensión y forma de delimitación de su respectiva zona frente a sus costas, es decir, sobre la perpendicular a ellas”.

Eduardo Ferrero Costa, otro distinguido jurista peruano, en su libro *El nuevo derecho del mar: el Perú y las 200 millas*, en su página 380, opina similar al almirante Faura, al circunscribir el objeto de la cláusula de delimitación de la Declaración de 1952 a las islas. Expresa:

“La Declaración de Santiago introduce por primera vez en el ámbito multilateral del sistema del Pacífico Sur el concepto de la delimitación en base al paralelo geográfico, pero solamente con referencia a las islas”.

Este criterio ha sido unánime en varios internacionalistas peruanos.

Críticas a las posiciones peruanas

Las mejores razones están contenidas en la tesis del diplomático chileno señor Ignacio Llanos.

Conforme a este autor, si los autores peruanos consideran que los acuerdos de 1952 y 1954 son ambiguos u oscuros, o como claramente lo expresa el almirante Faura en su obra ya citada, al decir “El convenio sobre zona especial fronteriza marítima sólo puede, pues, ser considerado como el resultado de un **apresuramiento debido a las circunstancias**, por las cuales no se efectuó un detenido estudio” (pág. 162), debemos concluir que las razones esbozadas por ellos resultan absurdas para defender una tesis que va contra el texto mismo de lo pactado en un tratado y habla mal de los negociadores peruanos.

Sostiene Llanos que “argumentado que el texto del acuerdo es ambiguo u oscuro o que conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (si la disposición pertinente se interpretara como refiriéndose únicamente a islas, aunque la presencia de éstas no sea la característica geográfica principal en las áreas de delimitación), puede acudir a los medios de interpretación complementarios, tales como los trabajos preparativos”.

“El examen de los trabajos preparatorios conduce a la conclusión de que los Estados Partes en la Declaración de Santiago se refirieron no solamente a las áreas marítimas de las islas, sino que también a las áreas marítimas del territorio continental”. Agrega en otra parte: “En efecto, los trabajos

preparatorios indican que Perú y Chile consideraron superfluo hacer una referencia al paralelo, porque consideraban que éste ya existía como frontera marítima" (págs. 71 y 72).

Para reafirmar más su aserto expresa:

"Este punto se discutió en la Comisión sobre Asuntos Jurídicos que preparó el Proyecto sobre Zócalo Continental y las aguas que lo cubren, durante la Primera Conferencia sobre explotación y conservación de las riquezas marítimas del Pacífico Sur".

"En dicha ocasión, el encargado de negocios del Ecuador expresó que "convenría dar más claridad al Artículo 3º, a fin de evitar cualquier error de interpretación de la zona de interferencia en el caso de las islas", y sugirió que la declaración se redactara "sobre la base de que la línea limítrofe de la zona jurisdiccional de cada país fuera el paralelo respectivo desde el punto en que la frontera de los países toca o llega al mar". Todos los delegados estuvieron conformes con esta proposición".²

Hay tres argumentos fundamentales para contradecir las nuevas pretensiones peruanas.

1. Si bien la Declaración sobre zona marítima se refiere a la delimitación de las islas por el paralelo "del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos", este punto es geográficamente no sólo para cada frontera, y es, en consecuencia, aplicable a todas las áreas marítimas del territorio continental e insular, como lo sostiene Ignacio Llanos.

2. Conforme a la costumbre internacional, ella existe en esta zona marítima del pacífico Sur Oriental, y

3. Si bien la Convención del nuevo Derecho del Mar de 1982 estableció diversas formas de delimitación marítima, tanto en su artículo 15 para el mar territorial como en el artículo 74 N° 4 para las zonas económicas exclusivas, en este punto, la convención expresa: "cuando exista un acuerdo en vigor entre los Estados interesados, las cuestiones relativas a la delimitación de la zona económica exclusiva se resolverán de conformidad con las disposiciones de ese acuerdo".

Como puede verse de la redacción de este artículo, las normas generales

² Acta de la primera sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos, de 11 de agosto de 1952, citada por Ignacio Llanos en la obra citada y extractada del libro de su padre, Hugo Llanos, *La Creación del Nuevo Derecho del Mar, el aporte de Chile*, pág. 166.

de la Convención del Mar no se aplicarán cuando exista un "acuerdo" (tratado) en vigor entre los Estados con costas adyacentes, que es el caso entre Chile con Perú y Perú con Ecuador.

Para finalizar podríamos decir, sin adentrarnos más aún en este problema artificial creado por Perú de desconocer lo pactado (que ni Chile ni Ecuador aceptan), la práctica de este tipo de delimitación marítima en la zona del Pacífico Sur, en la cual se incluye a Colombia, es la del paralelo marítimo.

En efecto, el artículo 1º del acuerdo entre Colombia y Ecuador, denominado "Convenio sobre delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima entre las Repúblicas de Colombia y del Ecuador", de 23 de agosto de 1975, establece como límite, "entre mis respectivas áreas marinas y submarinas, que estén establecidas o puedan establecerse en el futuro, la única del paralelo geográfico que corta el punto en que la frontera internacional terrestre ecuatoriano-colombiana llega al mar".

A lo anterior, hay varios otros antecedentes jurídicos en el Derecho del Mar que avalan este criterio. Así tenemos los acuerdos entre España y Portugal de 1976, entre Mauritania y Marruecos, del mismo año, y entre Senegal y Gambia, de 1975.

Colombia y Panamá utilizaron en 1976 el criterio del paralelo con otros métodos de delimitación.

Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno¹

Rodrigo Céspedes Proto

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE

ANTOFAGASTA

I. Introducción

Como señalábamos en un trabajo anterior,² el comercio exterior sigue siendo una actividad riesgosa: factores políticos; las grandes distancias y el fluctuante tipo de cambio hacen que el negocio de importar y exportar siga siendo visto como "poco estable". Un factor importante destinado a mitigar estos riesgos lo constituye la estabilidad tributaria. Ésta se garantiza a través del principio de legalidad de los gravámenes, estableciendo de manera estable la carga tributaria que debe soportar la actividad importadora. El principio de legalidad tributaria es una de las instituciones que el constituyente establece para garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones económicas. Según este principio, los elementos esenciales del gravamen (sujeto activo; sujeto pasivo; hecho gravado; base imponible; tasa; exenciones; etc.) deben establecerse por ley (Arts. 19 N° 20; 60 N° 14; 61 inc. 2° y 62 inc. 4° N° 1 de la Carta Fundamental). No obstante, este principio está expuesto a frecuentes ataques y, según muchos, se encuentra en franca declinación. Existen varias formas de infringir la legalidad impositiva: interpretaciones extensivas por parte de entes administrativos fiscalizadores (SII o Aduanas); delegaciones de facultades legislativas en materias que la Constitución lo prohíbe; invasión de la potestad reglamentaria en materias reservadas a la ley y, por último, celebración de tratados internacionales de tramitación simplificada. Muchas de estas formas de vulneración, como veremos, han tenido aplicación en materia de tributos al comercio exterior.³

¹ Este trabajo forma parte de un proyecto financiado por la Dirección General de Investigación y Cooperación Técnica de la Universidad Católica del Norte, 2000-2001.

² Revista *Actualidad Jurídica* N° 6, Julio/2002, Universidad del Desarrollo, págs. 217 a 225. Financiado por el mismo proyecto anterior.

³ Se habla en plural de "tributos", ya que son varios los gravámenes que afectan a la importación. Éstos son concurrentes, como lo indica el Art. 7° del Decreto Ley 825, de 1974, incluyéndose algunos en la base imponible de otros (*ad valorem* respecto del IVA y adicionales).

Además, los tributos al comercio exterior tienen ciertas peculiaridades: no son sólo una fuente de ingresos para el Estado, sino también una barrera protectora de la industria nacional (en algunos casos sólo tienen por fin evitar grandes fluctuaciones en los precios de ciertos productos). Por lo anterior, y a diferencia de los tributos "internos", no contraponen al particular y al Estado. Los tributos al comercio exterior benefician a los productores nacionales y perjudican, al menos en el corto plazo, al consumidor. Por lo anterior, se "toleran" las violaciones al principio de legalidad tributaria en materia de gravámenes a las importaciones, dándose mayores atribuciones a la Administración al momento de determinar su monto. Si bien esto protege al productor nacional, el consumidor y la certeza jurídica se ven desmejorados.

II. Tributos al comercio exterior durante la Constitución de 1925 y la nueva Constitución

Bajo la Constitución de 1925 se consagró el principio de legalidad tributaria (Art. 10 N° 9 y 44 N° 1); pero no fue aplicado en forma estricta, sobre todo en materia de comercio exterior. Por ejemplo, la Ley 16.464 daba gran discreción al Presidente para fijar la tasa de los derechos *ad valorem*. El Decreto Ley 205, de 1973, dio aún más discrecionalidad al Primer Mandatario en la fijación de derechos *ad valorem*. La Constitución de 1980, en cambio, revirtió la tendencia y consagró en forma más fuerte y acabada el principio de legalidad impositiva. Sin embargo, se hizo necesario "adaptar" la legislación existente a las exigencias de la nueva Carta Fundamental, esa necesidad era particularmente imperiosa en el campo del comercio exterior. Por esta razón se dictó la Ley 18.525, que estableció el principio de legalidad en relación con el Arancel Aduanero⁴ y derogó las disposiciones de la Ley 16.464 que facultaban al Presidente para establecer la tasa de los derechos *ad valorem*. La Ley 18.525 establece además los derechos específicos, pero su determinación está entregada al Poder Ejecutivo. El DL 825, de 1974, contempla impuestos que gravan a la importación (no sólo el IVA, sino también algunos adicionales). Asimismo, el DL 828, de 1974, y las leyes 18.502 y 19.030 establecen tributos aplicables sólo a la importación de ciertos productos. Junto a éstos "perviven" algunas tasas aplicables a la importación. Todos estos cuerpos legales, a la luz de la Constitución de 1980, merecen ciertos reparos de constitucionalidad.

⁴ EMILFORK SOTO, Elizabeth, "La Intervención del Estado en el Sector Externo". *Revista de Derecho* N° 189. Universidad de Concepción, 1991, pág. 57.

III. Clasificación de los tributos al comercio exterior según su generalidad o especificidad y su apego al principio de legalidad tributaria

Según nuestra opinión,⁵ dentro del género “tributos externos” no sólo caben los derechos *ad valorem* y los específicos, sino también los gravámenes del DL 825, de 1974, aplicables a la importación,⁶ sea el IVA o los adicionales. Para clasificar todo este “género” de tributos, el mejor criterio es distinguir entre gravámenes aplicables a todas las importaciones y aquellos que se aplican sólo a la importación de ciertos productos.⁷ En cada uno de ellos veremos si el principio de legalidad tributaria ha sido violado. Hay varias maneras de infringir el principio de legalidad impositiva: interpretaciones extensivas por parte de entes administrativos fiscalizadores (SII o Aduanas); delegaciones de facultades legislativas en materias que la Constitución lo impide; invasión de la potestad reglamentaria en materias reservadas a la ley y, por último, celebración de tratados internacionales de tramitación simplificada.⁸ Muchas de estas formas de contravención, como veremos, han tenido aplicación en materia de tributos al comercio exterior.

1. Tributos aplicables a la importación de la generalidad de los productos

1.1. Derechos *ad valorem*:⁹ Ley 18.525 y Arancel Aduanero

Los derechos *ad valorem* están señalados en la sexta columna del Arancel Aduanero, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley de Hacienda N° 2 de 15/02/89, el que forma parte de la Ley 18.525 por aplicación de su art. 2°. La Ley 19.589 contempla además una rebaja progresiva de éstos en 1%

⁵ Que señalamos en el trabajo “Tributos a la Importación” publicado en *Actualidad Jurídica* N° 6... Ver “Ditec Ltda. con Aduana de Osorno” (Rol 375/03) en *Ius Publicum* N° 11/03, págs. 215 a 233, con comentario de Eduardo Soto Kloss y nuestro. En el mismo sentido, ver el comentario de OTERO, Jorge Miguel, y POHL, Emilio, *Revista Actualidad Jurídica* N° 9, Enero/2004, Universidad del Desarrollo, págs. 425 a 431. En contra, ver GARCÍA ESCOBAR, Jaime, “¿Es aplicable el Impuesto al Lujo?”, *Idem*, págs. 349 a 354. Posteriormente hubo un fallo contradictorio, “Ditec Ltda. con Director Nacional de Aduanas”, Rol 4.321-03, protección, Corte Suprema. La Ley 19.914 (“Adecua a la Legislación que Indica al Tratado con EE.UU”) eliminará los impuestos de los arts. 46 y 46 bis el 2007; progresivamente se disminuirá la tasa y aumentará el valor del automóvil desde el cual se aplicará dicho impuesto.

⁶ Único hecho gravado en nuestra legislación; ver Arts. 102 de la Ordenanza de Aduanas; 1° de la Ley 18.525 y 8° letra a); 37; 43 bis, 46 y 46 bis del DL 825, de 1974.

⁷ No consideramos las sobretasas, derechos compensatorios y antidumping, ya que estimamos que no son propiamente tributos.

⁸ Ver CESPEDES PROTO, Rodrigo, “Veinte Años de Jurisprudencia sobre el Principio de Legalidad Tributaria durante la Vigencia de la Constitución de 1980”. *Revista de Derecho de la UCV, XXIII*, Valpo., 2002, págs. 271 a 294.

⁹ Se incluye dentro de esta categoría el tributo pagado por concepto del impuesto sustitutivo, aplicable a la importación de mercancías a zonas de tratamiento aduanero especial (Art. 25 del DFL de Hacienda N° 2, de 2001).

cada año¹⁰ (6% desde el año 2003). Los derechos *ad valorem* constituyen la regla general en materia de tributos externos (al igual que el IVA), ya que todas las mercancías importadas deben cancelarlos, salvo que estén exentas expresamente. Se consideran también dentro de esta categoría los recargos sobre los derechos que el Arancel Aduanero establece sobre la correspondiente mercancía nueva, cuando ésta se importe usada (Regla General Complementaria N° 3).

El Arancel Aduanero es una lista oficial de mercancías, estructurada en forma metódica y ordenada con los respectivos derechos arancelarios que lo gravan. Todo arancel se compone de dos partes: la tributación y la nomenclatura, siendo esta última la agrupación técnica y metódica de mercancías objeto del comercio internacional.¹¹ Si bien nuestro Arancel Aduanero está contenido en un DFL, es una norma "híbrida": la tributación debe ser objeto de ley (Art. 4° inc. 1° de la Ley 18.525), pero las partidas arancelarias o nomenclatura son reguladas por acto administrativo, vía decreto supremo o resolución de Aduanas, autorizada por el Presidente.

Nuestro sistema jurídico contempla exenciones y rebajas a los derechos *ad valorem* en el mismo Arancel Aduanero (partidas "00"); en leyes especiales y en tratados internacionales (Art. 1° inc. 2° de la Ley 18.525). Dentro de estos últimos se contempla especialmente el Tratado de Montevideo de 1980, que estableció la Asociación Latinoamericana de Integración. La ALADI permite acuerdos de alcance parcial entre sus miembros;¹² en el seno del marco ALADI, Chile ha suscrito Tratados de Cooperación Económica con Venezuela, Bolivia, Colombia, Ecuador, Mercosur y Perú. El ALADI es un "tratado-marco", que posibilita la celebración de otros acuerdos internacionales. El Tratado de Montevideo de 1980, en sí, no reduce ni suprime derechos *ad valorem*, sí lo hacen los pactos celebrados a su amparo.

Respecto al principio de legalidad tributario y los derechos *ad valorem*, el Tratado con Bolivia¹³ fue cuestionado por problemas de constitucionalidad.

¹⁰ El fallo del Tribunal Constitucional en causa Rol N° 280 (20/10/98) está relacionado con esta ley. La Ley 19.589 establecía una rebaja de aranceles y compensaba la menor recaudación tributaria con un aumento en los impuestos a la gasolina y tabaco. El requerimiento tenía por base que el alza de tributos significaba gravámenes injustos y desproporcionados. El requerimiento fue rechazado.

¹¹ Existen varios tipos de nomenclatura: Naladisa, utilizada por el Mercosur, la Nomenclatura Arancelaria de Bruselas, que rigió en Chile hasta el 1 de enero de 1990, siendo reemplazada por el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías.

¹² Este tratado tiene por propósito final crear un mercado común latinoamericano, para ello propone fórmulas de integración, dejando abierta la posibilidad a formas distintas a las señaladas en dicho tratado (Arts. 3 letra e) y 14).

¹³ Este fue suscrito en abril de 1993 y aprobado por Decreto del Ministerio de RREE N° 402, de 1993.

dad. Se trata de un Acuerdo de Complementación Económica (ACE).¹⁴ Además, Bolivia es un país de "menor desarrollo relativo" (Art. 15 del ALADI), por lo que los beneficios no son recíprocos: sólo Chile disminuía su tributación, sin que Bolivia otorgara una compensación correlativa. Finalmente, el Décimo Protocolo Adicional profundiza y amplía el ACE celebrado, reduciendo o eliminando los derechos *ad valorem* (también algunos específicos); suprimiendo estacionalidades y sin establecer contingentes. Además, los productos favorecidos eran particularmente "sensibles". Tanto el tratado con Bolivia como el Décimo Protocolo Adicional se tramitaron de manera simplificada, conforme al mecanismo del Art. 50 N° 1 de nuestra Constitución. Se estimó, por parte de parlamentarios de oposición, que dicho acuerdo debía tener una tramitación normal (con participación del Parlamento) y no simplificada. Fundaban su petición en que se trataba de materias de reserva legal, ya que involucraban una rebaja de tributos. Por dicha razón hubo un requerimiento en contra del decreto promulgatorio¹⁵ ante el Tribunal Constitucional, incoándose la causa Rol N° 282 (28/01/99).

Como señalábamos, el requerimiento de los parlamentarios se fundaba en que, por tratarse de un tratado que abordaba materias de ley (tributos), no podía dársele una tramitación simplificada y necesitaba la autorización habilitante del Congreso. Además, se desconocía el régimen implementado por la Ley 18.525 sobre "Normas Sobre Importación de Mercaderías al País". Por lo tanto, el Decreto Supremo 1.412 (21/08/98) del Ministerio de RREE y el ACE con Bolivia invadían materias reservadas a la ley, violando el Art. 19 N° 20 de la Constitución (entre otros preceptos). El Contralor formuló sus observaciones al requerimiento; según él, Contraloría tomó razón del Decreto Supremo N° 1.412 por estimarlo ajustado a derecho. El Art. 50 N° 1 de la Constitución fue correctamente aplicado ya que se estaba dando cumplimiento o ejecutando un tratado en vigor: ALADI. Además, la misma tramitación se dio a otros ACE sin que hubiese reclamo alguno (invoca la "teoría de los actos propios"). Finalmente, según el Contralor, la Ley 18.525 reconoce la existencia de regímenes arancelarios singulares, nombrando especialmente al Tratado de Montevideo de 1980.

¹⁴ Como decíamos, ALADI contempla acuerdos de alcance regional o parcial. Los últimos pueden ser comerciales; de complementación económica (ACE); agropecuarios y los de promoción de comercio (se aceptan también otras modalidades). Los ACE tienen por objeto promover el máximo aprovechamiento de los factores de la producción, estimular la complementación económica, asegurar las condiciones equitativas de competencia, facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros. Éstos se sujetan a las normas específicas que se establezcan al efecto (Art. 11 del ALADI).

¹⁵ Decreto Supremo N° 1.412 de 21/08/98, del Ministerio de RREE. El requerimiento fue sobre la base del Art. 82 N° 5 de la Carta Fundamental, un caso de competencia contencioso-administrativa del Tribunal Constitucional.

El Presidente utiliza los mismos argumentos del Contralor, agregando que la ley sólo regula “el núcleo esencial” y lo demás queda entregado a la potestad reglamentaria. Además, la “autorización legal” se había dado al aprobarse, por el Poder Legislativo, el Tratado de Montevideo de 1980. Finalmente, señala que impugnar el decreto implica cuestionar también el acuerdo internacional contenido en él.

El requerimiento fue rechazado por el Tribunal Constitucional, acogiendo los planteamientos del Presidente de la República y del Contralor. Sin embargo, hay dos votos de minoría (Faúndez y Bulnes, la última estima que tanto el acuerdo internacional como el decreto son inconstitucionales; para Faúndez sólo el decreto era inconstitucional) que hacen eco de los argumentos de los requerientes. La decisión es muy cuestionable, no sólo por los argumentos de los votos de minoría, sino porque, de aceptarse la tesis del fallo, implicaría que el Presidente puede eliminar los derechos *ad valorem* sin recurrir al Parlamento, en lo que respecta a las relaciones económicas con los países miembros del ALADI. Al ser ALADI sólo un tratado “marco”, son los acuerdos que se celebren a su amparo los que regularán efectivamente materias tributarias. Por esa razón, son estos últimos los que deben ser autorizados por el Congreso.

1.2. Ley de impuesto a las ventas y servicios: el IVA

El DL 825 de 1974 establece que la generalidad de las importaciones se encuentran gravadas con IVA, tengan o no carácter habitual (Art. 8° letra a); las exenciones se encuentran en el Art. 12 letra B). La base imponible es el valor aduanero de la mercancía¹⁶ (o en su defecto el valor CIF) más el derecho *ad valorem*. En cuanto a su constitucionalidad, se trata de legislación “irregular”; sin embargo, nadie cuestiona su legitimidad. No obstante, el Art. 5° de la Ley 19.247 delegaba al Presidente la facultad de aumentar o rebajar la tasa dentro del 16 al 18%,¹⁷ lo que merece serios reparos, puesto que la delegación de facultades legislativas no cabe en materia de garantías constitucionales. Otra disposición cuestionada en cuanto a su constitucionalidad es el Art. 3° inc. 3°, que permite al SII cambiar al sujeto pasivo del IVA. De hecho el SII, por Oficio N° 1.427 (11/05/90), señaló que esta disposición se aplica a un género de contribuyentes y no a un sujeto determinado.¹⁸

El IVA no es el único impuesto consagrado en el DL 825 de 1974; se establecen también otros gravámenes especiales, pero aplicables sólo a ciertos

¹⁶ Arts. 5° y 6° de la Ley 18.525, según la reciente reforma de la Ley 19.912.

¹⁷ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II*. Stgo., 1996, pág. 81.

¹⁸ MASSONE PARODI, Pedro, *El Impuesto a las Ventas y Servicios*. Valparaíso, 1995, págs. 53 y 54.

productos. Estos tienen la misma base imponible que el IVA y también se aplican a la importación. Sin embargo, como veremos al tratar dichos tributos, la Administración ha alterado dicha base imponible excediendo sus potestades interpretativas.

2. Tributos aplicables sólo a la importación de ciertos productos

2.1. Derechos específicos: Art. 12 de la Ley 18.525

Los derechos específicos están establecidos en el Art. 12 de la Ley 18.525 y sólo tienen por fin dar estabilidad al mercado nacional (no persiguen entonces obtener recursos); pueden operar como tributo o como una rebaja a los derechos *ad valorem*. Éstos son excepcionales, porque sólo se aplican a la importación de los productos allí señalados (trigo, harina de trigo, y azúcar) por unidades arancelarias (kilo bruto, neto, etc., ver Reglas sobre Unidades del Arancel Aduanero). Tienen por objeto impedir grandes fluctuaciones en los precios, de manera de no desestabilizar el mercado interno. Como resultado de su aplicación existe una "banda de precios". El "piso" de ésta se alcanza mediante la aplicación de derechos específicos (si los precios internacionales son bajos) y el "techo" a través de rebajas a los derechos *ad valorem* (si los precios internacionales son altos). Tanto el techo como el piso se fijan por la propia ley. Frente a ellos existe un precio de referencia constituido por los precios internacionales promedio en mercados relevantes. Los derechos específicos o la rebaja de los derechos *ad valorem* operan cuando el precio de referencia se sitúa por encima del "techo" o por debajo del "piso", de manera de mantener los precios dentro de la banda previamente señalada. El procedimiento y los productos gravados fueron modificados por la Ley 19.897, de 25/09/03, a consecuencia de un fallo adverso de la OMC a requerimiento de Argentina.

Como la Ley 18.525 "crea" el derecho específico y encargaba (antes de la reforma) el establecimiento de su monto al Presidente de la República, su constitucionalidad ha sido cuestionada por tratarse de una delegación de facultades legislativas en materias en que ésta no procedía (si bien la reciente modificación le da menores atribuciones a la Administración, que ya no interviene en la fijación de los márgenes de la banda). En efecto, el Art. 61 inc. 2° de la Constitución impide delegar facultades en materia de derechos constitucionales, entre los cuales se encuentra el Art. 19 N° 20, que establece la garantía de la igualdad y legalidad de los tributos. No obstante, la Corte Suprema estimó que el Art. 12 de la Ley 18.525 era constitucional, señalando que el legislador no estableció una delegación de facultades, sino que el Presidente de la República fue "llamado a ejercer la potestad reglamentaria a título de sus facultades propias". Es decir, el

Presidente ejercía la prerrogativa consagrada en el Art. 32 N° 8 de la Carta Fundamental, sin que medie una transferencia de funciones de un órgano a otro. Esta institución es denominada "remisión normativa" por los administrativistas. Ésta se presenta cuando la ley encarga a un órgano de la Administración la regulación de algunos elementos "complementarios" a la ley mediante un reglamento, que conserva su calidad de tal. De esta manera se "crea" una nueva forma de reglamento, distinto al autónomo y de ejecución. Esta institución es defendida por algunos autores, como el profesor Pedro Pierry.¹⁹ Sin embargo, la aplicación de esta teoría es dudosa y constituye un serio atentado a la garantía de legalidad de los tributos. Si no procede la delegación de facultades legislativas en materias tributarias, con mayor razón no debería proceder la remisión normativa. Para el profesor Soto Kloss, la "remisión normativa" es una institución propia del derecho español que no tiene cabida en el sistema jurídico chileno. El decreto en cuestión no puede ser manifestación de la potestad reglamentaria autónoma, ya que trata asuntos de reserva legal (tributos). Tampoco es un reglamento de ejecución, ya que no "ejecuta" la ley, sino que fija elementos esenciales del gravamen, la "complementa". Por último, no puede ser un DFL, ya que la Constitución prohíbe delegar facultades legislativas sobre garantías constitucionales.²⁰ Simplemente, el Ejecutivo y el Legislativo excedieron las potestades que les otorga la Constitución.

La reciente reforma de la Ley 19.897 tiende a un mejor cumplimiento del principio de legalidad, ya que deja en manos de la ley (y quita potestades a la Administración) la determinación de los elementos más importantes del tributo. Además disminuye el número de productos afectos a estos gravámenes. La modificación tiende a una mayor certeza en la determinación de los tributos a pagar por los importadores y a un comercio internacional más limpio. Parte importante de las críticas esbozadas están superadas.

2.2. Ley de impuesto a las ventas y servicios: impuestos adicionales

Como decíamos, el DL 825 de 1974 establece, sin perjuicio del IVA, varios impuestos selectivos que sólo se aplican a la venta o importación, habitual o no, de determinadas mercancías (la mayoría de carácter suntuario). Este tipo de tributos constituyen una forma de mitigar la neutralidad del arancel parejo y tienen una tasa bastante alta. El Art. 37 del DL 825 grava, sin

¹⁹ PIERRY A., Pedro, Ponencia "El Ámbito de la Ley" en *El Proceso Legislativo en Chile*. Stgo. 1990. Págs. 67 a 88. Tratado también por GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo en su *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid. 1988. Págs. 253 a 267.

²⁰ "Watt's Alimentos con Fisco", *RDJ T 90* N° 3/93, sec. 5, págs. 219 y ss. Inaplicabilidad. Comentado por el Prof. Soto Kloss. También en *Gaceta Jurídica* N° 159/93. Págs. 40 y ss. Ver SOTO KLOSS, Edo., *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II*. Stgo. 1996. Págs. 87 a 90.

perjuicio del IVA, la primera venta o importación de productos de lujo (artículos de oro, joyas y piedras preciosas, pieles finas, etc.). El Art. 42 establece un impuesto especial a la venta o importación, habitual o no, de bebidas alcohólicas o analcohólicas. La tasa es variable, según el tipo de bebida. Finalmente, el DL 825 establece impuestos especiales a la importación de vehículos motorizados en los Arts. 43 bis y 46. El 43 bis grava la importación de vehículos de carga o transporte de pasajeros o partes de éstos. Se lo denomina frecuentemente como "impuesto a la cilindrada". La importación de ciertos vehículos además está gravada con otro tributo, establecido en el Art. 46 ("impuesto al lujo"). La base imponible de todos estos gravámenes es la misma del IVA: el valor aduanero más los derechos *ad valorem*. Sin embargo, el SII (mediante Circular N° 19 de 1993), excediendo sus facultades interpretativas, aumentó la base imponible y, consecuentemente, aumentó el impuesto. En la causa "Importadora Mapal Ltda. con SII" la Corte de Stgo. rectifica la errada interpretación por contravenir el texto legal.²¹ En un sentido similar, "Automotriz Rossetot S.A. con SII";²² "Camare Autos S.A. con SII".²³

2.3. DL 828 de 1974: Impuesto a los tabacos manufacturados

El impuesto a los tabacos manufacturados es un tributo especial o selectivo y específico que grava exclusivamente la venta o importación de cigarrillos puros, cigarrillos y tabaco elaborado empaquetado. Con él se pretende obtener recursos "castigando" la producción de algunos bienes que se consideran indeseables o, al menos, no tan necesarios.²⁴ Los principales cuestionamientos de constitucionalidad de este tributo no provienen de la violación del principio de legalidad, sino por tratarse de tributos manifiestamente injustos o desproporcionados. Así, en la causa Rol N° 280 (20/10/98) se impugnaba el alza de los gravámenes a la gasolina y tabaco (el requerimiento fue rechazado).

2.4. Impuestos al petróleo: Leyes 18.502 y 19.030

Son dos las leyes que establecen gravámenes a la comercialización del petróleo: la Ley 18.502 y la Ley 19.030. Analizaremos estos cuerpos legales por separado:

²¹ *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 2/99, págs. 495 a 501. Apelación sobre reclamación tributaria. Con Comentario del Prof. José Ignacio Martínez E., Corte de Apelaciones de Stgo., 27/08/98.

²² *Revista Fallos del Mes* N° 416, julio 1993, págs. 425 a 430, Corte Suprema, recurso de protección. Si bien aquí se reclama que la nueva interpretación no se aplique retroactivamente en virtud del Art. 26 del Código Tributario.

²³ *Gaceta Jurídica* N° 230/99, págs. 222 y ss. Apelación reclamación tributaria. Corte de Stgo.

²⁴ PROTO LAGUZZI, José, "Informe Económico de Marzo N° 43". Diario "El Mercurio", 1979.

a) Ley 18.502: esta ley, en su Art. 6°, establece un impuesto específico a los combustibles, que es igual a cierto número de unidades tributarias por metro cúbico. Este tributo es monofásico y no forma parte de la base imponible del IVA. Esta ley grava la primera venta o importación de gasolina automotriz y petróleo diesel. Esta norma no tiene reparos de constitucionalidad, ya que los elementos esenciales del gravamen se fijan por la ley.

b) Ley 19.030:²⁵ esta ley creó el “Fondo de Estabilización de Precios del Petróleo”, cuyo fin es, según su Art. 1°, atenuar las variaciones de los precios de venta internos de los combustibles derivados del petróleo, motivadas por fluctuaciones de sus cotizaciones internacionales (al igual que los derechos específicos, estos impuestos no tienen por fin primario recaudar tributos). El Fondo consiste en una cuenta especial llevada por Tesorería, que contiene un patrimonio inicial, el que puede verse incrementado o disminuido dependiendo de las fluctuaciones del precio del petróleo. Para determinar cuándo usar el fondo, la ley establece ciertos hitos referenciales. El principal es el “precio de referencia intermedio”, que es el esperado al mediano y largo plazo en el mercado petrolero. A partir de él se obtienen los “precios de referencia superior e inferior”,²⁶ que son el “precio de referencia intermedio” más, o menos, su 12,5% (éste es el porcentaje mínimo de diferencia). Ambos conforman una “banda” dentro de la cual debe mantenerse el precio del petróleo en el mercado interno. El otro hito referencial es el “precio de paridad”. Éste consiste en la cotización promedio semanal observada en los mercados internacionales relevantes de las gasolinas automotrices, nafta para uso en la fabricación de gas de cañería, kerosene doméstico, petróleos diesel, petróleos combustibles y gas licuado, incluidos los costos de transporte, seguros y otros gastos. Mientras el “precio de paridad” se mantenga dentro de la banda, el Fondo se mantendrá estático. En cambio, si el “precio de paridad” es menor que el “precio de referencia inferior”, operará un impuesto que afectará a la primera venta o importación de los combustibles regulados por la Ley 19.030. Los recursos recaudados incrementarán el Fondo. Por otra parte, si el “precio de paridad” es mayor que el “precio de referencia superior”, operará un crédito fiscal en favor del productor, refinador o importador de los combustibles. El monto original se ha incrementado en dos ocasiones por las Leyes 19.660 y 19.681.

Esta ley tiene los mismos reparos de constitucionalidad que los derechos específicos del antiguo Art. 12 de la Ley 18.525. Si bien es la ley la que

²⁵ El Decreto N° 211, de 19/07/00 del Ministerio de Minería, fija el Reglamento de esta ley.

²⁶ Estas cantidades, junto con el precio de paridad, están sujetas a variación permanente, se fijan por Decreto Supremo por el Ministerio de Minería, previo informe de la Comisión Nacional de Energía.

“crea” estos tributos, su aplicación y elementos esenciales se determinan por decreto. Posiblemente, para argumentar a favor de su constitucionalidad, se podría invocar la teoría de la “remisión normativa”, que tuvo éxito ante la Corte Suprema. La Ley 19.030 fue revisada por el Tribunal Constitucional en virtud del Art. 82 N° 1 de la Carta Fundamental en causa Rol N° 117 (11/01/91); pero no se suscitaron cuestiones de constitucionalidad y dicha ley no fue objeto de ningún reparo.

IV. Tasas

Las tasas son una categoría intermedia entre los impuestos en general y los ingresos de derecho privado.²⁷ Se parecen a los primeros porque las tasas son percibidas por un ente público y tienen la misma estructura jurídica: ambos contienen un presupuesto al cual la ley le asigna el efecto de tener que entregar dinero al Estado. Se asemejan, en cambio, a los ingresos de derecho privado, porque la entrega de dinero tiene como motivo la prestación de un servicio determinado por el ente público, presupuesto al cual la ley le atribuye como consecuencia el pago de una suma de dinero. La diferencia con los impuestos consiste en que el presupuesto en éstos dice relación directa o indirecta con la capacidad contributiva del sujeto pasivo, sin relación alguna con la actividad del ente público.²⁸ Contrariamente, en la tasa, la actividad estatal debe necesariamente efectuarse para dar nacimiento a la obligación tributaria. Distinguir las tasas de los pagos derivados de una relación contractual con un ente estatal es difícil. Para Bielsa, si el servicio se presta en virtud de un “monopolio de derecho”, lo que se paga es una “tasa”; si el servicio se presta “en concurrencia”, lo que se paga es un “precio” (aunque haya monopolio, si es de hecho y no de derecho).²⁹ Es decir, estaremos en presencia de una tasa cuando la actividad realizada por el Estado no puede sustituirse por la actividad de un particular (por ejemplo, las certificaciones sobre estado civil o la legalización). En cambio, estaremos en presencia de un “precio” y de un servicio de derecho privado otorgado por el Estado, cuando la actividad de éste puede ser sustituida por la de un particular (por ejemplo, el pago de una mensualidad en una universidad estatal o el servicio postal).

Distinguir en cada caso si se trata de una tasa o la remuneración de un servicio es importante para diversos efectos. Si nos encontramos frente a una tasa, ésta integrará la teoría general de los tributos aplicándosele el

²⁷ GIANNINI, Archille Donato, *Instituciones de Derecho Tributario*. Madrid, 1957, pág. 50.

²⁸ GIANNINI, *Instituciones...*, pág. 52.

²⁹ BIELSA, Rafael, *Compendio de Derecho Público*. Tomo III. Derecho Fiscal. Buenos Aires, 1952, pág. 360.

principio de legalidad, igualdad, no-confiscación, no-destinación a un fin específico, etc., categorías no aplicables al precio por un servicio. Las tasas violan el principio de no-destinación a un fin específico, consagrado en el Art. 19 N° 20 incs. 2° y 3° de la Carta Fundamental. Sin embargo, las tasas establecidas con anterioridad a la Constitución de 1980 se mantienen vigentes por aplicación de la Disposición Séptima Transitoria. En virtud de ésta, dentro de los tributos al comercio exterior, encontramos varias tasas: el aforo por examen;³⁰ la tasa aeronáutica³¹ y la tasa de despacho.³²

Durante la tramitación de la Ley 19.479, que modernizaba el Servicio de

³⁰ El "aforo" es un procedimiento que consiste en reconocer y clasificar las mercancías y determinar su valor, con el fin de aplicar el tributo adeudado por una operación de comercio exterior. La Ordenanza de Aduanas distingue entre verificación, examen físico, revisión documental y aforo (ver Art. 83 de la Ordenanza de Aduanas). La operación de "verificación" consiste en comprobar que una declaración aduanera contiene todos los datos, menciones y formalidades exigidas, de modo que sea coherente y constituya una declaración unívoca (Art. 80 inc. final de la Ordenanza de Aduanas). El "examen físico" se define como el reconocimiento material de las mercancías (Arts. 23, 83 y 132 letra c) de la Ordenanza de Aduanas). La "revisión documental" consiste en examinar la conformidad entre la declaración aduanera y los documentos que le sirvieron de base (Arts. 83 y 132 letra c) de la Ordenanza de Aduanas). Finalmente, el "acto de aforo" constituye una operación única que consiste en practicar en una misma actuación el examen físico y la revisión documental, de tal manera que se compruebe la clasificación de las mercancías, su evaluación, la determinación de su origen, cuando proceda, y los demás datos necesarios para fines de tributación y fiscalización aduanera (Arts. 23, 83, 86, 87, 89, 121, 132 letra c), 147, 148 letra e), 150 y 173 de la Ordenanza de Aduanas). La finalidad básica del aforo es de carácter tributario: determinar la base imponible con la consecuente aplicación y liquidación del gravamen. Para establecer el tributo a pagar se utiliza un sistema de "determinación mixta": el despachador hace los cálculos y señala el impuesto y Aduanas fiscaliza lo anterior. La anterior es la situación normal. No obstante, existen casos de excepción en que Aduanas determina de oficio el gravamen. Uno de ellos es el "aforo por examen" (Arts. 84, 85 y 173 de la Ordenanza de Aduanas). Para efectuar esta operación, Aduanas debe reconocer la mercancía; clasificarla; establecer su peso, cuenta o medida; valorarla y calcular los gravámenes aplicables. Sólo se aplica a las declaraciones de importación con tramitación simplificada y a la importación por vía postal (Art. 89 de la Ordenanza de Aduanas). Sin embargo, en situaciones dudosas, el despachador puede solicitar que la Aduana clasifique la mercancía. Por esta actividad la Aduana cobra una tasa fijada en el Decreto de Hacienda N° 704 de 1974. Ver también las Reglas sobre Aforo del Arancel Aduanero. Para mayor detalle, ver el Compendio de Normas Aduaneras, que sintetiza, sistematiza y ordena las normas legales y administrativas relacionadas con el comercio exterior.

³¹ Regulada por el Art. 9° inc. final de la Ley 16.752 y el Art. 62 del Reglamento de Tasas y Derechos Aeronáuticos, consagrado en el Decreto de Defensa N° 172 del 05/03/74. La tasa aeronáutica afecta a toda carga proveniente de un lugar situado fuera del país que llegue al territorio por vía aérea a los aeropuertos nacionales. Asciende al 2% de los derechos aduaneros que paguen esas cargas o, si están exentas total o parcialmente, este porcentaje se aplica al monto a que alcance el total de la franquicia. Este tributo se cobra por el uso de los aeródromos públicos de dominio fiscal y los servicios destinados a la protección y ayuda de la navegación aérea. Lo recauda Aduanas y beneficia a la Dirección de Aeronáutica Civil. Es curioso que sólo afecte a la carga procedente del extranjero y no a la nacional, que utiliza los mismos servicios.

³² Establecida por el Art. 190 de la Ley 16.464 y modificado por el Art. 23 del DL 910 de 1975. La tasa de despacho es un impuesto sustitutivo aplicable a toda mercancía liberada total o parcialmente de derechos aduaneros. Su aplicación es escasa, ya que la mayoría de las liberaciones fueron derogadas. De tasa sólo tiene el nombre, es un simple impuesto al comercio exterior.

Aduanas, un grupo de senadores formuló un requerimiento por inconstitucionalidad de los Arts. 1° N° 3 letra d) y 6° de dicho proyecto de ley. El Art. 6° establecía que Aduanas podría cobrar “una *tarifa* aplicada al procesamiento de cada declaración de importación (normal) o de importación de pago simultáneo, afectas ambas al cobro de gravámenes e impuestos; y de exportación, o documentos que la reemplacen”, así como también una *tarifa* “por cada pasajero de vuelo nacional e internacional sujeto a control aduanero” y “a los vehículos automotores de tránsito internacional, privados o públicos, que transporten pasajeros que estén sujetos a recepción o despacho aduanero, fijando un monto máximo para estas *tarifas* y agregándose que el valor específico de cada una de ellas será fijado por decreto supremo del Ministerio de Hacienda” y que “los recursos provenientes de estos cobros constituirán ingresos propios del Servicio Nacional de Aduanas y se incorporarán a su presupuesto”. Se establecía también que un “reglamento establecerá las condiciones, plazos, tramos y demás modalidades para el pago de estas *tarifas*”. Como decíamos, distinguir entre una tasa y una tarifa por un servicio es difícil, las diferencias son sutiles. El Tribunal Constitucional, en causa Rol N° 247 (14/10/96) declaró inconstitucional este precepto, porque tenía por objeto “dotar de nuevos recursos al Servicio Nacional de Aduanas y modificar procedimientos existentes... (Las características del proyecto) configuran una integridad a través de la cual intenta dar origen a un tributo con las características propias de una tasa” y “resulta inadmisibles dar el sentido o calificación de *prestación* al contribuyente a un acto que realiza el Servicio Nacional de Aduanas, del cual aquél *no tiene una real alternativa de sustraerse*, y que corresponde a una etapa previa al pago que deberá efectuar como eventual sujeto obligado de tributos que justamente ese Servicio debe determinar y controlar”. Finalmente, “el proyecto de ley, en su Art. 6° fija el monto máximo de los tributos que, bajo la denominación de *tarifas* establece, pero deja entregado al Reglamento la determinación de las condiciones, plazos, tramos y demás modalidades que se aplicarían a su pago”. Agrega el Tribunal que “sería el Reglamento el que entraría eventualmente a proporcionar aquella garantía de igualdad, cuyo resguardo corresponde en este caso, de acuerdo con la Constitución, en forma específica a la ley”. Por lo tanto, “debe concluirse que el proyecto no proporciona el sustento legal indispensable para el establecimiento del tributo que origina, vulnerando de esta manera el claro requisito constitucional exigido por las citadas normas de los Arts. 6°, 7°, 19, 60, 61 y 62 de la Constitución Política”. Este impecable fallo define la doctrina correcta: es la ley la que debe determinar los elementos esenciales del tributo; éstos no pueden quedar entregados a la potestad reglamentaria, incluso si la ley fija un valor máximo.

V. Conclusión

El principio de legalidad tributaria consagrado en la Carta Fundamental es una de las instituciones que robustecen la seguridad jurídica. No obstante el fortalecimiento de este principio en la Constitución de 1980, las numerosas infracciones a dicho principio tienden a ser "toleradas" en materia de comercio exterior, en razón del carácter proteccionista de estos gravámenes.

Existen varias formas de transgredir el principio de legalidad impositiva: interpretaciones extensivas por parte de entes administrativos fiscalizadores; delegaciones de facultades legislativas en materias que la Constitución lo impide; invasión de la potestad reglamentaria en materias reservadas a la ley y, por último, celebración de tratados internacionales de tramitación simplificada. Todas estas formas de vulneración han tenido aplicación en materia de tributos al comercio exterior, según lo demuestra la jurisprudencia citada. El control ejercido por los Tribunales Ordinarios y el Tribunal Constitucional es fundamental al momento de evitar vulneraciones a la legalidad tributaria; sin embargo, no siempre se ha aplicado con rigurosidad, lo que resta estabilidad a un mercado de por sí fluctuante y aun inseguro.

Dos aspectos del delito de negociación incompatible

Rodrigo Medina Jara

Magister en Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona
y Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesor de Derecho Penal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

En torno a un caso práctico ocurrido hace ya dos años –el llamado “Caso Conadi”–, se han planteado dos cuestiones relativas al sujeto activo del delito de negociación incompatible. La primera es si es punible el familiar o el tercero al que el funcionario público da interés, y la segunda es el caso en que el funcionario público utilice al familiar, porque el interés es realmente propio.

II. El sujeto activo en el delito de negociación incompatible

1. La lógica de los delitos especiales

No cabe duda que el sujeto activo, vale decir, aquel que se manifiesta como autor de la conducta típica descrita en un precepto de la parte especial, quien lleva cabo la actividad descrita en el tipo legal,¹ puede ser simple o calificado.

El sujeto activo no debe ser confundido con el autor, ya que para que un sujeto activo sea autor es necesario que concurran además otras características especiales en él que vienen a circunscribir el ámbito del autor.² El sujeto activo es el sujeto de la acción, independientemente que sea responsable del delito. En cambio, según el artículo 14 del Código Penal, los

¹ Luzón Peña, Diego Manuel; *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1996, p. 346; Bustos Ramírez, Juan; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª Ed., PPU, Barcelona, 1994, p. 271.

autores son una categoría de los “responsables criminalmente de los delitos”. Un inimputable, por ejemplo, puede ser sujeto activo de un hecho típicamente antijurídico, pero no podrá nunca ser autor de un delito.³

Los delitos con la participación de sujetos con especiales condiciones requeridas por la ley, se denominan delitos especiales, y éstos pueden ser de los llamados delitos especiales “impropios” (o especiales en un sentido amplio), esto es, aquellos hechos punibles que si bien pueden ser ejecutados por cualquiera, experimentan una cualificación –agravatoria o atenuatoria– al ser realizados por una determinada esfera de autores y siempre presuponen un delito común correspondiente, como, v.gr., la relación entre homicidio y parricidio o infanticidio.⁴

Por otro lado, existen los delitos especiales “propios”, valer decir, aquellos que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos. Entre éstos se encuentran los delitos genuinos de los funcionarios públicos.⁵

En este caso, se ha afirmado que en este tipo de delitos el interviniente no calificado no puede ser coautor, sino sólo partícipe. La coautoría es la realización de un hecho propio, mientras que la participación se predica de un hecho ajeno. Por ello, no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo de delito. La única posibilidad se encuentra en que se trate de un delito especial, cuyo tipo está compuesto de varios actos, pues entonces es admisible que quien no podría ser autor único, pueda en cambio realizar algún acto ejecutivo de los varios que integran el tipo. Por ejemplo, la violación del numeral primero del artículo 361 del Código Penal está compuesta por dos actos (acceso carnal y uso de la fuerza o intimidación). La característica típica de la fuerza o intimidación es independiente del sexo del autor, por lo que también una mujer puede ser coautora directa del artículo 15 N° 1 del delito de violación. Fuera de estos casos, un *extraneus* que interviene en la coejecución de un hecho constitutivo de delito especial no puede ser castigado como coautor de éste.⁶

² Bustos Ramírez, Juan; Ob. cit., pp. 271 y 272.

³ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, en Córdoba Roda, Juan, y Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, 1ª Ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1976, p. 802.

⁴ Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Ob. cit., p. 863; Grisollá, Francisco; *La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude*, en RCP, Tomo XXXIV, enero-junio, 1975, pp. 5 y ss.; Quintero Olivares, Gonzalo; *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Ed. Cymys, Barcelona, 1974, p. 51.

⁵ Jescheck, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª Ed., Granada, 1993, p. 240; Mir Puig, Santiago; *Derecho Penal, Parte General*, 3ª Ed., PPU, Barcelona, 1990, pp. 220 y 221.

⁶ Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Ob. cit., pp. 838 y 839.

Si seguimos a Quintero, en una apreciación con la que concordamos, en los delitos especiales existe una "limitación de la esfera de autores", por los criterios que sea, v.gr. especial protección de un bien jurídico, pero la norma superior "que late en ellos va dirigida a todos" y, por tanto, el contenido del injusto de tales delitos sería idéntico al de los delitos comunes, y así serían tratados los partícipes. El partícipe en un delito común (v.gr. hurto) participa también en la lesión del bien jurídico "propiedad", aun cuando él no haya sido autor en el caso concreto. En el delito especial lo único que difiere es que no "hubiera podido ser autor principal, aunque lo hubiese querido".⁷ Es decir, un extraño no puede ser considerado autor del artículo 15 N° 1 en un delito especial propio, sólo partícipe.

2. El delito de negociación incompatible

No cabe duda que el delito de negociaciones incompatibles, establecido en el artículo 240 del Código Penal, con o sin la modificación experimentada en virtud de la Ley N° 19.645, constituye un delito especial propio que sólo admite la existencia de sujetos activos que sean empleados públicos al tenor del artículo 260 del mismo cuerpo legal.

Ello si analizamos el bien jurídico y la propia conducta punible.

1. De acuerdo a las doctrinas española e italiana, este delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la Administración Pública y el prestigio de los funcionarios, se pretende, siguiendo a Sebastián Soler, "el fiel y debido desempeño de las funciones de la Administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad", es decir, se protege ante todo la transparencia de los actos administrativos.⁸

En nuestro contexto, se ha afirmado que "el bien jurídico específicamente amparado por el delito de negociación incompatible es el deber de probidad administrativa y éste es un deber jurídico al que se encuentran afectos los funcionarios públicos y cuyo objeto es impedir la utilización de esta investidura para la obtención de beneficios o ventajas económicas para sí o terceros."⁹

⁷ Quintero Olivares, Gonzalo; Ob. cit., pp. 45 y 49.

⁸ Sancinetti, Marcelo; *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, en ADP, 1986, p. 878.

⁹ Molina Correa, Eugenia María; *El delito de negociación incompatible*, tesis, U. de Chile, 1985, p. 13.

De manera que, por vía del bien jurídico tutelado, la actuación de un *extraneus* no tendería a violar ni la probidad, ni la imparcialidad ni la transparencia que se pretende proteger en el actuar de los empleados de la Administración, porque tal sujeto no tiene ni debe estas obligaciones.

2. En cuanto a la conducta, ésta consiste en “interesarse” en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo. Siguiendo a Sancinetti, esta conducta queda definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio, o sea, al tomar una injerencia orientada al beneficio (injerencia de aprovechamiento o *ingerenza profittatrice*, en palabras de la Corte de Casación italiana) condicionando la voluntad negocial de la Administración por la “inserción” del interés particular.¹⁰

Vale decir, colocado que fue el funcionario público en la disyuntiva del “interés general” de la Administración, existente en su intervención en la resolución o dictamen del contrato u operación, y el “interés particular”¹¹ (propio o de su entorno familiar o económico), ha decidido por favorecer no sólo el primero, sino el segundo exclusivamente o ambos.

En este segundo aspecto, tampoco la intervención del extraño es posible, ya que la existencia por sí sola del “interés” en un contrato u operación no configura el delito, sino que lo hace la colisión de éste con el interés de la Administración, que no puede predicarse de él.

3. Conclusiones

Corresponde, pues, que señalemos el tipo de sanción (si ella es posible) respecto del cónyuge que no se interesa, sino que adquiere interés (en el sentido de ser colocado por el funcionario público con el que se encuentra casado en situación de recibir o disfrutar una ventaja o beneficio económico proveniente de un contrato u operación en que el empleado debe intervenir).

1ª Alternativa: La impunidad

Esta alternativa, opuesta a la posibilidad de considerar la participación en un delito especial, ha sido desechada por la doctrina, argumentando la justicia material (que no prefiere la impunidad), la estructura técnica de la institución de la participación y la imposibilidad de aplicar a este caso los presupuestos de incomunicabilidad del artículo 64 del Código Penal.¹²

¹⁰ Ob. cit., pp. 880 y 881.

¹¹ Ocupamos aquí los términos de la Ley N° 18.575, modificada por la Ley N° 19.653.

¹² Todo ello, en Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Ob. cit., p. 863.

2ª Alternativa: La sanción

Teniendo claro que la alternativa correcta es sancionar a los extraños (no porque son sujetos activos de los delitos especiales, sino porque son partícipes¹³), debemos señalar cuáles son las posibilidades de sanción del cónyuge colocado en el caso señalado.

a. Autor ejecutor del artículo 15 N° 1

Esta posibilidad ha sido anteriormente descartada, ya que en esta posibilidad, tratándose de delitos especiales, sólo puede ser autor el sujeto cualificado y, en consecuencia, el extraño no podrá ser jamás autor "principal", ya que no puede serlo quien no es autor idóneo (cualificado) según el tipo delictivo, y en este caso, claramente, el tipo exige que se trate de un empleado público.¹⁴

b. Inducción del artículo 15 N° 2

Esta es una posibilidad cierta, dado que la inducción (con independencia que aparezca regulada como autoría) es una participación en un hecho ajeno.¹⁵ Si la cónyuge ha influido sustancialmente en el sujeto activo empleado público y ha creado en él la resolución de ejecutar el hecho típico, de tal manera que la deje a ella en situación de obtener el beneficio económico al que nos hemos referido anteriormente, puede existir inducción y la cónyuge debe ser sancionada de conformidad al artículo 15 N° 2 del Código Penal.

La inducción como forma de sanción del *extraneus* en el delito de negociación incompatible ha sido aceptada en nuestro contexto jurídico.¹⁶

c. Autoría del artículo 15 N° 3

En este caso, debe existir concierto previo, es decir, que exista como mínimo una "confabulación" (que puede alcanzar el grado de acuerdo previo de voluntades) entre el cónyuge y el empleado público en orden a cometer el delito.¹⁷

¹³ Esto se aclara con un ejemplo que se señala en *Ibíd.*, p. 840, aunque referido a un delito especial impropio: Un extraño puede naturalmente matar o ayudar a matar a otro, pero no puede matar o ayudar a matar a un pariente.

¹⁴ Grisóla, Francisco; *Ob. cit.*, p. 15.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 19; Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Ob. cit.*, p. 862.

¹⁶ Molina Correa, Eugenia María; *Ob. cit.*, p. 40.

¹⁷ Yáñez Pérez, Sergio; *Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno*, en RCP, Tomo XXXIV, enero-junio 1975, p. 60; Cury Urzúa, Enrique; *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Ed. Jurídica, 1ª Ed., 1985, p. 256.

También debe existir una facilitación de los medios para perpetrar el delito y esto resulta claro en el caso, ya que la cónyuge del empleado público facilitó o prestó su calidad de abogado y los medios técnicos que ello supone para permitir la apariencia de separación del "interés general" (que sería resguardado por el empleado público) y el "interés particular" (cubierto por la cónyuge, sin que se descubriese esta calidad). Esto puede abarcar todos los casos en que se hayan prestado medios materiales e intelectuales hasta aquellos en que la dirección y planificación del delito se encuentre bajo el empleado público.¹⁸

d. Complicidad (artículo 16)

La última posibilidad es la complicidad, lo que ocurrirá cuando no exista el concierto, lo que en nuestro medio ha sido declarado como "difícil de concebir".¹⁹

e. Autoría mediata

Nuestra última preocupación, relacionada con la posibilidad de que el empleado público hubiese "usado" o instrumentalizado a su cónyuge en la ejecución del delito, es la de suponer autoría mediata.

En este caso estamos frente a un autor mediato *intrañeus* (en este caso, el empleado público) que comete el delito especial cuya autoría le está reservada, por medio o a través de un instrumento no cualificado.²⁰

Esto debe ser descartado por dos razones:

i. La primera es que en estos casos el extraño (es decir, la cónyuge) debe ser capaz de ejecutar directamente el tipo del delito que podría haber ejecutado el sujeto cualificado y ello no es posible, de acuerdo a lo señalado anteriormente.

ii. La segunda es que existiendo dolo en la cónyuge no puede existir autoría mediata. Las hipótesis de "instrumento doloso", es decir, de un pretendido instrumento que actúa libremente y con pleno conocimiento de la situación. La conducta del supuesto autor mediato no será la del "abuso" de otra persona, sino la "corrupción", que debe ser incardinada por la inducción u otra modalidad.²¹

¹⁸ Yáñez Pérez, Sergio; Ob. cit., p. 60.

¹⁹ Molina Correa, Eugenia María; Ob. cit., p. 40; Grisolfá, Francisco; Ob. cit., p. 19.

²⁰ Grisolfá, Francisco; Ob. cit., p. 16.

²¹ Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Ob. cit., p. 809.

La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España*

Juan Manuel Herreros López*

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD EUROPEA DE MADRID

Aránzazu Roldán Martínez*

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

UNIVERSIDAD EUROPEA DE MADRID

I. Discriminación de la mujer en el acceso y permanencia en el trabajo

El sexo es una condición orgánica que distingue al hombre de la mujer y que históricamente ha supuesto un reparto no elegido de los roles de cada uno de los géneros. Un reparto del todo injusto que colocó al hombre en una posición dominante y a la mujer en una posición dominada, produciéndose así una discriminación basada en una causa natural y en principio inmodificable.¹ Manifestación clara de ese reparto injusto la hallamos en el campo del mercado de trabajo, donde aún hoy podemos encontrar importantes discriminaciones de la mujer al menos en dos ámbitos fundamentales: el acceso y permanencia en ese mercado de trabajo, de un lado, y las condiciones reguladoras de la relación laboral, de otro. Sin excluir de este estudio la mayor precariedad que las mujeres sufren frente a los hombres en sus condiciones de trabajo, me ocuparé aquí principalmente de las discriminaciones existentes en el acceso y permanencia

* Este artículo tiene origen en la Comunicación "Igualdad y Mercado de Trabajo" presentada por el profesor Juan Manuel Herreros a la Mesa "Principio de Igualdad y no discriminación", VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, del 3 al 5 de diciembre de 2003, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla. El epígrafe dedicado a la acción de la Unión Europea tiene su origen en el Seminario "Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres", dictado por Aránzazu Roldán en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo (Concepción), el 3 de julio de 2003.

¹ Vid., en este sentido, SEVILLA MORENO, J., "Igualdad y discriminación", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, AA.VV., Madrid, Instituto de la Mujer, (2001), p. 24.

de la mujer en el mercado de trabajo, por ser este ámbito, a mi juicio, el que mejor se acomoda a un análisis realizado desde el Derecho Constitucional y la Ciencia Política, tomando como perspectiva concreta las Políticas Sociolaborales.

La existencia de discriminaciones en el ámbito del trabajo no es en absoluto baladí, sino que, por el contrario, ofrece especial relevancia al ser éste uno de los ámbitos de la vida más importantes. Tomando en consideración al individuo, el trabajo se erige en instrumento esencial para la integración social de la persona y el desarrollo de su personalidad, pues no en vano es el modo ordinario o común por el que la persona consigue su independencia y autonomía económicas. El desempleo es, *sensu contrario*, una de las mayores causas de desarraigo social de una persona, convirtiéndose en un verdadero drama personal y familiar de quienes directamente lo padecen. Tomando en consideración a la comunidad en su conjunto, el trabajo se demuestra medio indispensable para el desarrollo social, económico o cultural de la misma, mientras que, a la inversa de nuevo, las altas tasas de paro van siempre asociadas a sociedades de poca prosperidad y desarrollo.²

Parece poco discutible, tanto desde una perspectiva histórica, como desde un análisis actual, la infrutilización e infrarrepresentación de las mujeres en el mundo del trabajo. Las estadísticas no dejan dudas sobre la discriminación que hoy sigue sufriendo la mujer en el acceso y permanencia dentro del mercado de trabajo. Esas estadísticas muestran con claridad que la tasa de desempleo femenino es sensiblemente superior a la del desempleo masculino,³ así como que el empleo precario –en especial el empleo temporal y los bajos salarios– también afecta en mayores porcentajes a las mujeres que a los hombres.⁴ Analizando los resultados de las Encuestas de Población Activa, elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística, he de hacerme eco de un primer dato positivo que invita al optimismo y la esperanza: el progreso de la tasa de empleo de mujeres españolas entre 16 y 64 años ha sido notable entre los años 1997 y 2002, pasando de un 34% en

² En línea con estas reflexiones puede verse, por ejemplo, CANO, Y.; CHARRO, P.; SAN MARTIN, C.; SEMPERE, A.V., *Políticas Sociolaborales*, Editorial Laborum, Murcia, 2ª edición (2003), pp. 91 y 92.

³ Siguiendo los "Indicadores económico-sociales" que recoge el Boletín mensual "Panorama Económico-Social de España", editada por el Consejo Económico y Social, el total de ocupados varones existentes en el tercer trimestre de 2003 era (en miles) de 10.353,6, mientras que el de ocupadas mujeres era de 6.464,2. El total de asalariados varones en el mismo periodo de tiempo era (en miles) de 8.218,7, por 5.511,5 de mujeres. Por último, el número de parados varones era (en miles) de 916,2, por 1.198,4 de mujeres paradas (vid. "Panorama Económico-Social de España", Madrid, Consejo Económico y Social, N° 109, noviembre de 2003, p. 3).

⁴ Sobre estas diferencias entre hombres y mujeres en los ámbitos señalados véase, por ejemplo, CANO, Y.; CHARRO, P.; SAN MARTIN, C.; SEMPERE, A.V., *Políticas Sociolaborales*, op. cit., pp. 95, 98, 117 y 126.

1997 a un 45% en 2002. Ese avance en 11 puntos debe considerarse importante pero insuficiente si apreciamos que la distancia con la media de los países de la Unión Europea se encuentra aún a 10 puntos –mientras que en el caso de los varones es sólo de un punto–, y esa distancia crece a 15 puntos respecto del objetivo fijado para 2010.⁵ Por otro lado, y en relación al último cuatrimestre de 2002, es significativo reseñar que mientras la tasa de desempleo masculino se situó en un 8,3 %, la de desempleo femenino se situó en un 16,2 % –prácticamente el doble–, al tiempo que el índice de temporalidad del empleo femenino alcanzó un 33,8 %.⁶ Así pues, y aun constatando un notable avance en el crecimiento del empleo femenino durante los últimos años, persiste una importante discriminación de la mujer en el mundo del trabajo y se evidencia la necesidad de intensificar las medidas de acción positiva a favor de las mujeres.

La discriminación de la mujer en el mercado de trabajo es debida a múltiples causas. La primera de ellas es, qué duda cabe, el influjo histórico por el que la actividad remunerada –aquella realizada habitualmente fuera del hogar– quedaba asignada al varón, mientras que a la mujer le estaban reservadas las tareas domésticas. No poca importancia ha de concederse a la dificultad de conciliar vida familiar y laboral en un contexto en el que, como consecuencia del influjo histórico antes señalado, la mujer sigue siendo la que mayoritariamente se encarga de las labores domésticas y familiares. Otra causa importante en el menor acceso y permanencia de la mujer al mercado de trabajo, sobre todo en el sector privado de la actividad económica, hay que buscarla en el hecho natural de la maternidad femenina, que aún sigue retrayendo a no pocos empresarios a la hora de contratar a mujeres o consolidar sus puestos de trabajo. Por último, y en referencia a las mujeres mayores de 45 años, cabe mencionar el dato general de su menor cualificación y experiencia profesionales respecto de los hombres, como consecuencia de que precisamente en esta franja de edad es donde hallamos a un mayor número de mujeres que han dedicado más tiempo y energía a labores familiares y domésticas que a actividades profesionales.

A lo largo de este artículo se estudiarán las medidas que tanto desde la Comunidad Europea como desde el Estado español se han adoptado para neutralizar los efectos negativos que dichas causas provocan en el acceso y la permanencia en el empleo.

⁵ Véase el Boletín *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, editado por el Consejo Económico y Social, Nº 31, primer trimestre de 2003, p. 3.

⁶ *Ibid.*, p. 4.

II. La acción de la Comunidad Europea en la lucha contra la discriminación laboral de la mujer

La igualdad de trato entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación es uno de los pilares del Derecho Social Comunitario. La aplicación de dicho principio en el ámbito laboral ha conocido una evolución espectacular, en cierta medida paralela a la progresiva afirmación de la importancia de los derechos humanos en los procesos de la construcción europea. Concebido originariamente como un principio limitado a la igualdad de trato en materia de remuneración, con el tiempo, y ante la ausencia de preceptos legislativos que estableciesen un principio general de igualdad, surgió la necesidad de elaborar un marco jurídico adicional que afianzase y reforzase la paridad entre hombres y mujeres. Circunstancia que llevó a la adopción de varias Directivas⁷ que al ser normas que definen criterios generales y estar necesitadas de desarrollo, contribuyeron a que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –en adelante TJCE– adquiriese un papel preponderante en la interpretación y aplicación de las mismas.⁸ Con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam –el 1 de mayo de 1999– el citado principio se ha convertido en un objetivo comunitario explícito,

⁷ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos (DOCE L 45, de 19 de febrero de 1975). Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación, promoción profesionales y condiciones de trabajo (DOCE L 39, de 14 de febrero de 1976) modificada por Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 (DOCE L 269, de 5 de octubre de 2002). Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales de la Seguridad Social (DOCE 6/24, de 10 de enero de 1979). Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social (DOCE L 225, de 12 de agosto de 1986) modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996 (DOCE L 46, de 17 de febrero de 1997). Directiva 86/313/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las agrícolas, así como la protección de la maternidad (DOCE L 359, de 19 de diciembre de 1986). Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la adopción de medidas para promover la mejora de la Seguridad y Salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia (DOCE L 348, de 28 de noviembre de 1992). Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado con la UNICE, CEEP y el CES (DOCE L 145, de 19 de junio de 1996). Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, sobre modificación de la carga de la prueba en los procesos de tutela antidiscriminatoria (DOCE L 14, de 20 de enero de 1998). Por último cabe citar dos Directivas que se refieren de forma generalizada a la igualdad de trato, aunque sin referirse específicamente a la paridad por razón de sexo, la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (DOCE L 303, de 2 de diciembre de 2000).

⁸ Vid, BIURRÚN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I., *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2002, pp.135-136.

establecido en el art. 2 del Tratado de la Comunidad Europea⁹ –en adelante TCE–. Disposición que se completa con el nuevo artículo 3 párrafo segundo de dicha norma, donde se establece que “en todas sus actividades la comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”, y a tal objetivo sirve la facultad que el artículo 13 del mismo Tratado confiere al Consejo para que, por unanimidad, a propuesta de la Comisión, y previa consulta al Parlamento Europeo, pueda adoptar acciones adecuadas contra la discriminación por razón de sexo, raza o etnia, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.¹⁰ Por su parte, el artículo 137.1 i) TCE¹¹ también fija, dentro de los fines de la política social comunitaria, el relativo a “la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo”; un fin que es objeto de un más amplio desarrollo en el artículo 141 del TCE.¹²

La regulación del principio de igualdad por razón de sexo se circunscribe principalmente a las siguientes áreas: la igualdad salarial, el acceso al empleo, formación y promoción profesional, a las condiciones de trabajo y la igualdad en materia de Seguridad Social. Este último aspecto se dejará fuera de nuestro estudio dado que excedería su objeto.

El art.141 TCE, apartados primero y segundo, recoge de forma expresa la igualdad salarial como principio que deben garantizar los Estados miembros ante la realización de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor;¹³ una igualdad que ha de entenderse referida al sueldo de base o mínimo y a cualesquiera

⁹ Tratado constitutivo de 25 de marzo de 1957 de la Comunidad Europea (BOE de 1 de enero de 1986). El art. 3.2 fue añadido por el art. 2.3.e) del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 (BOE de 17 de diciembre de 1998 e Instrumento de Ratificación en BOE de 7 de mayo de 1999).

¹⁰ Sobre el art. 13 TCE MOREIRO GONZALEZ, C. J., “La acción comunitaria en la lucha contra la discriminación”, en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, op. cit., pp. 54-58. De acuerdo con este autor, la ubicación del art. 13 en la Primera Parte del Tratado, los Principios, “asegura que los actos institucionales que desarrollen su contenido gozarán, principalmente en lo que atañe a sus efectos, de la especificidad inherente al Derecho comunitario derivado, a la par que garantiza su tutela efectiva por el Tribunal de Justicia y los órganos judiciales de los Estados miembros” (p. 55).

¹¹ Nueva redacción dada por el art. 2.9 del Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001.

¹² Antiguo art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Nueva redacción dada por el art. 2.22 del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997.

¹³ El parámetro de “un trabajo de igual valor” fue introducido por el Tratado de Amsterdam, pues, con anterioridad, el artículo 141.1 (antiguo 119.1) sólo hacía mención a “un mismo trabajo”. Se amplía así el criterio estricto de “mismo trabajo”, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 del Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de la OIT de 1951, y de acuerdo con la propia jurisprudencia del TJCE a través de Sentencias como la de 8 de abril de 1976, *Defrenne contra Sabena*, Asunto 43/75; la de 27 de marzo de 1980, *Macarthys Ltd. contra Wendy Smith*, Asunto 129/79; o la de 6 de julio de 1982, *Comisión contra Reino Unido*, Asunto 61/81. Este carácter imperativo del principio de igualdad es aplicable tanto a las disposiciones legales y reglamentarias, como a los convenios colectivos y contratos de trabajo (véase la Sentencia de 30 de marzo de 2000, Asunto 236/98, ap. 41).

otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.¹⁴

Los párrafos tercero y cuarto inciden directamente en la exigencia del principio de igualdad de trato en la incorporación y permanencia en el trabajo:

– El apartado tercero se refiere a una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la incorporación y permanencia dentro del mercado de trabajo, ordenando al Consejo la adopción, mediante el procedimiento legislativo de codecisión de las medidas pertinentes para garantizar dicha igualdad.

– El apartado cuarto, por último, incorpora un claro principio de igualdad material al posibilitar que los Estados miembros puedan “mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Medidas que han de entenderse dirigidas tanto a fomentar la incorporación y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, como a la igualación de sus condiciones laborales con respecto a la de los varones.

El principio de igualdad de trato en el acceso al empleo, formación, promoción profesional y las condiciones de trabajo es objeto de tratamiento particularizado en la Directiva 76/207/CEE, de 9 febrero 1976, cuyas previsiones deben complementarse con las disposiciones de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En su noveno considerando, se indica que tiene por objetivo, en particular, que las mujeres no queden desfavorecidas en el mercado de trabajo por razón de su embarazo.

El principio de igualdad de trato se configura como un principio transversal que debe ser tenido en cuenta de forma activa al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades (art. 1 bis Directiva 76/207).¹⁵

¹⁴ A la hora de justificar este principio de igualdad de retribución, el TJCE no se sustrajo, en 1976, a realizar una interpretación económico-empresarial de dicho principio. En concreto, el Tribunal declaró que “en la competencia intracomunitaria, las empresas establecidas en Estados que han aplicado efectivamente el principio de igualdad de retribución no sufran una desventaja competitiva en relación con las empresas situadas en Estados que no han eliminado aún la discriminación” (véase la Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, Asunto 43/75, ap. 39).

¹⁵ Vid en este sentido, LOUSADA AROCHENA, J. F., “El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales (Un comentario de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002)”, *Relaciones Laborales*, núm. 22, diciembre 2003, pp.15-37.

Se define dicho principio como la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, en los sectores público o privado, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar (art. 2.1 en conexión con el 3.1 Directiva 76/207).

Existe “discriminación directa” cuando una persona es, ha sido o puede ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo. El art. 2.7 de la Directiva 76/207/CEE, recogiendo reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entiende que todo trato desfavorable por razón de embarazo o del disfrute de los derechos de maternidad constituye una discriminación basada directamente en el sexo,¹⁶ pues ese estado sólo puede afectar a las mujeres.¹⁷ Si la discriminación tiene lugar en un proceso de selección es indiferente que en el mismo participe sólo personal femenino.¹⁸ Interesa destacar de manera muy especial que no existe obligación por parte de la trabajadora de comunicar el embarazo, pues este factor no tiene por qué ser tenido en cuenta en la decisión del empresario y sin que afecte a tal prohibición el que la trabajadora no pueda prestar sus servicios durante una parte significativa de la duración de su contrato.¹⁹ Respecto a la negativa a contratar por los trastornos que va a causar el embarazo, el Tribunal de Justicia ha declarado que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su permiso de maternidad.²⁰ La misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto correspondiente durante su embarazo como consecuen-

¹⁶ Vid, SJCE de 30 de abril 1998, *Thibault*, Asunto 136/95, ap. 29: el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto a los trabajadores del sexo femenino como a los del sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral. Una mujer que, en lo relativo a sus condiciones de trabajo, sufre un trato desfavorable consistente en verse privada del derecho a ser objeto de una calificación anual y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional debido a una ausencia por permiso por maternidad, resulta discriminada por razón de su embarazo y de su permiso por maternidad. Semejante comportamiento constituye una discriminación basada directamente en el sexo.

¹⁷ Véanse en relación con despido las sentencias TJCE de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, Asunto 177/88, ap. 12; de 8 noviembre 1990, *Hertz*, Asunto 179/88, ap. 13; de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, Asunto 421/92, ap.15, y de 14 de julio de 1994, *Webb*, Asunto 32/93, ap. 19).

¹⁸ STJCE de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, Asunto 177/88.

¹⁹ STJCE de 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark*, Asunto 109/00, ap.34; STJCE de 27 de febrero de 2003, *Busch*, Asunto 320/01: reincorporación de una trabajadora tras el descanso por maternidad. Aprecia el TJCE que no existe obligación de comunicar el nuevo embarazo aunque no pueda realizar determinadas actividades debido a una prohibición de empleo para determinadas tareas inherentes a su función que es aplicable desde el primer día.

²⁰ STJCE de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, Asunto 177/88, ap. 12: la empresa no contrata a la trabajadora porque al equipararse embarazo y enfermedad el seguro no le devolvería la prestación por maternidad, siendo muy costosa la contratación de un sustituto.

cia de una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado.²¹ Aunque la disponibilidad del empleado es necesariamente para el empresario un requisito esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su permiso de maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada. La interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE.²²

Se habla de “discriminación indirecta” para referirse a aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.²³ La STJCE de 9 de febrero 1999, *Seymour-Smith y Pérez*, Asunto 167/97, destaca en este sentido la importancia de los datos estadísticos a los efectos de apreciar discriminaciones indirectas y justificación por factores objetivos.

Tanto el acoso (mobbing) relacionado con el sexo de una persona como el acoso sexual se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán (art. 2.2 Directiva 76/207/CEE). Se entiende por “acoso” la

²¹ STJCE de 3 de febrero de 2000, *Mahlburg*, Asunto 207/98, ap. 29: trabajadora de hospital que presenta solicitud para otro puesto en el que no podría trabajar en los primeros meses por riesgo en el embarazo.

²² Ap. 26 de la STJCE *Webb*, antes citada.

²³ Vid, por ejemplo STJCE de 2 octubre 1997, *Kording*, Asunto 100/95. El Tribunal enjuiciaba la acomodación al Derecho comunitario de una normativa que eximía del examen de acceso a una profesión. Entiende que la Directiva 76/207/CEE se opone a una legislación nacional que prevé que, en el caso de una actividad a tiempo parcial con un tiempo de trabajo no inferior, en todo caso, a la mitad de la jornada habitual, el período de ejercicio de las funciones profesionales exigido para quedar exento de examen de acceso a la profesión de asesor fiscal se prolongará en la correspondiente proporción. Se trata de una discriminación indirecta en tanto tales disposiciones afecten a un número muy superior de mujeres que de hombres, salvo que dicha legislación esté justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. En España, la sentencia del Tribunal Constitucional 203/2000, de 24 de febrero (BOE de 24 de agosto) apreció discriminación indirecta por razón de sexo en la denegación del derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos a los facultativos interinos, dado que dicha denegación provoca unos perjuicios en el ámbito familiar y laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo 2000 (Rec.3708/1999) apreció la existencia de una discriminación indirecta en la decisión de una empresa de exigir un título superior de Formación Profesional para acceder a la contratación de especialista, titulación que excedía de las previsiones del Convenio Colectivo que no exigía ninguna titulación. Aunque tal exigencia afectara formalmente por igual a hombres y mujeres, resultaba desproporcionada –dada la mínima cualificación de la categoría– y perjudicial para el colectivo femenino, que por razones socioeconómicas no suele poseer tal título; siendo significativo que la propia sentencia de instancia en su hecho probado sexto exprese que “son escasas” las mujeres que lo tienen. Y en todo caso, la empresa no aportó ninguna prueba objetiva y razonable de tal exigencia.



situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. El "acoso sexual" se define como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

El principio de igualdad de trato tiene un ámbito de aplicación que abarca todo tipo de etapas o situaciones relacionadas con la vida laboral tanto en su inicio, desarrollo como extinción:

a) Las condiciones de acceso al empleo,²⁴ al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción.²⁵

b) Dado que la formación profesional está íntimamente conectada con la igualdad de trato en el acceso al empleo y es necesaria para asegurar su plena efectividad, se garantiza la presencia del principio de igualdad de trato en el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica.

c) Las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución. El TJCE ha venido interpretando de manera amplia el concepto de despido, entendiendo por tal la extinción del contrato cualquiera que sea el nombre que a esa terminación le den las partes, incluido el cese por mutuo acuerdo.²⁶ Abarca también los supuestos de existencia de lími-

²⁴ En España la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 3 de enero de 2001 (Rec.3009/2000) aplica la directiva 76/207/CEE en un supuesto en que una empresa de limpieza viaria, tenía una plantilla compuesta únicamente por hombres, habiendo contratado en alguna ocasión a mujeres con carácter temporal y a tiempo parcial. Estos datos permiten hablar de indicios de discriminación del colectivo femenino en el acceso al empleo, lo cual hace recaer sobre el empleador la carga de desvirtuar la existencia de los mismos, dado que la discriminación laboral puede existir incluso en fases anteriores a la formalización del contrato de trabajo.

²⁵ En la noción de acceso al empleo se incluyen también las ofertas de empleo, e incluso en el asunto *Schnorbus* el TJCE establece que el mencionado principio paritario debe extenderse a los períodos de formación necesarios y previos para acceder a un empleo, en concreto, alude a unas prácticas jurídicas preparatorias para acceder a un puesto en la función pública alemana que se le deniega a la mujer, porque al haber plazas limitadas se da preferencia a las personas que hubiesen prestado un servicio militar o civil (STJCE de 7 diciembre, *Schnorbus*, Asunto 79/99, ap.28). Vid, BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I, *Cuestiones Laborales de Derecho Social Comunitario*, op. cit., pág. 164.

²⁶ STJCE de 16 febrero 1982, *Burton*, Asunto 19/81, ap. 9).

tes de edad para la jubilación obligatoria de los trabajadores en el marco de una política general de jubilación practicada por un determinado empleador.²⁷

d) La afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

Para ello, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que:

a) Se derogue cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa contraria al principio de igualdad de trato.

b) Se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales.

La amplitud de la igualdad de trato en el empleo se ve contrarrestada por la existencia de ciertas excepciones al mismo. Excepciones recogidas en el art. 2 de la Directiva 76/207/CEE, cuya aplicación e interpretación ha suscitado diversas cuestiones prejudiciales a resolver por el TJCE.

La primera de las mencionadas excepciones es la contenida en el apartado sexto del art. 2, que señala: “los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. Desde la entrada en vigor de la Directiva, el TJCE se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la interpretación de esta excepción y así ha considerado actividades reservadas a un solo sexo:²⁸

– la de matrona, por tratarse de una actividad respecto de la cual “la susceptibilidad personal puede tener mucho peso en la relación entre la persona que la ejerce y el paciente” (STJCE de 8 de noviembre de 1983, *Comisión contra Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, Asunto 165/82) .

²⁷ STJCE de 26 febrero 1986, *Marshall*, Asunto 152/84, ap. 30.

²⁸ El estudio de la excepción se ha tomado de BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I., *Cuestiones Laborales de Derecho Social Comunitario*, op. cit., pp.170-171.

- el de vigilante de la administración penitenciaria, en la medida en que sus titulares se hallen en contacto directo con los detenidos (STJCE de 30 de junio de 1988, *Comisión/República Francesa*, Asunto 318/86, aps. 11 a 18).
- ciertos empleos en residencias privadas donde el condicionante a tener en cuenta a la hora de limitar su acceso a un solo sexo sea el respeto de la vida privada (STJCE de 8 noviembre 1983, *Comisión contra Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, Asunto 165/82).
- ciertos empleos en la policía en una situación interna caracterizada por atentados frecuentes y en atención a las exigencias de seguridad pública (STJCE de 15 de mayo 1986, *Johnston*, Asunto 222/84).
- el empleo de las mujeres en determinadas profesiones pertenecientes al ámbito militar. Así en la STJCE *Sirdar*²⁹ se considera ajustada a derecho la prohibición de las mujeres de desempeñar las funciones de cocinera en la Infantería de Marina del Reino Unido. Dicho cuerpo militar no admite mujeres debido a que se trata de una fuerza de efectivos reducidos y cuyos integrantes están preparados para intervenir en primera línea, incluidos los cocineros. En la STJCE *Tanja Kreil*³⁰ se considera contraria a la Directiva una ley alemana que prohibía a las mujeres ocupar un empleo en las fuerzas armadas salvo en las unidades sanitarias y las formaciones de música militar. En este caso se trataba de la denegación de la solicitud de una mujer para ocupar un puesto del servicio de mantenimiento (electromecánica de armas) en el ejército federal de Alemania, donde no es admisible considerar como causa justificada de exclusión la naturaleza específica de los empleos o las condiciones especiales de su ejercicio. Como ha señalado el Tribunal, “el hecho de que las personas que sirven en las fuerzas armadas pueden tener que utilizar armas no justifica por sí solo que las mujeres queden excluidas del acceso a los empleos militares”.

La protección específica de la maternidad y del embarazo es otra de las razones que justifican la introducción de excepciones en el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. El apartado tercero del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE no se opone a que existan medidas de protección especiales en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. A ello debe añadirse que con ocasión de la compatibilidad de medidas destinadas a proteger la condición materna de la mujer junto con sus derechos laborales, se dicta en el ámbito de la Seguridad y la Salud la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el tra-

²⁹ STJCE de 26 octubre 1999, *Sirdar*, Asunto 273/97, ap. 30.

³⁰ STJCE de 11 mayo 2000, *Tanja Kreil*, Asunto 285/98, ap. 28.

bajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia; originando con ello que las madres trabajadoras cuenten con una doble tutela de los derechos vinculados a la relación laboral. Al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere "al embarazo y a la maternidad" el apartado 3 del art. 2 de la Directiva reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato, por una parte de la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después del mismo y, por otra parte, de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto.³¹ El ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del apartado 3 del art. 2 no puede dar lugar a un trato desfavorable ni en lo que atañe a su acceso al empleo ni en lo que respecta a sus condiciones de trabajo. Desde esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal.³²

La mujer en permiso de maternidad –mínimo 14 semanas ininterrumpidas³³– tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

Con independencia de que el despido debido a embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, en consideración al riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o que se encuentren en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a abortar, el legislador comunitario, con arreglo al art. 10 de la Directiva 92/85/CEE ha previsto una protección particular para la mujer al establecer la prohibición de despido, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada (un despido disciplinario por ejemplo) durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el

³¹ Vid. en particular las sentencias de 12 de julio de 1984, *Hofmann*, Asunto 184/83, ap. 25, de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, Asunto 421/92, ap. 21, y de 14 de julio de 1994, *Webb*, Asunto 32/93, ap. 20.

³² Vid. STJCE de 30 de abril 1998, *Thibault*, Asunto 136/95, ap. 26.

³³ Art. 8 Directiva 92/85/CEE: "Permiso de maternidad. 1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2.º disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

término del permiso de maternidad. De la finalidad de esta disposición se deduce que la ausencia durante el período protegido, salvo por razones no inherentes al estado de la embarazada, ya no puede tenerse en cuenta en lo sucesivo para justificar un despido.³⁴

La prohibición de despido de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o esté en período de lactancia puede invocarse directa e inmediatamente ante los Juzgados y Tribunales de los Estados miembros (efecto directo). Carece de relevancia para la aplicación de la prohibición referida que el contrato sea de duración temporal³⁵ o que se encuentre en período de prueba.³⁶ No es aplicable la prohibición referida a la falta de renovación de un contrato temporal, sino únicamente al despido, sin que ello excluya cualquier posible existencia de una discriminación por razón de sexo. La negativa a prorrogar un contrato temporal puede equiparse a la negativa a contratar.³⁷ Lo mismo cabría decir de la negativa a transformar un contrato temporal en uno indefinido.³⁸

Se plantea un problema interpretativo cuando el despido no es debido propiamente al embarazo, sino a la incapacidad temporal que tiene su origen en el embarazo. En este sentido, el TJCE ha entendido que la Directiva 76/207 se opone al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo.³⁹ En la medida en que aparezcan tras el permiso de maternidad los estados patológicos causados por el embarazo o el parto, están comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen general aplicable en caso de enfermedad.⁴⁰ En tal situación, la única cuestión es si las ausencias de la trabajadora posteriores al permiso de maternidad y motivadas por la incapacidad laboral resultante de dichos trastornos son tratadas de la misma manera que las ausencias de un trabajador debidas a una incapacidad laboral de idéntica duración; si es así, no existe discriminación basada en el sexo.⁴¹

³⁴ Vid, BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I., *Cuestiones Laborales de Derecho Social Comunitario*, op. cit., pág.176.

³⁵ SSTJCE de 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark*, Asunto 109/00, ap. 34; de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar*, Asunto 438/99, ap. 46 y 47.

³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de mayo de 2000 (Rec.1078/2000) que aplica la Directiva 76/207/CEE.

³⁷ STJCE de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar*, Asunto 438/99, ap. 46 y 47.

³⁸ En España la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 marzo 2001 (Rec.316/2001) considera que en el caso de una trabajadora en prácticas embarazada, que es discriminada en el proceso de selección realizado por la empresa para su incorporación como trabajador fijo, dicha decisión empresarial es nula, al obstaculizar el acceso al empleo de la trabajadora en condiciones de igualdad impidiendo la continuidad del vínculo laboral.

³⁹ STJCE de 30 de junio de 1998, *Brown*, Asunto 394/96.

⁴⁰ Vid, en este sentido, la sentencia *Hertz*, antes citada, apartados 16 y 17.

⁴¹ STJCE de 30 de junio de 1998, *Brown*, Asunto 394/96.

La Directiva tampoco afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

La última excepción al principio de igualdad de trato hace referencia a la llamada discriminación positiva, acción afirmativa o acción positiva. Esta facultad de los Estados para establecer medidas de acción positiva –facultad añadida al TCE por el Tratado de Amsterdam– traía causa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, *Eckhard Kalanke contra Frei Hansestadt Bremen*, Asunto 450/93, que se comentará a continuación.

La interpretación del TJCE en relación con la acción positiva puede calificarse de restrictiva con matizaciones. Junto a la sentencia *Kalanke* es preciso citar otra sentencia que ha sido igualmente discutida, la STJCE de 11 de noviembre de 1997, *Marshall (Asunto 409/95)*.⁴² En ambos casos se trataba de disposiciones nacionales relativas a la contratación y a los ascensos en el sector público que daban preferencia a las mujeres en determinadas condiciones.

Del análisis de ambas sentencias se pueden extraer las siguientes consideraciones:

En el caso *Kalanke* el Tribunal de Justicia señaló que una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo; entendiéndose que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama. El TJCE declara que la normativa nacional que garantiza a las mujeres una prioridad absoluta e incondicional en un nombramiento de promoción sobrepasa los límites de la excepción relativa a la acción

⁴² Los comentarios a las sentencias *Kalanke*, *Marshall* y *Badeck* proceden de BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I., *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, op. cit., pp.180-184.

positiva.⁴³ Declaraba, además, el Tribunal que en el sector público las mujeres no se encontraban ya comparativamente marginadas, pero no dejó suficientemente claro, sin embargo, si este tipo de normativas son admisibles en el sector privado de la actividad.⁴⁴ Frente a esta interpretación, en la redacción del Tratado de Amsterdam prevaleció la voluntad de los Estados miembros de incluir, entre las medidas de discriminación positiva, ventajas dirigidas a favorecer al sexo menos representado en el desempeño de una profesión.⁴⁵

En noviembre de 1997 el Tribunal de Justicia en la sentencia sobre el caso *Marshall* vuelve a analizar la excepción del apartado cuarto del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE sobre las denominadas acciones afirmativas. En esta ocasión, el alto Tribunal dictaminó que una ley nacional que da la prioridad a las mujeres frente a hombres igualmente cualificados no está en conflicto con la legislación de la Comunidad, siempre que las mujeres estén infrarrepresentadas en el sector laboral de que se trate y no se excluya desde el principio al competidor varón. La sentencia sobre el asunto *Marshall* viene a matizar la tan discutida sentencia sobre el caso *Kalanke*, toda vez que establece que las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor.

De esta jurisprudencia pueden extraerse tres conclusiones:

- en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva debe considerarse como una excepción al principio de igualdad de trato.
- en segundo lugar, dicha excepción tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social.

⁴³ La polémica en torno a esta sentencia alcanzó tal magnitud que hizo necesaria una comunicación de la Comisión [COM (96) 88 final de 27 de marzo de 1996]. Para la Comisión la respuesta del TJCE puede interpretarse de dos maneras: bien excluyendo la posibilidad de justificar cualquier sistema de cuota, incluso aunque contenga una cláusula de salvaguarda que permita tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, o bien que el Tribunal de Justicia se atiene a las cuotas "rígidas" previstas en la Ley del Estado de Bremen. Vid, BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I., *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, op. cit., pág. 181, nota 164.

⁴⁴ Arce considera, no obstante, que la Sentencia vendría a admitir dichas normativas en el sector privado (vid. ARCE, J. C., *El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, (1999), p. 53).

⁴⁵ Vid., en este sentido, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Igualdad y políticas sociales tras el Tratado de Amsterdam", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, AA.VV., Madrid, Instituto de la Mujer (2001), pp. 48-49; y SILVA DE LAPUERTA, R., "Las innovaciones del Tratado de Amsterdam en materia de igualdad hombre-mujer", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, op. cit., pp. 44-45.

– en tercer lugar, que en el acceso al empleo o en una promoción, no puede justificarse que las mujeres gocen automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas; por el contrario, tal preferencia está justificada, no automáticamente, y la medida nacional en cuestión garantizará a los candidatos varones igualmente cualificados que su situación sería objeto de una valoración objetiva, en la que se tendrán en cuenta todos los criterios que concurren en los candidatos, independientemente de su sexo (cláusula de apertura).

Aplicando los criterios sentados en la sentencia *Marshall* el Tribunal de Justicia en la sentencia *Badeck*⁴⁶ consideró que no se oponía al Derecho comunitario una normativa nacional que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distintos sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos de un plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior,⁴⁷ a condición de que dicha normativa recoja una “cláusula de apertura”. En los apartados 31 y 32 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que, para realizar tal apreciación, es legítimo tener en cuenta determinados criterios positivos y negativos que, aunque estén formulados en términos neutros en cuanto al sexo, y que, por lo tanto, pueden beneficiar también a los hombres, favorecen en general a las mujeres. De este modo, puede decidirse que la antigüedad, la edad y la fecha del último ascenso sólo podrán tomarse en consideración si son relevantes para la aptitud, las cualificaciones y la capacitación profesional de los candidatos y las candidatas. Puede también decidirse que no se tendrán en cuenta ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge, y que el trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivado por el cuidado de hijos o de familiares necesitados de cuidados no tendrán ningún efecto negativo.

El objetivo de dichos criterios es, manifiestamente, lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, a evitar o compensar, conforme al art.141 TCE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas del sexo infrarrepresentado.

Respecto a la legalidad de la aplicación de medidas de discriminación positiva cuando las calificaciones de la candidata sean consideradas inferiores a las del candidato varón, aunque suficientes para desempeñar el pues-

⁴⁶ STJCE de 28 de marzo de 2000, *Badeck*, Asunto 158/97.

⁴⁷ En el ap. 35 de la STJCE se citan cinco grupos de normas que justificaban que se descartara la regla de promoción de la mujer. A modo de ejemplo, la obligación de ascender a los minusválidos prima sobre la de ascender a las mujeres.

to de que se trate, la sentencia del Tribunal de Justicia *Abrahamsson*⁴⁸ consideró que este método es desproporcionado en relación con el objetivo perseguido y, por lo tanto, contrario al Derecho comunitario.

Las medidas de acción positiva no se limitan al acceso o promoción en el empleo, sino que también se pueden hacer extensivas al disfrute de condiciones de trabajo. Por ejemplo, en relación con la reserva de plazas de guarderías para las trabajadoras, la STJCE de 19 de marzo de 2002, *Lommers*⁴⁹ consideró que no se oponía al Derecho comunitario una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reservar a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida a favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de los hijos.

El principio de igualdad establecido en todas estas Directivas va acompañado de la necesaria acción judicial para su defensa, facultad esta que debe ser posibilitada por los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos internos, tal y como se prevé en las propias Directivas (art. 6 Directiva 76/207/CEE) y como tiene declarado el TJCE.⁵⁰ Tal obligación implica que las medidas de que se trata sean suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo de la Directiva y puedan ser efectivamente invocadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales por las personas afectadas. Como el Tribunal de Justicia reconoció en la sentencia de 10 de abril de 1984, *von Colson y Kamann*,⁵¹ dicho artículo no impone una medida determinada en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación, sino que deja a los Estados miembros la libertad de elegir entre las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar el objetivo de la Directiva, en función de las diferentes situaciones que puedan presentarse. No obstante, el objetivo es lograr la igualdad efectiva de oportunidades y, por tanto, no puede alcanzarse sin las medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad cuando no ha sido respetada. Como el Tribunal de Justicia precisó en la citada sentencia *von Colson y Kamann*, apartado 23, dichas medidas de-

⁴⁸ STJCE de 6 de julio de 2000, *Abrahamsson*, Asunto 407/98.

⁴⁹ STJCE de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, Asunto 476/99, ap. 50.

⁵⁰ Véase la Sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, Asunto 222/84, ap. 17.

⁵¹ STJCE de 10 de abril de 1984, *von Colson y Kamann*, Asunto 14/83, ap. 18.

ben garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario y ser adecuada al perjuicio sufrido. Tales imperativos implican necesariamente la consideración de las características propias de cada caso de violación del principio de igualdad. Así, en el supuesto de un despido discriminatorio, contrario al apartado 1 del artículo 5.º de la Directiva 76/207/CEE, no puede restablecerse la situación de igualdad si la persona discriminada no recupera su puesto de trabajo o, alternativamente, si no se la indemniza por el perjuicio sufrido. Cuando la reparación pecuniaria es la medida adoptada para alcanzar el objetivo antes indicado, debe ser adecuada en el sentido de que debe permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos por el despido discriminatorio, según las normas nacionales aplicables.⁵² Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo (por ejemplo, si demuestra que aunque no hubiera habido conducta discriminatoria tampoco habría sido seleccionado).

Cuando la sanción elegida por el Estado esté comprendida en un régimen de responsabilidad civil del empresario, la violación de la prohibición de discriminación debe bastar para generar, por sí sola, la entera responsabilidad de su autor, sin que quepa apreciar las causas de exención previstas por el Derecho nacional. Por consiguiente, la Directiva 76/207/CEE se opone a unas disposiciones legales nacionales que someten la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación al requisito de existencia de una conducta culpable (STJCE de 22 de abril 1997, *Draehmpaehl*, Asunto 180/95).

El derecho a solicitar en vía judicial o administrativa una reparación por el acto discriminatorio debe venir acompañado de la protección del trabajador que ejercita sus derechos a la tutela judicial efectiva. En este sentido el art. 7 de la Directiva 76/207/CEE recoge de forma expresa una "garantía de indemnidad" cuando establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa, o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato.

Dada la dificultad que normalmente supone para el trabajador aportar pruebas de un trato discriminatorio, importa señalar la inversión de la carga de

⁵² Sentencia de 2 de agosto de 1993, *Marshall II*, Asunto 271/91, ap. 25 y 26.

la prueba que establece la Directiva 97/80/CE, correspondiendo a la parte demandada demostrar la no existencia de discriminación alegada por el demandante.⁵³

Interés también merece la cuestión referida a las sanciones impuestas a aquellas empresas que infrinjan las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de las Directivas sobre igualdad de trato. Las sanciones podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 8. quinto Directiva 76/207/CEE).

Como conclusión, conviene observar que las Directivas enumeradas recogen, básicamente, un principio de igualdad formal o en el punto de partida, y no tanto una igualdad material o en los resultados. Se hace necesario, a mi entender, un salto cualitativo hacia una igualdad más real, implementando para ello medidas de acción positiva. Destacan, a estos efectos, junto a la citada Directiva 76/207/CEE, la Recomendación 84/635/CEE,⁵⁴ que expresamente posibilitan las medidas de acción positiva a favor de las mujeres en el campo de las relaciones laborales. En el terreno de la aplicación cierta de medidas de este tenor, hay que aludir a la Decisión 2000/750 del Consejo, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005)⁵⁵ y al nuevo Reglamento de los Fondos estructurales (2000-2006),⁵⁶ en cuyo artículo primero se contempla como objetivo general de los Fondos un mayor fomento de la igualdad entre hombres y mujeres. Asimismo, el Fondo Social Europeo está encargado de potenciar la incorporación de la mujer al mercado del trabajo,⁵⁷ el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, de favorecer la creación de empresas y los proyectos de conciliación de la vida familiar y la laboral,⁵⁸ y el FEOGA (Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola) de incentivar los proyectos de desarrollo rural presentados por mujeres. Todo

⁵³ La citada Directiva obedece, por otra parte, a una jurisprudencia del TJCE que reiteradamente venía exigiendo la inversión de la carga de la prueba (vid., por ejemplo, las sentencias Asunto 109/88, *Danfoss*, o Asunto 127/92, *Enderby*).

⁵⁴ Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer (DOCE L 331, de 19 de diciembre de 1984).

⁵⁵ Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (DOCE L 303, de 2 de diciembre de 2000). Merecimiento también requiere la iniciativa EQUAL de la Comisión, de 14 de abril de 2000, por la que se fomenta la cooperación transnacional para promocionar nuevas formas de lucha contra la discriminación y la desigualdad en el mercado de trabajo.

⁵⁶ Reglamento (CE) 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999 (DOCE L 161, de 26 de junio de 1999).

⁵⁷ Art. 2 Reglamento (CE) 1784/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 1999, relativo al Fondo Social Europeo (DOCE L 213, de 13 de agosto de 1999).

⁵⁸ Reglamento (CEE) 4254/88 del Consejo, de 19 de diciembre de 1988, por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) 2052/88, en lo relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (DOCE L 374, de 31 de diciembre de 1988).

ello viene robustecido por los cuatro pilares que sobre estrategia europea de empleo fueron aprobados por el Consejo Europeo de Luxemburgo de 1997 y revalidados por las cumbres posteriores, y de los que el cuarto de ellos se dedicó precisamente al reforzamiento de la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En la cumbre de Luxemburgo se parte de una premisa poco discutible: el empleo es un elemento decisivo de cohesión social, por lo que los que quedan excluidos del mercado de trabajo lo están, al mismo tiempo, de la sociedad, con las nefastas consecuencias que ello conlleva: frustración personal de las personas excluidas y pérdida de capacidad de trabajo para la comunidad en su conjunto. Es por ello que se diera prioridad al acceso y permanencia en el mercado de trabajo, luchando contra las discriminaciones de toda clase y, en particular, contra las que se producen en perjuicio de las mujeres, que hoy día continúan en una clara situación de desequilibrio frente a los hombres, como demuestra, por ejemplo, el que la tasa de empleo femenino sea aún muy inferior a la del masculino.⁵⁹

En resumen, parece que las autoridades comunitarias advierten la importancia de las acciones de igualdad material en el ámbito del mercado de trabajo, conscientes quizás de que la igualdad formal no es suficiente cuando se pretende que las discriminaciones que aún padecen las mujeres desaparezcan más pronto que tarde. Pero esta voluntad requiere, no obstante, de un mayor y más firme compromiso de todos los actores comunitarios, así como de la implementación, progresiva y gradual, pero constante, de las medidas necesarias para su concreción, y, por supuesto, de la asignación de los recursos económicos oportunos para el logro de tal fin.⁶⁰

Analizada la normativa que en el ámbito comunitario regula el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, descendemos a continuación al nivel nacional español. Estudiaremos, en concreto, el alcance del art. 14 de la Constitución Española haciendo especial hincapié en la constitucionalidad de las medidas de acción positiva.

⁵⁹ Sobre todos estos particulares puede verse CANO, Y.; CHARRO, P.; SAN MARTIN, C.; SEMPERE, A. V., *Políticas Sociolaborales*, Murcia, Editorial Laborum, 2ª edición (2003), pp. 91-92.

⁶⁰ Vid., al respecto, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Igualdad y políticas sociales tras el Tratado de Amsterdam", op. cit., p. 52.

III. La aplicación del principio constitucional de igualdad

El primero de los artículos de la Constitución española (CE) sanciona la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, confiriéndole así un carácter preeminente en nuestro orden político y jurídico. Más allá de la consideración de la igualdad como valor superior, doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo que la Constitución española consagra un principio de igualdad con una doble dimensión: de un lado, una igualdad formal o jurídica, configurada como derecho fundamental en el artículo 14 CE; y, de otro, una igualdad material o sustancial, configurada como mandato a los poderes públicos en el artículo 9.2 CE.

Mientras que el artículo 14 obliga a un tratamiento jurídico igual de casos semejantes, prohibiendo la discriminación o trato desigual no fundado, el artículo 9.2 compromete a los poderes públicos para superar la desigualdad real que persiste en múltiples ámbitos de la vida –social, económico, político, laboral...–, admitiendo, a tal fin, la posibilidad de tratamientos preferenciales para ciertos colectivos tradicionalmente discriminados. Existe una amplia coincidencia al considerar, partiendo de los conceptos anteriores, que la igualdad material no sustituye o desplaza a la igualdad formal, sino que la complementa y reinterpreta, la matiza y corrige. Esta concepción asume que la igualdad formal no es suficiente *per se*, pues puede garantizar la ausencia de discriminaciones injustificadas en el contenido y aplicación del Derecho, pero no una igualdad de oportunidades en la vida real que permita un ejercicio real y efectivo de los derechos y libertades por parte de todos o, en otros términos, un mismo desarrollo de la personalidad y de la dignidad en todos los ciudadanos.⁶¹ En ocasiones, por el contrario, la igualdad formal viene a consolidar situaciones reales de desigualdad.⁶² Por mucho que la ley sea igual para todos, lo cierto es que en la práctica no todos parten de unas mismas condiciones económicas, sociales, culturales y educativas; condiciones todas ellas decisivas para ese ejercicio real y efectivo de los derechos y libertades.

La igualdad formal del artículo 14 CE se presenta así como un derecho subjetivo de todos los ciudadanos a reclamar un trato igual para todos en la ley y ante la ley, sin distinción por razones de nacimiento, raza, sexo,

⁶¹ Vid., en este mismo sentido, GUDE FERNANDEZ, A., "El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)", en *Parlamento y Constitución*, Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha. Universidad de Castilla-La Mancha, N° 5, (2001), (pp. 145-175), p. 149.

⁶² Como señala J. Pérez Royo, "la igualdad no es un principio de orden, sino de todo lo contrario. Lo que es un principio de orden es la desigualdad. De un orden injusto, pero de un orden. La desigualdad supone una jerarquización natural de la sociedad, en la que cada individuo ocupa el lugar que le viene asignado por su naturaleza "desde el nacimiento", como decía Aristóteles" (vid. PEREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Marcial Pons (2002), p. 101.

religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.⁶³ Un derecho de los ciudadanos que, desde otro punto de vista, genera la obligación de los poderes públicos –en particular del Legislador–⁶⁴ de dictar normas que provean un trato igual a personas con situaciones jurídicas iguales o equiparables (igualdad en la ley), y a los órganos aplicadores de las normas –en particular los judiciales– la de aplicar tales normas de forma igual para todos los que se hallen en igual o equiparable situación (igualdad ante la ley).⁶⁵ Una norma es así contraria al artículo 14 CE cuando introduce una desigualdad que no supera el juicio de razonabilidad y proporcionalidad,⁶⁶ al tiempo que una resolución judicial vulnera el citado precepto cuando aplica una misma norma de forma desigual y sin fundamentación razonada a dos casos esencialmente iguales.⁶⁷

La igualdad material del artículo 9.2 CE está conectada con la cláusula del Estado social del artículo 1.1 CE, por lo que se ha presentado, más que como un derecho subjetivo de los ciudadanos,⁶⁸ como un mandato a los

⁶³ Como ha señalado el TC, “la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De ahí que pueda ser objeto de amparo en la medida en la que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una relación jurídica y, en cambio, no puede ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general” (véase, p. ej., STC 76/1983, FJ 2).

⁶⁴ Sobre la igualdad como límite a la acción del legislador, véase JIMENEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 9, (1983) (pp. 71 a 114); y CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 84, abril-junio de 1994, Centro de Estudios Constitucionales (pp. 265 a 285), pp. 268 y ss.

⁶⁵ Vid., en este sentido, J. Suay Rincón, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL (1985), pp. 148 y ss. y 172 y ss.; CARMONA CUENCA, E., op. cit. (pp. 265 a 285), pp. 266-267; y RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la aplicación de la ley”, en *El principio de igualdad*, L. García San Miguel (ed.), Madrid, Universidad de Alcalá de Henares/Dykinson (2000), pp. 47-49.

⁶⁶ Vid., p. ej., SSTC 144/1988, FJ 1; o 209/1988, FJ 6. La desigualdad que no supera el juicio de razonabilidad y proporcionalidad es una desigualdad no o insuficientemente justificada. Desde esta perspectiva, interesa traer a colación una cita de Alexy, según la cual “si para admitir diferencias tiene que haber una razón suficiente que las justifique, significa que, cuando no existe una razón tal, está ordenada la igualdad de trato” (vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1993), p. 395). Asimismo, y como afirman Laporta o Carmona Cuenca, para que pueda existir en la norma un trato desigual, los supuestos tratados deben incorporar diferencias relevantes, siendo conscientes ambos de la dificultad de determinar la relevancia o irrelevancia de las diferencias (véase LAPORTA, F. J., “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, en *Sistema*, N° 67 (1985), (pp. 3-31), p. 15; y CARMONA CUENCA, E., op. cit., pp. 269-270).

⁶⁷ Vid., p. ej., SSTC 49/1985, FJ 2; 144/1988, FJ 1; o 21/1992, FJ 4.

⁶⁸ Como bien indica Baño León, no estamos ante un derecho subjetivo a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias y jurisdiccionalmente protegido (vid. BAÑO LEÓN, J. M., “La igualdad como derecho público subjetivo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 14 (1987), (pp. 179 a 195), pp. 191-192). En el mismo sentido vid. MARTINEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, (2000), p. 77; y GUDE FERNANDEZ, A., “El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)”, op. cit., p. 147. No obstante, hay autores que mantienen la naturaleza de derecho fundamental de la igualdad material, en una interpretación conjunta de los artículos 9.2 y 14 CE (véase, al respecto, PRIETO SANCHIS, L., “Igualdad y minorías”, en *Tolerancia y Minorías*, Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, Co. Humanidades, 1996, pp. 57 y ss.

poderes públicos para que, a través de actuaciones positivas, erradiquen las desigualdades reales existentes en la sociedad y procuren la satisfacción de las necesidades básicas de la población;⁶⁹ requisito este indispensable para que los ciudadanos estén en condiciones de ejercer de forma efectiva sus derechos y libertades.⁷⁰ Los grupos o colectivos tradicionalmente más desfavorecidos o discriminados⁷¹ son, en este orden, los primeros y principales destinatarios de aquellas actuaciones positivas de los poderes públicos.⁷²

El artículo 9.2 CE legitima, por tanto, una redistribución gradual, mediante medidas correctoras y compensadoras, de bienes, servicios, cargas y poder en la sociedad. Ciertamente es que el valor normativo del artículo 9.2 CE es más impreciso y genérico que el del artículo 14 CE, ya que tradicionalmente se ha entendido que no estamos ante un derecho subjetivo, sino más bien ante un principio general del derecho,⁷³ que, sin embargo, y como tal, debe orientar la actuación de los poderes públicos, incluida la interpretación y aplicación judicial de las normas.⁷⁴ El citado precepto constitucional obligaría entonces a una actuación pública dirigida a restablecer

⁶⁹ Vid., al respecto, PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos (1986), pp. 168 y ss. Es necesario señalar que hablamos de unas necesidades básicas que, naturalmente, varían de unos momentos históricos a otros, y de unas geografías a otras. Estamos, pues, ante un concepto dinámico.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, DE OTTO, I., Voz "Igualdad", en *Diccionario del sistema político español*, GONZALEZ ENCINAR, J. J., (ed.) Madrid, Akal (1984), p. 454; LOPEZ GUERRA, L., "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución", en *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (2000), p. 22; GUDE FERNANDEZ, A., "El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)", en *Parlamento y Constitución*, Toledo, Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha. Universidad de Castilla-La Mancha. Año 2001. N° 5 (pp. 145-175), p. 147. Conviene precisar, por otro lado, que, conforme al TC, la igualdad material no puede invocarse "para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos" (STC 98/1985, FJ. 3). Estamos, pues, más que ante un principio en sentido estricto, ante una directriz, es decir, por una norma que establece una finalidad general, a la que ha de tender la actuación de los poderes públicos, correspondiendo a éstos determinar cómo se logra esa finalidad.

⁷¹ Como bien señala Meyer, el criterio más fiable para determinar cuándo un colectivo está socialmente discriminado es el estadístico (vid. MEYER, D., "Finding a manifest imbalance: the case for a unified statistical test for voluntary affirmative action under Title VII", en *Michigan Law Review*, vol. 87 (1989), pp. 1988 y ss.).

⁷² Sobre el Estado social véase, por ejemplo, CARMONA CUENCA, E., *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social (2000).

⁷³ Como señala Carmona Cuenca, "podemos considerar que el artículo 9.2 CE (...) constituye un ejemplo de norma que contiene una directriz, fija una finalidad que deben cumplir los poderes públicos, pero la determinación de los medios concretos a través de los cuales llegar a ella corresponde al principal destinatario de la norma: precisamente los poderes públicos" (CARMONA CUENCA, E., "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., pp. 281-282).

⁷⁴ Vid., en este sentido, por ejemplo, APARICIO PEREZ, M. A., "El Estado Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios sobre el Estado Social*, CAMARA VILLAR, G., y CANO BUESO, J. (eds.), Sevilla, Parlamento de Andalucía: Tecnos (1993), pp. 47 y ss.

el equilibrio social y económico; una actuación que puede implicar el establecimiento de ciertas desigualdades formales –normas que favorezcan a colectivos discriminados– en pro de la consecución de igualdades reales.⁷⁵

A partir de esta comprensión del principio de igualdad, tanto en su dimensión formal como material, entiendo que cabría hablar no sólo de un derecho fundamental, judicialmente demandable y susceptible de recurso de amparo, a la no discriminación infundada en y ante la ley –art. 14 CE–, sino también a la no discriminación infundada que realmente pueda persistir en distintos ámbitos de la vida. Dicho de otra forma, cabría avanzar hacia una mayor interconexión entre igualdad material e igualdad formal –avanzando así en el desarrollo del Estado social–, de manera que de esta última se deduzca la interdicción de discriminaciones históricamente muy arraigadas y que sitúan a determinados colectivos en posiciones desventajosas a la hora de ejercer de forma efectiva sus derechos y libertades.⁷⁶

IV. La aplicación de medidas de acción positiva en el Derecho español

El instrumento probablemente más intenso y eficaz en la consecución de una igualdad material son las llamadas medidas de acción positiva,⁷⁷ que deben diferenciarse de las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades. Mientras éstas son consecuencia de la igualdad formal, buscando asegurar que, por ejemplo, las mujeres no sean discriminadas formalmente por razón de sexo, las medidas de acción positiva son consecuencia de la igualdad material, estableciendo tratos ventajosos o preferenciales a favor

⁷⁵ Vid., a este mismo respecto, FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional”, en *Autoridad y democracia en la empresa*, APARICIO, J. y BAYLOS, A. (eds.), Madrid, Trotta (1992), pp. 95 y ss.

⁷⁶ En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podría observarse esta línea interpretativa, al menos en cuanto a la igualdad de sexos. Ya en la Sentencia 128/1987 dice literalmente que “la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE” –FJ. 5–. Pero en la Sentencia 17/2003, el Tribunal, tras reproducir la declaración contenida en la Sentencia 128/1987, afirma que “la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación” –FJ. 3. Cierta doctrina también se había pronunciado en este orden (véase ZOCO ZABALA, C., “Mandato de igualdad ante la ley en la Constitución española y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales: un estudio comparado”, ponencia presentada a las “IV Jornadas Internacionales sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”, celebradas bajo el título “Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea”, Zaragoza, Universidad de Zaragoza (2002), publicación en prensa).

⁷⁷ Sobre la conveniencia de utilizar la expresión “acción positiva” y no “discriminación positiva”, vid. MACIAS JARA, M., “Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva”, en *Género y Derechos Humanos*, GARCIA INDA, A. y LOMBARDO, E. (coord.) –Terceras jornadas sobre Derechos humanos y libertades fundamentales–, Zaragoza, Mira Editores (2002), pp. 166 y ss.

de las mujeres –siguiendo con el ejemplo anterior–,⁷⁸ a fin de promover, en línea con lo demandado por el artículo 9.2 CE, una real y efectiva equiparación de éstas con los hombres, siempre bajo el presupuesto de que las primeras se encuentran en una situación de discriminación histórica y cierta frente a los segundos. El criterio que se toma en consideración es, por tanto, la infrarrepresentación o infrautilización real que el colectivo femenino ha sufrido y sufre en un determinado ámbito o sector de la vida. A poco que nos fijemos, advertiremos que corregir esta situación de hecho no supone lograr tanto una igualdad de puntos de partida –igualdad de oportunidades formal–, como una igualdad de resultados –igualdad de oportunidades material–;⁷⁹ esto es, una redistribución de “bienes” entre los colectivos afectados, con la necesaria compensación a favor del colectivo perjudicado por las discriminaciones de las que ha sido objeto a lo largo de la historia,⁸⁰ dejando al margen los conceptos de individuo y derecho individual.⁸¹

Toda vez que el establecimiento de medidas de acción positiva lleva implícita la introducción de un trato ventajoso o preferencial a favor de un grupo o colectivo, la justificación de tales medidas deviene en elemento extraordinariamente necesario. El trato preferencial a unas personas –traducido, p. ej., en la facilitación de un bien escaso y esencial como el trabajo– conlleva siempre una merma o desventaja para otras personas –p. ej. la mayor dificultad para acceder a un empleo–.⁸² Una medida de acción positiva no justificada puede convertirse en una medida desigualatoria contraria al artículo 14 CE, dejando de dar lugar a tratamientos desiguales para dar lugar a tratamientos discriminatorios.⁸³ Esto no ocurre si la medida de acción positiva tiene como objeto poner fin a discriminaciones históricas, sistemáticas y generalizadas contra un grupo o colectivo, y pretende establecer una igualdad de oportunidades real y efectiva o de resultados.⁸⁴ Cabe hablar, en este orden, de una justificación basada en los principios compensatorio y distributivo o en una combinación de ambos,⁸⁵ pero que, en todo caso, tiene como fin último la dignidad de la persona, el

⁷⁸ La Comisión Europea, en su Comunicación sobre la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, en el asunto Kalanke, señala claramente el tratamiento preferencial que conlleva la noción de acción positiva.

⁷⁹ Sobre el concepto de igualdad de resultados véase MACIAS JARA, M., “Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva”, op. cit., pp. 175 y ss.

⁸⁰ ROSENFELD, M., “Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry”, en *New Haven and London: Yale University Press* (1991), pp. 23 y ss., y 287 y ss.

⁸¹ Véanse, sobre esta cuestión, los interesantes trabajos de MORRIS, A., “Affirmative action: fair shakers and social engineers”, en *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, pp. 1330 y ss.

⁸² En esta línea vid. SIERRA HERNALIZ, E., op. cit., pp. 82 y 83.

⁸³ *Ibíd.*, pp. 106-107.

⁸⁴ Vid. MARTINEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones (2000), pp. 72-73.

⁸⁵ Vid. ROSENFELD, M., “Affirmative action and principles of justice. A philosophical and constitutional inquiry”, op. cit., pp. 287 y ss.

desarrollo de su personalidad y autonomía.⁸⁶ Desde un punto de vista compensatorio, el objetivo es beneficiar a un grupo o colectivo para situarlo en el lugar que le hubiera correspondido de no haber padecido a lo largo de la historia discriminaciones injustas.⁸⁷ Desde un punto de vista distributivo el fin no es otro que evitar las desigualdades reales que se producen en la distribución de bienes y servicios tan escasos como necesarios.⁸⁸ Las medidas de acción positiva se podrían situar, en definitiva, dentro de lo que R. Dworkin denominó "igualdad de recursos", y que el mismo autor propugna como principio corrector de la igualdad liberal y su igualitarismo abstracto.⁸⁹

Es frecuente exigir, en línea con lo anterior, que las medidas de acción positiva se ajusten a determinados requisitos para no vulnerar así el artículo 14 CE. Así, habrá de acudir a ellas en forma subsidiaria, cuando las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades no logren eficacia real; habrán, asimismo, de tener carácter eventual, siempre en función del tiempo durante el cual permanezca la desigualdad real; y, por último, habrán de superar el llamado juicio de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo ser medidas adecuadas y proporcionales a los fines que se persiguen.⁹⁰ Cumpliendo estos requisitos, las medidas de acción positiva son plenamente conformes a la Constitución, tal y como, por otra parte, ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional. Es más, el Alto Tribunal no sólo las admite, sino que, como se verá en el siguiente epígrafe, las justifica y alienta, ya sea en interpretación del artículo 9.2 CE, en interpretación progresiva del artículo 14 CE, o en interpretación conjunta de ambos preceptos constitucionales.

La exigencia de que las medidas de acción positiva sean temporales es del todo lógica para evitar que las ventajas que incorporan se conviertan en privilegios injustificables por infligir sacrificios innecesarios al grupo o co-

⁸⁶ Véase, en esta misma línea, MARTINEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op. cit. (2000), pp. 75-76.

⁸⁷ A esta concepción se suele oponer que la persona o personas perjudicadas no son las responsables de la discriminación que se trata de corregir, lo que resta fundamentación al sistema de responsabilidad objetiva sobre el que descansa el principio compensatorio.

⁸⁸ Frente a esta justificación distributiva se suele oponer una vulneración del principio de igualdad y mérito, beneficiando a la persona, no por su capacidad, sino por su mera pertenencia a un grupo. Un interesante estudio sobre justicia distributiva y sobre los conceptos de igualdad, mérito y necesidad puede verse en GARCIA SAN MIGUEL, L., "Igualdad, mérito y necesidad", en *El principio de igualdad*, GARCIA SAN MIGUEL, L. (ed.), Madrid, Universidad de Alcalá de Henares/Dykinson (2000), pp. 11 y ss..

⁸⁹ Vid. DWORKIN, R., *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós (1990).

⁹⁰ Vid. JIMENEZ CAMPO, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 9 (1983), (pp. 71 a 114), pp. 72-74; y E. SIERRA HERNAIZ, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid (1999), pp. 28 y 29.

lectivo no favorecido por las medidas.⁹¹ El problema, naturalmente, es concretar el término de la acción positiva. Coincido con la postura que afirma que es imposible fijar un criterio apriorístico que sirva para todos los supuestos, por lo que se hace necesario analizar los progresos que, en cada caso concreto, se van logrando con la implementación de la acción positiva. A este respecto, entiendo que la consecución de una representación proporcional entre hombres y mujeres no puede ser un criterio enteramente válido, puesto que el fin que persigue una acción positiva no es tanto lograr una igualdad numérica –que bien puede ser momentánea–, como garantizar pro futuro que se ha erradicado la discriminación históricamente padecida por las mujeres.⁹²

La superación del juicio de razonabilidad y proporcionalidad, en los términos en los que el Tribunal Constitucional concibe dicho juicio, es igualmente necesaria. Como bien señala R. Martínez Tapia, la razonabilidad es del todo imprescindible en el caso de las medidas de acción positiva, pues en pocos como en éste se hace preciso conocer los objetivos de la norma y, subsiguientemente, la pertinencia de ésta para el logro de aquéllos.⁹³ Nuestro Tribunal Constitucional así lo viene entendiendo desde la Sentencia 22/1981, cuando, al interpretar el derecho a la igualdad del artículo 14 CE, fijó como doctrina la exigencia de justificación objetiva y razonable de cualquier desigualdad, haciendo especial hincapié en la adecuación de los medios empleados a la finalidad perseguida con el tratamiento desigualitario. Bajo esta premisa, la finalidad buscada ha de ser, en primer lugar, constitucionalmente lícita o, más en concreto, no debe ser contraria a los principios y valores constitucionales. A partir de ahí, debe valorarse la congruencia teleológica entre las medidas aplicadas y esa finalidad buscada, averiguándose si hay relación de idoneidad –necesidad o conveniencia– entre medios y fines. Dicho en otros términos, este juicio de congruencia teleológica trata, en suma, de apreciar si existe o no una correspondencia lógica entre los criterios en los que se basa el tratamiento desigualitario y la razón que inspira a éste.⁹⁴

⁹¹ GUDE FERNANDEZ, A., "El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)", en *Parlamento y Constitución*, Toledo, Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha. Universidad de Castilla-La Mancha, Nº 5 (2001), (pp. 145-175), p. 156.

⁹² Vid. SIERRA HERNAIZ E., op. cit., pp. 101-103.

⁹³ Vid. MARTINEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op. cit., p. 113.

⁹⁴ Sobre este tema véase, p. ej., SUAY RINCON, J., "El principio de igualdad en la jurisprudencia del TC", en *Estudios homenaje al Prof. García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 844 y ss. y, en particular, p. 858; y MARTINEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op. cit., pp. 121 y ss.

V. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

Dicho queda que la igualdad material del artículo 9.2 CE se ha interpretado tradicionalmente como un correctivo de la igualdad formal, permitiendo no sólo tratos diferenciados de supuestos igualmente diferenciados, sino también tratos preferenciales a determinados colectivos, a fin de establecer las condiciones materiales necesarias para un ejercicio real y efectivo de los derechos constitucionales. Esta interpretación es la que se fue imponiendo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien de una forma gradual y paulatina. Así, en los primeros años, el Tribunal vino a aceptar que la igualdad material necesariamente introduce un matiz reinterpretativo de la igualdad formal, pero no va muchos más allá:

“El acto del Legislativo se revela arbitrario (...) cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación –que ésta concierne al art. 14–, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley” (STC 27/1981, FJ. 10).

“El principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2)”. (STC 34/1981, FJ. 3).

“La igualdad en la ley no permite establecer diferencias de trato cuando el criterio de aplicación es el de la ciudadanía en general, pero en cambio no debe tener la misma rigidez cuando el legislador no contempla al ciudadano en su abstracta calidad de tal, sino en su situación social concreta, como generalmente ocurre al configurar los derechos de prestación, cuya regulación necesariamente ha de tener presente la diferente condición o circunstancia personal o social de los posibles beneficiarios de esta prestación para dar cumplimiento al mandato constitucional (...) contenido en el artículo 9.2 de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. (STC 103/1983, Voto Particular del Magistrado D. Jerónimo Arozamena Sierra).

El artículo 9.2 CE "puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el artículo 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material" (STC 98/1985, FJ. 9).

No es hasta la Sentencia 128/1987, que versa precisamente sobre una cuestión laboral,⁹⁵ cuando el Tribunal da un paso decisivo en la aceptación y aplicación de la igualdad material, admitiendo sin ambages la adopción de medidas compensatorias de acción positiva; unas medidas que el Tribunal llega a calificar de "derecho desigual igualitario", y que justifica como una forma necesaria de "interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE" (STC 128/87, FJ. 5).

"No pueden considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación" (STC 19/89, FJ. 4).

"La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un "derecho desigual igualatorio", es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer" (STC 229/92, FJ. 2).

⁹⁵ El Tribunal consideró constitucional el reconocimiento de ayuda para guarderías sólo para trabajadoras y para el personal masculino viudo. Dicha sentencia sirvió de fundamento para los pronunciamientos del TS (20 de marzo y 15 de abril de 1997). No obstante ya hay dos SSTSJ Extremadura [de 16 de febrero de 2001 (Rec.48/2001) y de 17 de julio de 2003 (Rec. 438/2003)] que han considerado que ya no hay razón para mantener ese tipo de medidas, con el siguiente argumento: "La Ley 39/1999 [de conciliación de la vida familiar y laboral] persigue una finalidad que se impone en la sociedad actual que nada tiene que ver con la discriminación positiva de antaño a favor de la mujer, y que consiste en ofrecer igualdad de oportunidades al hombre y la mujer al momento de participar en la vida laboral y familiar, en plano de igualdad. El hecho de conceder la ayuda por guardería exclusivamente a la mujer, negándosela al varón, en ningún caso supone beneficio para la misma, sino muy al contrario, un perjuicio, en tanto en cuanto no ofrece las mismas posibilidades al varón para que desarrolle los mismos derechos y obligaciones en el cuidado de los hijos desde el nacimiento".

“en la perspectiva del art. 9.2 CE, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer. La desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas...” (STC 3/1993, FJ. 3).

Esas medidas de acción positiva han sido incluso justificadas desde el mismo artículo 14 CE en algunas ocasiones, confirmando claramente la interrelación entre dicho precepto y el artículo 9.2 CE:

“El principio de igualdad (en referencia al artículo 14 CE) no prohíbe toda diferencia de trato; dicho principio sólo puede entenderse vulnerado cuando la desigualdad denunciada está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de esta justificación ha de apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una razonable proporcionalidad entre medios y fines. Pues bien, las exigencias derivadas del mencionado principio (...) pueden concretarse en dos puntos: a) las medidas adoptadas, que originan la desigualdad, han de estar en función del interés público sin postergar arbitrariamente otros intereses dignos de protección, y b) dichas medidas han de contar con un fundamento técnico-económico” (STC 25/89, FJ. 3).

“La incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (STC 216/91, FJ. 5).

Por último, la Sentencia 17/2003 del Tribunal Constitucional parece dar un paso más en el desarrollo de la igualdad material cuando declara que del artículo 14 CE no sólo se infiere una interdicción de las discriminaciones no razonables que se produzcan en y ante la ley, sino también una interdicción de aquellas discriminaciones que persisten infundadamente en la sociedad, orientando así este precepto hacia la consecución de la paridad entre hombres y mujeres en aquellos ámbitos de la vida en los que aún no existe:

“La prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones

nes históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. En este sentido, la exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón de ser, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 166/1988, de 26 de septiembre). Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también vigente en materia de empleo” (STC 229/1992, de 14 de diciembre) (STC 17/2003, FJ 3).

VI. Medidas vigentes para el fomento del empleo femenino

Si admitimos que la mujer sigue siendo objeto de discriminaciones de hecho en el mundo del trabajo, tendremos que coincidir en la necesidad de establecer medidas que erradiquen aquellas discriminaciones en un plazo razonable. No hay duda, en este sentido, de que el Derecho –ya sea el interno o el comunitario– garantiza la igualdad formal, tanto en la ley como ante la ley, pues es cierto que prohíbe cualquier discriminación injustificada por razón de sexo, y contiene mandatos de igualdad formal de oportunidades. Pero este hecho constituye precisamente la principal prueba de que la igualdad formal no basta por sí sola, y ello porque no se avanza con la celeridad deseable en la eliminación real de la desigualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo. Se hacen necesarias así, y durante el tiempo que sea menester para erradicar esa desigualdad real, medidas a favor de una mayor y mejor integración de la mujer en el mercado de trabajo, incentivando la contratación de mujeres, ofreciendo a éstas una más adecuada formación profesional, fomentando las actividades empresariales o autónomas emprendidas por mujeres, y facilitando la conciliación de la vida familiar y laboral de la mujer, sobre todo en lo que a la maternidad se refiere.⁹⁶

Esta parece ser la voluntad política que vienen impulsando ciertas actuaciones –normativas y no normativas– de los poderes públicos, tanto de la

⁹⁶ Vid., en este sentido, RODRIGUEZ PIÑERO, M., “Igualdad y políticas sociales tras el Tratado de Amsterdam”, en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, AA.VV., Madrid, Instituto de la Mujer (2001), pp. 51-52.

Comunidad Europea como del Estado español. Debe reconocerse una paulatina pero importante materialización de esa voluntad política, con los consiguientes frutos positivos en la integración y permanencia de la mujer dentro del mercado de trabajo. Pero esa materialización no se produce todavía en grado bastante, y muchos proyectos políticos quedan a menudo en simples declaraciones de principios o directrices sin mayor eficacia práctica. Buena culpa de ello debe asociarse a problemas de índole presupuestaria. A diferencia de lo que puede ocurrir en otros ámbitos, la adopción de acciones positivas o similares en el ámbito del trabajo necesita de un coste económico que los poderes públicos –inmersos en una dinámica de déficit público cero, y siempre con escasez de fondos para hacer frente a sus obligaciones y compromisos– no siempre son capaces de asumir, y aun menos los empresarios privados –téngase en cuenta que la mayor discriminación se produce en el sector privado de la actividad–⁹⁷ si no son incentivados por aquellos poderes públicos. No obstante, junto a estos problemas de tipo económico, es preciso aludir a la todavía insuficiente concienciación de la sociedad en general, y de la clase empresarial en particular, sobre la necesidad de una igualdad de sexo real en el mercado de trabajo. No hay duda de que las medidas a las que venimos refiriéndonos serán tanto más eficaces cuanto mayor sea la conciencia social del problema.

El vigente Plan de Acción para el Empleo español coloca a la mujer como protagonista central de las acciones de fomento del empleo, dirigiéndose a ella en torno a un 60% de las acciones contenidas en él. No obstante, dicho Plan no prevé medidas concretas y de inmediata y directa ejecución, sino que más bien establece líneas de actuación de los poderes públicos. Así, por ejemplo, se establece la necesidad de incentivar la contratación de mujeres a través de bonificaciones en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, correspondiendo después a los poderes competentes (en este caso el poder central en virtud del art. 149.1.17^a CE) acordar la medida y concretar las condiciones en las que la misma se aplica.

Entre las principales medidas de fomento y mejora del empleo femenino que se contienen en el citado Plan de Acción para el Empleo pueden destacarse las siguientes: los incentivos indirectos a la contratación de mujeres (bonificaciones en el pago de las cuotas empresariales a la Seguridad Social), los incentivos directos (subvenciones económicas a la contratación), y las acciones para conciliar la vida familiar y profesional. Casi todas ellas medidas de acción positiva a favor de las mujeres –en un sentido

⁹⁷ Cabe distinguir entre acciones positivas obligatorias o de obligada aplicación y acciones positivas voluntarias o de aplicación facultativa. Adviértase ya de entrada que, como regla general, las primeras suelen imponerse al sector público de la actividad, mientras que las segundas encuentran su campo en el sector privado.

igual o muy cercano al que hemos venido manejando aquí-, y, en todo caso, medidas que no dejan de obedecer al mandato del artículo 9.2 CE de remover obstáculos para lograr una igualdad real.

Los incentivos indirectos a la contratación femenina, consistentes en bonificaciones en el pago de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, vienen contemplados en el actual Programa de Fomento del Empleo para el año 2004, contenido en el artículo 44 de la Ley 62/2003.⁹⁸ En concreto, se establecen los siguientes supuestos de bonificación:⁹⁹

a) La contratación indefinida, incluida la fija discontinua, de mujeres desempleadas entre dieciséis y cuarenta y cinco años (bonificación del 25% durante los veinticuatro meses siguientes a la vigencia del contrato).

b) La contratación indefinida, incluida la fija discontinua, de mujeres desempleadas contratadas para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino, que reúnan además el requisito de permanecer inscritas ininterrumpidamente en la oficina de empleo, por un período mínimo de seis meses, o bien sean mayores de 45 años (70% durante el primer año de vigencia del contrato y 60% durante el segundo año). Si no reunieren alguno de los anteriores requisitos adicionales (35% durante el período de los 24 meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato).¹⁰⁰

c) La contratación indefinida, incluida la fija discontinua, de mujeres desempleadas inscritas en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto (100% durante los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato).

d) Los contratos de trabajo, de carácter indefinido o de duración determinada o temporales, de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad y por excedencia para cuidado de hijo, así como la transformación de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, darán derecho a bonificación cuando se produzca la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto, siempre que éste se hubiera producido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente disposición.

Las cooperativas y las sociedades laborales tendrán derecho a bonificación respecto de sus socias trabajadoras o de trabajo, con vínculo de carácter

⁹⁸ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁹⁹ Supuestos que se prevén en los apartados uno y tres del art. 44 de la Ley.

¹⁰⁰ Las profesiones y ocupaciones a las que se aplicarían estas bonificaciones están fijadas en la Orden Ministerial de 16 de septiembre de 1998.

indefinido, siempre que la entidad haya optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

Los casos anteriores darán derecho a una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 100% durante los doce meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo tras el período de suspensión del contrato por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo, de acuerdo con lo antedicho. En el supuesto de contratos de duración determinada o temporales suscritos antes del día 1 de enero de 2004, cuando se produzca la reincorporación en los términos señalados en el párrafo anterior y, antes de haber transcurrido un año desde la misma, se transforme el contrato en indefinido, la duración de la bonificación a que se refiere el párrafo anterior será de dieciocho meses.

e) En el supuesto específico de que se contrate a mujeres minusválidas, las empresas tendrán derecho a una bonificación del 90% en la cotización empresarial por contingencias comunes, si la mujer contratada tiene una edad igual o superior a 45 años, y del 80 % en caso de que sea menor de dicha edad.

Los incentivos directos a la contratación de mujeres, consistentes en la concesión de subvenciones a los empresarios contratantes, han de ser adoptados fundamentalmente por las CC.AA., en el ejercicio de la competencia de fomento de su desarrollo económico que se prevé en el artículo 148.1.13^º CE. Centrándonos, a modo de ejemplo, en las subvenciones a la contratación establecidas por la Comunidad de Madrid,¹⁰¹ queda claro que la mujer es la principal destinataria, pues las mayores subvenciones que se contemplan están destinadas a la contratación de mujeres. Así, se subvenciona con 9.000 euros cada contratación de mujer a tiempo indefinido y jornada completa, con 12.000 euros cada contratación de mujer mayor de 45 años, y con 12.000 euros por cada mujer que se cause alta en el Régimen Especial de trabajadores autónomos.¹⁰²

En la conciliación de la vida familiar y laboral se ha intentado avanzar a través de las siguientes medidas: a) permisos retribuidos; b) reducción de la jornada de trabajo; c) suspensión contractual y contratación; d) tiempo parcial.

¹⁰¹ Orden 165/2003, de 27 de enero, de la Consejería de Trabajo, por la que se establece el programa de fomento de empleo estable en la Comunidad de Madrid para el año 2003.

¹⁰² Interesa señalar que, en todos estos casos, las subvenciones sólo fueron otorgadas si la contratación o el alta se produjeron entre el 1 de enero y el 30 de abril de 2003, plazo que a todas luces parece escaso.

a) Los permisos retribuidos pueden serlo por nacimiento de hijo, disfrutables por el padre y con una duración de dos días naturales, así como ampliables a cuatro cuando el trabajador necesite desplazarse –art. 37.3 b) ET–; por enfermedad o accidente graves y hospitalización de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, con la misma duración que el permiso citado anteriormente –art. 37.3 b) ET–; por lactancia de un hijo menor de nueve meses, disfrutables por la madre, con independencia de cuál sea su jornada de trabajo, y consistente en la ausencia diaria de una hora, con la posibilidad de fraccionar la ausencia en dos periodos –art. 37.4 ET–; y por hospitalización de neonato, disfrutables tanto por la madre como por el padre, y consistente en ausentarse del trabajo durante una hora en casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier otra razón, han de permanecer en el hospital tras el parto (disp. adic. 8ª de la Ley 12/2001).

b) La reducción de la jornada laboral puede serlo por lactancia de un hijo menor de nueve meses, consistente en media hora al inicio o a la finalización de dicha jornada, y como sustitución del permiso analizado en el párrafo anterior; por tener a cuidado directo menores de seis años, minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales, o familiares hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiéndose ajustar la reducción de la jornada a un límite mínimo de un tercio de la jornada y máximo de la mitad de la jornada (Ley 39/1999); y por hospitalización del neonato, hasta un máximo de dos horas, con disminución proporcional del salario, a elección del padre o la madre.

c) La suspensión contractual, o lo que es igual, la suspensión temporal de las prestaciones básicas derivadas del contrato de trabajo, puede producirse por cuidado de familiares, pudiendo alcanzar hasta los tres años en el caso del cuidado de hijos –art. 46.3 ET–; y por maternidad o paternidad, con una duración de dieciséis semanas, ampliable en dos semanas más en caso de parto múltiple –art. 48.4 ET–.

d) La contratación a tiempo parcial (fomentada tras el RDL 15/1998) y la flexibilidad horaria suponen fórmulas interesantes para que muchos trabajadores (ya sean mujeres u hombres) puedan compaginar tareas profesionales con tareas domésticas y laborales.

Medidas como las que acabamos de relacionar son necesarias y, desde luego, algunos frutos están produciendo. Sin embargo, los resultados no se producen en el grado que sería deseable para erradicar la discriminación de la mujer en un plazo razonable, por lo que se hace preciso inten-

sificar y mejorar aquellas medidas, así como combinarlas con otras complementarias.¹⁰³ Cabría estudiar, a este respecto, las siguientes posibilidades:

- Incremento porcentual y temporal de las bonificaciones en el pago empresarial de las cuotas de Seguridad Social por contratación de mujeres, especialmente en las desempleadas que tengan entre dieciséis y cuarenta y cinco años.
- Incremento de las subvenciones directas a la contratación de mujeres, no tanto o no sólo en las cuantías concedidas por cada contrato, como en la cuantía global que las Administraciones correspondientes asignan para el fomento del empleo femenino, de forma que aumente el número de contratos que pueden acogerse a las subvenciones, así como el plazo durante el cual tienen vigencia dichas subvenciones.
- Impulso de la formación profesional de la mujer, en especial de aquellas mujeres que encuentran dificultades de reinserción laboral tras haberse dedicado al cuidado y educación de los hijos.
- Fomento del acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y toma de decisiones, tanto en las empresas públicas como privadas, mediante la revisión de las cláusulas que regulan los ascensos en los Convenios Colectivos, suprimiendo las discriminaciones ocultas que aún existen en este orden.
- Especial exigencia a las empresas privadas que contratan con la Administración para la contratación y promoción interna de mujeres.
- Apoyo financiero para que las empresas, públicas y privadas, adopten medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, como, por ejemplo, la creación de guarderías en los propios centros de trabajo.
- Ampliación del concepto de “riesgo por embarazo”, de tal forma que incluya todo tipo de trastornos que tengan su origen en la gestación.
- Aumento del período que comprende el permiso de maternidad y retribución del 100% del salario al período de ampliación.
- Titularidad individual del permiso de maternidad: creación de un permiso de paternidad independiente del permiso de la mujer trabajadora.

¹⁰³ En esta misma línea puede verse SIERRA HERNAIZ, E., que, por ejemplo, pone el acento en las medidas de formación y reinserción profesional de las mujeres (vid. op. cit., pp. 104-105).

No puede finalizarse este estudio sin llamar la atención sobre el papel fundamental que en la consecución del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres desempeñan los Convenios Colectivos. En este sentido, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2004 (ANC)¹⁰⁴ ordena a los Convenios Colectivos la adopción de prácticas adecuadas para fomentarlo.

Las organizaciones firmantes consideran adecuados para su tratamiento por la negociación colectiva los siguientes criterios generales:

– La adopción de cláusulas declarativas antidiscriminatorias, que pueden incluirse como principio general o reproducirse en apartados concretos del Convenio.

– La adecuación del contenido de los Convenios Colectivos a la normativa vigente o, en su caso, la mejora de la misma, eliminando aquellas cláusulas que estén superadas por modificaciones normativas. Esta adecuación se extiende también a los contenidos en materia de prevención de riesgos laborales para la maternidad, la lactancia y la reproducción, así como el tratamiento del acoso sexual.

– La inclusión de cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones, a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas.

– El estudio y, en su caso, el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género.

– La eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional (categorías, funciones, tareas).

– La revisión y, en su caso, subsanación de las diferencias retributivas que pudieran existir por una inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor.

– A efectos de lo anterior, resultaría de utilidad el análisis y aplicación, en su caso, de sistemas de valoración de los puestos de trabajo, que permitan evaluar periódicamente el encuadramiento profesional.

– La incorporación de medidas sobre jornada laboral, vacaciones, progra-

¹⁰⁴ El ANC de 2004 no hace sino prorrogar el ANC de 2003 (publicado en el BOE de 24.2.03)

mación de la formación, que permitan conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar.

– La evaluación de la aplicación del Convenio desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades, a través del seguimiento realizado por la Comisión Paritaria, que se dotará, en su caso, del correspondiente asesoramiento. Si se considera oportuno, tal tarea se delegará en comisiones de trabajo específicas.

El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio

Raúl F. Campusano

Master en Derecho, U. Leiden
Master of Arts, U. Notre Dame

Eduardo Silva Besa

Master en Derecho, U. Castilla

I. Introducción

China ha sido siempre un país fascinante, pero los grandes cambios que se encuentra experimentando desde hace ya varios años, sumado a su sostenido e impresionante crecimiento económico hacen particularmente apropiado profundizar la reflexión en su entorno.¹ El artículo hace un análisis sobre los antecedentes del proceso de negociaciones para el ingreso de China a la OMC, destaca el rol central jugado por los Estados Unidos en el proceso, detalla el proceso final de negociación y reflexiona sobre los efectos de tal ingreso. En última instancia, el artículo tiene dos finalidades centrales. Primero entusiasmar a los lectores a profundizar sus conocimientos sobre China y segundo motivar artículos críticos que tomen el desafío ahí donde lo dejamos nosotros en este artículo.

En el número anterior de *Actualidad Jurídica* se publicó un artículo nuestro sobre el ascenso económico de China. Creemos que el texto actual es el complemento ideal del primero, ya que en su conjunto permiten entregar una visión complementaria de China. De la misma forma, esperamos que la bibliografía presentada permita a nuestros lectores profundizar en las ideas esbozadas en nuestro texto.

Queremos dedicar este artículo al Sr. Embajador, Li Changhua, al Consejero Comercial, Sr. Chen Yumin, al Señor Cheng Lie, enlace APEC, a la agregada Yan Shuang, al ex agregado de prensa Li Wuji y a todo el equipo de

¹ Los autores, en efecto, han publicado recientemente un artículo sobre el ascenso económico de China (ver Bibliografía) y Eduardo Silva ha realizado un trabajo sobre la materia en la Academia Diplomática. De hecho, ese trabajo es la inspiración de la presente publicación. También debe señalarse que parte de nuestra reflexión deriva del trabajo que realizamos en conjunto con los funcionarios de la Embajada China en Santiago a propósito de la organización de la participación de los delegados chinos en el año APEC Chile 2004.

personas que trabaja en la Embajada de la República Popular China en Santiago. A través de esta dedicatoria, les expresamos nuestra profunda admiración y el deseo que China continúe avanzando por el camino del desarrollo económico y político. Por supuesto, la responsabilidad de lo señalado en el artículo es de los autores solamente.

II. Antecedentes sobre el ingreso de China a la OMC

La incorporación de China a la Organización Mundial del Comercio (OMC) fue el resultado de un extenso proceso de negociaciones que se prolongó por casi quince años.

China fue uno de los 23 países que inicialmente firmaron el acuerdo GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) en 1947. Después de la Revolución China de 1949, el gobierno de Taiwán decidió que China abandonaría el acuerdo. Aunque las autoridades de Beijing nunca reconocieron este acto, 40 años más tarde, en 1986, China notificó al GATT su deseo de volver a formar parte del acuerdo.

1. Proceso de negociaciones

El proceso de ingreso de China a la OMC estuvo determinado por factores políticos y económicos en los niveles doméstico e internacional y por negociaciones en el plano bilateral y multilateral.

Los aspectos generales que marcaron el proceso fueron los siguientes:

- Las negociaciones en materias comerciales tendieron a ser más difíciles cuando existieron disputas en temas muy sensibles, como son la reunificación de Taiwán y la soberanía nacional para China, y los derechos humanos y democracia para los Estados Unidos.
- Los líderes de ambos Estados estuvieron menos dispuestos a cooperar y llegar a acuerdos en cuando ellos necesitaron movilizar el apoyo interno en sus países para legitimar su liderazgo. Cualquier posición débil frente a su contraparte ideológica podía minar sus esfuerzos electorales internos.

El proceso de negociaciones puede dividirse en tres etapas. La primera fase se extiende desde la solicitud formal de ingreso al GATT (1986) hasta el incidente de la plaza de Tiananmen (1989). La segunda etapa se prolonga desde 1989 hasta 1995, período en el cual se lograron escasos avances en las negociaciones, debido a que la relación entre China y Estados Uni-

dos estuvo marcada por distintas tensiones políticas. La tercera y última fase de las tratativas se inició en 1995, año en el que las autoridades chinas cambian su política adoptando una postura más flexible y proclive a alcanzar un acuerdo definitivo con Estados Unidos, el cual se concretó finalmente en mayo del año 2000.

i. Primera etapa: entre 1986 y 1989

Estados Unidos fue quien debió liderar las negociaciones con China, ello por el importante aporte financiero que realiza a la OMC, su influencia en dicha institución y la participación de su mercado en la economía mundial. Por ello China consultó a este país antes de solicitar formalmente su ingreso a la institución.

La posición inicial de China en sus negociaciones para lograr el acceso a la OMC se fundó en tres principios:

- China insistió en su derecho a poseer el status de miembro fundador de la OMC en vez del status de nuevo miembro. Para ello sostuvo la invalidez de la denuncia del acuerdo del GATT realizada en 1950 por el gobierno de Taiwán. Esta posición fue acorde con la política de "Una sola China".²
- Eligió el acceso a través del procedimiento general, es decir, mediante la reducción de aranceles, en vez de seguir el procedimiento especial otorgado a las economías centralmente planificadas, que es en base a cuotas de importación. China prefirió este mecanismo porque el establecimiento de cuotas de importación hubiere sido contrario al programa de reformas económicas que estaba llevando a cabo.
- Buscó recibir el status de país en vías de desarrollo. El artículo XVII del GATT permite a los países en vías de desarrollo proteger las industrias incipientes, imponer restricciones a las importaciones por razones de balanza de pagos y entregar ayuda financiera estatal a ciertas industrias para propósitos de desarrollo de la economía. Asimismo, la parte IV del GATT establece el principio de que las naciones desarrolladas no pueden esperar completa reciprocidad de las naciones en vías de desarrollo en las negociaciones para reducir aranceles y otras barreras al comercio.

Durante las negociaciones, Estados Unidos puso especial énfasis en el proceso general de reformas económicas que estaba realizando China, específicamente en la eficiencia y transparencia de su régimen de comercio. La

² Prime B, Penélope. "China Joins the Wto: How, Why, and What Now?", *Business Economics*. Abril 2002.

Unión Europea, en cambio, estuvo más preocupada en proteger su propio mercado frente a los posibles daños que podría causarle el *dumping* chino.³

En esta etapa de las negociaciones Estados Unidos buscó que China estableciera un compromiso para reformar su sistema de precios, estableciendo plazos concretos para ello. Pero China se opuso, señalando que el proceso de reforma sería gradual, ya que la velocidad en que éste se llevaría a cabo estaría determinada por la situación interna y no por las presiones internacionales. En esa oportunidad Deng Xiaoping pronunció la frase "*se cruzará el río pisando piedra por piedra*"⁴ para graficar la posición de las autoridades chinas respecto a las modificaciones a su sistema económico.

Los factores que hicieron más sencilla la negociación en esta primera etapa fueron los siguientes:

- Occidente dio un trato más amistoso a China que a otras economías centralmente planificadas, como la Unión Soviética, porque se pensaba que el proceso de reformas chino estaba más adelantado que los otros. Los Estados europeos esperaban que la experiencia china sirviese de modelo para las otras naciones socialistas.
- Los Estados miembros de la OMC no esperaban grandes beneficios del ingreso de China, ya que este país era en esos años una economía en transición, con un comercio limitado. Esto puede explicar la ausencia de burócratas, grupos de interés o presiones de los medios que influyesen en el proceso de negociaciones.
- Las aspiraciones de los miembros de la OMC se concentraron en cinco áreas: transparencia en las leyes y regulaciones del comercio, cronograma para una reforma del sistema de precios, salvaguardas selectivas, reducción arancelaria y reducción de barreras no arancelarias. Estas demandas no afectaban la política económica y financiera china. En suma las demandas no eran excesivas y representaban un verdadero ánimo de cooperación.

Por otra parte, las demandas chinas eran bastante generales y fáciles de satisfacer. China insistió en obtener en forma incondicional el trato de nación más favorecida y el sistema generalizado de preferencia de parte de Estados Unidos.

El incidente de Tiananmen del 4 de junio de 1989 puso fin a los esfuerzos de negociación de esta primera etapa.

³ Liang, Wie. "China's WTO Negotiation Process and its Implications". *Journal of Contemporary China*. Noviembre 2002.

⁴ *Ibíd.*

ii. Segunda etapa: desde 1989 a 1994

El proceso de negociación sufrió un duro golpe en junio de 1989. Las sanciones impuestas en contra de China, promovidas por Estados Unidos, bloquearon las negociaciones. La razón formal que motivó el cambio de actitud de Occidente fue el incidente de la Plaza de Tiananmen. Sin embargo, las razones de fondo del cambio hay que buscarlas en las repercusiones que tuvo en las relaciones internacionales el fin de la Guerra Fría y del sistema bipolar. Con el colapso de la Unión Soviética y la democratización de los países de Europa del Este, China se transformó en el más importante representante de la ideología comunista. A esto se sumó el hecho de que algunos países de Occidente vieron en ciertas medidas adoptadas por el gobierno chino en el ámbito interno, señales de que este país estaba volviendo al sistema de economía planificada.

Otro factor que complicó las negociaciones fue la solicitud de Taiwán de ingresar a la OMC, la cual se formalizó durante este período (enero de 1990). China siempre ha usado su influencia para impedir cualquier acción que permita a Taiwán obtener un reconocimiento por parte de la comunidad internacional. Sin embargo, el aislacionismo que vivía China en esos años la obligó a adoptar una posición más flexible. El gobierno modificó su posición de que el ingreso de Taiwán sólo podría producirse a través del ingreso de la República Popular China (RPC). El primer ministro Li Peng propuso cambiar su posición sólo bajo tres condiciones: que la República Popular China es el único gobierno legítimo de China y que Taiwán es parte de China, que Taiwán podrá ingresar a la OMC como un territorio aduanero separado sólo después de que la RPC haya ingresado a esta institución; y que la solicitud de Taiwán debe ser bajo consulta y acuerdo del gobierno de la RPC.⁵ Siguiendo estas condiciones, China tenía que ingresar primero y Taiwán después.

Luego de un largo proceso de negociación estas condiciones fueron adoptadas en un compromiso entre Estados Unidos y China.

Después del incidente de Tiananmen, las relaciones entre China y Estados Unidos se vieron afectadas en tres ámbitos: derechos humanos, proliferación armamentista y comercio. En estos temas China realizó una serie de concesiones. Se hizo parte del Régimen de Control de Tecnología Misilística, luego de lo cual Estados Unidos levantó las sanciones que había impuesto al país. China también entregó información sobre la situación de casi 800 presos políticos y permitió la salida de un grupo de disidentes. Además, a

⁵ Liang, Wie. "China's WTO Negotiation Process and its Implications". *Journal of Contemporary China*. Noviembre 2002.

finés de 1989, el gobierno chino se comprometió a adherirse al tratado de no proliferación de armas nucleares.

En materias comerciales, ambos países se trenzaron en una disputa sobre asuntos de propiedad intelectual y transferencia tecnológica. Luego de arduas negociaciones, China accedió a hacer importantes mejoras en sus leyes sobre derechos de propiedad intelectual y patentes y adoptar los estándares internacionales sobre propiedad intelectual mediante su adhesión a la Convención de Propiedad Intelectual de Berna. Estas concesiones serían hechas bajo el compromiso de que Estados Unidos apoyaría decididamente el ingreso de China a la OMC. El acuerdo con Estados Unidos también incluía el compromiso de las autoridades chinas de mejorar la transparencia de su sistema de comercio mediante la publicación de todas las leyes, regulaciones y políticas que norman el sistema de exportaciones e importaciones. Sin embargo, China no estuvo dispuesta a aceptar la facultad de imponer salvaguardas ni el compromiso de hacer una reforma a su sistema de fijación de precios, elementos que impidieron la concreción del acuerdo.

Pese a este revés en las negociaciones con Estados Unidos, China siguió empeñada en ingresar a la OMC. En la decimoctava reunión del Grupo de Trabajo, Estados Unidos adoptó la posición de que China sólo podría unirse a la OMC como país desarrollado. Esto provocó una dura respuesta por parte de las autoridades chinas, las cuales presentaron un documento en el que señalaron los asuntos que no serían negociables:⁶

- El estatus de nación en vías de desarrollo.
- La facultad de imponer salvaguardas por parte de los Estados miembros de la OMC.
- Obligarlos a suscribir convenciones relativas a la aviación civil.
- Obligarlos a implementar las normas sobre propiedad intelectual en un plazo de un año en vez de cinco años.
- Obligarlos a otorgar el trato nacional al comercio de servicios.
- Crear un sistema especial para China de resolución de disputas comerciales.
- Forzar a China a suprimir los sistemas de control de precios.

Otra de las barreras que impedía el acceso de China a la OMC era el rol que jugaba el congreso de Estados Unidos, que de acuerdo a lo dispuesto en el Título IV del Acta de Comercio de 1974, conocido también como la enmienda Jackson-Vanik, tenía la facultad de decidir si se concedía o no el

⁶ *Ibid.*

estatus de nación más favorecida a aquellos países que no poseen economías de mercado, estatus que se denomina Relaciones Normales de Comercio. Aunque esta atribución tenía el potencial de afectar gravemente los intereses comerciales chinos, en la práctica esto nunca sucedió, ya que cada año –desde 1980– e incluso durante el episodio de Tiananmen, Estados Unidos concedió esta categoría a China. Esta postura se fundamentaba en un criterio de reciprocidad, ya que el daño a la economía estadounidense podría ser tan grande como el que sufriría la economía China.

Este asunto fue crucial para las autoridades chinas, puesto que en su opinión esta facultad del congreso norteamericano era usada como un instrumento de presión por parte de Estados Unidos. Sin embargo, el debate anual en el Congreso sobre el otorgamiento o no de la categoría de nación más favorecida, demostró no ser un instrumento apropiado para influir en el comportamiento de China. Al respecto es importante tener presente que la historia ha evidenciado que las sanciones unilaterales casi siempre fallan. Aunque es cierto que Estados Unidos es la única superpotencia, eso no significa que estemos en un mundo unipolar en el que este país pueda imponerse indiscriminadamente. Por esa razón resulta más efectiva la imposición de sanciones a través de mecanismos multilaterales, cuyo alcance es mayor que las medidas unilaterales. Esta circunstancia fue un elemento que sirvió para destrabar las negociaciones entre las partes.

Además de los aspectos comerciales, debió realizarse un esfuerzo para superar otras trabas de índole política, tales como:

- El proceso electoral interno. Durante la campaña electoral Bill Clinton había criticado al presidente George Bush por ser muy débil en su posición frente a las violaciones a los derechos humanos cometidas por China. Para él la aprobación en el Congreso del estatus de nación más favorecida debía estar vinculada a la exigencia de un pleno respeto de los derechos fundamentales.
- China comenzó a ser vista como un importante actor económico en materia de exportaciones. Además, en términos de poder de compra, la economía china llegó a ser la tercera más grande del mundo.
- Las autoridades chinas pensaron que era posible mejorar su posición negociadora mediante nuevas coaliciones y a través del quiebre de las existentes. Esta estrategia no tuvo el resultado esperado, ya que ningún otro país fue capaz de ayudar a China a romper el bloqueo en sus negociaciones con Estados Unidos.

- El importante déficit del comercio estadounidense respecto de China, que había crecido en un 26% hacia 1994,⁷ hizo más débil la posición negociadora china, ya que en el público estadounidense se formó una opinión contraria al ingreso de este país a la OMC.

Ciertos autores sostienen que fue un error no haber hecho suficientes concesiones para alcanzar un acuerdo en 1994. Los requisitos impuestos en ese período fueron mucho menos exigentes que los que se demandarían después.

iii. Tercer etapa: desde 1995 a 2001

A finales de 1994 China buscaba su ingreso a la OMC por un asunto de prestigio político. Basado en este interés, las autoridades chinas estaban dispuestas a pagar cualquier precio para alcanzar dicho objetivo. Por esa razón, en 1995 la posición del gobierno chino sufrió un cambio radical. El nuevo principio consistía básicamente en que China necesitaba a la OMC, pero también la OMC necesitaba a China.

Uno de los asuntos en los que se alcanzó un principio de acuerdo fue en el estatus de nación en vías de desarrollo que debía concederse a China. Luego de prolongadas negociaciones, Estados Unidos se mostró dispuesto a conceder ciertas excepciones en lo que respecta a los plazos de desgravación de algunos sectores sensibles. Pero al mismo tiempo se exigieron plazos propios de naciones industrializadas en otras áreas. En definitiva, China quedaría en una posición de nación relativamente desarrollada, que mezclaba condiciones de una nación industrializada y de un país en vías de desarrollo. Sin embargo, el ambiente de confrontación que dominaba las relaciones chino-americanas, impidió sellar este acuerdo.

La visita del Presidente Bill Clinton a China, en junio de 1998, marcó una nueva etapa en las negociaciones entre ambos países. El gobernante norteamericano adquirió tres compromisos fundamentales: no apoyar la independencia de Taiwán, no apoyar la existencia de dos Chinas o una China y un Taiwán y no apoyar el ingreso de Taiwán a organizaciones internacionales constituidas por Estados soberanos.

En respuesta a este compromiso, las autoridades chinas dieron pasos concretos para destrabar las negociaciones bilaterales. Hacia febrero de 1999 ya se habían alcanzado acuerdos entre ambos países en varios temas, como aranceles de productos industriales, medidas no arancelarias, aranceles en productos agrícolas y otras materias relativas a los servicios.

⁷ Groombridge, Mark. "China's Accession to the WTO: Cost and Benefits". *China's Future*.

Este ambiente auspicioso se vio duramente afectado por el bombardeo de la embajada de China en Belgrado por parte de fuerzas de la OTAN. Este episodio se sumaría a otros eventos contrarios a los intereses chinos, como la denuncia de contribuciones ilegales de distintos actores internacionales a campañas contra el gobierno chino, la acusación de espionaje de tecnología nuclear y la nueva ola de críticas en materia de derechos humanos. Todos estos eventos provocaron la suspensión inmediata de las negociaciones.

Después de que Estados Unidos anunció el pago de una indemnización por el incidente de Belgrado, las negociaciones pudieron ser retomadas.

Pese a las dificultades, finalmente se logró firmar un acuerdo en mayo de 2000 entre China y Estados Unidos. Luego de otros acuerdos firmados con el resto de los países miembros de la OMC, el ingreso formal de China a esta institución se produjo el 10 de diciembre de 2001.

El resultado de las negociaciones se encuentra contenido en tres documentos, que en su conjunto constituyen el instrumento de acceso de China a la OMC. El primero de ellos es el Protocolo de Ingreso, en el cual se establecen los términos y condiciones relativos al Acuerdo General de Comercio y Aranceles. El segundo documento es el Reporte del Grupo de Trabajo. Por último, el tercer instrumento está formado por los cronogramas de reducción y eliminación de aranceles y los compromisos sobre acceso de mercados, acuerdos que contienen los ítems en los que el nuevo miembro debe disminuir sus derechos de aduana y las áreas en las que debe abrir sus mercados.

2. Compromisos adquiridos por China

La amplitud de las concesiones realizadas por China en lo que se refiere al acceso a sus mercados no tiene precedentes en la evolución de la apertura del comercio mundial. En tal sentido puede aseverarse que la liberalización de sus mercados que esta llevando a cabo este país es la más grande en la historia del desarrollo del comercio mundial.

Algunos de los sectores comprendidos en los acuerdos son:

- Operaciones de comercio exterior: El objetivo de la incorporación de China a la OMC y del proceso de liberalización económica es promover el comercio exterior y el crecimiento del sector privado. Desde el primer día de vigencia del Acuerdo las compañías del sector privado tendrán las mismas oportunidades que las del sector público, para hacer negocios con

países extranjeros. Antes de esta modificación, el gobierno de Pekín era el único intermediario en este tipo de operaciones.⁸

- **Agricultura:** Se estableció un cronograma de reducciones arancelarias, el cual ha sido completado casi en su totalidad. China, además, eliminó los subsidios a las exportaciones y accedió a que las restricciones por razones sanitarias se fundamenten sólo en evidencias científicas comprobadas.
- **Industria:** China reducirá los aranceles desde un 24.6% a un 9.5% en el 2005. Además, adhirió al Acuerdo de Tecnología de la Información, mediante el cual se eliminan aranceles a productos como computadores, equipos de telecomunicaciones y otros similares.
- **Telecomunicaciones:** China será miembro y adoptará los principios contenidos en el Acuerdo Básico de Telecomunicaciones. Además, ha suprimido las restricciones geográficas para los servicios con valor agregado y eliminará las limitaciones para la prestación de servicios de telefonía móvil y de telefonía local, el año 2005 y el año 2006, respectivamente.
- **Seguros:** Antes de su ingreso a la OMC, China permitía a las compañías extranjeras operar sólo en la provincia de Guangzhou y Shanghai. Bajo el nuevo acuerdo, China autorizó a estas empresas asegurar riesgos de gran escala en todo el país y el año 2003 eliminó el resto de las restricciones geográficas.
- **Bancos:** Actualmente los bancos extranjeros no pueden realizar operaciones en moneda local con clientes chinos. Bajo el acuerdo de ingreso a la OMC, China otorgará un acceso total al mercado bancario y financiero el año 2005. Además, fruto del acuerdo los bancos extranjeros fueron autorizados para realizar operaciones en moneda local con empresarios chinos, autorización que se extenderá también a las operaciones con ciudadanos chinos el año 2005.
- **Servicios:** Se eliminaron la mayoría de las restricciones a los extranjeros y se permitió el acceso al mercado de los servicios profesionales. Además, se estableció el acceso irrestricto al mercado del turismo y viajes.

Además de estas concesiones sobre acceso a mercados, China llegó a un acuerdo con Estados Unidos relativo a los mecanismos de control de importaciones y a las normas sobre antidumping y salvaguardas.

Todos estos compromisos quedaron contenidos en el Protocolo Bilateral de Acceso firmado entre Estados Unidos y China, el cual sirvió de modelo para los acuerdos suscritos con el resto de los Estados miembros de la OMC.

⁸ Analistas Financieros Internacionales, S.A. China y la OMC. Nota Especial N° 232. Diciembre de 2001.

III. Efectos del ingreso de China a la OMC

Las consecuencias del ingreso de China a la OMC pueden ser analizadas desde tres puntos de vista. El primer enfoque dice relación con cuál es el impacto en los mercados mundiales. El segundo se centra en el análisis de los efectos en la economía estadounidense. Y el tercero se refiere a los costos y beneficios que ha tenido para China su acceso al organismo rector del comercio internacional.

1. Efectos en el comercio mundial

Existe casi total unanimidad en que el ingreso de China a la OMC ha sido conveniente para el comercio internacional de bienes y servicios, ya que incorporó a uno de los grandes actores económicos del mundo en el esquema de normas y regulaciones que reglan las relaciones entre los Estados en materia de libre comercio.

La consecuencia más inmediata para los países miembros de la OMC derivada de la entrada de China a la Organización, es la consiguiente apertura de un mercado de enorme potencial, con 1.300 millones de habitantes y un intercambio comercial anual de 480.000 millones de dólares. De acuerdo al FMI (2000), producto de la estructura del comercio de China (la suma de las exportaciones más las importaciones representan alrededor del 40% del PIB) la incorporación a la OMC afectaría aproximadamente el 40% de los flujos comerciales actuales.⁹

Sin embargo, en diversos sectores existe preocupación sobre como una economía, que todavía en gran parte es regulada por el Estado, puede afectar el rumbo del proceso de liberalización del comercio mundial que se está llevando a cabo en el seno de la OMC. Para algunos autores el ingreso de China a la OMC atenta contra los valores esenciales en que se fundamenta esta institución y sostienen que la influencia de este país en el desarrollo de las futuras negociaciones puede significar un retroceso en los logros alcanzados hasta la fecha.¹⁰ Existe la posibilidad de que el ingreso de China como miembro produzca una distorsión en el proceso de la OMC y que este país no juegue bajo las reglas del libre comercio. El fundamento de esta preocupación dice relación con cuál es el verdadero grado de compromiso del gobierno chino respecto a las obligaciones contraídas en materia de libre comercio. Más aún, suponiendo que realmente existe la voluntad política de observar los acuerdos, se plantean dudas sobre si las

⁹ Comisión Chilena del Cobre. Dirección de Estudios. China y el Mercado del Cobre. 2001

¹⁰ Icksoo, Kim. "Accesion into WTO: external pressure for internal reforms in China". *Journal of Contemporary China*. Agosto 2000.

autoridades del país tienen realmente la capacidad de implementar las medidas necesarias para ceñirse a los compromisos adquiridos.

2. Efectos en Estados Unidos

a) Beneficios para la economía estadounidense.

Para Estados Unidos China es el 13° mercado extranjero de bienes. Desde 1990 al 2002 las exportaciones hacia China han crecido un 167%. Además, Estados Unidos es el 4° socio comercial de China y el comercio de bienes entre ambos países asciende a US\$ 85 billones.¹¹ Es importante destacar que las exportaciones estadounidenses al mercado chino sostienen industrias que emplean trabajadores altamente calificados en distintos sectores de la economía y han contribuido en forma importante en el crecimiento económico del PIB americano de los últimos años.

La naturaleza asimétrica del acuerdo suscrito entre Estados Unidos y China, que permitió el ingreso de este último país a la OMC, fue reconocida por las autoridades estadounidenses. En efecto, en una declaración realizada por Bill Clinton en enero del 2000, el presidente norteamericano señaló: *"El ingreso de China a la OMC es un gran negocio para los Estados Unidos. Los productos y servicios americanos obtendrán un significativo acceso a virtualmente todos los sectores de la economía china"*.¹² Cabe preguntarse sobre qué es lo que China obtuvo a cambio de estas concesiones. Según el entonces Secretario de Agricultura, *"absolutamente nada"*. China realizó concesiones para abrir sus mercados, pero Estados Unidos no asumió nuevos compromisos comerciales.

Acorde con lo expuesto, puede aseverarse que el ingreso de China a la OMC tendrá el efecto de expandir la importante relación comercial que mantienen ambos países. Un estudio realizado por el Instituto de Economía Internacional estima que el acuerdo inducirá a un crecimiento de las exportaciones de bienes y servicios a China de US\$ 21.3 billones.¹³ Otros predicen beneficios aun mayores, tomando en cuenta los efectos dinámicos que generará el aumento de la competencia.

En materia de inversiones, las empresas estadounidenses tendrán un acceso sin precedentes al mercado chino. Habrá oportunidades en importantes sectores, como la agricultura, bancos, seguros, telecomunicaciones y otros.

¹¹ Groombridge, Mark. "China's Accesion to the WTO: Cost and Benefits". *China's Future*.

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

También es importante considerar los beneficios para los consumidores estadounidenses, quienes tendrán acceso a productos importados más baratos.

Un número importante de autores sostienen que estos beneficios para las empresas y los consumidores estadounidenses sólo se producirán si China efectivamente cumple sus compromisos. Al respecto existe incertidumbre sobre si el gobierno chino tiene la voluntad política o la suficiente autoridad para llevar a cabo los cambios en las leyes y regulaciones necesarios para adaptarse a las normas de la OMC y, a su vez, sobre si es capaz de ponerlas en práctica. El principal obstáculo sería la resistencia al cambio por parte de algunos burócratas chinos, tanto en el nivel central como en nivel local. Estas preocupaciones podrán ser mitigadas por dos factores. Primero, China esta consciente del problema y desea enfrentarlo. Las autoridades del país han elaborado leyes y regulaciones que se adaptan a los requerimientos de la OMC y han realizado acciones para hacer más transparente el proceso de toma de decisiones. Se han anunciado medidas para estimular la inversión privada, eliminando todas las restricciones y regulaciones discriminatorias que desincentivan la inversión extranjera y el desarrollo económico privado, en sectores como impuestos, uso de la tierra, constitución de nuevas sociedades y exportaciones e importaciones. Segundo, en caso de que China no cumpla sus obligaciones, podrá recurrirse a los mecanismos de solución de controversias. Estados Unidos y los demás Estados miembros contarán con un foro adecuado para ventilar sus disputas comerciales.

b) Costos para la economía estadounidense.

Sólo muy pocos sectores sensibles de la economía de Estados Unidos serán afectados por el acceso de China a la OMC. La razón es que el mercado estadounidense ya estaba bastante abierto a las importaciones chinas antes de su incorporación a la OMC. Algunos de los sectores que serán afectados negativamente son el calzado, el vestuario, los productos de madera y otras manufacturas livianas.

En el ámbito político, hay quienes sostienen que la entrada de China a la OMC es inconsecuente con la posición internacional de Estado Unidos, ya que se estaría premiando a un país que ha mantenido un mal comportamiento en temas que afectan los valores e intereses estadounidenses, tales como los derechos humanos, las transferencias de tecnologías, el espionaje nuclear, la proliferación de armamentos y otras. Esta visión también es sostenida en China en lo que dice relación con sus propios intereses nacionales.

3. Efectos en China

Para analizar los costos y beneficios económicos de la entrada de China a la OMC es preciso establecer cuál es el período de tiempo en que se medirán sus consecuencias. Este aspecto es relevante debido a que si se analizan los efectos en el corto plazo, se puede concluir que los resultados del ingreso serán positivos para el comercio mundial y perjudiciales para China. Enfocado en el largo plazo, en cambio, puede concluirse que tanto los habitantes chinos como el comercio mundial se verán beneficiados con su acceso a la OMC.

Las políticas proteccionistas del comercio son inherentemente redistributivas. Por ese motivo cuando se remueve una barrera proteccionista y se realiza un cambio en el modelo de comercio algunos sectores sufren pérdidas en el corto plazo.

En el largo plazo los efectos dinámicos generan un resultado positivo. Al respecto las cifras históricas reflejan que los países que han entrado al sistema multilateral de comercio han mejorado su bienestar y crecimiento. Al respecto cabe mencionar lo aseverado por Anne Krueger: *"Bajo el GATT, el comercio ha sido liberalizado, y la economía mundial ha crecido a tasas sin precedente en el cuarto de siglo después de la guerra"*.¹⁴

a) Beneficios para China.

Una de las ventajas de la entrada de China a la OMC es el otorgamiento permanente a este país del estatus de nación más favorecida respecto de los demás Estados miembros del Acuerdo. Esto le permitirá a China aprovechar las aperturas de mercado que esos países realicen en sus negociaciones bilaterales o en el marco multilateral.

Otro de los beneficios dice relación con la obligación por parte de Estados Unidos de eliminar las cuotas de importación en productos intensivos en mano de obra, en textiles, calzado y juguetes. Sin embargo, el acuerdo contempla un sistema específico para China que permite a Estados Unidos imponer salvaguardas a las importaciones chinas, facultad que se extenderá por un período de doce años. Asimismo, Estado Unidos podrá proteger sus mercados mediante sus propios procedimientos y legislación antidumping, los cuales no serán revisados por un período de quince años.

Para el sector privado chino el ingreso a la OMC es muy relevante. Estados Unidos es el segundo mercado más grande para las exportaciones chinas,

¹⁴ Shaogunag, Wang. "The Social and Political Implications of China's WTO Membership". *Journal of Contemporary China*. Abril 2000.

después de Hong Kong. Por ello las relaciones con dicho país juegan un rol crucial en el éxito de las compañías chinas, principalmente las no estatales, y la incorporación a la OMC brindará un mejor marco para la relación comercial entre ambos Estados.

El acceso de China a la OMC otorgará mayor apoyo a los elementos del gobierno que son partidarios de las reformas. La transición de China hacia una economía de mercado no ha sido completada, ya que persisten ciertos elementos de planificación central. El proceso de reformas no ha sido más rápido por las luchas políticas que frecuentemente fracturan al gobierno. Existen diferentes facciones con diferentes actitudes frente a las reformas económicas. Un ejemplo es la actitud de Li Peng, ex primer ministro y antiguo líder del Congreso Nacional del Pueblo, quien se ha mostrado temeroso de que las reformas generen inestabilidad y ha influido en que el proceso no sea más acelerado.¹⁵

En este aspecto los ciudadanos chinos se beneficiarán de la presión que ejercerá la OMC en orden a que los líderes del país sigan el curso de las reformas iniciadas a fines de la década de los ochenta, cuyo objetivo es establecer una economía de mercado, y además determinará que este proceso sea irreversible. Los elementos pro reformistas podrán decir que sus manos están atadas por los compromisos internacionales, circunstancia que también podría ayudar a legitimar los costos de la transición.

Además, se prevé que la entrada de China a la OMC mejore las relaciones chino-americanas. Al respecto es preciso mencionar que para los elementos antirreformistas chinos las disputas comerciales con Estados Unidos se producen por el interés estadounidense de proteger a sus industrias y por el temor de que China ejerza una hegemonía regional. El acceso de China a la OMC dejaría sin fundamento esa posición, ya que mediante el sistema de solución de controversias, las disputas se concentrarían sólo en asuntos comerciales, sin la influencia de otros factores de carácter político.

En el plano internacional, el gobierno chino espera cambiar la imagen del país logrando que éste sea visto como un miembro cooperador con la comunidad internacional.

En suma, en el largo plazo la expansión del comercio internacional, combinada con el crecimiento del consumo interno y el incremento de la inversión extranjera, permitirán a China mantener las altas tasas de crecimiento económico que ha logrado en los últimos años.

¹⁵ Icksoo, Kim. "Accesion into WTO: external pressure for internal reforms in China". *Journal of Contemporary China*. Agosto 2000.

b) Costos para China.

En China, las reformas económicas han sido adoptadas bajo una lógica interna, es decir han sido diseñadas e implementadas por el Estado y no han sido consecuencia de presiones exteriores. El ingreso de China a la OMC modificará este escenario.

El cumplimiento de los estándares internacionales en materia económica y de comercio aumentará la presión hacia las autoridades chinas para que éstas lleven a cabo las reformas con mayor rapidez, lo que impondrá el desafío de lograr que dichas reformas no pongan en peligro el equilibrio en lo social y en lo político. Varios líderes reformistas, como Zhu Rongji, pretenden usar el ingreso a la OMC como un instrumento para destruir el antiguo sistema y crear uno nuevo. Un ejemplo de lo expuesto es el caso de Corea del Sur. Este país recibió un préstamo del FMI para resolver sus problemas de liquidez, pero bajo la condición de que se llevarán a cabo reformas estructurales en su sistema financiero. Esta presión sirvió al gobierno coreano para enfrentar el antiguo problema de la banca estatal y reformular el sistema de los Chaebols. Algo similar podría ocurrir en China.

En el corto plazo, se estima que la incorporación a la OMC ha tenido como costo la pérdida de diez millones de empleos, de los cuales nueve millones han sido trabajadores agrícolas. Además, se han visto seriamente perjudicados sectores como el automotriz, de manufacturas y bancario, áreas en las que también se han producido altos niveles de desocupación.

Por otra parte, la incorporación de China a la OMC ha incrementado la entrada de compañías extranjeras al mercado chino, lo cual ha obligado a las autoridades a adoptar medidas de reestructuración de las empresas de propiedad del Estado. El objetivo de estos planes de reestructuración estatales ha sido mejorar los niveles de productividad y eficiencia de las empresas estatales, de tal forma que puedan ser viables económicamente y más competitivas. La vulnerabilidad del mercado interno chino frente a la competencia internacional es muy grande, básicamente como consecuencia de la ineficiencia y sobredimensión de las empresas fiscales. El gobierno chino está en conocimiento de que cerca de un 35% de los 140 millones de trabajadores que laboran en las empresas estatales y colectivas son superfluos y que las áreas urbanas deben absorber cerca de 150 millones de trabajadores agrícolas que buscan empleo en las ciudades.¹⁶

¹⁶ *Ibíd.*

No obstante lo expuesto, el principal impacto negativo del ingreso de China a la OMC ha sido la profundización de las desigualdades. La apertura de sus mercados y la desregulación de su economía han acentuado las inequidades en la distribución de la riqueza. Para compensar este efecto es preciso utilizar mecanismos de redistribución, que disminuyan las diferencias entre ganadores y perdedores generadas por la liberalización de la economía. Si este fenómeno no es revertido a través planes y medidas concretas, pueden producirse niveles de tensión social que amenacen la estabilidad del régimen político. El principal ente redistributivo es el Estado, pero para que éste sea capaz de cumplir esa misión es preciso que pueda aumentar su capacidad para recaudar impuestos. En este ámbito el Estado chino es débil. Las estadísticas revelan que los regímenes no representativos poseen menos capacidad para recaudar tributos, ya que los ciudadanos legitiman en menor medida el establecimiento de nuevas cargas tributarias al tener escasa participación en la toma de decisiones.

Cumpliendo este papel redistributivo y como un esfuerzo para disminuir las desigualdades, el gobierno chino estableció el 2001 una rebaja en el impuesto sobre la renta del 33% al 15% en varias regiones del interior. El objetivo de dicha medida es reactivar la inversión extranjera y privada en las zonas más deprimidas del país. Además, se dispuso que las zonas habitadas por minorías étnicas puedan beneficiarse de un 5% de reducción adicional sobre el impuesto. Mediante estos cambios en la tributación, se busca reducir la disparidad entre el interior y las provincias costeras.¹⁷

IV. Razones que explican la decisión de China de ingresar a la OMC

Al constatar cuáles han sido las repercusiones que ha generado la entrada de China a la OMC tanto en su economía, como en el equilibrio social y el régimen político, no es fácil comprender cuáles fueron las motivaciones que indujeron a las autoridades chinas a decidir incorporarse a dicha entidad internacional.

Las razones son consecuencia de una combinación de factores tales que comprenden el proceso de reformas internas, los eventos internacionales y las decisiones políticas adoptadas por ciertos estados miembros de la OMC, en particular por Estados Unidos.

¹⁷ *Ibíd.*

La mayor parte de los analistas políticos sostienen que el factor que más indujo al gobierno chino para presionar por su incorporación a la OMC fue el proceso de reformas que se está llevando a cabo en dicho país. El acceso al órgano rector del comercio mundial sólo sería la consecuencia de dicho proceso y un paso más en su profundización.

Un segundo factor sería la revolución tecnológica. Las autoridades chinas buscan que el país forme parte del desarrollo tecnológico, y alcanzar ese objetivo sería mucho más sencillo si China es vista como socio creíble en el sistema económico internacional, capaz de proteger los derechos de propiedad intelectual.

Un tercer factor está relacionado con las exportaciones. China desea evitar que los mercados mundiales adopten posiciones proteccionistas frente a sus exportaciones de bienes y servicios, en parte por reciprocidad a las malas prácticas de comercio que se imputan al país. Ingresar al marco de la OMC reduciría los riesgos de que China sea visto como un actor que no juega bajo las reglas del libre comercio.

Un cuarto factor es de índole política. China no desea ser más rehén del proceso de revisión anual que realizaba el Congreso de Estados Unidos respecto a la concesión o no del estatus de nación más favorecida.

Por último un quinto elemento dice relación con Taiwán. Las autoridades chinas deseaban asegurarse de que Taiwán no ingresara antes que China a la OMC.

Bibliografía

- Campusano, Raul F., y Eduardo Silva. "El Ascenso Económico de China y sus Actuales Desafíos". *Revista Actualidad Jurídica*. Universidad del Desarrollo, Santiago. Enero 2004.
- Campusano, Raul F. "Chile y el Foro Económico Asia Pacífico, APEC". *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Norte. Coquimbo, 2001.
- Prime B, Penélope. "China Joins the Wto: How, Why, and What Now?" *Business Economics*. Abril 2002.
- Shaogunag, Wang. "The Social and Political Implications of China's WTO Membership". *Journal of Contemporary China*. Abril 2000.
- Liang, Wie. "China's WTO Negotiation Process and its Implications". *Journal of Contemporary China*. Noviembre 2002.
- Groombridge, Mark. "China's Accesion to the WTO: Cost and Benefits". *China's Future*.
- Icksoo, Kim. "Accesion into WTO: external pressure for internal reforms in China". *Journal of Contemporary China*. Agosto 2000.
- Analistas Financieros Internacionales, S.A. "China y la OMC". Nota Especial N° 232. Diciembre de 2001.
- Comisión Chilena del Cobre. Dirección de Estudios. "China y el Mercado del Cobre", 2001.
- The Stanley Foundation. "The Storm After the Storm: China's WTO Accession and the US-China Trade Relationship". *Policy Bulletin*. October 26-28, 2000.
- Alan Matthews. "The Possible Impact of China's WTO Membership on the WTO Agricultural Negotiations". Trinity College Dublin Ireland. 2001.
- Mark A. Groombridge. "China's Long March to a Market Economy. The Case for Permanent Normal Trade Relations with the People's Republic of China". Cato Institute, 2001.

Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?

Patricio Oyaneder Davies

Profesor Ayudante de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Exordio

En breve comentario a la monografía intitulada “Responsabilidad Contractual”, de don Pablo Rodríguez Grez, que publicamos en esta Revista, nos vimos tentados a exceder los márgenes de lo que en rigor nos imponía dicho quehacer, esto es, circunscribirnos a dar cuenta del contenido del mencionado texto en aras de facilitar su comprensión. Es por ello que, fieles a nuestro cometido, sólo hicimos presente que echamos de menos el no haber abordado el estudio de la buena fe en tanto deber de conducta en el ámbito contractual, cuestión, a nuestro juicio, de todo interés y provecho para quienes la obligación es un deber de conducta típica. Pues bien, para ser sensatos y consistentes, vamos a explicar el porqué de nuestro aserto.

De toda declaración de voluntad que respete el principio de legitimidad surge una regla de *iure* que impone un deber de conducta típica a observar por quienes la forjaron. En otras palabras, por la celebración de un acto jurídico se coloca a uno o más sujetos de derecho en la necesidad de desplegar o de abstenerse, en su caso, de realizar una determinada conducta en función de una prestación. En atención a ello, autorizada doctrina ha convenido en exaltar que *la obligación es deber de conducta típica*, afirmación que suscribimos íntegramente, por cuanto creemos que la consecuencia de toda regla de derecho es el establecimiento de un deber de desplegar (en sentido amplio) el comportamiento que describe dicha regla y que se considera idóneo a efectos de dar, hacer o no hacer aquello que se pretende; de allí que se sostenga que *“la responsabilidad queda limitada al deber de conducta, no al resultado”*.¹

¹ Pablo Rodríguez Grez, *La Obligación como Deber de Conducta Típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Ed. Universidad de Chile, 1992, pág. 194.

Luego, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes crean derechos y obligaciones cuyo contenido queda perfilado por sus estipulaciones y por las prescripciones legales. Ahora bien, cabe preguntarse si corresponde a la buena fe algún rol en dicha tarea, cuestión a la que sucintamente haremos referencia en los párrafos que siguen.

II. La buena fe como deber de conducta en el ámbito contractual

Don Pablo Rodríguez Grez, haciendo buena síntesis de la doctrina, ha señalado que la buena fe, en su esencia, "es un imperativo de corrección, lealtad, honestidad, cumplimiento, sinceridad, moralidad y apego a la ley, al orden público y a las buenas costumbres".² Luego, circunscrita al ámbito contractual, puntualiza el citado autor, la buena fe constituye "una actitud interior que se puede resumir con una palabra: 'lealtad' para contratar, *para cumplir la obligación asumida y para exigir su cumplimiento*".³ Nótese que con esta afirmación se sitúa a la buena fe como un imperativo a observar que no sólo alcanza al deudor, sino también al acreedor. A reglón seguido expresa el mismo comentarista que la buena fe "tiene una relación directa con la actitud del deudor de pagar lo que efectivamente debe, sin eludir el deber jurídico asumido; *y del acreedor de no exigir sino aquello que como contrapartida le corresponde y puede demandar de su deudor*".⁴ Compartimos estas apreciaciones, mas creemos que el rol de la buena fe en el ámbito contractual es bastante más amplio, toda vez que la misma constituye fuente de obligaciones y de sus correlativos derechos. Pasamos a dar cuenta de las razones que nos llevan a sostener esto.

Sabido es que en nuestro ordenamiento jurídico la *bona fides*, en lo que dice relación con las obligaciones de fuente contractual, está tratada en el artículo 1546 del Código Civil, que prescribe: "*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*". Si bien se mira, esta disposición legal nos dice que, en su vertiente objetiva –que es la que en esta oportunidad nos interesa–, la buena fe se traduce en la necesidad de observar determinados deberes de conducta, lo que es exigible tanto al deudor como al acreedor. Así también lo ha entendido en Europa el profesor español Luis Diez Picazo, quien en un interesante prólogo a la obra de Wieacker *El Principio General de la Buena Fe*, señala que "la buena fe es tenida en cuenta (...) como una causa o una fuente de

² Pablo Rodríguez Grez, obra citada, págs. 167.

³ *Ibidem*. La cursiva es nuestra.

⁴ *Ibidem*. La cursiva es nuestra.

creación de especiales deberes de conducta exigidos en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe”.

Tal vez un caso práctico ayude a comprender mejor lo dicho. Un interesante fallo pronunciado por la Sala D de la Cámara Nacional en lo Civil de la judicatura Argentina, resolvió la siguiente situación: Un particular contrató con una entidad bancaria de la plaza trasandina un crédito con garantía hipotecaria a virtud del cual también se convino un seguro de desgravamen para que, en caso de que falleciera el mutuario, quedara cubierto el saldo de la deuda. Al tiempo de haber sido perfeccionados dichos contratos se produjo el deceso del mutuario, pero la entidad aseguradora no canceló al acreedor la suma asegurada fundada en que el fallecimiento se habría producido como consecuencia de una enfermedad preexistente ocultada por el causante. Ante esta situación el mutuante (la entidad bancaria) inició la ejecución contra la viuda del mutuario sin poner en su conocimiento la negativa a pagar de la compañía de seguros. El tribunal argentino, a juicio nuestro, en un fallo ejemplar, desechó la acción del mutuante, por cuanto éste, que conocía el rechazo del siniestro: a) guardó silencio del mencionado rechazo al no comunicarlo a la viuda, impidiendo así la defensa o el pertinente descargo de la demandada, y b) el banco se conformó con la mera manifestación de la aseguradora en orden a que rechazaba su responsabilidad por las aludidas razones sin requerir elementos demostrativos de la efectividad de la preexistencia de la enfermedad. A consecuencia de esta forma de proceder, sentencia el tribunal argentino, se quitó al hecho de la muerte su efecto cancelatorio y se admitió la subsistencia de la deuda con evidente mala fe.

En el caso de autos la mala fe del acreedor se materializó cuando éste omitió cumplir su deber de comunicar a la viuda del *cuius* el rechazo que la compañía aseguradora había hecho del siniestro que originaría la obligación de aquélla de pagar el saldo insoluto del mutuo. A este respecto el sentenciador argentino señaló: “frente al rechazo del siniestro por parte de la aseguradora, un mínimo de lealtad y buena fe imponía que el Banco le notificase –a la viuda– fehacientemente esa circunstancia a los efectos de darle la posibilidad de efectuar el reclamo pertinente (conf. art. 1198 C.C.)”.⁵ Es éste, precisamente, el reproche que se hace al proceder del

⁵ En lo pertinente, el artículo 1198 del Código de Vélez dispone: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

mutuante, quien, si bien tenía pleno derecho a hacer efectivo su crédito, debía para ello actuar lealmente, informando, en este caso, a la demandada de las circunstancias que harían procedente ejercer la acción en su contra, cosa que no hizo. Y es esto, en efecto, lo grave de la situación y a lo que pone coto la sentencia en comento, pues de haber aceptado la demanda, habría dado carta de derecho a las actuaciones de mala fe. Más claro aún, no se cuestiona el derecho de la demandante a obtener la satisfacción de su acreencia, sino el *modus operandi* adoptado al efecto (es decir, la forma en que ejerció su derecho). *A contrario sensu*, irreprochable hubiera sido la conducta de la actora de haber dado aviso a la viuda del rechazo que la aseguradora hizo del siniestro, dejando así a aquélla en situación de hacer valer oportunamente sus descargos ante ésta; empero, a la inversa, procedió a ocultar tal circunstancia a efectos de demandarla directamente, producto de lo cual la privó del ejercicio de sus legítimos derechos. Sentado esto, sólo resta reiterar –majaderamente– que no se cuestionó el derecho a ejercer la acción, sino la forma desleal en que se procedió a hacerlo, incumpliendo así su obligación.

El profesor argentino don Jorge Mosset Iturraspe, en comentario a la sentencia de alzada que venimos revisando señala: “*La buena fe (...) crea deberes secundarios de conducta, que integran el contrato, forman parte de su contenido, aunque exorbitan los deberes estructurales o los pactados. Y entre ellos encontramos: los deberes de lealtad, de dar aviso a tiempo de cualquier circunstancia que pueda afectar a la otra parte; deber de veracidad; de defensa o de colaboración; etc.*”. Deberes que ha incumplido la actora “*y, por ese camino de deslealtad y falta de probidad, ha impedido que la demandada ejerciera sus derechos*”.⁶

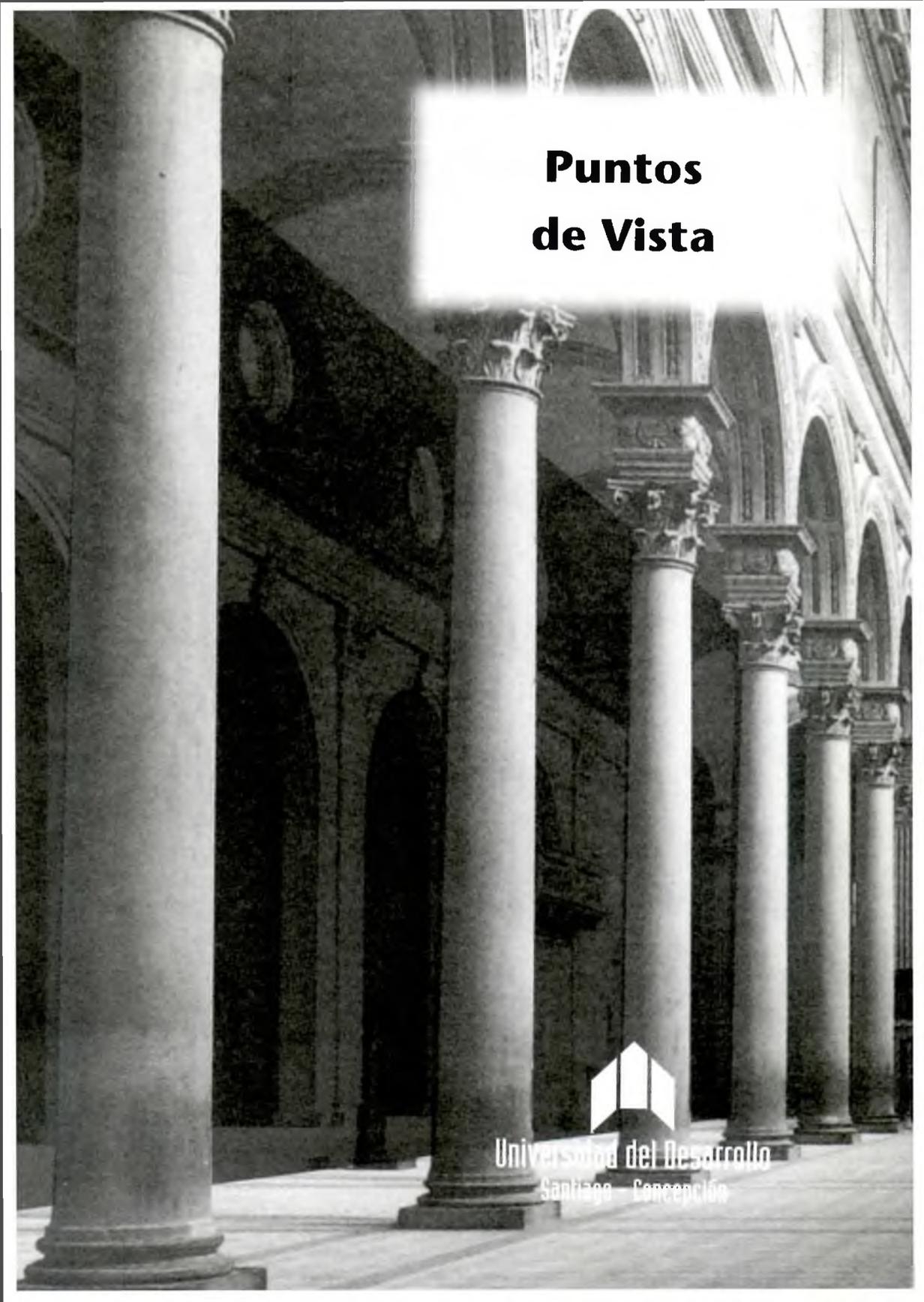
En términos generales, compartimos los comentarios que el catedrático argentino hace de la citada sentencia; mas disentimos de su calificada opinión en cuanto caracteriza a la ***buena fe como un deber de conducta secundario***. Tal afirmación, a nuestro entender, no es del todo exacta, por cuanto la buena fe (o *dovere de correttezza*) es un elemento intrínseco al contrato, y, por lo mismo, impone deberes de conducta que, junto a los expresamente tipificados por las partes y a los subentendidos por la ley ante el silencio de éstas, dan fisonomía a la actividad a desplegar por los sujetos de la relación jurídica, esto es, tanto por el acreedor como por el deudor, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 1444 y 1546 del Código de Bello. Desde esta óptica, la *bona fides*, en la fase de ejecución del contrato, es un efecto del mismo que por disposición de la ley integra la

⁶ Jorge Mosset Iturraspe, *Ejecución de un Mutuo Financiero con olvido de la Buena Fe (y los “deberes secundarios de conducta” que la misma impone)*, Jurisprudencia argentina, 2000-II, abril-junio, pág. 213.

estructura de la conducta comprometida (obligación). Así las cosas, no es acertado afirmar que la buena fe impone deberes de conducta que exorbitan los estructurales o los pactados, toda vez que ello significaría –en rigor de lenguaje– que la ley adscribe a los sujetos de la relación contractual deberes de conducta excesivos o exagerados, esto es, que exceden o salen de lo convenido, entiéndanse, va de suyo, comprendidos los impuestos por la ley, entre los que encontramos implícitamente el deber genérico de obrar de buena fe. No se trata, entonces, de deberes de conducta que vayan más allá de los expresamente tipificados por las partes o por la ley, sino, todo lo contrario, de obligaciones implícitas en ellos que informan la manera en que, de un lado, deben cumplirse dichas obligaciones, y, de otro, se traducen en comportamientos a ejecutar (debidos).

En consideración a lo expuesto, para nosotros, *la bona fides* se erige como un ***deber de conducta primario que informa la conducta a desplegar por los sujetos de la relación jurídica***. Es ésta, a nuestro entender, la ubicación sistemática que corresponde a la buena fe, pues siempre al lado de toda obligación propia del tipo contractual de que se trate (*verbi gratia*: pagar el precio, la renta, entregar la cosa, etcétera) estarán las inherentes a la forma de cumplirla. Por ello, tampoco suscribimos plenamente lo sostenido por el profesor Rodríguez Grez, en cuanto a que la buena fe sólo impone al acreedor el deber de no exigir a su deudor más de lo que le debe, pues en este entendimiento el rol de la buena fe quedaría reducido a determinar *qué puede demandar* el acreedor. Para nosotros, en cambio, la buena fe responde a la siguiente pregunta: *¿de qué manera debe comportarse el acreedor para exigir el cumplimiento de lo que se le debe?*

A partir de estas premisas, a juicio nuestro, resulta factible perfilar correctamente a la buena fe en tanto deber de conducta a observar por las partes y, por lo mismo, se torna imprescindible tratarla a propósito del estudio de las obligaciones de fuente contractual.



Puntos de Vista



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido

Emilio Rioseco Enríquez

Ex Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Voy a “echar mi cuarto a espadas” en la interesante controversia suscitada entre los profesores de Derecho Civil señores Enrique Alcalde Rodríguez¹ y Pablo Rodríguez Grez² relativa a la interpretación del art. 1552 del C. Civil, que se refiere a la excepción “*non adimpleti contractus*”.

1. Sostiene el profesor Alcalde que esta excepción sólo se aplica en el evento que lo demandado sea la indemnización de perjuicios y no se extiende a los supuestos en que se pretenda la resolución del contrato o su cumplimiento forzado.

En otros términos, postula que tratándose de un contrato bilateral, el acreedor que no ha cumplido ni está llano a cumplir su obligación correlativa podría accionar contra el deudor, aplicando el art. 1489 del C. Civil (sin cobrar indemnización de perjuicios) y sin que por el deudor pudiera oponérsele la excepción del contrato incumplido –sólo podría este último reconvenir para el cobro de la obligación correlativa.

Dentro de este predicamento, la mora del deudor, existiendo incumplimiento de la contraprestación del acreedor, no impediría la procedencia de la acción de cumplimiento ni de la acción resolutoria (art.1489 del C. Civil) sino sólo de la acción indemnizatoria.

2. Por su parte el profesor Rodríguez Grez, impugnando la tesis anterior, sostiene que la mora de que trata el art.1551 del C. Civil es presupuesto de la exigibilidad de las obligaciones nacidas del contrato bilateral, de modo

¹ “Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido”, por Enrique Alcalde Rodríguez. Revista *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo. N° 8, pág. 69.

² “Sobre la excepción del contrato no cumplido”, por Pablo Rodríguez Grez. Revista *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo. N° 9, pág. 121.

que suspendida la mora en el caso previsto por el art. 1552 del C. Civil (por negativa del acreedor a cumplir su obligación correlativa), no son exigibles esas obligaciones quedando suspendida su ejecución y por lo mismo improcedentes las acciones optativas del art. 1489 y la indemnización de perjuicios. Pero basta que el acreedor se allane a cumplir para que opere la mora del deudor y sean exigibles las obligaciones contractuales, procediendo las acciones antedichas.

3. Llama la atención, en esta controversia, que el planteamiento del profesor Alcalde se limite a dar un alcance tan restringido, dentro de nuestro Código Civil, al art. 1552, en circunstancias que otro precepto del mismo Código, el art. 1826, demuestra claramente y respecto al contrato más frecuente en la vida jurídica, que hay que darle un alcance amplio y no restringido sólo a la indemnización.

En efecto, dicho precepto dispone lo siguiente: "Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales".

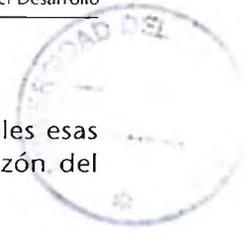
"Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo".

Es decir, queda en evidencia por este texto que la reciprocidad contractual a que alude el art. 1552 del C. Civil y la suspensión moratoria que contempla tienen un alcance amplio e impeditivo de las acciones optativas del art. 1489 del C. Civil y no sólo referido a la acción indemnizatoria.

En otras palabras, la constitución en mora (art. 1551 del C. Civil) es requisito esencial tanto para ejercitar las acciones optativas del art. 1489 citado, como para deducir la acción indemnizatoria; requisito que faltará si se produce la situación impeditiva del art. 1552, esto es, si el incumplimiento es recíproco por ambas partes (*exceptio non adimpleti contractus*).

4. Pero también llama la atención la tesis del profesor Rodríguez Grez, según la cual, la mora es presupuesto de la exigibilidad de las obligaciones nacidas del contrato bilateral, de modo que suspendida la mora en el caso del art. 1552 del C. Civil, no son exigibles esas obligaciones, quedando suspendida su ejecución y siendo improcedentes las acciones optativas del art. 1489 y la indemnización de perjuicios.

5. No participamos del concepto de que la mora sea presupuesto de la exigibilidad de las obligaciones nacidas del contrato bilateral, de modo



que suspendida la mora en el caso del art. 1552, no sean exigibles esas obligaciones, quedando también suspendida su ejecución. La razón del impedimento es otra.

Decimos esto, porque la exigibilidad de las obligaciones de un contrato bilateral y la mora son estados enteramente diversos.³

La exigibilidad no es resultado de la mora, sino que al revés, sólo cuando la obligación es exigible procede la constitución en mora del deudor.

Una obligación es exigible desde que, según el contrato o la ley, no hay plazo ni condición suspensiva que retarde sus efectos; en cambio el deudor está constituido en mora cuando, siendo su obligación exigible, se encuentra en alguna de las situaciones del art. 1551 del C. Civil.

Por eso, en el caso del art. 1552 del C. Civil, no puede afirmarse que la suspensión de la mora que establece signifique que las obligaciones dejan de ser exigibles, sino que, por el contrario, siendo tales obligaciones exigibles según el contrato, al faltar el requisito esencial de la mora no proceden las acciones optativas del art. 1489 del C. Civil ni la indemnizatoria, porque todas exigen para ejercerse el requisito esencial de la mora del deudor.⁴

Por lo demás, es el supuesto básico de toda responsabilidad contractual: la imputabilidad en grado de dolo o culpa del deudor que, habiendo interpelación, no cumple la obligación contraída, quedando así configurada la mora.

6. Puede ocurrir que la recíproca pasividad de las partes en el cumplimiento del contrato bilateral se mantenga y se haya prolongado en el tiempo, lo que implica una referencia a la prescripción.

Según el art. 2514 inciso 2º del C. Civil, el plazo de prescripción corre desde que la obligación se haya hecho exigible y por lo tanto si se considera que esa exigibilidad supone la mora del deudor, al no haberse producido ésta en virtud del art. 1552 del C. Civil, significaría que el plazo no habría empezado a correr, siendo inoperante la prescripción.

Ante tan negativa situación, se ha sostenido en esta controversia que las obligaciones se hicieron exigibles en cualquiera de las hipótesis del art.

³ A. Alessandri R., "Teoría de las Obligaciones". Versión taquigráfica de sus clases. R. Latorre Z. 1939, pág. 85.

⁴ Así se ha fallado: RDJ, tomo 28, sec. 1ª, pág. 689; tomo 41, sec. 1ª, pág. 172 y tomo 81, sec. 1ª, pág. 158.

1551, pero que el ejercicio del derecho estaría suspendido por el art. 1552, sin que pudiera considerarse que tal suspensión haya puesto fin a la exigibilidad de las obligaciones. Es decir, resultaría entonces que las obligaciones serían exigibles aunque todavía no hubiese mora, porque ello implicaría sólo una suspensión del ejercicio de las acciones.

Pero semejante conclusión se presenta opuesta a lo que antes se ha postulado en cuanto a que el art. 1552, al suspender la mora, alude directamente a la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones y a que la mora es presupuesto necesario de dicha exigibilidad. Hay, pues, un planteamiento bastante ambiguo, que resulta de no delimitar los ámbitos de la exigibilidad y de la mora del deudor.

Sostenemos que el efecto de la exigibilidad de las obligaciones es, en este caso, iniciar el curso del plazo prescriptivo y que ello no está condicionado por la mora, sino por los términos del contrato mismo.⁵ En cambio, el efecto de la mora es hacer ejercitables las acciones optativas del art. 1489 del C. Civil y la acción indemnizatoria en su caso, de las cuales aquélla es requisito esencial. El art. 1552 suspende la mora, pero no la exigibilidad de las obligaciones, de modo que éstas pueden extinguirse por la prescripción aunque opere esa suspensión moratoria, ya que ésta sólo impide el ejercicio de las acciones contractuales que atribuye el art. 1489 sin tener efecto en la exigibilidad obligacional.

7. Dejamos constancia que estas observaciones, laterales al tema, no desvirtúan, sino que complementan las explicaciones de ambos profesores, para precisar conceptos importantes que dentro del Derecho Civil son de frecuente aplicación en los conflictos originados por el tráfico jurídico.

⁵ Así se ha fallado: RDJ, tomo 45, sec. 2ª, pág. 49.

A propósito de la excepción del contrato no cumplido

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El debate suscitado a propósito de la excepción del contrato no cumplido (artículo 1552 del Código Civil), originalmente planteado por un artículo del profesor Enrique Alcalde Rodríguez, ha concitado la opinión del ex profesor de Derecho Civil de la Universidad de Concepción don Emilio Rioseco. Es curioso que una cuestión relativamente clara desde una perspectiva interpretativa haya provocado opiniones tan disímiles. Quizás si falta, todavía, una reflexión más acabada.

Refuta el profesor Rioseco mi opinión en el sentido de que la excepción "*non adimpleti contractus*" suspenda la exigibilidad de la obligación, de modo que no es procedente demandar la ejecución forzada ni la resolución del contrato, en ambos casos con más indemnización de perjuicios, como lo autoriza el artículo 1489 del Código Civil. Es efectivo, según se sostiene, que "exigibilidad" y "mora" son conceptos diversos, puesto que puede una obligación ser exigible y el deudor no hallarse constituido en mora, pero no puede hallarse en mora si la obligación no es exigible. Sin embargo, es indiscutible que para ejercer los derechos que confiere el artículo 1489 del Código Civil, debe el deudor encontrarse en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 1551 del Código Civil (constitución en mora).

En nuestro trabajo sobre la materia, publicado en esta misma Revista,¹ decíamos, sobre este punto: "Tratándose de la aplicación del artículo 1552..., la obligación se hizo exigible, en cualquiera de las hipótesis del artículo 1551, pero el ejercicio del derecho está **suspendido** como consecuencia de un hecho que depende de la sola voluntad de quienes intervie-

¹ Revista *Actualidad Jurídica*, N° 9, pág. 121.

nen en la relación (condición simplemente potestativa). Por consiguiente, no podría ninguna de las partes sostener que el plazo de prescripción deja de correr, puesto que la suspensión del ejercicio del derecho depende de un hecho propio y, como es sabido, **nadie puede valerse de su propio dolo o su propia culpa** (quien debiendo cumplir no lo hace incurre en dolo si tiene intención de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, o en culpa si obra sin la diligencia y cuidados debidos)". Más adelante, reafirmando nuestro punto de vista, destacábamos a manera de conclusión: **"La mora de que trata el artículo 1552 del Código Civil suspende la exigibilidad de las obligaciones contraídas en los términos antes expuestos y por efecto de un hecho propio del deudor"**.

A partir de estas premisas, cabe preguntarse, entonces, ¿cuál es el fundamento último de la *exceptio non adimpleti contractus*, contemplada a propósito de los contratos bilaterales y que regula la situación que se presenta cuando quien reclama el cumplimiento o la resolución, por su parte, no cumple ni se allana a cumplir en tiempo y forma debidos? La respuesta está dada por el mismo artículo 1552, que, textualmente, dispone: "ninguna de las partes está en mora dejando de cumplir lo pactado". Ahora bien, como los derechos del acreedor sólo pueden ejercerse (resolución o cumplimiento forzoso con más indemnización de perjuicios) previa constitución en "mora" del deudor, no cabe duda que la obligación ha perdido su exigibilidad "efectiva" (que consiste, precisamente, en la posibilidad de hacerla ejecutar compulsivamente o resolver su fuente, en ambos casos acompañada de una reparación indemnizatoria). Aparentemente, si cesa la "mora" ha de entenderse que ha cesado la exigibilidad, puesto que no existe la primera sin la presencia de la segunda. El problema deriva, por ende, de la fórmula escogida por el Código para definir la excepción del "contrato no cumplido", la cual contrapone la **suspensión de la mora** (que conlleva la suspensión de la exigibilidad), con la **prescripción**, que viene siendo la institución de clausura que pone fin a una relación jurídica estéril en la que no persevera ninguna de las partes (tratándose de un contrato bilateral). Lo anterior implica un esfuerzo de interpretación para hacer compatible la *exceptio non adimpleti contractus* (que suspende la mora y por lo tanto la exigibilidad) con la **prescripción** (llamada a consolidar jurídicamente las situaciones de hecho cuando ellas se prolongan a través del tiempo y que corre desde que la obligación se hace exigible).

Yendo todavía más lejos, no es errado afirmar que todas las obligaciones provenientes de contratos bilaterales están sujetas, en cuanto a su exigibilidad, a la condición de que el acreedor, por su parte, cumpla o se allane a cumplir en tiempo y forma debidos. Ello queda en evidencia por lo previsto en los artículos 1551 y 1552 del Código Civil interpretados de

modo sistemático. Por lo demás, el carácter condicional de las obligaciones emanadas de un contrato bilateral está expresamente reconocido en el artículo 1489, que empieza diciendo "que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado".

De lo dicho se sigue que el incumplimiento contractual provoca dos efectos paralelos. Uno respecto del deudor, que puede sufrir las consecuencias de la resolución o el cumplimiento forzoso; y otro respecto del acreedor, que, en el evento de negarse a cumplir o allanarse a cumplir, estará privado de ejercer los derechos que le confiere la ley, lo cual implica, ciertamente, la suspensión de la exigibilidad de la obligación de su contraparte. No es difícil advertir que se trata de una perfecta correlación basada en la equidad y el equilibrio contractual.

De lo expuesto se desprende que mi planteamiento tropieza, como bien lo advierte el profesor Rioseco, con el artículo 2514 del mismo Código, cuyo inciso 2° dispone que el plazo de prescripción extintiva "se cuenta... desde que la obligación se haya hecho exigible". Sin forzar demasiado el análisis, puede afirmarse que en esta materia (prescripción) la ley ha excluido los efectos previstos en el artículo 1552, porque la "*exceptio non adimpleti contractus*" está fundada en el hecho de que ninguno de los contratantes esté en "mora", sin perjuicio de que ella aparecerá siempre con posterioridad a la exigibilidad natural de la obligación (en el fondo es una excepción a la pretensión del acreedor incumplidor de exigir la realización compulsiva de la prestación o la resolución del contrato, no obstante el hecho de concurrir los presupuestos consignados en el artículo 1489 del Código Civil). A la inversa, tratándose del cómputo de la prescripción, la ley atiende al momento en que la obligación se hizo exigible ("el tiempo en que la obligación se haya hecho exigible"), lo que, necesariamente, ha debido acontecer antes de que se configure la excepción del contrato no cumplido. **La suspensión a que alude el artículo 1552 del Código Civil no está referida a la prescripción, que ha empezado a correr independientemente de la mora y que, por lo tanto, se consuma aun cuando el deudor no se halle en ninguna de las situaciones contempladas en el artículo 1551.**

Mientras el artículo 1489 condiciona el ejercicio de los derechos en él establecidos a la constitución en mora del deudor, el artículo 2514 inciso 2° ordena computar el plazo de prescripción desde que la obligación se ha hecho exigible independientemente de que el deudor esté o no esté constituido en mora. A su vez, todas las hipótesis en que se coloca el artículo 1551 parten del supuesto que el deudor ha dejado de cumplir una obliga-

ción respecto de la cual ha sido interpelado (así esta interpelación provenga del tiempo, de la naturaleza de la prestación acordada o de una reconvencción judicial), lo cual supone que la obligación le era exigible.

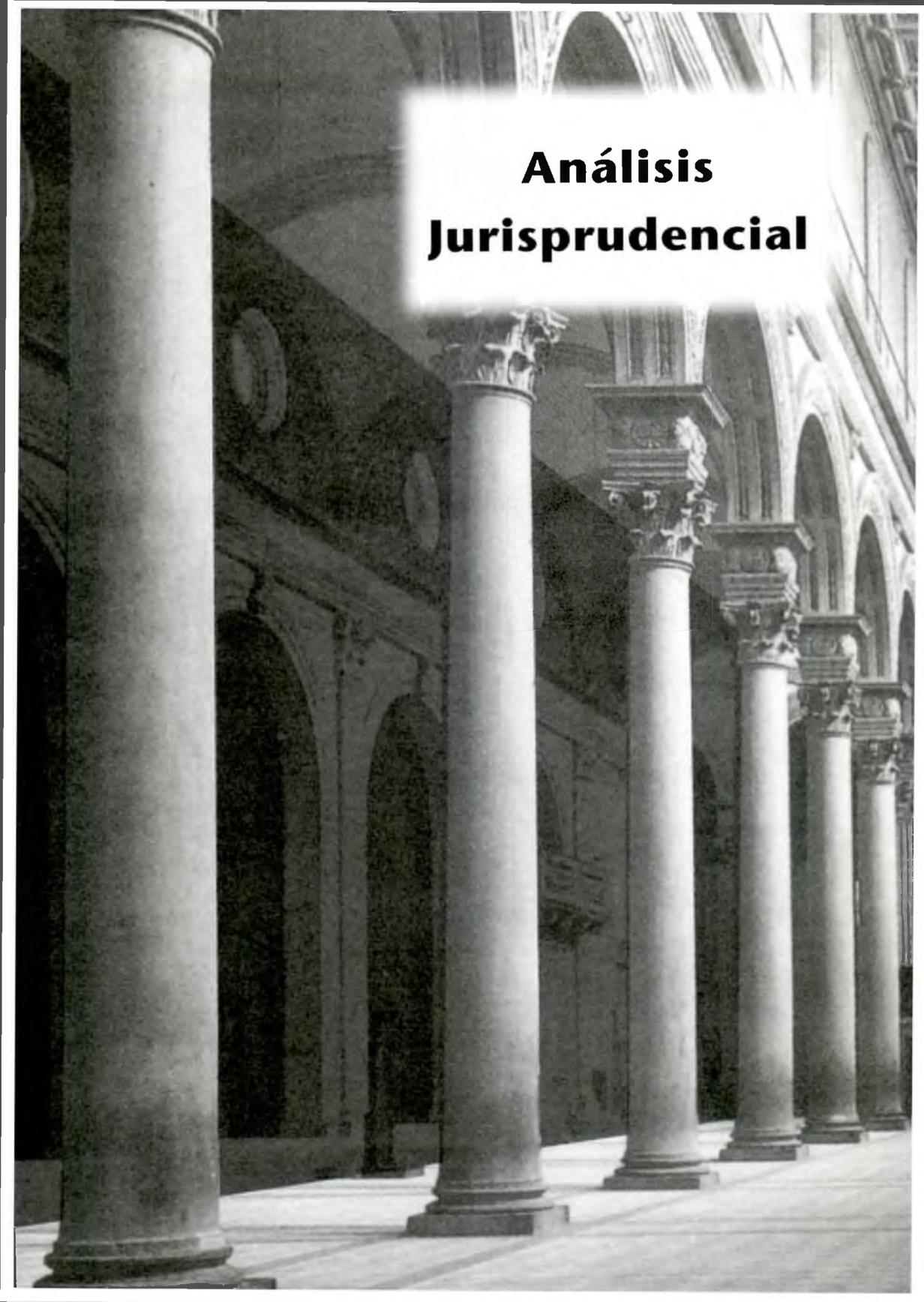
Así las cosas, la prescripción corre a partir del momento en que la obligación se hizo exigible (al margen de la constitución en mora del deudor), sin que esta exigibilidad, para efectos de la prescripción extintiva, se vea afectada por la excepción del contrato no cumplido.

En otros términos, cuando nosotros afirmamos que el artículo 1552 del Código Civil “suspende la exigibilidad de la obligación”, queremos significar que ella no puede reclamarse compulsivamente ni atacarse su fuente formal, ni demandarse una reparación indemnizatoria, sin perjuicio de que el tiempo de prescripción extintiva corra desde el momento que la obligación debió cumplirse según las normas generales. De otro modo, la relación jurídica se mantendría indefinidamente a través del tiempo, lo cual pugna con las instituciones de clausura contempladas en nuestro sistema normativo y que dan estabilidad a la vida social.

No escapará al lector que el substrato teórico de esta cuestión es complejo, pero su aplicación práctica, felizmente, no ofrece tantas dificultades.

Réstanos aclarar qué papel juegan el dolo y la culpa en esta trama. Creemos que el elemento subjetivo de imputación debe entenderse integrado a la “mora”. No hay mora si no ha habido por parte del obligado dolo o culpa en el grado de que se responde. El incumplimiento, por regla general, en cualquiera de las hipótesis del artículo 1551 del Código Civil, existe cuando el deudor ha faltado al deber de diligencia y cuidado comprendido en la obligación. No es afortunado el artículo 1558 cuando dice que “la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”. Ello porque, en verdad, en esta hipótesis no hay mora, vale decir, un retardo “culpable” de la obligación. Sin embargo, no tiene aplicación esta disposición en el evento que el deudor haya asumido el caso fortuito o fuerza mayor, porque entonces sí que concurre la mora y puede el acreedor ejercer los derechos que en su favor consagra el artículo 1489 del Código Civil. Esta cuestión, creemos nosotros, no ofrece disidencia.

Hasta aquí nuestro comentario sobre las observaciones del profesor Emilio Rioseco, las cuales, nos adelantamos a reconocer, han contribuido a esclarecer todavía más este tema.



Análisis Jurisprudencial

Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional

**Corte Suprema de Justicia, 11 de junio de 2003.
Rol de ingreso N° 1.155-2002**

COMENTARIO:

Fernando José Rabat Celis

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Materia:

Resolución de un contrato de compraventa por falta de pago del precio.

Disposición aplicable:

Artículo 1876 del Código Civil.

Doctrina:

No cabe sostener que el inciso 2º del artículo 1876 del Código Civil es inaplicable cuando la falta de pago del precio de la compraventa es cuestión controvertida directamente entre el vendedor y comprador, porque la prohibición establecida en la referida norma legal no permite hacer distinción entre las partes directamente contratantes y los terceros.

Comentario:

Inaplicabilidad del artículo 1876 inciso 2º del Código Civil a las partes contratantes.

El caso en comentario

Doña Ana Mery Tapia deduce demanda en juicio ordinario en contra de Alpes Ltda. solicitando que se declare la resolución, con indemnización de perjuicios, por no pago parcial del precio pactado, del contrato de promesa de compraventa y de la compraventa posterior celebrada con la demandada, así como la nulidad absoluta y la consecuente cancelación de la hipoteca constituida por Alpes Ltda. a favor del Banco Internacional.

El libelo fue acogido por sentencia de primer grado, la que declaró resuelto el precitado contrato por falta de pago parcial del precio, con indemnización de perjuicios, aceptando otras pruebas en contra de lo establecido en la Cláusula Segunda de la convención, esto es, "el precio de esta compraventa es la suma de 4.595 Unidades de Fomento al contado, cantidad que la vendedora declara haber ya recibido en dinero efectivo a su entera satisfacción, por lo que otorga la cancelación correspondiente". Agrega el fallo que el artículo 1876 del Código Civil sólo ha de recibir aplicación a favor de los derechos adquiridos por terceros respecto de la cosa vendida.

Apelado el fallo, la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta declaró inadmisibles el recurso interpuesto por el Banco Internacional, acreedor hipotecario demandado, institución que dedujo recurso de casación.

La Excm. Corte Suprema, conociendo del recurso de casación y obrando de oficio, invalidó el fallo impugnado por haber infringido los sentenciadores la causal 5ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el numeral 4º del artículo 170 del mismo cuerpo legal.

Acto seguido, la Excm. Corte dictó sentencia de reemplazo, revocando la de primera instancia y, teniendo a la vista la Cláusula Segunda del contrato de compraventa, declaró que el artículo 1876 inciso 2º del Código Civil dispone que *"si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la de nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores"*.

Agrega el fallo, citando a don Arturo Alessandri Rodríguez¹ y jurisprudencia anterior de la misma Corte,² que *"no cabe sostener que el inciso 2º del artículo 1876 del Código Civil es inaplicable cuando la falta de pago del precio de la compraventa es cuestión controvertida directamente entre vendedor y comprador, porque la prohibición establecida en la referida norma legal no permite hacer distinción entre las partes directamente contratantes y los terceros. En consecuencia, cuando en la escritura de compraventa se ha expresado haberse pagado el precio de la cosa vendida, no es admisible prueba alguna en contrario, sino la de nulidad o falsificación de la escritura, como lo prescribe la norma legal arriba citada"*.

¹ En concreto, se refiere al apartado 1.803 de la obra *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*.

² En particular una sentencia de la Excm. Corte Suprema, de fecha 29 de mayo de 2000, publicada en la *Revista Fallos del Mes* N° 498, páginas 833 y siguientes.

Nuestra posición

Estimamos que el artículo 1876 inciso 2º del Código Civil es una disposición que ha sido establecida por el legislador en directo resguardo de los derechos de terceros. Es a ellos a quienes protege, de manera tal que, entre las partes, no existe obstáculo legal alguno para alegar y probar, no obstante la estipulación contractual, que el comprador no ha pagado el precio de la compraventa, deduciendo la correspondiente acción resolutoria, siempre que la controversia se limite sólo a las partes contratantes y no se afecten los intereses válidamente adquiridos por terceros de buena fe, ajenos a la convención.

Por este motivo, es necesario, al comenzar, efectuar un alcance en orden a que la sentencia que comentamos estuvo acertada cuando, obrando de oficio, invalidó el fallo de primera instancia, por cuanto se estaban afectando los derechos de un tercero de buena fe, el Banco Internacional.

Empero, este trabajo persigue analizar en forma crítica la doctrina establecida en la sentencia que comentamos, en orden a que el artículo 1876 inciso 2º del Código Civil es aplicable a las partes contratantes. Es más, creemos que en la forma que razona el fallo en análisis se omite considerar otras instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, así como las reglas que deben utilizarse en la interpretación de los contratos y de la ley, como se dirá a continuación:

1. Algunos pilares del Derecho Civil

No cabe duda que la **libertad**, en un sentido amplio, es uno de los sustratos básicos del Código Civil, siendo para don Andrés Bello la iniciativa particular la fuente de la riqueza y prosperidad, razón por la cual procuró favorecerla, con todos los medios a su alcance.

En estrecha vinculación con la libertad, se encuentra la **autonomía privada**, recogida, principalmente, en el artículo 1545 del Código Civil, en el sentido que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (principio *pacta sunt servanda*). Esta norma consagra la fuerza jurídica de la declaración de voluntad, ya que el acuerdo celebrado tiene el imperio de una ley entre los contratantes. De aquí surge el llamado "principio de intangibilidad de los contratos", en virtud del cual ni a los particulares, ni al legislador, ni al juez les está permitido

modificar la convención, ya que, en tal caso, la voluntad de los contratantes dejaría de ser soberana.

Así, entonces, cumpliéndose con los requisitos y limitaciones que la ley establece, los particulares son libres y soberanos para concretar las convenciones que deseen, sin que se entrase su número ni su extensión. Es decir, el legislador tiene respeto por la iniciativa de los particulares y piensa que son éstos los llamados a elaborar las convenciones que regulen su conducta contractual.

En todo caso, la autonomía privada tiene ciertos límites, como son la ley, el orden público, las buenas costumbres y **la protección de los derechos de terceros**.

Por último, en lo relativo a este comentario, la **buena fe** reviste especial importancia tanto cuando ella está referida al **"estar de buena fe"**, o sea, ignorar que se perjudica un interés ajeno o no tener conciencia de obrar contra derecho; cuanto al **"actuar de buena fe"**, es decir, la fidelidad a un acuerdo concluido, o también observar la conducta necesaria para que se realice en la forma comprometida el interés ajeno.

Tratando este trabajo acerca de un contrato de compraventa, no cabe duda que la actividad desplegada por quienes concurren a su otorgamiento se encuentra enmarcada dentro de los pilares antes referidos, es decir, la convención se celebra en función de la libertad y de la autonomía privada y debe cumplirse de buena fe.

En otras palabras, al analizar el caso particular, el sentenciador, necesariamente, deberá tener en especial consideración cuáles fueron los motivos que movieron la voluntad de las partes contratantes al momento de obligarse y si, en la producción de los efectos del acto jurídico, se respetaron las estipulaciones del contrato legalmente celebrado. De manera tal que si resulta probado que no se ha pagado por el comprador el precio de la venta, no obstante lo estipulado por las partes, debe acceder a la resolución de la compraventa, con indemnización de perjuicios, ya que, en caso contrario, la obligación, entendida como un deber de conducta típico, no se habrá satisfecho. En todo caso, insistimos, siempre que en ello no se afecten los derechos de terceros poseedores de buena fe.

2. La Interpretación de los contratos

Sabido es que el principio rector en la materia se encuentra consagrado en el artículo 1560 del Código Civil, esto es, “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

El fundamento de esta disposición emana del principio de la autonomía privada, en el sentido de que ésta es la fuente y medida de la convención, y, por lo tanto, debe determinarse el querer íntimo o intención de quienes concluyeron el contrato. Las demás reglas de interpretación buscan descubrir cuál fue dicha intención.

Así, el profesor López Santa María,³ citando a diversos autores, señala que “el juez debe indagar por todos los medios, aun extrínsecos al acto, cuál ha sido el verdadero pensamiento íntimo que unió a los contratantes”, o bien, “el juez primeramente deberá abocarse a penetrar en el alma de los contratantes, para saber si ellos desearon realmente llegar a tal o a cual conclusión”.

Teniendo presente lo anterior, estimo que no debió la Excm. Corte, *prima facie*, más aún actuando como Tribunal de Alzada, dar por establecido que la Cláusula Segunda del contrato de compraventa de marras excluía toda otra interpretación posible en orden a dejar sentado si el comprador, efectivamente, había o no pagado el precio de la venta. Por el contrario, nada impide, como lo veremos más adelante, que la voluntad real, por distintos motivos, no haya sido aquella expresada en la convención y el juez tiene la obligación legal de, luego de ponderar la prueba rendida, determinar claramente la intención de los contratantes, ya que, de otro modo, estará prestando mayor relevancia a lo literal de las palabras por sobre el componente volitivo de la estipulación, confundándose así la norma rectora de la interpretación de la ley con el principio básico de la hermenéutica contractual.

Ciertamente y con el objeto de acreditar cuál fue la verdadera intención de los contratantes, podrá recurrirse a todos los medios de prueba legal, sin limitación alguna, incluso en el caso del artículo 1876 inciso 2º, por cuanto, como esperamos sea la conclusión final de quien lea este comentario, esa norma es aplicable sólo a los terceros de buena fe. Es más, pensamos que aun puede recurrirse a la prueba testimonial, ya que no rige, en esta situación, la acotación prevista en el artículo 1708 del Código Civil, por cuanto no se trata de acreditar la existencia de una obligación, sino que la real voluntad de las partes contratantes.

³ *Los Contratos Parte General*, Jorge López Santa María, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo II, p. 417.

3. Interpretación de la ley

La jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en lo referido a la aplicación del artículo 1876 inciso 2º del Código Civil, ha recurrido en su interpretación a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, señalando que *"si bien en el artículo 2064 (sic) del Proyecto de 1853 se admitía implícitamente la prueba en contrario entre las partes, una vez reformada esta disposición tanto en el Proyecto Inédito como en el texto finalmente aprobado por el Congreso, no se admitió en absoluto sobre el particular otra prueba que la de nulidad o falsificación de la escritura y sólo en virtud de ella se concedió acción contra terceros poseedores"*.

No obstante la cita efectuada en lo precedente, estimamos que un análisis más pormenorizado de los elementos de interpretación de la ley lleva a concluir precisamente que la disposición en comento no es aplicable a las partes contratantes, tal como se desprende de los siguientes antecedentes:

A. Historia fidedigna del establecimiento del artículo 1876 del Código Civil

A este respecto, útil es tener presente que en los Proyectos de 1842 y 1847,⁴ los artículos 50 y 373 respectivamente, predecesores del actual artículo 1876, decían: *"La resolución por no haberse pagado el precio da derecho al vendedor contra terceros poseedores, si la venta es de bienes raíces o de muebles preciosos; salvo que en la escritura de venta se exprese haberse pagado el precio de presente, en cuyo caso, si no se hubiere realmente pagado, no habrá acción contra terceros poseedores"*.

El inciso 2º agregaba: *"la resolución por no haberse pagado el precio extingue asimismo las obligaciones constituidas sobre la cosa por el comprador o por terceros poseedores; salva la excepción del precedente inciso"*.

Luego, el artículo 2054 del Proyecto de 1853 y del Proyecto Inédito decía "rescisión" por "resolución", y "en los casos en que pueda tener lugar la reivindicación" en vez de "si la venta es de bienes raíces o de muebles preciosos".

Por último, en el Proyecto Aprobado, la norma en comento decía aún "rescisión", pero don Andrés Bello puso "resolución" en la corrección final del Código.

⁴ "Código Civil de la República de Chile", Andrés Bello, Introducción y Notas de don Pedro Lira Urquieta, Ediciones del Ministerio de Educación de Venezuela, año 1954, página 673.

Creemos que, al recurrir a la **historia fidedigna del establecimiento de la ley**, se prueba cuán equivocado está el fallo en análisis. En efecto, desde su origen el artículo 1876 ha estado redactado en función de la protección de los intereses de los terceros que han contratado con el comprador de manera tal que no le sea lícito al vendedor, luego de celebrada la convención, perseguirlos y privarlos de la posesión, dominio u otros derechos constituidos sobre la cosa. Es ésta, a nuestro juicio, la interpretación teleológica que debe hacerse del precepto legal sobre el cual versa este comentario.

B. Elemento sistemático de interpretación de la ley

Pensamos, además, que la interpretación que efectúa la Excma. Corte Suprema en el fallo que comentamos infringe el elemento **sistemático** de la hermenéutica legal, consagrado en el artículo 22 del Código Civil y redactado en los siguientes términos: “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”.

Sabido es que el Párrafo 9º del Título XXIII del Libro IV del Código Civil recoge las “Obligaciones del Comprador”. Así, en los artículos 1871 a 1874 se señala que la principal obligación del comprador es la de pagar el precio, para luego regular el lugar y la época del pago, la posibilidad de suspender éste, las consecuencias que trae la mora del comprador y la cláusula de reserva de dominio.

Luego, el artículo 1875 **se refiere concretamente a los efectos que trae aparejada la RESOLUCIÓN DE LA VENTA ENTRE LAS PARTES que han concurrido a su celebración**, tratando, minuciosamente, qué sucede con las arras, los frutos, la parte ya pagada del precio y las expensas.

Por último, y como correlato indispensable de lo antes señalado, el artículo 1876 **regula las consecuencias que, respecto de los terceros, traerá aparejada la falta de pago del precio por el comprador**.

Así, entonces, nos parece que no admite dudas el hecho de que el legislador ha establecido una clara distinción entre dos disposiciones de un mismo párrafo: el artículo 1875, relativo a los efectos de la resolución del contrato de venta por no haberse pagado el precio **entre las partes**; y el artículo 1876, que regula la misma materia, pero **respecto de terceros**.

Estimamos que no otra puede ser la interpretación de estas normas, ya que en caso contrario se pierde la debida correspondencia y armonía que debe existir entre las diversas partes de la ley.

En otras palabras, al seguirse el criterio sustentado por la Excma. Corte Suprema, se limita a tal punto la aplicación del artículo 1875 del Código Civil, que si en la escritura de venta se ha declarado que el precio se pagó de contado, salvo la nulidad o falsificación de la escritura, el vendedor no tendría acción resolutoria en contra del comprador y como, según la gran mayoría de la doctrina, el artículo 1874 no acepta la cláusula de reserva de dominio, el vendedor habrá hecho tradición de la cosa, pero no habrá recibido el precio, produciéndose un evidente enriquecimiento ilícito, cuya corrección está contemplada en el artículo 1873 del Código de Bello, que recoge, precisamente, el derecho alternativo que la ley confiere al vendedor, consistente en pedir el cumplimiento o resolución de la convención, en el evento de encontrarse el comprador en mora de pagar el precio.

Incluso más, siguiendo el elemento **sistemático** de interpretación, debió haberse reparado por la Excma. Corte que el artículo 1876 inciso 1º reenvía la situación del vendedor respecto de los terceros poseedores a lo dispuesto en los artículos 1490 y 1491 del Código Civil, normas que regulan los efectos de la resolución **frente a los terceros poseedores**, distinguiendo según si estos están de buena o mala fe. Es indicativo, entonces, que el artículo 1876 resguarda justamente los derechos de los **terceros y no de las partes contratantes**.

En este mismo sentido, es interesante destacar el diferente tratamiento que el legislador les da a los terceros, tanto en la nulidad del acto jurídico como en la resolución del contrato.

Así el artículo 1689 del Código Civil señala que “la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales”. Como la nulidad procede “por la omisión de algún requisito o formalidad que las **leyes prescriben**”, es lógico que, en atención a que la ley se presume conocida de todos, la nulidad alcance también a los terceros poseedores.

En cambio, conforme a los artículos 1490 y 1491 del Código Civil, a los cuales se remite el artículo 1876 del mismo cuerpo legal, la resolución afecta a los terceros de mala fe y, tratándose de un bien raíz, se exige que la condición haya constado en el título respectivo. Es decir, al ser el acto jurídico una regla particular de carácter eminentemente privado, el tercero no tiene posibilidad cierta de conocer el verdadero alcance de la convención, razón por la cual la ley lo protege, salvo que haya estado de mala fe, esto es, que haya conocido los términos de la estipulación. Por cierto que, al conocer las partes el contenido del contrato, ellas quedarán afectas a la resolución del mismo si no se cumple con las obligaciones que la convención engendró.

C. Elemento gramatical de interpretación de la ley

Por último, si se recurre al elemento **gramatical** de la hermenéutica legal, previsto en el artículo 19 inciso 1º del Código Civil, se arriba a la misma conclusión que hemos planteado en este comentario.

En efecto, al señalarse por el legislador que “si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la de nulidad o falsificación de la escritura”, se utiliza inmediatamente la **conjunción copulativa “y”, la cual tiene por finalidad unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo.**

Es decir, el legislador lo que ha pretendido es unir la prueba de la nulidad o falsificación de la escritura con las consecuencias que de ello se derivan para los terceros poseedores, pero no para las partes contratantes.

4. La simulación

Don Avelino León⁵ señala que la simulación consiste “en aparentar una declaración de voluntad que no se desea, contando con la aquiescencia de la parte a quien esa declaración va dirigida. Mediante la simulación se da a los terceros un falso concepto de la realidad, la naturaleza, los participantes, los beneficiarios **o las modalidades** de la operación”.

La simulación puede ser lícita o ilícita. Estaremos en el primer caso siempre que la simulación no tenga por finalidad realizar un fraude a la ley, ni perjudicar a los terceros. Al respecto, se ha fallado⁶ que “la simulación no mediando perjuicio de tercero, es perfectamente lícita en nuestro derecho, y así vemos que el artículo 1707 del Código Civil da valor entre las partes a las escrituras privadas hechas para alterar lo pactado en una escritura pública”.

Es interesante destacar la referencia hecha por nuestros tribunales al artículo 1707, por cuanto esta disposición es terminante en orden a declarar que la contraescritura **no producirá efecto contra terceros**. A nuestro entender la contraescritura es sólo un medio para acreditar la simulación entre las partes, pero no es requisito de la misma, es decir, nada impide que exista simulación (divergencia entre la voluntad real y la declarada) aun cuando no se haya otorgado contraescritura. Otra cosa, por cierto,

⁵ *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, Avelino León Hurtado, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, año 1963, página 175.

⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIII, 2ª parte, sección 2ª, página 17.

será la dificultad probatoria, no obstante lo cual podrá recurrirse a la confesión en juicio, testigos y/o presunciones.

Incluso don Luis Claro Solar⁷ señala que “los particulares que otorgan una escritura pública para dejar constancia de la convención que han celebrado en uso de su libertad y autonomía para contratar, conservan esta misma libertad y autonomía para revocar o modificar sus obligaciones allí convenidas, o contemplar situaciones no previstas por ellos al momento de contratar”.

Por otro lado, el profesor León,⁸ al tratar los efectos de la simulación, distingue precisamente entre las partes y los terceros. En este último caso, cita como ejemplo el artículo 1876 inciso 2º del Código Civil y señala que “los terceros que celebran un acto jurídico en relación con la cosa teniendo en cuenta esa escritura (la de venta que deja constancia del pago del precio en circunstancias que no se ha pagado efectivamente), quedan a cubierto de toda reclamación ulterior”.

Es más, podría pensarse que la tesis planteada carece de asidero en nuestro derecho, en atención a lo dispuesto en el artículo 1700 del Código Civil, en orden a que las declaraciones hechas en el instrumento público hacen plena fe en contra de los declarantes. No obstante ello, creemos, siguiendo a don Víctor Santa Cruz, citado por don Enrique Paillás,⁹ “que lo que el artículo 1700 quiere decir es que el instrumento no garantiza que la declaración sea sincera, no certifica que la voluntad manifestada en ella sea real y no fingida o aparente; no atestigua, en suma, que el acto jurídico no sea simulado”.

En relación con esta materia, el fallo en comento cita a don Arturo Alessandri R.,¹⁰ quien, en el apartado número 1.083 de su monumental obra sobre el contrato de compraventa, manifiesta que “*si la resolución no procede cuando hay terceros, no se ve por qué ha de proceder cuando no los hay, desde que en ambos casos la situación es idéntica, puesto que en uno y otro se ha pagado el precio, según aparece del contrato*”.

A diferencia del aserto del profesor Alessandri, estimamos que la situación que se plantea entre las partes de la convención y los terceros no es idéntica.

⁷ *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Luis Claro Solar, Editorial Jurídica de Chile, Volumen 6º, año 1950, página 685.

⁸ León Hurtado, *op. cit.*, páginas 186 y siguientes.

⁹ *La Simulación en Derecho Privado*, Enrique Paillás Peña, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año 2003, página 80.

¹⁰ *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, Arturo Alessandri Rodríguez, Imprenta Barcelona, año 1918, tomo II, página 881.



tica. Ello por una razón muy sencilla que se deduce de la protección que el ordenamiento jurídico brinda a los terceros de buena fe y de la plena aplicación que en nuestro derecho se otorga a la simulación.

En efecto, las partes que han concurrido a la celebración del acto jurídico han manifestado su voluntad en cuanto a dotar a la convención de sus diversos elementos y efectos y, además, son ellas las únicas que conocen el real sentido y alcance de su manifestación de voluntad, de manera tal que nada impedirá que, en el legítimo ejercicio de los derechos que la ley les confiere, ellas hayan dado a la voluntad declarada un sentido diverso a aquel contenido en la voluntad real, es decir, no están limitadas a lo que "aparezca del contrato".

En cambio, los terceros no tienen posibilidad material ni intelectual alguna de conocer fehacientemente cuál ha sido la voluntad real de los contratantes y, por este motivo, evidentemente, su situación es completamente diversa a la de las partes, por lo que el legislador ha protegido al tercero limitando a su respecto los efectos de la resolución.

Conclusión

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce una serie de pilares fundamentales sobre los cuales él mismo se ha asentado. Estos pilares le permiten a todo individuo concurrir con su voluntad a la celebración de los actos jurídicos que estime pertinentes, confiriéndoles a esas convenciones el contenido que, de mejor manera, satisfaga los intereses de cada cual.

Por este motivo, afirmamos que no existe en nuestra legislación obstáculo alguno para que las partes contratantes, no obstante las declaraciones que hayan efectuado en una escritura pública, se encuentran legitimadas para reclamar en juicio, que la voluntad manifestada en el instrumento público es diversa a la real, siempre que en esa reclamación no se estén afectando los derechos contraídos válidamente por terceros de buena fe.

Contradicción en sentencias sobre legítima defensa

COMENTARIO:

Hugo Rivera Villalobos

Profesor de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Sentencia 28 de diciembre de 2000

“Santiago veintiocho de diciembre de dos mil.

VISTOS:

En esta causa Rol N° 63.391-92 del 11° Juzgado del Crimen de Santiago se han investigado las lesiones graves causadas con fecha 2 de agosto de 1992 a XXX y la responsabilidad que en dicho hecho pudiera haberle correspondido a su cónyuge XXX.

Por sentencia de 12 de noviembre de 1997, escrita a fs. 253 y siguientes, la Sra. Juez de primera instancia absolvió a la acusada del cargo de ser autora del delito de lesiones graves causadas a su cónyuge, ya individualizado, por estimar que la favorecía una causal eximente de responsabilidad, rechazando la acción civil en su contra, pero la condenó a dos penas de 100 días cada una de presidio menor en su grado mínimo, accesorias correspondientes y al pago de las costas, como autora de los delitos de porte ilegal de arma de fuego y tenencia ilegal de arma de fuego, perpetrados en La Reina el 2 de agosto de 1992, otorgándole beneficios de acuerdo a la Ley 18.216.

Apelado este fallo por ambas partes, la I. Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 10 de marzo del presente año, que corre escrita a fs. 300 y siguientes, lo revocó en cuanto absolvió a la procesada de ser autora del delito de lesiones graves a su cónyuge y en su lugar la condenó a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias correspondientes como autora de dichas lesiones; lo revocó, asimismo, en cuanto por aqué-

lla la condenaba por ser autora del delito de porte ilegal de arma de fuego y en su lugar la absolvió de dicha acusación; lo revocó igualmente en cuanto por aquel fallo se rechazaba la acción civil, y en su lugar se la condenó al pago de la suma de \$1.830.430 reajutable en la forma señalada en el motivo 14° y la confirmó en lo demás apelado, con declaración que la condena que se le impone a la procesada XXX como autora del delito de tenencia ilegal de arma de fuego se reduce a 61 días.

En contra de esta sentencia el apoderado de la parte querellada por escrito de fs. 310 y siguientes dedujo recurso de casación en el fondo, el que se trajo en relación por resolución de 18 de mayo de dos mil, y en la vista de la causa alegaron los abogados de las partes.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO.

1. Que la defensa de la encausada interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia, en cuanto la condena como autora del delito de lesiones graves en contra de su cónyuge XXX, el cual se sustenta, en su primer capítulo, en las causales 1ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, "en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más... grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea... al calificar los hechos que constituyen circunstancias eximentes de responsabilidad" y "en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya substancialmente en lo dispositivo de la sentencia".

2. Que en concepto del recurrente se han infringido los artículos 488 del Código de Procedimiento Penal y los del Código Penal contenidos en los N°s 1, 10 N° 4, 30, 50 y 397 N° 2, puesto que se desconoce el valor probatorio de los elementos de juicio que se indican, cuya adecuada ponderación debió llevar a los magistrados de la instancia a tener por establecidos hechos diversos a los que indican en su fallo y como consecuencia de lo anterior, y por aplicación de las normas substantivas invocadas como infringidas, absolver a su representada.

3. Que el sentenciador de segundo grado al resolver sobre las excepciones opuestas por la querellada en su parte penal, estableció en el párrafo segundo del considerando 3º que "si bien es cierto que debe tenerse convicción de la ocurrencia de estos actos de violencia, no puede aceptarse la causal de justificación alegada por no concurrir la exigencia de haber precedido una agresión ilegítima actual, esto es, una que se hubiera desarrollado inmediatamente antes de los actos de defensa".

4. Que efectivamente rolan en autos los antecedentes consistentes en parte policial de fs. 4, declaraciones de Pablo Zañartu Rozas de fs. 15, Héctor Mauricio Mejías Parraguirre de fs. 17, Gladys Salinas Pino de fs. 53, de Patricio Hernán Liberona Correa de fs. 54, Leonel Edgardo Morales Pérez de fs. 110 y Héctor Guillermo Lepe Rodríguez de fs. 126 vta, testigos algunos de los cuales ratificaron sus dichos en el plenario, e informe de lesiones de fs. 29, e incluso de las declaraciones de XXX de fs. 19 y careo de fs. 77, de cuyo análisis individual se desprenden múltiples presunciones judiciales que están asentadas en hechos reales y probados, que en una ponderación conjunta y comparativa con los demás antecedentes del proceso se puede afirmar que definen, además, los caracteres de gravedad, precisión, concordancia y demás exigencias legales, circunstancia que debió llevar a los magistrados del fondo a considerar establecida la inminente agresión ilegítima de XXX a la encausada XXX, desde el momento que, según se indica expresamente en el fallo ocurrido, a lo menos de lo expuesto por los testigos que declaran en el juicio, todos se refieren a una golpiza que tuvo lugar dos días antes a los sucesos investigados en autos y sobre la base de los cuales se sustentan los cargos en contra de la procesada. En efecto, la violenta agresión de XXX se realizó el día viernes 31 de julio de 1992 a causa de la negativa de esta última a entregarle un cheque en blanco para pagar las deudas de aquél, y la de esta última al primero se efectúa el día domingo 2 de agosto del mismo año, por lo que ciertamente no han tenido existencia coetánea o en un mismo momento, pero no puede desvincularse su acaecimiento en una ponderación natural de los eventos, puesto que razonablemente llevan a entender que quien arremetió físicamente con anterioridad en un breve espacio de tiempo, y que ingresó a la morada de la procesada sin su autorización, y que se negó a retirarse cuando fue conminado a hacerlo en la segunda oportunidad, ciertamente puede pensarse que resulta más que factible la reiteración de esa conducta, deducción lógica que lleva a considerar esta acción como inminente, en términos tales que constituye la causa determinante e inmediata del actuar de la procesada y al no hacerlo así los magistrados de la instancia infringieron el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

5. Que en cuanto a la infracción a las normas substantivas del Código Penal invocadas, y especialmente en lo relacionado con la causal existente de responsabilidad penal alegada por la querellada, debe tenerse presente que, como sostiene un autor (L. Cousiño, *Derecho Penal Chileno*, t. II, pág. 199), "sujeto activo de la legítima defensa es la persona que ejercita el derecho de defensa, ya sea en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, amenazados por la agresión antijurídica del

sujeto pasivo de la misma”, agregando que “aunque aparezca elemental y obvio, es conveniente recordar que la legítima defensa ha surgido a la vida jurídica tan solo por la circunstancia de que el defensor realiza un hecho típico”, o lo que es lo mismo, que “únicamente puede ser sujeto activo de la defensa el sujeto activo de un delito”, o dicho de otro modo, la legítima defensa hace lícito lo que en otra circunstancia sería ilegítimo o delictual.

6. Que, como señala el mismo autor citado anteriormente (op. cit., pág. 255, t. II), desde muy antiguo se ha enseñado, tanto en España como en Chile u otros países que se han inspirado en el Código Penal de la madre patria, que la agresión puede revestir dos formas: ser actual o inminente, agregando que el autor Pacheco escribe que para que surja el derecho de defenderse no basta con las amenazas, “pero tampoco quiere decir esto que hayamos de esperar la realización del hecho que viene sobre nosotros, para repelerlo y remediarlo enseguida. No llega a tanto lo que la razón nos pide, ni lo que mandan las palabras de la ley. Aun hablando con todo rigor, esto no sería ya, o podría no ser, defenderse, sino que quizá vengarse de lo que sufriera. Basta para autorizar el ejercicio de este derecho de que hablamos, que sea inminente la acción, que de hecho se nos amenace, que haya en realidad tentativa contra nosotros” (J. F. Pacheco. *El Código Penal*, t. I, págs. 450 y sgtes.), principio de la inminencia de la agresión que tiene su origen en *Las Partidas* cuando se señala que “es natural que todo hombre pueda amparar su persona de muerte cuando alguno lo desea matar, y no ha de esperar que el otro lo hiera primeramente, porque podría acaecer que por el primer golpe que aquel diese pudiese morir el acometido y después no se pudiese amparar” (Ley 2, tít. 8; Partida VII).

Que, en consecuencia, para la ley penal, la agresión actual se repele; la inminente, se impide (art. 10 N° 4, numeral segundo).

6. Que la violación de las leyes reguladoras de la prueba, en lo referente al artículo 488 N°s 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, lo que lleva a una errónea calificación de los hechos que constituyen los presupuestos fácticos de la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal de legítima defensa propia, referido a la inminencia de la agresión ilegítima de quien resultó lesionado, como la calificación jurídica de los hechos que constituyen la eximente de responsabilidad penal prevista en el artículo 10 N° 4 del Código Penal, esto es, la legítima defensa propia, ha sido adoptada con error de derecho, todo lo cual ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que debió llegarse a un fallo absolutorio, lo que lleva a acoger el recurso interpuesto por este capítulo.

7. Atendido que se anulará el fallo recurrido por el acogimiento del primero de los capítulos del recurso de casación en el fondo deducido, se hace innecesario pronunciarse sobre los demás del mismo recurso de fs. 310.

Y visto además lo dispuesto en las disposiciones citadas y lo previsto en los artículos 535, 546 N°s 1 y 7, 547 y 548 del Código de Procedimiento Penal y 785 del de Procedimiento Civil, SE ACOGE el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal del escrito de fs. 310 y se declara que la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 10 de marzo del año en curso, escrita a fs. 300 y siguientes, es nula y se la reemplaza por la que a continuación y separadamente se dicta.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante don Antonio Bascuñán Valdés, quien fue de parecer de rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 310 y siguientes, en lo que se refiere al primer capítulo del mismo, por estimar que no ha habido infracción a las normas reguladoras de la prueba que se invocan y que tampoco ha habido error de derecho en la aplicación de las normas substantivas cuya errónea aplicación se reclama.

Regístrese.

Redacción del Ministro don José Luis Pérez Zañartu.
N° 1282-00.

Santiago, veintiocho de diciembre de dos mil.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la sentencia de reemplazo que corresponde.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

a) Se corrige la numeración de sus considerandos que se leen de fs. 272 en adelante, pasando estos a ser, respectivamente, 3° a 13°.

b) En el párrafo primero del fundamento 3° se elimina la frase "y sin tener tampoco autorización para portarla" y en el párrafo final, la expresión "y porte" y se substituye el numeral "6°" por "5°".

c) En el motivo 4° se substituye la expresión "del encausado" por "de la encausada" y la palabra "hijo" por el apellido "XXX".

d) En el considerando 6° se substituye la oración "portando un arma de fuego sin permiso para ello" por la frase "con un arma de fuego".

e) Se elimina el fundamento 7º y en el 9º se elimina su frase final que se inicia con la oración "Atendido lo razonado...." y hasta el punto aparte.

f) En el motivo 10º se elimina su frase final que se inicia con la frase "en relación a los delitos de porte...." y hasta el punto final, eliminándose, asimismo, el fundamento 13º.

g) De las citas legales se elimina las de los artículos 18, 21, 26,30, 50 y 67 del Código Penal.

Y se tiene en su lugar y además presente.

1. Que todos los antecedentes establecidos en el considerando 4º del fallo de casación que antecede, y que se dan por expresamente reproducidos, ponderados por el mérito que les otorga la ley, constituyen un conjunto de presunciones que por su gravedad, multiplicidad, precisión y concordancia permiten adquirir la convicción de que XXX al ingresar el día 2 de agosto de 1992 al domicilio de su cónyuge sin su autorización, y al negarse a abandonar la morada de ella, siguiéndola en forma agresiva hasta su dormitorio, después que dos días antes le había hecho exigencias ilegítimas, que ella rechazó, motivo por el cual la agredió físicamente en presencia de sus hijos y del personal de servicio de la casa, intentó agredirla nuevamente, razón por la cual ella al usar un arma de fuego y dispararla en su contra, lo hizo para impedir una agresión inminente de parte de aquel, razón por la cual reuniéndose todos los requisitos que establece el artículo 10 N° 4 del Código Penal, debe absolvérsela de las lesiones producidas, por haber actuado con una causal de justificación.

2. Que de las probanzas mencionadas en el fundamento 3º del fallo que se revisa resulta que la imputada XXX tenía en su poder un arma de fuego que no se encontraba inscrita, lo que, como se ha señalado en el párrafo final del referido motivo, es constitutivo del delito de tenencia ilegal de arma de fuego previsto en el artículo 5º de la Ley 17.798, lo que unido a la confesión prestada en autos, la constituye en autora de ese ilícito.

3. Que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 9º de la Ley de Control de Armas, si de los antecedentes del proceso se permite presumir fundadamente que la tenencia del arma de fuego no estaba destinada a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública o a perpetrar otro delito y si además consta en el proceso que

la conducta anterior de la encausada ha sido irreprochable, cual es el caso de autos, podrá dictarse sentencia absolutoria en favor de dicha procesada, y así se hará, razón por la cual se hace innecesario pronunciarse sobre la contestación de la acusación en este punto.

4. Que por las razones señaladas en el fallo de casación que antecede y esta sentencia, se concuerda parcialmente y se discrepa, a la vez, del dictamen del Ministerio Público de fs. 298.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, SE REVOCA la sentencia apelada de once de noviembre de mil novecientos noventa y nueve escrita a fs. 253 y siguientes, en cuanto por sus decisiones 2ª y 3ª se condenó a XXX de la acusación de ser autora de los delitos de porte y tenencia ilegal de arma de fuego, y en su lugar se declara QUE SE LA ABSUELVE de dicha acusación, y SE LA CONFIRMA en lo demás apelado.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante don Antonio Bascuñán Valdés, quien estuvo por revocar la sentencia apelada en lo relativo a las lesiones causadas a XXX y en lo relativo a la acción civil deducida por el querellante, condenando a la procesada por aquel ilícito y acoger la acción civil en la forma dispuesta por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, y confirmarla en lo relativo al delito de tenencia ilegal de arma de fuego en la misma forma que estableció el tribunal de alzada.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro don José Luis Pérez Zañartu.

N° 1.282-00.

PRONUNCIADO POR LOS MINISTROS SEÑORES LUIS CORREA B., GUILLERMO NAVAS B., ALBERTO CHAIGNEAU DEL C. Y JOSE LUIS PEREZ Z. Y EL ABOGADO INTEGRANTE SEÑOR ANTONIO BASCUÑAN V., NO FIRMA EL MINISTRO SEÑOR CORREA Y EL ABOGADO INTEGRANTE SEÑOR BASCUÑAN, NO OBSTANTE HABER CONCURRIDO A LA VISTA DEL RECURSO Y ACUERDO DEL FALLO, EL SEÑOR MINISTRO, POR ENCONTRARSE CON LICENCIA MEDICA Y EL SEÑOR ABOGADO INTEGRANTE AUSENTE.”

II. Sentencia 3 de junio de 2002

“Santiago, tres de junio de dos mil dos.

VISTOS:

En estos autos rol N° 64.483 del Primer Juzgado del Crimen de Rengo se ha investigado la posible comisión del cuasidelito de homicidio de Claudio Benito Gómez Martínez y el delito de lesiones graves en perjuicio de William Leonel Martínez Guzmán y la participación que en ellos le ha cabido a Carlos Guillermo Horta Zárate.

Por sentencia de primera instancia de veinticuatro de mayo de dos mil, rolante a fs. 248 y siguientes, se condenó al encausado a sufrir la pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, como autor del cuasidelito de homicidio de Claudio Benito Gómez Martínez, y a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, en ambos casos con las accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de las condenas y pago de las costas de la causa. Además, remite condicionalmente las penas temporales impuestas y sanciona al procesado, ahora en su calidad de demandado civil, a pagar a la querellante y demandante Marisol Vásquez Riquelme la suma de diez millones de pesos, y al actor William Leonel Martínez Guzmán la cantidad de cuatro millones de pesos, como indemnización por concepto de los respectivos daños morales, con reajustes del interés corriente para operaciones no reajustables entre la fecha de expedición del fallo y la del pago real y efectivo.

Apelada la anterior sentencia por parte de los querellantes y por el procesado, la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Rancagua por sentencia de veinticinco de junio de dos mil uno, escrita a fs. 297 y siguientes, termina confirmando la sentencia de primer grado con declaración que rechaza la acusación particular contenida en escrito de fs. 208, reduce a sesenta días de prisión en su grado máximo la sanción impuesta a Carlos Ignacio Horta Zárate como autor del cuasidelito de homicidio de Claudio Benito Gómez Martínez, y a trescientos días de presidio menor en su grado medio (sic) la pena que le corresponde como autor del delito de lesiones a William Leonel Martínez Guzmán, fijando en un año el período de observación para los efectos de la remisión condicional acordada. En lo civil, la revoca y deja sin lugar en la parte que condena al demandado al pago de las indemnizaciones por concepto de daño moral a favor de ambos demandantes y la confirma en cuanto le rechaza a William Leonel Martínez Guzmán la suma demandada por concepto de daño emergente y lucro cesante.

A fs. 304 la defensa de los querellantes y demandantes civiles Marisol Vásquez Riquelme y William Martínez Guzmán deducen recurso de casación en el fondo en la parte penal fundado en las causales 1 y 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y en la parte civil por la causal general del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal; a su vez, a fs. 309 la defensa del procesado deduce también el mismo recurso, pero fundado en las causales 3 y 7 de la misma disposición legal.

Se dispuso traer los autos en relación para conocer los recursos.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como se ha indicado, el recurso de casación en el fondo de los querellantes y actores civiles Marisol Vásquez Riquelme y William Martínez Guzmán, en lo que atañe a la parte penal de la sentencia de segunda instancia recurrida, se funda en las causales 1 y 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, vale decir, en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo un error de derecho, ya sea al determinar la participación que le ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen las circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena y, por otro lado, la misma sentencia, haciendo una calificación equivocada del delito, aplique la pena en conformidad a esa calificación. En el sentido del recurso se sostiene que se ha cometido error de derecho al calificar los hechos que constituyen las circunstancias atenuantes N°s 4 y 5 del artículo 11 del Código Penal, reconocidas a favor del encausado, como asimismo ha calificado la muerte de Claudio Benito Gómez Martínez como cuasidelito de homicidio y aplicado pena por tal figura en forma errada. Concretamente, se afirma que la sentencia recurrida ha infringido las siguientes disposiciones: los incisos 1° y 2° del artículo 1° del Código Penal; el 1° que define el delito como toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, y el 2° que prescribe que las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. Continúa sosteniendo que está acreditado en el proceso que Carlos Ignacio Horta Zárate disparó voluntariamente contra Claudio Gómez Martínez y William Martínez Guzmán, ya que no existió, como lo señala la sentencia, la presión de tanta intensidad que lo inhibiera en sus facultades de control, rechazándose por ello la eximente contemplada en el N° 9 del artículo 10 del Código Penal. Se agrega que como no hubo fuerza irresistible para Horta Zárate, unido a los demás hechos acreditados, se está frente a hechos voluntarios, por cuya virtud debe aplicarse la presunción de dolo

del artículo 1^º invocado. Con relación a lo anterior estima que se ha infringido el artículo 391 N° 2 del Código Penal al no sancionar al procesado por la figura del homicidio simple de Claudio Gómez Martínez, como correspondía conforme a los hechos del proceso, y asimismo el artículo 490 del Código Penal, ya que fue erróneamente aplicado al calificarse como cuasidelito el homicidio de Gómez Martínez y aplicar sanción en conformidad a dicha calificación. Finalmente, en esta parte, sostiene que se ha infringido el artículo 11 N°s 4 y 5 del Código Penal, dado que se aplicaron estas circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal sin estar fehacientemente acreditadas en el proceso, por lo que no procedía la rebaja de las penas impuestas. Concluye que de haberse aplicado correctamente el derecho, el tribunal habría calificado la muerte de Claudio Benito Gómez Martínez como delito de homicidio simple aplicándose la pena correspondiente y en su máximo por no concurrir circunstancias atenuantes.

Con relación al recurso de casación en el fondo en materia civil, parte del hecho establecido por la sentencia recurrida que las demandas de ambos actores deben ser rechazadas por ser una causal eximente de responsabilidad la aceptación de los riesgos de la víctima y del ofendido, esto es, por haberse expuesto a los daños al ingresar al predio a sustraer naranjas, a sabiendas de lo que podía sobrevenir, dada la naturaleza del hecho que ejecutaban, revocando la sentencia de primera instancia que daba lugar a ellas (considerando 13º). Con ello infringió las siguientes normas: artículo 2314 del Código Civil, toda vez que su claro tenor no deja dudas acerca de que todo el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito; el artículo 2329 N° 1 del Código Civil, ya que está especialmente obligado a reparar el daño causado con malicia o negligencia el que dispara imprudentemente un arma de fuego; finalmente ha infringido el artículo 2330 del mismo cuerpo legal, en el que se fundó para rechazar las demandas, conforme al cual la apreciación del daño sólo está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, situación esta última que en modo alguno le es aplicable a la cónyuge del occiso Claudio Gómez Martínez, pues ella no se expuso al daño, sólo lo sufrió conjuntamente con su hija sobreviviente. Funda el recurso en el artículo 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal, con relación al artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, pues se ha dictado la sentencia en esta parte con infracción de ley y esta infracción ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que se han rechazado las demandas civiles debiendo acogerse con relación a ambos demandantes.

En definitiva pide que se invalide el fallo de segunda instancia y se dicte una sentencia de reemplazo en la que se confirme el fallo de primera con decla-

ración que el condenado Carlos Ignacio Horta Zárate es autor del delito de homicidio de Claudio Benito Gómez Martínez, aplicándole el máximo de la pena que la ley señala al delito, con costas.

SEGUNDO: Que en lo que atañe ahora al recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del encausado a fs. 309. Se funda en las causales N°s 3 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia ha calificado como delito un hecho que la ley penal no considera como tal y en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia. Sostiene que se han infringido los artículos 460 N°s 8 y 10, 456 bis del Código de Procedimiento Penal y los artículos 10 N°s 4, 5 y 6 y artículo 15 del Código Penal. Denuncia que no se dio aplicación a lo dispuesto en los números 8 y 10 del artículo 460 del Código de Procedimiento Penal, en razón de lo cual rechazó la tacha que dedujo en contra del testigo Jaime Andrés Valdivia Reyes, que fundó en el hecho de tener amistad íntima con el acusador particular y carecer de imparcialidad necesaria para declarar en juicio por tener interés directo o indirecto en su resultado, y ello porque mantiene una relación de convivencia con Jessica Carolina Rojas Martínez, sobrina de William Martínez y prima de Claudio Gómez. Reprocha en el mismo sentido el rechazo de la tacha deducida por la misma causal en contra de Jessica Carolina Rojas Martínez. Estima que hubo error de derecho al no aplicarse la norma del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, el que fue violado porque ninguno de los medios probatorios y antecedentes del proceso revisten el carácter de elemento idóneo para acreditar la comisión de un ilícito penal con la claridad y certeza que exige el ordenamiento procesal penal por parte del encausado, por lo que, atendido el mérito del proceso, resulta insuficiente para que el sentenciador se forme la plena convicción de que realmente le cupo una participación culpable y penada por la ley en los hechos investigados; en otras palabras, agrega, los antecedentes reunidos no resultan suficientes para configurar el cuasidelito de homicidio ni el delito de lesiones por los que se acusó y condenó a Carlos Horta Zárate, y por el contrario se ha acreditado la concurrencia de la justificante de la legítima defensa. Se ha contravenido la norma del artículo 15 del Código Penal, ya que no es autor de delito alguno por haber operado una causal de justificación, que elimina la antijuridicidad del hecho. Estima transgredido el artículo 10 del Código Penal en sus números 6, 4 y 5 y luego de transcribirlos acota que el N° 6 se vulneró del momento que la sentencia estimó que no procedía la eximente de legítima defensa privilegiada o presuncional invocada por su parte, la que debió acogerse, ya que el procesado repelió un ataque ilegítimo, impidiendo o tratando de impedir la comisión de los delitos tipificados en los artículos 433 y 436 del Código Penal. Agrega que los números 4 y 5 han sido transgredidos desde el

momento que no se acogió la petición subsidiaria de su parte para el evento de estimarse que no operaba la parte final del número 6. Sin embargo, el tribunal estimó que no existió racionalidad para repeler el ataque ilegítimo de que fue víctima en circunstancias que el procesado disponía sólo de este medio y lo utilizó racionalmente disparando a las piernas de William Martínez Guzmán con el objeto de provocarle el menor daño posible y en el caso de Claudio Gómez Martínez él no disparó, sino que fue producto de un forcejeo. Las infracciones consistieron tanto en quebrantar las normas legales en la forma señalada, como asimismo porque la sentencia compartió las argumentaciones del juez de primera instancia al confirmar la sentencia en la parte recurrida, con lo cual desestimó la eximente invocada condenando al encausado como autor de cuasidelito de homicidio y delito de lesiones graves, en circunstancias que de no haber existido las denunciadas infracciones la sentencia habría absuelto a su representado y por ende el fallo de segunda instancia habría sido íntegramente revocatorio. Finalmente, después de hacer una extensa narración de cómo en su concepto habrían ocurrido los hechos, pide que en definitiva se invalide el fallo en la parte recurrida y en la sentencia de reemplazo se absuelva a Carlos Horta Zárate del cuasidelito y delito que se le imputan.

TERCERO: Que en lo que se relaciona al recurso de casación en el fondo deducido por la defensa de los querellantes Marisol Vásquez Riquelme y William Martínez Guzmán, y en primer lugar en su parte penal.

Fundado en la causal N° 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal sostiene que se han quebrantado los incisos 1° y 2° del artículo 1°, y artículos 391 N° 2 y 490, todos del Código Penal, al calificar de cuasidelito de homicidio la acción ejecutada por Carlos Ignacio Horta Zárate en contra de Claudio Benito Gómez Martínez en circunstancias que debió haber sido tenida como constitutiva de delito de homicidio simple, ya que conforme a los hechos del proceso existió una acción voluntaria y por tanto dolosa.

A este respecto debe tenerse en consideración que la sentencia objetada, tanto por los fundamentos asumidos de la de primera instancia, como los propios, son hechos de la causa establecidos por los jueces del fondo, y por tanto inamovibles para este tribunal de casación, que el día 23 de julio de 1998, en el interior del Fundo La Capilla, ubicado en la localidad de Panquehue, Comuna de Malloa, un tercero premunido de la escopeta Herald, de procedencia inglesa, calibre 16 mm., de dos cañones, serie N° 10780, disparó en contra de Claudio Benito Gómez Martínez y de William Leonel Martínez Guzmán al sorprenderlos tratando de hurtar naranjas desde el referido predio, causándole al primero de ellos una herida a bala en la pierna izquierda con compromiso vascular y fractura de pierna izquierda,

que desencadenó en una anemia aguda que le provocó la muerte al día siguiente en el Hospital Regional de Rancagua donde se encontraba internado, y al segundo le ocasionó una herida a bala en la región flanco lumbar izquierda, que demoró en sanar tres meses, con un tiempo de incapacidad para el trabajo de dos meses (considerando sexto sentencia primer grado). Además, en referencia al resultado muerte, los falladores de segunda en su considerando 5º establecen que el procesado no pensó en atacar a la víctima, pues había habido anteriormente un disparo al aire, de advertencia, efectuado con un arma por su padre, luego él hizo otra: que si no arrancaban dispararía y sólo cuando vio que un sujeto se dirigía hacia él le efectuó un disparo a las piernas y frente a la imposibilidad de usar otro medio para detenerlo.

Con lo anterior los jueces del fondo consideran que se está ante un cuasidelito de homicidio en el caso del ofendido Claudio Gómez Martínez, toda vez que no ha existido dolo directo o eventual en la acción. Sin embargo, no cuidan los falladores precisar las razones por las cuales consideran que positivamente debe el hecho calificarse de culpable, para lo cual debieron establecer los hechos que así lo demuestren y se limitaron a hacer simples pero categóricas afirmaciones de falta de dolo.

Volviendo a los hechos establecidos, se tiene, en lo que interesa a este aspecto del recurso, que Claudio Gómez Martínez, al ser sorprendido junto a otra persona sustrayendo naranjas en el interior del predio del padre de Carlos Horta Zárate –autor de un previo tiro al aire de advertencia– en un momento determinado se le acerca y le dispara en dirección a las piernas un tiro de escopeta calibre 16 hiriéndolo en una de ellas produciéndole compromiso vascular y fractura, lesiones que derivaron en anemia aguda que le produjo la muerte al día siguiente en el hospital. Este proceder y en las circunstancias anotadas por los jueces del fondo, si bien es cierto evidencia que la decisión nace de un acto voluntario del sujeto activo, no se desprende que su intención positiva haya sido matar a su víctima logrando en definitiva su objetivo (dolo directo); pero el hecho de disparar un arma de alto poder ofensivo, de un calibre objetivamente destructivo, que se porta precisamente para asegurar la acción de vigilancia de bienes familiares, en contra del cuerpo de una nueva víctima pone de manifiesto que si bien no ha perseguido el resultado ilícito de su muerte, se la ha podido representar como mera posibilidad y no obstante ello su voluntad se ha movido precisamente a disparar y herir, asumiendo los resultados que de ello provengan. En definitiva la acción voluntaria ejecutada debe ser tenida como dolosa, bajo la forma doctrinaria de dolo eventual y al no haberlo considerado de este modo la sentencia efectivamente ha quebrantado el artículo 1º del Código Penal en sus incisos 1º y 2º, por los cuales debe considerarse delito toda

acción u omisión voluntaria penada por la ley, y que se reputan siempre voluntarias las acciones u omisiones penadas por la ley. Derivativamente, se ha cometido error de derecho al no aplicar la norma del artículo 391 N° 2 del Código Penal, que tipifica el hecho punible en cuestión como constitutivo de delito de homicidio simple, integrado por el elemento subjetivo de dolo, y equivocado también en derecho la aplicación del artículo 490 del mismo cuerpo legal, por el cual se ha considerado como cuasidelito de homicidio. En definitiva, la sentencia efectivamente ha hecho una calificación equivocada del delito y ha aplicado pena conforme a esa calificación con influencia en lo dispositivo de la misma, por lo cual este capítulo del recurso debe ser acogido.

Enseguida el recurrente cuestiona la aplicación de los N°s 4 y 5 del artículo 11 del Código Penal, que estima infringidos, dado, sostiene, que se aplicaron estas circunstancias atenuantes de responsabilidad penal sin estar fehacientemente acreditadas en el proceso, por lo que no procedía la rebaja de las penas impuestas y se funda en sus pretensiones en la causal N° 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. A este respecto el recurso no puede prosperar y básicamente por dos razones. En primer lugar, yerra el recurrente al afirmar que la sentencia ha acogido las atenuantes de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima a una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consaguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, y a la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación. Las acogidas y por las cuales los sentenciadores graduaron la pena, fueron las circunstancias atenuantes de irreprochable conducta anterior y una de legítima defensa incompleta; no las invocadas por el recurrente. En segundo lugar, ha sostenido que las atenuantes que reprocha no se encuentran fehacientemente acreditadas en el proceso, sin embargo no funda la causal en alguna presunta violación a las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, que autoriza el N° 7° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

CUARTO: Que los mismos recurrentes anteriores han deducido recurso de casación en el fondo en contra de la parte civil de la sentencia y en cuanto a ello, estiman, ha infringido los artículos 2314, 2329 N° 1 y 2330 del Código Civil por la decisión de revocar la sentencia de primer grado que daba lugar a la procedencia de la indemnización por concepto de daño moral en favor de ambos demandantes por las sumas que para cada uno determinó, y fundada la de segunda en que debían ser rechazadas por ser una causal eximente de responsabilidad la aceptación de los riesgos de la

víctima y del ofendido, esto es, por haberse expuesto a los daños al ingresar al predio a sustraer naranjas, a sabiendas de lo que podía sobrevenir, dada la naturaleza del hecho que ejecutaban. Estima el recurso vulnerado el artículo 2314 toda vez que impone a todo aquel que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, la obligación a indemnizarlo, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. También el artículo 2329 N° 1, ya que por esta norma está especialmente obligado a reparar el daño causado con malicia o negligencia el que dispara imprudentemente un arma de fuego. Finalmente el artículo 2330, porque éste autoriza sólo la reducción del daño en el caso que el que lo ha sufrido se haya expuesto a él imprudentemente, pero no para eliminarla por completo. Además, la norma tampoco puede afectar a la demandante, cónyuge del occiso Claudio Benito Gómez Martínez, quien no se expuso al daño, pues sólo lo sufrió conjuntamente con su hija sobreviviente.

A este respecto es necesario tener en consideración que la sentencia de primer grado condenó originalmente al demandado a pagar la suma de \$ 10.000.000 (diez millones de pesos) a Marisol Vásquez y de \$ 4.000.000 a William Leonel Martínez Guzmán, por concepto de daño moral, en ambos casos, rechazándose las demás pretensiones indemnizatoria de este último por concepto de daño emergente y lucro cesante. La sentencia ahora impugnada efectivamente en su considerando 13º da como único fundamento de su decisión de revocar la parte civil de la sentencia de primer grado la reproducida por los recurrentes, vale decir, porque tiene como causal eximente de responsabilidad la aceptación de los riesgos de la víctima y del ofendido, del modo como se ha expresado más arriba. Del anotado fundamento se desprende que lo que sirve de causa a la decisión no es el desconocimiento de las normas de los artículos 2314 y 2329 N° 1 del Código Civil, que imponen la obligación de indemnizar a quienes se encuentran comprendidos en sus normativas; la estimación del fallo que la aceptación de los riesgos de víctima y ofendido es causal eximente de responsabilidad civil –por lo cual rechaza la demanda que condenaba al pago de las referidas indemnizaciones por concepto de daño moral–, va en oposición y falta de aplicación real del artículo 2330, que sólo autoriza la reducción y sólo con respecto del demandante que se habría expuesto al daño, de modo que no se divisa que el fallo hubiese desconocido e infringido el mandato de aquellas otras normas. Ahora bien, resulta evidente que la sentencia, aunque sin señalarlo expresamente, en esta parte encontró cierto asidero jurídico en la señalada norma del artículo 2330, pero la aplicó erradamente, ya que el recurrente está en lo cierto, pues lo único que autoriza es reducir, vale decir, como lo entiende el léxico, disminuir o aminorar el monto de las indemnizaciones determinadas, no eliminarlas, y ello precisamente cuando se establece como hecho de la causa que el que

ha sufrido el daño se expuso a él imprudentemente, como lo ha dado por establecido la sentencia, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues por él se negó en definitiva todo monto de indemnización previamente dispuesta, lo que obliga, además, a acoger esta otra parte del recurso.

QUINTO: Que en lo que respecta al recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del procesado y que se ha desarrollado latamente en el considerando segundo.

En primer lugar se funda en la causal 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, en relación con los N°s 8 y 10 del artículo 460, que se estiman violados al no aceptarse las tachas deducidas en contra de dos testigos, a saber, Jaime Andrés Valdivia Reyes y Jessica Carolina Rojas Martínez. Sirva para el rechazo absoluto de esta causal respecto a las normas invocadas el hecho que ellas no son reguladoras de prueba; constituyen simples causales en las cuales se pueden fundar inhabilidades de testigos, pero no imponen en modo alguno dirección a los jueces para establecer hechos en la causa.

Se ha imputado también como infracción al N° 7 del artículo 546 la violación del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal porque los medios probatorios y antecedentes del proceso ninguno de ellos reviste el carácter de medio idóneo para acreditar con claridad y certeza procesal la comisión de un ilícito penal y que por el contrario se ha acreditado la concurrencia de una causal de justificación que elimina la antijuridicidad del hecho. Previamente es necesario tener presente que esta norma declara que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios legales de prueba, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley. De su claro tenor se desprende que lejos de ser per se ley reguladora de prueba establece el sistema probatorio de certeza legal cuando se trata de sentencia condenatoria y para lo cual sólo son válidos los medios de prueba autorizados por la ley, que cada medio reúna los requisitos legales para constituir medio idóneo para producir prueba válida, que sean conducentes legalmente para establecer cada hecho, que en casos especiales se rinda la prueba que el legislador sancionó como pertinentes, etc. Esto implica que deja entregada a las demás normas de la ley la reglamentación de las anteriores condiciones, las cuales deben ser cumplidas por los jueces para formar convicción para condenar; luego, el análisis del quebrantamiento o no de este sistema

probatorio general debe hacerse en razón de aquellas normas que efectivamente lo regulan y que deben denunciarse expresamente no con expresiones que importan simples generalidades, como queda de manifiesto del recurso.

Finalmente, alega infringidos los números 4, 5 y 6 del artículo 10 del Código Penal al estimar la sentencia que no procedía la legítima defensa privilegiada de la parte final del N° 6, y sostiene que el procesado repelió un ataque ilegítimo, impidiendo o tratando de impedir la comisión de los delitos tipificados en los artículos 433 y 436 del Código Penal, utilizando racionalmente el medio empleado.

La sentencia en su considerando 11º declara que debe rechazarse la eximente del N° 6 del artículo 10 del código punitivo por no haber ocurrido los hechos en los lugares y por los delitos que esta deposición prevé. Sin embargo, desde sus fundamentos 8º a 10º reflexiona respecto a la eximente de legítima defensa del N° 4 del artículo 10 del Código Penal que invocaba y en cuanto a ello arriba a la conclusión que hubo agresión ilegítima por el hecho de que la víctima fue encontrada en el interior del predio del padre del procesado sustrayendo naranjas. Además, que está acreditado que no existió por parte del encartado provocación alguna que justificara la agresión a alguno de sus bienes toda vez que los hechos se produjeron en el mismo predio, de noche, mientras vigilaban por las continuas sustracciones de naranjas de que habían sido objeto. Le resta, sin embargo, la concurrencia del requisito de racionalidad del medio utilizado, disparo de un arma de fuego, por lo cual se tiene sólo como una atenuante más.

Resulta entonces que el recurso en esta parte apunta precisamente al hecho que la sentencia no acogió las presunciones de concurrencia de las circunstancias previstas en los números 4º y 5º alegados por la defensa del procesado como causales eximentes de responsabilidad penal y a este respecto la norma expresamente dispone que se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4º y 5º precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor; respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el N° 1º del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 365, inciso segundo, 390, 391, 433 y 436 de este Código. El recurso discurre en el sentido que esta norma se aplica en la comisión de los delitos de los artículos 433 y 436 del Código Penal, esto es, en los casos que se trate de impedir la consumación de los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas cometidos en

alguna de las formas previstas por las normas citadas. Tales situaciones no son las que corresponden en el caso de autos en que el bien vulnerado por los invasores es un fundo al cual penetran con el único fin de sustraer naranjas de la plantación de este fruto, tal como lo dio por sentado la sentencia en análisis, de suerte que no aparece de manifiesto el error de derecho invocado concretamente por el recurrente, de modo que este capítulo de casación tampoco permite anular el fallo en la forma y por las razones propuestas por él.

Por estas consideraciones y atendido además lo preceptuado en los artículos 785 del Código de Procedimiento Civil, 535 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se resuelve que se casa en el fondo la sentencia recurrida de veinticinco de junio del dos mil uno, escrita de fs. 297 a 300, la cual es nula y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Se rechaza en todas sus partes el recurso de casación en el fondo deducido a su vez por la defensa del procesado a fs. 309 y siguientes, en contra de la misma sentencia.

Se previene que el Ministro Sr. Pérez fue de parecer de anular de oficio por un vicio de forma la sentencia recurrida, y consecuentemente, no emitir pronunciamiento sobre los recursos de casación en el fondo deducidos a fs. 297 y siguiente por los querellantes y a fs. 309 y siguientes por la defensa del querellado.

Para actuar de esta manera, tuvo presente que en su concepto la sentencia recurrida adolece del vicio de casación de forma contemplado en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal en relación con los N°s 4 y 5 del artículo 500 del mismo cuerpo legal, y que permiten a este tribunal para actuar de oficio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, por remisión del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal.

Para ello tuvo presente.

1. Que el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal establece que si el reo confiesa su participación en el hecho punible, pero le atribuye circunstancias que puedan eximirlo de responsabilidad o atenuar la que se le impute y tales circunstancias no estuvieren comprobadas en el proceso, el tribunal les dará valor o no, según corresponda, atendiendo al modo en que verosímilmente acaecerían los hechos y a los datos que arroje el proceso para apreciar los antecedentes, el carácter y la veracidad del reo y la exactitud de su exposición.

2. Que el considerando octavo de la sentencia de primera instancia, hecho suyo por la de segundo grado, deja constancia de la declaración indagatoria de fs. 12 de Carlos Ignacio Horta Zárata, la que de su simple lectura se deduce evidentemente que constituye una confesión calificada, pues aceptando su participación en los hechos, le atribuye circunstancias que permitirían eximirlo de responsabilidad o atenuarla.

3. Que el sentenciador del primer grado en el fundamento noveno de su fallo, hecho suyo por la I. Corte de Apelaciones, concluye que dicha declaración constituye una confesión pura y simple, sin reparar que ella constituye una calificada, sin analizar ni ponderar las circunstancias eximentes o atenuantes señaladas ni se pronuncia acerca de la manera o modo en que verosimilmente habrían acaecido los hechos, como lo exige la disposición citada.

4. Que la norma del artículo 482 del Código de Procedimiento Penal exige del sentenciador, cuando se produce una situación como la descrita en ella, una ponderación acerca de su procedencia, o lo que es lo mismo, hace obligatoria la existencia de consideraciones, primero, acerca del establecimiento de que aquella es una confesión calificada, y enseguida, si se dan los presupuestos que ella contempla, declararlo así y aceptar la versión del reo, o de lo contrario, dividir la confesión en perjuicio del procesado, ponderaciones o consideraciones de que carece el fallo.

5. Que, en consecuencia, la sentencia carece de consideraciones, razón por la cual se configura la causal de casación señalada al inicio de esta prevención, lo que tiene influencia substancial en lo resolutivo de ella, pues de haberlo hecho debería haber absuelto al querellado, según se expresará en la sentencia de reemplazo.

Regístrese. Redacción del Ministro Sr. Nivaldo Segura P. y la disidencia del Ministro Sr. José Luis Pérez Z.

Rol N°2792-01.

PRONUNCIADO POR LOS MINISTROS SEÑORES ALBERTO CHAIGNEAU DEL C., JOSE LUIS PEREZ Z., MILTON JUICA A., Y NIBALDO SEGURA P. Y EL ABOGADO INTEGRANTE SEÑOR FERNANDO CASTRO A. ROL 2792-01.

Santiago, tres de junio de dos mil dos.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

Se eliminan sus considerandos séptimo, décimo, duodécimo.

Del noveno se sustituye la expresión "cuasidelito de homicidio", por "delito de homicidio"; del undécimo se elimina el contenido de su número 2 y de su apartado tercero el contenido de su letra a); de la parte final del decimoséptimo se sustituye la frase "remunerado no a cuánto", por "remunerado ni a cuánto".

De sus citas legales se elimina la referencia a los artículos 490 N° 1º y 492 del Código Penal.

De la sentencia casada se reproducen los fundamentos comprendidos desde el séptimo al undécimo, ambos inclusive, y

TENIENDO ADEMÁS Y EN SU LUGAR, PRESENTE:

PRIMERO: Que los hechos establecidos en el considerando sexto de la sentencia en examen, por las razones de derecho que se han vertido latamente en el considerando tercero en su apartado tercero de la sentencia de casación que antecede y que en esta parte se da por reproducido íntegramente, y tal como lo ha argumentado la defensa de la querellante Marisol Vásquez en su querrela particular de fs. 201, configuran los delitos de homicidio simple en la persona de Claudio Benito Gómez Martínez descrito y sancionado por el artículo 391 del Código Penal con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, y el delito de lesiones graves en la persona de William Leonel Martínez Guzmán tipificado y sancionado en el N° 2º del artículo 397 del mismo cuerpo penal con pena de presidio menor en su grado medio.

SEGUNDO: Que beneficia al encausado además la circunstancia atenuante de legítima defensa incompleta contemplada en el artículo 11 N° 1 del Código Penal en relación con la causal N° 5 del artículo 10 de ese mismo Código, más la de irreprochable conducta anterior, sin que lo afecten causales de agravación penal, de modo que al sancionársele se opta por aplicar sanción en cada delito de que es responsable inferior en dos grados al mínimo señalado por la ley.

TERCERO: Que la acción de las víctimas consistente en penetrar conscientemente a un recinto agrícola, cercado y en plena producción de naranjas a sustraer frutos de los árboles, de noche y en solitario, importa una exposición imprudente a sufrir a algún daño, lo que en definitiva así sucedió, lo cual, y conforme lo dispone el artículo 2330 del Código Civil, pone en la obligación de reducir en forma condigna la regulación que del daño moral

se ha hecho, y que afecta inclusive a los herederos de quien en vida ha sido sujeto activo de tal exposición.

CUARTO: Que con todo lo argumentado de discrepa del parecer de la Fiscal Elena Contreras Acuña, quien, en su informe de fs. 275 es de opinión de confirmar la sentencia en alzada sin modificaciones.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 10 números 4, 5 y 6, 26, 68, 391 N° 2° del Código Penal; 514, 527 del Código de Procedimiento Penal, SE CONFIRMA la sentencia apelada de veinticuatro de mayo de dos mil, escrita de fs. 248 a 255, con las siguientes declaraciones:

A. Que el procesado Carlos Ignacio Horta Zárate queda condenado a sufrir las siguientes penas por los delitos que se señalan:

1. TRES AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de homicidio simple en la persona de Claudio Benito Gómez Martínez.

2. SESENTA DIAS DE PRISION EN SU GRADO MAXIMO, más accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de lesiones graves inferidas a William Leonel Martínez Guzmán, cometido tanto éste como el anterior delito el día 23 de julio de 1998, en la localidad de Panquehue, Comuna de Malloa.

B. Que en razón del beneficio de remisión condicional de las penas temporales aplicadas, el condenado deberá quedar sujeto a un plazo de observación de tres años.

C. Que se rebaja a la suma de \$ 5.000.000 (cinco millones de pesos) la indemnización que por concepto de daño moral debe pagar Carlos Ignacio Horta Zárate a la demandante Marisol Vásquez Riquelme en razón del homicidio simple de su cónyuge Claudio Benito Gómez Martínez.

D. Que se rebaja a la suma de \$ 2.000.000 (dos millones de pesos) la indemnización que por concepto de daño moral debe pagar Carlos Ignacio Horta Zárate al demandante William Leonel Martínez Guzmán en razón del delito de lesiones graves de que fue víctima.

E. En los dos casos inmediatamente anteriores, las indemnizaciones serán incrementadas con la tasa de interés corriente para operaciones no reajus-

tables entre la fecha de la sentencia de primera instancia y la del pago efectivo, con costas.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Pérez, quien fue de parecer de revocar la sentencia apelada, absolviendo al acusado y negar lugar a la acción civil deducida en su contra.

Para ello tuvo presente las siguientes consideraciones.

EN CUANTO A LA ACCION PENAL.

1. Que, en primer lugar, cabe dejar constancia de la dificultad para resolver esta causa, pues el hecho fundamental, y que debe servir de guía para la resolución que debe adoptarse en definitiva, es que sólo existen las versiones del reo y de una de las víctimas, que son contradictorias en importantes detalles. Por otra parte, el hecho ocurrió de noche, completamente oscuro, razón por la cual las versiones de los protagonistas pueden adolecer de apreciaciones erróneas, y porque además ambos deben haber estado soportando una carga emocional bastante intensa. Baste considerar para este efecto que William Martínez estaba cometiendo un hecho reprobable, como era ingresar de noche, por vía no destinada al efecto, a la propiedad de su vecino con el propósito de apropiarse de dos sacos de naranjas Thompson y además había sido sorprendido por el hijo del dueño, que se encontraba armado con una escopeta cargada y sin seguro y habiendo sentido instantes antes un disparo de advertencia del dueño hecho en las cercanías del lugar, y sin haberse identificado. Por otra parte, el reo, que en ese instante se encontraba solo y con un arma con dos cartuchos, había descubierto a personas que se apropiaban de la fruta del predio de su padre, sin conocer sus identidades y sin saber si estaban armadas o no.

2. Que el reo Carlos Ignacio Horta Zárate en su declaración indagatoria de fs. 12 reconoce su participación en los hechos, pero le agrega circunstancias que en opinión del disidente permitirían eximirlo de responsabilidad penal.

3. Que, en efecto, del examen de los autos se desprende inequívocamente que en la noche del 23 de julio de 1998 el procesado Horta Zárate salió a recorrer la propiedad de su padre denominada La Capilla, ubicada en Panquehue, Malloa, en compañía de su progenitor Carlos Horta Lizana, premunido él de una escopeta Herald de calibre 16 con dos cañones, cargada con dos cartuchos y su acompañante con una pistola marca Stayer. El objeto de esta ronda era investigar la existencia de personas que aprovechándose de la oscuridad ingresaban al predio con el objeto de apropiarse de la producción de naranjas Thompson, hecho que estaba ocurriendo con

demasiada frecuencia en los últimos días, al extremo que en los anteriores los ladrones para facilitar su ingreso al lugar, habían cortado la malla de 1,80 mts. de altura que rodeaba el perímetro de la parcela de 9 has.

Que en estas circunstancias, el padre del procesado se separó de su hijo y se dirigió hacia el lugar donde se había cortado el cerco y habiendo sentido ruido de personas que merodeaban entre las matas hizo un disparo al aire de advertencia.

4. Que el procesado declara que casi al instante del disparo hecho por su padre sintió ruido entre las matas, detectando la presencia de ladrones, pues sintió el ruido de corte de los frutos, y alzando la voz exigió que las personas que allí se encontraban arrancaran. Agrega el declarante que en ese instante vio que un sujeto, que no identificó, corría hacia él emitiendo gritos y gruñidos y como no se detenía le disparó hacia la parte baja del cuerpo cuando se encontraba a aproximadamente a 8 metros de distancia, cayendo el sujeto al suelo como a tres (3) metros del lugar donde se encontraba. Agrega que en ese instante apareció repentinamente un segundo sujeto, que no había visto, de entre medio de la mata de naranjas que se encontraba al frente de él y lo atacó tratando de quitarle el arma, agarrando la punta de la escopeta, y que en el forcejeo ésta se inclinó hacia abajo y disparó, hiriendo al agresor en una pierna, cayendo al suelo. En ese momento el sujeto le manifestó: Carlos, me heriste, sin saber el procesado de quién se trataba. Al instante llegó su padre Carlos Horta Lizana, quien al percatarse que los ladrones estaban heridos en el suelo y su hijo sin daños, salió a buscar ayuda de la Policía de Carabineros, la que llegó un tiempo después y solicitó la presencia de una ambulancia que los llevó al Hospital.

El primero de los individuos sorprendidos apropiándose de naranjas (dos sacos plásticos a medio llenar), llamado Wiliam Martínez Guzmán, recibió herida por perdigones en región flanco y lumbar izquierda y hematoma retroperitoneal, de mediana gravedad, según informe del Servicio de Urgencia del Hospital de Rengo que corre agregado a fs. 26 y herida por perdigones y dorso lumbar, de carácter grave, según diagnóstico del Servicio Médico Legal de Rengo, que rola a fs. 97; el otro sorprendido robando naranjas, que falleció al día siguiente en el Hospital de Rancagua, y que podría haberse salvado con atención médica oportuna, según informe de autopsia de fs. 77, sufrió gran herida de rodilla derecha, cara interna, con fractura expuesta conminuta de extremidad inferior del fémur y sección de arterias, vasos y nervios femorales, con ruptura de músculos y tendones de rodilla, y herida de tres perdigones en borde esternal izquierdo y gran hematoma por dentro de la parrilla costal.

5. Que la versión de William Martínez Guzmán difiere de la del reo, pero es relativamente coincidente con la de este último en cuanto a la distancia: Horta Zárate reconoce haberle disparado a éste cuando se encontraba alrededor de 8 metros; en cambio el herido sostiene que se le disparó cuando se encontraba alrededor de 5 metros de distancia.

6. Que se hace necesario dilucidar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal, si la versión del procesado Horta Zárate es verdadera o no, atendiendo al modo en que verosíblemente habrían ocurrido los hechos y a los datos que arroje el proceso para apreciar los antecedentes, el carácter y la veracidad del reo y la exactitud de su exposición.

7. Que en opinión del disidente la versión del procesado es la que más se acerca a la verdad, por las siguientes consideraciones:

a) Carlos Ignacio Horta Zárate no tiene antecedentes penales, como aparece de su extracto de filiación y antecedentes de fs. 188 y su irreprochable conducta anterior se encuentra plenamente acreditada con el testimonio de Luis Ramiro Rubín López y Hugo Alberto Holmgren Hendrick de fs. 15 y 15 vta.

b) Su versión se encuentra corroborada por el testimonio de su padre Carlos Horta Lizana, quien a fs. 16 reconoce que cuando llegó al lugar de los hechos vio a dos personas heridas en el suelo.

c) Hay que tener presente, por otra parte, que William Martínez Guzmán reconoció haber entrado a robar en propiedad ajena (fs. 51) y su versión en cuanto a los disparos es contradictoria, pues a fs. 74 desmiente la existencia de un disparo de advertencia que había reconocido a fs. 52, y a fs. 150, en la reconstitución de escena reconoce la existencia de un tercer disparo de escopeta, lo que está en contradicción con los dichos de los declarantes Claudio Alfredo Rojas Martínez, Marcelo Jesús Sepúlveda Flores y José Miguel Arroyo Gálvez, que deponen a fs. 94, 95 y 96, respectivamente, los que sostienen haber escuchado solo tres (3) disparos y no cuatro (4) como contabiliza William Martínez Guzmán y las conclusiones del informe pericial balístico practicado por el Servicio de Investigaciones de Chile y que rola a fs. 136 y siguientes.

d) Que en la reconstitución de escena y detalle fotográfico del Informe Pericial Fotográfico de la Policía de Investigaciones de fs. 148 (fotos 06, 07 y 08) aparece que el occiso Claudio Benito Gómez Martínez forcejea con el reo por la posesión del arma, encontrándose el cañón de la escopeta en dirección hacia abajo, apuntando hacia las piernas de la víctima, lo que tiene vital importancia para lo que se establecerá a continuación.

e) Que la versión precedente es coincidente y concordante con el Informe Pericial Balístico de fs. 136 y siguientes, pues en fs. 141 y al examinarse pericialmente el blue jeans Levis y pantalón de buzo que utilizaba Claudio Gómez Martínez al momento de los hechos, se describe en ambas prendas un orificio circular de 2 cms de diámetro, de bordes invertidos ubicado en la pierna derecha, sector posterior, a 50 cms de borde inferior y a 4,5 cms de la costura lateral externa. Dicho orificio corresponde a entrada de perdigones múltiples. No se observan orificios satelitales de perdigones, agregándose en un segundo párrafo, que se observa desgarradura lineal de 9 cms de longitud, con bordes evertidos, ubicada en el sector posterior de la pierna derecha, a 46 cms del borde inferior y casi en la costura lateral interna. Dicha desgarradura podría corresponder a la salida de perdigones y otros elementos arrastrados por el haz de perdigones que ingresa por el orificio antes indicado.

f) Que, en efecto, la circunstancia que ambos pantalones en su pierna derecha, borde interno, parte posterior, tengan un orificio circular de 2 cms de bordes invertidos, o sea de afuera hacia adentro, y prácticamente del diámetro del cañón de la escopeta, significa que corresponden a un disparo hecho a muy corta distancia, casi apoyado en la pierna, que impidió la dispersión de los perdigones (no se observan orificios satelitales de perdigones, como asevera el Informe Pericial Balístico), que ingresó por el borde interno de la rodilla derecha, produciendo a la salida una desgarradura de 9 cms, con bordes evertidos, que coincide con la descripción de la autopsia de fs. 77.

g) Que estas observaciones permiten concluir que la versión del procesado es más coincidente con la realidad, más aún si se contrasta con la versión de William Martínez Guzmán en el set fotográfico de fs. 148 y siguientes (fotos 11 y 12) e Informe Policial Planimétrico, de cuyas declaraciones se deduce que el reo habría disparado a Gómez Martínez a una distancia de más o menos 1,5 metros, lo que de ser efectivo habría provocado una gran dispersión de perdigones y como consecuencia, gran cantidad de perforaciones en la pierna derecha y pantalones que usaba la víctima, lo que es contrario a un solo orificio de 2 cms en ambas prendas del occiso, como se desprende del informe pericial del Servicio de Investigaciones.

7. Que adicionalmente a estas consideraciones cabe tener presente que del Informe Pericial Balístico de fs. 136 se concluye, además:

a) Que los disparadores de la escopeta Herald de 2 cañones pueden ser clasificados como blandos, pues sólo se requiere la aplicación de una fuerza de 1,8 kgs. al disparador derecho y de 2 kgs. al disparador izquierdo, lo

que permitiría concluir que en un forcejeo por la posesión del arma incluso se haya podido disparar accidentalmente.

b) Que los orificios existentes en el sweater, camisa y camiseta tipo polo que vestía William Martínez Guzmán fueron causados por un haz de perdigones disparados por un arma desde larga distancia.

c) Que Claudio Gómez Martínez fue impactado por un haz de perdigones disparados por una escopeta desde corta distancia y que no es posible descartar que él haya sido víctima de un haz de perdigones disparados en la posición que manifiesta Carlos Horta Zárate, ya que este último indica no haber observado la posición exacta que tenía Gómez (conclusiones b) y c) del peritaje).

d) Que la versión entregada por Carlos Horta Zárate respecto de la circunstancia en que se produjo el disparo que lesionó a Claudio Gómez Martínez resulta balísticamente aceptable (conclusión e).

e) Que la versión entregada por Carlos Horta Zárate resulta balísticamente aceptable en cuanto a distancia y cantidad de disparos efectuados (conclusión f)

f) Que los heridos fueron impactados por perdigones provenientes de un solo proceso de disparo cada uno, descartándose que alguno de ellos haya sido víctima de dos o más procesos de disparos (conclusión 3.)

8. Que de todo lo expuesto se puede concluir que la versión dada por el reo Carlos Horta Zárate se ajusta totalmente a la realidad de los hechos, tal como verosímilmente pudieron ocurrir, de acuerdo a los datos que arroja el proceso, y en los términos exigidos por el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal.

9. Que resuelto este aspecto del problema, se hace necesario analizar si en la especie se dan los elementos de justificación que alega el procesado.

10. Que el artículo 10 N° 4 del Código Penal establece que está exento de responsabilidad el que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera. Agresión ilegítima; Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

11. Que como se ha sostenido con anterioridad por esta Corte en fallo de 28 de diciembre de 2000 (Rol N° 1.282-00), citando la opinión del desta-

cado penalista don Luis Cousiño (*Derecho Penal Chileno*, t. II, pág. 199), sujeto activo de la legítima defensa es la persona que ejercita el derecho de defensa, ya sea en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, amenazados por la agresión antijurídica del sujeto pasivo de la misma, agregando que aunque aparezca elemental y obvio, es conveniente recordar que la legítima defensa ha surgido a la vida jurídica tan solo por la circunstancia de que el defensor realiza un hecho típico, o lo que es lo mismo, que únicamente puede ser sujeto activo de defensa el sujeto activo de un delito, o dicho de otra manera, la legítima defensa hace lícito lo que en otra circunstancia sería ilegítimo o delictual.

Por otra parte, como lo señala el mismo autor (op. cit., t. II, pág. 255), desde muy antiguo se ha enseñado tanto en España como en Chile u otros países que se han inspirado en el Código Penal de la madre patria, que la agresión puede revestir dos formas: ser actual o inminente, agregando que el autor Pacheco escribe que para que surja el derecho de defenderse no basta con las amenazas, pero tampoco quiere decir esto que hayamos de esperar la realización del hecho que viene sobre nosotros, para repelerlo y remediarlo enseguida. No llega a tanto lo que la razón nos pide, ni lo que mandan las palabras de la ley. Aun hablando con todo rigor, esto no sería ya, o podría no ser, defenderse, sino que quizá vengarse de lo que sufriera. Basta para autorizar el ejercicio de este derecho de que hablamos, que sea inminente la acción, que de hecho se nos amenace, que haya en realidad tentativa contra nosotros (J. F. Pacheco, *El Código Penal*, T. I, págs. 450 y sgts.), principio de la inminencia de la agresión que tiene su origen en *Las Partidas* cuando se señala que "es natural que todo hombre pueda amparar su persona de muerte cuando alguno lo desea matar, y no ha de esperar que el otro lo hiera primeramente, porque podría acaecer que por el primer golpe que aquel diese pudiese morir el acometido y después no se pudiese amparar" (Ley 2, tít. 8, Partida VII).

12. Que para calificar la concurrencia de las circunstancias previstas por la ley, resulta evidente que el sentenciador debe examinar la situación real, tal como ocurrió, o sea, ex ante y no bajo un punto de vista ideal o teórico, o ex post.

Bajo este prisma, debe tenerse presente que Carlos Ignacio Horta Zárate se encontraba premunido legítimamente de una escopeta cargada, debidamente inscrita y proporcionada por su padre, y en terreno de propiedad de aquél, y que existirían grandes probabilidades que se podrían encontrar con ladrones que podrían estar armados y que fueran atacados por ellos.

13. Que en la especie se dan los requisitos que exige el N° 4, causal Primera, pues la intrusión de dos personas desconocidas, de noche y por vía no

destinada al efecto, en propiedad ajena y con ánimo de apropiarse de bienes del propietario del terreno, constituye evidentemente una agresión ilegítima contra derechos de terceros. Por otra parte, y bajo el punto de vista del procesado, y habiéndose aceptado su versión, debe entenderse que él también fue objeto de agresión tanto por parte del lesionado William Martínez Guzmán, quien en la oscuridad cuando fue sorprendido se abalanzó sobre él gritando y gruñendo, sin saber el procesado quién era su atacante y si estaba armado o no, como por el lesionado, que posteriormente falleció, Claudio Benito Gómez Martínez, pues este último se lanzó sobre Horta Zárate con el propósito de quitarle la escopeta, la que todavía tenía un tiro sin percutar.

14. Que también concurre la causal Tercera del N° 4 del artículo 10 del Código Penal, pues resulta evidente que no hubo provocación del procesado Horta ni de su padre, pues ellos salieron a vigilar su propiedad y sus bienes, en el ejercicio legítimo de un derecho.

15. Que por último, también concurre la causal Segunda del N° 4 del artículo 10 del Código Penal, esto es, la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, pues, como se ha señalado con anterioridad, el procesado tenía en su poder legítimamente una arma para vigilar un predio de su padre que estaba siendo objeto de robos por personas desconocidas y probablemente armadas, y cuando descubrió a uno de ellos, fue atacado por Martínez Guzmán, quien se abalanzó en su contra gritando y gruñendo, sin poder saber si estaba o no armado, viéndose en la necesidad de disparar, lo que hizo a la parte baja de su cuerpo, lo más que pudo (declaración indagatoria fs. 13), o sea, sin ánimo de matar, lo que coincide con el tipo de lesiones sufridas por el atacante.

Respecto de Claudio Benito Gómez Martínez, éste lo atacó tratando de quitarle su arma, que todavía estaba con un tiro sin percutar, lo que también lleva a concluir, en la hipótesis de que Horta Zárate hubiese disparado, que había necesidad racional del medio empleado, pues de habersele arrebatado el arma con un cartucho en su interior, podía haber sido usada en su contra, con ánimo de venganza por las lesiones sufridas por William Martínez.

Por último, existe también la posibilidad, que no puede descartarse, que el disparo que causó la lesión de Gómez Martínez pudo haber sido provocado por el forcejeo por la posesión del arma, dada la blandura de sus percutores (Informe Pericial Balístico), lo que alejaría hasta la posibilidad de la voluntariedad de la acción.

A este respecto, conviene citar la opinión del distinguido profesor don Mario

Garrido Montt (*Derecho Penal*, t. II, pág. 133), quien sostiene que el criterio para determinar la necesidad racional debe ser objetivo, o sea, apreciando la realidad de las circunstancias concurrentes, pero poniéndose en el lugar del sujeto que se defendió y en el momento de la agresión.

16. Que, en consecuencia, se cumplen todos los requisitos que el artículo 10 N° 4 del Código Penal establece para que el procesado Horta Zárate sea absuelto de la acusación hecha en su contra.

17. Que por último queda por dilucidar la circunstancia de que Gómez Martínez, habiendo sido objeto de un solo proceso de disparo, como lo establece el Informe Pericial Balístico, y concentrado en su rodilla derecha con una herida provocada a muy corta distancia, aparezca en el informe de autopsia con heridas de perdigones (3) en el tórax.

La explicación de esta circunstancia está en lo señalado al inicio de esta prevención, pues dadas las circunstancias en que ocurrieron los hechos las versiones de los partícipes pudieron adolecer de errores, y en este sentido, en la versión de William Martínez existe un hecho cierto y es que su primo Gómez Martínez se encontraba detrás de él, por lo que perdigones que no impactaron a Martínez Guzmán pudieron haber impactado a Claudio Gómez, lo que no impidió que éste último se hubiese deslizado furtivamente hasta el naranjo existente frente a Horta Zárate, sin darse cuenta éste de su presencia, atendida la oscuridad del lugar y que estaba preocupado del herido que estaba en el suelo.

Esta explicación no altera las conclusiones respecto de la concurrencia de las causales de exención antes señaladas.

EN CUANTO A LA ACCION CIVIL.

18. Que dado que en opinión del disidente Carlos Ignacio Horta Zárate no ha cometido delito alguno, por lo que debe ser absuelto, debe rechazarse también la acción civil deducida en su contra.

Regístrese y devuélvase. Redacción del Ministro Sr. Nivaldo Segura P. y la disidencia del Ministro Sr. José Luis Pérez Z.
Rol N° 2792-01.

PRONUNCIADO POR LOS MINISTROS SEÑORES ALBERTO CHAIGNEAU DEL C., JOSE LUIS PEREZ Z., MILTON JUICA A., Y NIBALDO SEGURA P. Y EL ABOGADO INTEGRANTE SEÑOR FERNANDO CASTRO A."

III. Comentario

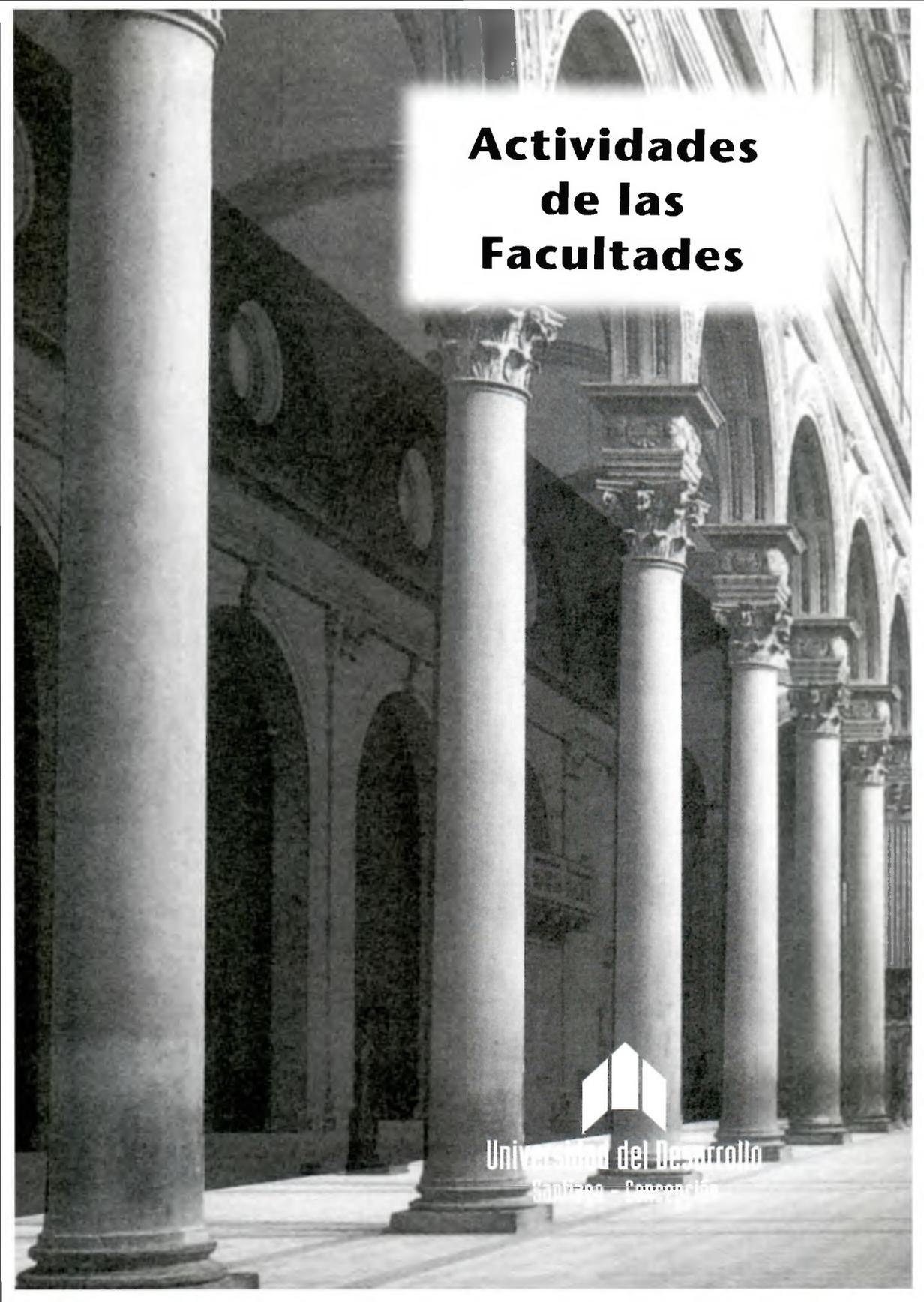
En la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2000, la Corte Suprema fija con mucha precisión el contenido de los requisitos de la legítima defensa. En efecto, como es sabido, el elemento fundamental está constituido por la agresión ilegítima, que a su vez aparece circunscrita sobre la base de la racionalidad necesaria de la defensa y la falta de provocación suficiente. El juego de estos aspectos es el que determina en definitiva si estamos o no en presencia de esta causal de justificación.

En el fallo en análisis, con mucha razón, la Corte Suprema no limita el concepto de agresión a la actualidad, sino que lo extiende, conforme a la doctrina dominante tanto nacional como comparada, a la inminencia, pues es evidente que, haciendo una analogía con la tentativa, ya en el momento en que se puede desencadenar la agresión la persona debe considerarse habilitada para ejercer su defensa, pues de caso contrario, en realidad, se estaría negando el derecho a la defensa. Por otra parte, en esta misma sentencia la Corte Suprema, también de acuerdo con la doctrina, estima la concurrencia de la racionalidad necesaria del medio empleado, pues este requisito hay que considerarlo desde una perspectiva objetiva subjetiva, es decir, desde la posición del que se defiende o mejor dicho del que sufre la agresión y es por eso que en la doctrina dominante se excluye el concepto de proporcionalidad. De ahí entonces creemos que acertadamente la Corte Suprema no rechaza la legítima defensa por la sola circunstancia de los disparos realizados por la mujer frente a un marido agresivo, pero desarmado.

Sin embargo, sorprendentemente en fallo de 3 de junio de 2002, la misma Corte Suprema decidió totalmente lo contrario. Si bien es cierto, acepta la existencia de una agresión, por la circunstancia de tratarse de una propiedad privada, a la cual los ladrones entran de noche y lo habían hecho repetidamente para sustraer naranjas, niega la existencia de la racionalidad necesaria del medio empleado. Si comparamos las circunstancias de este segundo caso con el primero, ciertamente desde un punto de vista objetivo subjetivo no se aprecia diferencia que justifique el cambio de criterio. En efecto, desde el punto de vista del agredido, la circunstancia de ingresar ladrones de noche, hace a cualquier persona racional y no irracionalmente presumir que están dispuestos a llevar a cabo cualquier acción agresiva para lograr su objetivo y, por consiguiente si, como hace nuestro Código, no se atiende a la proporcionalidad, que sería un requisito puramente objetivo, es evidente que en el caso en análisis también concurre la racionalidad necesaria de la defensa. Es por eso que resultan inexplicables resoluciones contradicto-

rias sobre la misma materia expedidas en el breve plazo de un año y medio, en un tema tan significativo y trascendente para el concepto de legítima defensa.

Conforme a lo anterior, resulta digna de destacar la coherencia del voto de minoría en la segunda sentencia, del Ministro señor Pérez, quien también concurrió con su voto a la mayoría del primer fallo. Acertadamente señala que los requisitos de agresión y necesidad racional del medio empleado han de apreciarse ex ante y, por consiguiente, desde la perspectiva del agredido conforme a las vivencias reales que ha experimentado el que se defiende en el caso concreto, es decir, desde una perspectiva objetivo subjetiva, lo cual aparece claramente reafirmado por el requisito de falta de provocación suficiente, que precisamente pone el acento en el aspecto de carácter subjetivo.



Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo
Cristiano - Convencido

Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)

Primer semestre 2004

Andrea Fraga Yoli

Coordinadora de Carrera

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Este apartado contiene las actividades más destacadas desarrolladas por nuestra Facultad durante el primer semestre del período académico 2004.

- En el mes de marzo la Facultad de Derecho trasladó el funcionamiento de sus oficinas al nuevo edificio de la Universidad del Desarrollo, Campus San Carlos.
- Con fecha 18 de marzo se presentó el libro de la profesora Gabriela Paiva Hantke y el señor Carlos Cortés Simon, titulado "Solución de Controversias Comerciales". El libro fue presentado por el Director de Postgrado, Rafael Cruz Fabres, y el acto contó con la asistencia de destacados profesionales y representantes gremiales, etc.
- La Universidad del Desarrollo entregó al profesor de esta Facultad de Derecho, Sr. Jaime García Escobar, un premio por el concurso de investigación correspondiente al año 2004. El proyecto de investigación del profesor García se refiere a "La Elusión Tributaria"

Actividades de extensión

- Durante el mes de abril se llevó a cabo el Seminario "Justicia y Medios de Comunicación, ¿Una tensión evitable?". Dicho encuentro contó con la presencia de importantes expositores: el Presidente de la Ilustrísima Corte Suprema, Sr. Marcos Libedinsky T.; el Sr. Ministro de Justicia, Sr. Luis Bates H.; el Presidente de la Asociación Nacional de Prensa, Sr. Carlos Schaerer J.; el Director de Prensa de Canal 13, Sr. Nicolás Vergara V.; y el Decano de la Facultad de Derecho, Sr. Pablo Rodríguez G.

- Durante el mes de junio se realizó el seminario sobre “Delitos contra el Honor”, el cual contó con la intervención de importantes profesores penalistas de nuestra facultad, como Rodrigo Medina J.; Hugo Rivera V.; Eduardo Novoa A.; y la participación del Sr. Miguel Schweitzer (Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae).
- A partir del mes de julio, se realizará un curso de Actualización en Derecho en Materia Civil, sobre temas de variada índole, lo cual será un aporte de nuestra Facultad a la comunidad, atendidas las últimas modificaciones legales.
- Dentro del marco de la Reforma Procesal Penal, la Facultad se encuentra trabajando activamente para el programa instituido por el Ministerio de Justicia “Jóvenes por la Reforma”, para lo cual se está organizando un grupo de monitores formado por alumnos de 5º año, el cual tras una capacitación llevará la reforma a diversos lugares para su divulgación a la comunidad.

Actividades de profesores

- Entre el 26 y 29 de mayo de 2004, la Directora de la Carrera, Sra. Cecily Halpern Montecino, asistió a la conferencia “Educating Lawyers for Transnational Challengers”, que se realizó en Hawai. La ponencia de la profesora Halpern se tituló “Tendencias de la Educación Superior Chilena”.

Actividades de alumnos

- **Tutorías:** La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo está empeñada en brindar una atención personalizada a sus alumnos. Muestra de ello es la labor que desempeñan los tutores, quienes se preocupan no sólo del rendimiento académico de los estudiantes, sino que pretenden ser una ayuda y apoyo de ellos en el ámbito personal.
- **Visitas de Estudios:** Durante el primer semestre de este año los alumnos del primer año visitaron el Congreso Nacional, participando activamente de las sesiones de la Cámara de Diputados.

Atendida la importancia y utilidad de experiencias de este tipo para la formación profesional de los alumnos es que durante el 2004 continuarán desarrollándose sistemáticamente estas actividades. Muestra de ello es la visita programada dentro del ámbito del ramo Derecho Penal, que se efectuó el día 9 de junio al Servicio Médico Legal.

- **Taller de Derecho Romano:** En la cátedra de Derecho Romano (primer año de la carrera), dirigida por la profesora Sra. Angela Cattan, se está realizando un taller sobre el matrimonio y sus problemáticas, al final del cual se espera realizar una serie de presentaciones.

- **Actividades Sociales:** Para la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo es fundamental otorgar una formación integral, manifestada en la entrega de sólidos valores que los estudiantes vuelcan hacia la comunidad entera, lo que no es otra cosa que la materialización de su proyecto educacional.

Es por eso que dentro de sus actividades curriculares y extracurriculares se contemplan acciones de ayuda social, entre las que merecen destacarse el curso de "Clínica Jurídica", asignatura eminentemente práctica en la que los estudiantes otorgan asistencia judicial a los habitantes de la Comuna de Renca.

- **Centro de Alumnos:** El Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho ha tenido una activa participación en las actividades de la Facultad, como así también en sus actividades propias, tales como organización de la bienvenida de los alumnos de primer año, campeonatos de futbolito; encuestas de alumnos, etc.

Ambito internacional

- En el mes de junio de 2004, nuestra Facultad fue aceptada como integrante en la sección Facultades de Derecho de la Federación Interamericana de Abogados e igualmente invitada a participar en la Conferencia que se celebrará en Madrid entre el 22 y 26 de junio del 2004.

Postítulo

- Entre los meses de abril y agosto de 2004, se está impartiendo exitosamente el Diplomado "Sobre el Nuevo Proceso Penal", diplomado que fue inaugurado con el discurso del Sr. Ministro de Justicia, don Luis Bates Hidalgo, y que coordina la profesora Marta Herrera Seguel.

Inauguración año académico

- Con fecha 22 de abril de 2004, se inauguró el año académico de la Facultad de Derecho, oportunidad en que el Decano Sr. Pablo Rodríguez Grez pronunció un discurso que se incluye a continuación.

Discurso de inauguración año académico 2004

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Como se ha hecho ya tradicional, nuestra Facultad inicia oficialmente sus actividades con un acto de premiación y de reconocimiento. Queremos distinguir, anualmente, a los mejores alumnos de cada curso y hacer entrega de un premio especial al egresado más destacado de su promoción. Aspiramos a que este galardón sea en el futuro un timbre de orgullo para quienes lo reciben y un título de excelencia para encarar las tareas profesionales.

Permítaseme, en esta solemne convocatoria, formular algunas reflexiones muy generales, sin otro propósito que describir nuestras más íntimas inquietudes en esta etapa histórica tan llena de imperativos silenciosos, pero ineludibles.

La Humanidad atraviesa, en el día de hoy, por un etapa de grandes transformaciones. La tecnología y el pragmatismo han desplazado, al parecer definitivamente, a la tiranía de las ideologías, que tanto daño causaron en la convivencia pacífica en casi todas las naciones. Si bien las "utopías" representan los sueños de la juventud y la supervivencia del idealismo, no pueden ellas condicionar la vida social y política, ni mucho menos colocarnos, como ocurrió en un pasado no lejano, en trincheras enemigas.

El fabuloso avance científico y tecnológico exige una respuesta coherente del Derecho, porque bruscamente cambian los hábitos y las conductas y ello no puede quedar al margen de la regulación jurídica, a riesgo de anarquizar la vida social.

Por lo mismo, hoy, quizás más que nunca, los hombres de Derecho se enfrentan a un gran desafío –palabra probablemente demasiado altisonante–, desafío que consiste en actualizar el sistema normativo, en dotar a los futuros abogados de capacidad creativa para encarar la nueva realidad, en transmitir a la comunidad los valores incorporados a las normas, sin los cuales el mandato del legislador carecería de substancia, en fin, en hacer del Derecho una herramienta eficaz para perfeccionar la convivencia social, y al abogado un agente al servicio de la justicia, el orden, la seguridad, la integración y la paz. Esta es la primera reflexión que me sugiere este acto.

Los premios que hoy entregamos constituyen un reconocimiento a la capacidad de estudio, a la constancia y la dedicación. Sabemos que tras ellos se esconden horas de sacrificio y de esfuerzo, de éxitos y de decepciones. Así es la vida misma y, particularmente, la vida del abogado que se identifica con una causa, haciéndola suya y asumiendo, por ende, las grandezas y las pequeñeces de toda obra humana. Se lo digo desde ya. Como abogados están llamados a experimentar deslumbrantes satisfacciones cuando vean realizados sus anhelos de justicia, y desgarradoras amarguras cuando crean que ella (la justicia) les es esquiva, porque no fueron capaces de torcer su curso. En ambos casos, tanto en el triunfo como en la derrota, deben mantenerse inquebrantables, porque la vanidad y el derrotismo son, por igual, dos grandes impostores.

El mejor alumno de esta promoción recibirá un premio especial que hemos instituido con el nombre de Roberto Dávila Díaz. Su personalidad y su ejemplo son, sin duda, más expresivos que todas mis palabras. Formado en la disciplina judicial, en un momento particularmente difícil de nuestra historia, cuando todavía muchos consideraban al Poder Judicial un servicio público más, se abrió paso en el escalafón hasta ser elegido Presidente de la Corte Suprema, máxima distinción a que puede aspirar un juez en Chile.

Junto al ejercicio de sus funciones judiciales, Roberto Dávila se abocó al cultivo de la docencia. El sabía mejor que nadie que no era suficiente dejar estampado su pensamiento en las decisiones jurisdiccionales. Era necesario, además, contribuir a la formación de los futuros abogados, transmitirles a ellos la devoción y el entusiasmo que lo hizo un juez íntegro e incorruptible, severo, pero profundamente humano. A esta noble tarea dedicó parte importante de su tiempo, restándolo del descanso a que legítimamente podía aspirar. Fue en esta casa de estudios superiores en donde sembró la semilla de su vocación y en la cual, cada año, le recordamos con recogimiento y gratitud. Estas razones nos impulsan a transformar este premio en un aliciente que comprometa no sólo a quien lo recibe, sino a todas las

actuales y futuras generaciones que egresen de estas aulas. La juventud, en este momento y más que nunca, requiere de arquetipos y de estímulos, de derroteros que la orienten y, sobre todo, de fe en valores y principios que inspiren su conducta y sus decisiones. De aquí la importancia de evocar los fundamentos morales en que se sustenta el modelo que procuramos construir. Es por ello que cada año Roberto Dávila preside espiritualmente este acto, como demostración que perdura entre nosotros su recuerdo, como ejemplo vívido y presente.

Nuestra Universidad experimenta, año a año, un mejoramiento ostensible en sus instalaciones, en su infraestructura, en la calidad académica de su cuerpo docente y del alumnado, en sus tareas de extensión y en su preocupación por la investigación y la búsqueda de soluciones originales a los problemas que afectan a la comunidad nacional.

Estamos inmersos en una realidad que evoluciona velozmente. La renovación del conocimiento se sucede a una velocidad vertiginosa. Nuestra respuesta, entonces, no puede ser otra que llamar a los estudiantes a asumir, en este proceso, un papel "protagónico", como modernos cruzados de su tiempo. No queremos "espectadores", sino promotores, líderes y conductores. Nos esperan días difíciles, porque el Derecho debe adecuarse e interpretar ahora, no mañana, los adelantos científicos y tecnológicos y, sobre todo, recoger las nuevas tendencias que universalizan hoy la actividad económica, y mañana, muy probablemente, la institucionalidad política. Frente a este escenario, nadie puede permanecer indiferente o sustraerse o esquivar su responsabilidad, porque, casi sin advertirlo, estamos siendo partícipes de una verdadera "revolución cultural", la cual o encauzamos o nos sometemos atados a sus designios.

Prueba de lo que digo son nuestros estudios sobre la "realidad nacional", que desnudan las deficiencias que acusa la cultura jurídica de los chilenos, y las distorsiones y contradicciones que sufre la opinión pública sobre la función judicial y el rol del abogado. Todo ello nos demanda un esfuerzo todavía mayor, porque debemos participar en un proceso renovador que afecta la esencia misma de nuestra profesión. ¡Cuánta razón tenía Eduardo Couture, el insigne procesalista uruguayo, cuando nos advertía que quien no sigue estudiando después de obtener su título, será cada día menos abogado!

A nuestros egresados un simple mensaje al concluir esta etapa trascendental de su vida, probablemente la más fecunda en el trabajo intelectual y la más rica en el perfeccionamiento humano. Que éste llegue a ustedes en boca de un gran poeta chileno, Juan Guzmán Cruchaga, cuya

voz, físicamente apagada, parece resonar, sin embargo, cada día más alto en el espíritu sensible de Chile. Él escribió, al culminar su vida, la siguiente reflexión: "Doy por ganado todo lo perdido. Y por ya recibido lo esperado. Por vivido todo lo soñado y por soñado todo lo vivido". Que este mensaje los acompañe en la alegría y en la tristeza, en la adversidad y en la esperanza, porque con estos materiales se construyeron los caminos por los que discurre la existencia humana.

Muchas gracias.

Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)

Primer semestre 2004

Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Esta sección de la Revista está destinada a sintetizar las principales actividades docentes y de extensión desarrolladas por la Facultad durante el primer semestre de este año.

I. Actividades de extensión del primer semestre del año 2004

1. Curso "Reforma Procesal Penal para no Abogados (Aspectos Penales y Procesales)"

Las actividades de extensión del primer semestre del año 2004 se iniciaron con el Curso sobre la Reforma Procesal Penal para no Abogados (Aspectos Penales y Procesales), que se desarrolló desde el 14 de mayo al 1º de junio. Como su nombre lo indica, el curso estuvo dirigido a personas que, sin ser abogados, requerían competencias en los aspectos centrales de la reforma. Los responsables de impartir las cátedras fueron los profesores Sres. Jaime Pacheco Quezada, Hugo Tapia Elorza, Marcelo Torres Duffau y Juan Yáñez Martinic.

2. Curso "Nueva Ley de Matrimonio Civil".

A raíz de la aprobación de la Ley 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, la Facultad dictó un curso destinado a difundir la nueva normativa que introdujo el divorcio vincular en nuestra legislación civil. Debe recordarse que el tema central del noveno número de *Actualidad Jurídica* fue precisamente el divorcio vincular. Los expositores en el curso, que se dictó en varias sesiones, con una duración total de quince horas, fueron los profesores Sres. Ramón Domínguez Aguila, Hugo Larraín Prat, Eduardo Tapia Elorza, Juan Carlos Tapia Elorza y Bruno Caprile Biermann.

3. Debate “La píldora del día después”

La Facultad organizó un debate sobre los aspectos éticos, médicos y jurídicos de la píldora del día después. Los panelistas fueron los médicos Sres. Fernando Chuecas S. y Jorge Cabrera D. y el abogado y profesor de esta Facultad Sr. Max Silva A.

II. Clase inaugural del año académico

La clase inaugural del año académico 2004 fue dictada el día 16 de abril por el Ministro de Justicia, Sr. Luis Bates Hidalgo, quien expuso acerca de la Nueva Ley de Matrimonio Civil. En la misma ceremonia se distinguió a los mejores alumnos de cada año académico y se otorgó el premio “Eduardo Fernández Florez” al mejor alumno de las últimas cinco promociones de la carrera, Sr. Jorge Sabag Villalobos. Además, se entregó un reconocimiento a los alumnos ganadores del Concurso de Ensayos Jurídicos 2003.

III. Nueva asignación de funciones directivas

A partir del mes de abril del presente año la profesora Sra. Ana María Díaz Muñoz asumió la Dirección de la Carrera y el profesor Sr. Jorge Ogalde Muñoz el cargo de Director de los Programas de Postgrado. La Facultad agradece al profesor Sr. Eduardo Andrades Rivas, quien dicta las cátedras de Historia del Derecho y Derecho Político, el período en que tuvo la responsabilidad de la Dirección de la Carrera de Derecho.

IV. Concurso de ensayos jurídicos

El año 2003 se convocó a la novena versión del concurso de ensayos jurídicos, que la Facultad desarrolla desde 1995, con el objeto de motivar a los estudiantes a profundizar sus conocimientos en las distintas áreas de la ciencia jurídica. En esta ocasión, se distinguió con el premio como el mejor ensayo jurídico al alumno Eduardo Tapia Díaz, cuyo ensayo se tituló “Aspectos sobre la Inconstitucionalidad del Divorcio en la Legislación Chilena”. Durante el mes de mayo se publicó la convocatoria para el concurso correspondiente al año 2004.

V. Cena de egresados del año 2003

El día 27 de mayo tuvo lugar una cena con los egresados de la Facultad del año 2003. En un ambiente de camaradería, los egresados departieron con

quienes fueran sus profesores. El Decano los felicitó por la culminación de esta etapa de su formación profesional y los motivó a mantener siempre presente la necesidad de un perfeccionamiento continuo y a emprender responsablemente sus labores profesionales, permaneciendo siempre vinculados a la Universidad y a la Facultad.

VI. Programas de intercambio de alumnos con universidades extranjeras

La facultad se enorgullece del entusiasmo y seriedad con que sus alumnos han participado en los programas de intercambio que permiten los convenios suscritos por esta casa de estudios superiores con universidades extranjeras. Es así como desde febrero de este año ocho alumnos cursan estudios en las Universidades Rey Juan Carlos y Carlos III, ambas de Madrid, y en la Universidad Internacional de Cataluña, de Barcelona, España. Creemos interesante destacar que cuatro alumnos permanecerán un semestre en el extranjero y los demás lo harán durante un año.

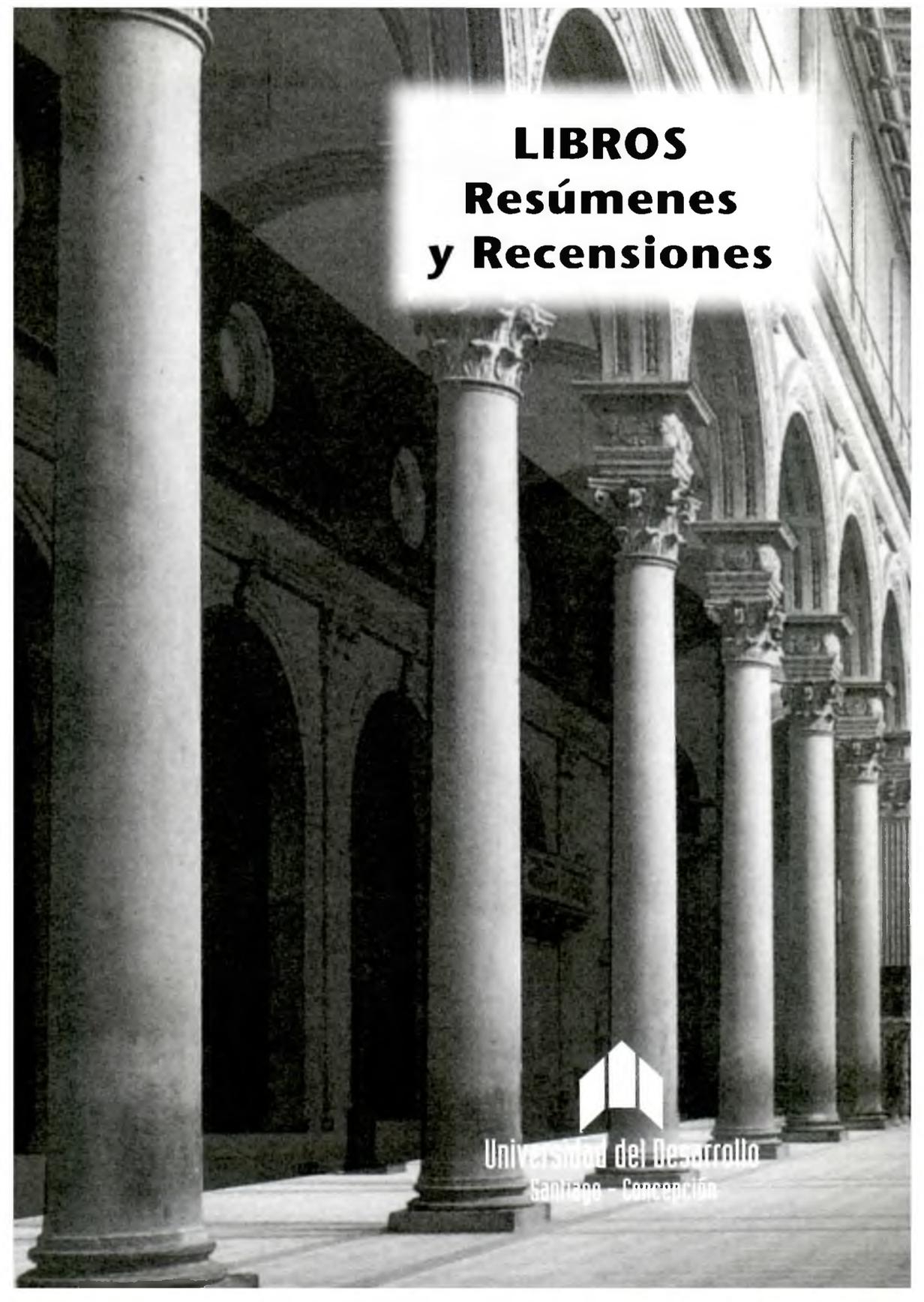
VII. Programas de postgrado de la Facultad

El 16 de abril de 2004 la Facultad de Derecho dio inicio a sus Programas de Postgrado, los que comprenden el Magíster en Derecho de la Empresa, en su quinta versión, el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa, en su octava versión, Diplomados y Cursos de Perfeccionamiento Jurídico.

Durante el primer bimestre se iniciaron los Diplomados en Derecho Civil, en Derecho Procesal Penal, en Derecho Ambiental, en Derecho Laboral, en Derecho Tributario y en Derecho Administrativo. Los cursos impartidos durante el mismo período fueron de "Derecho de Daños", "Garantías Constitucionales y Recurso de Protección", "Derecho de Aguas y Forestal" y "Derecho Procesal Penal".

En el segundo bimestre, que se desarrollará entre los meses de junio y agosto de 2004, se impartirán los cursos de "Derecho Administrativo Económico", "La Tributación en el Ordenamiento Jurídico Nacional", "Derecho Ambiental I" y "Litigación y Destrezas en el nuevo Proceso Penal".

Merece destacarse la experiencia y el reconocimiento de los más de cuarenta profesores y conferenciantes que participan en este programa y los ciento cincuenta egresados durante los siete años en que se han dictado estos programas de postgrado.



LIBROS
Resúmenes
y Recensiones



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Responsabilidad contractual

De **Pablo Rodríguez Grez**

Editorial Jurídica de Chile,
Santiago de Chile, 2003

COMENTARIO:

Hugo Rosende Alvarez

Director Departamento de Derecho Privado

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A fines del año pasado apareció publicado un nuevo libro jurídico de don Pablo Rodríguez Grez, titulado "Responsabilidad Contractual", Editorial Jurídica de Chile, 2003, que será objeto de esta recensión.

1) La obra consta de diez capítulos:

I. De la responsabilidad en general; II. Presupuestos de la responsabilidad; III. Primer presupuesto: la existencia de una obligación contractual; IV. Segundo presupuesto: la inejecución de la conducta debida; V. Tercer presupuesto: el reproche subjetivo u objetivo al infractor, denominado el factor de imputación; VI. Cuarto presupuesto: el daño; VII. Quinto presupuesto: la relación causal; VIII. El derecho de prenda general; IX. Derechos auxiliares del acreedor y sus objetivos; X. Concepciones sobre la responsabilidad: los grandes sistemas y la posición del autor.

2) En el capítulo I, que trata de **la responsabilidad en general**, se la define diciendo que "consiste en el deber de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación preexistente" (pág. 9). Lo que determina la responsabilidad es el incumplimiento del proyecto conductual denominado "obligación" y que consiste, a juicio del autor, en un deber de conducta tipificado en la ley (pág. 10). La responsabilidad surge cuando no se despliega la conducta que se ha asumido o no se pone en ella el deber de cuidado, diligencia y atención que establece la ley (pág. 10). Es entonces la responsabilidad una sanción que impone una conducta de reemplazo que sustituye el cumplimiento de la obligación, reconstruyendo el proyecto social descrito en la norma (pág. 11).

Se pregunta el tratadista, ¿qué papel desempeña la prestación en la obligación? A su juicio, la prestación es el objeto último de la obligación, esto es, "la conducta comprometida unida a la ejecución del proyecto que se exige del deudor" (pág. 15).

Siendo, en opinión del profesor Rodríguez, la obligación un deber de conducta típica,¹ la prestación es una referencia o pauta para determinar si aquel deber se cumplió de la manera que estaba convenido (pág. 16). ¿Qué sucede si el deudor prueba haber empleado el cuidado y diligencia debidos y no se ha alcanzado con ello la prestación descrita en la convención? El autor responde que no hay responsabilidad. Y para confirmar este aserto, agrega este tratadista que si lo que interesa, en definitiva, es sólo la ejecución de la prestación (dar, hacer o no hacer), todo el sistema de responsabilidad subjetiva en materia contractual carecería de sentido y utilidad (pág. 16).

En síntesis, la responsabilidad sobreviene cuando se ha incumplido un deber de conducta tipificado en la ley, que exige un comportamiento con el cuidado, diligencia y atención debidos, esto es, una obligación. Si ese comportamiento no se ha desplegado, la responsabilidad opera como una sanción que impone una conducta de reemplazo frente al deber inicial incumplido, que normalmente importará la indemnización de perjuicios.

3) En el capítulo II se explican **los presupuestos de la responsabilidad**.

A estos respectos se dice que el estudio de la responsabilidad tiene fases diversas. Por un lado, las condiciones que se deben reunir para que una persona se obligue a otra (deber de conducta para con el acreedor) y por el otro, los presupuestos que deben concurrir para estimar quebrantado el "deber de conducta" y el surgimiento de otro "deber de conducta", consecuencial, sucesivo, sustitutivo, destinado a restaurar los intereses afectados, que es la responsabilidad o deber de reparación (pág. 29).

Por consiguiente, la responsabilidad contractual es "la imposición de una conducta de reemplazo que surge cuando se ha dejado de cumplir o se ha cumplido imperfectamente (agreguemos o tardíamente) una obligación preexistente de carácter contractual, y que tiene por objeto restaurar los intereses afectados y reparar los perjuicios que pueden haberse seguido de ello" (págs. 29 y 30).

4) En el capítulo III se aborda el primer presupuesto de la responsabilidad contractual, esto es, la **existencia de una obligación contractual**.

¹ Cfr. Pablo Rodríguez Grez, "La obligación como deber de conducta típica. (La teoría de la imprevisión en Chile)". Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1992.

A) El contrato

Examinada la definición del artículo 1438 del Código Civil, según el cual: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas", el autor profundiza sobre la "prestación".

Explica que la "prestación" es el proyecto que los contratantes quieren alcanzar, mediante la conducta que una o ambas partes se comprometen a desplegar. Lo que se persigue es la creación de una nueva situación intersubjetiva, la cual se describe en el contrato como meta final del mismo. Los derechos y obligaciones de las partes son instrumentales, encaminados a obtener un resultado objetivo, que es la prestación.

El proyecto (o prestación) se desenvuelve dinámicamente en diversas etapas, iniciándose con el nacimiento de los derechos y obligaciones contractuales, el cumplimiento de tales efectos conduce a la realización de la finalidad perseguida por las partes, esto es, la prestación. Ciertamente, el interés de los contratantes será la consumación o realización de la prestación, bien sea en forma voluntaria o forzosa (pág. 32)

Concluye el autor señalando que "el contrato es un acto jurídico bilateral, causado, que se desarrolla en función de una 'prestación' que, a través de los derechos y las obligaciones que de él emanan, tiene por objeto la constitución de una nueva situación intersubjetiva, cuya finalidad última es la articulación de los intereses en juego" (deberíamos agregar mediante el cumplimiento, íntegro, efectivo y oportuno de la prestación convenida).

En una cadena lógica, se dice que la responsabilidad contractual supone la existencia de una obligación y ésta la existencia de un contrato válido y este antecedente jurídico es apto para exigir la fuerza o coerción que proporciona el Estado (pág. 34).

B) Presupuestos de validez del contrato

En esta parte se abordan los requisitos generales de validez de los contratos, esto es, la capacidad, el consentimiento no viciado y el objeto y causa lícitos (págs. 35 a 113).

Destaca el autor en esta materia las denominadas condiciones objetivas de contratación, que son el error común y la lesión enorme. Esas condiciones objetivas están al margen de la voluntad e intención de las partes, debiendo éstas respetarlas forzadamente y acatar sus efectos (pág. 58).

En relación con el objeto del contrato, se sostiene, en contrario de lo dispuesto en los artículos 1438 y 1460 del Código Civil, que son los derechos que él crea y no las cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. Acto seguido, el autor distingue el objeto de la obligación del objeto del contrato. Lo ilustra señalando que las cosas no son ilícitas; como por ejemplo, una estatua obscena, un impreso condenado como abusivo de la libertad de prensa u otros señalados en el artículo 1466 del Código Civil. Lo ilícito está en la conducta calificada de antijurídica o contraria a derecho, en razón de quebrantar las disposiciones legales que limitan la autonomía de la voluntad (págs. 90 a 92).

Para confirmar su parecer, cita a Puig Brutau, quien escribe: "El objeto inmediato del contrato es la creación de esta relación jurídica que determina la conducta que han de seguir los contratantes. En este sentido, cabe decir que las palabras "objeto del contrato" son una expresión abreviada del siguiente proceso: a) Existe un acuerdo de voluntades, b) del que resulta uno o varios derechos personales o de crédito, c) que impone determinada conducta a los contrayentes, d) conducta que se refiere a la manera de proceder con determinada cosa, objeto o servicio. Tienen objeto, propiamente, los derechos y obligaciones nacidos del contrato, pero este objeto de la relación jurídica creada lo enumera el Código como un requisito del contrato mismo" (págs. 92 y 93).

Concluye el profesor Rodríguez, manifestando que el contrato no es más que una regla,² emanada de la "potestad regulatoria"³ denominada autonomía privada, conforme a la cual los particulares, respetando las normas jurídicas que la reglamentan, generan mandatos particulares de conducta. Por lo mismo, dice, el objeto del contrato no es más que el conjunto de derechos y obligaciones que éste crea, y que condicionan el comportamiento de los contratantes y de sus sucesores (pág. 93).

Acerca de la causa se señala que la causa definida en el artículo 1467 del Código Civil se refiere al contrato y no a la obligación. Así, la causa de la obligación es el contrato, porque de éste emana la obligación contractual (Causa eficiente). La causa del contrato es "el motivo que induce a contratar" y se refiere a la causa ocasional, que es distinta del objeto, porque no mira la licitud de la conducta humana comprometida y que debe realizarse, sino a los fines que se tienen en vista para contratar o ejecutar un acto (pág. 103).

² El artículo 1197 del Código Civil de Argentina establece; "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

³ Cfr. Pablo Rodríguez Grez, "El derecho como creación colectiva", Universidad del Desarrollo, Ediciones Jurídicas, 1999; y "Estructura Funcional del Derecho". Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, 2001.

Desde la perspectiva anotada, la causa desempeña un doble control de eticidad. Por un lado, la ley exige que los motivos que inducen a contratar no sean contrarios a la ley, las buenas costumbres y el orden público y, por el otro, que la conducta que debe desplegarse corresponda a un deber jurídico legítimo, en cuanto tenga como contrapartida la existencia de una obligación correlativa o la realización de una mera liberalidad (pág. 103).

A su turno, el contenido de la conducta en que consiste la obligación sólo concierne al objeto, o sea, al deber de conducta típica que se ha forjado (pág. 105).

Finalmente, la causa se agota en la celebración del contrato o la ejecución del acto, a partir de entonces opera el objeto.

En resumen, la tesis del profesor Rodríguez Grez es la siguiente:

- Se debe distinguir entre causa del contrato y la causa de la obligación. El artículo 1467 del Código Civil se refiere a la primera y no a la segunda.
- Respecto de las obligaciones sólo cabe hablar de **causa eficiente** o fuente generadora del efecto.
- La **causa final** (interés jurídico que induce a obligarse o fin o propósito inmediato e invariable de un acto o contrato) no es más que la descripción de los efectos propios del acto o contrato y, por lo tanto, neutra en lo tocante a la licitud o ilicitud.
- La causa del acto o contrato en nuestra ley civil es la **causa ocasional** (motivos psicológicos que impulsan a contratar), debiendo estos motivos no estar prohibidos en la ley, ni ser contrarios a las buenas costumbres o el orden público.
- La causa final justifica jurídicamente el nacimiento de las obligaciones proyectadas en el acto o contrato y la causa ocasional da valor a dichas obligaciones atendiendo a su origen. Es lo que el autor denomina el doble control de eticidad. Si falta la causa final, las obligaciones no existirán, porque no se da la correlación que jurídicamente las justifica o no se da la mera liberalidad que las hace posible. Si falla la causa ocasional por ser ilícitos los motivos que inducen a contratar, las obligaciones serán inválidas (pág. 105). La ausencia de la causa final conduce a la inexistencia de las obligaciones por una insuficiencia jurídica, y la omisión de la causa ocasional o su ilicitud, a la nulidad del contrato (pág. 106).

– Finalmente, la causa aparece al momento de ejecutarse el acto o celebrarse el contrato y se agota en ese momento y no es dable proyectarla a las obligaciones que nacen, porque éstas están controladas por el objeto.

La utilidad de la causa, dice el tratadista, se expresa en dos vertientes: por una parte, permite el control judicial sobre la conformidad del acto o contrato con las buenas costumbres, la ley y el orden público y, por otra parte, sirve para justificar la nulidad por el vicio del consentimiento, especialmente por error. El juez apreciará los motivos que impulsaron a la voluntad in concreto.

La apreciación de la licitud de la causa por los jueces permite asegurar que la autonomía privada no se preste para abusos y excesos y, sobre todo, para moralizar la actividad jurídica de los particulares (pág. 107).⁴

⁴ El Título II de libro IV del Código Civil chileno se ocupa “De los actos y declaraciones de voluntad”, artículos 1445 a 1469. El artículo 1445 establece: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 4º que tenga una causa lícita”. A su turno, el artículo 1467 señala: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”. En doctrina se plantean diversas interrogantes relacionadas con la causa, según ésta aparece reglamentada en nuestro Código Civil. Las preguntas son: la definición de causa ¿se refiere al acto o contrato o a la obligación? ¿A qué clase de causa se refiere el Código al decir que es el motivo que induce al acto o contrato? ¿Cuál es la causa de la obligación? ¿A qué causa se refiere el legislador cuando se ocupa de la causa ilícita?

- El texto no ofrece dudas en cuanto a que la definición de causa se refiere al motivo determinante para la ejecución del acto o la celebración del contrato.
- Las acepciones de causa que interesan son las siguientes:
 - **Causa eficiente**, es la “fuente” de la cual nace o se origina la obligación. En este sentido la causa de la obligación puede ser: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito o la ley (Arts. 578, 1437 y 2284 del Código Civil). De igual manera, el artículo 499 del Código Civil de Argentina, señala: “No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”.
 - **Causa motivo u ocasional**, es el móvil determinante que lleva a contratar, testar, formular una oferta, etc. Los motivos son subjetivos, variados y dependen de la persona que ejecuta el acto o celebra el contrato.
 - **Causa final**, es el propósito que se persigue al contratar o ejecutar el acto. Este fin es objetivo e invariable e igual en todos los actos y contratos de la misma naturaleza.

Se discute cuál es la causa del acto o contrato: ¿La causa ocasional o la causa final?

El profesor Rodríguez Grez afirma que es la causa ocasional (Pág. 103). La misma opinión tiene el profesor Víctor Vial, para quien la definición legal alude a los móviles psicológicos, individuales y subjetivos (*Teoría General del Acto Jurídico*, quinta edición actualizada, pág. 204. Editorial Jurídica de Chile, 2003).

Distinto es el pensamiento de don Avelino León Hurtado, para quien “la ley al hablar de la causa del acto o contrato, o de causa de la obligación (arts. 1445 y 1467), se está refiriendo a la causa final”. La causa ocasional, dice el profesor León, tiene cabida en la causa ilícita, para lo cual se debe atender a la intención real de las partes, es decir, a los motivos individuales que determinaron a contratar (*La Causa*, págs. 27 a 29. Editorial Jurídica de Chile. 1961). Este autor cita en abono de su tesis una jurisprudencia que decidió “la causa de un contrato es el interés jurídico que induce a las partes a contratar, interés que es distinto e independiente del móvil utilitario o subjetivo que hayan podido tener en cuenta al momento de celebrar el contrato” (R. D. y J., tomo 23, sec. 1ª, pág. 669; tomo 24, sec. 1ª, pág. 678).

Don Pedro Lira Urquieta dice: "En la teoría de los actos jurídicos parece razonable suponer que la influencia dominante fue la francesa, sobre todo la de Pothier" (*El Código Civil Chileno y su Época*, pág. 90. Editorial Jurídica de Chile. 1956). Agrega el señor Lira Urquieta que: "Tratándose de la causa, opina García Goyena que no vale la pena distinguir entre causa y motivo, y cita el texto del Código de la Luisiana que habla indiferentemente de causa o motivo. Es posible que en este comentario esté la fuente de la definición contenida en el inciso 2º de nuestro artículo 1467".

Don José Francisco Fabres da un ejemplo, que expondremos con ligeras adaptaciones, en el cual se hace prevalecer la causa final sobre la causa ocasional en el motivo que induce a contratar. Explica el señor Fabres que si me obligo a pagarle a un arquitecto la cantidad de \$30.000.000 para que me construya una casa; el motivo o causa de mi obligación (pagar los \$30.000.000) es el hecho que se construya la casa, y el motivo o causa de la obligación del arquitecto (construir la casa) es que se le den los \$30.000.000. Se trata pues de la causa final. Agrega ese autor, el que yo me proponga en este contrato destinar la casa para la habitación de un hijo que se va a casar, o para regalársela o un pariente, o destinarla a la renta, no influye para nada en este contrato, aunque este propósito haya sido la causa impulsiva; por lo cual si mi hijo o el pariente no la quieren, o no encuentro arrendatarios, no desaparecerá el contrato con el arquitecto, pues existe siempre el motivo primario o causa (final). ("Comentarios De los Actos y Declaraciones de Voluntad del título II del libro IV del Código Civil, y en particular del error de hecho y del error de derecho según la legislación romana y su concordancia con el Código Civil Chileno", publicado en *Memorias y Discursos Universitarios sobre el Código Civil Chileno*, recopilación hecha por Enrique C. Latorre, tomo II, págs. 1 a 23, Imprenta de la Unión, Santiago, 1888).

La influencia de la causa como motivo determinante para contratar, se advierte tanto en el error de hecho como de derecho.

En el error de hecho, la causa ocasional se objetiva, expresándose en el contrato, y si hay error acerca de ella, el acto o contrato está viciado de nulidad. Así acontece en el inciso 2º del artículo 1454, según el cual: "El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte".

De otra parte, si el error de derecho es la única causa del contrato, esto es, el motivo próximo, falta la causa real, porque el error recae en lo que no existe, y la nada no puede ser causa real. Es lo que acontece en el pago de lo no debido, donde se aplica el principio romano "*damno vitando, lucro captando*". El error de derecho, que priva de causa al acto o contrato, no sirve para lucrar, pero es admisible invocararlo para evitar un daño. Por eso, el *solvens* puede repetir lo que ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural. (Art. 2297). Y el *accipiens* no puede invocar el error de derecho del *solvens* para retener lo pagado ni alegar el *animus donandi* de aquél, porque la donación entre vivos no se presume, sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes (art. 1393) y "Del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho" (Art. 2299).

Se constata entonces que la causa opera como vicio del consentimiento, por ejemplo, en el error de hecho; e invalida el acto o contrato por falta de causa en el error de derecho, el cual no vicia el consentimiento (Art. 1452). En el pago de lo no debido, la convención denominada pago es nula y degenera en un cuasicontrato (pago de lo no debido) que obliga al *accipiens* a restituir lo indebidamente recibido. Tratándose de la causa ilícita, no hay dudas de que debe considerarse la causa ocasional, porque la causa final no permite anular el acto o contrato.

En lo que se refiere a la causa de las obligaciones es cierto que ellas emanan de una causa eficiente; contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o ley (Art. 1437). En este sentido, la causa de las obligaciones emanadas de los actos o declaraciones de voluntad serán precisamente esos actos o declaraciones de voluntad. Si ese acto no existe, la obligación carece de causa real y lo propio acontecerá en un acto simulado, en que la causa de la obligación es falsa, y si el acto es ilícito, la causa de la obligación será nula y la obligación se extinguirá por este motivo si estuviese pendiente (art. 1567 N° 8) o estarán las partes obligadas a volver al estado anterior a la ejecución del acto o celebración del contrato si las obligaciones se hubieren cumplido (Art. 1687).

Pero también la obligación tiene una causa final, que de acuerdo con la teoría clásica está determinada en los onerosos por la contraprestación y en los gratuitos por el ánimo de donar. En los contratos reales, que son unilaterales, la obligación de restituir se justifica por la causa eficiente, porque se ha debido cumplir previamente con la entrega o tradición de la cosa, que sirve para perfeccionar el contrato, y si ésta no se cumple, no hay contrato (causa eficiente) y carece de causa la obligación de restituir lo que no se ha recibido.

La nulidad por causa ilícita trae consigo, como sanción, la nulidad absoluta (Art. 1682 del C.C.). La carencia de causa hace, a juicio del autor, que el acto o contrato sea inexistente, por la falta de un requisito de existencia del acto jurídico. En este caso el acto no se ha insertado en el sistema jurídico y no está dotado ni siquiera de validez provisional (págs. 109 y 110).⁵

Los actos abstractos o no causados

Se les presenta como casos excepcionales en los que la validez de la relación no está subordinada a una causa real y lícita (pág. 110). Se citan como ejemplos: la delegación, la estipulación por otro,⁶ la obligación del fiador frente al acreedor y los títulos negociables.

Siguiendo el pensamiento de don Avelino León, los casos excepcionales mencionados responden –dice el autor– a la necesidad de reforzar la “seguridad y certeza jurídicas”, dándose a las obligaciones la mayor estabilidad para reforzar los negocios jurídicos.

Estos casos de excepción deben ser reconocidos expresamente por la ley.

⁵ Cfr.: Pablo Rodríguez Grez, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría bimembre de la nulidad*. Editorial Jurídica de Chile. 1995.

⁶ En nuestra opinión la estipulación por otro es un acto causado y no abstracto. El motivo o causa del estipulante puede ser el ánimo de beneficencia o mera liberalidad, o el pago de una deuda suya para con el beneficiario, o un préstamo.

Don Luis Claro Solar (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, tomo XI, “De las obligaciones”, pág. 425) expresa; “...la estipulación a favor de otro puede producir efectos jurídicos entre el estipulante y el tercero según la voluntad de las partes y la situación anterior existente entre ellos: el tercero puede ser donatario del estipulante por la estipulación a su favor o si era acreedor del estipulante, puede importar un pago de la deuda”.

Eugène Gaudemet, en su libro *Teoría General de las Obligaciones*, 2ª edición, Porrúa, Méjico, páginas 272 y 273, año 1984, dice:

“1º. Efectos jurídicos resultantes de las relaciones anteriores. El provecho de la estipulación puede provenir para el tercero, sea de un acto oneroso, sea de un acto gratuito.

a) Adquisición a título oneroso: si el estipulante era deudor del tercero y le ha proporcionado el beneficio de la estipulación a fin de liberarse, las relaciones de ambos quedarán regidas por las reglas generales de los actos onerosos; particularmente, en el supuesto de que la deuda que el estipulante haya querido extinguir fuese inexistente, dicho estipulante tendrá una acción de repetición por pago de lo indebido en contra del tercero.

b) Adquisición a título gratuito: puede suceder que el estipulante, sin deber nada al tercero, haya querido otorgar el contrato a su favor, con intención liberal. En el caso habrá que aplicar, en principio, las reglas de las donaciones”.

Marcel Planiol y Georges Ripert, en su *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo sexto, Las Obligaciones, primera parte, página 506, dicen:

“La estipulación, según los casos, sirve para realizar en las relaciones entre estipulante y

C) Los dos elementos esenciales de la obligación contractual

Dentro del estudio del primer presupuesto de la responsabilidad contractual, constituido por la existencia de una obligación contractual, el autor señala que este requisito encierra la imposición de un deber jurídico que consiste en comportarse de una determinada manera respecto del acreedor.

Señala el profesor Rodríguez Grez que la obligación describe una meta (prestación) que consiste en dar, hacer o no hacer y también una conducta que indica el grado de diligencia o de culpa de que se responde (pág. 113).

Surge entonces el problema de saber ¿Qué relación existe entre la prestación y la conducta asumida? ¿Qué ocurre si la conducta descrita en el contrato no es suficiente para lograr la prestación?

¿Se responde siempre y en todo caso de la ejecución de la prestación, así la conducta convenida en el contrato sea insuficiente para lograrla? (pág. 114).

Lo anterior plantea la cuestión de la existencia de las obligaciones de medio y de resultado. Las primeras, que sólo obligan a desarrollar el comportamiento debido aunque no se alcance la prestación convenida, y las segundas, que exigen la obtención de la mencionada prestación.

El autor rechaza el distingo de obligaciones de medio y de resultado. Para él todas las obligaciones son de medio. En su parecer, **la presta-**

tercero un pago, un préstamo, un depósito, etc., o bien una donación...".

Francesco Messineo, en su libro *Doctrina General del Contrato*, tomo II, Buenos Aires, página 190, expresa:

"Variada es la función práctica del contrato a favor del tercero.

Puede darse que el estipulante se sirva del promitente para cumplir por medio de este último preexistente deber patrimonial suyo hacia el tercero (causa solvendi); pero la mayoría de las veces el estipulante se propone únicamente beneficiar al tercero (donación) (causa donando); en tal caso, él se sirve de la actividad del promitente en lugar de efectuar él mismo la prestación: es éste el variado interés del estipulante en el contrato".

José Manuel Martín Bernal, en *La estipulación a favor de otro*, página 317, Montecorvo S.A., 1985, señala:

"VI. Relaciones del estipulante con el tercero. La estipulación a favor del tercero provoca un aumento patrimonial de éste, debido a iniciativa del promisorio generalmente. La causa de ello (relación de valuta) puede ser diversa: **Causa solvendi**: el estipulante paga una deuda del tercero mediante atribuirle la prestación del promitente. **Causa donandi**: el estipulante quiere hacer una liberalidad al tercero. **Causa credendi**: La cantidad percibida por el tercero es un préstamo que hace el estipulante".

ción de dar, hacer o no hacer es un proyecto o programa que los contratantes aspiran alcanzar y la ley se encarga de establecer sus exigencias según se trate de dar, hacer o no hacer. Si la prestación no se cumple, se presume la culpa del deudor y, por ende, su responsabilidad, siendo esta presunción simplemente legal, pues admite prueba en contrario por parte del deudor.

La **conducta debida** se exige tanto al deudor como al acreedor. La ley determina el grado de culpa de que responden los contratantes, acreedor y deudor, a falta de estipulación de las partes. Y la culpa se aprecia in abstracto, cotejando el comportamiento con el modelo ideal establecido por las partes o el legislador. Sin embargo, este modelo debe estar referido al nivel cultural, intelectual, madurez y demás particularidades del obligado (pág. 117).

5) El capítulo IV se ocupa del segundo presupuesto de la responsabilidad contractual, que consiste en la **inejecución de la conducta comprometida** (pág. 121).

A) La conducta asumida

Se refiere el autor al supuesto de que el sujeto pasivo de la obligación (deudor) no realice la conducta convenida en el contrato. Se trata de un requisito objetivo en que se compara la conducta debida con la conducta ejecutada.

En este cotejo de conductas entran en juego tres conceptos: la obligación asumida, la prestación y la conducta efectivamente desplegada por el obligado.

La obligación o conducta asumida consiste en el grado de culpa o deber de diligencia que pesa sobre el deudor y que, en materia contractual, la ley divide en culpa grave, leve y levísima. Se advierte que la culpa grave equivale al dolo en materia civil, siendo esta equivalencia material o sustantiva y se refiere a los efectos sancionatorios que establece la ley. Sin embargo, esa equivalencia no es adjetiva, porque el incumplimiento contractual se presume culpable, sea ésta grave, leve o levísima. No acontece así con el incumplimiento con dolo, el cual debe probarse, salvo los casos excepcionales en que la ley presume el dolo.

Concluye este acápite señalando el autor que no existe obligación con-

tractual si no está definido y determinado el grado de culpa de que responde el deudor.

B) La prestación

La prestación es la descripción del proyecto que se pretende alcanzar con el vínculo contractual y que corresponde a dar, hacer o no hacer algo, y esa prestación lleva implícita una época en que debe desplegarse la conducta exigible (págs. 129-130).

C) Relación entre prestación y conducta debida (págs. 130 a 135)

Se señala que uno de los problemas complejos de la responsabilidad contractual es el de fijar los límites existentes entre la prestación y la conducta debida y cómo se relacionan ambos términos. Más difícil aún puede aparecer el determinar qué prima cuando se da cumplimiento a la conducta debida y no se logra la prestación.

El profesor Rodríguez responde las interrogantes planteadas señalando que la obligación es esencialmente conducta humana, un deber de conducta tipificado en la ley, que exige la especificación del grado de culpa de que responde el deudor. Y la prestación es una proyección de los resultados de la conducta debida.

Se pone enseguida en distintas hipótesis:

– **Se logra la prestación.** La obligación se extingue por el pago, cualquiera sea la conducta desplegada por el deudor o si la prestación se cumplió por un hecho casual o por caso fortuito. El cumplimiento de la prestación constituye una verdadera presunción de derecho de que se ha obrado como es debido, lo cual excluye toda pretensión de reclamar un eventual incumplimiento.

– **No se logra la prestación.** No significa que la obligación se ha incumplido, porque el deudor pudo haber desplegado la conducta debida, con el grado de diligencia requerido, sin lograr alcanzar la prestación a que estaba comprometido. En este caso, no hay incumplimiento del deudor ni responsabilidad suya.

Esta concepción de la obligación –en el parecer del autor– es más perfecta y justa para el deudor y humaniza el vínculo jurídico. Si éste se objetiviza (mediante la exigibilidad de la prestación más allá de la ob-

servancia de la conducta debida) se puede llegar a excesos inadmisibles.⁷

⁷ La obligación en general y la obligación contractual en particular no están definidas en el Código Civil, el cual sólo define los derechos personales o créditos, que son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas (Art. 578 del C.C.).

¿Qué es lo que puede reclamar un contratante (acreedor) al otro contratante (deudor)? A nuestro juicio puede reclamar el objeto de la obligación contraída, esto es, dar, hacer o no hacer, que en definitiva corresponde a la prestación convenida. Así lo dan a entender la definición del contrato o convención, que dice que es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer algo (Art. 1438 del C.C.), y el artículo 1460 del mismo Código, que señala: "Todo acto o declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer, el mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración". A su turno, los artículos 434 y ss. y 530 y ss. del C.P.C. prevén los procedimientos ejecutivos para obtener el cumplimiento compulsivo de las obligaciones de dar, hacer y no hacer.

El profesor Rodríguez Grez piensa diferente al afirmar que la obligación es "un deber de conducta típica", en términos tales que su contenido está constituido por la diligencia que el deudor debe emplear en el cumplimiento de la prestación convenida. En el ámbito contractual, al tenor del artículo 1547 del C.C., el deudor deberá ajustarse a los parámetros de la culpa grave, leve o levisísima, según si el contrato cede en beneficio exclusivo del acreedor, de ambas partes o sólo en interés del deudor. La prestación, en cambio, conformada por dar, hacer o no hacer, representa —a su juicio— una meta ideal que no es obligatorio alcanzar si se ha desarrollado la conducta debida. Distinto es que si la prestación se frustra, habrá una presunción simplemente legal en orden a que no se ha empleado la diligencia requerida, debiendo el deudor probar que ha empleado el grado de cuidado, diligencia y atención exigido por el contrato (Art. 1547 del C.C.). En consecuencia, en opinión del profesor Rodríguez, si se observa la debida diligencia y ésta la prueba el deudor, no nacerá responsabilidad civil alguna para él y la prestación acordada se extinguirá.

Esta concepción doctrinaria busca eliminar la clasificación nacida en Francia, por obra de Demogue, y no directamente de los textos legales, entre obligaciones de medio y de resultado. Para el profesor Rodríguez Grez, todas las obligaciones son de medio y sólo exigen un comportamiento del deudor ajustado a la diligencia requerida y no al cumplimiento inexorable de la prestación convenida. Su planteamiento persigue que las partes convengan una prestación realista, posible de cumplir por el deudor con el empleo de la conducta prevista en el contrato con la diligencia exigible. Si esa prestación no se cumple pese al empleo de la conducta diligente por el deudor, quiere decir que hubo un proyecto ideal (prestación) equivocado o lisa y llanamente imposible, que hace que esa prestación se extinga sin responsabilidad para el deudor.

Por nuestra parte, pensamos que la obligación es lo que el profesor Rodríguez Grez estima como prestación y que la conducta a realizar para alcanzar esa finalidad (obligación para el autor) incide únicamente en la responsabilidad del deudor, que puede generar a su respecto el deber de indemnizar perjuicios.

Acorde con lo anterior, pueden darse distintas situaciones:

– **Que el contratante haya cumplido con la prestación empleando el cuidado debido.** Se extinguirá la obligación mediante el pago sin responsabilidad para el deudor.

– **Que se haya cumplido la prestación sin el cuidado debido.** Se extinguirá la obligación por el pago sin responsabilidad para el deudor, siempre que no se haya causado daño al acreedor. Y habrá responsabilidad si se hubiere causado perjuicios al acreedor, como ocurrirá en el caso del cumplimiento tardío o moroso.

– **Que no se haya cumplido la prestación pese a emplearse el cuidado debido.** Subsiste la obligación hasta que opere un modo que la extinga según el artículo 1567 del C.C. o la imposibilidad de ejecución en las obligaciones de hacer, pero no habrá responsabilidad civil del deudor. Desde luego, no puede existir mora, porque el retardo no es culpable y al no serlo, no da lugar a indemnizar perjuicios, que es el efecto propio de la mora en materia contractual y además no podrá exigirse forzosamente la prestación por la falta de la mora del deudor, lo que conducirá finalmente a la prescripción de las acciones, subsistiendo la obligación como natural (Art. 1470 C.C.).

– **Que no se haya cumplido la prestación por no haberse empleado por el deudor la diligencia debida.** La obligación subsiste y además el deudor debe indemnizar los daños sufridos por el acreedor.

D) Conducta asumida, prestación y tiempo

El comportamiento asumido (deber de conducta) y la prestación (proyección del resultado a que aspiran alcanzar los contratantes) deben darse en un cierto tiempo. Un retardo, aun en el supuesto que la conducta se despliegue y la prestación se logre, hace incurrir en responsabilidad. Y el tiempo será determinante en la constitución del deudor en mora y su consecuencia inevitable, que es el resarcimiento de los perjuicios (Art. 1551 del C.C.).

Mas no hay retardo culpable cuando ambas partes no cumplen o no se allanan a cumplir sus obligaciones en la forma y tiempo debidos y por lo tanto ninguna está en mora entretanto dejando de cumplir lo pactado respecto de la otra.⁸

6) En el capítulo V se trata del tercer presupuesto de la responsabilidad contractual, que consiste en el **reproche subjetivo u objetivo al infractor**, que se denomina factor de imputación (pág. 141).

– Se explica que la responsabilidad, en general, supone siempre un reproche subjetivo u objetivo al infractor, ya sea por dolo o culpa, o en razón del riesgo creado.

⁸ Sobre la excepción del contrato no cumplido o "La mora purga la mora", a que se refiere el artículo 1552 del Código Civil, se ha suscitado una controversia entre los profesores de derecho civil señores Enrique Alcalde Rodríguez, Pablo Rodríguez Grez y Emilio Rioseco Enríquez ("Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido", por Enrique Alcalde Rodríguez. Revista *Actualidad Jurídica*. Universidad del Desarrollo. N° 8, pág. 69; "Sobre la excepción del contrato no cumplido", por Pablo Rodríguez Grez. Revista *Actualidad Jurídica*. Universidad del Desarrollo. N° 9, pág. 121; "Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido", por Emilio Rioseco Enríquez). Para el profesor Alcalde la norma del artículo 1552 del Código no impide a los contratantes el ejercicio de las acciones de cumplimiento o de resolución del contrato, sino sólo de la acción indemnizatoria de perjuicios. El profesor Rodríguez Grez dice que el artículo 1552 mencionado suspende la mora para ambos contratantes y durante esa suspensión ninguno de los contratantes puede ejercer las acciones optativas del artículo 1489 del Código Civil ni la de indemnización de perjuicios. En definitiva, la exigibilidad de tales obligaciones queda suspendida. El profesor Rioseco dice que exigibilidad y mora son conceptos distintos, y expresa que la suspensión de la mora, conforme con el artículo 1552 del Código Civil, no significa que las obligaciones no sean exigibles, sino que al faltar el requisito de la mora no proceden las acciones optativas ni la indemnizatoria. La mantención de la exigibilidad de las obligaciones hace que siga el curso de la prescripción y finalmente terminen extinguiéndose las obligaciones por la prescripción extintiva.

En nuestra opinión, la excepción del contrato no cumplido produce el efecto de no colocar a los contratantes en mora por dejar de cumplir sus obligaciones contractuales. Las obligaciones se mantienen vigentes y pendientes de cumplimiento, pero ninguna de las partes puede exigir su ejecución mediante el ejercicio de acciones judiciales entretanto alguna de ellas no cumpla su obligación o se allane a cumplirla en la forma y tiempo debidos. En tales circunstancias, seguirá corriendo la prescripción de las acciones sin que mientras se mantenga el estado de cosas del artículo 1552 del C.C. puedan aquellas ejercitarse, lo cual si se prolonga en el tiempo culminará con la prescripción de tales acciones. Mas la obligación quedará subsistente como natural. Inexigible por la vía judicial, pero que cumplida voluntariamente hace que el pago sea válido por tener causa, a diferencia de lo que ocurriría si la obligación se entendiera ya extinguida.

Agrega el autor que la antijuridicidad queda absorbida por el incumplimiento, que debe ser culpable o doloso o fundado en el riesgo creado, porque en la responsabilidad contractual la conducta opuesta al ordenamiento jurídico es aquella que se comporta de mala fe, negligentemente o contraviene normas que obligan a reparar en función del riesgo. Si el incumplimiento se produce por caso fortuito o fuerza mayor, desaparece la antijuridicidad.

a) La culpa

– La conducta culposa se la hace consistir en un error de comportamiento en el cual no habría incurrido una persona cuidadosa, entendiendo por tal aquel modelo abstracto que emplea, en las mismas circunstancias del deudor, la diligencia y el cuidado que la ley le impone en cada caso.

La culpa es definida diciendo que es un reproche jurídico que se funda en un error de conducta, que consiste en no ejecutar la actividad que hipotéticamente habría desplegado un modelo de persona cuidadosa (entendiendo como tal a aquella que se comporta como es debido), y que tiene por objeto imputar al infractor las consecuencias de sus actos (pág. 147).

b) El dolo

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (Artículo 44 del Código Civil).

El autor incluye en la definición legal el denominado **dolo mediato o directo**,⁹ conforme al cual el contratante incumplidor se representa la certeza del daño que causará su conducta al acreedor y lo acepta. Asimismo, estima comprendida en la noción legal del dolo, **el dolo eventual**, en que el incumplidor se representa el daño como probable y lo acepta.

c) El riesgo como factor de imputación

El riesgo como factor de imputación y base de la responsabilidad objetiva determina que está obligado a indemnizar el autor material del daño (o quien responde por él), desplazándose la determinación de la responsabilidad exclusivamente a la relación causal. Con todo, la responsabilidad fundada en el riesgo creado sólo tiene cabida en los casos expresamente previstos por el legislador, único autorizado para medir el riesgo y sus efectos.

⁹ Cfr. acerca del dolo: Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad extracontractual*, págs. 163 a 172. Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Por último, para el autor, el riesgo es una nueva forma de culpa, más tenue que esta última, pero con un denominador común: la conciencia y probabilidad (aun cuando remota) del daño.

d) Prueba del factor de imputación

La culpa

Acerca de la culpa, se afirma que ésta se encuentra regida por el artículo 1547 del Código Civil. El incumplimiento de la obligación se presume culpable e incumbe probar al deudor, por todos los medios de prueba legales, haber empleado la diligencia y el cuidado debidos, y que las condiciones objetivas bajo las cuales contrató hacían posible ejecutar la prestación convenida.

La prueba versará sobre: la diligencia empleada, el contenido de la prestación y las condiciones objetivas bajo las cuales se contrató. Acerca de esta última, si el obligado alega la estipulación dolosa del acreedor,¹⁰ deberá acreditar que éste, a ciencia y conciencia, lo indujo a asumir un deber que era imposible desplegar. Si es el acreedor quien alega estipulación dolosa del deudor, deberá aquél acreditar que el obligado lo indujo a considerar que con la conducta estipulada era posible dar cumplimiento a la prestación. Finalmente, si hubo error de contratación, el acreedor deberá estarse a lo dispuesto en la ley y el deudor se exonerará probando que ha empleado la conducta debida, aun cuando no se haya alcanzado la prestación.

El dolo (págs. 175 a 177)

El dolo debe probarse y no se presume sino en aquellos casos excepcionales establecidos expresamente en la ley (Art. 1459 del C.C.). Advierte el autor que entre las distintas clases de dolo únicamente se puede presumir el dolo directo o inmediato, mas no el dolo eventual.

En la prueba del dolo se admiten todos los medios de prueba legal y, en especial, las presunciones judiciales.

El riesgo (págs. 177 a 180)

Señala el autor que hoy la responsabilidad fundada en el riesgo presenta dos facetas distintas: o se trata de situaciones expresamente descritas

¹⁰ Es ilustrativo a estos respectos lo acontecido con los deudores de Eurolatina, a quienes se les habrían cursado préstamos que el acreedor sabía que los deudores estarían en la imposibilidad de pagarlos, materia que se encuentra pendiente ante los tribunales de justicia.

(tipificadas en la ley); o bien el riesgo, en determinadas actividades, se constituye como factor objetivo de imputación.

En la mayoría de los casos no corresponde acreditar el riesgo, cuestión que califica el legislador al establecer la responsabilidad objetiva. Sin embargo, en casos especiales debe acreditarse la "peligrosidad", porque la ley establece genéricamente este factor de imputación.

La responsabilidad surge del hecho de que el daño proviene de una conducta peligrosa calificada por el legislador, caso en el cual sólo basta con acreditar el daño (responsabilidad objetiva) o la responsabilidad emerge del hecho de haberse ejecutado una actividad peligrosa debidamente probada, existiendo relación causal entre la conducta desplegada y el daño (responsabilidad subjetiva).

El autor propone que, en el futuro, el riesgo aparezca como una nueva especie de culpa moderna, a la cual se llegue retrocediendo en la cadena causal (teoría de la relación causal diferida).¹¹

Se avanza además en este trabajo en la ligazón entre la responsabilidad del autor material con aquella del creador del riesgo, atendido a que no siempre se trata de una misma persona.¹² Conforme a esta tesis, se amplía el campo de la responsabilidad, dando a la víctima la posibilidad de perseguir tanto al que se aprovecha de un escenario riesgoso como al que lo genera.

Causas extrañas a la relación obligacional que eliminan los efectos del factor de imputación

Se habla aquí del caso fortuito o fuerza mayor, del hecho de un tercero y el hecho o culpa del acreedor.

Caso fortuito o fuerza mayor

Especial interés reviste la distinción que el autor hace entre el **hecho** del caso fortuito y sus **efectos**. Explica que el caso fortuito considerado como un hecho es irresistible, y puede hacer imposible la ejecución de la obligación en la medida que el deudor no esté en situación fáctica y jurídica de atajar sus efectos. Como ejemplos de la primera clase se señalan el del pintor que pierde en un accidente sus manos o la destrucción total de la

¹¹ Cfr. Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual*, págs. 98 a 113. Editorial Jurídica de Chile, 1999.

¹² Cfr. *Ibidem*, págs. 196 a 201. Ilustra la relación entre la creación del riesgo y el autor material de los daños, la connivencia de que se acusa a ciertos dirigentes de los clubes profesionales de fútbol con los miembros de las denominadas barras bravas.

especie debida por un hecho de la naturaleza. La imposibilidad jurídica del deudor dependerá del grado de culpa de que responde. Si el impedimento que produce el caso fortuito es sólo temporal, sólo justificará el retardo en el cumplimiento de la obligación, pero entretanto ésta no se extingue (págs. 188 a 189). La prueba del caso fortuito o fuerza mayor corresponde al que lo alega.

El hecho de un tercero

El hecho de un tercero puede exonerar totalmente de responsabilidad al deudor. Así acontecerá cuando la prestación se haga imposible por hecho o culpa del tercero, por el que el deudor no responde. Sin embargo, el hecho del tercero puede sólo limitar la responsabilidad, si con ello únicamente se retarda la prestación o se refiere a una parte de la misma. La prueba del hecho o culpa del tercero es de cargo del deudor.

Hecho y culpa del acreedor (págs. 199 a 207)

Se plantea a estos respectos ¿qué ocurre si el acreedor pone obstáculos o tropiezos al deudor que dificultan el cumplimiento de la obligación? Ello plantea una cuestión previa: ¿De qué grado de culpa responde el acreedor en relación a la generación de escollos o tropiezos impuestos al deudor para el cumplimiento de la obligación? ¿Cualquier obstáculo impuesto por el acreedor es suficiente para exonerar al deudor de responsabilidad? La respuesta es que el deudor queda liberado de responsabilidad si el acreedor crea un impedimento que el deudor no está obligado a despejar desarrollando el grado de diligencia que le es exigible. En caso contrario, subsiste su responsabilidad.

En cuanto al grado de culpa de que responde el acreedor, se sostiene que hay una especie de vasos comunicantes entre la responsabilidad del deudor y la del acreedor. Si el deudor responde de la culpa grave, el acreedor de la culpa levísima; si el deudor responde de la culpa leve, de igual culpa responde el acreedor; y si el deudor es responsable de culpa levísima, el acreedor lo será de culpa grave. Conforme a estos criterios, se resolverá si los obstáculos puestos por el acreedor al deudor liberan a este último de responsabilidad.

Mora del acreedor

Se sostiene que el incumplimiento culpable del acreedor de su deber de no enervar u obstruir la ejecución de la conducta debida por el deudor, atendido el grado de culpa de que responda, lo constituirá en mora.

La mora del acreedor, en opinión del autor, supone la concurrencia de los siguientes requisitos: disposición del deudor para cumplir la obligación pendiente; impedimento emanado del acreedor que retarda u obstruye la ejecución de la prestación; y culpa del acreedor (pág. 203).

Los efectos de la mora del acreedor son, a diferencia de lo que sostienen otros autores, los siguientes: hace al acreedor responsable de todos los perjuicios que se causen al deudor y que sean consecuencia directa y necesaria del incumplimiento o del retardo en el cumplimiento; descarga al deudor de la diligencia y cuidado debidos, quedando exclusivamente responsable de culpa grave o dolo; y exonera al deudor de responsabilidad por la mora (pág. 204).

La prueba de la culpa o el hecho del acreedor corresponde a quien lo alega, pudiendo valerse de todos los medios de prueba legal.

Falso dilema entre las obligaciones de medio y de resultado¹³ (págs. 207 a 214).

En opinión del autor, toda obligación, en cuanto deber de conducta típica, está referida a un determinado grado de diligencia y cuidado, el cual se determina atendiendo a la culpa de que se responde (tanto por el deudor como por el acreedor). Por consiguiente, en todas ellas, como quiera que se exprese o describa la prestación, el deudor y, en su caso, el acreedor, podrán exonerarse de responsabilidad, probando ya sea una causa extraña que elimina el factor de imputación, o el haber desplegado la conducta debida, aun cuando la prestación no se haya alcanzado.

De acuerdo con los que admiten la clasificación doctrinaria de las obligaciones: de medio y de resultado, estas últimas no admitirían eximirse de responsabilidad probando que se ha empleado la diligencia y cuidado debidos, razón por la cual el deudor sólo podría alegar una causa extraña como impedimento al cumplimiento de la prestación. En el caso de las obligaciones de medio, se invertiría el peso de la prueba, correspondiendo al acreedor probar que el deudor no ha empleado la diligencia y cuidado debidos.

El profesor Rodríguez se niega terminantemente a admitir la existencia de las obligaciones de resultado, porque en ellas se niega la necesidad de concurrencia de un factor de imputación en la responsabilidad.

¹³ Cfr. Pablo Rodríguez Grez, "La obligación como deber de conducta típica. (La teoría de la imprevisión en Chile)". Págs. 100 a 103. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 1992.

7) En el capítulo VI se aborda el cuarto presupuesto de la responsabilidad contractual: **el daño** (págs. 214 a 266).

El daño contractual

El autor piensa que el daño contractual (relevante para los efectos indemnizatorios) "es el menoscabo o detrimento real o virtual que experimenta el patrimonio del acreedor como consecuencia del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato e inejecución de la prestación convenida". La virtualidad del daño está tomada en el sentido de que se trata de aquello que "tiene la virtud de producir un efecto, aunque no lo produce de presente".

El daño contractual queda circunscrito al proyecto o programa ideal convenido entre las partes, y que es la prestación de dar, hacer o no hacer. Excepcionalmente puede extenderse al menoscabo de un derecho extrapatrimonial, como consecuencia de que la lesión es de tal índole que traspasa la esfera del derecho afectado y alcanza el fuero íntimo de la persona.

Clasificación del daño moral

Se formulan distintas clasificaciones del daño, a saber: real y virtual; cierto y eventual; directo e indirecto; actual y futuro; probado y presuntivo; patrimonial y extrapatrimonial; daño emergente y lucro cesante; previsto e imprevisto; compensatorio y moratorio; e intrínseco y extrínseco (págs. 218 a 232).

En lo relativo al daño moral en la responsabilidad contractual, se dice que tiene cabida en la legislación chilena, porque si bien es cierto que el incumplimiento contractual lesiona siempre un derecho patrimonial, hay casos en que ese incumplimiento acarrea trastornos no patrimoniales que comprometen la paz, la tranquilidad y la estabilidad psicológica y afectiva del acreedor.

Se da en la persona una doble esfera, la externa (en la vida social), que se moviliza en función de sus derechos patrimoniales, y la interna (en su fuero íntimo), que custodia sus derechos extrapatrimoniales. Así, un mismo atentado puede afectar ambas esferas.

Se suscita el problema de saber cómo se indemniza el daño moral causado por el incumplimiento contractual frente al artículo 1556 del Código Civil, que dispone, por regla general, la indemnización del daño emergente y del lucro cesante, ambos de naturaleza patrimonial.

El autor explica que el daño a los derechos e intereses extrapatrimoniales, en ciertos casos, se revierte alcanzando las aptitudes y capacidad patrimonial de la persona. De allí que se transforme el daño moral en daño material. Todo ello se construye sobre la base de una ficción, que consiste en dar por establecido que la afectación de los sentimientos más íntimos de una persona influye poderosamente en sus capacidades y aptitudes productivas. Concluye diciendo que el daño moral es un daño virtual, futuro, derivado y una manifestación específica del lucro cesante.¹⁴

Por otra parte, se sostiene que el resarcimiento del daño moral en el ámbito contractual debe estimarse en relación a los derechos consagrados en la Carta Política y, por este medio, se complementa nuestra legislación civil.¹⁵

Requisitos del daño para que sea indemnizable

Para que el daño sea resarcible es menester que reúna los siguientes requisitos: que sea cierto, directo, avaluable en dinero, real o presuntivamente acreditado y no reparado (págs. 247 a 252).

Prueba del daño

Acerca de la prueba del daño, se distingue entre daño material y moral. Su reconocimiento debe provenir de una sentencia judicial ejecutoriada o mediante un acuerdo de voluntades (cláusula penal, transacción, avenimiento o conciliación) o por evaluación legal, conforme con el artículo 1559 del Código Civil.

¹⁴ Se ha fallado que el daño moral contractual constituye daño emergente (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 98, secc. 1ª, 2ª parte, pág. 234, considerando 16º. Nª4, octubre-diciembre, 2001).

Sobre el daño moral véanse: Carmen Domínguez Hidalgo, *El daño moral*. Editorial Jurídica de Chile, 2000. José Pablo Vergara Bezanilla, "La mercantilización del daño moral", *Revista Actualidad Jurídica* Nª 2, págs. 177 y ss., julio 2000. Universidad del Desarrollo. Roberto H. Breblia, *El daño moral*, 2ª edición, Orbir, Argentina, 1967. Leslie Tomasello Hart, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1969. José Luis Diez Schwerter, *El daño extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1997. Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones del Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, 1990. Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

¹⁵ Cfr. Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, C. 10ª y 11ª, citado por el autor en las páginas 240 y ss.; y Ramón Domínguez Aguila, "La Constitucionalización del Derecho", *Revista Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae; 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, págs. 37 y ss., ConoSur, 2001; y en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 93, primera parte, págs. 107 y ss. Eduardo Court M., "Daño corporal y daño moral. Bases constitucionales de su reparación", págs. 101 y ss., en *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. Alejandro Guzmán Brito, *El derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso, 2001.

Los daños materiales establecidos por una sentencia judicial han debido acreditarse a través de todos los medios de prueba legal, con el alcance de que el lucro cesante se demuestra sobre la base de presunciones.

El daño moral se prueba por tres elementos: la naturaleza de la obligación contractual incumplida; la gravedad del incumplimiento; y los efectos psíquicos, emocionales y somáticos que provoca en el acreedor el incumplimiento. Se destaca que en el campo contractual no se indemniza propiamente el daño moral, sino los efectos que este daño tiene en la capacidad de la víctima, a través de una fórmula "satisfactiva" que sólo mitiga los derechos e intereses extrapecuniarios afectados.

Procedencia del daño moral en la responsabilidad objetiva por daños presuntos (págs. 264 a 265)

Se llega a la conclusión, examinando el Derecho Aeronáutico, que existen dos sistemas de reparación; el de presunción legal de responsabilidad (responsabilidad objetiva), en la que sólo puede reclamarse la cantidad fijada en la ley, o el de responsabilidad subjetiva, en cuyo caso se puede demandar todo perjuicio, incluido el daño moral, al margen de los mínimos consagrados en la ley.

Aplicación del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil

El autor reconoce que no hay discusión en la procedencia de la reserva de derechos que consagra el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, cuando se reclama la responsabilidad contractual.

8) En el capítulo VII se trata el quinto presupuesto de la responsabilidad contractual: **la relación causal** (págs. 267 a 288).

Se dice, siguiendo a Puig Brutau, que: "La relación de causalidad es el enlace objetivo entre dos fenómenos, de manera que no sólo sucede uno después del otro, sino que aquél sin éste no se hubiese producido".

La responsabilidad depende de que se pueda establecer una imputación razonable entre acto u omisión del demandado y el daño sufrido por el demandante.

Cobra importancia la distinción entre causalidad física y causalidad jurídica. No hay causalidad jurídica si está ausente la causalidad material o física. Si el acto material está desvinculado del factor de imputación (culpa, dolo o riesgo), es causalmente neutro en el plano jurídico. Encontrándose

unidos el factor material y el factor de imputación, entonces es posible indagar si ese hecho causó el daño.

Sin embargo, la causalidad se complica en razón de: las concausas y la interrupción total o parcial del nexo causal.

Las concausas

Se pasa revista a las principales teorías sobre la relación causal: la equivalencia de las condiciones; la causa próxima; la causa eficiente; la causa más eficaz o más activa; la causa adecuada; la preponderancia y del seguimiento o de la impronta continua de la manifestación dañosa (págs. 269 a 274).

Luego el autor fija su posición en torno a la causalidad en la responsabilidad contractual. A su juicio, “la causa principal y necesaria del daño contractual radica en el incumplimiento, esto es, en el hecho de no desplegarse por parte del deudor la conducta debida y descrita en el contrato; los daños están referidos a las metas prefijadas en el contrato, los cuales pueden agravarse o atenuarse, pero no diversificarse, y la concurrencia de otras causas imprevistas justificativas del daño (concausas) sólo agravan el incumplimiento doloso (responsabilidad por daños imprevistos), nunca el incumplimiento culpable (responsabilidad por daño previsto)” (pág. 276). En consecuencia, el problema causal en la responsabilidad contractual se resuelve suprimiendo mentalmente el incumplimiento de la relación causal: si el daño perdura, el incumplimiento no es la causa del mismo; en caso contrario, la causa del efecto dañoso es el incumplimiento. Estos supuestos permiten establecer la **causa necesaria** del daño en la responsabilidad contractual y lo delimita en función de la prestación convenida.

El incumplimiento del deber de conducta típica es la causa de los daños y éstos están previamente programados en cuanto a su naturaleza, entidad y extensión en el contrato a través de la prestación convenida. Sólo se puede exceder el ámbito de la prestación en el daño moral, que hace extensiva la indemnización a bienes que están fuera de la órbita del contrato.

Se clasifican las concausas, en el campo contractual, en dos categorías con consecuencias distintas: aquellas que operan **después del incumplimiento**, agravando o atenuando el daño, y las que aparecen **coetáneamente con el incumplimiento** y que contribuyen a que éste se produzca.

– **Las concausas posteriores al incumplimiento pueden agravar la responsabilidad** afectando al deudor que incumple dolosamente su obliga-

ción, ya que la concausa, en el campo contractual, es generalmente imprevisible.

Si el incumplimiento es culpable, las concausas sólo se consideran en el supuesto que ellas hayan sido previstas o hayan debido preverse al tiempo de celebración del contrato.

La concausa que atenúa la responsabilidad o más bien se la pondera en la medida que corresponde, consiste en descartar la responsabilidad del deudor por todos aquellos daños que provienen de otros hechos anexos al incumplimiento, pero que no provienen necesaria e inmediatamente de su conducta.

– **Las concausas que operan coetáneamente con el incumplimiento** no sirven para atenuar o mitigar la responsabilidad. El incumplimiento no admite concausas. El deber de conducta típica se cumple o no. En el caso de no cumplir el deber de conducta, el deudor podrá eximirse de responsabilidad por la imposibilidad de cumplir o reclamar contra el tercero que le impidió cumplir, pero responderá a su acreedor.

El autor agrega que en materia contractual no opera la compensación de culpas¹⁶ contemplada en el artículo 2330 del Código Civil.

Interrupción del nexo causal

La interrupción del nexo causal implica que entre el hecho y el daño actúa una “causa extraña” que interfiere la relación causal. Las causas extrañas son: el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero, y el hecho o culpa del acreedor. Todos estos son causales de exoneración de responsabilidad.

En la responsabilidad objetiva, para que ésta nazca, es menester acreditar la obligación contractual, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro. Para que se interrumpa la relación causal por “causas extrañas” es menester que la ley las admita en términos formales y explícitos. Así acontece en el Código Aeronáutico en el caso fortuito y el hecho de un tercero. La excepción a este tratamiento la constituye el hecho propio del acreedor, que por regla general interrumpe el nexo causal, salvo disposición en contrario.

¹⁶ En contrario: Carlos Ducci Claro, “La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 81, primera parte, págs. 1 a 8, enero-abril 1984. Nosotros adherimos a la tesis del profesor Ducci. En nuestra opinión, el texto base para sostener la compensación de culpas en la responsabilidad contractual es el artículo 1552 del Código Civil, que contempla la excepción del contrato no cumplido. A este precepto, se agregan los distintos casos citados por el profesor Ducci.

9) El capítulo VIII se ocupa del **derecho de prenda general**.

Se le define como "la afectación, por el solo ministerio de la ley, de la totalidad de los bienes embargables del deudor al momento de contraer la obligación, a fin de asegurar el cumplimiento de la misma, facultando al acreedor para exigir su realización y hacerse pago con las modalidades y preferencias consagradas en la ley".

Sus caracteres son: es universal, constituye una garantía, se funda en la igualdad de los acreedores, no entraba las facultades de administración y de disposición del deudor, y confiere un derecho de realización de los bienes del deudor incumplidor.¹⁷

10) El capítulo IX se refiere a los **derechos auxiliares del acreedor** y sus objetivos.

Se indican los derechos principales del acreedor, que son el cumplimiento forzoso y la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios (artículo 1489 del Código Civil).

Los derechos auxiliares del acreedor son: las medidas conservativas, la acción oblicua o subrogatoria, la acción pauliana y el beneficio de separación.

Las **providencias conservativas** aseguran el derecho de prenda general del acreedor y evitan la disminución del patrimonio del deudor en detrimento de los derechos de sus acreedores. Como principio general que informa esta materia, se dice "que siempre que exista un interés comprometido, su titular tiene derecho a que se adopten las providencias conservativas necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación, sea que esta última haya nacido o se encuentre pendiente, sin que se requiera de una norma especial que autorice al juez al efecto".

La **acción oblicua o subrogatoria** evita el menoscabo del derecho de prenda general mediante el incremento del patrimonio del deudor. Para el ejercicio de esta acción se requiere que: el deudor sea insolvente; el crédito sea puro y simple o haya caducado el plazo; el ejercicio del derecho en que opera la subrogación se encuentre pendiente; y que las acciones y derechos que se hagan valer tengan un contenido patrimonial directo.

¹⁷ En el mismo sentido: Hugo Rosende Subiabre, "Modificaciones legales introducidas en materia de prelación de créditos", págs. 9 y ss., en *Modificaciones legales del sexenio 1973-1979*, tomo I, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Especialmente lo relativo al derecho de prenda general; sus finalidades; fundamentos y principios que lo rigen (págs. 12 a 17).

Se manifiesta el autor partidario de darle una aplicación amplia a la acción subrogatoria y no sólo a los casos especialmente previstos en la ley, fundado básicamente en la autorización genérica que da el artículo 2465 del Código Civil para perseguir todos los bienes embargables del deudor.

Los efectos de la acción oblicua son favorecer a todos los acreedores sin que exista privilegio alguno a favor de aquel acreedor que ejerció la acción subrogatoria. El grado de diligencia que debe emplear el titular de la acción corresponde a la de un agente oficioso, siendo aplicables los artículos 2287 y 2288 del Código Civil.

Por la **acción pauliana** se trata de evitar que los bienes del deudor salgan de su dominio en fraude de sus acreedores.

El artículo 2467 del Código Civil dispone que "son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativos a los bienes de que se ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores". La acción pauliana complementa esa nulidad al periodo anterior a la cesión de bienes o de la apertura del concurso. Es requisito ineludible para el ejercicio de la acción pauliana el mal estado de los negocios del deudor, esto es, que el pasivo de su patrimonio sea superior al activo del mismo. A ello se une la existencia del fraude pauliano, que en los contratos onerosos requiere que tanto el deudor como el tercero que contrata con él conozcan el mal estado de los negocios del deudor, y en los contratos gratuitos, es suficiente el conocimiento del deudor del mal estado de sus negocios.

Acerca de la naturaleza jurídica de la acción pauliana, el autor discrepa de aquellos que piensan que es de nulidad, de inoponibilidad o indemnizatoria de perjuicios. La califica como una acción sui generis que constituye una nulidad especial (págs. 310 y 311), y sus efectos los hace extensivos a los subadquirentes, estén de buena o mala fe. Esta nulidad es especial por las causales que la motivan, las particularidades que presenta el dolo, y el plazo para interponer la acción. El efecto que produce esta acción es la extinción del acto o contrato *erga omnes*, aprovechando al acreedor demandante y a todos aquellos que ejercitan las acciones de cobro de sus créditos.

El **beneficio de separación** corresponde a los acreedores hereditarios y testamentarios de una persona y tiene por objeto evitar la confusión de los patrimonios del heredero y del causante, mientras no se cumplan las obligaciones de este último. Cobra importancia cuando el patrimonio del heredero está recargado de deudas, pues evita la confusión de los bienes del causante con los del heredero, que perjudicaría a los acreedores heredita-

rios y testamentarios favoreciendo a los acreedores del heredero. Sin embargo, la ley no protege la situación inversa, en que el causante tenga deudas excesivas y el heredero no. Si este último no acepta la herencia con beneficio de inventario, sus acreedores son perjudicados.

El beneficio de separación aprovecha a los demás acreedores que lo invoquen y cuyos créditos no estén prescritos. Se exceptúan de este beneficio los acreedores de obligaciones prescritas (naturales) y los créditos en que los acreedores hayan aceptado expresa o tácitamente al deudor como heredero.

El beneficio de separación es una acción de inoponibilidad que suspende la confusión de los patrimonios del causante y del heredero en defensa de los acreedores de la sucesión.

11) En el capítulo X, se plantean las **“concepciones sobre la responsabilidad”** (págs. 321 a 331).

– Se ocupa el autor de hacer una reseña de los grandes sistemas sobre la responsabilidad: clásico, moderno y actual. El primero, adoptado por los romanos, ve en el daño la ruptura del equilibrio entre las personas y, en su reparación, la vuelta a la justicia. El sistema moderno, cuya guía es el Código Civil francés, incorpora pautas moralistas basadas en la idea de culpa. La visión actual se caracteriza por la atipicidad de los supuestos y la variedad de los factores de imputación.

– Concluye el profesor Rodríguez dejando sentada su posición sobre la responsabilidad. En su opinión, la responsabilidad se traduce en una conducta de reemplazo y es, en sentido amplio, una sanción. En materia contractual, los intereses que legitiman la responsabilidad se contienen en la descripción de la prestación. Ella limita los daños resarcibles a aquellos que derivan inmediata y necesariamente del incumplimiento (daños directos) y jamás a los indirectos. La causa de la responsabilidad contractual es una sola: el incumplimiento, y el deudor puede excepcionarse probando que ha empleado la diligencia y el cuidado debidos (art. 1547 del C.C.). La responsabilidad civil exige la concurrencia de un factor de imputación: subjetivo (dolo o culpa) u objetivo (riesgo), presentándose este último como una nueva forma de culpa. La responsabilidad contractual cubre, por mandato legal, los daños materiales (daño emergente y lucro cesante), pero el daño material puede extenderse cuando el incumplimiento de ciertas obligaciones afecta derechos e intereses extrapatrimoniales. Finalmente, se advierte una propagación de la socialización de los daños en el ámbito contractual, a través del empleo del seguro para

resarcir los daños provenientes del incumplimiento de las obligaciones convencionales.

La recensión que hemos hecho del libro en comento se ha limitado al ámbito contractual sin abordar el permanente paralelo y comentario que formula el autor con la responsabilidad extracontractual, que éste plantea para defender su concepción dualista de la responsabilidad civil. Lo hemos hecho ex profeso para destacar la tesis del profesor Rodríguez acerca de la responsabilidad contractual y con la conciencia de que el lector se formará una visión completa de la responsabilidad contractual y extracontractual mediante la lectura de los libros que el autor dedica a cada una de ellas.

No se comprende, tal vez, plenamente el pensamiento profundo del profesor Rodríguez si no se acude a otras obras de que es autor, relativas a materias anexas a la responsabilidad. De allí que hayamos empleado citas para ilustrar al lector y efectuado referencias en notas a otras opiniones que coinciden o discrepan de aquellas del tratadista cuyo trabajo se examina.

Este libro que ahora nos ofrece el profesor Rodríguez Grez representa un importante avance en el desarrollo de la responsabilidad civil en el mundo actual y un vivo desafío para quienes buscan en el creacionismo jurídico adaptar el derecho a la realidad que se vive. El inmenso esfuerzo de su autor requiere una respuesta de los estudiosos de estas materias y por nuestra parte, al menos, esta modesta reseña.

Responsabilidad contractual

De **Pablo Rodríguez Grez**

Editorial Jurídica de Chile,

Santiago de Chile, 2003

COMENTARIO:

Patricio Oyaneder Davies

Profesor Ayudante de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Comentar un libro, tal como lo ha reconocido el autor de cuya última obra damos cuenta, no es tarea fácil, menos aún cuando en ella se toma decidida postura ante los temas que aborda. De otro lado, circunscribirse a la labor de comentar, esto es, limitarse a dar cuenta del contenido del libro en aras de facilitar su comprensión, resulta prácticamente imposible en atención a lo señalado; en efecto, don Pablo Rodríguez Grez, como ya se ha hecho habitual, nos incita a un constante debate y replanteamiento de los pilares del derecho. Por lo mismo, la vía del mero comentario nos resulta el camino más atinado a seguir, tanto por razones de espacio, como por respeto a la finalidad de esta sección de esta Revista.

Tal como lo reconoce en la introducción al libro que comentamos, el planteamiento del profesor Rodríguez Grez sobre la responsabilidad contractual se sustenta en la noción que expuso en el año 1992 sobre la obligación como deber de conducta típica en su monografía homónima. Por ello, este libro resulta corolario de aquél y viene a cerrar el tema de manera coherente de acuerdo a sus postulados. De allí que el estudio comience describiendo la trama obligacional y precisando su contenido, dejando así sentadas las bases sobre las cuales desarrollará el resto de su trabajo. En este punto se pone acento en que la obligación consiste en un deber de conducta tipificado en la ley y que, por consecuencia, la responsabilidad contractual surge cuando el deudor no despliega la conducta comprometida o no pone en ello el cuidado, diligencia y atención que establece la ley. Es la ley, para nuestro autor, la que impone al agente la conducta que debe desplegar y la que, ante el incumplimiento, hace nacer la responsabilidad mediante la cual el acreedor puede obtener el cumplimiento de la obligación por un medio sustitutivo (o conducta de reemplazo) contando para ello con el auxilio del poder coercitivo del Estado.

Ahondando en estas ideas precisa el rol que atribuye a la *prestación objeto de la obligación*, la que entiende como “*el objeto último de la obligación, vale decir, la conducta comprometida unida a la ejecución del proyecto que se exige del deudor*”, y para determinar el contenido de esta última atiende al *grado de culpa* que en cada caso tipifica el artículo 1547 del Código de Bello, de donde deduce que el hecho de no alcanzar el resultado tenido en vista por las partes del contrato no implica necesariamente el incumplimiento de la obligación si el deudor ha empleado en dicha empresa la diligencia y cuidados debidos. En atención a ello concluye que, siendo la obligación un deber de conducta típica, la prestación es una “*referencia*” que sirve para determinar provisionalmente si aquel deber se cumplió de la manera que estaba convenido o no. Por lo mismo, como es de suponer, no duda en poner de manifiesto que el sistema de responsabilidad contractual se sustenta en la subjetividad, toda vez que si lo que se exigiera fuera la ejecución de la prestación estaríamos en presencia de un sistema de responsabilidad objetivo. Esta premisa resulta lógica si partimos –como debe hacerse– del supuesto que el ser humano es el destinatario de la norma, pues, así las cosas, la obligación queda integrada por la conducta humana que debe desplegarse obrando con el grado de diligencia y cuidado que impone la ley en cada caso. Es ésta, en resumidas cuentas, la única exigencia que impone el derecho a los hombres: ajustar la conducta a sus prescripciones de conducta, independientemente de si el resultado perseguido con ello se alcanza o no, de donde colige el profesor Rodríguez Grez que el resultado –material– no existe o no es exigible, mas sí la observancia de la conducta que el derecho estima idónea a tal efecto. De esto se sigue, agreguemos nosotros, que el derecho no garantiza la consecución del resultado material.

De cuanto llevamos dicho queda de manifiesto que lo propuesto por este comentarista se asemeja –con matices por cierto– a lo postulado por autorizada doctrina foránea. En efecto, autores como Alberto J. Bueres, en Argentina, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullon, en España, siguiendo al alemán Philippe Heck, postulan que la prestación constituye un plan, programa o proyecto de la conducta futura del deudor, esto es, un plan prestacional tendiente a satisfacer el interés del acreedor. Nótese, sí, que los citados comentaristas omiten efectuar una clara distinción como la propuesta por don Pablo Rodríguez Grez entre obligación y prestación, con lo cual tienden a confundir elementos de la trama obligacional que, si bien están indisolublemente ligados entre sí, cumplen, *strictu sensu*, roles diversos.

Tras las imprescindibles precisiones apuntadas, se abordan en el libro los presupuestos de la responsabilidad contractual. En este punto se hace una interesante, necesaria y pedagógica distinción; a saber: entre las *condiciones necesarias para la existencia de una obligación contractual* y los presu-

*puestos que deben concurrir para estar ante el incumplimiento de dicha obligación, y, en consecuencia, si es del caso, ante la responsabilidad que surge de dicho incumplimiento e impone al agente el deber sustitutivo de reparar los daños causados. En relación al primero –requisitos para la existencia de la obligación contractual– merece destacarse el trato que el autor da a la distinción entre *objeto del contrato* (prestación convenida) y el *objeto de la prestación* (derechos y obligaciones que crea el contrato), donde se deja sentado que el *objeto de éstos* –derechos y obligaciones– son las cosas y bienes a dar, hacer o no hacer, con lo que pone de manifiesto los errores tantas veces denunciados en que incurrió don Andrés Bello al “definir” el contrato en el artículo 1438 de su Código. Se plasman en este apartado interesantes aportes al estudio de las incapacidades, respecto de las cuales el autor efectúa una interesante distinción de la que deduce que, en realidad, sólo existen tres casos de incapacidades especiales y que el resto de las hipótesis señaladas en la ley son prohibiciones legales. También se hacen valiosas referencias a los llamados “contratos forzosos”, tanto heterodoxos como los ortodoxos y a los llamados “contratos benévolos”. Luego, al tratar el perfeccionamiento de los contratos se manifiesta decididamente partidario de que las partes puedan modificar la forma en que ello ocurre, salvo respecto de los contratos solemnes y de los reales que se perfeccionen por la tradición de la cosa. Acto seguido, es estudiada con sumo detalle la autocontratación.*

Cabe destacar también en este punto la vigorosa y fundada defensa que el autor hace de la nulidad absoluta como sanción al *error substancial* y de sus criterios para determinar la relevancia del *error en la persona* en base a la distinción entre contratos *intuitu personae*, caso en que el error siempre será relevante, y contratos de *libre elección*, en los que el error en la persona sólo será relevante a condición de que se pruebe que el contrato ha sido celebrado en consideración a las condiciones y aptitudes personales del otro contratante, y que ello haya sido la causa principal del contrato. Lo mismo hemos de exaltar cuando destaca la estrecha *relación que existe entre el error y la causa*.

Con particular acierto se analiza en el marco de las llamadas “*condiciones objetivas de contratación*”, esto es, aquellas que “*están al margen de la voluntad e intención de las partes*” y que deben respetarlas y acatar sus efectos, el *error común* y la *lesión enorme*, sacando a esta última de su tradicional enclave como vicio del consentimiento.

Al tratar la *fuerza* adhiere a aquella escuela que considera que la *vis absoluta* “genera” un “contrato inexistente”, debido a que en realidad no hay voluntad, sino una falsa apariencia forjada por la fuerza física, como lo ha

sostenido entre nosotros don Víctor Vial del Río siguiendo al jurista argentino Alberto Spota. A renglón seguido afirma que el *estado de necesidad* no puede encuadrarse en el vicio fuerza, por cuanto en este supuesto no hay fuerza que provenga del hombre, como lo exige la norma. Por último, al analizar la extensión de la nulidad fundada en la *fuerza*, es decir, si debe anularse todo acto o sólo las cláusulas que han sido consentidas mediante el uso de la fuerza, aboga por la *subsistencia del acto jurídico*, con lo que privilegia la eficacia del contrato por sobre su nulidad, salvo en las tres calificadas excepciones que menciona.

En lo que dice relación con el dolo, se sigue con tino aquella doctrina que entiende que la acción dolosa provoca un error que aniquila (u obsta, si se prefiere) a la voluntad. Se incluye, además, como elemento del mismo la previsión del daño que se producirá, por cuanto *“la previsibilidad absorbe la intencionalidad, ya que ella está subsumida en la captación del daño que, a ciencia y conciencia, aunque no se desea, se sabe que ocurrirá y se admite ese resultado”*, lo que le permite arribar fundadamente a la conclusión de que el Código contempla tanto el dolo directo como el eventual.

El estudio del *objeto del contrato* constituye otra piedra angular de la tesis sustentada en el libro. Se inicia este acápite recordando la poca claridad del Código de Bello en este punto, al confundir en su artículo 1438 el objeto del contrato con el objeto de las obligaciones y derechos que de él emanan, precisando sobre el particular que el *objeto del contrato* *“son los derechos que él crea y no las cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”*, por cuanto éstas son el objeto de los derechos y de las obligaciones. Hecha esta aclaración, queda sentada la base sobre la cual es factible para nuestro comentarista establecer que sólo puede ser calificada de lícita o ilícita la conducta humana que se pretenda que un sujeto se obligue a desplegar respecto de ciertas cosas en las hipótesis –abiertas y cerradas– que contempla la ley. En consecuencia, los supuestos de objeto ilícito establecidos en los artículos 1462 a 1466 del Código Civil se refieren a la conducta humana que el derecho califica de antijurídica por ser contraria a la normativa que restringe la facultad de los particulares de dictar sus propias reglas para regular sus intereses de la manera que lo estimen más conveniente (autonomía privada).

En lo que atañe al nada de pacífico y controvertido tema de la *causa del contrato*, nuevamente el autor plantea sin ambages sus puntos de vista. Parte haciendo la clásica distinción entre causa del contrato y causa de la obligación, para luego criticar la teoría dual de la causa y concluir que nuestro Código Civil se refiere a la *causa ocasional* (*“motivo que induce a contratar, o los motivos individuales que impulsan a ejecutar el acto o celebrar*

el contrato). De este modo se obtiene de manera coherente un ***doble control ético del contrato***, pues, por un lado, la causa (final) vela por que la conducta comprometida sea legítima (por "*tener como contrapartida la existencia de una obligación correlativa o la realización de una mera liberalidad*") y, por el otro, la causa (ocasional) vela por la licitud de los motivos internos que determinaron la manifestación de voluntad en orden a crear un determinado vínculo jurídico. Por consiguiente, se concluye, la ausencia de causa final acarrea la inexistencia de las obligaciones, y la de causa ocasional, la nulidad del contrato.

En suma, los elementos esenciales de la obligación son la determinación de la conducta que debe desplegar el deudor –estableciendo el grado de culpa de que responde– y la prestación –en tanto "*proyecto o resultado propuesto y aceptado por las partes*".

Como se habrá advertido –tras esta *prieta* síntesis– el análisis de los *presupuestos del contrato* como primer elemento de la responsabilidad contractual que se presenta en el libro en comento es exhaustivo y, como siempre lo hace el autor en sus publicaciones, no escatima en tomar decidida posición ante los temas debatidos en doctrina, y, aun, ante los que ésta rehuye. Constituye en definitiva este capítulo una verdadera teoría de los elementos del contrato plagada de aportes que exceden con mucho –afortunadamente, agreguemos– al trato que usualmente se le da en una monografía dedicada a la responsabilidad contractual.

Como segundo requisito de la responsabilidad contractual es analizada la ***inejecución de la conducta debida***, destacándose el carácter objetivo que reviste la misma, por lo que su establecimiento resulta de la comparación de la conducta debida con la efectivamente desplegada por el agente. Al efecto, debe analizarse si la conducta ejecutada por el deudor corresponde a aquella que le imponía el grado de culpa establecido en el contrato, para lo cual debe compararse ésta –la conducta desplegada– con un *modelo abstracto* de conducta o conducta arquetípica. Se hace, en este punto, necesario hincapié en que, como ha quedado dicho, el contrato queda integrado por la conducta a que el deudor se ha obligado a desplegar (de acuerdo al grado de culpa de que responde) y por la prestación que tiende a conseguirse con ella, esto es, aquello que mediante la conducta estipulada en el contrato *se trata* de dar, hacer o no hacer. En base a ello, nuestro autor concluye que, siendo la obligación un *deber de conducta tipificado en la ley* tendiente a obtener la "*meta final*" que las partes han tenido en vista al contratar, esto es, la prestación, el deudor no incurrirá necesariamente en incumplimiento de no alcanzar aquélla si ejecutó todos los actos impuestos por el nivel de diligencia y cuidado comprometidos, pues, en tal

caso, habrá desplegado la conducta debida, de lo que se sigue como única consecuencia que se presumirá la culpa del deudor y, por consiguiente, se invertirá el peso de la prueba conforme lo dispone el artículo 1547 de nuestro Código Civil. *A contrario sensu*, ejecutada la prestación, la obligación se tendrá por cumplida. De lo dicho, se colige que la prestación es referencia que mide transitoria y provisionalmente el cumplimiento o incumplimiento de la obligación, toda vez que el deudor está en condiciones de acreditar que no ha incurrido en responsabilidad probando que ha obrado de la forma debida, es decir, que ha cumplido la obligación, aun cuando no se haya logrado el resultado proyectado (prestación). Por lo tanto, se afirma, *todas las obligaciones son de medios*, ya que, incluso en las llamadas *obligaciones de resultado* puede no alcanzarse éste por culpa grave o dolo del acreedor, caso en que no hay responsabilidad. En consonancia con lo postulado se sostiene, acto seguido, que el deudor tampoco incumplirá su obligación cuando la conducta que se obligó a desarrollar –atendido el grado de culpa de que es responsable– no es idónea para alcanzar el fin propuesto, esto es, cuando ha existido un *error de proyección*. Finalmente, se emplaza dentro del estudio de la inejecución análisis de la mora, tanto *solvendi* como *accipiendi*, en atención a que el tiempo en que debe desplegarse la conducta debida tendiente a alcanzar la prestación es elemento integrante de la obligación asumida y de la responsabilidad por retardo en el incumplimiento o por incumplimiento definitivo.

En tercer lugar se examina *el reproche subjetivo u objetivo* (o factor de imputación) como presupuesto de la responsabilidad contractual. A consecuencia de lo expuesto hasta este punto, se inicia este acápite aseverando que *“en la responsabilidad contractual la antijuridicidad se satisface con la censura subjetiva u objetiva de la conducta infraccional”*, postulado con el cual se elimina de raíz a la antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad contractual, por cuanto –según el profesor Rodríguez– ella se contiene implícitamente en el factor de atribución, en cualquiera de sus formas: culpa, dolo o riesgo.

Con respecto a la *culpa* no intencional (o culpa en sentido estricto), se postula que ella constituye un *error de conducta* en tanto lo obrado de esa forma lo ha sido inmerso en un falso concepto de la conducta que en realidad debía desplegarse conforme a derecho y que debe ser apreciada conforme a un modelo abstracto de persona cuidadosa que dé cuenta de la conducta efectivamente debida y, en consecuencia, jurídicamente exigible al deudor. De ello se sigue que la conducta incumplidora constituye un error en el que no habría incurrido un hombre cuidadoso según el modelo abstracto, y para calificar dicho error debe efectuarse una comparación entre la conducta que se exige juzgar con el hipotético comportamiento de dicho modelo abstracto. De más

está señalar que nos parece más ajustada a la realidad la referencia al error de conducta que al denominado *defecto de conducta*, aun cuando éste se encuentre más afincado en la doctrina tradicional.

En lo que dice relación con la *culpa intencional (dolo)* el autor agrega hábilmente al elemento psicológico *la previsibilidad del daño*, mediante la cual logra también incluir en la definición que del dolo da el artículo 44 del Código Civil el *dolo mediato o directo*, a través de la siguiente afirmación: "*la previsibilidad absorbe la intencionalidad, ya que ella se subordina a la aceptación del daño que, a ciencia y conciencia, aunque no lo desea, sabe que ocurrirá y se admite este resultado*". Luego, la intención a que se refiere la citada disposición legal no es deseo, sino "*conformidad consciente del sujeto con un resultado que sobreviene*" a consecuencia de su obrar; lo que va de suyo, agregamos nosotros, si tenemos en cuenta que previsión (que proviene del latín *praevidere*) deviene de un proceso volitivo a través del cual el agente se representa antes de la ejecución o inejecución del hecho comprometido, según el caso, los efectos que de su conducta se derivarán. Haciendo la necesaria distinción entre la esencia del dolo directo y la del *dolo eventual*, incluye también a éste en la definición contenida en la citada disposición legal, haciendo hincapié, sí, en que respecto de este último el autor del daño no tiene certeza del acaecimiento del mismo, mas sí sabe que es probable que causalmente se derive de su obrar, y, por lo mismo, responde de él.

Con lo expuesto podría haber concluido "*cumplidamente*" el estudio del reproche como presupuesto de la responsabilidad contractual, empero, no obstante ello, el autor decide abordar el estudio del nada de pacífico –ni menos aún acabado– estudio de la *responsabilidad objetiva* fundada en el riesgo como factor de imputación. Sobre el particular el profesor Rodríguez postula que "*los creadores de riesgos incurren en una nueva forma de culpa que consiste en generar a ciencia y conciencia condiciones que objetivamente favorecen la producción de accidentes y daños*", lo que explica apoyándose en la relación causal, afirmando que en este caso "*la causa se busca en una fase anterior al hecho que directa e indirectamente provoca el daño*". En otros términos, "*el derecho superpone el peligro creado a la acción dañosa y transfiere la responsabilidad del autor del riesgo*". Para no inducir a errores, debemos poner acento en que no se trata de la ejecución de actividades proscritas por el ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario, de actividades necesarias –y hasta fundamentales– para el desarrollo social, cuya realización, por imperio de la ley, queda sujeta a un estatuto jurídico especial que prescinde de la imputación subjetiva tradicional en base a la cual se impone la sanción reparadora a quien causa un daño. Se concluye este acápite señalando que el riesgo es una nueva forma de culpa, por cuanto presenta como elemento común a ésta la necesidad de que

el agente tenga *conciencia y acepte como probable* (aun cuando remotamente) *el acaecimiento del daño*, claro está, en este caso, al momento que decide desarrollar alguna de estas actividades.

A continuación se emprende el análisis de las *causas extrañas a la relación obligacional que eliminan los efectos del factor de atribución*, donde son tratados el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero y el hecho o culpa del acreedor. Respecto del primero –*caso fortuito o fuerza mayor*–, se precisa acertadamente que la *irresistibilidad* a que alude el artículo 45 del Código de Bello se refiere al hecho constitutivo de fuerza mayor (como se desprende de lo preceptuado en los artículos 1567, 1670 y 1558, todos del citado dispositivo legal) y no a sus efectos, ya que en los casos de *imposibilidad relativa* el agente puede estar obligado a atajar los efectos del caso fortuito atendido el grado de diligencia y cuidado que se ha comprometido a emplear en el cumplimiento su obligación. El *hecho de un tercero* es asimilado al caso fortuito o fuerza mayor.

Sobre el *hecho o culpa del acreedor*, se establece que éste también responde de un grado de diligencia y cuidado en relación a los “*eschollos o tropiezos impuestos al deudor para el cumplimiento de su obligación*”, el que debe ser determinado atendiendo al grado de culpa de que responde el deudor. En otras palabras, se estima legítimo cierto grado de entorpecimiento por parte del acreedor al cumplimiento del deudor. Empero, la obligación, en tanto correlación que describe el deber de conducta comprometido por los sujetos vinculados por ella, puede extinguirse si el acreedor dificulta a tal punto el cumplimiento que para ello el deudor debiera desplegar una conducta que exceda el grado de diligencia y cuidado asumidos. Esta actitud del acreedor o de sus dependientes da lugar a la llamada *mora accipiendi*, sea porque retarda o porque hace imposible el pago.

Mención aparte merece lo sostenido a propósito del siempre controvertido estudio de las *obligaciones de medios y de resultado*. Partiendo de la premisa de que el derecho regula la conducta humana, resulta atinado afirmar que quien se obliga se compromete a observar en su obrar el grado de diligencia y cuidado asumido a fin de alcanzar el objetivo (o resultado proyectado: prestación) tenido en vista al contratar. Bajo esta luz, las llamadas obligaciones de resultado no existen, ya que jamás el deudor está obligado a todo evento a alcanzar el resultado perseguido al establecerse la obligación. Esto se demuestra fácilmente si se tiene en cuenta lo señalado cuando nos referimos al caso fortuito (o fuerza mayor), al hecho o culpa del acreedor (o de sus dependientes) y al hecho o culpa de un tercero. Por ende, el deudor, no obstante no haber alcanzado la prestación, puede exonerarse de responsabilidad demostrando que desplegó la conducta

debida o la concurrencia de una causa de inimputabilidad. Por el contrario, de admitir la existencia de obligaciones de resultado, se privaría al deudor de su derecho de eximirse de responsabilidad probando que no incurrió en culpa, de modo que el único expediente al que podría recurrir al efecto sería alegar una causa extraña, con lo que se anula el sistema subjetivo de responsabilidad contractual.

El *daño* es tratado como el cuarto presupuesto de la responsabilidad contractual. Se inicia este capítulo diferenciando los regímenes existentes al respecto en la responsabilidad contractual y extracontractual, colocando acento en que en el ámbito contractual rige el "*principio de reparación limitada de los daños provenientes del incumplimiento*", toda vez que en ella sólo se indemniza el daño emergente y el lucro cesante. Tras esta precisión se efectúa una acabada clasificación de los daños, de la que, de un lado, cabe destacar el certero análisis que se hace del daño previsto y del imprevisto, y de otro, resulta imperioso detenerse en lo sostenido respecto del daño moral en sede contractual. Se afirma que el daño moral sólo genera obligación de reparar a condición que alcance proyecciones en el ámbito patrimonial, lo que tendrá lugar cuando se lesionen las facultades del acreedor como administrador o productor, o sus facultades intelectuales; ello, atendido que "*el incumplimiento contractual lesiona siempre un derecho patrimonial*". En buen romance: "*el daño moral deviene en material al afectar algunas aptitudes y capacidades de la persona*", como concluye el autor con apoyo jurisprudencial.

Como quinto y último presupuesto de la responsabilidad contractual es analizada la *relación causal*. Luego de efectuar una valiosa síntesis de las principales teorías que ha forjado la doctrina para tratar de determinar cuándo hay una relación de causa a efecto entre el incumplimiento de la obligación y el daño, el autor se muestra partidario de la *teoría de la causa necesaria*, por cuanto, a su juicio, toma en cuenta adecuadamente las diferencias que existen entre la responsabilidad contractual y la *aquiliana*. A través de esta teoría la causa del daño se encuentra recurriendo al expediente de "*suprimir mentalmente el incumplimiento de la relación obligacional: si el daño perdura, el daño no es la causa del mismo; en caso contrario, la causa del efecto dañoso es el incumplimiento*".

Al referirse a las *concausas*, distingue aquellas que operan después del incumplimiento de las que operan coetáneamente al incumplimiento y que contribuyen a que éste se produzca. A las primeras atribuye el poder de agravar la responsabilidad del deudor que ha incumplido dolosamente en atención a que la concausa generalmente será previsible; en cambio, si el incumplimiento ha sido culpable, la concausa sólo producirá el menciona-

do efecto a condición de que haya sido prevista o haya debido preverse al tiempo de la celebración del contrato. A las segundas, no les atribuye fuerza alguna para atenuar la responsabilidad del deudor.

Se vuelve en este punto a las causas extrañas a la relación obligacional que eliminan los efectos del factor de imputación (culpa y dolo) en razón de su aptitud para interrumpir el nexo causal entre el incumplimiento y el daño. Nos remitimos a lo reseñado en relación al caso fortuito o fuerza mayor, al hecho de un tercero y al hecho o culpa del acreedor en tanto hechos idóneos para hacer desaparecer el factor de imputación.

En el antepenúltimo y penúltimo apartado del libro en comento se hace referencia al mal llamado "derecho de prenda general" y a los derechos auxiliares del acreedor, respectivamente. Se destaca en relación al primer tópico, como corresponde, que no es afortunada su denominación, ya que el llamado "derecho de prenda general" en realidad no es tal, atendido que no participa de los caracteres de dicho derecho (preferencia, facultad de persecución y de realización específica); por ello, preferimos sindicarlo como derecho de garantía. Resulta interesante lo planteado por el autor sobre la procedencia de la acción oblicua o subrogatoria, la que estima fundadamente, a juicio nuestro, se extiende *"a todos los derechos patrimoniales del deudor y no sólo a los casos ocasionalmente mencionados en las disposiciones legales que aluden al tema"*.

Culmina esta monografía con una descripción de los grandes sistemas de responsabilidad que han tenido lugar a lo largo de la historia, para lo cual se cita el trabajo de don Jorge Mosset Iturraspe, insigne jurista argentino, tras lo cual el autor deja sentada su posición sobre la responsabilidad, cerrando así un acabado estudio sobre las obligaciones de origen contractual del que sólo echamos de menos no haber incluido en él un tópico fundamental, cual es: la buena fe en tanto deber de conducta.

Permítaseme, en último término, so pena de ser reiterativo, recalcar que nos encontramos ante una obra sumamente lúcida, a tal punto que provoca admiración la solidez con que el autor frente a cada problemática vierte su propia y fundamentada opinión, fruto, se entiende, de los más de treinta años que don Pablo Rodríguez Grez ha dedicado a la enseñanza del derecho y al ejercicio de la profesión. Por lo mismo, no nos queda más que dejar extendida la invitación a gozar de la lectura y reflexión de los pensamientos y experiencia que generosamente el autor nos comparte en esta monografía. Reciba, entonces, mis agradecimientos y felicitaciones el autor.

La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado

De **Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón**

Editorial Metropolitana,
Santiago de Chile, marzo 2004

COMENTARIO:

Rafael Cruz Fabres

Profesor de Derecho Económico
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

“La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado” es el título que los autores, Sra. Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón, han establecido para el libro publicado por la Editorial Metropolitana en el mes de marzo de este año.

El tema que comprende el trabajo es ciertamente de carácter técnico, no obstante resulta de gran interés su divulgación para muchos profesionales y agentes económicos que desarrollan actividades vinculadas al comercio exterior, la inversión extranjera, el mercado de capitales, el comercio de servicios.

Las normas jurídicas que rigen estas actividades y la forma en que se han aplicado constituyen otro elemento de gran interés para los especialistas.

A partir del año 1974, nuestro país, adelantándose a las naciones de América Latina, reorientó su desarrollo económico abriendo gradualmente la economía al mundo, después de haber vivido por décadas un estéril proceso de industrialización forzada con altos aranceles y graves ineficiencias que se tradujeron en un lento y desigual crecimiento de nuestra economía.

La transformación económica vivida a partir de mediados de los 70 fue extendiéndose a todos los campos de las actividades nacionales y, por cierto, a las bases institucionales que el país estableció, destacando la Constitución de 1980, que permitió otorgar un sólido marco de certeza jurídica para el desarrollo de nuestra economía.

El camino ha sido largo y no exento de dificultades. No obstante, la visión de los gobernantes que adoptaron el nuevo rumbo y los que posteriormente han continuado profundizando el mismo camino de apertura, con la suscripción de tratados de libre comercio con la Unión Europea, Estados Unidos de América, Canadá, Corea y otros, nos permite señalar que contamos con los elementos para volver a crecer a tasas significativas para así derrotar los niveles de pobreza e indigencia que nos afectan.

El camino de apertura y globalización parece encontrarse sólidamente respaldado en nuestro país siguiendo tendencias contemporáneas que se observan en la mayoría de las naciones. Según estadísticas del Banco Mundial, el aumento de las exportaciones respecto del producto es una tendencia que se da tanto en los países desarrollados como, y más fuerte aún, en los países en desarrollo. La inversión extranjera, los flujos de los mercados de capitales, el desarrollo del comercio de los servicios incluidos dentro de la OMC constituyen evidentes señales de un proceso que no admite retroceso y que camina fuerte y rápidamente hacia la globalización económica como tendencia contemporánea.

Con este telón de fondo, creemos que hoy es indispensable el estudio acabado y la difusión de los sistemas de solución de controversias en un mundo cada vez más globalizado, que es precisamente lo que el trabajo de Paiva y Cortés presentan ordenadamente empezando por los conflictos comerciales entre gobiernos, los que se resuelven al amparo del Anexo N° 2 del acuerdo de Marrakech que puso fin a la ronda de Uruguay y dio origen al nacimiento de la OMC. Nos referimos al "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias". En este punto se analizan también algunos casos en los que Chile ha sido parte y los mecanismos contemplados en los principales tratados de libre comercio suscritos en nuestro país.

Otros aspectos de los conflictos comerciales entre gobiernos lo constituyen los conflictos en materia de dumping, subsidios y daños a la producción, temas tan sensibles para muchos sectores productivos nacionales y cuya normativa está conformada por el "Acuerdo relativo a la aplicación del Art. VI del acuerdo general de aranceles y comercio de 1994", por el acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias del tratado de Marrakech y también por las disposiciones de la Ley 18.525 sobre normas de importación de mercaderías al país.

Más adelante, el trabajo se refiere a las disputas que se pueden suscitar entre un Estado y un inversionista o particular de otro Estado. Se estudian las normas del Decreto Ley 600, hoy de tanta actualidad, los tratados de

protección y promoción de inversiones y el convenio que creó el centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, conocido como "Siadi" o "ICSIDE", según su sigla en inglés.

A continuación se estudia el amplio campo de los conflictos comerciales entre particulares realizando una breve reseña de la legislación chilena, incluyendo el proyecto de ley en trámite sobre arbitraje internacional y la ley modelo sobre arbitraje internacional de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), texto que fue aprobado, con la participación chilena, por la citada comisión de Naciones Unidas el 21 de junio de 1985, después de varios años de estudios, proposiciones y modificaciones.

Según señala el trabajo de Paiva y Cortés, el aumento del comercio mundial producto de la liberación de muchas economías ha incrementado las controversias comerciales observándose que desde 1995 hasta agosto del 2001 se han registrado en el marco de la OMC 230 disputas, mientras que durante toda la existencia del GATT entre 1947 y 1994, 250 disputas. Las cifras indicadas nos permiten señalar que el sistema de solución de controversias del antiguo GATT era bastante más débil y menos efectivo que el de la OMC. Nuestro país ha estado involucrado en disputas comerciales como parte reclamante y a su vez como parte reclamada por otros países (casos manzanas, licores, etc.).

En el caso de la competencia desleal, dumping y subvenciones hemos visto un aumento de las denuncias contra nuestros productos de exportación, y también exportadores chilenos han detectado subvenciones y subsidios a ciertos productos que afectan las exportaciones chilenas principalmente en el sector agroindustrial.

El trabajo plantea un interesante enfoque crítico al sistema de solución de controversias que existía en el antiguo GATT y sus principales debilidades, como la aplicación del principio del consenso, que exigía la aceptación de la parte reclamada para determinar si se constituía un grupo especial, y posteriormente para aceptar las recomendaciones que éste emitía, con lo cual la parte reclamada tenía posibilidades de obstruir y dilatar el proceso.

Por otro lado, existía una proliferación de foros, dada la existencia de múltiples acuerdos celebrados al amparo del GATT, situación que estimulaba a los eventuales reclamante a escoger el foro que parecía más conveniente para el éxito de las reclamaciones.

Las fragilidades del mecanismo determinaban que los países recurriesen a medidas unilaterales para solucionar diferendos al margen del GATT, dañando así la credibilidad del sistema comercial multilateral.

Ante este problema, la ronda de Uruguay aprobó un sistema integrado de solución de diferendos, común para todos los acuerdos, eliminándose de esta forma la fragmentación preexistente. El nuevo sistema dispone la creación de un órgano de solución de diferencias encargado de administrar el entendimiento, los procedimientos y las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados. El nuevo sistema establece además "un órgano de apelación", concebido como un órgano permanente que conoce de los recursos de apelación interpuestos contra los informes de los grupos especiales.

Se revierte también el mecanismo del consenso al establecerse el grupo especial por el órgano de solución de diferencias. Conviene destacar además que el entendimiento hace suya la doctrina del GATT en orden de tratar de obtener en lo posible soluciones consensuadas y evitar procedimientos litigiosos. La solución de diferencias no constituye un contencioso y se procede de buena fe y con espíritu de cooperación.

La vulneración de cualquier disposición conlleva a la presunción de que la parte reclamante ha sufrido una anulación o menoscabo de derechos que detentaba en el sistema de comercio de la OMC. Se incrementa la celeridad del sistema y la obligatoriedad de cumplir con las resoluciones y recomendaciones. Se otorga protección a la soberanía de cada miembro, no imponiéndose interpretaciones injustificadas, gracias al órgano de apelaciones.

Las consultas y los grupos especiales compuestos por 5 miembros continúan. Por primera vez en el sistema del GATT una parte podrá apelar ante el órgano de apelación contra la decisión de un grupo especial. La competencia del órgano permanente se limita exclusivamente a las cuestiones de derecho y a las interpretaciones jurídicas contenidas en el informe del grupo especial.

Una vez que el informe del grupo especial o del órgano de apelación es adoptado, la parte afectada debe notificar su intención para la implementación de las recomendaciones, debiendo darle cumplimiento de inmediato. Si la parte afectada no rectifica en conformidad con el acuerdo respectivo la medida declarada incompatible, la parte reclamante adquiere el derecho de pedir compensación o de aplicar una medida de salvaguardia.

Existen también como medios de solución de diferencias los buenos oficios a cargo del Director General de la OMC, la conciliación y la mediación. Concluidos estos procedimientos sin resultado, la parte puede solicitar un grupo especial y también un procedimiento rápido de arbitraje en el que las partes convendrán en acatar el laudo que se dicte.

En el trabajo se cita la opinión del ex Director General de la OMC, Sr. Renato Ruggiero, en el sentido de que "ningún examen de los logros de OMC sería completo si se dejara de mencionar el sistema de solución de diferencias, que en muchos aspectos es el pilar central del sistema multilateral de comercio y la contribución más particular de la OMC a la estabilidad de la economía mundial. El nuevo sistema de la OMC es más riguroso, más automático y más creíble que su predecesor del GATT. Al reducir la posibilidad de adopción de medidas unilaterales, constituye también una importante garantía de equidad en el comercio para los países menos poderosos".

Frente a la opinión citada, podemos concluir que el derecho del sistema multilateral de comercio es la mejor protección para los países pequeños, como es el caso de Chile, país que impulsa fuertemente el sistema multilateral.

Los autores también se refieren al hecho que siendo los Estados las partes en las controversias en la OMC, cada país debe desarrollar los mecanismos institucionales para que los sectores o industrias afectados por las discriminaciones puedan alertar a las autoridades pertinentes sobre la necesidad de recurrir a los mecanismos de la OMC en lo que podríamos denominar un nuevo enfoque en las relaciones económicas internas.

El trabajo se refiere también a los sistemas de solución de controversias en el tratado Chile-Canadá, en el tratado suscrito por el Mercosur y con la Unión Europea para las materias que van mas allá de la OMC, por lo tanto en aquellas materias reguladas por el tratado OMC quedan sometidos al mecanismo de solución que contempla este último.

Finaliza este capítulo con el examen del TLC suscrito con Estados Unidos y su sistema de solución de diferencias, con las particularidades que incluye y con el sistema contenido en el tratado Chile-Corea del Sur, que entró en vigencia en abril pasado.

En el capítulo II se estudian otros conflictos comerciales: el dumping y las subvenciones. En estos casos existe un sujeto activo que produce la distorsión y que es el gobierno en el caso de las subvenciones, y los particulares

en el caso del dumping. La idea es que exista una justa, sana, libre y leal competencia en el mercado de los productos determinados.

El trabajo destaca la importancia de contar con una buena legislación en materia de distorsiones al comercio internacional, que en nuestro caso esta contenida en la Ley 18.525 sobre "Normas sobre importación de mercaderías al país, y en lo internacional, por el acuerdo relativo a la aplicación del art. VI del GATT 1994 o acuerdo antidumping, y el acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la ronda de Uruguay. Se analiza con precisión el texto del acuerdo antidumping determinándose la existencia de éste "cuando se realiza una exportación de una mercancía a precios inferiores al valor normal del producto similar del país de origen".

Para la determinación del dumping es necesario comparar los precios de exportación con el valor normal en el mercado interno del país exportador y así obtener el "margen de dumping", procedimiento que en la práctica resulta complejo y difícil de determinar. Se entiende por daño "el perjuicio importante causado a una producción nacional o un retraso sensible en la creación de esta producción. Será necesario demostrar la relación causal entre dumping y daño y también podrían adoptarse medidas a la existencia de amenaza de daños basados en hechos comprobables.

El procedimiento se establece previa solicitud escrita hecha por la producción nacional o en su nombre. La solicitud debe contar con el apoyo de productores nacionales cuya producción conjunta represente más de un 50% de la producción total del producto similar.

La investigación finaliza con el cierre del procedimiento, en caso de no ser necesaria la adopción de medidas de defensa, o con la adopción de medidas antidumping, que pueden ser un compromiso con los exportadores o los establecimientos de derechos antidumping definitivos durante el tiempo y en la medida necesaria para contrarrestar el dumping que está causando daño.

Con respecto a las subvenciones, el trabajo señala que éstas "son uno de los instrumentos de política económicos con que cuentan los gobiernos para conseguir determinados objetivos sociales y económicos. El problema es que el uso de las subvenciones afecta la libre competencia y puede alterar las relaciones comerciales entre los países cuyas exportaciones se ven beneficiadas con estas franquicias.

Si bien en el GATT de 1947, en su art. XVI, se prohíbe la concesión de subvenciones a las exportaciones, sólo a partir de la ronda de Tokio de

1973, surge una fórmula que se concreta en un código de subvenciones, medidas compensatorias y solución de diferencias que estuvieron vigentes hasta la conclusión de la ronda de Uruguay.

En esta última se aprobó un nuevo código de subvenciones y medidas compensatorias que establece sobre bases más firmes las disposiciones multilaterales en materia de subvenciones. Los autores examinan detalladamente el texto del acuerdo, terminando el capítulo con un examen crítico a las debilidades que presenta nuestra legislación interna contenida en la Ley 18.525, tantas veces citada.

El capítulo III contiene los mecanismos de solución de controversias entre un Estado y un inversionista de otro Estado; en otros términos, entre un Estado receptor de inversiones y un inversionista extranjero.

En Chile la materia está regida por el D.L. 600 y además por el convenio "Sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre un Estado y nacionales de otro Estado". Adicionalmente integran el marco legal los acuerdos bilaterales sobre protección y promoción de inversiones que Chile ha suscrito con distintos países y que contienen cláusulas estándares sobre la solución de disputas.

En el capítulo IV se examina la solución de controversias entre particulares, examinándose la legislación chilena en materia de arbitraje entre particulares, la que no se ocupa del arbitraje internacional entre particulares de diferentes Estados.

Las normas sobre arbitraje interno están contenidas en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Orgánico de Tribunales. Chile ha ratificado la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975. Se incluyen comentarios sobre el Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Internacional elaborado por el Colegio de Abogados, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago y el Centro de Arbitraje de Mediación de la Cámara Chileno-Norteamericana de Comercio, junto con autoridades de gobierno, proyecto que se encuentra actualmente en el Congreso Nacional.

En las conclusiones los autores, además de poner en relevancia los principales planteamientos del trabajo, señalan a Internet como un área de difícil entendimiento para la justicia ordinaria, y al arbitraje como la forma más adecuada para hacerse cargo de los conflictos.

En las páginas finales se incluye el caso de la reclamación de las comunidades europeas por el impuesto especial de los alcoholes, en el que nuestro país debió adecuar su legislación. Se incluye el caso de Venezuela, por la gasolina, contra Estados Unidos y la denuncia de CTI por supuestas prácticas de dumping en las importaciones de refrigeradores originarios de Brasil y Corea y se detallan los trámites de la denuncia que finalmente no fue acogida. Se menciona el caso de Víctor Pey y Fundación Presidente Allende contra la República de Chile en el registro del CIADI, caso que se encuentra pendiente. Se incluye la lista de acuerdos de protección y promoción de inversiones que Chile ha firmado.

Para finalizar, debemos expresar que el trabajo que comentamos constituye un valioso aporte al conocimiento de un conjunto de normas jurídicas, partiendo por el GATT, la OMC y las instituciones creadas en los tratados internacionales y sus jurisprudencias, materias difíciles y complejas que sin embargo cobran día a día una importancia crucial para nuestro futuro económico en el mundo globalizado.

Índice Revista Ius Publicum N° 11

ESTUDIOS

- Adriana Hernández Gromelle.** *Persona. De la máscara a la subsistencia*
- Carlos I. Massini.** *Del positivismo jurídico a la eticidad del Derecho: algunas aporías contemporáneas*
- Carlos Amunátegui P.** *De la justicia a la tragedia. Notas sobre la justicia en Antígona*
- Carlos E. Delpiazzo.** *Control social de la administración y transparencia*
- Eduardo Soto Kloss.** *Extemporaneidad y lato conocimiento. Notas sobre la acción de protección*
- Javier Barrientos Grandón.** *De la acción de protección en materia de discapacidad (La acción del artículo 49 de la Ley 19.284, de 1994)*
- Avelino Retamales P.** *Lecciones que dejan los pacientes adultos que rechazan transfusiones de sangre a partir de la doctrina de nuestros tribunales*

CRONICA

- Jesús Ginés Ortega.** *Reflexiones sobre cuatro temas de actualidad*
- Mauricio Echeverría G.** *Algunos desafíos contemporáneos para la vida universitaria inspirada en Santo Tomás*
- Juan José García.** *Hacia una cultura de la paz*
- Sergio Carrasco D.** *El historiador de Concepción*
- Críspulo Marmolejo G.** *Algunas consideraciones sobre Law and Economics*
- Juan Luis Ossa Bulnes.** *Royalty a la minería*

DOCUMENTOS

- S.S. Juan Pablo II.** *La persona humana es el fundamento y el fin de la vida social, a la que el Derecho debe servir*
- S.S. Juan Pablo II.** *Europa debe fundar leyes positivas en elementos objetivos de ley natural*
- Monseñor Francisco J. Errázuriz Ossa.** *Un siglo XXI ¿sin matrimonio para toda la vida?*
- Jorge Precht P.** *La proscripción del matrimonio religioso de la esfera pública*
- Alejandro Silva B.** *La Constitución y el divorcio*
- Hernán Corral T.** *Indisolubilidad matrimonial y libertad de conciencia*
- Instituto Libertad y Desarrollo.** *Matrimonio y rol del Estado*
- Cámara de Diputados.** *Oficio de 23 de agosto de 1973 del Presidente de la Cámara de Diputados a S. E. el Presidente de la República*
- H. Junta de Gobierno de Chile.** *Bando N° 5, de 11 de septiembre de 1973*
- H. junta de Gobierno de Chile.** *Decreto Ley N° 1, de 11 de septiembre de 1973*
- Instituto Libertad y Desarrollo.** *Desafueros, corrupción e instituciones*

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional 9.4.2003 - Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1, de 2003, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (Pablo Alarcón Jaña)**
- Corte Suprema 26.5.2003 - Fallo de protección: se rehúsa cumplimiento atendido tiempo transcurrido (José Joaquín Ugarte Godoy)**
- Corte Suprema 1.4.2003 - Recurso de protección (tributos ilegales, tratado de libre comercio) efectos de sentencia que lo acoge (Eduardo Soto Kloss - Rodrigo Céspedes Prats)**

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

Indice Revista Ius Publicum N° 12

In Memoriam - Profesor Alvaro D'Ors

ESTUDIOS

Miguel Ayuso Torres. *El poder y sus límites*

Sergio R. Castaño. *Una mirada crítica sobre los fundamentos del principio de separación de poderes*

Antonio-Carlos Pereira-Menaut. *Política y ética en los regímenes democráticos*

Ramón Huidobro Salas. *El principio de probidad administrativa (Notas sobre dictámenes de la Contraloría General de la República)*

Eduardo Soto Kloss. *Responsabilidad del Estado por daños producidos por sus Servicios de Salud*

Cristián Antoine Faúndez. *La nueva institucionalidad cultural de Chile*

Alejandro Vergara Blanco. *La Summa Divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980*

Gonzalo Céspedes Proto. *El bloqueo tributario, una práctica administrativa inconstitucional*

Blas Piñar López. *El 11 de septiembre de 2001*

Eugenio Pérez de Francisco. *Y ahora el Esmeralda*

José Luis López Blanco. *El recurso de queja, único remedio jurisdiccional ante ciertas decisiones de tribunales*

CRONICA

Jesús Ginés Ortega. *Familia, educación, temas fundamentales*

Klaus Droste. *El sujeto de la educación cristiana*

Eugenio Pérez de Francisco. *Epílogo del Lockerbie o Nahar el Kayet*

Aníbal Vial Echeverría. *Madre Teresa de Calcuta en Chile*

DOCUMENTOS

S.S. Pío X. *Doctoris Angelici, motu proprio sobre el estudio de la doctrina de Santo Tomás de Aquino*

Gonzalo Ropas Sánchez. *El Estado, ¿como hace 30 años?*

Felipe Larraín B. *La economía de la UP.*

Sebastián Burr C. *Después de todo...*

Pbro. Raúl Hasbún Z. *¿El 1.24 o el 24.1? - Razones y oraciones*

Hernán Corral Talciani. *Opción matrimonial: el "covenant marriage"*

Instituto Libertad Y Desarrollo. *Las compensaciones económicas: el mundo real*

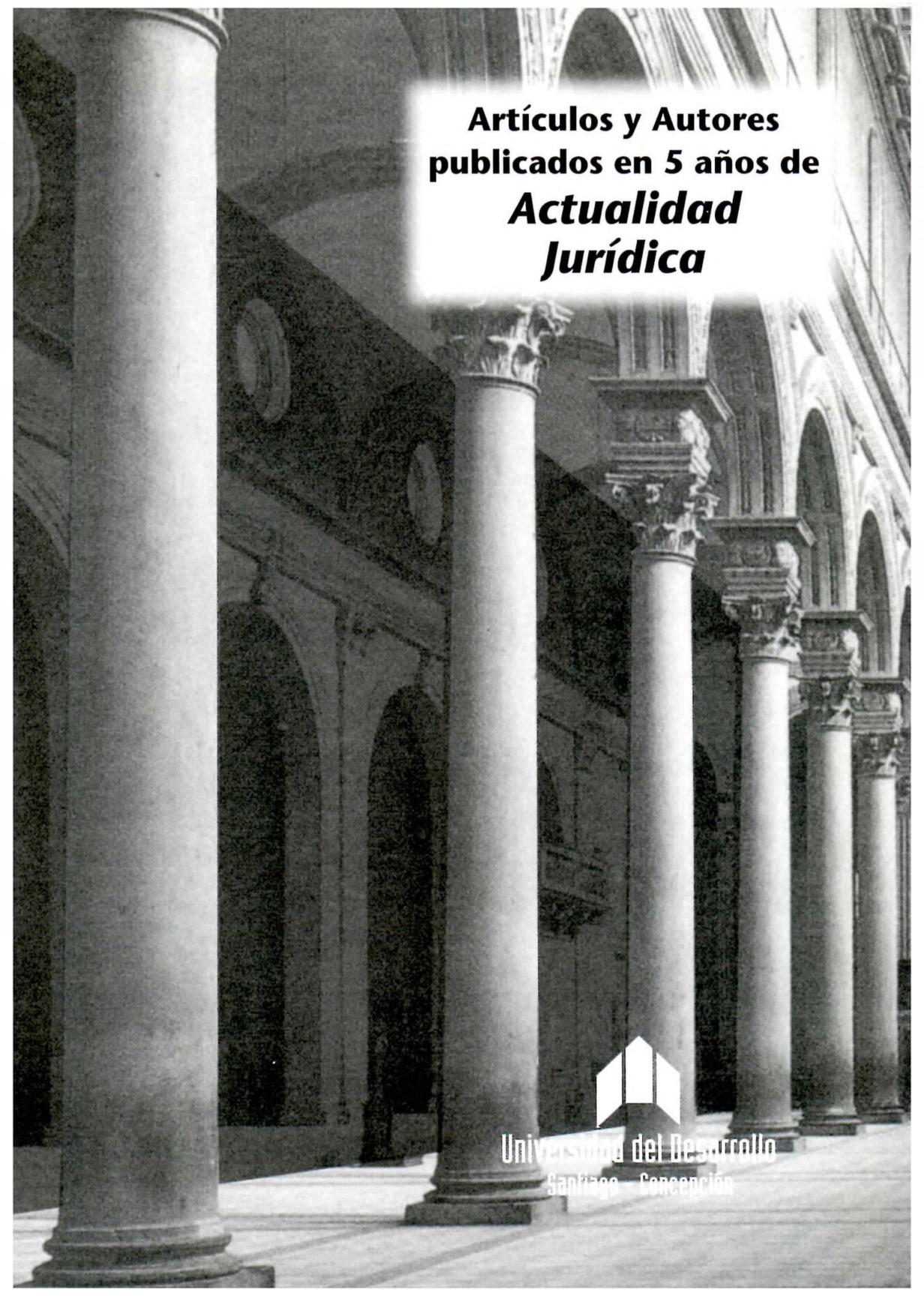
Cecilia García-Huidobro, Freifrau Zu Knyphausen. *Ley de donaciones con fines culturales*

Vittorio Messori. *La Pasión del Señor*

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Concepción 18.12.2003. Responsabilidad del Estado por daños producidos por los Servicios de Salud (E. Soto Kloss)

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS



**Artículos y Autores
publicados en 5 años de
*Actualidad
Jurídica***



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Artículos y autores publicados en la revista *Actualidad Jurídica* Enero de 2000 a julio de 2004

Hugo Fábrega Vega

Secretario Consejo Editorial

REVISTA **ACTUALIDAD JURÍDICA**

Durante estos cinco años de publicación semestral e ininterrumpida de la revista *Actualidad Jurídica* de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, hemos tenido el orgullo de presentar al público numerosos trabajos de los más prestigiosos autores nacionales y extranjeros, los cuales han constituido valiosos aportes a la vida jurídica actual. A ellos vaya nuevamente nuestro profundo reconocimiento y es nuestro afán permanecer en un sitio de importancia trabajando en las ediciones que vendrán.

A continuación publicamos el índice general por número, y al final una reseña con las separatas publicadas por la revista.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 1 - Enero 2000

Controversias Jurídicas

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

Ensayos y Estudios

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

Actualización en Derecho

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

Libros: Resúmenes y Recensiones

- *El derecho como creación colectiva*, de Pablo Rodríguez G. Hugo Rosende A.
- *Recuerdos de la Mediación Pontificia*, de Santiago Benadava C. Francisco Gamboa S.
- *Derecho y Ontología Jurídica*, de Francisco Carpintero Julio Alvear T.
- *I signori della pace*, de Danilo Zolo José Ignacio Vásquez M.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 2 - Julio 2000

TEMA CENTRAL: Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno

- Introducción. Pablo Rodríguez G.
- Corte Penal Internacional y Soberanía Universal. Mario Rojas S.
- Derecho Internacional y Derecho interno. Fernando Gamboa S.
- Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena. Juan Arab N.
- Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile. Raúl F. Campusano
- Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales. Fernando Castro G.
- Los convenios de la organización internacional del trabajo y el derecho laboral y de la seguridad social en Chile. Cecily Halpern M.

Ensayos y Estudios

- Renovación de los estudios de derecho. Pablo Rodríguez G.
- La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo? Bruno Caprile B.
- Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre reforma procesal penal. Héctor Oberg Y.
- La Avería: pervivencia del derecho romano en el sistema del transporte marítimo indiano. Angela Cattán A.
- Perfil jurídico del nuevo ministerio público. Gustavo Cuevas F.
- La mercantilización del daño moral. José Pablo Vergara B.
- Mitos de la jurisprudencia tributaria. Alejandro Dumay P.
- La infracción tributaria. Jaime García E.
- Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la sociedad anónima. Enrique Alcalde R.
- Responsabilidad de los administradores en una sociedad colectiva. Héctor Carreno N.
- Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet "De la imprenta a la Internet". Gabriela Paiva H.

Actualización en Derecho

- Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual. Hugo Rosende A.
- La imputabilidad: objetivación de la responsabilidad; nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva. César Parada G.
- Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil. Ramón Domínguez A.
- Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva? Carmen Domínguez H.

Libros: Resúmenes y Recensiones

- *Introducción al derecho*, de A. Squella N. Jaime Williams B.
- *Historia del derecho natural*, de F. Carpintero B. Julio Alvear T.
- *Lecciones de introducción al derecho*, de J. Williams B. Julio Alvear T.
- *El Derecho como creación colectiva*, de Pablo Rodríguez G. Hernán Corral T.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 3 - Enero 2001

Tema central: *El debido proceso*

- El debido proceso a la luz de la ley chilena. Pablo Rodríguez G.
- El desafuero del senador Pinochet
a la luz de los principios del debido proceso. Julio Alvear T.
- El debido proceso: tres instituciones procesales
y una ausente. El ámbito constitucional. Julio E. Salas V.
- El proceso penal oral y el debido proceso. Héctor Oberg Y.
- El justo y debido proceso en el derecho internacional. Aldo Monsálvez M.
- El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano. Antonio Dougnac R.
- Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones. Alejandro Guzmán B.
- El juez y el juicio en Tomás de Aquino. Jaime Williams B.

Actualización en Derecho: *Responsabilidad médica*

- Responsabilidad médica. Gonzalo Grebe B.
- Responsabilidad médica desde la relación
médico-paciente y la ética médica. Enrique Accorsi O.
- Responsabilidad civil de los establecimientos de salud. Gustavo Cuevas M.
- Responsabilidad civil individual del médico. Ambrosio Rodríguez Q.

Ensayos y Estudios

- Hacia el libre comercio con Estados Unidos:
el caso de las exportaciones de cobre. Raúl F. Campusano
- Consideraciones generales de la justicia militar en Chile. Sergio Cea C.
- Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho. Gustavo Cuevas F.
- La empresa individual de responsabilidad limitada:
una institución aún nueva en Chile. Héctor Carreño N.
- Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico. Carlos Bustos D.
- El sistema jurídico chileno de organización
de los usuarios de aguas. Gustavo Manríquez L.
- La fundamentación del acto administrativo y el vicio
por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial. Eduardo Soto K.
- El protector de naturales y el derecho a la defensa. Angela Cattán A.
- Comentarios respecto de la norma consagrada
en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional
de Bases Generales de la Administración del Estado. Jorge Reyes R.

Libros: Resúmenes y Recensiones

- *Ius Publicum N° 3/1999*
- *Teoría del gobierno, derecho chileno y comparado*, de José Luis Cea E. Jaime Williams B.
- *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras*,
de Aldo Monsálvez M. Hugo Fábrega V.
- *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal
en el proceso civil, penal y laboral*, de Julio Salas V. Héctor Oberg Y.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 4 - Julio 2001

Tema central: 20 años de vigencia de la Constitución de 1980

- Estudios pendientes (*Presentación*) P. Rodríguez G.
- La Constitución de 1980, hija de su tiempo. P. Rodríguez G.
- La dignidad de la persona humana en la Constitución Política de 1980. J. Williams B.
- La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980. . J. Díaz N., E. Andrades R.
- Persona humana, autonomía privada y orden público económico. E. Alcalde R.
- La seguridad social en la Constitución Política chilena. H. Humeres N.
- El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980. L. Bulnes A.
- Comentarios acerca del origen y competencia
de los tribunales electorales regionales..... C. Maturana T.
- Evolución (o involución) de la Constitución Política de la República
a 20 años de su promulgación. Notas sobre las reformas a la Carta del 80. E. Andrades R.
- Los supuestos derechos animales y medioambientales
ante la Constitución de 1980: una contradicción vital. J. Alvear T.
- ¿Igualdad jurídica en Chile? M. Rojas S.

Actualización en Derecho I: La Constitución Política de 1980 a 20 años de su vigencia

- Bases de la institucionalidad chilena. C. Cruz-Coke O.
- Forma de gobierno en la Constitución de 1980. L. Bulnes A.
- Garantes de la institucionalidad. H. Pérez de Arce I.
- La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después. J. L. Cea E.

Actualización en Derecho II: Las normas laborales a la luz de la moral cristiana

- Rol del empresario en las encíclicas sociales. R. Claro V.
- Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena. W. Thayer A.
- Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo. .. R. Cortázar S.

Ensayos y Estudios

- Aspectos jurídicos y políticos de la relación
entre desarrollo sustentable y actividad minera. R. F. Campusano
- Las cláusulas abusivas en el derecho de consumo y el crédito al consumo. E. Tapia E.
- Breve aproximación a los sistemas electorales. J. Díaz N.
- A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques
y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión. E. Pérez de Francisco
- Informe en derecho. I. Aróstica M., R. Mendoza Z.
- Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena. P. Figueroa V.

Análisis Jurisprudencial

- Retamal Parra con N. P. H. Inversiones. C. Halpern M.
- Tribunal Constitucional y restricción vehicular. C. Muñoz E.
- Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago
sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet. E. Pfeffer U.

Libros. Resúmenes y Recensiones

- *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombiano
a la codificación*, de J. Barrientos E. Andrades R.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 5 - Enero 2002

Tema central I: *Reforma Procesal Civil*

- Reforma Procesal Civil. P. Rodríguez G.
- Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil. C. Pecchi C., C. Maturana M.
- Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil. E. Ortiz S.
- Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación. E. Tapia W.
- El proceso monitorio. D. Kokisch M.
- Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo. J. Arab N.
- Popurrí procesal. H. Oberg Y.
- Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión? F. J. Rabat C.

Tema central II: *Justicia Tributaria*

- El Estado de Derecho y la justicia tributaria. P. Figueroa V.
- Reforma a la justicia tributaria. R. Ugalde
- Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E.

Ensayos y Estudios

- Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A.
- Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O.
- Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M.
- Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M.
- Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R.
- Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos. C. Cárdenas S.
- Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas. M. Rojas S., E. Rojas S.
- La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta. R. Campusano
- Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano. A. Cattán A.

Puntos de Vista

- Derecho y Justicia. P. Rodríguez G.
- Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez. P. P. Vergara V.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 6 - Julio 2002

Tema central I: *Ética y Responsabilidad Profesional*

- ¿Hay una ética de los abogados? Agustín Squella N.
- Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la *Ética Jurídica* Julio Alvear T.
- Corrupción: concepto y aspectos penales. Luis Bates H.
- Derechos y deberes en el acto médico. Osvaldo Romo P.
- Una experiencia práctica en la enseñanza de la *Ética*. Amaya Alvez M.

Tema central II: *Fallo Tribunal Constitucional*

- Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional. Carlos Cruz-Coke O.
- Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales. Aldo Monsálvez M.
- El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional. Fernando Gamboa S.

Ensayos y Estudios

- El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual. Jorge Mosset I.
- La estabilidad de los contratos administrativos. Iván Aróstica M.
- Los grupos empresariales. Enrique Alcalde R.
- Tributos a la importación. Rodrigo Céspedes P.
- La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal. Mario Rojas S.
- El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal. Mario Rojas S.
- ¿Son necesarias las reformas procesales? Héctor Oberg Y.
- Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos. Fernando José Rabat C.

Análisis Jurisprudencial

- Espinoza Cortés y Otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda. Cecily Halpern M.
- Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconversión. Pedro Pablo Vergara V.

Libros. Resúmenes y Recensiones

- Prólogo del libro *Estructura Funcional del Derecho*. Pablo Rodríguez G.
- *Estructura Funcional del Derecho*, de Pablo Rodríguez G. Julio Alvear T.
- *Derecho Internacional Privado*, de Aldo Monsálvez Müller. Hugo Fábrega V.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 7 - Enero 2003

Tema central: *La reforma procesal penal*

- Algunas de las claves del nuevo proceso penal. Mario Rojas S.
- Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal. Carlos Pecchi C., Eleodoro Ortiz S.
- Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal. Orlando Poblete I.

VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho

- Presentación. Hugo Fábrega V.
- La responsabilidad del *pater* por los delitos cometidos por sus dependientes. Claudia Morgado M.
- Los derechos del paciente frente a la responsabilidad. F. Amenábar A.
- El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado. Rafael Gómez P.
- La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero. J. González O.
- La responsabilidad ante el Código Tributario. Misael Morales G.
- La responsabilidad del Estado-Municipalidad. Josefina Soto L.
- La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet. A. Sánchez A.
- El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado. Hugo Fábrega V.

Ensayos y Estudios

- La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999. Pablo Rodríguez G.
- La filiación matrimonial. Hernán Corral T.
- El negocio jurídico como acto de lenguaje. Juan Andrés Varas B.
- Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Rodrigo Barcia L.
- Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc.1° C.O.T.). Héctor Oberg Y.
- Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho. Patricio Oyaneder D.
- Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada. Raul F. Campusano.
- La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno. José Angel Fernández C.
- Alcances sobre la responsabilidad objetiva. Pablo Palacios M.
- Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes. Armando Cartes B.
- Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública. Carlos Cárdena

Análisis Jurisprudencial

- Caso de los 19 comerciantes. Julio Al

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 8 - Julio 2003

Tema central: *La crisis del derecho internacional*

- ¿Existe el derecho internacional? P. Rodríguez G.
- ¿Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis? R. F. Campusano
- Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza? P. Astroza S.
- La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional. F. Gamboa S.
- España y el Segundo Conflicto del Golfo E. Pérez de F.

Ensayos y Estudios

- Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido. Algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación. E. Alcalde R.
- Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria. Incidencias de las modificaciones recientes a la recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución. B. Caprile B.
- Empresas individuales de responsabilidad limitada. S. Fernández F.
- La empresa individual de responsabilidad limitada. J. C. Sahlí C.
- Comentarios sobre la Ley N°19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. R. Sandoval L.
- La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil). H. Oberg Y.
- Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos. H. Rosende A.
- Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos. G. Cortez M.
- Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria. R. Ugalde P.
- Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones. A. Dumay P.
- Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink. F. Pfeffer U.
- Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones). R. Mendoza Z. - B. Oddó B.
- Despido abusivo y daño moral. F. Vergara C.
- Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuridicidad. P. Oyaneder D.

Puntos de vista

- Acerca del artículo 1679 del Código Civil. P. Rodríguez G.
- Precisiones acerca de la excepción del contrato no cumplido. E. Rioseco E.
- A propósito de la excepción del contrato no cumplido. P. Rodríguez G.

Análisis Jurisprudencial

- Sentencia "Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Limitada y Banco Internacional". F. Rabat C.

Libros. Resúmenes y Recensiones

- *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, de Enrique Alcalde R. Comentario de P. Rodríguez G.
- *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, de Enrique Alcalde R. Comentario de H. Corral T.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 9 - Enero 2004

Tema central: *El divorcio vincular*

- Matrimonio y divorcio vincular. P. Rodríguez G.
- ¿Qué divorcio? C. Peña G.
- ¿Para qué sirve el matrimonio? G. Figueroa Y.
- El matrimonio es por su naturaleza indisoluble. J. J. Ugarte G.
- Divorcio y concepciones de la naturaleza humana. J. T. Alvarado M.
- El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana. G. Samith V.
- Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público? M. Silva A.
- Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena. A. Monsálvez M.

Ensayos y Estudios

- Sobre la excepción del contrato no cumplido. P. Rodríguez G.
- La naturaleza de las obligaciones de los médicos. H. Rosende A.
- Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales (1970-1973). J. Alvear T.
- Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento. F. Rojas S.
- Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880 que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado. B. Morales E.
- El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil. J. A. Varas B.
- El poder de acusar y la preparación del juicio oral. M. Rojas S.
- La involución del procedimiento de calificación de quiebra. H. Oberg Y.
- Marcas comerciales y nombres de dominio. R. Sandoval L.
- La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno. R. Céspedes P.
- La titularidad de la acción penal tributaria. J. García E.
- El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales. V. Velásquez G.
- ¿Es aplicable el impuesto al lujo? J. García E.
- El ascenso económico de China y sus actuales desafíos. R. F. Campusano - E. Silva
- Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas. P. Oyaneder D.

Análisis Jurisprudencial

- Sentencia Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda. C. Halpern M., H. Humeres N.
- La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada. E. Rioseco E.
- Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa. R. Ugalde P.
- Comentario sobre el impuesto al lujo. E. Pohl I.

Libros. Resúmenes y Recensiones

- *Esquema del Derecho de Familia Indiano*, de Antonio Dougnac R. Comentario de E. Andrades R.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 10 - Julio 2004

Tema central: Moral y valores

- ¿Crisis moral o subversión de los valores? P. Rodríguez G.
- Subversión de los valores. F. Moreno V.
- Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico. J. L. Cea E.
- ¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello? H. Rosende A.
- El derecho al honor y la sed de mentira. J. Alvear T.
- La subversión de valores y la historia. J. Barceló
- Moral y derecho: una compleja e inevitable relación. M. Silva
- Principios y valores constitucionales.
 - La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia. L. Bulnes A.

Ensayos y Estudios

- La Nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal. J. Salas V.
- Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias.
 - Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. R. Momberg U.
- Máximas de experiencia. H. Oberg Y.
- Contrato de *outsourcing* informático. R. Sandoval L.
- El límite marítimo entre Chile y Perú. F. Gamboa S.
- Principio de legalidad tributaria
 - y gravámenes al comercio exterior chileno. R. Céspedes P.
- Dos aspectos del delito de negociación incompatible. R. Medina J.
- La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso
 - y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España. J. M. Herreros - A. Roldán M.
- El Ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio. R. F. Campusano – E. Silva B.
- Comportamiento contractual de buena fe.
 - ¿Impone la buena fe deberes de conducta? P. Oyaneder D.

Puntos de vista

- Precisiones acerca de la excepción del contrato no cumplido. E. Rioseco E.
- A propósito de la excepción del contrato no cumplido. P. Rodríguez G.

Análisis Jurisprudencial

- Sentencia "Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Limitada y Banco Internacional". F. Rabat C.

Libros. Resúmenes y Recensiones

- *Responsabilidad Contractual*, de Pablo Rodríguez G., Comentario de H. Rosende A.
- *Responsabilidad Contractual*, de Pablo Rodríguez G., Comentario de P. Oyaneder D.
- *La solución de controversias comerciales en un mundo globalizado*, de G. Paiva H. y C. Cortés. Comentario de R. Cruz F.
- Artículos y autores publicados en la Revista *Actualidad Jurídica*, Enero de 2000 a julio de 2004. H. Fábrega V.

Separatas de ACTUALIDAD JURIDICA

Serie Estudios de Opinión Pública

Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios

Octubre 2002

Sobre la Profesión de Abogado

Diciembre 2002

Cultura Cívica de la ciudadanía

Mayo 2003

Aspectos fundamentales de la realidad nacional

Noviembre 2003

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.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.



R000722



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción